

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – UNIRIO
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
Curso de Mestrado em Direito

**CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO E ALOCAÇÃO DE
RISCOS: UMA ANÁLISE DO SETOR RODOVIÁRIO**

IGOR DO REGO BARROS DE ARAGÃO

Rio de Janeiro
2018

Igor do Rêgo Barros de Aragão

**CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO E ALOCAÇÃO DE
RISCOS: UMA ANÁLISE DO SETOR RODOVIÁRIO**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação – *Stricto Sensu* – em Direito e Políticas Públicas do Centro de Ciências Jurídicas e Políticas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito. Linha de Pesquisa: Constituição, Sociedade e Políticas Públicas

**RIO DE JANEIRO
2018**

IGOR DO REGO BARROS DE ARAGÃO

**CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO E ALOCAÇÃO DE RISCOS:
UMA ANÁLISE DO SETOR RODOVIÁRIO**

Esta dissertação do discente Igor do Rego Barros de Aragão foi julgada adequada para a obtenção do grau de Mestre em Direito e Políticas Públicas e aprovada em sua forma final pelo Curso de Mestrado em Direito e Políticas Públicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO.

Rio de Janeiro, 26 de março de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. José Gabriel Lopes Pires Assis de Almeida
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO

Prof. Dr. Benedito Fonseca e Souza Adeodato
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO

Prof. Dr. João Manoel de Lima Júnior
Fundação Getulio Vargas do Rio de Janeiro

Dedico este trabalho à memória de Joaquim Nabuco, Bernardo Pereira de Vasconcelos e José Bonifácio de Andrada e Silva, os verdadeiros fundadores do Brasil. Não só a eles, mas também a todos aqueles que dedicam suas vidas profissionais ao desenvolvimento e ao progresso nacional.

Em âmbito pessoal, o dedico também à minha família, sem a qual nada seria, e ao meu pequeno e doce companheiro, Fred.

AGRADECIMENTOS

Agradeço em especial a todo o corpo docente da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro que me acolheu ao longo destes últimos anos de estudo. Ainda, recordo minha querida *alma mater*, a Universidade Federal do Rio de Janeiro, onde desenvolvi grande parte dos conhecimentos que hoje aplico na pesquisa e na produção de conteúdo jurídico. Por fim, ainda registro a inestimável contribuição que a Fundação Getúlio Vargas me ofereceu ao disponibilizar a biblioteca e a infraestrutura física necessária à redação da presente dissertação.

“Devir é jamais imitar, nem fazer como, nem ajustar-se a um modelo, seja ele de justiça ou de verdade. Não há um termo de onde se parte, nem um ao qual se chega ou se deve chegar. Tampouco dois termos que se trocam. A questão “o que você está se tornando?” é particularmente estúpida. Pois à medida que alguém se torna, o que se torna muda tanto quanto ele próprio. Os devires não são fenômenos de imitação, nem de assimilação, mas de dupla captura, de evolução não paralela, núpcias entre dois reinos”.

Gilles Deleuze

RESUMO

A globalização e o desenvolvimento tecnológico tornaram o mundo cada vez mais em descontrolado. Com isso, novas demandas sociais surgem em um ambiente de escassez e, para enfrentar os novos desafios emerge um novo paradigma estatal: o Estado regulador, fundado na noção de eficiência e de subsidiariedade. Neste contexto, cada vez mais, os serviços públicos são prestados pelo Estado de maneira indireta, ou seja, por meio de concessionárias e permissionárias. Em especial, ocorreu grande amadurecimento do instituto das concessões no setor de transportes rodoviários. Mesmo assim, muitas dificuldades e desafios ainda persistem: em um mundo em descontrolado ainda não aprendemos a lidar de maneira adequada com os riscos do empreendimento e este é um dos principais motivos que obstrui o desenvolvimento do setor de infraestrutura rodoviária no Brasil. Este trabalho expõe a trajetória do rodoviarismo brasileiro e paulista e, por meio da análise de casos, propõe uma revisão da doutrina tradicional das áleas ordinárias e extraordinárias. Ademais, avalia quais são os principais argumentos contrários às alterações de paradigma na alocação de riscos em contratos de concessão. Por fim, avalia a evolução da alocação de riscos nos contratos de concessão rodoviária da União e do Estado de São Paulo, por meio da análise de todos os contratos de concessão rodoviária já celebrados.

Palavras-chave: Rodovias. Desestatização. Concessão de serviço público. Concessões de rodovias. Parcerias Público-Privadas. Alocação de riscos. Compartilhamento de riscos.

ABSTRACT

Globalization and technological development have made the world increasingly out of control. With this, new social demands arise in an environment of scarcity and to face the new challenges emerges a new state paradigm: the regulatory state, based on the notion of efficiency and subsidiarity. In this context, public services are increasingly provided by the State in an indirect way, that is, through concessionaires and permit holders. In particular, there has been a great maturation of the concessions institute in the road transport sector. Even so, many difficulties and challenges still persist: in a world in disarray we have not yet learned to deal adequately with the risks of the enterprise and this is one of the main reasons that obstructs the development of the road infrastructure sector in Brazil. This paper exposes the trajectory of the Brazilian and São Paulo's highway systems and, through the analysis of cases, proposes a revision of the traditional doctrine of the common and extraordinary alleles. In addition, it evaluates the main arguments against the paradigm changes in the allocation of risks in concession contracts. Finally, it evaluates the evolution of the risk allocation in the road concession contracts of the Union and the State of São Paulo, by analyzing all the road concession contracts already in place.

Keywords: Highways. Privatization. Concession of public service. Concessions of highways. Public-Private Partnership. Allocation of risks. Sharing of risks.

Sumário

INTRODUÇÃO	11
1 MUNDO EM DESCONTROLE E A ASCENSÃO DO ESTADO REGULADOR	16
1.1 Mundo em descontrol e a proliferação de riscos	16
1.2 A transição do Estado Providência para o Estado Regulador	17
1.3 Princípio da subsidiariedade.....	20
1.4 A relação entre Estado e economia	27
1.5 Os dois giros do direito administrativo	29
1.5.1 O giro democrático-constitucional	29
1.5.2 O giro pragmático.....	32
1.6 Os serviços de interesse econômico geral	36
1.7 A desestatização no Brasil.....	39
2 O SETOR RODOVIÁRIO BRASILEIRO	47
2.1. A construção do sistema rodoviário	47
2.2. O sistema rodoviário federal sob a Constituição de 1988	52
2.3. A 3ª Etapa do PROCROFE e as medidas provisórias n.º 752/2016 e n.º 800/2017.....	58
2.4. O sistema rodoviário de São Paulo	60
2.5. Os efeitos dos investimentos de infraestrutura	62

2.6.	A qualidade da infraestrutura brasileira.....	65
2.7.	Infraestrutura e direitos fundamentais	68
3	A ALOCAÇÃO DE RISCOS NAS CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS.....	71
3.1	O modelo de concessão comum de serviço público no Brasil	71
3.2	A alocação de risco na concessão comum.....	73
3.3	Doutrina das áleas ordinárias e extraordinárias.....	73
3.4	Os limites da teoria das áleas ordinárias e extraordinárias.....	78
3.4.1.	O Tribunal de Contas da União e a Revisão Contratual do da 1ª Etapa do PROCROFE	79
3.4.2.	Álea econômica ou compartilhamento de riscos ordinários?	82
3.5	Da necessidade do compartilhamento de riscos em contratos de concessão de serviço público.....	83
3.6	As Parcerias Público-Privadas.....	87
3.7	As resistências ao compartilhamento de riscos: o caso da Arena Pernambuco ..	91
3.8	Alocação de riscos nos contratos do Programa de Concessões de Rodovias Federais	94
3.9	Alocação de riscos nos contratos do Programa de Concessões de Rodoviárias do Estado de São Paulo	100
	CONCLUSÃO.....	107
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	111

INTRODUÇÃO

Anthony Giddens cunhou o termo “mundo em descontrole” a fim de explicar o mundo pós-industrial, destacando, entre outros temas, a proliferação de novos riscos. Diante deste cenário, surge uma tendência de intensificação do controle pelos governos, muitas vezes por meio de uma política de planejamento centralizado.

Entretanto, este é um arranjo que fracassou em praticamente todos os locais onde foi implementado. A complexa divisão internacional do trabalho é uma realidade que impõe a intensificação da concorrência e da descentralização, em favor da eficiência econômica.

Assim, ganha força um novo modelo de Estado, o Regulador, substituto do antigo Estado Providência, caracterizado pelo excesso de gastos públicos, ineficiência e burocratização. A tônica deste novo paradigma é construída a partir da noção de subsidiariedade estatal e, por isso, tantos autores chamam esta nova tendência de Estado Subsidiário.

O princípio da subsidiariedade, fundado no protagonismo do indivíduo, produz a descentralização e promove o fomento e a coordenação da iniciativa privada por meio de *nudges* e incentivos. Neste contexto, a economia deixa de ser entendida como uma criação estatal e são destacadas a espontaneidade e a organicidade do mercado.

Esta nova compreensão do Estado interliga-se profundamente aos dois giros do direito administrativo, quais sejam, o giro democrático-constitucional e o pragmático. De um lado, promove-se a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma hermenêutica constitucional. De outro, ganha força o consequencialismo e a interpretação das normas constitucionais pelo método teleológico.

Neste contexto, o tradicional conceito de serviço público entra em crise pela emergência dos princípios da livre iniciativa e da concorrência. No âmbito europeu, forma-se um novo conceito de serviço de interesse geral que começa a ser visitado pela academia brasileira e promove algumas mudanças na concepção brasileira de serviço público.

Em função da retração dos investimentos públicos e da ineficiência estatal, promoveu-se a desestatização, de início, com as privatizações de empresas públicas e sociedades de economia mista e, em seguida, com a concessão de serviços públicos.

O Programa Nacional de Desestatização foi mantido por todos os governos das últimas três décadas, entretanto, foi sofrendo profundas mudanças. A última transformação a merecer destaque foi a criação do Programa de Parcerias de Investimento (PPI), destinado à ampliação e fortalecimento da interação entre o Estado e a iniciativa privada por meio da celebração de

contratos de parceria para a execução de empreendimentos públicos de infraestrutura e de outras medidas de desestatização.

Um dos setores que mais relevância teve neste processo foi o rodoviário. Desde a primeira concessão rodoviária, ainda durante o Governo Imperial, em meados do século XIX, até a 4ª Etapa do Programa de Concessões Rodoviárias do Estado de São Paulo, muitas mudanças ocorreram no rodoviarismo brasileiro.

Entretanto, a principal dificuldade para o desenvolvimento do setor foi o baixíssimo financiamento de obras de infraestrutura no Brasil, principalmente, após a democratização e o aumento da demanda por gastos em setores sociais.

Em âmbito federal, com a extinção do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem, foram criados o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, formando-se a tríade regulatória do rodoviarismo brasileiro. Não obstante estas alterações, os resultados foram frustrantes e ainda pouco efetivos.

No Estado de São Paulo, além do Departamento de Estradas de Rodagem, foram criadas a DERSA – Desenvolvimento Rodoviário S/A e a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado de São Paulo (ARTESP).

Neste período, a ANTT promoveu três etapas de concessões rodoviárias, onde foram licitados mais de nove mil quilômetros de trechos rodoviários. Em âmbito estadual, a ARTESP, promoveu a concessão de cerca de seis mil quilômetros de rodovias, sendo que uma rodovia foi concedida sob o regime das parcerias público-privadas. Algumas destas rodovias são atualmente as melhores do Brasil.

Mesmo assim, recentemente, houve a decretação de caducidade e o pedido de relicitação de trechos rodoviários concedidos. As dificuldades do setor em análise resultaram na publicação de medidas provisórias visando estabelecer diretrizes gerais para a prorrogação e a relicitação de contratos, bem como para a reprogramação dos investimentos previstos. Muitos dos problemas do setor são, sem dúvida, resultantes de modelagens contratuais.

A existência destas adversidades é particularmente grave na medida em que a qualidade da infraestrutura eleva a competitividade econômica, gerando efeitos multiplicadores e dinamizadores nos demais setores econômicos. Mais do que isso, a infraestrutura é condição para a efetividade dos direitos fundamentais previstos na Constituição da República.

Acredita-se que um dos principais desafios para a promoção da viabilidade econômico-financeira e da modicidade tarifária seja justamente a alocação dos riscos prevista no contrato de concessão. Assim, deve ser analisada tanto a alocação de riscos nos contratos de

concessão comum como nos contratos de concessão patrocinada e administrativa.

O objetivo deste trabalho é investigar a trajetória brasileira na alocação de riscos em contratos de concessão, em especial, nas concessões rodoviárias. Assim, já na época do Império, temos a primeira concessão rodoviária da história do País, um empreendimento difícil e bastante exitoso. Entretanto, esta experiência acaba sendo isolada. Todo o desenvolvimento do setor, portanto, acaba ocorrendo até a década de 1990 por meio de investimentos públicos que promoveram construção e a gestão direta do Estado no setor em análise.

Com a remodelagem do Estado brasileiro e com a expansão das concessões de serviços públicos, percebe-se a justaposição entre o antigo e o novo modelo de maneira às vezes até confusa. Assim, utilizou-se por muito tempo a tradicional teoria das áleas ordinárias e extraordinárias, prevista na Lei n.º 8.666/1993, um instituto típico das contratações de obras e serviços de engenharia, para contratos bastante distintos, quais sejam, os contratos de concessão de serviços públicos.

Assim, nossa hipótese é de que se adotou uma teoria privatista da concessão que não se adaptou adequadamente ao novo paradigma de Estado Regulador, mas que ocorre ainda uma gradual alteração de paradigma tanto na doutrina como nas instituições estatais, em especial, quanto à alocação dos riscos nos contratos de concessão. Mais do que isso, busca-se entender como a promoção de parcerias público-privadas no setor rodoviário acabou impactando a modelagem de contratos de concessão comum.

A consecução dos objetivos aqui narrados usará diferentes métodos de pesquisa, mediante o desenvolvimento de análise: (i) da história do desenvolvimento do rodoviarismo brasileiro, com seus processos de continuidade e ruptura, tema este que ainda se encontra pouquíssimo desenvolvido na ciência brasileira, (ii) de bibliografia especializada em concessões de serviços públicos e, especialmente, na alocação dos riscos em contratos de concessão, (iii) de jurisprudência do tribunais brasileiros, em especial do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, de manifestações do Ministério Público e ainda dos acórdãos do Tribunal de Contas da União.

Para tanto, buscaremos explicar no primeiro capítulo os motivos da intensificação do risco ao redor do mundo, em especial, expondo as dificuldades de empreendimentos de vulto e longevos absorverem sozinhos todas as áleas do mundo contemporâneo. Em seguida, trataremos da mudança de paradigma estatal, dando-se destaque às novas tendências do direito administrativo e ao Programa Nacional de Desestatização, marco institucional por meio do qual as concessões de serviço público se desenvolveram.

Por sua vez, no segundo capítulo, expor-se-á a trajetória do rodoviarismo brasileiro,

principalmente, em seus erros e acertos. Esta análise torna-se fundamental não só por esta história ser muito precária, com pouquíssimas pesquisas desenvolvidas e de difícil estudo, como ainda, para se sustentar as conclusões obtidas a partir de experiências concretas do setor em análise.

Assim, daremos destaque à 3ª Etapa do Programa de Concessões de Rodovias Federais, como um exemplo das dificuldades e desafios do desenvolvimento da logística rodoviária, como ainda trataremos das medidas provisórias editadas recentemente que buscavam corrigir alguns problemas importantes.

Ainda, destacaremos a qualidade da infraestrutura e o papel do setor rodoviário nacional. Com isso, buscamos explicar os motivos da escolha deste setor como objeto do presente estudo, dando destaque ao gigantismo dos números a ele relacionados. Estes fatos tornam o setor rodoviário o setor logístico mais importante para o desenvolvimento econômico e social do Brasil e um setor estratégico para a promoção dos direitos fundamentais. Neste contexto, também será apresentada a infraestrutura rodoviária paulista concedida, em virtude do seu desenvolvimento, extensão e qualidade, podendo-se considerá-la, portanto, como modelo paradigmático de análise para a comparação com a concessão rodoviária federal.

No terceiro capítulo, será trabalhada as noções de serviços públicos, até para se entender posteriormente a crítica formulada por Marçal Justen Filho à concepção privatista da concessão de serviço público. Em seguida, será apresentada a visão tradicional da alocação dos riscos, qual seja, a teoria das áleas ordinárias e extraordinárias, com seus limites práticos e efeitos indesejados na modicidade tarifária de concessões rodoviárias.

Ademais, será analisado o acórdão do Tribunal de Contas da União que promoveu a revisão dos contratos da 1ª Etapa do Programa de Concessões de Rodovias Federais e que, supostamente, se baseou na teoria das áleas ordinárias e extraordinárias, mas que, de fato, promoveu pela primeira vez um compartilhamento de riscos em contratos de concessões comum. Em seguida, será analisado o instituto das Parcerias Público-Privadas, perquirindo se há diferenças substanciais entre a sua alocação de riscos e aquela promovida em concessões comuns.

Após este estudo, a fim de explicitar os principais questionamentos à alocação de riscos, serão destacadas as polêmicas envolvidas na concessão administrativa da Arena Pernambuco. Muito embora este caso pareça inicialmente fora do objeto de estudo presente, ele é um verdadeiro marco que condensa as principais críticas hoje existentes à alocação de riscos em concessões de serviço público de forma geral.

Por fim, analisar-se-á toda a trajetória de todos os contratos de concessão rodoviária já

celebrados nos âmbitos federal e paulista, dando-se destaque às mudanças na alocação contratual de riscos desde a década de 1990 até o momento presente. Busca-se promover também a exposição dos motivos que levaram ao compartilhamento de cada um dos riscos.

1 MUNDO EM DESCONTROLE E A ASCENSÃO DO ESTADO REGULADOR

1.1 Mundo em descontrol e a proliferação de riscos

Logo após a Segunda Grande Guerra, em 1949, era publicado o livro *Nineteen Eighty-Four* do autor britânico George Orwell. Neste romance, denunciava-se o totalitarismo político e anunciava-se um mundo cada vez mais estável e previsível. Este diagnóstico não era isolado. Por muito tempo, defenderam os principais pensadores da modernidade, entre eles, Max Weber e Karl Marx que o mundo iria tornar-se cada vez mais controlado e alicerçado na tecnologia, principalmente a industrial.

Entretanto, este destino não se concretizou. Passamos por inúmeras revoluções tecnológicas nos últimos séculos e a sensação é de cada vez mais vivermos em um mundo em descontrol. Outros autores, como Zygmunt Bauman referem-se a este contexto como sociedade líquida. O fato, entretanto, é que existe um consenso de que a quebra da noção de espaço-tempo e intensificação da globalização alteram substancialmente o mundo objetivo e a subjetividade humana.

Neste sentido, afirma Anthony Giddens:

“O mundo em que nos encontramos hoje, no entanto, não se parece muito com o que eles previram. Em vez de estar cada vez mais sob nosso comando, parece um mundo em descontrol. Além disso, algumas das influências que, supunha-se antes, iriam tornar a vida mais segura e previsível para nós, entre elas o progresso da ciência e da tecnologia, tiveram muitas vezes o efeito totalmente oposto¹”.

O exemplo mais emblemático desta nova era ocorreu em 1997, com vitória do computador da IBM, o *Deep Blue*, sobre o campeão mundial de xadrez, o russo Garry Kasparov. Com isso, a humanidade iniciou o século XXI com a certeza de que a ciência e a tecnologia haviam finalmente superado o homem.

A tese defendida pelos mais tradicionais intelectuais do pensamento moderno foi rebatida e tornou-se insustentável. E esta nova realidade não teve consequências apenas no campo filosófico, mas também impactos práticos de transformação das instituições contemporâneas, especialmente, na capacidade de atuação do Estado.

Complexidade e falta de controle são qualidades hoje presentes em qualquer atividade econômica. Eventos de qualquer natureza em qualquer lugar do mundo podem impactar imediatamente preços, fornecimentos de bens e serviços, câmbio ou qualquer outra variável.

Diante desta conjuntura, muitos recorrem à extensa produção de normas jurídicas e ao

¹ GIDDENS, Anthony. Mundo em descontrol – 6ª Ed. – Rio de Janeiro: Record, 2007. p. 14.

aumento da burocracia estatal. Creem ainda que estes dois processos normalizam, padronizam e aumentam a previsibilidade social. No entanto, o resultado final costuma ser o aumento da ineficiência e a ineficácia na solução de problemas públicos.

Assim afirma Friedrich Von Hayek:

“É a própria complexidade da divisão do trabalho no mundo moderno que faz da concorrência o único método pelo qual essa coordenação pode se produzir de modo eficaz. Um planejamento ou controle eficiente não apresentariam dificuldades se as condições fossem tão simples que uma única pessoa pudesse fiscalizar todos os fatos importantes. A descentralização só se torna imperiosa quando os fatores a serem considerados são tão numerosos que é impossível obter uma visão de conjunto”².

Em outras palavras, o diagnóstico de aumento dos riscos é correto. E isso ocorre justamente pelo aumento da complexidade e interdependência global. Entretanto, a resposta a este fato, qual seja, a regulação excessiva e a criação de padrões estritos são ineficientes principalmente em situações complexas. Este processo, em vez de aumentar a eficiência, reduz a oportunidade de criação de alternativas mais eficientes, dificultando a concorrência.

Em situações complexas a mudança é constante. Por outro lado, a regulação tende a criar padrões fixos e limitados de atuação, considerando variáveis conjunturais. Assim, se as variáveis mudam sempre, o risco regulatório das normas se basearem em variáveis ultrapassadas é grande.

1.2 A transição do Estado Providência para o Estado Regulador

O progresso tecnológico e a globalização tornaram o Estado Providência³, fruto do século XX, inviável. A crença da expansão eterna da atuação estatal na garantia de direitos sociais se mostrou impossível, isso porque não considerava os custos-oportunidades das decisões de políticas públicas e ainda por impossibilitar a racionalização e coordenação de custos.

A atividade estatal depende essencialmente da arrecadação tributária. Estas duas variáveis, quais sejam, a atividade estatal e a arrecadação tributária, têm, portanto, uma relação de interdependência direta. Sendo a segunda limitada, pela capacidade contributiva, opinião pública e ainda pela sonegação fiscal, é impossível a ampliação ilimitada da Administração Pública.

² HAYEK, Friedrich August von. A. **O caminho da servidão**. Campinas: Vide Editorial. p. 80-81.

³ A professora Odete Medauar afirma que Estado intervencionista, Estado-providência, Estado de bem-estar, Estado assistencial, Estado pluriclasse, Estado socialdemocrata, Estado empresário e Estado social são diversas nomenclaturas que se referem ao mesmo modelo. Muito embora haja discussões sobre preferências ou rejeições aos nomes apresentados como definidores e sistematizadores do modelo político, optou-se pela noção de Estado-providência por uma maior neutralidade deste termo, não se confundindo o modelo de Estado, aberto a processos eleitorais e à ascensão de diferentes correntes políticas, com o pensamento socialdemocrata. Para mais informações, ver MEDAUAR, Odete. O direito administrativo em evolução – 3ª Ed. – Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 83-84.

Mais do que isso, diante da intensificação da globalização, a capacidade de manipular resultados pelo Estado diminui consideravelmente. Desta forma, diante de um aumento de tributos locais, atores privados podem decidir produzir em outros territórios ou simplesmente reduzir a produção e investimento, sendo os bens ora produzidos substituídos por similares importados.

Neste contexto, a mudança é imperativa. E não se caracteriza apenas por algum retorno ao passado ou pela eliminação do Estado. O Poder Público possui funções que lhe são próprias e as despesas públicas são condições de realização das decisões tomadas no processo democrático.

A questão, portanto, não é maniqueísta, tampouco binária. É mais complexa que isso. Estamos diante da necessidade de reformulação (ou reengenharia) do Estado a fim de adaptá-lo às contingências, permitir que o serviço público seja um fator de desenvolvimento econômico e social e que as forças de mercado, a sociedade civil organizada e o Estado consigam gerar sinergia a fim de maximizar o bem-estar e promover os valores constitucionais.

Neste sentido, afirma o professor espanhol Gaspar Ariño Ortiz:

“Ahora bien, frente a la crisis del Estado del Bienestar, no basta decir: «volvamos al Estado liberal, al Estado mínimo». Sería un simplismo. Ante la Sociedad urbana y compleja en la que lo colectivo ha sustituido a lo individual, el proceso no tiene vuelta atrás. Por ello, frente a la utopía socialista, también hay que huir de la «locura liberal», que cree que el Estado puede ser suprimido y que todo puede ser privatizado, incluso el dinero. El Estado está para durar. Seguirá siendo grande. Tras las masivas privatizaciones del Gobierno Thatcher, el sector público sólo se redujo en 4 puntos porcentuales, del 45% al 41%. Nadie pone en cuestión los fines esenciales del Estado; y tampoco los no esenciales, pero que han sido incorporados a la responsabilidad de éste. Lo que está en cuestión son los medios y el nuevo sistema de gestión⁴”.

O objetivo, portanto, deste trabalho é explorar mais detalhadamente como os serviços públicos, assim definidos pela Constituição da República, podem ganhar dinamicidade, sendo prestados como previsto na Lei n.º 8.987/1995, e fomentando o desenvolvimento nacional, nos termos do art. 3º da Constituição da República.

Neste novo modelo, o Estado deixa de ser empresário, provedor direto dos serviços públicos, e ganha contornos reguladores, consolidando-se como Estado regulador⁵. Assim explica o professor Gustavo Binenbojm:

“A crise financeira do Estado de bem-estar social e sua notória ineficiência econômica, constatadas nas últimas décadas do século XX, convergem para a implementação de reformas institucionais, que envolvem, em regra, processos de desestatização e privatização, seguidos da emergência de novas formas de governança econômica, dentre as quais a implementação de agências reguladoras independentes.

⁴ ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de derecho público económico**. Tercera Edición. Granada: Editorial Comares, 2004. p. 102-103

⁵ A professora Odete Medauar considera que Estado regulador, Estado subsidiário, Estado controlador, Estado catalizador, Estado-rede, Estado cooperativo e Estado contratante, Estado consensual e Estado pós-moderno são termos surgidos entre 1991 e 2002 que intitulam o Estado do início do século XXI. Para mais informações, ver MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução** – 3ª Ed. – Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 92-93.

Nesse novo modelo, por alguns denominado Estado Regulador, a pedra de toque da intervenção estatal na economia passa a ser a preocupação com a eficiência, embora outros objetivos de interesse geral também sejam perseguidos por meio da regulação”⁶.

O Estado deixa de empreender utilizando métodos burocráticos, abandona, portanto, o modelo de Estado empresário, para fomentar a atividade econômica, de maneira mais ampla. Utiliza-se ainda da noção de consensualidade para promover seus atos administrativos, readequando e, aos poucos, mitigando, a noção de poder sancionador.

Assim, defende o supracitado professor espanhol:

“En vez de gestionar y asumir la ejecución directa de las tareas empresariales, el Estado debe convertirse en regulador, árbitro, supervisor, fomentador de la iniciativa privada y no sustituidor, creador y defensor del mercado, tanto en la producción de bienes y servicios económicos, como culturales, sanitarios, etc. Estas tendencias de reforma quedan reflejadas en el Informe del Banco Mundial de 1997: «El Estado en un mundo en transformación» y serán ampliadas en lecciones posteriores. A su vez, estas tendencias exigen una reforma en el aparato del Estado, sobre todo en la denominada Administración institucional⁷”.

É necessário que se entenda que o direito é composto por três fatores básicos, quais sejam, o aspecto fático, o aspecto axiológico e o aspecto normativo, como propôs o saudoso Miguel Reale em sua teoria tridimensional do direito.

Assim, por consequência lógica, mutações jurídicas são processos necessários de afirmação do Estado de Direito. De forma que, a garantia de direitos fundamentais torna-se apenas possível quando a norma jurídica ganha traços de atualidade.

Diz-se mais, no caso do serviço público, a atualidade é um princípio positivado que apenas pode ser consubstanciado mediante a aplicação das melhores práticas na prestação cotidiana do serviço. Portanto, a concorrência é uma condição *sine qua non*.

Muito embora haja divergências políticas substanciais e desejáveis no debate jurídico. É necessário perceber que a força normativa dos mandamentos constitucionais apenas deixa de ser meramente nominal para tornar-se efetivamente normativo pelo impacto social que produzem.

Assim, em vez da crença de que a Constituição prevê um modelo político fechado e restrito, deve-se permitir que ela seja aberta e polissêmica, se adequando ao debate público e às melhores práticas de gestão.

O direito administrativo contemporâneo é, portanto, parte de um ordenamento jurídico complexo e profundamente transformado por tratado e pelas normas de direito internacional.

⁶ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador** – Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 160.

⁷ ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de derecho público económico**. Tercera Edición. Granada: Editorial Comares, 2004. p.107.

Precisa, por isso, se adequar a esta nova realidade na qual a Constituição torna-se o filtro de todas as normas, onde a democracia clama por transições que não sejam meramente retóricas.

Eficiência tornou-se um princípio constitucional e a geração de riqueza é uma condição do desenvolvimento nacional. A inovação, possibilitada pela competição, é um requisito de efetividade de direitos. Este é o novo cenário no qual se encontra o direito administrativo. Estas diretrizes são explicitadas por Anthony Giddens:

“Diz-se que as pedras fundamentais do novo progressismo são oportunidades iguais, responsabilidade pessoal e mobilização de cidadãos e comunidades. Com os direitos vêm as responsabilidades. Temos de descobrir como cuidar de nós mesmos, porque agora não podemos mais confiar que as grandes instituições o farão. A política pública precisa substituir sua preocupação na concentração e redistribuição de riqueza pelo incentivo à criação de riqueza. Em vez de oferecer subsídios às empresas, os governos devem fomentar condições que levem as empresas a inovar e os trabalhadores a se tornarem mais eficientes na economia global”⁸.

Entretanto, é importante destacar a ressalva feita por Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Ele afirma que a transição do Estado Produtor para o Regulador no Brasil ainda é parcial e insuficiente, sendo as estruturas administrativas municipais e estaduais ainda fortemente marcadas pelo antigo paradigma. Assim, escreve:

“A implementação do Estado Regulador no Brasil foi substancial no âmbito federal, tendo, no entanto, influência reduzida em Estados e Municípios. Isso pode ser evidenciado a partir de uma rápida comparação entre os serviços públicos federais, como telecomunicações e energia, e os serviços públicos municipais e estaduais, como transporte urbano, serviços funerários e o próprio saneamento básico. O resultado, em função do próprio modelo de federação brasileiro, são bem diferentes, representando uma forte heterogeneidade nas soluções regulatórias encontradas”⁹.

Mesmo assim, o que se constata é que apesar dos desafios federalistas, das imperfeições e dos atrasos setoriais, a mudança de paradigma do Estado é uma realidade que, aos poucos, se consolida ao redor do mundo.

Certamente, o próprio grau de desenvolvimento institucional, político, social e econômico condiciona o modelo estatal dominante, entretanto, a mudança gradual de modelo, para além de sua implementação, é hoje sentida ao redor do mundo, condicionada pelo sucesso e fracasso das nações, pela tecnologia e pelo processo de globalização.

1.3 Princípio da subsidiariedade

Um dos mais destacados princípios que vem ganhando densidade ao longo do processo de reforma do Estado é, sem dúvida, o da subsidiariedade. Tendo sido destacado em 1931 pela

⁸ GIDDENS, Anthony. A terceira via e seus críticos – Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 18-19.

⁹ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico – Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 41.

Encíclica *Quadragesimo Anno* do Papa Pio X¹⁰, buscava-se com ele reestabelecer o equilíbrio entre individualidade e coletividade em um momento no qual a noção de indivíduo restava esmagada pela ascensão de regimes totalitários e coletivistas em algumas das principais nações do mundo, em especial, na Rússia, Alemanha e Itália.

Posteriormente, em 1991, no contexto do declínio da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas e de seu socialismo real, a Encíclica *Centesimus Annus* do Papa João Paulo II foi inclusive mais enfática na defesa da noção de subsidiariedade, assim dispendo:

“Para a realização destes objectivos, o Estado deve concorrer tanto directa como indirectamente. Indirectamente e segundo o princípio de subsidiariedade, criando as condições favoráveis ao livre exercício da actividade económica, que leve a uma oferta abundante de postos de trabalho e de fontes de riqueza. Directamente e segundo o princípio de solidariedade, pondo, em defesa do mais débil, algumas limitações à autonomia das partes, que decidem as condições de trabalho, e assegurando em todo o caso um mínimo de condições de vida ao desempregado (...) Não faltaram, porém, excessos e abusos que provocaram, especialmente nos anos mais recentes, fortes críticas ao Estado do bem-estar, qualificado como «Estado assistencial». As anomalias e defeitos, no Estado assistencial, derivam de uma inadequada compreensão das suas próprias tarefas. Também neste âmbito, se deve respeitar o princípio de subsidiariedade: uma sociedade de ordem superior não deve interferir na vida interna de uma sociedade de ordem inferior, privando-a das suas competências, mas deve antes apoiá-la em caso de necessidade e ajudá-la a coordenar a sua acção com a das outras componentes sociais, tendo em vista o bem comum. Ao intervir directamente, irresponsabilizando a sociedade, o Estado assistencial provoca a perda de energias humanas e o aumento exagerado do sector estatal, dominando mais por lógicas burocráticas do que pela preocupação de servir os usuários com um acréscimo enorme das despesas”.

O princípio da subsidiariedade é definido pelo professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto como:

“O escalonamento de atribuições entre entes e órgãos, em função da complexidade do atendimento dos interesses das sociedades. Cabe, assim, primariamente aos indivíduos decidirem e agirem no que se refira aos seus respectivos e inerentes interesses individuais, e, apenas secundária e sucessivamente, aos entes e órgãos, sociais e políticos, instituídos para tomar decisões sobre interesses coletivos¹¹”.

Assim, pode-se entender o princípio em comento como polissêmico. Integrando-se alternativamente com os princípios da livre iniciativa e do federalismo. Este mandamento, portanto, pode definir a) qual ente federado tem primazia na promoção de uma política pública e ainda b) quando a atuação de agentes privados deve ter primazia sobre a atuação estatal.

¹⁰ Assim afirma a Encíclica *Quadragesimo Anno*: “Verdade é, e a história o demonstra abundantemente, que, devido à mudança de condições, só as grandes sociedades podem hoje levar a efeito o que antes podiam até mesmo as pequenas; permanece contudo imutável aquele solene princípio da filosofia social: assim como é injusto subtrair aos indivíduos o que eles podem efectuar com a própria iniciativa e indústria, para o confiar à colectividade, do mesmo modo passar para uma sociedade maior e mais elevada o que sociedades menores e inferiores podiam conseguir, é uma injustiça, um grave dano e perturbação da boa ordem social. O fim natural da sociedade e da sua acção é coadjuvar os seus membros, não destruí-los nem absorvê-los”.

¹¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial – 16ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 93.

No primeiro caso, aprofunda o professor Moreira Neto:

“Essa sucessiva concentração de poder em organizações políticas mais complexas deverá, por sua vez, obedecer ao mesmo princípio, ou seja, as demandas que puderem ser atendidas pela organização política local, como o Município, o Condado, a Comuna etc., determinarão suas respectivas competências político-administrativas; as que não possam ser satisfeitas por meio de decisões e ações locais deverão passar então à organização política regional, ou intermediária, como o Estado, a Província, o Cantão, a Região Autônoma etc.; as que ultrapassem as possibilidades das organizações regionais, em razão de sua amplitude ou peculiaridade, é que serão cometidas à organização política nacional soberana, como a União, o Reino, o Estado Nacional etc., dotada de todas as competências necessárias para atendê-las diretamente, bem como as necessárias para negociar, sucessivamente, com outras concentrações de poder transnacionais, soberanas ou não, públicas ou privadas, a satisfação indireta ou coordenada dos interesses dos respectivos países¹²”.

Neste diapasão, a atuação pública deve sempre levar em consideração a proximidade da questão, permitindo, com isso, o aprofundamento do debate e do controle social. A descentralização, a coordenação de esforços e o consensualismo, a partir da subsidiariedade, ganham verdadeiro impulso.

A experiência internacional neste sentido é extremamente rica, sendo o princípio da subsidiariedade um dos fundamentos da União Europeia. Dispõe o art. 5º do Tratado da União Europeia que o exercício das competências da União rege-se pelos princípios da subsidiariedade e proporcionalidade, sendo as competências delimitadas pelas atribuições previstas em tratado. Por isso, as ações da União Europeia restringem-se ao indispensável. Em outras palavras, apenas quando os objetivos não podem ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros, intervêm as instituições da União.

Desta forma, todos os projetos de atos legislativos da Comissão Europeia, do Parlamento Europeu, de grupos de Estados-Membros, de Tribunais de Justiça, do Banco Central Europeu e do Banco Europeu de Investimentos devem ser fundamentados relativamente aos princípios de subsidiariedade e proporcionalidade, conforme prevê o Protocolo n.º 2 ao Tratado da União Europeia.

Não obstante a limitação da aplicação do princípio da subsidiariedade previsto no ordenamento comunitário a questões relativas ao exercício de competências por entes públicos, a Constituição italiana inova e amplia o sentido de subsidiariedade em seu artigo 118¹³. Dispõe

¹² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial – 16ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 93-94.

¹³ Art 118. Administrative functions are attributed to the Municipalities, unless they are attributed to the provinces, metropolitan cities and regions or to the State, pursuant to the principles of subsidiarity, differentiation and proportionality, to ensure their uniform implementation.

Municipalities, provinces and metropolitan cities carry out administrative functions of their own as well as the functions assigned to them by State or by regional legislation, according to their respective competences.

que os municípios, províncias, regiões metropolitanas, regiões e Estados devem promover a iniciativa autônoma dos cidadãos, tanto individualmente como também reunidos em associações relacionadas a atividades de interesse geral, com fulcro no princípio da subsidiariedade.

Para aclarar o dispositivo italiano em comento, afirma a professora Odete Medauar:

“No entendimento de voz doutrinária, aí não está um critério de repartição das esferas de ação dos sujeitos públicos e privados, mas o sentido de que a atuação pública deve se realizar o mais próximo possível dos cidadãos; o conteúdo essencial do princípio da subsidiariedade, no texto acima, estaria na necessidade da vizinhança ou proximidade da atuação pública ante os cidadãos, não se cogitando de subordinação ou primazia entre atuação pública e privada; os sujeitos públicos seriam incentivadores das atividades de interesse geral realizadas pelos cidadãos individualmente ou associados, ocorrendo a valorização da responsabilidade social destes e o aumento das formas de atuação do princípio democrático”¹⁴.

No caso brasileiro, a Constituição da República definiu em seu artigo 173 a excepcionalidade da exploração direta pelo Estado de atividade econômica. Assim, apenas quando ocorrerem imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo, devidamente justificados, legitimar-se-ia a atividade empresarial estatal no domínio econômico.

Neste sentido, afirma Silvia Faber Torres:

“Tem-se, assim, na competência interventiva estatal, ou na ‘ordem corretiva imposta’, uma medida de exceção. A função do Estado na vida econômica, nesse diapasão, é subsidiária em relação aos indivíduos e aos grupos sociais, se manifestando sob a forma de ajuda para eliminar as disfunções que desumanizam a ordem espontânea”¹⁵.

Há, entretanto, críticas à própria existência do princípio da subsidiariedade no direito brasileiro. Este pensamento é bem exposto pelos professores Cláudio Pereira de Souza Neto e José Vicente Santos de Mendonça.

Em primeiro lugar, portanto, exporemos a tese central apresentada por estes autores e, em seguida, apontaremos seus problemas. Afirmam os destacados autores:

“Os pressupostos necessários à resolução do dilema já foram desenvolvidos: em uma democracia, a opção por mais ou menos Estado não é, em regra, tema constitucional, a não ser quando implique a violação comissiva (mais Estado) ou omissiva (menos Estado) dos direitos fundamentais. No entanto, é fato que a Constituição de 1988 se pronuncia sobre temas econômicos e assume posições no debate ideológico. Como já mencionamos, é recorrente, em setores de destaque topográfico, a referência constitucional à livre iniciativa. Contudo, a Constituição é igualmente densa na enunciação de princípios inspirados em ideologias concorrentes à do livre

State legislation shall provide for co-ordinated action between the State and the Regions in the subject matters as per Article 117, paragraph two, letters b) and h), and also provide for agreements and co-ordinated action in the field of cultural heritage preservation.

The State, regions, metropolitan cities, provinces and municipalities shall promote the autonomous initiatives of citizens, both as individuals and as members of associations, relating to activities of general interest, on the basis of the principle of subsidiarity.

¹⁴ MEDAUAR, Odete. O direito administrativo em evolução – 3ª Ed. – Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 321.

¹⁵ TORRES, Silvia Faber. O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 154.

mercado. Logo no artigo 1º, ao lado do valor social da livre iniciativa, também eleva à condição de princípio constitucional fundamental o “valor social do trabalho”; no artigo 170, além de voltar a mencionar o valor social do trabalho, como fundamento da ordem econômica, afirma que esta “tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, e que isso deverá ser feito observando-se os princípios da “soberania nacional”, da “propriedade privada”, da “função social da propriedade”, da “livre concorrência”, da “defesa do consumidor”, da “defesa do meio ambiente”, da “redução das desigualdades regionais e sociais”; da “busca do pleno emprego”, do “tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”¹⁶.

As críticas aqui enunciadas têm um mérito relevante, a de privilegiar o princípio democrático; entretanto, opõe princípios que não são essencialmente opostos e talvez, se baseie em uma análise mais estéril do princípio da subsidiariedade.

Explica-se. Em primeiro lugar, é da natureza de qualquer texto constitucional reduzir a discricionariedade do agente político, construindo-se um consenso mínimo de convivência política. Assim, discorda-se que a opção por mais ou menos Estado não seja um tema constitucionalmente delimitado. Em verdade, este é o grande tema constitucional.

A questão central que uma Constituição enfrenta, em qualquer lugar do mundo, é justamente a contenção do Leviatã. No caso brasileiro, o profundo intervencionismo estatal, o fechamento do mercado interno a fim de construir parques industriais no território nacional e a proliferação de empresas estatais durante o Regime Cívico-Militar levaram ao endividamento público descontrolado, a uma década perdida e aprofundaram as desigualdades sociais.

Em um contexto de ruptura com a ordem constitucional predecessora, a contraposição ao velho modelo na ordem constitucional foi determinada. Alie-se este contexto interno à situação global de decadência do socialismo real, aprofundamento do comércio internacional e formação de organizações internacionais que estreitavam os vínculos internacionais.

Assim, a Assembleia Constituinte debateu intensamente os princípios acima enunciados. Muitos constituintes defendiam, inclusive, um modelo intervencionista. Entretanto, foi aprovada a emenda de Rubem Medina (PFL/RJ) que alçou a livre iniciativa ao *status* de fundamento da ordem econômica.

Neste sentido, as normas constitucionais só fazem sentido quando analisadas à luz de variáveis empíricas (fatos sociais, econômicos, políticos e tecnológicos) e do debate público vigente.

De forma nenhuma, como se expõe nas críticas apresentadas, o valor social do trabalho

¹⁶ SOUZA NETO, Claudio Pereira de; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Fundamentalização e Fundamentalismo na Interpretação do Princípio Constitucional da Livre Iniciativa. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira

e a livre iniciativa se contrapõem *a priori*. A noção de livre iniciativa se contrapõe, por excelência, à noção de planejamento central. Este sim é o núcleo da questão.

O ponto central, portanto, é determinar que no debate entre livre iniciativa e planejamento central, a ordem política e o constituinte optaram claramente pelo primeiro valor. Neste contexto, o planejamento é determinante apenas para o setor público e meramente indicativo para o setor privado, conforme dispõe o art. 174 da Constituição.

Portanto, criamos uma ordem econômica constitucional que privilegia a livre iniciativa e define que o Poder Público deve se planejar por meio de instrumentos, principalmente, do Plano Plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias e da Lei Orçamentária Anual.

Não há qualquer incompatibilidade entre os preceitos enunciados. Os agentes de mercado se planejam e agem, via de regra, livremente. Da mesma forma, utilizando-se de instrumentos de transparência e publicidade, o Poder Público se planeja a fim de conferir maior racionalidade aos recursos públicos disponíveis.

O planejamento público deve ser tornado público, não só pelo necessário controle democrático, como ainda a fim de indicar ao setor privado as suas estratégias de atuação, gerando sinergia entre Estado, sociedade civil e os agentes de mercado.

Neste sentido e sobre a necessária ponderação de princípios constitucionais afetos à atividade econômica, afirma Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

“O princípio da livre iniciativa tempera-se pelo da iniciativa suplementar do Estado; o princípio da liberdade de empresa corrige-se como da definição da função social da empresa; o princípio da liberdade de lucro, como o da liberdade de competição, moram-se com o da repressão do poder econômico; o princípio da liberdade de contratação limita-se pela aplicação dos princípios de valorização do trabalho e da harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção; e, finalmente, o princípio da propriedade privada restringe-se pelo princípio da função social da propriedade¹⁷”.

Não se quer aqui, ao anunciar o princípio da subsidiariedade, determinar que a Constituição privilegia uma escola econômica determinada e todos os demais pensamentos seriam inconstitucionais.

Pelo contrário, muito embora a Constituição defina que a atuação direta do Estado na economia é uma exceção, há um espaço de atuação que necessita ser motivado e que depende de autorização legislativa. Assim, certamente, a noção de relevante interesse social apresenta uma textura aberta que admite adequações.

Neste sentido, afirma a professora Patrícia Regina Pinheiro Sampaio:

“Portanto, as condições para interferência do Estado na atividade econômica devem

¹⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Ordem econômica e desenvolvimento na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro, APEC, 1989. p. 28.

ser objetivamente justificadas, o que, nos termos da Constituição, deve ocorrer mediante uma lei que reconheça determinada atividade como sendo de relevante interesse coletivo ou atendendo a imperativo de segurança nacional. Tendo em vista que relevante interesse coletivo e imperativo da segurança nacional constituem conceitos jurídicos indeterminados, seu conteúdo pode variar ao longo do tempo. Dessa forma, a depender do momento histórico, a sociedade pode ser mais ou menos favorável à intervenção direta do Estado na economia, o que pode gerar legislaturas mais ou menos favoráveis à aprovação de legislação reconhecendo atividades como sendo de relevante interesse coletivo”¹⁸.

Assim, partidos políticos que defendam maior atuação do Estado na economia, provavelmente considerarão mais hipóteses de relevante interesse coletivo. No entanto, esta textura aberta não se confunde com a inexistência de limitação ou com a possibilidade de planejamento econômico central. Mais do que isso, não exclui a opção política constitucional pelo modelo de um Estado subsidiário.

Dizer que a ordem econômica constitucional é fruto da falta de consenso e, portanto, são dispositivos abstratos e diretrizes alternativas é até ignorar a força normativa da norma constitucional. Cairíamos, portanto, em um espaço de falta de limitações e, portanto, de inexistência de normas jurídicas mas de meras sugestões ou indicativos.

Aliás, é justamente a noção de primazia dos direitos fundamentais, explícita na Constituição da República que justifica e legitima a noção de subsidiariedade da atuação estatal.

Assim, em vez do poder de império e da desigualdade serem a regra, é justamente o direito individual que prevalece. Ora, se o Estado pudesse a qualquer momento substituir a atuação particular, não viveríamos sob a primazia dos direitos fundamentais mas sob um regime de supremacia do interesse público secundário.

Neste diapasão, afirma a professora Maria Sylvia Di Pietro:

“A tudo isso pode ser acrescentado, sob inspiração da globalização e da chamada Reforma do Estado, a ideia de Estado Subsidiário, baseado no princípio da subsidiariedade formulado pela doutrina social da Igreja a partir de fins do século XIX, e que agora assume papel fundamental na definição do papel do Estado. De acordo com esse princípio, duas idéias são fundamentais: de um lado, a de que o Estado deve respeitar os direitos individuais, pelo reconhecimento de que a iniciativa privada, seja através de indivíduos, seja através das associações, tem primazia sobre a iniciativa estatal; em consonância com essa idéia, o Estado deve abster-se de exercer atividades que o particular tem condições de exercer por sua própria iniciativa e com seus próprios recursos; em consequência, o princípio implica uma limitação à intervenção estatal. De outro lado, a idéia de que o Estado deve fomentar, coordenar, fiscalizar a iniciativa privada, de tal modo a permitir aos particulares, sempre que possível, o sucesso na condução de seus empreendimentos”¹⁹.

Ademais, o princípio da subsidiariedade manifesta-se não apenas como princípio de

¹⁸ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. A Constituição de 1988 e a disciplina da participação direta do Estado na ordem econômica. p. 425.

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. 500 anos de direito administrativo brasileiro. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º. 5, janeiro/fevereiro/março, 2006. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>> Acessado em 03 de agosto de 2017.

orientação da ordem política, como inclusive promove orientações de gestão da máquina pública, sendo corolário do princípio da eficiência. Assim, afirma o professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

“Em consequência, surge a demanda por subsidiariedade, ou seja, passa a ser necessário que o atendimento prestado pelo Estado, seja atribuído racionalmente aos entes ou órgãos mais aptos a atuar com racionalidade, presteza e proximidade (...) A subsidiariedade sempre um papel até certo ponto paradoxal, pois, de um lado, leva à criação de blocos de Estados, capazes de atuar com mais poder e competitividade na órbita externa, mas, de outro lado, provoca a redução de poderes de órgãos de maior envergadura política em benefício das reivindicações de autonomia das unidades intermediárias e das comunas, na órbita interna²⁰”.

1.4 A relação entre Estado e economia

A civilização fenícia é reconhecida por dois grandes feitos: a criação do alfabeto fonético e pela presença de uma cultura comercial marítima que propiciou a integração do comércio em todo o mar mediterrâneo.

Estes dois feitos têm muito em comum: não surgiram pela decisão de uma autoridade central mas, ao contrário, nasceram espontaneamente e, com mudanças conjunturais, se alteraram de maneira a atender às novas necessidades. O alfabeto fenício, por exemplo, não possuía vogais. Estas foram acrescentadas pelos gregos, dada a importância vocálica no seu idioma.

Da mesma forma que a língua é um fenômeno espontâneo, condicionado pela experiência, mutável e adaptável a partir de práticas, livremente transmitidas e disseminadas, assim é o mercado.

A economia, portanto, é uma ordem espontânea formada fundamentalmente pelos desejos e crenças dos inúmeros agentes econômicos, consumidores e fornecedores, que interagem de forma dinâmica. Desta interação, resulta um equilíbrio econômico manifesto no preço.

O comércio internacional é um exemplo notável da espontaneidade da economia. Assim, muito embora inexista uma autoridade central global que regule e tome decisões sobre a circulação de mercadorias e serviços, ela ocorre em grande monta, velocidade e dinamicidade²¹.

²⁰ NETO, Diogo Figueiredo Moreira. Mutações do direito administrativo: novas considerações (avaliação e controle das transformações). Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 2, junho/julho/agosto, 2005. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acessado em 03 de agosto de 2017.

²¹ Muito embora a Organização Mundial do Comércio seja uma organização de destaque para o comércio internacional, ela tem limitações extremamente grandes que a impedem de ser considerada como uma autoridade central de comércio internacional. Basicamente seu papel se resume a servir como espaço de negociação de acordos

O Estado, portanto, não cria mercados. Os mercados existem com o apoio do Estado ou apesar dele. Neste sentido, a atuação do Poder Público pode apenas tornar os mercados mais ou menos eficientes.

Exemplos marcantes que sustentam esta visão da economia são as atividades econômicas ilegais, como o comércio de substâncias entorpecentes proibidas, a prostituição e o comércio de armas ilegais. Muitas vezes, inclusive, estes são mercados bastante rentáveis, integrados globalmente e que dispõem de redes de logística extremamente sofisticadas e desenvolvidas.

A deliberação estatal de proibi-los apenas alteraria sua eficiência, tornando o mercado menos eficiente e incluindo inúmeros custos externos à produção e distribuição do bem ou serviço ofertado.

Neste caso, o grande problema é justamente as criações de externalidades extremamente negativas, tais como o aumento da corrupção, a intensificação da violência e da disputa entre grupos criminosos organizados, a piora na qualidade dos produtos ou serviços ofertados, impactando inclusive na saúde pública.

A intervenção do Estado na economia significa, portanto, a limitação da autonomia da vontade e o cerceamento da celebração de trocas voluntárias. Neste sentido, a atuação estatal depende do poder de império e da coercitividade administrativa. Certamente, há razões democráticas e republicanas que às vezes a justificam, esta, porém, não é a regra.

Acreditamos que em um Estado de Democrático de Direito, o padrão normativo determina a primazia dos direitos fundamentais; a exceção seria, portanto, a redução da liberdade individual e a deliberação burocrática e centralizada.

A deliberação sobre a atuação mais ou menos ativa em uma atividade econômica acaba sendo uma deliberação inerente ao processo político. Esta costuma se justificar com base em argumentos de aumento da eficiência, em especial, quando estamos diante de falhas de mercado, ou de promoção da justiça. O importante, entretanto, é perceber que toda a atuação estatal tem custos-oportunidades e riscos que precisam ser considerados, dado que este não é o padrão.

Com este breve apontamento, não queremos sustentar qualquer visão de minimização ou maximização do Estado. Não se afirma aqui que a desregulamentação ou a não intervenção serão sempre decisões boas. O que se reconhece é que as decisões de políticas públicas

internacional multilaterais, promover a transparência e o monitoramento das políticas comerciais, resolver litígios comerciais entre Estados associados, promover cooperações técnicas e fortalecer os diálogos com organizações não governamentais e parlamentos.

costumam ter impactos econômicos e, assim, ajudam a definir o grau de eficiência de um dado mercado.

Desta forma, o ponto central é compreender que a economia é um sistema autônomo que possui regras próprias e que, quando não conhecidas ou consideradas, geram consequências bem diferentes daquelas inicialmente pretendidas.

Assim, não se faz um juízo de valor no sentido de acreditar se o Estado deve ser mínimo ou reduzido, mas se constata que existe, de fato, uma ordem espontânea que condiciona decisivamente o resultado final econômico. Por isso, a capacidade de interferência estatal e de definição de resultados são extremamente limitadas.

1.5 Os dois giros do direito administrativo

O direito administrativo brasileiro se confunde com a formação do Estado nacional. A primeira obra sistematizada que se tem registro foi escrita por Vicente Pereira do Rego em 1857 e foi intitulada “Elementos de Direito Administrativo Brasileiro”. Neste contexto imperial, a sua sistematicidade foi amplamente influenciada pela doutrina francesa.

Posteriormente, com a proclamação da República, em 1889, a influência do pensamento norte-americano ganhou destaque, em especial, no nosso modelo de federalismo. Desde a formação republicana, o modelo administrativo brasileiro distanciou-se do paradigma francês, adotando-se o sistema da jurisdição única, o que equivale a dizer que o controle administrativo seria realizado pela Justiça Comum.

Assim, esta seara do direito consolidou-se, tradicionalmente, com um projeto de Estado em formação, amplamente influenciado pelo pensamento conservador, segundo o qual caberia ao Estado guiar os indivíduos rumo ao progresso e desenvolvimento, enquanto a autoridade, gozava de ampla superioridade.

Entretanto, com o fim da Segunda Grande Guerra, uma nova matriz no direito global começa a surgir, influenciada principalmente pelo direito alemão e italiano.

1.5.1 O giro democrático-constitucional

Após os horrores de uma guerra total e do incômodo conceitual promovido pelo Tribunal de Nuremberg, iniciou-se um processo de revisão do pensamento jurídico.

Neste contexto, foi promulgada na Alemanha a Lei Fundamental de Bonn de 1949 e foi criado o Tribunal Constitucional Federal alemão em 1951. A partir de então, produziram-se grandes mudanças na doutrina e na jurisprudência constitucional. A Itália seguiu passos

semelhantes com a promulgação de uma nova Constituição em 1947 e com a instalação da Corte Constitucional de 1956.

Estes novos parâmetros influenciaram em muito o pensamento jurídico brasileiro e, com o fim do Regime Cívico-Militar e com a promulgação da Constituição brasileira de 1988, encontraram terreno fértil para a disseminação de novas ideias.

A partir de então, consolidou-se a noção de triunfo do neoconstitucionalismo, aqui entendido como a ascensão do pós-positivismo, a consolidação da força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma hermenêutica constitucional.

O pós-positivismo pode ser definido, nas precisas palavras de Luis Roberto Barroso como a “superação – ou, talvez, sublimação – dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de ideias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo”²².

Explica-se. Muitos autores diante dos fatos que caracterizaram o século XX como a Era dos Extremos, propuseram novos arranjos teóricos de superação da antinomia entre positivismo jurídico e jusnaturalismo. Assim, o direito positivo aproximou-se da moral, sem desprezar o direito posto, recorrendo a parâmetros éticos, sem necessariamente recorrer a princípios metafísicos absolutos. Esta mudança de paradigma filosófico superou a noção de legalidade estrita.

Neste contexto, o princípio da legalidade é, aos poucos, substituído pela noção de juridicidade. E assim, sedimenta-se então um novo conceito de Constituição entendida não só como um texto de orientações políticas, mas também como um instrumento jurídico cujas normas são de aplicação imediata e como um verdadeiro filtro de legitimidade pelo qual se submetem todas as normas infraconstitucionais. A imperatividade é enfatizada como atributo de normas constitucionais.

Neste sentido, afirma Alexandre Santos de Aragão:

“A juridicidade costuma ser referida como a submissão dos atos estatais a um padrão amplo e englobante de legalidade, cujos critérios não seriam apenas a lei estrita, mas, também, os princípios gerais do Direito e, sobretudo, os princípios, objetivos e valores constitucionais. É a visão de que a Administração Pública não deve obediência apenas à lei, mas ao Direito como um todo. Trata-se, na verdade, de uma expressão ampliada do princípio da legalidade, consequência de uma visão neoconstitucionalista do Direito, onde os princípios jurídicos, as finalidades públicas e os valores e direitos fundamentais constituem, juntamente com as regras constitucionais e legais o “bloco de legalidade” que, ao mesmo tempo, legitima e impõe limites à ação administrativa”²³.

²² BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo – São Paulo: Saraiva, 2009. p. 247.

²³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de direito administrativo – 2ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 151 e 152.

Estes dois processos supramencionados, quais sejam, a abertura do direito à moral e o fortalecimento do texto constitucional, têm como consequência direta a expansão do controle de constitucionalidade pelos Tribunais e, em especial, pelo Supremo Tribunal Federal.

Neste sentido, a supremacia do Parlamento é substituída pela supremacia constitucional. Antes, a pacificação dos conflitos se dava de maneira estritamente política. O Parlamento era este espaço institucional de resolução de litígios políticos, nele seriam travados os debates democráticos e as decisões seriam então tomadas.

Este modelo foi, com o tempo, substituído na maioria dos países pelo paradigma de supremacia constitucional. Um exemplo marcante deste processo ocorreu em 1º de outubro de 2009 no Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte com a criação de uma Suprema Corte que substituiria o Comitê de Apelações da Casa dos Lordes.

Ademais, o sentido de jurisdição constitucional é ainda ampliado pela associação à noção de jurisdição dos direitos fundamentais. Neste contexto, percebe-se um acentuado processo de ampliação das atividades de jurisdição constitucional, englobando atualmente no Brasil a proteção e garantia dos direitos fundamentais, o controle de constitucionalidade das normas e dos atos normativos, o controle e fiscalização do sistema eleitoral e a solução de litígios entre os entes públicos, assegurando o equilíbrio federativo.

Outro elemento central deste novo constitucionalismo é a diferenciação da interpretação de normas constitucionais da hermenêutica infraconstitucional. Neste sentido, surgiram novos princípios de natureza instrumental para a aplicação das normas constitucionais. São exemplos os princípios da unidade da Constituição, da supremacia constitucional, da interpretação conforme a Constituição, da razoabilidade, da máxima efetividade, da correção funcional e da concordância prática.

Salienta o Paulo Gustavo Gonet Branco:

“Repare-se que a invocação desses princípios pode levar a resultados não unívocos. O postulado da máxima eficácia da norma de direito fundamental pode resultar em uma solução desaconselhada pelo princípio da conformidade funcional, por exemplo. Esses princípios não devem ser vistos como elementos de uma fórmula capaz de produzir soluções necessárias e absolutamente persuasivas. Muito menos se há de falar em uma hierarquia entre eles. Esses princípios da interpretação constitucional apenas auxiliam a que argumentos jurídicos se desenvolvam em um contexto de maior racionalidade, favorecendo algum controle sobre o processo de concretização das normas constitucionais, com proveito, igualmente, para o valor da segurança jurídica”²⁴.

²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. Curso de direito constitucional - 6ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 110.

Neste diapasão, faz-se mister destacar os efeitos práticos do neoconstitucionalismo no direito administrativo, ou seja, sua reestruturação baseada no sistema democrático e no sistema de direitos fundamentais. Ensina o professor Gustavo Binenbojm:

“A constitucionalização do direito administrativo designa, assim, não apenas a previsão dos grandes princípios e de algumas regras da disciplina do Texto Constitucional, mas sobretudo a impregnação da dogmática administrativista pelos vetores axiológicos da Lei Maior, propiciando uma releitura de seus institutos, categorias operativas e formas organizacionais. A influência do constitucionalismo democrático se dá por meio de mutações que refletem uma nova compreensão sobre a legitimidade da organização e do funcionamento da Administração Pública²⁵”.

Como consequência, o professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto apresenta cinco vetores de transformação do direito administrativo, a saber, a afirmação da supremacia dos direitos fundamentais, notadamente do megaprincípio da dignidade da pessoa humana, as garantias de crescente participação do administrado, os controles de realidade e razoabilidade do ato discricionário, a submissão jurídica ao controle de qualquer ato da Administração Pública e a introdução da consensualidade sempre que possível²⁶.

Em sentido similar, Gustavo Binenbojm apresenta três mudanças propulsionadas pelo giro democrático-constitucional, a saber, o respeito, proteção e promoção dos direitos fundamentais, a submissão da atuação dos administradores públicos a controles efetivos, fundados em parâmetros jurídicos e resultados práticos e, por fim, o incremento do grau de responsividade dos administradores públicos às aspirações e demandas sociais²⁷.

Este processo de mutação, entretanto, não é tão fluído e natural. Esta resistência decorre daquilo que Sebastian Martín-Retortillo Baquer chama de fuga do direito constitucional²⁸. Em decorrência da tradição francesa de separação da jurisdição a partir da experiência de uma jurisdição administrativa e da continuidade da burocracia estatal, criaram-se institutos e categorias no direito administrativo alheios aos demais ramos jurídicos, em especial, ao direito constitucional.

1.5.2 O giro pragmático

²⁵ BINENBOJM, Gustavo. Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador – Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 38.

²⁶ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Mutações do direito administrativo: novas considerações (avaliação e controle das transformações). Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 2, junho/julho/agosto, 2005. Disponível na Internet: www.direitodoestado.com.br. Acessado em 05 de setembro de 2017. p. 13.

²⁷ BINENBOJM, Gustavo. Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador – Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 38.

²⁸ MARTÍN-RETORTILLO BAQUEER, Sebastián. El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones. Madrid: Civitas, 1996. p. 215.

A formação do Estado brasileiro teve princípio em bases monárquicas relativamente consensuais. Entretanto, o grande projeto nacional, fundado na ideia de unidade territorial, estava em disputa. De um lado, a centralização na capital e o desenvolvimento dirigido pelo Imperador e, de outro, a descentralização do poder e o fortalecimento das províncias.

Neste contexto, um dos maiores juristas brasileiros, Bernardo Pereira de Vasconcelos, proferiu um destacado discurso no qual afirmava:

“Não sou trãnsfuga, não abandono a causa que defendo, no dia dos seus perigos, de sua fraqueza; deixo-a no dia em que tão seguro é o seu triunfo que até o sucesso a compromete. Quem sabe se, como hoje defendo o país contra a desorganização, depois de o haver defendido contra o despotismo e as comissões militares, não terei algum dia de dar outra vez a minha voz ao apoio e à defesa da liberdade? Os perigos da sociedade variam; o vento das tempestades nem sempre é o mesmo: como há de o político, cego e imutável, servir no seu país?”

Esta memorável manifestação traduz a necessidade de mudança diante de alterações da realidade. Mais do que isso, reflete a enorme preocupação com as consequências práticas de uma decisão. Esta reflexão não só é comum em debates públicos, como também o é entre cidadãos comuns.

No que tange ao uso de serviços públicos essenciais, como energia elétrica, gás canalizado e telefonia, são comuns decisões judiciais onde se afirma a impossibilidade da suspensão da prestação deste serviço em face de unidades públicas essenciais, como hospitais e escolas.

Frequentemente, a decisão assecuratória da continuidade de prestação do serviço não está fundamentada em um direito à continuidade da prestação do inadimplente, mas fundada no risco à vida e à integridade física dos cidadãos²⁹. Portanto, reconhece-se a necessidade de

²⁹ Assim, decidiu o Superior Tribunal de Justiça nos autos do Recurso Especial n.º 621.435 – SP: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 6º, § 3º, II, DA LEI 8.987/94. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. HOSPITAL. INTERRUPTÃO. IMPOSSIBILIDADE. TUTELA DO INTERESSE PÚBLICO MAIOR. PRECEDENTE.

1. Não se conhece da suposta violação do art. 6º, § 3º, II, da Lei 8.987/95, por falta de prequestionamento. Aplicação das Súmulas 282 e 356 do STF. 2. É lícito à concessionária interromper o fornecimento de energia elétrica se, após aviso prévio, o consumidor permanecer inadimplente (Lei 8.987/95, art. 6º, § 3º, II). Essa orientação, contudo, não se aplica na hipótese dos autos, porque a recorrente pretende suspender o fornecimento de energia elétrica de hospital, ou seja, unidade prestadora de serviço essencial de saúde. 3. A recorrida – de acordo com o Estatuto Social – não possui fins lucrativos e não concede remuneração, vantagens ou benefícios de qualquer forma ou título a seus diretores, conselheiros e instituidores (art. 3º); toda a renda, recursos (inclusive públicos) e eventuais resultados operacionais acumulados são aplicados na manutenção e desenvolvimento dos objetivos institucionais (art. 4º), inclusive no atendimento gratuito de pacientes (art. 5º). 4. A interrupção do fornecimento de energia, caso efetivada, implicaria sobrepor, na cadeia de valores tutelados pelo ordenamento jurídico, o contrato de concessão à vida humana e à integridade física dos pacientes. 5. O interesse coletivo que autoriza a solução de continuidade do serviço deve ser relativizado em favor do interesse público maior: a proteção da vida. 6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

(STJ - REsp: 621435 SP 2004/0001042-1, Relator: Ministra DENISE ARRUDA, Data de Julgamento: 21/09/2006, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 19/10/2006 p. 240)

pagamento dos débitos, mas pondera-se pela impossibilidade de suspensão do serviço em decorrência de suas consequências extrajurídicas.

Não só as cortes superiores utilizam com frequências os argumentos consequencialistas, como ainda o fazem os tribunais e os juízos. Alguns dos argumentos mais comuns parecem ser relacionados à arrecadação pública e capacidade de gastos do Estado, ao incentivo e desincentivo à adoção de determinados comportamentos, à preocupação com o diálogo institucional e ao equilíbrio de mercado.

Este raciocínio tem importância e faz parte de um processo mais amplo de giro pragmático do direito. Esta nova matriz, fundada por Charles S. Peirce, William James e John Dewey³⁰, está alicerçada em três valores centrais, a saber, o antifundacionalismo, o consequencialismo e contextualismo.

O primeiro se caracteriza como uma negação à metafísica fundante, assim, recusa-se a adoção de conceitos abstratos, eternos ou transcendentais que fundamentem o pensamento. Neste sentido, James critica fortemente o racionalismo e sua prioridade a princípios em detrimento de fatos, preferindo o método empirista. Dewey por sua vez se opõem marcadamente ao idealismo transcendental, afirmando a impossibilidade da certeza.

Esta característica parece aproximar o pragmatismo do pensamento pós-moderno. Segundo Jean-François Lyotard³¹, a condição pós-moderna poderia ser considerada como a incredulidade em relação às metanarrativas que se exprimiriam como pequenas histórias ou formulações que dariam sentido à experiência humana, explicando-a. O antifundacionismo tem significado semelhante.

O consequencialismo ou instrumentalismo é certamente o valor mais conhecido do pragmatismo e representa o olhar para o futuro em substituição à preocupação com o passado. Desta forma, a condição para uma proposição ser verdadeira seria o resultado por ela produzido. Assim afirma Thamy Pogrebinschi:

“Disto decorre que tanto a teoria da significação, como a teoria da verdade, levadas a cabo pelo pragmatismo, caracterizam-se pela submissão permanente ao ‘teste’ consequencialista: o significado de uma proposição, bem como a sua verdade, apenas podem ser conhecidos se forem verificados a partir do teste de suas consequências. É aqui que entra em jogo a famosa questão pragmatista, aquela que não cessa sua

³⁰ Thamy Pogrebinschi afirma que Peirce é o pai do pragmatismo, dando à sua teoria este nome e trazendo à tona suas principais características. Coube então a William James e John Dewey desenvolver a teoria pragmática, ampliar seu escopo e a apresentar ao mundo. POGREBINSCHI, Thamy. Pragmatismo: teoria social e política – Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005. pp. 23-24. No mesmo sentido, Gustavo Binbenojm afirma que em Peirce, o pragmatismo aparece como uma teoria da significação, enquanto em James e Dewey, ele se assume como uma teoria da verdade. BINENBOJM, Gustavo. Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador – 2ª Ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 52.

³¹ LYOTARD, Jean-François. A Condição pós-moderna. Rio de Janeiro: José Olympio, 1998.

indagação: quais as diferenças que as conseqüências disto ou daquilo podem acarretar? É, portanto, antecipando conseqüências futuras que se produz conhecimento no âmbito do pragmatismo. E estas conseqüências futuras devem ser permanentemente antecipadas para que se possa conhecer qual delas é melhor, a mais satisfatória, a mais útil e a mais benéfica³².

Por último, o contextualismo refere-se à noção de que inexistem proposições isoladas de contextos. Desta forma, toda a experiência é inexoravelmente submetida a condições externas a ela própria, inexistindo prática independente de uma conjuntura.

Em síntese, José Vicente Santos de Mendonça afirma que “se não existem fundações que justifiquem ou validem conceitos ou teorias, deve-se apreciá-las a partir de suas conseqüências, as quais só adquirem sentido dentro de um contexto no qual estão inseridas”³³.

Assim, quando se fala em mutação constitucional, se parte de uma visão fortemente influenciada pelo contextualismo e pelo antifundacionalismo. Afinal, só é possível haver alteração de sentido de uma norma jurídica sem a correspondente alteração de seu texto, se as palavras não tiverem um sentido estrito apriorístico, ganhando significado a partir das contingências e das possibilidades.

Da mesma forma, o princípio da proporcionalidade dialoga intensamente com o pragmatismo. Seus subprincípios – da necessidade, utilidade e proporcionalidade em sentido estrito – se balizam a partir das conseqüências produzidas.

Neste sentido, o professor José Vicente destaca que o pragmatismo jurídico é profundamente influenciado pelo filosófico, tendo seu fundamento estabelecido em duas bases, quais sejam, o primado das conseqüências e a o filtro da razoabilidade.

Em verdade, estes três valores destacados pelo pragmatismo têm efeitos importantes impulsionados pelo neoconstitucionalismo e pelas mudanças das teorias da argumentação e da decisão.

O que parece faltar atualmente talvez seja uma maior transparência de escopo do consequentialismo. Neste sentido, os juízes que se utilizam de argumentos consequentialistas deveriam explicitá-los em suas decisões em vez de tentar apresentar argumentos racionalistas em situações marcadamente decididas pelas suas possíveis conseqüências.

Assim, utiliza-se, infelizmente, com frequência conceitos jurídicos indeterminados para não se assumir uma argumentação eminentemente consequentialista. Em especial, fazendo-se uso dos controversos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público.

³² PEGREBINSCHI, Thamy. Pragmatismo: teoria social e política – Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005. pp. 38-39.

³³ MENDONÇA, José Vicente Santos. Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 38.

Conclui-se que o pragmatismo tem afetado especialmente o direito administrativo como afirma Gustavo Binbenojm:

“O direito administrativo contemporâneo está sob o influxo da razão pragmática sob múltiplas formas e em diferentes setores de seu campo de atuação. Não se está aqui a sustentar a existência de um projeto global de reforma da disciplina fundado no pragmatismo filosófico, mas daquilo que Posner denominou, mais modestamente, de uma atitude ou um temperamento pragmático (*pragmatic mood*), caracterizado pelo ceticismo em relação às teorias generalizantes e aos conceitos meramente abstratos. Ao descrédito da grande narrativa do direito europeu continental, essa razão pragmática deve responder pragmaticamente – isto é, de maneira antifundacionista, contextualizada e consequencialista –, e não com outra grande narrativa alternativa. Em suma: basear conceitos, proposições e decisões no exame de suas consequências práticas, em um determinado contexto concreto, sem prestar necessária reverência a premissas teóricas inquestionáveis – eis o itinerário do pragmatismo jurídico-administrativo”³⁴.

Neste contexto de abordagem pragmática, a desestatização tem destaque. Ela se contrapõe ao mito de onipotência e soberania do Estado e se propõe a, em parcerias com os particulares, resolver problemas públicos ao menor custo possível e com soluções dialogadas.

Da mesma forma, a concretização de direitos fundamentais é cada vez mais condicionada pela possibilidade de experiência. Caso queiramos romper com a simples positivação de normas ideais e irrealizáveis, este novo paradigma precisa ser adotado.

Neste contexto, citamos crítica proferida pelo professor Flávio Galdino ao afastamento infelizmente comum de muitos juristas do mundo dos fatos:

“Na imagem do jusfilósofo, substitui-se a fórmula cartesiana *penso, logo existo (cogito, ergo sum)*, pelo enunciado *penso, logo é (cogito, ergo est)*, como se as nossas mais simples cogitações tivessem o condão de conformar a realidade. E essa postura esquizofrênica produz um afastamento da realidade incompatível com um agente público que pretende interferir na realidade social. É importante ter em vista que o Direito não existe apenas para enunciar valores que consideramos relevantes ou dignos de serem observados. O direito existe para regular a vida das pessoas. Para tentar tornar essas vidas mais felizes. E, para alcançar essa finalidade, de quase nada adianta construir realidades artificiais”³⁵.

1.6 Os serviços de interesse econômico geral

Em dezembro de 2000 foi promulgada a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Nela, foi promovida uma inovação de destaque, um novo direito fundamental não anteriormente previsto na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 nem na Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, o direito a acesso a serviços de interesse

³⁴ BINENBOJM, Gustavo. Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador – 2ª Ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 58.

³⁵ GALDINO, Flávio. Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 333.

econômico geral³⁶.

Assim, pode-se afirmar que na Europa há atualmente um direito fundamental de acesso aos serviços essenciais tutelados pelo Estado, como o de rede de transporte, energia elétrica e telefonia.

A inclusão dos serviços de interesse econômico geral no direito comunitário europeu é relativamente recente. Isso porque a abertura dos setores que prestavam exclusiva ou essencialmente serviços de interesse econômico geral começou a ocorrer somente a partir de 1985, sendo então gradualmente abertos à concorrência.

Já na década de 1990, o Tribunal de Justiça da União Europeia começou a decidir que algumas formas de intervenção estatal nas atividades econômicas deveriam ser substituídas pelas liberdades comunitárias. A liberdade econômica, como fundamento comunitário, deveria então prevalecer³⁷.

Neste contexto, faz-se necessária uma digressão para explicar a formação conceitual deste instituto. Pode-se afirmar que a noção de serviço de interesse econômico geral surgiu a partir da tentativa de conciliação dos conceitos de serviço público e de *public utilities*.

Explica Helga Maria Sabóia Bezerra:

“Assim, não era fácil saber, com critério geral, em que ia consistir o serviço público da União Européia, que abrigava países de tradições jurídicas não coincidentes (*civil law* e *common law*): uns que haviam solucionado as necessidades de serviços de sua coletividade, através da *publicatio* – declaração formal como serviço público de titularidade estatal e gestão direta ou indireta por concessionários –; e outros que se tinham decantado pela via da simples regulação de atividades desenvolvidas por particulares³⁸”.

Neste sentido, podemos destacar os serviços de interesse geral como um gênero, do qual as espécies seriam o serviço de interesse econômico geral (como os serviços de transporte, energia e comunicação) e os demais serviços não econômicos (como segurança, justiça e sistema escolar obrigatório).

Esta diferenciação tem importância prática. Muito embora a União não imponha regimes de propriedade sobre sociedades empresárias que prestem serviço de interesse

³⁶ Artigo 36º. Acesso a serviços de interesse económico geral. A União reconhece e respeita o acesso a serviços de interesse económico geral tal como previsto nas legislações e práticas nacionais, de acordo com o Tratado que institui a Comunidade Europeia, a fim de promover a coesão social e territorial da União.

³⁷ Três acórdãos merecem destaque e são relativos ao sistema europeu de telecomunicações e radiodifusão: i) Processo C-202/88 (República Francesa contra Comissão das Comunidades Europeias); ii) Processo C-288/89 (Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda e outros contra Commissariaat voor de Media); iii) Processos apensos C-271/90, C-281/90 e C-289/90 (Reino da Espanha, Reino da Bélgica e República Italiana contra Comissão das Comunidades Europeias)

³⁸ BEZERRA, Helga Maria Sabóia. As transformações da noção de serviço público na União Européia: o serviço de interesse geral do Tratado de Lisboa. Revista Direito, Estado e Sociedade, Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, n.º 32, jan./jun., 2008. Disponível na Internet <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br>. Acessado em 05 de setembro de 2017. p. 119.

econômico geral, podendo ser tanto estatais como privadas, ela determina a sujeição das empresas à competição e às normas de direito concorrencial, devendo ser livre o mercado de sua atividade econômica.

Isso tem tamanha abrangência que inclusive limita e impede a subvenção estatal a empresas públicas, devendo suas receitas serem suficientes para sustentar seus custos e despesas. Apenas em situações excepcionais os Estados poderão oferecer compensações.

Entretanto, Celso Antônio Bandeira de Mello critica esta nova terminologia e defende que os serviços de interesse econômico geral nada mais são que serviços públicos tradicionais.

Assim se manifesta o destacado autor:

“Ali vieram a surgir as noções de serviços de interesse econômico geral, que, a nosso ver, com ressalva da possibilidade de realização em concorrência (e ainda assim nem sempre) e mesmo de serem exercidos por empresas privadas ainda quando não hajam sido previamente dados em concessão, não são outra coisa senão o próprio serviço público, já que no concernente ao regime de sua prestação se submetem às mesmas imposições jurídicas, pelo menos, às chamadas “Leis de Rolland”, as quais no Direito Francês são apontadas como consubstanciando os princípios fundamentais que o regem, a saber: mutabilidade, igualdade e continuidade”³⁹.

Data venia, é notório que a noção de serviço de interesse geral e sua espécie de maior destaque, o serviço de interesse econômico geral, são evoluções da noção tradicional de serviço público e, portanto, guardam com ela profunda similaridade.

Entretanto, para além de serem uma simples mudança terminológica, representam uma importante alteração material de conceito e significado dos serviços públicos.

A noção de serviço de interesse econômico geral nos parece distinta à medida em que mitiga um elemento importantíssimo da noção clássica de serviço público, qual seja, o regime jurídico especial.

Assim, o novo conceito representa uma aproximação entre o direito público e o privado. Dada esta nova realidade, portanto, os regimes jurídicos públicos e privados, embora mantenham sua existência, aproximam-se. Ocorre, portanto, a “privatização do direito público”.

Esta mudança tem consequências notáveis, entre elas, a necessidade de garantia da concorrência e de postulados da livre iniciativa inclusive nas atividades cuja titularidade seja estatal.

Neste sentido, novas perspectivas têm sido propostas a fim de atualizar o instituto dos serviços públicos. Propõe o professor Vitor Rhein Schirato que o princípio da livre iniciativa não só afeta a atividade econômica em sentido estrito como também a prestação de serviços públicos. Ele afirma:

³⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Serviço público e concessão de serviço público – São Paulo: Malheiros, 2017. p. 59.

“Os serviços públicos, assim, não são caracterizados como uma prerrogativa estatal que interdita o exercício de atividades econômicas particulares. São caracterizados como uma obrigação estatal (em sentido jurídico), a qual, só de forma episódica e específica, poderá impor restrições ao direito fundamental da livre iniciativa, conforme venha a ser proporcional para a realização de um direito fundamental⁴⁰”.

Por outro lado, Carlos Ari Sundfeld considera que “os velhos serviços públicos, de regime afrancesado e explorados diretamente pelo Estado, estão desaparecendo, com as empresas estatais virando particulares e o regime de exploração dos serviços sofrendo sucessivos choques de alta tensão”⁴¹. Neste diapasão, propõe a adoção da nova terminologia europeia em substituição à noção tradicional e ultrapassada de serviço público.

Consideramos que o centro do debate não é a terminologia adotada, mas seu conteúdo material. Assim, preferimos continuar utilizando a nomenclatura já consagrada pela doutrina, pelo texto constitucional e pelas leis, sem deixar de atualizar seu conteúdo a partir das inovações jurídicas estrangeiras.

1.7 A desestatização no Brasil

A formação do Estado brasileiro precede à construção de uma identidade nacional. De certa forma, o pensamento conservador, centrado na noção de necessidade da tutela estatal e na centralização política e administrativa, definiu a estrutura do Estado nacional e a mantém intensa força no pensamento público.

Explica Gildo Marçal Brandão:

“Ora, qualquer tentativa de definir a visão do país e o programa político da corrente conservadora brasileira – que foi responsável no século XIX pela construção do Estado e pela manutenção da unidade territorial, forneceu no século XX a diretriz básica da ação dos grupos políticos e das burocracias dominantes no país (do tenentismo e do primeiro varguismo ao geiselismo, de Agamenon Magalhães a Antonio Carlos Magalhães), e cuja origem intelectual remonta em boa medida ao visconde de Uruguai e a Oliveira Vianna – reconhecerá que eles se assentam na tese de que não é possível construir um Estado liberal (e democrático) em uma sociedade que não seria liberal. Sua consequência prática é que esta precisa ser tutelada e a centralização política e administrativa afirmada. A imagem do Brasil que emerge do pensamento conservador é a de que esse é um país fragmentado, atomizado, amorfo e inorgânico, uma sociedade desprovida de liames de solidariedade internos e que depende umbilicalmente do Estado para manter-se unida. Nesta terra de barões, onde “manda quem pode, obedece quem tem juízo”, o homem comum só costuma encontrar alguma garantia de vida, liberdade e relativa dignidade, se estiver a serviço de algum poderoso. Fora disso, estará desprotegido – a não ser que o Estado intervenha. Ao contrário da Europa e dos Estados Unidos, aqui o Estado não deveria ser tomado como

⁴⁰ SCHIRATO, Vitor Rhein. Livre Iniciativa nos Serviços Públicos – 1ª Ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 328.

⁴¹ SUNDFELD,

a principal ameaça à liberdade civil, mas como sua única garantia⁴².

A noção de desestatização, portanto, é estranha ao tradicional pensamento político brasileiro e representa uma forma de alteração profunda das estruturas políticas e econômicas nacionais.

Não só a tradição intelectual como também as experiências de crescimento econômico solidificaram esta perspectiva. No Brasil, as maiores experiências de aumento da produção de riquezas se deram em momentos de grande atuação do Poder Público e se seguiram por momentos de aguda crise de endividamento público e de aceleração inflacionária.

Assim, o motor do crescimento econômico brasileiro na segunda metade da década de 1970 e no início da década de 1980 foram os investimentos de empresas estatais. Deste processo, adveio uma profunda deterioração da contas públicas e a tentativa de utilização destas empresas como instrumento de política econômica, evitando o reajustamento de preços com objetivos anti-inflacionários e tentando auxiliar a retomada do crescimento com investimentos e alto endividamento.

Como resposta ao processo apelidado de estagflação, ou seja, a conjugação no mesmo momento econômico de inflação e estagnação do crescimento econômico, foram promovidas políticas de desestatização, substituindo o investimento público pelo privado.

Neste sentido, considerando-se a inflação, na definição de Milton Friedman, como um fenômeno monetário, pode-se concluir ser a expansão da base monetária o grande motor inflacionário. Portanto, o desequilíbrio fiscal tem papel central no aumento generalizado de preços.

Em síntese dos motivos e oportunidades da desestatização, afirma Fábio Giambiagi:

“Como resultado da retração dos investimentos públicos, observou-se uma deterioração do estoque de capital em infraestrutura, o que se refletiu em um estrangulamento em setores-chave para a retomada do desenvolvimento econômico. Tendo em vista essa situação, a venda das empresas estatais não significaria apenas a geração de recursos que contribuiriam diretamente para uma melhora da situação das finanças públicas, mas, sobretudo, a transferência delas para o setor privado, com condições financeiras mais sólidas e, conseqüentemente, mais apto a investir não apenas na ampliação da capacidade dos setores de infraestrutura, como também em sua modernização”⁴³.

No caso brasileiro, a desestatização ocorreu em momentos de grande fragilidade fiscal e de impossibilidade de investimentos públicos e pode ser dividida em três fases recentes.

⁴² BRANDÃO, Gildo Marçal. Linhagens do pensamento político brasileiro. in DADOS – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, Vol. 48, nº 2, 2005, p. 246. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/dados/v48n2/a01v48n2.pdf>

⁴³ GIAMBIAGI, Fábio. Finanças públicas: teoria e prática no Brasil – 4ª Ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 382.

A primeira é chamada de fase das reprivatizações e teve como objetivo sanear financeiramente a carteira do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) durante o Governo de João Figueiredo. Para tanto, em 1981, foi publicado o Decreto n.º 86.215, de 15 de julho, por meio do qual foi criada a Comissão Especial de Desestatização responsável pela condução deste processo.

As sociedades empresárias objeto de transferência para o setor privado ou de desativação, de acordo com o art. 3º do citado Decreto, eram: i) as empresas privadas que, tendo sido criadas pelo setor privado, passaram posteriormente para o controle direto ou indireto da União, em decorrência de inadimplência de obrigações, excussão de garantia ou situações jurídicas semelhantes; ii) as empresas instituídas pelo Poder Público que não mais devam permanecer sob o controle e direção do Governo Federal, por já existir, sob controle nacional, setor privado suficientemente desenvolvido e em condições de exercer as atividades que lhes foram atribuídas e iii) as subsidiárias das empresas instituídas ou controladas direta ou indiretamente pela União, cuja existência não seja indispensável à execução dos objetivos essenciais da empresa controladora e importe em desnecessária ou injusta competição com as empresas privadas nacionais.

Neste sentido, tecnicamente, a desestatização em questão se limitou à privatização em sentido estrito, ou seja, à transferência para o setor privado de capital social de sociedades empresárias antes controladas pelo Poder Público.

Ainda, esta primeira fase foi amplamente marcada pela discriminação ao investimento estrangeiro que se apresentou por meio da proibição da transferência para estrangeiros, bem como pelo compromisso de manter a sociedade empresária reprivatizada sob controle nacional⁴⁴.

Posteriormente, em 1985, foi publicado o Decreto n.º 91.991, de 28 de novembro, por meio do qual se substituiu a supracitada comissão pelo Conselho Interministerial de Privatização. Neste momento, inclusive, o BNDES é chamado para atuar como agente de privatização, tradição que, ao longo do tempo, ganhou força⁴⁵. Neste novo modelo, a venda direta a estrangeiros continuava proibida, mas a cláusula de compromisso de manutenção sob

⁴⁴ Art. 5º. Na transferência de controle de empresas para o setor privado, serão observados os seguintes princípios básicos: (...) II - os adquirentes deverão ser cidadãos brasileiros residentes no País ou empresas ou grupos de empresas sob controle nacional; III - os adquirentes deverão obrigar-se, mediante compromisso irrevogável, a manter sob controle nacional o capital e a administração das empresas adquiridas.

⁴⁵ Art. 8º. O Ministro de Estado da área a que esteja vinculada a empresa sob regime de privatização contratará empresa externa, para os efeitos do item I do artigo 7º deste Decreto.
Parágrafo único. Para os fins deste artigo, caberá ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES selecionar e cadastrar empresas de reconhecida reputação e tradicional atuação em atividades de negociação de capital e transferência de controle acionário.

controle nacional do capital e da administração foi excluída. Ademais, a partir deste momento, as transferências começaram a ser efetuadas, sempre que possível, por meio de leilão em bolsa de valores mobiliários⁴⁶.

Em 1988, foi publicado o Decreto n.º 95.886, de 25 de março, que criou o Programa Federal de Desestatização e o Conselho Federal de Desestatização, tendo como objetivos não só a privatização, mas ainda uma novidade, a desregulamentação. Neste momento, o BNDES ganhou o papel de financiador e administrador das sociedades objeto de reprivatização.

Posteriormente, após a primeira eleição direta sob o novo regime constitucional, foi editada a Medida Provisória n.º 155/1990, criando o Programa Nacional de Desestatização, depois convertida na Lei n.º 8.031/1990⁴⁷. É neste momento que começa a segunda fase de desestatizações, a partir de então a privatização passa a ser tratada como prioridade da política econômica e se incluiu definitivamente na agenda nacional a liberalização comercial e a desregulamentação do mercado doméstico.

Neste mesmo ato legal, foram criados o Fundo Nacional de Desestatização e a Comissão Diretora do Programa. Cabendo a esta última, entre outras atribuições, a opção por limitar a um percentual do capital votante, quando justificado por razões de interesse do País, a alienação de ações a pessoas físicas ou jurídicas não nacionais. Inclusive, previu-se na Lei a possibilidade de restrição, de caráter temporário ou permanente, da transmissão das empresas a pessoas estrangeiras.

A fim de promover a desregulamentação, foi publicado o Decreto n.º 99.179, de 15 de março de 1990, que instituiu o Programa Federal de Desregulamentação⁴⁸. Seu fundamento foi

⁴⁶ Art. 7º. Os processos de privatização serão conduzidos, pelo Ministro de Estado, a que esteja vinculada a empresa inserida no Programa de Privatização, e obedecerão a critérios peculiares a cada caso, obedecidos os seguintes princípios básicos:

(...)

IV - nas hipóteses de transferência do controle acionário:

(...)

c) as operações de transferência serão, sempre que possível, concretizadas por intermédio das Bolsas de Valores.

⁴⁷ É curioso que a própria Lei que instituiu o Programa Nacional de Desestatização deixou claro no art. 3º a impossibilidade de transferência de ações ordinárias da Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobrás) que reduzissem a participação da União para percentual inferior a 51% do capital social, preservando a redação original da Lei n.º 2.004/1953, que definiu a Política Nacional do Petróleo e que autorizou a União a constituir a Petrobrás. Esta inclusive foi a única companhia estatal a manter-se, por meio de lei, fora do Programa Nacional de Desestatização. Esta opção política de previsão legal de manutenção do controle acionário da Petrobras foi mantida no art. 62 da Lei n.º 9.478/1997 que dispõe sobre a política energética nacional.

⁴⁸ O Programa Federal de Desregulamentação introduziu algumas diretrizes que merecem destaque, a saber, a) a Administração Pública Federal, em princípio, aceitará como verdadeiras as declarações feitas pelos administrados, substituindo, sempre que cabível, a exigência de prova documental ou de controles prévios por fiscalização dirigida que assegure a oportuna repressão às infrações da lei; b) a atividade econômica privada será regida, basicamente, pelas regras do livre mercado, limitada a interferência da Administração Pública Federal ao que dispõe a Constituição; c) sempre que possível, a Administração Pública Federal atuará mediante convênios entre seus

o “princípio constitucional da liberdade individual, com a finalidade de fortalecer a iniciativa privada, em todos os seus campos de atuação, reduzir a interferência do Estado na vida e nas atividades do indivíduo, contribuir para a maior eficiência e o menor custo dos serviços prestados pela Administração Pública Federal” (art. 1º). O programa em questão durou quase três décadas, sendo revogado apenas pelo Decreto de 07 de março de 2017, que criou o Conselho Nacional para a Desburocratização - Brasil Eficiente.

São feitas algumas críticas pertinentes e importantes ao processo de desestatização conduzido pelo Presidente Fernando Collor de Mello no setor de transportes. Afirma-se que, em vez de desestatização, ocorreu a simples desestruturação do Estado que anteriormente desempenhava estas tarefas essenciais⁴⁹. O Estado não foi neste momento substituído prudentemente por agentes de mercado, o que houve foi a retirada do Estado sem qualquer substituição adequada e fundada em regras claras. Neste momento, o Ministério dos Transportes foi extinto, com a criação de um Ministério da Infraestrutura que abarcaria muitos outros setores. A partir de seu sucessor, Itamar Augusto Cautiero Franco, o Governo deu seguimento a um processo de desestatização gradual e organizado, fundado em instituições e boas práticas, que foi posteriormente aperfeiçoado pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso.

O Estado de São Paulo, a exemplo do Governo Federal, também instituiu um programa de desestatização. Assim, por meio da Lei Estadual n.º 9.361, de 5 de julho de 1996, foi criado o Programa Estadual de Desestatização, abrangendo tanto a alienação de participação societária, como também a concessão permissão e autorização de serviço público. Isso se deveu ao fato do ente federado em comento ter sancionado a primeira lei de concessões do país, a Lei Estadual n.º 7.835, de 08 de maio de 1992.

A terceira fase do processo de desestatização se inicia com a publicação da Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, dispondo sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos. Em seguida, no mesmo ano, é publicada a Lei n.º 9.074, de 7 de julho, estabelecendo normas para a outorga e prorrogação das concessões e permissões de serviço público. Esta Lei possibilitou que Estados, Municípios e o Distrito Federal solicitassem a

órgãos e entidades, ou entre estes e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, visando à descentralização da atividade administrativa, à redução dos custos e à eliminação dos controles superpostos.

⁴⁹ “Independentemente de juízos de valor sobre o processo de privatização ou de desestatização, ou ainda de descentralização, a questão central no primeiro triênio da década foi o desacerto processual. Tratava-se de aplicar ao setor de transportes não só uma política de retirada do Estado de suas atribuições assumidas “indevidamente” em substituição às forças de mercado, mas realmente de toda e qualquer atribuição no plano econômico, social ou político. Em vez de desestatização, o que ocorria era a total desestruturação do Estado Federal para o desempenho das tarefas a ele reservadas pela Constituição de 1988”. Transportes no Brasil: história e reflexões/coordenação de Oswaldo Lima Neto; autores Anísio Brasileiro...et al; consultor em História Antônio Paulo Rezende. – Brasileira, DF: Empresa de Planejamento de Transportes/GEIPOT; Recife: Ed. Universitária da UFPE. p. 404.

delegação de rodovias ou trechos rodoviários federais para incluí-los em seus programas de concessão de rodovias.

A partir de então foi incorporada a desestatização dos setores de infraestrutura e de utilidade pública. A primeira experiência ampla de concessão teve início no setor elétrico e, a partir dele, expandiu-se a técnica para os mais diversos serviços públicos. Consequentemente, a primeira agência reguladora criada no País foi a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), instituída pela Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996.

Entretanto, cabe aqui ressaltar que as concessões rodoviárias são as mais antigas e algumas ocorreram antes de 1995. A primeira concessão rodoviária que se tem registro ocorreu em 1852, por meio do Decreto n.º 1.301, de 27 de agosto, do Governo Imperial, tendo como objeto a Estrada União e Indústria que ligava Petrópolis a Juiz de Fora⁵⁰. Esta foi ainda a primeira rodovia macadamizada da América Latina⁵¹, uma importante inovação para a época, tendo sido a sua obra concluída em 1861. Foi concedida pelo prazo de cinquenta anos a Mariano Procópio Ferreira Lage.

Posteriormente, ocorreram ainda outras duas importantes concessões anteriores à publicação da Lei de Concessões: a concessão da Ponte Presidente Costa e Silva e a concessão estadual da Rodovia SC-401 de Santa Catarina. No caso da concessão federal, ela ocorreu por algumas especificidades legislativas do setor.

Explica-se. Em 27 de agosto de 1969 foi publicado o Decreto-Lei n.º 791, dispondo sobre a cobrança de pedágios em rodovias federais. O mesmo texto legal dispôs em seu art. 7º a possibilidade de outorga de concessões por prazo fixo⁵². Neste contexto, foi ainda publicado em 1987 o Decreto n.º 94.002, de 02 de fevereiro de 1987, dispondo sobre a concessão de obra pública, para construção, conservação e exploração de rodovias e obras rodoviárias federais.

Com este aparato legal, em 1994, foi concedida a recuperação, o reforço e a monitoração

⁵⁰ As obras deste empreendimento tiveram início em 12 de abril de 1856, contando com a presença e o incentivo do Imperador Dom Pedro II, e foram finalmente concluídas em 23 de julho de 1861, se estendendo por 144 quilômetros.

⁵¹ A técnica construtiva foi utilizar pedra britada, areia e alcatrão comprimidos por um rolo compressor de 8 a 10 toneladas. A pista tinha largura de 6 metros, tendo sido denominada “rainha das estradas brasileiras”. O Imperador e sua comitiva percorreram o percurso em aproximadamente nove horas, descontadas as paradas. Para mais informações ver: Transportes no Brasil: história e reflexões/coordenação de Oswaldo Lima Neto; autores Anísio Brasileiro...et al; consultor em História Antônio Paulo Rezende. – Brasileira, DF: Empresa de Planejamento de Transportes/GEIPOT; Recife: Ed. Universitária da UFPE. pp. 112-115.

⁵² Decreto-Lei n.º 791/1969. Art. 7º O Governo Federal, por intermédio do órgão setorial de execução, poderá, atendendo ao interesse público e mediante licitação, outorgar concessões por prazo fixo, para construção e exploração de rodovias e obras rodoviárias federais, assim como para a exploração e administração de rodovias existentes, mediante cobrança de pedágio.

das estruturas, o melhoramento, a manutenção, a conservação e a operação da Ponte Presidente Costa e Silva, também chamada de Ponte Rio-Niterói, e seus acessos, integrantes da BR-101/RJ pelo prazo de vinte anos.

Com as novidades trazidas pela Lei de Concessões, foi necessária a atualização do Programa Nacional de Desestatização. As alterações ocorreram em 1997, com a publicação da Lei n.º 9.491, de 9 de setembro. A partir de então a desestatização se daria pela alienação do controle acionário de sociedade empresárias, pela transferência da execução de serviços públicos e pela transferência ou outorga de direitos sobre bens móveis ou imóveis.

A partir de então, o BNDES também ganharia destaque, passando, mediante acordo, a supervisionar o processo de desestatização de empresas controladas por qualquer unidade da federação, não apenas da União. Da mesma forma, passou este banco a administrar e gerir o Fundo Nacional de Desestatização. Ademais, foi o criado o Conselho Nacional de Desestatização, subordinado ao Presidente da República, como órgão superior de direção.

O que se percebeu ao longo deste processo, portanto, foi a ampliação do escopo das desestatizações ao longo do tempo, a redução gradual da discriminação a estrangeiros de participarem dos processos licitatórios e ainda o crescimento da importância da atuação do BNDES neste processo.

Depois de quase duas décadas, em 2016, em um cenário de crise econômica e fiscal, foi criado, por meio da Medida Provisória n.º 727, de 12 de maio, posteriormente convertida na Lei n.º 13.334/2016, o Programa de Parcerias de Investimento (PPI), destinado à ampliação e fortalecimento da interação entre o Estado e a iniciativa privada por meio da celebração de contratos de parceria para a execução de empreendimentos públicos de infraestrutura e de outras medidas de desestatização.

A grande novidade foi a inclusão dos empreendimentos de infraestrutura que se submetam ao regime jurídico das parcerias público-privadas e a incorporação pelo Conselho do Programa de Parcerias de Investimento de três órgãos antes existentes, a saber, o Conselho Nacional de Desestatização, o órgão gestor das parcerias público-privada e o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte.

Outro aspecto bastante interessante diz respeito ao licenciamento, este inclusive costuma ser apontado por profissionais da área como um dos maiores entraves a projetos de infraestrutura. Nos termos do art. 17 da Lei n.º 13.334/2016, caberá ao órgão ou entidade com competências setoriais relacionadas ao empreendimento convocar todos os órgãos ou entidades que tenham competência liberatórias, sejam federais, estaduais ou municipais, para participar da estruturação e execução do projeto, inclusive com a definição do conteúdo dos termos de

referências.

2 O SETOR RODOVIÁRIO BRASILEIRO

2.1. A construção do sistema rodoviário

A primeira estrada de rodagem do Brasil, a maior obra de engenharia da América Latina em seu tempo, fruto de uma concessão, foi um marco histórico, infelizmente, isolado. O Brasil passou as décadas seguintes por relativa estagnação no rodoviarismo.

O primeiro ente federado a dar maior destaque ao tema foi o Estado de São Paulo que, em 1926, criou a Diretoria de Estradas de Rodagem, por meio da Lei Estadual n.º 2.187, de 30 de dezembro. A União, sob a presidência de Washington Luiz, ciente da importância desta experiência, cria no ano seguinte a Comissão de Estradas de Rodagem Federais.

Foi também criado o Fundo Especial para Construção e Conservação de Estradas de Rodagem Federais por meio do Decreto n.º 5.141, de 5 de janeiro de 1927, que seria financiado pelas receitas oriundas de um adicional aos impostos de importação para consumo⁵³.

Uma das mais destacadas realizações do novo fundo foi a construção e inauguração, já em 25 de agosto de 1928, da Estrada Rio-Petrópolis, a primeira rodovia asfaltada do Brasil⁵⁴. Alguns meses antes, o Presidente Washington Luiz também inaugurara a Estrada Rio-São Paulo e criara a Polícia de Estradas, atualmente denominada Polícia Rodoviária Federal⁵⁵.

Foi a partir deste momento que o rodoviarismo entrou definitivamente na agenda pública nacional, tendo todos os presidentes que o sucederam desenvolvido políticas públicas e estratégias de ampliação e melhorias do transporte rodoviário.

Em 1931 a Comissão é extinta e suas atribuições foram transferidas a uma seção da Inspeção Federal de Estradas do Ministério de Viação. Em virtude dos crescentes déficits, o Decreto n.º 20.853, de 26 de dezembro de 1931, também extinguiu o fundo criado anos antes, incorporando seus recursos ao orçamento da União.

⁵³ O Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil:

Faço saber que o Congresso Nacional decretou e eu sanciono a seguinte resolução:

Art. 1º Fica creado o «Fundo Especial para Construção e Conservação de Estradas de Rodagem Federaes, constituido por um adicional aos impostos de importação para consumo a que estão sujeitos: gasolina, automoveis, auto-omnibus, auto-caminhões, chassis para automoveis, pneumaticos, camaras de ar, rodas massiças, motocicletas, bicycletas, side-car e accessorios para automoveis.

Paragrapho unico. Esse adicional, arrecadado em moeda nacional (papel), será: de 60 réis por kilogramma de gasolina, de 20 % sobre os impostos ad-valorem ou por unidade que recaem sobre automoveis, auto-omnibus, auto-caminhões, chassis para automoveis, pneumaticos, camaras de ar, rodas massiças, motocicletas, bicycletas, side-car e accessorios para automoveis e de 50 réis por kilogramma de accessorios para automoveis não sujeitos ao imposto ad-valorem ou por unidade.

⁵⁴ A Rio-São Paulo reduziu o tempo de viagem terrestre rodoviária entre as duas principais cidades do país, de 33 dias (tempo da primeira viagem de automóvel completada em 1908) para 14 horas.

⁵⁵ A Polícia Rodoviária Federal foi criada pelo Decreto n.º 18.323, de 24 de Julho de 1928, sob a denominação de Polícia de Estradas

Em 1934, após a realização de estudos por uma comissão técnica constituída pelo Ministério da Viação e Obras Pública, é publicado o Decreto n.º 24.497, de 29 de Junho, que aprova o Plano Geral de Viação Nacional e constitui-se uma nova comissão permanente, a Comissão de Estradas de Rodagem Federais. Poucos dias depois, o Estado de São Paulo, por meio do Decreto Estadual n.º 6.529, de 2 de julho de 1934, cria o Departamento de Estradas de Rodagem, o primeiro órgão rodoviário brasileiro a gozar de certa autonomia administrativa e financeira⁵⁶.

Em âmbito federal, apenas em 1937, por meio da Lei n.º 467, de 31 de Julho, a comissão permanente é transformada em um departamento autônomo, chamado de Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER), subordinado ao Ministério da Viação e Obras Públicas, um órgão normativo responsável por rever o Plano Rodoviário Nacional.

A Empresa Brasileira de Planejamento de Transportes explica a importância desta inovação:

“Deu-se um passo decisivo para a institucionalização da moderna mentalidade rodoviária no País e para a construção gradativa da rede nacional das estradas de rodagem. A partir daí, passou-se a utilizar o conceito básico de categorias de estradas e explicitar as atribuições de cada um dos níveis governamentais intervenientes nas atividades de construção e conservação rodoviária”⁵⁷.

Em 21 de setembro de 1940, por meio da Lei n.º 2.615, é criado o Fundo Rodoviário dos Estados e Municípios, cujas receitas adviriam de parte do imposto único sobre combustíveis e lubrificantes líquidos minerais, importados ou produzidos no Brasil.

Para dar coerência ao destino dos recursos arrecadados, seria necessária uma estratégia. Para isso, foi criada uma Comissão de Estradas e Rodagem⁵⁸ que tinha como objetivo produzir um plano rodoviário. Assim, em 20 de março de 1944, foi sancionado o Decreto n.º 15.093, aprovando o Plano Rodoviário Nacional, o primeiro da história⁵⁹.

Em virtude da saída de Getúlio Vargas, consagrando o fim do Estado Novo, assume o

⁵⁶ Embora não tivesse natureza autárquica, sendo um órgão da administração pública direta, foi instituída pelo art. 16 a "Caixa Rodoviária", destinada exclusivamente ao custeio do Departamento de Estradas de Rodagem. Da mesma forma, previu o art. 17 que os fundos da "Caixa Rodoviária" seriam constituídos pela dotação anual fixada pelo Governo ao organizar o orçamento do Estado e pelo auxílio que for concedido pelo Governo Federal. O art. 18 previa que o tesouro estadual faria o adiantamento do valor correspondente ao duodécimo da dotação anual da Caixa Rodoviária para o pagamento das despesas do DER.

⁵⁷ Transportes no Brasil: história e reflexões/coordenação de Oswaldo Lima Neto; autores Anísio Brasileiro...et al; consultor em História Antônio Paulo Rezende. – Brasileira, DF: Empresa de Planejamento de Transportes/GEIPOT; Recife: Ed. Universitária da UFPE. p. 226.

⁵⁸ Instituída pelo Decreto n.º 12.747, de 30 de Junho de 1943.

⁵⁹ O Plano Geral de Viação Nacional aprovado em 1934 incluía em seu escopo as seguintes modalidades de transporte: ferroviário, rodoviário, fluvial, marítimo e aéreo. Assim, o Plano Rodoviário Nacional de 1944 foi o primeiro plano voltado exclusivamente para setor rodoviário.

Presidente do Supremo Tribunal Federal, José Linhares⁶⁰. Em seus três meses de mandato, teve como principal realização a reorganização do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem e a criação do Fundo Rodoviário Nacional, por meio do Decreto-Lei n.º 8.463, de 27 de dezembro de 1945, também conhecido como Lei Joppert.

A partir de então, o DNER deixou de ser um órgão subordinado ao Ministério da Viação e Obras Públicas, passando a gozar de autonomia administrativa e financeira e foi erigido à qualidade de pessoa jurídica de direito público, em outras palavras, ganhou natureza jurídica autárquica⁶¹. Esta recomendação foi feita pelos Congressos Nacionais de Estradas de Rodagem e pelo 1º Congresso Geral de Transportes.

O fundo recém criado seria ainda financiado pelas receitas públicas do imposto único federal sobre combustíveis e lubrificantes líquidos minerais, importados e produzidos no país, criado pelo Decreto-Lei n.º 2.615, de 21 de setembro de 1940, sendo 40% destinado ao DNER e os 60% restantes destinados aos Estados, Territórios e Distrito Federal.

Outro aspecto que merece destaque foi a descentralização administrativa do DNER aos departamentos ou repartições de estradas de rodagens estaduais. Assim, o auxílio financeiro do fundo criado seria remetido aos órgãos ou entidades estaduais, desde que seguissem os moldes do órgão nacional⁶².

Com a eleição do Marechal Eurico Gaspar Dutra, tem início a implementação do Plano SALTE (Saúde, Alimentação, Transporte e Energia), plano inicialmente desenvolvido pelo Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP). Muito embora o plano tenha sido um verdadeiro insucesso, resultou na pavimentação da Rodovia Rio-São Paulo (Rodovia Presidente Dutra).

Em 1950, foi criada a Comissão Mista Brasil-Estados Unidos da América. Dela nasceu o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico, posteriormente renomeado para Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) e várias propostas que serviriam de base para o Plano de Metas do Governo Juscelino Kubitschek.

Neste momento, dois acontecimentos alteraram radicalmente o sistema rodoviário nacional: o surgimento de uma indústria automobilística no Brasil e a construção de Brasília. A

⁶⁰ O Estado Novo havia fechado o Congresso Nacional por muitos anos e, da mesma forma, não previa a existência de um vice-presidente. Desta maneira, com a saída de Getúlio Dornelles Vargas, assumiu o cargo de Presidente da República o Presidente do Supremo Tribunal, José Linhares.

⁶¹ Nos termos do art. 2º do Decreto-Lei n.º 6.016, de 22 de novembro de 1943, considera-se autarquia o serviço estatal descentralizado, com personalidade de direito público, explícita ou implicitamente reconhecida por lei.

⁶² Art. 45. O Departamento Nacional; mediante acordos, aprovados pelo Conselho Rodoviário, poderá delegar aos Estados cujos departamentos rodoviários satisfaçam às exigências do art. 32 deste Decreto-lei, os encargos dos estudos, construção, conservação e polícia das estradas compreendidas no Plano Rodoviário Nacional, bem como as de concessão e fiscalização dos serviços de transporte coletivo de passageiros nessas estradas.

mudança da capital demandou a sua integração às demais regiões do País, o que alterou substancialmente toda a estratégia anteriormente definida.

O início da década de 1960 foi marcada pela instabilidade política e econômica. Neste sentido, nenhum Presidente da República concluiu o mandato presidencial, o presidencialismo foi substituído pelo parlamentarismo e depois regressou como sistema de governo. No aspecto econômico, experimentamos elevação das taxas de inflação, queda no crescimento econômico e dificuldades no balanço de pagamentos.

Neste cenário, foram desenvolvidos dois planos econômicos: o Plano Trienal por João Goulart e o Plano de Ação Econômica do Governo (PAEG) pelo Regime Cívico-Militar durante o Governo de Humberto de Alencar Castelo Branco. Mesmo tendo sido formulados por forças políticas bastante diferentes, tiveram diagnósticos e políticas bastante parecidas⁶³.

O Plano Trienal de Desenvolvimento Econômico e Social elaborado por Celso Furtado acusava as deficiências do setor de transportes como responsáveis pela escalada inflacionária no Brasil e orientava grandes investimentos no setor de transportes, visando à redução dos custos operacionais. Neste sentido, durante o PAEG, foi sancionado o Decreto n.º 53.960, de 9 de Junho de 1964, aprovando o Plano Preferencial de Obras Rodoviárias.

Neste mesmo ano foi também instituído um novo Plano Nacional de Viação por meio da Lei n.º 4.592, de 29 de dezembro, o primeiro a rever e a reformar o Plano desenhado em 1934. As prioridades então definidas foram a integração nacional a partir de Brasília, a nova capital, e o escoamento da produção. Outro interessante dispositivo⁶⁴ foi a previsão de revisão quinquenal do plano de viação. Entretanto, este marco legal durou pouco tempo, tendo sido retificado pela Lei n.º 4.906, de 17 de novembro de 1965. O Decreto-Lei n.º 142, de 2 de fevereiro de 1967, revogou as duas leis em questão, aprovando um novo Plano Rodoviário Nacional e alterando a classificação e a numeração das rodovias brasileiras.

Outro tema que ingressou na agenda pública ainda na década de 1960 foi a reforma administrativa. A primeira tentativa de reforma gerencial, por influência de Hélio Beltrão e Amaral Peixoto, ocorreu com a publicação do Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967. Nela, foi dada ênfase à descentralização, por acreditar que isso garantiria maior eficiência na máquina pública. Neste momento também foi instituído o Ministério dos Transportes, em

⁶³ BASTIAN, Eduardo F.. O PAEG e o plano trienal: uma análise comparativa de suas políticas de estabilização de curto prazo. *Estud. Econ.* [online]. 2013, vol.43, n.1, pp.139-166. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-41612013000100006>.

⁶⁴ Art 6º O Plano Nacional de Viação será revisto de 5 em 5 anos.

substituição ao longevo Ministério da Viação e Obras Públicas⁶⁵.

Cumprir destacar ainda a reforma administrativa promovida pelo Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967. Neste contexto, a mudança organizacional da administração pública ganhou prioridade. Neste diapasão foi criado em 15 de maio de 1967, o Ministério dos Transportes, sob a égide da reforma administrativa. Foi feita a primeira revisão do Plano Nacional de Viação, aprovado pela Lei n.º 4.592, de 29 de dezembro de 1964. Buscou-se integrar os diferentes modais e ainda foi introduzida uma nova nomenclatura das rodovias nacionais, partindo-se de Brasília.

A década seguinte, foi marcada pelo Milagre Econômico Brasileiro e pela expansão das obras públicas de infraestrutura. Neste contexto, o Presidente Emílio Garrastazu Médici cria o Programa de Integração Nacional por meio do Decreto-Lei n.º 1.106, de 16 de junho de 1970, que propôs em seu art. 2º a construção imediata das rodovias Transamazônica e Cuiabá-Santarém, sendo reservada a faixa de terra de até 10 quilômetros à esquerda e à direita para a colonização e reforma agrária.

No mesmo ano, em 1º de outubro, foi apresentado o Programa de Metas e Bases para a Ação do Governo visando a manter as taxas de crescimento econômico e de expansão do emprego elevadas. Seria ainda complementado pelo 1º Plano Nacional de Desenvolvimento⁶⁶ (1972-1974), pelo Programa Geral de Investimentos e por um novo Orçamento Plurianual de Investimentos. Em resumo, este momento foi marcado por grandes empreendimentos de infraestrutura sustentado por grandes investimentos públicos e endividamento.

Neste contexto, o último Plano Nacional de Viação foi aprovado por meio da Lei n.º 5.917, de 10 de setembro de 1973, descrevendo e definindo os sistemas nacionais rodoviário, ferroviário, portuário, hidroviário, aeroviário e de transportes urbanos. Esta foi a primeira vez que a infraestrutura de transporte urbana foi integrado ao Plano Nacional de Viação e é resultado do intenso e acelerado processo de urbanização brasileiro.

O Plano em análise traçou como prioridade a eficiência logística e determinou como objetivo do Plano “permitir o estabelecimento da infra-estrutura de um sistema viário integrado, assim como as bases para planos globais de transporte que atendam, pelo menor custo, às necessidades do País, sob o múltiplo aspecto econômico-social-político-militar” (art. 2º)⁶⁷.

⁶⁵ O Decreto n.º 1.606, de 29 de dezembro de 1966 foi denominado Ministério da Viação e Obras Públicas, a mudança terminológica só aconteceria aproximadamente 60 anos depois com o Decreto-Lei n.º 200/1967.

⁶⁶ O 1º Plano Nacional de Desenvolvimento foi aprovado em 4 de novembro de 1971, por meio da Lei n.º 5.727.

⁶⁷ Em outras disposições, deixa-se ainda mais clara a priorização pela eficiência. Assim, a Lei dispõe que são princípios e normas fundamentais do Sistema Nacional de Viação que “os planos diretores e os estudos de viabilidade técnico-econômica devem visar à seleção de alternativas mais eficientes, levando-se em conta possíveis combinações de duas ou mais modalidades de transporte devidamente coordenadas e o escalonamento de

Entretanto, a sua regulamentação ocorreu apenas em 2005 com o Decreto n.º 5.621, de 16 de dezembro.

A década de 1980, lembrada como a década perdida, não apresentou grandes políticas públicas ou reformas institucionais no sistema rodoviário nacional. Este processo seria retomado apenas na década seguinte com o sucesso da Plano Real e o alcance da estabilidade monetária.

2.2. O sistema rodoviário federal sob a Constituição de 1988

Um dos aspectos mais importante do novo texto constitucional foi a mudança do financiamento do setor rodoviário. Com a inauguração do princípio da não vinculação de impostos pelo art. 167, IV, da Constituição⁶⁸ e a transferência dos recursos dos antigos impostos sobre combustíveis e lubrificantes para os Estados⁶⁹, os recursos disponíveis pelo DNER permaneceram em níveis bastante baixos. Este cenário só seria alterado com a aprovação da Emenda Constitucional n.º 33 e com a promulgação da Lei n.º 10.336, ambas de 2001, que dariam origem à atual Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico incidente sobre petróleo, gás natural, álcool combustível e seus derivados (CIDE-combustíveis), aumentando um pouco a arrecadação federal.

Entretanto, o aumento de tributos não se reverteu em um consistente aumento de investimentos no setor. Neste sentido, afirma Vicente de Britto Pereira:

“O impacto da Cide nos investimentos do governo federal foi bem reduzido, porque ela foi usada para custear a administração e amortizar dívidas, porém se tornou importante para os estados, como complemento de seus orçamentos e pela possibilidade de os recursos serem usados como contrapartida em financiamentos, apesar de sua reduzida relevância financeira, pois somente 17,5% se destinavam

prioridades para a solução escolhida” (art. 3º, b) e que “a política tarifária será orientada no sentido de que o preço de cada serviço de transporte reflita seu custo econômico em regime de eficiência. Nestas condições, deverá ser assegurado o ressarcimento, nas parcelas cabíveis, das despesas de prestação de serviços ou de transportes antieconômicos que venham a ser solicitados pelos poderes públicos” (art. 3º, d).

⁶⁸ O texto original do art. 167, IV, da Constituição determinava: “a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para manutenção e desenvolvimento do ensino, como determinado pelo art. 212, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º”. Hoje, após diversas emendas constitucionais foram incluídas outras destinações como as ações e serviços públicos de saúde, a realização de atividades da administração tributária e oferecimento de garantia ou contragarantia à União e para pagamento de débitos.

⁶⁹ No texto constitucional original foi previsto o Imposto sobre Vendas a Varejo de Combustíveis Líquidos e Gasosos (IVVC), entretanto, este tributo foi extinto pela Emenda Constitucional n.º 3 de 1993. Assim, todas as receitas tributárias incidentes sobre combustíveis foram arrecadadas por Estados por meio do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços. Este cenário só foi alterado com a criação da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico incidente sobre a importação e a comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados, e álcool etílico combustível, possibilitada pela Emenda Constitucional n.º 33, de 11 de dezembro de 2001 e pela Lei n.º 10.336, de 19 de dezembro de 2001.

àqueles segmentos (cerca de R\$ 1,2 bilhão ao ano)”⁷⁰.

O Programa de Concessões de Rodovias Federais teve início em meados da década de 1990 com a licitação de alguns trechos já pedagiados pelo Ministério dos Transportes enquanto, simultaneamente, estudos de viabilidade técnica e econômica eram realizados a fim de identificar novos trechos para a inclusão no Programa.

Na 1ª Etapa, foram licitados seis lotes rodoviários⁷¹ cuja extensão total perfazia aproximadamente mil e trezentos quilômetros. Paralelamente, os Estados de São Paulo, Paraná, Santa Catarina, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e Minas Gerais implementaram seus próprios programas de concessão rodoviária. Assim, em 1997, o Estado de São Paulo lançou a 1ª Etapa do Programa de Concessões Rodoviárias, dividindo cerca de três mil e seiscentos quilômetros de rodovias em doze lotes.

Neste momento, os níveis tarifários refletiram a novidade e o risco que estes projetos traziam. As incertezas políticas e econômicas eram grandes, a insegurança jurídica era também alta. Não havia qualquer jurisprudência consolidada nem certeza da continuidade das concessões no médio e longo prazo por opção política dos governos vindouros. Neste contexto, os maiores interessados no novo modelo foram as grandes empreiteiras com larga experiência na construção civil, como Camargo Corrêa, Andrade Gutierrez e Queiroz Galvão.

Em meio a este processo de reforma do Estado e de desestatização⁷², foram aprovadas a Lei n.º 9.277, de 10 de maio de 1996, autorizando a União a delegar aos municípios, estados da Federação e ao Distrito Federal a administração e exploração de rodovias e portos federais e a Lei n.º 9.611, de 19 de fevereiro de 1998, dispondo sobre o transporte multimodal de cargas⁷³.

Em virtude estes avanços nas concessões rodoviárias e ainda pela experiência do setor de energia elétrica, foi sancionada a Lei n.º 10.233, de 5 de junho de 2001, reestruturando os sistemas de transporte terrestre e aquaviário, criando o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte (CONIT), a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), a

⁷⁰ PEREIRA, Vicente de Britto. Transportes: história, crises e caminhos – 1ª Ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014. p. 147.

⁷¹ Os seguintes trechos rodoviários foram incluídos na 1ª Etapa: i) Rio de Janeiro – São Paulo; ii) Ponte Rio-Niterói; iii) Rio de Janeiro – Juiz de Fora; iv) Rio de Janeiro – Teresópolis – Além Paraíba; v) Osório – Porto Alegre; vi) Pólo de Pelotas.

⁷² As reformas mais importantes da década de 1990 para o setor rodoviário foram àquelas diretamente ligadas à desestatização, como as leis do Programa Nacional de Desestatização e a Lei de Concessões e Permissões da Prestação de Serviço Público (Lei n.º 8.987/1995). Entretanto, por já terem sido expostas no capítulo anterior e por serem posteriormente aprofundadas, não serão novamente detalhadas.

⁷³ Nos termos do art. 2º da Lei n.º 9.611, o transporte multimodal de cargas “é aquele que, regido por um único contrato, utiliza duas ou mais modalidades de transporte, desde a origem até o destino, e é executado sob a responsabilidade única de um Operador de Transporte Multimodal.

Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT).

Ao conselho criado foi atribuída a função de propor ao Presidente da República políticas nacionais de integração dos diferentes modos de transporte de pessoas e bens (art. 5º). Já às novas agências, foram conferidos os objetivos de implementar, em suas respectivas esferas de atuação as políticas formuladas pelo Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte e pelo Ministério dos Transportes e ainda de regular ou supervisionar, em suas respectivas esferas e atribuições, as atividades de prestação de serviços e de exploração da infraestrutura de transportes, exercidas por terceiros (art. 20).

Ainda, coube à ANTT a outorga de concessão e permissões para a exploração de infraestrutura rodoviária e ferroviária, precedidas ou não de obra pública (arts. 34-A e 38). Neste sentido, deve-se citar acórdão do Superior Tribunal de Justiça que definiu as agências reguladoras nos seguintes termos:

“As agências reguladoras consistem em mecanismos que ajustam o funcionamento da atividade econômica do País como um todo, principalmente da inserção no plano privado de serviços que eram antes atribuídos ao ente estatal. Elas foram criadas, portanto, com a finalidade de ajustar, disciplinar e promover o funcionamento dos serviços públicos, objeto de concessão, permissão e autorização, assegurando um funcionamento em condições de excelência tanto para o fornecedor/produzidor como principalmente para o consumidor/usuário”.
(STJ. REsp 757.971/RS, 1.ª T., rel. Min. Luiz Fux, j. 25.11.2008, DJe 19.12.2008)

Coube ainda ao DNIT implementar, em sua esfera de atuação, a política formulada para a administração da infraestrutura do Sistema Federal de Viação, compreendendo sua operação, manutenção, restauração ou reposição, adequação de capacidade, e ampliação mediante construção de novas vias e terminais, segundo os princípios e diretrizes estabelecidos em lei (art. 80).

Desta forma, em síntese, coube ao CONIT e ao Ministério dos Transportes definir a política de viação e à ANTT e ao DNIT aplicá-la. No primeiro caso, por meio da concessão e permissão rodoviária, assegurando a devida prestação do serviço e; no segundo, pela prestação direta do serviço público rodoviário, construindo e operando o sistema rodoviário não concedido.

Desta nova configuração, afirma Vicente de Britto Pereira:

“O mais significativo naquela transformação era que ela guardava estrita correspondência com uma nova política de transportes que se apoiava nos seguintes postulados: busca de uma maior integração entre os modais; intensificação do processo de descentralização do setor por meio de um novo papel nesse sentido dos Estados; aprofundamento da participação da iniciativa privada nos programas de investimentos; e montagem de um marco regulatório adequado ao setor. Passados mais de dez anos daquela reforma pode-se afirmar que em grande medida os resultados foram frustrantes. O Conit fez sua primeira reunião apenas em fins de 2009

e seu papel na intermodalidade inexistente. A implantação da ANTT e da ANTAQ, em substituição a uma série de órgãos internos do Ministério dos Transportes, e absorvendo algumas funções dos órgãos extintos, apresentou grandes dificuldades, que demandaram muitos esforços de acomodação durante muitos anos. Além disso, essas agências acumularam com suas funções reguladoras as de ente concedente de serviços públicos e criaram, assim, mais conflitos do que seria de se esperar, e com graves consequências, pois relegavam a um segundo plano o necessário e fundamental protagonismo em nível nacional que o setor de transportes tanto demandava. O DNIT até hoje tenta se estruturar, em termos gerenciais e administrativos, mais principalmente em termos de capacitação de recursos humanos, devido basicamente a erros de origem. (...) Além disso, a colocação em um único órgão de infraestrutura dos vários modais, com o objetivo esperado de se conseguir uma maior integração, teve como resultado exatamente o contrário, por meio de um apagamento daqueles modais perante o gigantismo das questões rodoviárias”⁷⁴.

Outra entidade estatal que atua no setor rodoviário é a Empresa de Planejamento e Logística S.A., cuja criação foi autorizada pela Lei n.º 12.404, de 4 de maio de 2011, posteriormente alterada pela Lei n.º 12.743, de 19 dezembro de 2012, cujos principais objetivos são elaborar estudos de viabilidade técnica, jurídica, ambiental e econômico-financeira necessários ao desenvolvimento de projetos de logística e transportes (art. 5º, I), obter licença ambiental necessária aos empreendimentos na área de infraestrutura de transportes (art. 5º, VIII) e elaborar projetos básico e executivo de obras de infraestrutura de transportes (art. 5º, XXI).

Como consequência desta remodelagem administrativa, foi sancionado o Decreto n.º 4.128, de 13 de fevereiro de 2002 que fixa diretrizes para o processo de extinção do DNER, dado que as novas entidades assumiram todas as competências antes exercidas pelo departamento de estradas de rodagem. Mesmo assim, os departamentos de estradas de rodagem dos Estados e do Distrito Federal continuaram a existir e a desempenhar suas atribuições. Em alguns casos específicos, como de São Paulo e do Paraná, apenas tiveram parte de suas competências excluídas pela criação de agências reguladoras estaduais.

Neste mesmo contexto, a Lei Complementar Estadual n.º 914, de 14 de janeiro de 2002, criou a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo, substituindo a antiga Comissão de Monitoramento das Concessões e Permissões de Serviço Público⁷⁵. Esta autarquia tem como principais atribuições: implementar a política estadual de transportes, preparar os editais e promover as licitações para a contratação de serviços públicos de transporte, conforme plano de outorgas aprovado pelo poder concedente, avaliar permanentemente a política tarifária, estimular a competitividade e a livre concorrência quando pertinentes, visando tornar mais adequados os serviços públicos de transporte e reduzir os seus custos e fiscalizar e assegurar o cumprimento de suas determinações e das normas

⁷⁴ PEREIRA, Vicente de Britto. Transportes: história, crises e caminhos – 1ª Ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014. pp. 115-116.

⁷⁵ O Decreto Estadual n.º 43.011, de 03 de abril de 1998, já previra que a comissão criada seria temporária.

contratuais e legais que disciplinam os serviços públicos de transporte.

Após quase uma década da 1ª Etapa, as concessões rodoviárias foram retomadas. Assim, em 2008 e 2009, no âmbito da 2ª Etapa de Concessões Rodoviárias, foram outorgados mais oito lotes rodoviários⁷⁶, desta vez pela ANTT, divididos em duas fases. Na primeira foram concedidos sete lotes cuja extensão total perfazia aproximadamente 2.600 quilômetros. A segunda fase, por outro lado, abrangia apenas um lote de aproximadamente 680 quilômetros de extensão. O modelo utilizado foi o mesmo da 1ª Etapa, as alterações foram basicamente na Taxa Interna de Retorno e com o uso de um novo indexador de preços.

Um fato curioso é que sete dos oito lotes foram concedidos a grupos espanhóis, sendo cinco adquiridos pela Obrascon Huarte Lain⁷⁷, uma adquirida pelo Grupo Acciona e uma pelo Grupo Isolux Corsán. A expansão destes grupos no Brasil foi financiada pelo governo espanhol por meio do Fundo de Comércio Financeiro.

Em decorrência do amadurecimento setorial, foi sancionada a Lei n.º 12.379, de 6 de janeiro de 2011, dispondo sobre o Sistema Nacional de Viação⁷⁸, substituindo o Plano Nacional de Viação de 1973. No novo modelo foi excluído o sistema nacional de transportes urbanos, anteriormente previsto, e incluída a parceria público-privada como forma de delegação.

Em 15 de agosto de 2012, a Presidência da República inaugura o Programa de Investimento em Logística⁷⁹, anunciando a concessão de novos trechos de rodovias e ferrovias, a ser implementada pela ANTT. As rodovias em questão foram incluídas na 3ª Etapa do Programa de Concessão de Rodovias Federais que, por sua vez, foi dividida em três fases.

Na 1ª Fase, que teve início em 2013, decidiu-se conceder a Rodovia BR-040/DF/GO/MG por meio do Edital de Concessão n.º 06/2013. Este trecho rodoviário foi

⁷⁶ Os seguintes trechos rodoviários foram incluídos na 1ª Fase da 2ª Etapa: i) BR-116/PR/SC – Curitiba – Divisa SC/RS; ii) BR-116/376/PR e BR-101/SC – Trecho Curitiba – Palhoça; iii) BR-116/SP/PR – São Paulo – Curitiba; iv) BR-381/MG/SP – Belo Horizonte – São Paulo; v) BR-393/RJ – Divisa MG/RJ – Entroncamento BR-116 (Via Dutra); vi) BR-101/RJ – Ponte Rio-Niterói – Divisa RJ/ES; vii) BR-153/SP – Divisa MG/SP – Divisa SP/PR. Na 2ª Fase da 2ª Etapa os trechos BR - 116 - Feira de Santana, BR - 324 - Salvador – Feira, BR - 526 / BR - 324 / BA - 528, BA - 528 / BA - 526 / Aratu formaram um único lote.

⁷⁷ A Obrascon Huarte Lain S/A, grupo espanhol, adquiriu cinco lotes da 2ª Etapa. Entretanto, em 2012, foi vendida para a Partícipes em Brasil S.L., companhia que tem suas ações divididas entre Abertis Infraestructuras S.A. (companhia espanhola controladora majoritária) e Brookfield Motorways Holding SRL.

⁷⁸ O projeto de revisão do Sistema Nacional de Viação, Projeto de Lei n.º 1.176/1995, e teve como relator o senador Eliseu Resende. As quase duas décadas de tramitação do PL demonstram a baixíssima importância conferida pelo Poder Público à infraestrutura de transportes.

⁷⁹ Não se deseja desqualificar a importância do programa de concessões de rodovias e ferrovias anunciado. Entretanto, a simples inclusão de novos trechos rodoviários e ferroviários sem qualquer alteração material ou processual do sistema rodoviário e ferroviário ou do processo de concessões não nos parece uma novidade que deva ser chamada de Programa de Investimentos em Logística. Acreditamos que a nova terminologia se relaciona mais a uma ação de propaganda do Governo do que à inauguração de um novo programa de investimentos. O que se tem é, na verdade, uma continuação do Programa Nacional de Desestatização com a concessão de novos trechos rodoviários com a inclusão dos trechos rodoviários no Decreto n.º 2.444, de 30 de dezembro de 1997, que dispõe sobre a inclusão, no Programa Nacional de Desestatização, das rodovias federais que menciona.

incluído no Programa Nacional de Desestatização pelo Decreto n.º 6.256, de 13 de novembro de 2007, e após a licitação, teve seu contrato de concessão assinado em 12 de março de 2014. Entretanto, a Concessionária BR 040 S.A., resolveria, por meio de comunicado oficial, em 11 de setembro de 2017, aderir à relicitação prevista na Lei n.º 13.448, de 5 de junho de 2017.

Na 2ª Fase, foi incluído o trecho rodoviário BR-101/ES/BA (Entr. BA-698 – Divisa ES/RJ), incluído no Programa Nacional de Desestatização por meio do Decreto n.º 5.432, de 22 de abril de 2005, e apresentado ao público por meio do Edital de Concessão n.º 01/2011.

Inicialmente, após a homologação do procedimento licitatório, o Ministério Público Federal se insurgiu contra a adjudicação em razão de suposta ausência da apresentação de documentos previstos no item 15.3 do Edital. Assim, ingressou com ação cautelar a fim de “sustar os atos de outorga e assinatura do contrato decorrente do Edital ANTT n.º 001/2011”⁸⁰.

Em 27 de julho de 2012, foi deferido o pedido de liminar para determinar que a ANTT se abstivesse de assinar o contrato de concessão. Um dos aspectos que merece destaque é a utilização de argumentos marcadamente consequencialistas para decidir a questão liminarmente. Assim, afirma o Juízo:

“Por isso, mais prudente é sustar a assinatura do contrato até segunda ordem, o que traz menos danos ao Estado do que a anulação de um contrato com a execução já iniciada. Não ignoro que a sustação da assinatura tem efeitos para além do adiamento da execução do contrato. (...) A paralisação temporária, portanto, é verdadeiro “balde de água fria” nesse símbolo de ação em infraestrutura, além de corroborar a existência do chamado “custo Brasil”, expressão que se refere aos custos não palpáveis de empreendimentos e que dificultam seu curso e desmotivam investidores, a exemplo da corrupção e das decisões judiciais que engessam a administração. Por reconhecer que a paralisação tem efeitos que desbordam o simples adiamento da execução do contrato é que sei que a presente medida deve durar o mínimo possível, só até que se esclareçam os pontos sobre os quais ainda pendem dúvidas. Não será uma sustação permanente, senão que uma harmonização temporária entre os riscos da execução de um contrato que pode trazer danos irreversíveis para os licitantes, para a administração ou para os usuários, de um lado, e o impacto que a paralisação causa ao desenvolvimento do País”.

(JF/DF. Cautelar Inonimada. Processo n.º 0035062-04.2012.4.01.3400. 13ª Vara de Brasília. DJ 02/08/2012)

Pouco tempo depois, em 26 de outubro de 2012, foi declarada a cessação da eficácia da medida liminar, bem como a extinção do processo sem resolução de mérito em virtude da desistência do MPF em ingressar com a devida ação civil pública. Desta maneira, em 17 de abril de 2013 foi assinado o contrato de concessão.

Por outro lado, a 3ª Fase foi dividida em sete lotes. Dois merecem destaque inicial por sequer terem sido concedidos: os lotes 1 e 4. O primeiro, teve a suspensão declarada pela

⁸⁰ Processo Judicial n.º 35062-04.2012.4.01.3400 que tramitou na Justiça Federal na Seção Judiciário do Distrito Federal.

comissão de outorga por meio do Comunicado Relevante nº 01, publicado no Diário Oficial da União em 10 de outubro de 2013. O outro não recebeu proposta de nenhum interessado, tendo sido a licitação deserta.

Os demais lotes foram concedidos às devidas concessionárias. O Edital ANTT nº 01/2013 previu a concessão do lote 2 e 4. Apenas, o lote 2, relativo ao trecho rodoviário BR-050/GO/MG teve o respectivo contrato de concessão assinado em 5 de dezembro de 2013. Da mesma forma, o lote 5, previsto no Edital nº 004/2013, cujo objeto eram os trechos rodoviários BR-060, BR-153 e BR-262/DF/GO/MF, teve seu contrato assinado em 31 de janeiro de 2014.

Já a Rodovia BR-163 foi parcialmente dividida em dois lotes, o 6 e 7. Sendo aquele, previsto no Edital nº 005/2013, cujo objeto era o trecho rodoviário BR-163/MS, e o outro, previsto no Edital nº 003/2013, cujo objeto era o trecho rodoviário BR-163/MT. Ambos tiveram os contratos assinados em 12 de março de 2014.

O Lote 3, previsto no Edital nº 001/2013, cujo objeto era o trecho rodoviário BR-153/TO/GO, teve o contrato de concessão assinado em 12 de setembro de 2014. Entretanto, devido a sérios problemas, foi decretada a caducidade da concessão em 15 de agosto de 2017⁸¹.

Em 2015, a Lei n.º 13.190/2015 incluiu no escopo do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (Lei n.º 12.462, de 4 de agosto de 2011) as obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística. Assim, a partir de então, o DNIT passou a ter a faculdade de promover as licitações para a manutenção, conservação ou reparação de rodovias federais sob o novo regime de contratações, em vez do regime geral consolidado na Lei n.º 8.666/1993.

2.3. A 3ª Etapa do PROCROFE e as medidas provisórias n.º 752/2016 e n.º 800/2017

Em 25 de novembro de 2016 foi publicada no Diário Oficial da União e remetida ao Congresso Nacional a Medida Provisória nº 752/2016, visando estabelecer diretrizes gerais para a prorrogação e a relicitação de contratos de parceria previstos no Programa de Parceria de Investimentos (Lei nº 13.334/2016).

Com este instrumento normativo, buscou-se “viabilizar a realização imediata de novos

⁸¹ A principal controladora da concessionária, a Galvão Engenharia S.A, não só foi envolvida na Operação Lava Jato da Polícia Federal como ainda teve em 28 de agosto de 2015 um plano de recuperação judicial aprovado pela assembleia de credores que tramita perante a 7ª Vara Empresarial da Capital do Estado do Rio de Janeiro, nos autos do Processo Judicial nº 0093715-69.2015.8.19.0001.

investimentos em projetos de parceria e sanear contratos de concessão vigentes para os quais a continuidade da exploração do serviço pelos respectivos concessionários tem se mostrado inviável”⁸².

Assim, criaram-se alguns institutos jurídicos de destaque. O primeiro foi o instituto da prorrogação antecipada de contratos que permite a extensão do prazo dos contratos de parceria com a inclusão simultânea de novos investimentos não previstos no instrumento contratual⁸³. Da mesma maneira, é facultada a prorrogação de contratos ao final do prazo estabelecido em contrato, desde que solicitado pela parte interessada, limitada a uma única vez, por novo período igual ou inferior ao originalmente estipulado.

O outro instituto criado, a relicitação, é utilizada quando as disposições contratuais não estejam sendo atendidas ou quando os contratados demonstrem incapacidade de adimplir as obrigações contratuais ou financeiras assumidas originalmente (art. 13).

Assim, a relicitação apresenta-se como uma alternativa consensual à declaração unilateral de caducidade pela Administração Pública, permitindo a promoção de nova licitação enquanto o antigo concessionário assegura a continuidade da prestação do serviço.

Quando adotada, inclusive, as indenizações devidas pelo poder concedente ao concessionário serão pagas pelo novo contratado, evitando a necessidade de desembolso de recursos pelo Poder Público. Além disso, deixa-se clara a possibilidade de utilização da arbitragem na solução de controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis.

Nestes termos, a citada medida provisória foi convertida na Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017, após a inclusão de emendas que alteraram a Lei de Concessões e a Lei de Reestruturação dos Transportes Rodoviários e Aquaviários.

No entanto, esta alteração legislativa não foi suficiente dado que basicamente todos os contratos de concessões rodoviárias da 3ª Etapa do PROCROFE apresentavam dificuldades de financiamento e de viabilidade dos investimentos.

Assim, sendo a relicitação um instrumento excepcional, foi encaminhada para o Congresso Nacional em 19 de setembro de 2017 a Medida Provisória nº 800/2017, estabelecendo as diretrizes para a reprogramação de investimentos em concessões rodoviárias federais.

Em virtude da previsão de investimentos estarem concentrados no período inicial da

⁸² Exposição de Motivos da Medida Provisória 752/2016. EMI nº 00306/2016 MP MTPA. p. 01.

⁸³ A Exposição de Motivos da MP 752/2016 ainda se refere à possibilidade de “modernizar tais contratos com a inclusão de novas cláusulas de desempenho, metas objetivas para os parceiros privados e punições mais eficazes em caso do seu descumprimento”.

concessão, foi facultado à ANTT, em comum acordo com a concessionária, celebrar um acordo de reprogramação de investimentos, dilatando os prazos de investimentos em até quatorze anos, importando este rearranjo na redução tarifária ou na redução do prazo de vigência do contrato.

A Exposição de Motivos afirma a existência de problemas na modelagem contratual em razão de expectativas de crescimento acelerado que não se confirmaram e afetaram fortemente a movimentação veículos pesados que possuem forte elasticidade em função da taxa de crescimento econômico, tornando a duplicação integral dos trechos rodoviários no prazo de cinco anos inviável⁸⁴.

A reprogramação nos parece, de fato, o melhor instrumento já que a relicitação e a declaração de caducidade parecem ser medidas mais extremas com resultados mais indesejados para os usuários dos serviços públicos. Neste sentido, uma deterioração do cenário macroeconômico não só afeta o concessionário como pode inviabilizar novas licitações ou fazer com que o novo concessionário apresente inclusive propostas piores que aquelas originalmente contratadas. Há inclusive a vedação legal ao pleito de relicitação após a reprogramação de investimentos.

2.4. O sistema rodoviário de São Paulo

O Programa Estadual de Desestatização do Estado de São Paulo foi implantado por meio da Lei Estadual n.º 9.361, de 05 de julho de 1996, e serviu de fundamento para o Programa de Concessões Rodoviárias do Estado de São Paulo (PROCROSP).

Inicialmente, foi criada, por meio do Decreto Estadual n.º 43.011, de 03 de abril de 1998, a Comissão de Monitoramento das Concessões e Permissões de Serviços Públicos no âmbito da Secretaria Estadual de Transportes, visando a concluir entendimentos com as empresas adjudicatárias das concessões rodoviárias e zelar pelo cumprimento dos contratos de concessões e permissões rodoviárias, entre outras atribuições.

Assim, foi lançada a 1ª Etapa do PROCROSP com a licitação de 12 lotes de trechos

⁸⁴ Afirma a citada Exposição de Motivos no item 4: “Primeiramente, a geração de receita por parte da concessão é drasticamente afetada devido à queda do volume de tráfego geral da rodovia. Esse movimento é ainda mais acentuado sobre os veículos pesados, os quais possuem forte elasticidade em relação ao comportamento do PIB, além de responderem pelos maiores multiplicadores tarifários. Destarte, a arrecadação das concessões vem se descolando sobremaneira das projeções realizadas quando da elaboração dos estudos de viabilidade que orientaram os lances ofertados nos leilões realizados. Em segundo lugar, houve impacto na capacidade de captação de recursos financeiros por parte das concessionárias de serviço público. Em grande medida como consequência do primeiro efeito, os projetos passaram a não mais atender às condicionantes previstas nas políticas operacionais dos bancos financiadores, resultando na limitação do volume de recursos passíveis de financiamento.”

rodoviários⁸⁵, correspondentes a aproximadamente 3.500 quilômetros de extensão, sendo que nove foram licitados em 1998 e três em 2000, pelo prazo de 20 (vinte) anos, tendo a taxa interna de retorno variado entre 17% a 21%.

Com o desenvolvimento do instituto da concessão em âmbito federal e estadual, foi criada em 14 de janeiro de 2002, por meio da Lei Complementar n.º 914, a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo (ARTESP), uma autarquia de regime especial vinculada à Secretaria de Transportes.

O principal objetivo manifesto era de garantir a imparcialidade de um órgão técnico que fosse independente de influências de setores públicos ou privados que pudessem macular a credibilidade dos procedimentos decisórios inerentes ao exercício das funções regulatórias (art. 2º, III, da Lei Complementar Estadual n.º 914/2002).

Neste novo modelo, caberia à ARTESP implementar a política estadual de transportes definida pela Secretaria de Estado, encaminhando ao secretário estadual os planos de outorga e os estudos de viabilidade técnica e econômica para exploração da infraestrutura e prestação de serviços de transporte, bem como preparar os editais, promover as licitações e contratações dos serviços públicos de transporte, sendo a entidade responsável pela gestão e fiscalização de todos os contratos, promovendo a revisão dos contratos a fim de manter o equilíbrio econômico-financeiro contratual (art. 4º da Lei Complementar Estadual n.º 914/2002).

Outra atribuição explicitada à agência reguladora que merece grande destaque é a de “definir, na elaboração do edital, os riscos existentes em cada tipo de contrato, atribuindo-os aos diferentes agentes envolvidos no serviço” (art. 4º, XXI, da Lei Complementar n.º 914/2002).

Percebe-se, portanto, que, a própria legislação estadual define a alocação de riscos em concessões comuns como uma atribuição inerente à atividade reguladora no setor de transportes. Ainda é importante destacar que esta previsão é anterior à publicação da Lei Estadual de Parcerias Público-Privadas (Lei Estadual n.º 11.688/2004), portanto, referia-se inicialmente exclusivamente às concessões comuns.

A 2ª Etapa do PROCROSP promoveu a concessão de seis lotes de trechos rodoviários⁸⁶, correspondentes a aproximadamente 1.740 quilômetros de extensão, sendo o primeiro

⁸⁵ Os lotes foram concedidos às seguintes concessionárias: Lote 01 à Autoban em Maio de 1998, Lote 03 à Tebe em Março de 1998, Lote 05 à Vianorte em Março de 1998, Lote 06 à Intervias em Fevereiro de 2000, Lote 08 à Centrovias em Junho de 1998, Lote 09 à Triângulo do Sol em Junho de 1998, Lote 10 à Autovias em Setembro de 1998, Lote 11 à Renovias em Abril de 1998, Lote 12 à Viaoeste em Março de 1998, Lote 13 à Colinas em Março de 2000, Lote 20 à SPVias em Fevereiro de 2000 e Lote 22 à Ecovias em Maio de 1998.

⁸⁶ Os lotes foram concedidos às seguintes concessionárias: Lote 07 à Rota das Bandeiras em Abril de 2009, Lote 16 à CART em Março de 2009, Lote 19 à ViaRondon em Maio de 2009, Lote 21 à Tiete em Abril de 2009, Lote 23 à Ecopistas em Junho de 2009 e o Lote 24 à CCR Rodoanel em Junho de 2008.

concedido em 2008 e os demais concedidos no ano seguinte. Nesta Etapa, os prazos foram estendidos para 30 anos, e conseguiu-se obter uma redução da taxa interna de retorno que variou de 9% a 16%. Esta variação se deveu não só à estabilização econômica, como também à prorrogação dos prazos de concessão.

A 3ª Etapa do PROCROSP concedeu apenas um lote, referente aos trechos rodoviários sul e leste do Rodoanel Mário Covas (SP-21), corresponde a uma extensão de 57 quilômetros, tendo a concessão iniciado em 10 de março de 2011, o prazo foi novamente estendido para 35 anos.

Em 2014, foi publicado o primeiro edital de uma parceria público-privada rodoviária do Estado de São Paulo. Nela, se adotou a modalidade de concessão patrocinada para a Rodovia Tamoios, que interliga São José dos Campos a Caraguatatuba por uma extensão de 119 quilômetros. A Concessionária Tamoios assumiu a operação do trecho rodoviário em 18 de abril de 2015.

Mais recentemente, a 4ª Etapa do PROCROSP propôs a licitação de quatro lotes de trechos rodoviários, a saber, o Lote Centro-Oeste Paulista, o Lote Rodovia dos Calçados, o Lote Rodoanel Norte e o Lote do Litoral Paulista, contendo no total cerca de 1.700 quilômetros de extensão.

2.5. Os efeitos dos investimentos de infraestrutura

O impacto da infraestrutura no setor produtivo é amplamente estudado ao redor do mundo e, ao contrário do que normalmente se pensa, as conclusões não são exatamente unânimes e convergentes.

De acordo com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), “a oferta eficiente de serviços públicos de infraestrutura é um dos aspectos mais importantes das políticas de desenvolvimento econômico e social. A prestação eficiente de tais serviços condiciona significativamente a produtividade e a competitividade do sistema econômico, ao mesmo tempo em que melhora o bem-estar social”⁸⁷.

Neste diapasão, afirmam também Gilberto Borça Jr. e Pedro Quaresma:

Os investimentos em Infraestrutura são de vital relevância para o funcionamento da economia. Eles não apenas elevam sua competitividade sistêmica – melhorando as condições de transporte, de comunicação e de fornecimento de energia – mas também geram efeitos multiplicadores e dinamizadores nos demais setores, acelerando outros investimentos. São importantes do ponto de vista macroeconômico porque possuem

⁸⁷ Infraestrutura econômica no Brasil: diagnósticos e perspectivas para 2025 / Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. – Brasília : Ipea, 2010. p. 14.

longos prazos de maturação e envolvem grandes somas de recursos. Além disso, caracterizam-se por serem de grande porte e indivisíveis, sendo, por conta disso, concentrados no tempo, acompanhando em linhas gerais os ciclos de expansão dos setores a que se destina”⁸⁸.

Entretanto, há algumas ressalvas apresentadas por Balázs Égert, Tomasz Koźluk e Douglas Sutherland⁸⁹. Estes autores concluíram que alguns benefícios de obras de infraestrutura podem ser anulados pelos seus custos e que os seus efeitos dependem de variáveis conjunturais.

Neste sentido, foi constatado que os investimentos realizados no setor rodoviário tiveram efeito intenso no crescimento econômico de curto prazo em países como Nova Zelândia e Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte. Por outro lado, os mesmos aportes produziram um efeito bem mais fraco em outras nações como na República Helênica, no Reino da Espanha, na República Francesa e no Reino dos Países Baixos.

Entretanto, estes pesquisadores apontam ainda que, mesmo em situações nas quais o investimento tenha efeitos reduzidos, a expansão da infraestrutura costuma ter efeito direto no aumento da competição interna devido à facilitação de acesso a novos mercados e à redução dos custos de transporte e de comunicação.

Outro aspecto relevante diz respeito à correlação entre os investimentos públicos e privados no setor de infraestrutura. Neste sentido, questiona-se quais seriam os impactos do aumento ou da redução das inversões públicas na aplicação de novos recursos pelos agentes privados.

A literatura econômica consagra dois possíveis efeitos: a substituição (*crowding out*) e a complementariedade (*crowding in*). No primeiro caso, a ampliação do investimento público elevaria a dívida pública, produzindo desequilíbrio fiscal e elevação da taxa de juros. Estes dois efeitos resultariam em um menor investimento do setor privado. Assim, sendo os recursos escassos, quando operados pelo Estado, reduziriam os recursos disponíveis para utilização pelos agentes privados.

Entretanto, também é possível imaginar, uma situação de complementariedade. Neste diapasão, o investimento público pode gerar externalidades positivas a ponto de criar condições mais favoráveis ao investimento privado, elevando expectativas e promovendo sinergias.

Com isso, conclui-se que as concessões de serviço público podem ser conduzidas de duas maneiras. De um lado, é possível se imaginar a desestatização para que o Estado seja

⁸⁸ BORÇA JR., G.; QUARESMA, P. Perspectivas de investimento na infraestrutura 2010-2013. Rio de Janeiro: BNDES, fev. 2010 (Visão do Desenvolvimento, n. 77). pp. 2-3.

⁸⁹ Égert, B., T. Koźluk and D. Sutherland (2009), “Infrastructure and Growth: Empirical Evidence”, OECD Economics Department Working Papers, No. 685, OECD Publishing, Paris. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/225682848268>

simplesmente substituído pelo agente privado, reduzindo as despesas públicas e a dívida consolidada. Em resumo, retirando o ente público da economia, deixando maior espaço para a atuação privada.

De outro lado, também é possível a promoção de uma concessão para que o agente público, reduzindo os dispêndios em atividades nas quais a iniciativa privada possa satisfatoriamente operar, se concentre em áreas de maior risco e menor rentabilidade, gerando complementariedade entre as atividades pública e privada. Esta, inclusive, parece ser a intensão do Programa Nacional de Desestatização quando afirma ser um objetivo fundamental a reordenação da posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público.

Neste sentido, afirma Vicente de Britto Pereira:

“A pretendida divisão de funções entre as esferas pública e privada atribuída à primeira os encargos de fazer os pesados investimentos em infraestrutura requeridos pelo país, que incluíam o aumento da oferta de rodovias, de terminais aeroportuários e de novos trechos ferroviários e a expansão dos portos, ademais da recuperação, da adequação e das melhorias das infraestruturas ferroviárias, hidroviárias e portuárias, além da implantação de uma eficiente gestão operacional, administrativa, comercial e econômico-financeira desses sistemas, que se encontravam totalmente degradados. Ao setor privado cabia principalmente a operação dos transportes rodoviários de passageiros e de mercadorias e da aviação civil, que funcionavam de acordo com o mercado, em geral oligopolizados, com níveis reduzidos de regulamentação e com políticas tarifárias favoráveis”⁹⁰.

Assim, a desestatização pode tanto promover a redução da atuação estatal como também pode mantê-la no mesmo nível, apenas a reorientando para atividades econômicas onde a iniciativa privada seja incipiente ou não demonstre interesses maiores. A decisão por uma ou outra alternativa é essencialmente política.

Este apontamento se faz necessário pois é comum a crença de que a desestatização seria fruto de um pensamento supostamente “neoliberal”, levado a cabo pelo “Consenso de Washington”.

De início, é importante salientar que, em termos econômicos, não existe uma “teoria neoliberal”. Normalmente, as referências ao “neoliberalismo” visam abarcar múltiplas escolas econômicas bastante distintas, fundamentadas em pressupostos diferentes e que, por isso, alcançam conclusões divergentes. Assim, une-se a Escola Neoclássica, a Escola Monetarista de Chicago, a Escola Austríaca e os Novos Clássicos sob o rótulo metafísico de “neoliberalismo”, sem qualquer rigor metodológico mínimo visando a apenas incluir esta gama rica de pensamentos em um termo pejorativo.

⁹⁰ PEREIRA, Vicente de Britto. Transportes: história, crises e caminhos – 1ª Ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014. p. 79

Da mesma maneira, criou-se um fantasma apelidado de “Consenso Washington” para abarcar toda e qualquer reforma institucional que vise dar maior racionalidade ao aparelho do Estado, reduzir os *déficits* públicos, equilibrar as taxas de juros a fim de conter a escalada inflacionária, aumentar a competitividade econômica de um país, reduzir a intervenção estatal na economia ou até mesmo reduzir o próprio aparelho estatal.

Caso considerássemos que o Consenso de Washington representa um pensamento político de direita ou uma “aplicação do neoliberalismo” chegaríamos à conclusão absurda de que grande parte dos partidos social-democratas e até socialistas seriam “de direita” ou “neoliberais”.

Inclusive, destaca-se que grande parte das reformas econômicas mais importantes de liberalização de mercados, desestatização e de promoção da responsabilidade fiscal foram feitas por partidos trabalhistas e social-democratas como o Partido Trabalhista da Nova Zelândia (*New Zeland Labour Party*), o Partido Trabalhista britânico (*Labour Party*) e o Partido Social-Democrata da Alemanha (*Sozialdemokratische Partei Deutschlands*).

Na verdade, muitas orientações apresentadas em 1989 por John Williamson para se referir a políticas sugeridas por instituições como o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial não são consenso, aliás, representam verdadeiro dissenso entre os economistas “neoliberais”.

Um exemplo é a diretriz que sugere que os Estados reduzam os subsídios empresariais, destinando estes recursos a gastos sociais de combate à pobreza como educação primária, saúde básica ou investimentos em infraestrutura.

2.6. A qualidade da infraestrutura brasileira

Em 1945, o Decreto-Lei n.º 8.463 já apresentava em seu preâmbulo a dificuldade da consolidação do sistema rodoviário brasileiro, afirmando que “o desenvolvimento rodoviário do Brasil, é, graças à imensidade do território pátrio, um trabalho gigantesco a desafiar a energia realizadora de muitas gerações”.

Os resultados hoje percebidos são insatisfatórios e assimétricos. O Brasil possui, em média, 25 km de rodovias pavimentadas para cada 1.000 km² de área territorial, enquanto países como Estados Unidos da América e República Popular da China possuem 438,1 km e 359,9 km de rodovias pavimentadas por 1.000 km² de área, respectivamente⁹¹.

⁹¹ O Relatório Anual 2016 da Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias. p. 5.

Mais do que isso, a expansão e melhoria do sistema rodoviário brasileiro não foi definitivamente uma prioridade nos últimos quinze anos. De acordo com a Confederação Nacional do Transporte, a malha rodoviária pavimentada total passou de 170.902,9 km em 2001 para 210.618,8 km em 2015, um crescimento muito inferior ao aumento do Produto Interno Bruto do mesmo período.

Estes dados são extremamente graves considerando-se a expansão da demanda no período. Assim, a frota de veículos no Brasil aumentou de 2006 a 2016 em 110,4%, tendo hoje o Brasil cerca de 92 milhões de veículos enquanto a infraestrutura rodoviária permaneceu sem qualquer expansão digna de comentários.

Ademais, o nível de pavimentação brasileiro também é extremamente reduzido. Dos 1.720.643,2 kms de rodovias, apenas 12% são pavimentadas. Em termos comparativos, na Rússia, 85% da rede é pavimentada, na China, 81% e na Índia, 48%⁹². Segundo a *Federal Highway Administration* da *US Department of Transportation*, em 2012, 65% das rodovias norte-americanas estavam pavimentadas⁹³. Mesmo diante de um cenário de baixíssima densidade rodoviária pavimentada, a qualidade também se revela bastante desalentadora. De acordo com a Pesquisa CNT de Rodovias de 2016, 58,2% das rodovias pesquisadas apresentaram algum problema no estado geral⁹⁴.

Esta condição da infraestrutura, em especial a do transporte, impõe pesados custos ao setor produtivo, sendo um dos principais gargalos do País. Segundo o relatório de 2010 do HSBC e da *Economist Intelligence Unit*, vinculada a *The Economist*, a pobre infraestrutura é um dos principais fatores do baixo resultado no ranking de ambiente de negócios⁹⁵.

No mesmo sentido, no Relatório Global de Competitividade 2017/2018 do Fórum Econômico Mundial⁹⁶, a qualidade das rodovias foi apontada como um dos principais

⁹² PEREIRA, Vicente de Britto. Transportes: história, crises e caminhos – 1ª Ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014. p. 83.

⁹³ Os Estados Unidos da América têm um total de 6.540.800 kms de rodovias, sendo 4.258.905 de rodovias pavimentadas e 2.281.895 de rodovias não pavimentadas.

⁹⁴ Além disso, 48,3% dos trechos avaliados têm problemas no pavimento, 51,7% dos trechos avaliados apresentam deficiência na sinalização e 77,9% dos trechos avaliados têm falhas na geometria.

⁹⁵ “Poor infrastructure is one major reason that Brazil scores low in the Economist Intelligence Unit’s business environment rankings (based on 12 key business operating criteria), which places Brazil 40th out of 82 countries despite the expectation of some mild improvements in coming years. (...) But ask local businessmen with international ambitions about their greatest concern, and the parlous state of the infrastructure will almost certainly top the list. In our survey, nearly one half of respondents (49%) point to “low standard or costly infrastructure telephones, transport networks and utilities” as the main operational obstacle, far more than selected corruption, poor governance (34%) or skills shortages (32%), the state of transport infrastructure is particularly dire. In spite of some improvement in logistics, freight depends on costly road haulage; there are a few railroads; the potential for waterways remains largely unexplored; and ports and airports are congested. This can add one quarter or more to the cost of getting goods to market, say investors”. Brazil unbound: how investors see Brazil and Brazil sees the world. pp. 11-12

⁹⁶ Disponível em: www.weforum.org/gcr

problemas do País, sendo conferida a nota de 3.1, deixando o Brasil na 103ª posição no ranking de 137 países.

A qualidade analisada não apenas tem impactos na competitividade econômica, na baixa integração nacional e no encarecimento dos produtos consumidos no mercado interno como ainda tem efeitos diretos e relevantes no número de mortes não naturais.

Segundo os dados consolidados pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada e pela Polícia Rodoviária Federal, “no ano de 2014, houve 167.247 acidentes de trânsito nas rodovias federais brasileiras, com 8.233 mortes e 26.182 feridos graves. Esses acidentes geraram um custo para a sociedade de R\$ 12,8 bilhões, sendo que 62% desses custos estavam associados às vítimas dos acidentes, como cuidados com a saúde e perda de produção devido às lesões ou morte, e 37,4% associados aos veículos, como danos materiais e perda de cargas, além dos procedimentos de remoção dos veículos acidentados”⁹⁷.

Estas estimativas acima apresentadas referem-se apenas às rodovias federais. Entretanto, calcula-se que os acidentes e mortes nas rodovias estaduais e municipais sejam ainda mais frequentes. Os acidentes de trânsito no Brasil matam cerca de 45 mil pessoas por ano e deixam mais de 300 mil feridos com lesões graves.

Entretanto, mesmo diante deste cenário de atraso e de violência, a experiência de concessões rodoviárias vem apresentando resultados bastante diferentes em um período de tempo bastante curto.

O Brasil tinha em 2016 aproximadamente 19.400 kms de rodovias concedidas, ou seja, cerca de 9,2% das rodovias pavimentadas eram mantidas e operadas por um concessionário. De acordo com a Pesquisa CNT de Rodovias de 2016, 78,7% destas rodovias foram consideradas boas ou excelentes e apenas 1,4%, ruins ou péssimas. Estes números destoam muito das rodovias sob gestão pública onde 28,9% são consideradas ruins e péssimas e apenas 32,9%, excelentes ou boas.

Outro aspecto bastante interessante é a constatação de que, mesmo com a cobrança de pedágio pelos concessionários, os custos logísticos agregados das rodovias concedidas é bem menor que o das rodovias sob gestão pública. Assim, “enquanto o custo adicional médio nas rodovias concedidas é de 9,6%, esse percentual é de 28,7% naquelas geridas pelo setor público. O resultado evidencia as dificuldades do Estado em prover a adequada infraestrutura rodoviária. Isso mostra que a maior participação da iniciativa privada no provimento de infraestrutura é a

⁹⁷ Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Relatório de Pesquisa: Estimativa dos Custos dos Acidentes de Trânsito no Brasil com Base na Atualização Simplificada das Pesquisas Anteriores do Ipea. Brasília: 2015. p. 10.

estratégia mais indicada para o ajuste necessário nas rodovias”⁹⁸.

No mesmo sentido, percebe-se que os investimentos realizados por concessionárias em cada quilômetro de rodovia é aproximadamente 122% maior que as inversões efetuadas pelo Poder Público. Neste contexto, apurou a CNT que em “2016, enquanto nas rodovias sob gestão privada foram investidos R\$ 6,75 bilhões, ou R\$ 354,46 mil por km, nas rodovias federais sob gestão pública, o valor foi de R\$ 8,60 bilhões, ou R\$ 159,60 mil por km”⁹⁹.

Outro aspecto de destaque é a implantação de centro de controle operacional nas rodovias, prestação de serviços de socorro médico e mecânicos, bem como o pagamento de Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) ao Municípios limieiros, muitos deles extremamente pequenos e pobres. Apenas em 2016, foram repassados R\$ 800 milhões¹⁰⁰, auxiliando o desenvolvimento local.

2.7. Infraestrutura e direitos fundamentais

A partir da promulgação da Constituição da República de 1988, os direitos fundamentais ascenderam à condição da primado da ordem constitucional-democrática, sendo conferido às normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais aplicação imediata (art. 5º, § 1º, da Constituição da República).

Neste diapasão, pode-se afirmar que todas as normas de direitos fundamentais gozam de eficácia jurídica, ou seja, têm, na definição de Ingo Sarlet, “a possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e de – na medida de sua aplicabilidade – gerar efeitos jurídicos”¹⁰¹.

Entretanto, como aponta José Afonso da Silva, há que se distinguir a eficácia jurídica da eficácia social ou efetividade. Nos termos de Luís Roberto Barroso, “a efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social”¹⁰².

Constata-se, portanto, que a simples disposição legal, embora garanta efeitos jurídicos,

⁹⁸ Pesquisa CNT de rodovias 2016: relatório gerencial. – 20ª Ed. – Brasília: CNT : SEST : SENAT, 2016. p. 345.

⁹⁹ Transporte rodoviário: desempenho do setor, infraestrutura e investimentos. – Brasília: CNT, 2017. p. 44.

¹⁰⁰ Relatório Anual 2016 da Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias. Disponível em www.abcr.org.br

¹⁰¹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional – 10ª Ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 240.

¹⁰² BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira – 8ª Ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp. 82-83.

não necessariamente implica em efetividade, em garantia efetiva dos resultados sociais pretendidos.

Isso ocorre principalmente porque, de acordo com Cass Sunstein e Stephen Holmes, todos os direitos previstos na legislação demandam alguma espécie de prestação pública para sua efetivação, ainda que seja esta prestação a de um serviço público potencial.

Neste contexto, a simples previsão legal é insuficiente como instrumento de alteração da realidade social. Isso não significa que todos os bens e serviços devam ser providos diretamente pelo Estado. Não há nada que sugira isso. Pelo contrário, a realização de grande parte dos direitos fundamentais se dá no seio da sociedade civil organizada e no mercado. Entretanto, a garantia de todo e qualquer direito tem custos e demanda algum tipo de prestação de serviço público, ainda que potencial.

Neste sentido, afirma o professor Flávio Galdino:

“A retórica em torno da gratuidade dos direitos em geral é deveras prejudicial, simplesmente por ignorar ou desconsiderar – o que resulta no mesmo – os elevadíssimos custos subjacentes às prestações públicas necessárias à efetivação dos direitos fundamentais. Com efeito, o discurso público em torno de tais direitos tidos por gratuitos obstaculiza a perfeita compreensão das escolhas públicas a eles subjacentes, pois, tendo em vista a escassez de recursos estatais, a opção pela proteção de um direito aparentemente gratuito significa de modo direto e imediato o desprezo por outros (em princípio, não gratuitos). Esta opção – fundada na desconsideração dos custos – será, só por isso, inevitavelmente trágica”¹⁰³.

Este argumento aqui apresentado se contrapõe às clássicas lições de Isaiah Berlin que diferencia a liberdade em positivas (aquelas que dependem de ações públicas ou condições específicas) e as negativas que apenas demandam a omissão estatal da prática de certos atos atentatórios às liberdades.

Assim, em termos exemplificativos, o próprio direito de propriedade, previsto no art. 5º, XXII, da Constituição, tradicionalmente avaliado como uma liberdade negativa, que impede o Estado de promover o confisco, demanda a prestação de um serviço público potencial de garantia da propriedade, como o policiamento ostensivo e investigativo.

E ainda, demanda a organização de um registro de bens imóveis que garantam o reconhecimento da titularidade das diversas propriedades imobiliárias. Estes são apenas alguns exemplos mais claros e imediatos, entretanto, esta lista poderia se estender exaustivamente.

Feitos estes comentários, não se propõe o presente trabalho a esmiuçar uma teoria sobre os direitos fundamentais, apenas constata-se que sua importância demanda políticas públicas que os promovam de forma sustentável no longo prazo.

¹⁰³ GALDINO, Flávio. Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 325

Assim, conclui-se que a efetivação dos direitos fundamentais depende da construção de uma infraestrutura que permita o seu gozo. Nestes termos, quando a Constituição prevê o direito à livre locomoção no território nacional¹⁰⁴ e o direito social ao transporte, a condição mais imediata de sua eficácia social é a disponibilização de obras de engenharia civil e de outros instrumentos que tornem apto o deslocamento humano.

Estes são os mais óbvios, entretanto, praticamente todos os direitos sociais demanda uma infraestrutura de transportes adequada. Assim, para a efetivação do direito à saúde ou à educação, é necessário um grande deslocamento de pessoas, insumos e serviços ao longo de ruas, avenidas, estradas e rodovias.

Promover o desenvolvimento da infraestrutura nacional é criar, portanto, as bases necessárias à efetivação dos direitos fundamentais. Mais do que isso, a redução dos custos de transporte tem o efeito de reduzir os custos de efetivação dos demais direitos fundamentais.

A garantia de um direito jamais é gratuita, ao contrário, carrega um altíssimo custo agregado e, portanto, demanda pesados investimentos no setor de transportes. Neste sentido, a repartição de operações entre o Poder Público e os agentes de mercado é uma das ferramentas mais importantes para a efetivação dos direitos fundamentais.

Inclusive, considera-se que a cobrança de preços públicos pelo gozo de direitos fundamentais não é de forma alguma um cerceamento ao direito em questão. Não existindo bem ou serviço escasso destituído de custos a ele inerentes, a discussão passa a ser sobre quem pagará pelo seu gozo.

Ora, sendo o orçamento limitado, faz sentido a racionalização dos serviços públicos com a imputação aos seus usuários do pagamento pelos serviços usufruídos. Esta é, aliás, uma consequência do princípio da eficiência e da racionalização do aparelho estatal. Do contrário, toda a sociedade pagaria por meio de tributos pelo serviço que beneficiou apenas um indivíduo.

Conclui-se, assim, que a efetividade de um direito fundamental não depende sua gratuidade, mas da disponibilização de condições objetivas que permitam o seu gozo. Nestes termos, é uma opção política do País, escolher uma quantidade bastante limitada de serviços que, por especificidades contextuais, possam ser prestados pelo Estado com recursos de toda a coletividade sem a racionalização que o pagamento de preços públicos impõe.

¹⁰⁴ Art. 5º, XV, da Constituição - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

3 A ALOCAÇÃO DE RISCOS NAS CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Em decorrência das profundas transformações tecnológicas e da globalização, diversos institutos de direito público passaram por crises. Neste contexto, o serviço público vive hoje uma verdadeira desatualização estrutural e finalística, sendo seu conceito tradicional pouco adequado à atual conjuntura.

Vivemos, portanto, um interregno onde, ultrapassado um conceito, o novo ainda não foi definido. O instituto europeu do serviço de interesse econômico geral certamente é a tentativa mais atualizada de se desenvolver este novo modelo que promova o bem-estar geral em um mundo globalizado. Entretanto, ainda se encontra em fase embrionária.

Por isso, torna-se fundamental a revisão do tradicional modelo de concessões de serviço público, prestigiando-se a efetividade e o princípio constitucional da eficiência (art. 37, da Constituição da República), a fim de que sejam prestados serviços adequados aos cidadãos, sem que seja necessária, em contrapartida, o aumento do endividamento público. Tentaremos, portanto, promover esta revisitação, dando-se destaque à atualização da noção de risco do concessionário.

3.1 O modelo de concessão comum de serviço público no Brasil

Celso Antonio Bandeira de Mello define os serviços públicos como:

“toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público – portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo”¹⁰⁵.

Destaca-se ainda a definição de Marçal Justen Filho que afirma ser essencial a satisfação de um direito fundamental dos cidadãos na prestação de um serviço público. Neste diapasão, uma atividade tornar-se-ia serviço público quando a legislação trouxesse para o âmbito do direito público um serviço “insuscetível de satisfação adequada mediante os mecanismos da livre iniciativa privada”¹⁰⁶.

Enquanto o primeiro conceito, mais tradicional, reforça a formalidade da previsão legal dos serviços que passam a ser prestados em regime de direito público, o segundo destaca a

¹⁰⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de direito administrativo. São Paulo, 2004. P. 619.

¹⁰⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo – 12ª Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 549

natureza teleológica dos serviços públicos, influenciada pelos novos paradigmas do direito administrativo e, principalmente, pelo neoconstitucionalismo.

Fato é que os serviços públicos são, sob o ponto de vista material, direcionados à satisfação de necessidades individuais e coletivas, sendo um instrumento de promoção dos direitos fundamentais. Ainda, do ponto de vista subjetivo, desenvolvidos pelo Estado, direta ou indiretamente, e, por fim, em âmbito formal, submetidos ao regime jurídico de direito público.

Neste contexto, afirma a Constituição da República no artigo 175 que os serviços públicos podem sempre ser prestados direta ou indiretamente, sendo que, neste último caso, deverá ser precedida a delegação por um procedimento licitatório a fim de que seja selecionado o concessionário ou permissionário mais apto à prestação do serviço público.

A fim de regulamentar estes institutos constitucionais, quais sejam, a concessão e a permissão, foi publicada a Lei n.º 8.987, em 13 de fevereiro de 1995. Esta definiu a concessão como “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” (art. 2º, II) e a permissão como “a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco” (art. 2º, IV).

Ademais, cabe aqui destacar, para além da legislação federal, a Lei Estadual n.º 7.835, de 08 de maio de 1992, do Estado de São Paulo. Apesar de apresentarem diferenças pontuais, são documentos legais muito parecidos, sendo, inclusive, a lei federal inspirada na paulista.

Uma das diferenças que merece menção é o fato da lei federal prever a concessão de serviço público precedida da execução de obra pública enquanto a lei paulista utiliza o conceito de concessão de obra pública. Estes institutos, na prática, são idênticos. A alteração terminológica se deveu a divergências sobre a essência do objeto da concessão. De nossa parte, preferimos a utilização da nomenclatura federal.

Assim, utilizaremos doravante apenas a expressão “concessão de serviço público” para se referir a estas três modalidades previstas em lei. Consideramos esta diferenciação de pouca utilidade porque todas as três modalidades implicam, em alguma medida, na prestação de um serviço pelo concessionário e na realização de obras ou serviços de engenharia, ainda que exclusivamente para a manutenção e conservação do bem público concedido. Entretanto, salientamos que geralmente a concessão rodoviária é uma concessão onde a realização de obras pelo concessionário tem a maior relevância.

Ainda, merece destaque a síntese do conceito ora analisado promovida pelo Superior

Tribunal de Justiça que, em acórdão, se manifestou:

“A Concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, e geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço”
(STJ. REsp 976.836/RS, 1.^a S., rel. Min. Luiz Fux, j. 25.08.2010, DJe 05.10.2010)

Por fim, é interessante notar a repetição constante da expressão “por sua conta e risco” em todas as definições doutrinárias, legais e jurisprudenciais de concessão de serviço público.

3.2 A alocação de risco na concessão comum

Como debatido no primeiro capítulo, a emergência de um contexto de liquidez e de descontrole é um novo desafio a ser enfrentado. Em um mundo globalizado onde as técnicas e tecnologias estão em constante evolução a mudança é uma realidade e o risco passa a ser uma preocupação cada vez maior.

Os riscos são hoje mitigáveis, embora nunca possam ser anulados. Ataques cibernéticos, ataques terroristas, falências de grandes empresas e instituições financeiras, conflitos interestatais, crises fiscais de Estados soberanos, crise cambiais e ataques especulativos são fenômenos relativamente comuns e foram frequentes na última década.

Mesmo com o desenvolvimento progressivo do setor econômico de securitização, muitos destes riscos continuam ameaçando a viabilidade econômico-financeira de empreendimentos de longo prazo. Em especial, no Brasil, devidos às fragilidades institucionais típicas de países em desenvolvimento, pode-se afirmar a existência de riscos ainda maiores do que aqueles existentes em países desenvolvidos.

Considerando que contratos de concessão têm corriqueiramente prazos superiores a vinte anos, é bastante provável que qualquer concessionária tenha que enfrentar todos estes tipos de desafios ao longo de sua operação. Para enfrentar estas contingências, a doutrina tradicional propõe a doutrina das áleas ordinárias e extraordinárias.

3.3 Doutrina das áleas ordinárias e extraordinárias

De acordo com o escritor latino Suetônio, em 49 a.C., Gaius Iulius Caesar, hoje conhecido como Júlio César, ao atravessar as margens do rio Rubicão, limite este que não poderia ser ultrapassado portando-se armas, marchando, portanto, contra o Império Romano de Pompeu, proferiu a sentença “*alea iacta est*” que significava “o dado está lançado” e também é

conhecida pela tradução de “a sorte está lançada”.

Sendo de origem latina, a palavra “álea” relaciona-se fundamentalmente à noção de aleatoriedade e significa mais precisamente risco. Da mesma forma, risco pode ser definido como a variabilidade entre os resultados esperados e aqueles efetivamente alcançados. Podemos assim afirmar que todo o contrato com o Poder Público possui riscos ordinários e extraordinários, sendo estes últimos divididos em duas categorias: as áleas administrativas e econômicas.

Primeiramente, a álea ordinária pode ser conceituada como o risco empresarial inerente a toda atividade econômica, sendo, portanto, um risco previsível. Um claro exemplo é o risco de demanda, ou seja, aquele risco de flutuação da demanda do consumidor ou usuário pela prestação do serviço.

Tradicionalmente, fatos previsíveis não produzem qualquer recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, por serem inerentes à atividade empresarial e calculados no preço. Entretanto, a Lei prevê a exceção inflacionária¹⁰⁷. Portanto, a perda do poder de compra da moeda nacional, após a decorrência do prazo mínimo de um ano, acarreta o reajuste de preços de acordo com o índice inflacionário previsto contratualmente.

Assim, explica Alexandre Santos de Aragão:

“A álea ordinária ou empresarial, presente em qualquer tipo de negócio, não pode, de acordo com os paradigmas da doutrina clássica, ensejar uma proteção especial para a concessionária: as circunstâncias previsíveis; as imprevisíveis, mas de resultados contornáveis ou de pequenos reflexos econômicos, devem ser suportadas pelo contratado. É que o concessionário continua sendo um empreendedor da iniciativa privada, sujeito, portanto, aos riscos de sua atividade”¹⁰⁸.

Por outro lado, a álea extraordinária diria respeito a todo o risco imprevisível ao concessionário, seja ele decorrente de um ato da Administração Pública ou de uma circunstância econômica estranha à vontade das partes e excepcional que cause um acintoso desequilíbrio na equação econômico-financeira do contrato administrativo.

As áleas administrativas podem ser divididas em três modalidades: uma decorrente do poder administrativo de alteração unilateral dos contratos, outra decorrente do fato do príncipe e a última decorrente de fato da administração.

A primeira se justifica pela existência de cláusulas contratuais exorbitantes. Assim, diante da necessidade de modificação do contrato para melhor adequação às finalidades de interesse público (art. 58, I, da Lei n.º 8.666), deverá a Administração reestabelecer, por meio

¹⁰⁷ Art. 40, XI, da Lei n.º 8.666/1993 e art. 18, VIII, da Lei n.º 8.987/1995

¹⁰⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos – 3ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2003. 609-610.

de termo aditivo, o equilíbrio econômico-financeiro inicial (art. 65, § 6º, da Lei n.º 8.666). Havendo, portanto, o aumento da extensão de um trecho rodoviário concedido, o contrato deverá se reajustado proporcionalmente a esta extensão¹⁰⁹.

Neste sentido, afirma Hely Lopes Meirelles:

“O contrato administrativo, por parte da Administração, destina-se ao atendimento das necessidades públicas, mas por parte do contratado objetiva um lucro, através da remuneração consubstanciada nas cláusulas econômicas e financeiras. Esse lucro há que ser assegurado nos termos iniciais do ajuste, durante a execução do contrato, em sua plenitude, mesmo que a Administração se veja compelida a modificar o projeto, ou o modo e forma da prestação contratual, para melhor adequação às exigências do serviço público”¹¹⁰.

De maneira distinta, o fato do príncipe embora se relacione a um ato estatal, não está diretamente relacionado ao contrato. Assim, acabe produzindo incidentalmente efeitos concretos no equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Posto isso, não se está diante de uma decisão tomada pela Administração Pública enquanto parte contratante, vinculada pois à noção de boa-fé objetiva, mas sim de uma decisão política do Poder Público.

Um claro exemplo é previsto no art. 9º, § 3º, da Lei n.º 8.987/1995 que afirma que a alteração, criação ou modificação de qualquer tributo, após a apresentação da proposta e quando comprovado o seu impacto, implicará em revisão da tarifa. A exceção a este mandamento é a alteração das alíquotas de imposto de renda que não ensejarão, por si só, a revisão contratual. O melhor exemplo disso é a majoração de tributos incidentes sobre o cimento asfáltico que poderiam majorar em muitos os custos de obras ou serviços de engenharia em rodovias.

Entretanto, é necessário apontar ressalva feita por Maria Sylvia Zanella Di Pietro que afirma que “no direito brasileiro, de regime federativo, a teoria do fato do príncipe somente se aplica se a autoridade responsável pelo fato do príncipe for da mesma esfera de governo em que se celebrou o contrato”¹¹¹, do contrário, aplica-se a teoria da imprevisão, consubstanciada pela álea econômica.

Por outro lado, o fato da Administração se refere a uma conduta do poder concedente que dificulta ou encarece a prestação do serviço pelo concessionário. Neste caso, a Administração Pública age como parte contratual que se relaciona com as obrigações contratuais de maneira irregular. Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua o fato da

¹⁰⁹ Há ainda um limite quantitativo e qualitativo da mutabilidade do contrato administrativo. Assim, os acréscimos e supressões em obras, serviços e compras não poderão ultrapassar o limite de 25% do valor inicial atualizado enquanto em reformas de edifícios e equipamentos o limite é 50%. Da mesma forma, não poderá ser alterado o objeto da contratação.

¹¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo* – 15ª Ed – São Paulo: Editora Malheiros, 2010. p. 267.

¹¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo* – 27ª Ed. – São Paulo: Atlas, 2014.p. 292.

Administração como “o comportamento irregular do contratante governamental que, nesta mesma qualidade, viola os direitos do contratado e eventualmente lhe dificulta ou impede a execução do que estava entre eles avençado”¹¹².

Infelizmente, no Brasil os fatos da Administração são mais frequentes do que se imagina. É frequente que contratos sejam celebrados, impondo pesadas obrigações à parte privada, sem que o Estado efetivamente se comprometa a tornar viável o sucesso contratual, seja por transições de chefes políticos eleitos, secretários e ministros, seja por dificuldades fiscais também bastante comuns nos entes federados brasileiros.

Em virtude destes acontecimentos, incompatíveis com a boa-fé almejada em qualquer contratação, discute-se a invocação da *exceptio non adimpleti contractus*, também conhecida como exceção de contrato não cumpridos, pelo particular contratado.

Este instituto, surgido no Direito Romano¹¹³ sob a nomenclatura de *exceptio doli* e previsto no direito privado brasileiro nos arts. 476 e 477 do Código Civil¹¹⁴, pode ser, de maneira atenuada, aplicada nas contratações públicas, sendo algumas hipóteses inclusive previstas na própria Lei n.º 8.666/1991.

Assim, previu o art. 78 da Lei de Licitações e Contratos Administrativo¹¹⁵ duas hipóteses de suspensão do contrato. A primeira refere-se ao atraso do pagamento devido pela Administração Pública por prazo superior a noventa dias e assegura ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação (art. 78, XV), a segunda, refere-se à não liberação por parte da Administração Pública de área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento (art. 78, XVI). Em ambas têm o contratado direito ao reequilíbrio econômico-financeiro ou, em caso de rescisão, têm o contratado direito à restituição por qualquer prejuízo constatado.

Por fim, há ainda a álea econômica, fundada na teoria da imprevisão, que pode ser definida como evento externo ao contrato, imprevisível e inevitável que causa desequilíbrio e onera excessivamente apenas uma das partes. Como explica Celso Antônio Bandeira de Mello:

¹¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo – 31ª Ed. – São Paulo: Malheiros, 2014. p. 662.

¹¹³ Há quem sustente que o instituto em questão tem origem no direito canônico.

¹¹⁴ Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

Art. 477. Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la.

¹¹⁵ XV - o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação;

“O advento da primeira Guerra Mundial fez renascer o velho e salutar preceito contido na cláusula *rebus sic standibus*. Reapareceu com roupagem nova, sob as vestes de teoria da imprevisão. Esforça-se em que a ocorrência de fatos imprevisíveis, anormais, alheios à ação dos contratantes, e que tornam o contrato ruinoso para uma das partes, acarreta situação que não pode ser suportada unicamente pelo prejudicado”¹¹⁶.

Rebus sic standibus é, portanto, uma cláusula implícita que vincula todos os contratos, principalmente aqueles de prestações sucessivas. Refere-se ao ambiente e às condições que levaram à celebração do contrato que, ao serem alteradas, tornaram o contrato inútil ou indesejável a uma das partes.

Muito embora a cláusula em análise tenha sofrido considerável desprestígio ao longo dos últimos séculos, sendo praticamente esquecido, revigorou-se e renasceu a partir das trágicas guerras que assolaram o mundo no século XX. Neste sentido, Caio Tácito cita um famoso aresto do Conselho de Estado francês proferido no caso da Companhia de Gás de Bordeaux, em 1916, que decidiu pela revisão tarifária do gás em virtude da subida dos preços do carvão influenciados pela alta demanda que se produziu em virtude da Primeira Grande Guerra que duraria até 1918.

Neste sentido, segundo Maria Sylvia Di Pietro, para o fato constituir uma álea econômica deve ser, simultaneamente, a) imprevisível quanto à ocorrência ou quanto às suas consequências, b) estranho à vontade das partes, c) inevitável e d) que cause grande desequilíbrio no contrato, do contrário, sendo o evento previsível ou de consequências calculáveis, deve ser suportado pelo contratado¹¹⁷.

Por outro lado, para Celso Antônio Bandeira de Mello, para a aplicação da teoria da imprevisão é necessária a ocorrência de três requisitos, a saber, “a) que o prejuízo resultasse de evento alheio ao comportamento das partes, ou, no caso da Administração, estranho à sua posição jurídica de contratante; b) que o evento determinante do prejuízo fosse não apenas imprevisto, mas também imprevisível; c) que o prejuízo resultante para o onerado fosse significativo, isto é, gravemente convulsão da economia do contrato”¹¹⁸. Entretanto, afirma o douto autor que a condição de imprevisibilidade sofreu mudanças com o tempo, tornando-se menos severa e transformando o requisito da imprevisibilidade em um requisito de ocorrência de eventos imprevistos.

Neste diapasão e à luz destes institutos apresentados, destaca-se a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça que aplicou a teoria das áleas ordinárias e extraordinárias e

¹¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo – 31ª Ed. – São Paulo: Malheiros, 2014. pp. 665-666.

¹¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo – 27ª Ed. – São Paulo: Atlas, 2014. p. 297.

¹¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo – 31ª Ed. – São Paulo: Malheiros, 2014. pp. 667.

determinou a revisão contratual em decorrência da desvalorização cambial ocorrida em 1999:

CONTRATO ADMINISTRATIVO. EQUAÇÃO ECONÔMICO- FINANCEIRA DO VÍNCULO. DESVALORIZAÇÃO DO REAL. JANEIRO DE 1999. ALTERAÇÃO DE CLÁUSULA REFERENTE AO PREÇO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPREVISÃO E FATO DO PRÍNCIPE.

1. A novel cultura acerca do contrato administrativo encarta, como nuclear no regime do vínculo, a proteção do equilíbrio econômico-financeiro do negócio jurídico de direito público, assertiva que se infere do disposto na legislação infralegal específica (arts. 57, 1º, 58, 1º e 2º, 65, II, d, 88 5º e 6º, da Lei 8.666/93. Deveras, a Constituição Federal ao insculpir os princípios intransponíveis do art. 37 que iluminam a atividade da administração à luz da cláusula *mater* da moralidade, torna clara a necessidade de manter-se esse equilíbrio, ao realçar as "condições efetivas da proposta". 2. O episódio ocorrido em janeiro de 1999, consubstanciado na súbita desvalorização da moeda nacional (real) frente ao dólar norte-americano, configurou causa excepcional de mutabilidade dos contratos administrativos, com vistas à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das partes. 3. Rompimento abrupto da equação econômico-financeira do contrato. Impossibilidade de início da execução com a prevenção de danos maiores. (*ad impossibilia memo tenetur*). 4. Prevendo a lei a possibilidade de suspensão do cumprimento do contrato pela verificação da *exceptio non adimplet contractus* imputável à administração, *a fortiori*, implica admitir sustar-se o "início da execução", quando desde logo verificável a incidência da "imprevisão" ocorrente no interregno em que a administração postergou os trabalhos. Sanção injustamente aplicável ao contratado, removida pelo provimento do recurso. 5. Recurso Ordinário provido.

(STJ. RMS 15154/PE 2002/0089807-4, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 19/11/2002, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 02/12/2002 p. 222 RSTJ vol. 174 p. 133)

3.4 Os limites da teoria das áleas ordinárias e extraordinárias

Não se questiona a importância da doutrina tradicional das áleas ordinárias e extraordinárias para as contratações públicas. Entretanto, parece esta ser insuficiente diante da nova dinâmica das contratações públicas, em especial, com a proliferação dos contratos de concessão nos mais diferentes campos.

Inicialmente, é importante apontar um aspecto importante da revisão do contrato a fim de promover o reequilíbrio econômico-financeiro. Embora a forma mais tradicional de fazê-lo seja por meio da alteração da tarifa, há outras formas de promovê-lo. Duas bastante usuais destacam-se no setor de transportes rodoviários: a alteração do prazo da concessão e a reprogramação de investimentos.

Assim, ampliando-se o prazo de uma determinada concessão, é possível ampliar os retornos financeiros da concessionária no longo prazo e, da mesma forma, com a reprogramação dos investimentos, é possível reduzir os custos e despesas da concessionária no curto e médio prazo com obras e serviços de engenharia.

Conclui-se que a teoria das áleas ordinárias e extraordinárias, embora, útil em muitas situações, cria assimetrias e grandes problemas que, via de regra, resultam em tarifas bastante altas para os usuários e, excepcionalmente, decretação de caducidade de concessões e

recuperações judiciais e extrajudiciais de controladores de concessionárias¹¹⁹.

Uma primeira ruptura com a teoria tradicional em análise se deu no setor de telecomunicações com a previsão da Lei Geral de Telecomunicações que definiu o compartilhamento com os usuários dos ganhos econômicos decorrentes da modernização, expansão ou racionalização dos serviços (art. 108, § 2º, da Lei n.º 9.472/1997), ou seja, o compartilhamento dos ganhos de eficiência advindos exclusivamente da operação do concessionário.

Entretanto, o exemplo mais interessante ao presente trabalho ocorreu com a revisão dos contratos de concessão da 1ª Etapa do PROCROFE, a partir de uma determinação do Tribunal de Contas da União, como doravante se explica.

3.4.1. O Tribunal de Contas da União e a Revisão Contratual do da 1ª Etapa do PROCROFE

A Secretaria de Fiscalização de Desestatização do Tribunal de Contas da União apresentou uma Representação ao Tribunal de Contas da União¹²⁰ alegando “possíveis desequilíbrios econômico-financeiros nos contratos da 1ª Etapa do Programa de Concessão de Rodovias Federais – Procrofe, resultando em cobrança de tarifas superavaliadas”.

Esta conclusão se deu, segundo o órgão proponente, após a conclusão da 2ª Etapa do Programa de Concessão de Rodovias Federais, onde se avaliou que a taxa de desconto¹²¹ dos contratos manteve-se no mesmo patamar ao longo dos anos, mesmo com a diminuição do custo-oportunidade de negócios, decorrente da estabilidade econômica¹²².

Alguns fatores determinaram a diferença entre as tarifas cobradas nas concessões da 1ª e da 2ª Etapa do PROCROFE. Conforme estudo do IPEA¹²³, as principais variáveis foram a taxa de juros da economia, o risco-país, a novidade do negócio de concessão de rodovias e o

¹¹⁹ A Triunfo Participações e Investimentos recorreu à recuperação extrajudicial em 2017. Neste mesmo ano, a concessão rodoviária do trecho Anápolis/GO (BR-060) até Aliança do Tocantins/TO (TO-070), operado pela Concessionária de Rodovias Galvão BR-153, sofreu a decretação de caducidade.

¹²⁰ Processo Administrativo TCU n.º 026.335/2007-4.

¹²¹ Taxa de desconto é o custo de capital utilizado em uma análise de retorno. Em termos mais práticos, funciona como uma taxa de juros invertida e têm como objetivo avaliar o valor que deve ser pago no presente para um retorno futuro.

¹²² “Foram apresentados indícios de existência de desequilíbrios econômico-financeiros decorrentes da manutenção de taxa de rentabilidade exacerbada diante das mudanças nas condições fáticas de execução dos referidos contratos, em especial a diminuição do custo de oportunidade do negócio, frente à estabilidade econômica do país”.

¹²³ NETO, Carlos Alvares da Silva Campo; PAULA, Jean Marlo Pepino de; SOUZA, Frederico Hartman. Rodovias brasileiras: políticas públicas, investimentos, concessões. Texto para discussão IPEA n. 1668. Outubro, 2011. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1668.pdf

estado físico das rodovias ainda pior. Estes foram os principais que determinaram as variações de preços contestadas em sede administrativa.

Assim, foi sintetizada a questão pelo representante:

“Em suma, o modelo contratual da 1ª Etapa do Procrofe e a conjuntura de incertezas econômicas no país à época em que foram firmados tais contratos, em muito dissonante do cenário de estabilidade que se efetivou em seguida, estariam levando à majoração desproporcional de tarifas de pedágio. Eis que em ulterior estudo para concessão de novos trechos rodoviários, relativos à 2ª Etapa, foi aplicado parâmetro de rentabilidade de 8,95%, bem abaixo dos anteriormente adotados, mas que se mostrou suficiente para cobrir o custo de oportunidade então vigente, haja vista que se observou uma concorrência acirrada em todas as parcelas do objeto do certame, com deságios expressivos por parte dos licitantes”.

A Agência Nacional de Transportes Terrestres se manifestou nos autos do processo administrativo afirmando que efetuou todos os reajustes e revisões conforme determina o contrato de concessão e a legislação pátria, estando as tarifas, portanto, adequadas. Explicou ainda que utilizou o modelo de Fluxo de Caixa Marginal para recompor o equilíbrio contratual e citou um parecer da Advocacia Geral da União afirmando a impossibilidade de alteração unilateral da metodologia de revisão, sendo possível a mudança desde que em comum acordo com as concessionárias e com a anuência do próprio Tribunal de Contas da União.

Ao longo da análise do processo administrativo e após reunião com o TCU, a agência em comento se comprometeu a realizar revisões quinquenais dos contratos de concessão, visando a analisar eventuais ajustes necessários à prestação do serviço adequado, preservando o equilíbrio econômico-financeiro, conforme previsto na Resolução ANTT nº 1.187/2005.

Ao fim, da análise jurídica do pedido, determinou o Plenário do Tribunal de Contas da União que a ANTT, nos autos do Acórdão nº 2.154/2007, prolatado em 10 de outubro de 2007, que se procedesse à revisão dos contratos e que fizesse constar cláusula de revisão periódica de tarifa em todos os contratos de concessão.

Percebe-se no acórdão em comento a remissão à teoria da imprevisão, como fundamento jurídico para a decisão. Considerou-se, neste sentido, a estabilização econômica como fenômeno da álea econômica. Entretanto, esta orientação nos parece bastante equivocada.

Em primeiro lugar, a teoria da imprevisão refere-se a um evento extraordinário e imprevisível. Ora, a simples melhora de indicadores econômicos não representa um evento extraordinário, pelo contrário, foi um processo progressivo e contínuo fruto de uma confluência de fatores que não alterou o equilíbrio contratual nem o setor rodoviário, mas que implicou em melhora das condições macroeconômicas do país.

Em segunda lugar, ainda que se creia ser este fenômeno uma álea econômica, é necessário lembrar que a ideia central da teoria da imprevisão é, naturalmente, a ocorrência de

um evento imprevisível. Ora, se, para solucionar a questão, criamos um mecanismo de revisão periódica e quinzenal do equilíbrio econômico-financeiro, não faz sentido pensar que este evento é imprevisível, pelo contrário, sabe-se que ele ocorrerá e, portanto, deve ser feita a revisão de eventuais distorções periodicamente.

Da mesma forma que a inflação é um fenômeno previsível e, por isso, o contrato sofre reajustes anuais, ao se criar um mecanismo de revisão periódica não se está diante de um fenômeno compatível com o instituto da teoria da imprevisão.

Ademais, em terceiro lugar, o desequilíbrio alegado não pode ser considerado excessivo, como pressupõe a teoria em análise. De acordo com a Secretaria de Fiscalização de Desestatização, a taxa de desconto anual média do setor rodoviário em 2007 seria de 8,95% e a aplicada nos contratos, de 17 a 24%. Ora, esta diferença entre a taxa de retorno supostamente devida e aquela aplicada não pode ser considerada uma execução “excessivamente onerosa” ou, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, que “convulsionam gravemente a economia do contrato”¹²⁴.

Como consequência destes eventos, no ano seguinte à decisão do TCU aqui analisada, a ANTT publicou a Resolução ANTT n.º 2.554/2008 que visava a alterar a Resolução ANTT n.º 1.187/2005 e deu a seguinte redação ao art. 20: “A ANTT promoverá reavaliações dos contratos de concessão, no que se refere a obras e serviços, a cada cinco anos, contados regressivamente de seus respectivos termos finais, de forma a analisar eventuais ajustes necessários à prestação do serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, sempre preservando o equilíbrio econômico-financeiro”.

Por fim, cabe destacar a frontal oposição da decisão aqui apresentada em relação à jurisprudência consolidada pelo Tribunal de Contas da União que tradicionalmente considerara ser a taxa interna de retorno intangível, por ser esta a expressão última da equação econômico-financeira do contrato.

A título de exemplo, no voto do eminente Ministro-Relator Walton Alencar Rodrigues, no Acórdão n.º 393/2002, o Plenário firmou o seguinte entendimento:

“O fluxo de caixa é o instrumento que permite, a qualquer instante, verificar se a taxa interna de retorno original está mantida. Cabe ressaltar que a Taxa Interna de Retorno – TIR é extraída diretamente da proposta vencedora da licitante e expressa a rentabilidade que o investidor espera do empreendimento. Em termos matemáticos, a TIR é a taxa de juros que reduz a zero o valor presente líquido do fluxo de caixa, ou seja, a taxa que iguala o fluxo de entradas de caixa com as saídas, num dado momento. Assim, pode-se dizer que a manutenção da taxa interna de retorno é garantia tanto do Poder Público, quanto da concessionária, e a sua modificação dá ensejo à revisão contratual, na forma prevista na lei e no contrato”.

¹²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo – 31ª Ed. – São Paulo: Malheiros, 2014. p. 659.

3.4.2. Álea econômica ou compartilhamento de riscos ordinários?

Tradicionalmente, variações de mercado são riscos suportados exclusivamente pela concessionária. Recordemos as palavras de Maria Sylvia Zanella di Pietro que afirma, *ipsis literis*, que a álea ordinária ou empresarial “é um risco que todo empresário corre, como resultado da própria flutuação do mercado”¹²⁵. Se este risco pertence exclusivamente ao concessionário, ora, todo o ganho econômico e financeiro dele advindo pertence, também, à concessionária.

Entretanto, quando foi demonstrado ao Tribunal de Contas da União que estes ganhos econômicos, se exclusivamente capitalizados pela concessionária, onerariam a tarifa cobrada e, portanto, prejudicariam o princípio da modicidade tarifária, acabou-se adotando uma tese que efetivamente significou a relativizando a distribuição tradicional do risco, dividindo os seus ganhos com os usuários.

Nos sentimentos compelidos a nos manifestar sobre este tipo de decisão. De início, é importante dizer que consideramos totalmente razoável e adequado o compartilhamento dos ganhos econômicos e financeiros advindos de melhoras do cenário macroeconômico entre a concessionária e os usuários do serviço público.

Entretanto, o que nos parece extremamente negativo é que haja um compartilhamento casuístico e contrário aos termos do contrato de concessão, prática esta que apenas aumenta a insegurança jurídica das concessionárias e prejudica o instituto da concessão como um todo.

O que pareceu *in concreto* é que foi firmado um contrato que alocou muitos riscos na parte privada, sendo estes assim precificados no instante da licitação. Se um cenário de deterioração tivesse ocorrido, os prejuízos seriam absorvidos pela concessionária. No entanto, como os indicadores foram positivos, alterou-se inclusive o equilíbrio econômico-financeiro, promovendo-se uma “gambiarra jurídica”.

Em verdade, acredita-se que o Tribunal de Contas, tenta atuar de maneira mais decisiva em contratos administrativos. Não tendo sido muito ativo nos primeiros procedimentos licitatórios de concessões de serviço público, buscou em situações controvertidas oferecer sua “contribuição” determinando a alteração de contratos. Embora até bem-intencionado, esta nos parece uma alternativa um pouco poliana à medida em que aumenta a insegurança jurídica e, com isso, aumenta o risco e, portanto, as taxas de retorno esperadas pelas concessionárias no longo prazo.

¹²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo – 27ª Ed. – São Paulo: Atlas, 2014. p. 290.

Em resumo, pode-se perceber que o compartilhamento de riscos é um pressuposto do princípio da modicidade tarifária. Alocar todos os riscos de maneira simplista à concessionária implica necessariamente na precificação deste risco e na majoração do valor da tarifa.

Entretanto, para enfrentar esta questão e se promover a adequação dos serviços, é fundamental que o compartilhamento de riscos esteja previsto no próprio contrato de concessão, a fim de se concretizar o princípio da segurança jurídica.

3.5 Da necessidade do compartilhamento de riscos em contratos de concessão de serviço público

Inicialmente devemos retomar o próprio conceito de serviço público. Como já explorado, o direito de acesso aos serviços públicos tende a ser visto na contemporaneidade como um direito fundamental. Mais do que isso, a escolha política do que é serviço público pelo legislador refere-se à escolha de atividades que sejam tidas como tão fundamentais para o Estado que, para isso, deva ser este o seu titular.

Assim, determina a Constituição a obrigação do Estado em prestá-los, via de regra, sem monopólio, podendo o oferecimento aos usuários ser direto ou indireto, ou seja, neste último caso, por meio de delegatários.

Ora, a primeira conclusão à qual podemos chegar é a de que o objeto da delegação e seus termos não são definidos pelo concessionário, ao contrário, o são pelo Poder Público na elaboração do Edital. Portanto, permanecendo o Estado como titular do serviço, o principal interessado na adequada prestação do serviço público é o próprio Poder Público que manterá a devida fiscalização e controle da adequação do serviço.

Neste contexto, não faz sentido pensarmos uma parceria, afinal, é disso que se trata uma concessão, em que um dos parceiros não tem qualquer risco na atividade e o outro, por outro lado, os absorva todos. Pelo contrário, busca-se justamente promover a sinergia entre a gestão privada e a pública, com o fim de se viabilizar a prestação do serviço módico, seguro, contínuo, regular, eficiente, atual e cortês.

Toda a prestação de serviço público depende necessariamente de uma certa integração entre o agente público e o privado de maneira cooperativa. Um exemplo claro se dá no monitoramento e segurança das rodovias. De um lado, o parceiro privado desenvolve o Centro de Controle Operacional do trecho rodoviário, instalando câmeras e telefones ao longo da via. De outro, cabe às polícias e aos seus agentes promover a segurança dos motoristas, principalmente contra roubos de cargas e de veículos, bem como aplicando multas a motoristas

infratores.

Certamente o trabalho de segurança tornar-se-ia muito mais difícil sem a presença de múltiplas câmeras que permitissem uma visualização constante e integrada do trecho rodoviário. Por isso torna-se necessário o compartilhamento das imagens, com a diligência e presteza do agente privado, comunicando ao posto ou batalhão policial de qualquer incidente suspeito. Os exemplos de atuação conjunta que efetivamente geram benefícios ao usuário são inúmeros.

Marçal Justen Filho inclusive aponta irretocável crítica à concepção “privatista” da concessão. Assim afirma o professor:

“Por isso, é incorreto o entendimento de que, produzida a concessão, o sucesso ou insucesso do empreendimento se torna questão de interesse privado do concessionário. É evidente que a concessão de serviço público deve excluir, por princípio, a possibilidade de insucesso do concessionário. O insucesso do concessionário significará a paralisação do serviço, a frustração do atendimento às necessidades coletivas. (...) Nenhuma concessão de serviço público pode produzir riscos elevados de insucesso para o concessionário. Como contrapartida, também não pode propiciar lucros de dimensão desproporcional ao capital investido”¹²⁶.

É necessário, portanto, em primeiro lugar avaliar o termo “por sua conta e risco” exposto na Lei n.º 8.987/1995. Para isso, citamos a contribuição de Marcos Augusto Perez:

“O que defendemos, nesse sentido, é que “por sua conta e risco” não importa em transferência aos concessionários de todos os riscos inerentes ao empreendimento. Importa, sim, transferência ao concessionário dos riscos que o contrato indicar. Melhor dizendo, são por conta e risco do concessionário aqueles riscos que o contrato, expressa ou implicitamente, lhe transferir.”¹²⁷.

Assim, a teoria das áleas ordinárias e extraordinária deve servir apenas em casos de ausência de previsão contratual de alocação de riscos, em decorrência da absoluta excepcionalidade dos fatos ocorridos. Entretanto, os riscos previsíveis podem e devem ser alocados de maneira adequada no contrato a fim de gerar eficiência no serviço público prestado. Para isso, os riscos necessitam ser sempre pensados, detalhados e explicitados contratualmente, a fim de que todas as variáveis sejam consideradas não só pelo licitante como também pela Administração Pública ao modelar a contratação.

Nesta situação, as partes poderão securitizar seus riscos adequadamente e criar instância de controle e monitoramento de outros riscos alocados para si, mas não securitizáveis. O principal beneficiário de um modelo mais eficiente e previsível é justamente o usuário.

Este ganho de eficiência se traduz naturalmente em modicidade tarifária. Afinal, toda

¹²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Concessões de Rodovias – A Experiência Brasileira. In: Carlos Ari Sundfeld (Org.) Parcerias Público-Privadas. Malheiros: São Paulo, 2005. p. 240-241.

¹²⁷ PEREZ, Marcos Augusto. O risco no contrato de concessão de serviço público. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 130.

vez que é alocado um risco a um determinado concessionário que não pode controlá-lo, mitigá-lo ou securitizá-lo, é esta álea provisionada como custo ou despesa.

Pois bem, não ocorrendo aquele evento, a provisão torna-se lucro do concessionário. Este modelo torna as concessões dispendiosas para o usuário e não melhora as condições financeiras da concessionária que precisa fazer pesados investimentos.

Neste sentido, afirma Marçal Justen filho:

“Um ponto de grande relevância reside no reconhecimento de que a incerteza e a insegurança quanto aos efetivos custos de transação produzem a elevação dos preços. Em outras palavras, o agente econômico “precifica” sua própria insegurança. A elevação da margem de risco reflete-se no aumento dos preços praticados por um agente econômico, até atingir o ponto em que o risco é tão elevado que o sujeito prefere evitar a realização do negócio”¹²⁸.

Portanto, uma forma adequada de distribuir os riscos é alocando-os à parte que pode melhor controlá-lo, por ter melhores condições de mitigar um evento a um custo mais baixo ou por ter mais facilidade de enfrentar as consequências do evento danoso.

Outro aspecto que merece destaque é o cuidado para que os riscos sejam repassados ao usuário da menor forma possível. Assim, quando há opções de seguro disponíveis no mercado para enfrentar o risco específico, é justificável a alocação ao parceiro privado. Entretanto, inexistindo estes instrumentos, pode a Administração alocar para si os riscos a fim que não sejam repassados ao consumidor.

Esta análise é essencialmente casuística, dependendo de variáveis do setor econômico do serviço público concedido, de seus concorrentes, da sua cadeia produtiva e do mercado segurador. Não há fórmula pronta, pelo contrário, é algo sempre aprimorável, sendo, inclusive, isso que se espera do que poder concedente: o aprendizado pela experiência já vivida em outras concessões e o aprimoramento do instituto.

Desta constatação, devemos perquirir sobre a legalidade e constitucionalidade desta nova forma de modalagem de contratos de concessão. De um lado, Antônio Carlos Cintra do Amaral contesta a legalidade deste compartilhamento de riscos em contratos de concessão comum, embora, reconheça a sua eficiência econômica. Ao analisar os modelos estático (teoria tradicional das áleas extraordinárias) e o dinâmico (revisão periódica do contrato e compartilhamento de riscos) do equilíbrio econômico-financeiro, afirmou:

“Não me cabe opinar sobre qual modelo é o mais adequado. Esta questão extrapola os limites do conhecimento jurídico. Situa-se na esfera econômico-financeira. Sob a ótica jurídica, posso apenas afirmar que o Direito brasileiro adotou o “modelo estático”, pelo que a adoção do “modelo dinâmico”, tanto nos contratos em andamento quanto nos por celebrar, dependeria de reforma constitucional e legal. Não pode ser efetuada

¹²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Concessões de Rodovias – A Experiência Brasileira. In: Carlos Ari Sundfeld (Org.) Parcerias Público-Privadas. Malheiros: São Paulo, 2005. p. 234.

por decisão administrativa, *infralegal*¹²⁹.

O principal argumento jurídico da crítica apresentada refere-se à expressão “mantidas as condições efetivas da proposta”, prevista no art. 37, XXI, da Constituição da República¹³⁰.

Em virtude desta convicção, o autor sustenta até que “as revisões periódicas devem contemplar apenas os fatos supervenientes, imprevisíveis (ou previsíveis mas de consequências incalculáveis) e extraordinários (Fato da Administração, Fato do Príncipe e fatos ensejadores da aplicação da Teoria da Imprevisão), que tenham desequilibrado a equação econômico-financeira inicial da concessão e não tenham sido contempladas em revisões extraordinárias”¹³¹.

De início, não podemos concordar que a manutenção das condições efetivas da proposta signifique a impossibilidade de revisão periódica e de compartilhamento dos riscos. A vinculação da proposta vencedora determina apenas que o Estado não pode violar os direitos da concessionária, bem como a concessionária deve cumprir adequadamente os termos contratuais.

Ora, a revisão do contrato com a mudanças conjunturais não representa violação a direitos da concessionária, assim como não prejudica a prestação do serviço, pelo contrário, a atualiza e a beneficia. A revisão deve inclusive se fundar na noção de consensualidade, sendo os termos debatidos e pactuados entre o concessionário e o Poder Público. Ocorrendo eventuais divergências inconciliáveis, deverão ser submetidas e decididas pelo Poder Judiciário ou por um tribunal arbitral¹³².

A noção de manutenção da proposta, se levado ao extremo, significaria a desatualização da concessão, com a manutenção de técnicas e tecnologias ultrapassadas em prejuízo da concessionária e do usuário. É um formalismo que não produz resultados positivos e, portanto, à luz do neoconstitucionalismo, do pragmatismo e da interpretação teleológica das normas deve

¹²⁹ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de Serviços Públicos: Novas Tendências*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. P. 136.

¹³⁰ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

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

¹³¹ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de Serviços Públicos: Novas Tendências*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. P. 141.

¹³² Há divergências na doutrina e jurisprudência sobre a possibilidade de constar cláusula arbitral em contratos de concessão. Este não é o objeto da presente análise, entretanto, consideramos legal, constitucional e, em muitos casos, desejável a inclusão de cláusula arbitral com a submissão de eventuais litígios à arbitragem.

ser descartado.

Por outro lado, defendendo a legalidade e constitucionalidade da divisão de risco, afirma Alexandre Santos de Aragão:

“Em primeiro lugar, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro referido constitucionalmente é inferida apenas da exigência de manutenção das condições efetivas da proposta (arrt. 37, XXI, da CF), tornando admissível a repartição de riscos diversa dos parâmetros da doutrina clássica, seja para atribuir à concessionárias riscos que normalmente eram considerados como sendo do poder concedente ou vice-versa, desde que prevista no ato convocatório da licitação e, conseqüentemente, ao menos de forma implícita, da proposta apresentada pelo concessionário. Em segundo lugar, os arts. 9º, § 2º, e 23, IV, Lei nº 8.987/1995, conferem espaço de modelagem das delegações de serviços públicos suficiente para que a Administração adote, no instrumento convocatório, diferentes modalidades de revisão tarifária e compartilhamento de riscos”¹³³.

Neste diapasão, se pronuncia Marçal Justen Filho:

“Não se vislumbra qualquer impedimento jurídico à consagração entre nós desse modelo. O maior obstáculo poderia ser a concepção clássica da intangibilidade da equação econômico-financeiro, que conduziria à estabilização de uma relação estática entre encargos e vantagens. Mais isso pode ser afastado na medida em que a solução esteja explicitamente prevista no ato convocatório da licitação. Não há vedação ao estabelecimento de uma relação dinâmica entre encargos e vantagens, fixando-se que o dever da concessionária reside em ampliar sua eficiência e promover a redução dos seus custos”¹³⁴.

3.6 As Parcerias Público-Privadas

Na década de 1990, o Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte buscava formas inovadoras de aumentar o financiamento privado de empreendimentos públicos. Assim, em 1992, durante o governo do conservador John Major, surgiu o instituto de *Private Finance Initiative*, por meio do qual foi delegado a investidores privados o financiamento, a construção e a operação da infraestrutura pública.

Entretanto, foi a partir de 1997, sob o governo trabalhista de Tony Blair, que este novo modelo se expandiu aceleradamente. Neste contexto, diversos países seguiram este exemplo e modelaram institutos similares, entre eles destacam-se a República Portuguesa, a República do Chile e a Comunidade da Austrália. No Brasil, as Parcerias Público-Privadas foram instituídas, em âmbito nacional¹³⁵, por meio da Lei n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004.

De início, faz-se mister fazer um apontamento terminológico. A Lei n.º 13.334/2016 que criou o Programa de Parcerias de Investimento considera, acertadamente, como contrato de

¹³³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos – 3ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 619.

¹³⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos. Ed. Dialética: São Paulo, 2003. p. 360.

¹³⁵ Por meio da Lei Estadual n.º 14.868/03, Minas Gerais e, por meio da Lei Estadual n.º 11.688/04, São Paulo instituíram parcerias público-privadas no âmbito da Administração Pública Estadual antes mesmo da Lei n.º 11.079/04 instituir as normas gerais das parcerias público-privadas, servindo inclusive de referência para a legislação nacional.

parceria “a concessão comum, a concessão patrocinada, a concessão administrativa, a concessão regida por legislação setorial, a permissão de serviço público, o arrendamento de bem público, a concessão de direito real e os outros negócios público-privados que, em função de seu caráter estratégico e de sua complexidade, especificidade, volume de investimentos, longo prazo, riscos ou incertezas envolvidos, adotem estrutura jurídica semelhante”. Ou seja, considera todos os contratos de concessão como contratos de parceria.

Entretanto, a Lei n.º 11.079/2004 define como contratos de parcerias público-privada apenas as concessões patrocinada e administrativa. Desta maneira, embora, consideremos que todo o contrato de concessão, permissão ou arrendamento de bem público seja um contrato de parceria entre o Poder Público e um contratado privado, utilizaremos o termo parceria público-privada apenas em referência às concessões patrocinadas e administrativas.

Após esta breve elucidação, cumpre destacar que a Lei em comento institui normas gerais para a licitação e contratação de parcerias público-privadas de todos os entes federados, por tanto, é referência também para o Distrito Federal, Estados e Municípios. Neste sentido, o Capítulo VI foi intitulado “Disposições Aplicáveis à União”, deixando clara a intenção de legislador de que os arts. 14 a 22 aplicar-se-iam exclusivamente à União, enquanto os demais seriam aplicados a todos os entes federados indistintamente.

A legislação nacional divide as parcerias público privadas em duas modalidades: a concessão patrocinada e a concessão administrativa. A primeira é definida como a concessão de serviços públicos ou de obras públicas que envolva, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, uma contraprestação em pecúnia do Poder Concedente, já a segunda é definida como um contrato de prestação de serviço do qual a Administração Pública seja usuária direta ou indireta.

Neste sentido, explica Alexandre Santos de Aragão:

“As parcerias público-privadas surgem como uma tentativa de o Estado e a iniciativa privada dividirem os custos com a implementação de infraestruturas, já que nenhum deles teria condições de com elas arcar individualmente: o Estado por não ter condições financeiras, e a iniciativa privada porque a tarifa seria insuficiente (ou em alguns casos até inexistente) para cobrir todos os custos e a legítima margem de lucro do negócio”.¹³⁶

De maneira complementar e sustentado pela visão econômica do instituto, o economista Cláudio Frischtak afirma:

“As PPP podem ser entendidas como uma alternativa de financiamento e aquisição de ativos físicos e uma forma de gestão e entrega de serviços de natureza pública, suportada por esses ativos. No plano contratual, as PPPs são uma estrutura de alocação

¹³⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos – 3ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 634-635.

de riscos, cujo fluxo de caixa é oriundo de tarifas (pagas pelos usuários) e – se estas forem insuficientes – de transferências governamentais. Os polos de uma PPP são o setor público – parte contratante –, e o setor privado, enquanto agente que, em grande medida, financia e absorve os riscos inerentes à provisão dos serviços”¹³⁷.

Neste diapasão, as parcerias público-privadas surgem como uma opção de delegação de serviço público quando a atividade se mostrar financeira e economicamente insustentável. Neste momento, pode o parceiro público firmar compromissos de aportes pecuniários a fim de conferir, finalmente, a sustentabilidade econômica da atividade, viabilizando, portanto, a sua delegação.

No entanto, é importante destacar que, em termos econômicos, a parceria público-privada é uma forma de obter novos recursos para um serviço público sem qualquer custo imediato à Administração, criando obrigações futuras que não são registradas em demonstrações contábeis do setor público.

Ou seja, ao contrário das concessões comuns, as parcerias público-privadas têm o mesmo efeito que a captação de um empréstimo, pois parte do valor dispendido pelo agente privado deve ser pago pelo Poder Público, e não pelo usuário. Em certo sentido, estas concessões têm o efeito econômico de financiamento do setor público, sem o respectivo aumento explícito do seu endividamento.

Neste sentido, explica Alexandre Santos de Aragão:

“O Estado lança mão de uma forma de financiamento de infraestrutura que não pode ser amortizada apenas com tarifas. Em vez de realizar uma operação de empréstimo direta com uma instituição financeira para obter recursos, contrata uma empresa privada que, via de regra, vai por sua conta realizar uma similar operação de crédito para efetuar as obras e prestar os serviços contratados. Mas como a tarifa não é suficiente (concessões patrocinadas) ou é até mesmo inexistente (concessões administrativas), o Estado irá aos poucos – ao longo do prazo de vigência do contrato e apenas depois de disponibilizado o serviço – pagando pelo montante despendido previamente pela empresa privada”¹³⁸.

Podemos então entender que as concessões clássicas pressupõem o pagamento proporcional e adequado de tarifas pelo usuário, enquanto as novas parcerias, independem deste elemento. Assim, torna-se possível inclusive a modelagem de uma parceria público-privadas para a construção e gestão de serviços públicos não onerosos, como instituições de ensino, de saúde e penitenciárias.

No setor rodoviário, entretanto, a grande maioria das concessões é comum. Mesmo assim, há alguns casos excepcionais em que, mesmo sendo o serviço público onerosos,

¹³⁷ FRISCHTAK, Cláudio R. PPPs: a experiência internacional em infraestrutura. In: Parcerias público-privadas: experiências, desafios e propostas / organizadores Gesner Oliveira, Luiz Chrysostomo de Oliveira Filho. Rio de Janeiro: LTC, 2013. P. 125.

¹³⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos – 3ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2003. P. 635.

remunerado por meio de tarifas, mantém-se a inviabilidade financeira e economicamente do empreendimento, demandando-se a implementação de um parceria público-privada.

Há inúmeras razões para que uma atividade seja insustentável, ou seja, para que o valor arrecadado por meio de tarifas não seja vultoso o suficiente para remunerar os custos, as despesas e o lucro esperado. Destacamos aqui a de maior influência para este trabalho: a existência de grandes riscos potenciais que inviabilizam a atividade.

Considerando que todos os riscos suportados pelos agentes privados são precificados e, portanto, resultam em aumentos das tarifas, é possível que empreendimentos de alto risco se tornem insustentáveis já que o aumento do preço promove a redução da demanda.

Nestes casos, por meio da contraprestação pecuniária do Poder Concedente e do compartilhamento do risco, a atividade antes de inviável delegação, torna-se possível. Com isso, a Administração Pública não se onera de todos os custos da obra ou serviço nem sobre o usuário recai uma tarifa excessiva.

Neste sentido, Cláudio Frischtak destaca a relevância da alocação dos riscos no contrato de parceria público-privada:

“É bem conhecido que contratos de PPP tendem a ser simultaneamente incompletos e bastante complexos, na medida em que não é possível prever todos os estados da natureza. Neste sentido, há um elemento de risco considerável tanto para o contratante (Estado), agindo em nome do interesse público, quanto para o agente privado, e um forte incentivo para ambos agirem oportunisticamente. Mas há também escopo tanto para o principal (comitente) quanto o agente maximizarem seus ganhos com base em contratos desenhados de uma forma em que os riscos sejam alocados para aqueles mais bem posicionados para gerenciá-los e que o máximo de eficiência e qualidade de serviços seja extraído”¹³⁹.

Entretanto, ao contrário de outros autores que defendem que o compartilhamento de riscos é exclusividade da parceria público-privada, defendemos que a alocação dos riscos e sua previsão contratual é necessária em qualquer contrato de concessão. O que varia, portanto, é a intensidade do risco, o quanto se deseja reduzir na tarifa paga pelo usuário e, por último a agenda política eleita pelos cidadãos. No mundo real, não há extremos, há apenas tonalidades que vão dando forma e coerência àquilo que se pretende construir.

Neste sentido, afirma Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto que “cada parceria envolverá uma repartição específica de riscos amoldada à peculiaridade do escopo da parceria. Em termos de definição legal, é importante que se deixe claro o fato de ser inerente a uma PPP

¹³⁹ FRISCHTAK, Cláudio R. PPPs: a experiência internacional em infraestrutura. In: Parcerias público-privadas: experiências, desafios e propostas / organizadores Gesner Oliveira, Luiz Chrysostomo de Oliveira Filho. Rio de Janeiro: LTC, 2013. p. 134.

um regime de riscos compartilhados e absolutamente detalhado em contrato”¹⁴⁰.

3.7 As resistências ao compartilhamento de riscos: o caso da Arena Pernambuco

Com a escolha do Brasil para sediar a Copa do Mundo de 2014 e com a opção política de que fossem organizados os jogos internacionais em múltiplas cidades, tornou-se necessária a construção de estádios de futebol em diversos pontos do território nacional.

No Estado de Pernambuco, decidiu-se pela construção de um novo estádio no município de São Lourenço da Mata, na região metropolitana de Recife. Para tanto, optou-se pelo instituto da concessão administrativa, prevista na Lei n.º 11.079/2004.

Assim, foi publicado o Edital de Licitação da Concorrência Internacional n.º 001/2009 a fim de promover a exploração da Arena Multiuso da Copa 2014, precedida da execução das obras de sua construção, nos termos do projeto básico.

Pois bem, a licitação foi feita e a concessão foi adjudicada à concessionária Arena Pernambuco Negócios e Investimentos S/A em 2010, tendo as obras sido iniciadas neste mesmo ano.

Posteriormente, no ano seguinte, a Procuradoria Geral da República e o Ministério Público do Estado de Pernambuco produziram a Recomendação Conjunta n.º 12/2011, como resultado do Inquérito Civil n.º 1.26.000.000096/2010-24 - MPF/PRPE, sendo o fulcro do inquérito civil em comento justamente a alocação de riscos disposta no contrato de concessão.

Diante desta suposta antijuridicidade, a questão foi levada à análise do Tribunal de Contas da União. Muito embora o órgão de controle e fiscalização do contrato de concessão em comento seja o Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, o Tribunal de Contas da União analisou a questão dando orientações, em razão da celebração do Protocolo de Cooperação Técnica, firmado em 11 de maio de 2010.

Alguns questionamentos formulados pelo *parquet* merecem destaque. Inicialmente, foram feitas críticas à utilização de expressões bastante imprecisas como “significativa alteração”, “significativas modificações”, “impacto significativo” e “alterações substanciais”. Assim, foi recomendada a mudança contratual a fim de conferir maior segurança jurídica, utilizando-se conceitos mais concretos e tangíveis. Esta sugestão é, ao nosso ver, de extrema importância. Promovendo-se a previsibilidade, tanto do poder concedente como da concessionária, a litigiosidade é reduzida significativamente e as correções podem ser

¹⁴⁰ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. As Parcerias Público-Privadas no Saneamento Ambiental. In: Carlos Ari Sundfeld (Org.) Parcerias Público-Privadas. Malheiros: São Paulo, 2005. p. 287.

realizadas de maneira mais rápida. Infelizmente, este tipo de imprecisão ainda é comum em contratos de concessão e acabam gerando mais prejuízos do que benefícios.

Neste sentido, afirmaram os ministros do Tribunal de Contas da União que “os referidos termos não esclarecem o grau de aceitação das variações nos custos e receitas do projeto. Cada parte tem seu entendimento próprio do que seja uma alteração pequena, grande, ou substancial. E, ao longo da vigência do contrato em tela, diversos administradores públicos e privados se sucederão na gestão e fiscalização, cada um com sua visão particular”.

Muito embora a primeira contribuição apresentada seja positiva e promova a segurança jurídica do contrato, as demais críticas tiveram o efeito contrário. Em verdade, o questionamento central foi justamente a alocação dos riscos do contrato. Assim, afirmou o *parquet* que a alocação objetiva de riscos, prevista na Lei n.º 11.079/2004 significa que “mesmo os riscos imprevisíveis, a exemplo de caso fortuito ou força maior, devem ser compartilhados entre o parceiro público e o privado”.

Ademais, foram novamente questionados os riscos cambiais e financeiro, sendo afirmado que “tanto em concessões comuns quanto em PPPs, riscos financeiros e cambiais sempre foram alocados exclusivamente ao particular, como se vê nos exemplos expostos na tabela anexa”.

Em relação a este tópico, afirmou o Tribunal de Contas que:

“18. Alocar riscos para a parte que pode suportá-los a um custo mais baixo gera grandes economias, seja no setor público, seja no setor privado. Os riscos financeiro e cambial fazem parte do próprio risco do negócio, devendo ser suportado exclusivamente pelo parceiro privado, o qual tem melhores condições de evitar que esses riscos se materializem. O empresário é o mais capaz de analisá-los e buscar soluções para mitigá-los e/ou eliminá-los. Não há razões de transferir tais riscos ao parceiro público, nem de compartilhá-los. 19. Especificamente quanto ao risco cambial, esse deve ser absorvido pelo setor privado, tendo em vista seu controle sobre a estrutura de capital do projeto. O parceiro privado pode escolher entre diversas alternativas de financiamento, seja em moeda local, seja em moeda estrangeira. Obviamente, se escolher financiamento em moeda local, o parceiro privado não correrá risco cambial. Além disso, optando por financiamento em moeda estrangeira, o concessionário pode arcar com o risco de desvalorização cambial ou repassá-lo para o mercado por meio de contratos de *hedge*”.

(Tribunal de Contas da União. Acórdão n.º 1.928/2011. Plenário. Relator: Valmir Campelo. Sessão de 27/07/2011).

A afirmativa de que o risco de operação do empreendimento deveria ser atribuído exclusivamente ao parceiro privado, sem que tenha sido feita qualquer análise do empreendimento, ainda mais em se tratando de uma concessão administrativa, regida pela Lei n.º 11.079/2004, mostra como ainda há um pensamento rançoso e ultrapassado em instituições da máxima relevância ao Estado Democrático de Direito.

O pior é percebermos que um dos argumentos apresentados pelo *parquet* foi justamente

o de que os riscos financeiros e cambiais “sempre” foram alocados nos parceiros privados. Ora, se a infraestrutura brasileira apresenta problemas tão drásticos, sendo um dos principais elementos de prejuízo à competitividade nacional e se, ainda, as concessões apresentam tantos problemas que incluem tarifas elevadas pagas pelos usuários e dificuldades na realização de obras, não deveríamos justamente buscar mudar aquilo que “sempre” foi feito?

Para além disso, não se pode concordar que a alocação de riscos, determinada em Lei signifique apenas o compartilhamento dos riscos extraordinários. Esta interpretação não guarda qualquer semelhança entre o instituto desenvolvido no estrangeiro, a *Private Finance Initiative*, que inspirou as parcerias público-privadas brasileiras. Tão pouco faz sentido imaginar que em uma concessão onde já haja *ex ante* inviabilidade financeira e econômica, deva o Estado ampliar os riscos do concessionário, dividindo-se apenas os riscos extraordinários, tornando-se a concessão ainda mais inviável.

Como afirma Alexandre Santos de Aragão:

“A Lei das parcerias público-privadas delega ao contrato, à autonomia contratual da Administração Pública, legalmente estabelecida e delimitada, a determinação de que parcela de riscos será assumida pelo Estado e os critérios de como será calculada. Não há, portanto, na Lei nº 11.079/2004, modelagem contratual de divisão de riscos *ex ante* vedada ou fixada, havendo considerável margem para se adotarem os mais diferenciados modelos de repartição de riscos, podendo-se chegar inclusive ao chamado pedágio-sombra, muito utilizado na experiência internacional em rodovias, pelo qual é medido o tráfego na via, mas o pedágio não é pago pelos usuários, mas sim direta e indiretamente pelo Estado”¹⁴¹.

Pois bem, é uma prática bastante usual na maioria dos países, o compartilhamento de muitos riscos. De maneira exemplificativa, em Portugal, é o parceiro público que assume os riscos ambientais e os associados a eventos de força maior, sendo o risco de demanda compartilhado entre o contratante e o contratado. Na Espanha, o contratante, assume os riscos relacionados à aquisição de áreas, a mudanças na legislação, a evento de força maior e a ativos rivais, compartilhando riscos de demanda com o parceiro privado. Como se verá mais a frente, é inclusive considerado uma melhor prática que países emergentes, compartilhem também o risco cambial e flutuação das taxas de juros.

A promoção do compartilhamento dos riscos é justamente um dos principais propósitos de serem instituídas parcerias público-privadas. Sem dúvida, a resistência a mudanças na visão tradicional da alocação dos riscos é um dos principais motivos dos programas de concessões não terem alcançado o sucesso esperado no país.

Além disso, o fragmento acima destacado do acórdão do Tribunal de Contas da União

¹⁴¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos – 3ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2003. pp. 675-676.

nos parece contraditório. De início, expõe-se, corretamente, que os riscos devem ser absorvidos por aqueles que detêm a maior capacidade de suportá-los. Entretanto, em seguida, é afirmado que os riscos financeiros e cambiais, são riscos do negócio e, portanto, devem ser alocados exclusivamente no parceiro privado, por ser ele o mais apto a absorvê-lo.

Ora, não só esta afirmativa não se baseou em qualquer estudo prévio do setor ou do empreendimento como não há praticamente nenhum estudo recente do tema que corrobore tal colocação. Ao contrário, todos os estudos publicados por organizações internacionais dizem o oposto e produzem análises detalhadas sobre cada um dos riscos, sugerindo diferentes formas de alocação¹⁴².

3.8 Alocação de riscos nos contratos do Programa de Concessões de Rodovias Federais

A 1ª Etapa do Programa de Concessões de Rodovias Federais modelou os contratos de concessão de forma bastante simples no que tange à alocação dos riscos. Assim, basicamente, pode-se concluir que todos os riscos foram alocados no parceiro privado. As partes apenas teriam direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em virtude de eventos que a própria Lei de Licitações e Contratos Administrativos, em seu art. 65, já havia previsto.

Assim, foram previstos os seguintes eventos ensejadores de revisão:

- a) Alterações contratuais unilaterais;
- b) Criação, alteração ou extinção de tributos, ressalvado o imposto de renda;
- c) Força maior, caso fortuito, fato do príncipe, fato da administração ou interferências imprevistas que resultem em variações de custos;
- d) Acréscimo ou supressão de encargos no Programa de Exploração da Rodovia;
- e) Desapropriação de bens, instituição de servidão ou imposição de limitação administrativa ao direito de propriedade;
- f) Quando forem constatadas modificações estruturais nos preços dos fatores de produção ou modificações substanciais nos preços dos insumos, quando não cobertos pelos reajustes tarifários;
- g) Quando a concessionária auferir receita alternativa, complementar e acessória;
- h) Alteração legislativa de caráter específico que tenha impacto direto nas receitas da concessionária, como isenção, redução, desconto ou qualquer privilégio tributário ou tarifário.

¹⁴² Um dos mais interessantes estudos disponíveis sobre o tema é o da Global Infrastructure Hub, constituída em reunião do G20.

Concluiu-se, portanto, que a aplicação da alocação de riscos nos primeiros contratos de concessão rodoviária não foi formulada individualmente e, portanto, adequada às condições específicas da contratação, mas era simplesmente exegética.

Copiaram os dispositivos legais e os reproduziram nos primeiros contratos. Isso se torna ainda mais claro com a percepção de que o contrato de concessão da Ponte Rio-Niterói, anterior à Lei n.º 8.987/1995, não previa a exceção do imposto de renda. A partir da publicação da Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos, que em seu art. 9º, § 3º¹⁴³, previu que a alteração no imposto de renda não justificaria a revisão do contrato, foi incluída a nova exceção legal nos dispositivos contratuais.

Outras duas modificações ocorridas entre os contratos de concessão da Ponte Rio-Niterói e os demais contratos da 1ª Etapa do PROCROFE foram as inclusões da compensação entre o reajuste anual e a modificação estrutural nos preços dos fatores de produção e insumos e a previsão de que as alterações legislativas de caráter específico gerariam direito ao reequilíbrio contratual.

A 2ª Etapa do PROCROFE também promoveu a alocação integral dos riscos à concessionária. Entretanto, o contrato de concessão da Via Bahia promoveu, pela primeira vez, a alocação de riscos ao Poder Concedente em sua cláusula 19. Isso ocorreu porque o trecho rodoviário em questão foi inicialmente pensando como uma parceria público-privada e não como uma concessão comum. Após o aprofundamento dos estudos e a partir de decisões políticas, decidiu-se promover uma concessão comum e não mais a concessão patrocinada.

Em virtude disso, a alocação de riscos do contrato foi modelada de forma bastante diferente com a previsão de alocação de alguns riscos no Poder Concedente. Desta forma, foram alocados ao Poder Público os seguintes riscos:

- a) O risco de paralização dos serviços em decorrência de manifestações sociais ou pública é compartilhado. Desta forma, as perdas e danos decorrentes destes eventos são, nos 15 primeiros dias, responsabilidade da concessionária e, caso estes eventos não sejam objeto de seguro no Brasil, os prejuízos resultantes dos dias excedentes, serão

¹⁴³ Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

(...)

§ 3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.

compensados pelo Poder Concedente. Caso haja cobertura securitária, somente a partir do 90º dia, a responsabilidade é do Poder Concedente.

- b) Decisão arbitral, judicial ou administrativa que impeça ou impossibilite a Concessionária de cobrar a tarifa de pedágio ou de reajustá-la de acordo com o estabelecido no Contrato. Excetos são os casos em que a própria concessionária tenha dado causa a tal decisão.
- c) Descumprimento, pelo Poder Concedente, de suas obrigações contratuais ou regulamentares.
- d) Caso fortuito ou força maior que não seja objeto de cobertura de seguros.
- e) Alteração dos encargos atribuídos à concessionário pelo Poder Concedente.
- f) Criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais após a apresentação da Proposta.
- g) Implantação de novas rotas ou caminhos alternativos livres de pagamento de Tarifa de Pedágio.

O primeiro risco a ser compartilhado é o risco social, ou seja, o risco de paralização em virtude de manifestações sociais ou públicas. Assim, nos 15 (quinze) primeiros dias, quem assume o risco é a concessionária e, no período de tempo subsequentes, quem assume é o poder concedente.

Percebe-se ainda que a que o tema de securitização começa a ganhar novos contornos. Assim, a possibilidade de cobertura securitária passa a alterar a própria alocação de riscos. Inclusive, o caso fortuito e de força maior, que tradicionalmente foi alocados integralmente como risco do poder concedente, passam a sofrer certa relativização, sendo apenas assumidos pela Administração Pública quando não forem objeto de seguros.

Perceba-se a diferença entre o disposto no contrato e a previsão do art. 65, II, “d”, da Lei n.º 8.666/1993 que afirma que o contrato poderá ser alterado por acordo entre as partes: “para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual”.

Enquanto a Lei não faz qualquer ressalva à revisão contratual em decorrência de casos

de força maior e caso fortuito, o contrato inova ao condicionar esta revisão à inexistência de cobertura securitária.

Ademais, é bastante interessante a alocação do risco de decisão arbitral, judicial e administrativa no poder concedente. Esta deliberação tem como motivo um debate jurídico à época forte. Isso ocorreu porque naquele momento ainda vigia uma discussão sobre a necessidade ou não de existir via alternativa ao trecho rodoviário pedagiado. Isso gerou, por exemplo, a suspensão da cobrança de tarifas por decisão do Tribunal Regional Federal da Quarta Região que condicionou a cobrança do pedágio à disponibilização de via alternativa.

O que se buscava, portanto, era dar maior segurança jurídica à concessão, alocando eventuais riscos de paralizações e suspensões da cobrança de pedágios no poder concedente. Assim, muito embora o Superior Tribunal de Justiça já tivesse formado entendimento de que a cobrança de pedágio prescindia a existência de vias alternativas não pedagiadas, ainda havia polêmicas sobre o assunto. Vejamos:

ADMINISTRATIVO. RECURSOS ESPECIAIS. COBRANÇA DE PEDÁGIO EM RODOVIA FEDERAL POR EMPRESA CONCESSIONÁRIA. LEI 9.648/88. DESNECESSIDADE DE EXISTÊNCIA DE SERVIÇO PÚBLICO QUE DISPONIBILIZE GRATUITAMENTE VIA ALTERNATIVA DE TRÂNSITO. EXIGÊNCIA SOMENTE APLICÁVEL A SITUAÇÕES EXPRESSAMENTE PREVISTAS EM LEI, QUE NÃO É O CASO DOS AUTOS. RECURSOS ESPECIAIS PROVIDOS PARA O FIM DE RECONHECER LEGÍTIMA A COBRANÇA DO PEDÁGIO E IMPEDIR A DEVOLUÇÃO DAS QUANTIAS PAGAS.

1. O acórdão recorrido dispôs, para se preservar a legalidade da cobrança de pedágio de empresa concessionária que administra rodovia federal, ser necessária a disponibilização de via pública alternativa e gratuita para os usuários, motivo pelo qual julgou indevida a exigência de pedágio. Contudo, tal exegese está equivocada, uma vez que a Lei 9.648/88, que regula a questão controversa, não faz tal exigência. 2. Com efeito, a disponibilização e oferta de via pública alternativa e gratuita para os usuários, em caráter obrigatório, somente deve ser imposta quando objeto de previsão expressa de lei. 3. RECURSOS ESPECIAIS interpostos pela Rodovia das Cataratas S/A, pelo Estado do Paraná e pela União PROVIDOS para o fim de reconhecer legítima, na espécie, a cobrança do pedágio, e impedir a devolução das quantias pagas. (STJ – Resp: 617002 PR 2003/0221884-4, Relator: Ministro José Delgado, Data de Julgamento: 05/06/2007, T1 – Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 29/06/2007 p. 4490)

Entretanto, a polêmica em questão foi somente resolvida com o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da Ação Direita de Inconstitucionalidade n.º 800, na qual se consolidou o entendimento de que o pedágio é um preço público, portanto, destituído de natureza jurídica tributária.

Ademais, voltou-se a afirmar no voto do relator que “a despeito dos debates na doutrina e na jurisprudência, é irrelevante também, para a definição da natureza jurídica do pedágio, a existência ou não de via alternativa gratuita para o usuário trafegar. Essa condição não está

estabelecida na Constituição. É certo que a cobrança de pedágio pode importar, indiretamente, em forma de limitar o tráfego de pessoas. Todavia, essa mesma restrição, e em grau ainda mais severo, se verifica quando, por insuficiência de recursos, o Estado não constrói rodovias ou não conserva adequadamente as que existem. Consciente dessa realidade, a Constituição Federal autorizou a cobrança de pedágio em rodovias conservadas pelo Poder Público, inobstante a limitação de tráfego que tal cobrança possa eventualmente acarretar. Assim, a contrapartida de oferecimento de via alternativa gratuita como condição para a cobrança de pedágio não é uma exigência constitucional. Ela, ademais, não está sequer prevista em lei ordinária”.

Neste sentido, decidiu o Plenário do Supremo Tribunal Federal:

Ementa: TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. PEDÁGIO. NATUREZA JURÍDICA DE PREÇO PÚBLICO. DECRETO 34.417/92, DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. CONSTITUCIONALIDADE. 1. O pedágio cobrado pela efetiva utilização de rodovias conservadas pelo Poder Público, cuja cobrança está autorizada pelo inciso V, parte final, do art. 150 da Constituição de 1988, não tem natureza jurídica de taxa, mas sim de preço público, não estando a sua instituição, conseqüentemente, sujeita ao princípio da legalidade estrita. 2. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

(ADI 800, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 11/06/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-125 DIVULG 27-06-2014 PUBLIC 01-07-2014)

Nestes casos de insegurança jurídica, faz sentido alocar o risco no poder concedente, até porque se o pedágio fosse anulado pela Justiça, o contrato de concessão perderia o seu objeto e a gestão da rodovia seria revertida para a própria Administração Pública. Mais do que isso, a alocação deste risco na concessionária apenas elevaria o preço do pedágio sem que houvesse qualquer benefício tanto ao usuário do serviço como ao Poder Público.

Assim, houve concretamente um acúmulo importante de experiências e práticas ao longo deste período. A 3ª Etapa do PROCROFE incorporou a nova modelagem de contratos administrativos de concessão e a aprofundou. Assim, utilizou-se o contrato de concessão da Via Bahia como parâmetro de modelagem. Para tanto, todos os riscos alocados no Poder Concedente foram repetidamente alocados, sendo outros riscos acrescentados e suportados pelo Poder Público, em especial:

- a) A recuperação, prevenção, remediação e gerenciamento do passivo ambiental fora da área concedida;
- b) Atrasos nas obrigações conferidas ao DNIT, a exemplo da transferência de bens entre a concessionária e o DNIT, bem como a não realização ou atraso de obras que estejam sob responsabilidade do DNIT;
- c) Atraso nas obras decorrentes da demora na obtenção de licenças ambientais quando os prazos de análise ultrapassarem as previsões legais;
- d) Custos com a elaboração do inventário florestal e dos Planos Básicos Ambientais;

- e) Vícios ocultos no trecho rodoviário concedido relacionados à manutenção e operação, bem como os defeitos em obras realizadas pelo Poder Público;
- f) Atrasos por força da exigência de pesquisas arqueológicas, ou condicionantes relacionadas a áreas indígenas ou comunidades quilombolas;
- g) Custos de obras obrigatórias em trechos urbanos da frente de ampliação e manutenção do nível de serviço que ultrapassem a extensão indicada no Programa de Exploração da Rodovia;
- h) Custos com desapropriação que excedam o montante previsto na proposta da concessionária;
- i) Custos com estudos ambientais que excedam ao montante previsto na proposta da concessionária;
- j) Custos decorrentes da necessidade de remoção ou realocação de interferências existentes junto aos demais concessionários de serviços públicos e outras empresas atuantes no setor de infraestrutura.

A grande novidade, portanto, é a alocação de grande parte dos riscos ambientais no Poder Concedente. A razão disto é justamente o fato das licenças ambientais serem expedidas pela própria Administração Pública, embora nem sempre o seja pelo mesmo ente federado.

Assim, continua cabendo à concessionária o pedido e a obtenção das licenças ambientais. Entretanto, quando, agindo de forma diligente e com presteza, os prazos de análise dos órgãos ou entidades ambientais ultrapassem as previsões legais, o atraso decorrente disso será responsabilidade do poder concedente.

Isso faz sentido não só do ponto vista econômico como também administrativo, já que cabe ao Poder Público inclusive reforçar o aparato burocrático licenciador de órgãos e entidades ambientais, seja aumento o quadro técnico, seja cobrando resultados.

Mais do que isso, a jurisprudência recentemente tem alargado a função socioambiental da propriedade e entendido que o novo proprietário de um imóvel é obrigado a promover a sua recuperação ambiental ainda que não tenha causado os danos ambientais. Assim, mesmo que a concessão de um serviço público não implique em qualquer transferência de propriedade, a simples responsabilização objetiva por dano ambiental pretérito poderia eventualmente ensejar na responsabilização da concessionária.

Neste diapasão, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RESERVA FLORESTAL. NOVO PROPRIETÁRIO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. 1. A responsabilidade por eventual dano ambiental ocorrido em reserva florestal legal é objetiva, devendo o proprietário das terras onde se situa tal faixa territorial, ao tempo em que conclamado para cumprir obrigação de reparação ambiental e restauração da cobertura vegetal, responder por ela. 2. A reserva legal que compõe parte de terras de domínio privado constitui verdadeira restrição do direito de propriedade. Assim, a aquisição da propriedade rural sem a delimitação da reserva legal não exime o novo adquirente da obrigação de recompor tal reserva. 3. Recurso especial conhecido e improvido.

(STJ - REsp: 263.383/PR, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 16/06/2005, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 22/08/2005 p. 187)

Não obstante a destacada importância da promoção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, tenta-se por meio da adequada alocação imputar os riscos em questão ao Poder Público, justamente por ser ele o titular do bem concedido. Assim, mitiga-se o risco de uma possível responsabilização objetiva do concessionário por eventuais danos ambientais já existentes à época da concessão, prevendo que a recuperação de dano anterior estará a cargo do poder concedente.

Ainda, ocorrendo atrasos na transferência dos bens ou nas obras sob responsabilidade do Departamento Nacional de Infraestrutura dos Transportes, autarquia federal, cabe ao Poder Concedente, ou seja, à União, arcar com eventuais prejuízos deles decorrentes. Isso ocorre pois é o Governo Federal, o mais apto a controlar os riscos de atrasos de entidades sob sua própria supervisão.

Por sua vez, a alocação do risco de remoção ou recolocação de interferências de outros serviços públicos, como equipamentos de transmissão de energia elétrica, se justificam pelo fato do titular de todo serviço público ser o próprio Poder Público. Mais do que isso, quem regula o serviço em questão também é uma entidade supervisionada pela Administração Pública. Por isso, faz mais sentido alocar tal risco à parte com maior possibilidade de controlá-lo, *in casu*, o Poder Concedente.

3.9 Alocação de riscos nos contratos do Programa de Concessões de Rodoviárias do Estado de São Paulo

Da mesma forma que a concessões federais, a 1ª Etapa do Programa de Concessões Rodoviárias do Estado de São Paulo (PROCROSP) definiu que concessionária assumiria os riscos integralmente. Assim, o risco de demanda seria alocado à concessionária, sendo, entretanto, prevista uma exceção para quando ocorresse a redução da demanda por ato unilateral do Poder Concedente.

Neste contexto, foi previsto no contrato de concessão que os eventos que justificariam o reequilíbrio econômico-financeiro seriam apenas:

- a) Modificação unilateral do contrato;
- b) Casos de força maior;
- c) Eventos excepcionais, causadores de significativas modificações no mercado financeiro e cambial que impliquem alterações substanciais nos pressupostos adotados;

- d) Alterações legais de caráter específico, que tenham impacto significativo e direto sobre as receitas ou sobre os custos dos serviços.

Em resumo, tentou-se sintetizar nas hipóteses mencionadas a teoria das áleas ordinárias e extraordinárias, sendo as áleas ordinárias alocadas na concessionária e as áleas extraordinárias, no Poder Concedente.

Foi ainda incluído um dispositivo definindo que seria da concessionária a responsabilidade pela obtenção, em tempo hábil de todas as licenças e autorizações necessárias ao exercício de todas as atividades objeto da concessão, especialmente no que se referia ao atendimento à legislação ambiental.

A 2ª Etapa do PROCROSP pouco inovou. Foi apenas incluído o caso fortuito como evento ensejador da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro e ainda, foi feita a ressalva de que apenas a ocorrência de eventos excepcionais que não pudessem ser passíveis de cobertura “por mecanismos efetivos e disponíveis no mercado nacional ou internacional (hedge), a custos razoáveis” seriam riscos alocados no Poder Concedente.

Desta maneira, em vez da álea extraordinária econômica constituir fator de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, seria ainda necessária a indisponibilidade de cobertura securitária tanto no mercado nacional como no internacional a custos razoáveis.

Este tipo de cláusula, embora aparentemente faça sentido, é difícil de ser operacionalizada e abre lacunas gigantescas, prejudicando a segurança jurídica do contrato.

Estipulam-se dois requisitos: a disponibilidade no mercado nacional ou internacional e o fato dos custos destes mecanismos serem razoáveis. Primeiramente, a partir do momento que se amplia a abrangência para o mercado internacional, basicamente, afirma-se que basta existir um mecanismo de cobertura em qualquer lugar do mundo para que o risco seja exclusivo da concessionária.

Isso não é razoável já que a operação integral da concessão é feita no Brasil. Mais do que isso, o simples fato de existir um mecanismo de cobertura não o torna viável ou possível. Ainda, após o acontecimento de um evento, conjecturar sobre a sua efetividade não é algo tão simples como se imagina.

Por fim, a condição de razoabilidade de custos é extremamente aberta e inconclusiva. Sabe-se que praticamente toda a mitigação de riscos implica em custos financeiros, a avaliação de sua razoabilidade sem qualquer parâmetro que o defina torna a cláusula tão ampla que se torna praticamente vazia. Assim, as decisões de recomposição do equilíbrio correm o risco de virar discricionária e casuística.

A 3ª Etapa do PROCROSP não inovou em nada a alocação dos riscos. Apenas repetiu sua predecessora. Entretanto, o que alterou substancialmente a modalidade dos contratos de concessão rodoviária de São Paulo, no que tange à alocação dos riscos, foi a concessão da Rodovia dos Tamoios.

Como já foi citado, em capítulo anterior, a Rodovia dos Tamoios foi uma concessão na modalidade patrocinada, ou seja, uma parceria público-privada. Isso significa que além do pagamento de pedágio, o próprio Poder Concedente fornecia contraprestações pecuniárias ao parceiro privado.

De início, foi alterada a responsabilidade para a obtenção das licenças ambientais. Neste sentido, a Licença Prévia passou a ser uma incumbência do poder concedente, tornando, inclusive, a sua entrega ao parceiro privado uma condição para a celebração do termo de transferência inicial.

Da mesma forma, em parte da obra, a Licença de Instalação ficou a cargo do poder concedente, enquanto, em outra parte, a cargo da concessionária. Apenas a Licença de Operação ficou integralmente a cargo do parceiro privado.

Assim, foram alocados no poder concedente os seguintes riscos:

- a) Entrega das obras previstas;
- b) Decisões judiciais ou administrativas que impeçam ou impossibilitem o parceiro privado de prestar os serviços ou que interrompam ou suspensão o pagamento da remuneração ou do aporte de recursos, seu reajuste ou revisão, exceto nos casos em que o parceiro privado tenha dado causa à decisão;
- c) Atraso ou inexecução das obrigações do poder concedente;
- d) Fatores imprevisíveis, fatores previsíveis de consequências incalculáveis, caso fortuito ou força maior que, em condições normais de mercado não possam ser objeto de cobertura de seguro oferecido no Brasil e, à época da materialização dos risco este não seja segurável há pelo menos dois anos no mercado securitário brasileiro, em valores correspondentes, no máximo, à média dos valores de apólice de complexidades semelhante normalmente praticados pelo mercado, e por pelo menos duas empresas seguradoras;
- e) Alterações na legislação que alterem o equilíbrio econômico-financeiro;
- f) Passivos ou irregularidades ambientais cujo fato gerador tenha se materializado antes da celebração do termo de transferência inicial;
- g) Danos causados pelo poder concedente;
- h) Criação ou extinção de tributos ou alterações na legislação ou na regulação tributária;

- i) Investimentos necessários para eventual nova ampliação do sistema rodoviário, caso a capacidade instalada após a conclusão das obras originalmente previstas não suporte a demanda real verificada;

Ademais, previu-se o compartilhamento do risco geológico por meio da apresentação de uma tabela de soluções construtivas de túneis. Assim, excedendo-se o limite da tabela, os custos então passam a ser arcados pelo poder concedente.

Ainda, todos os custos relativos à prospecção e resgate arqueológicos de descobertas realizadas no curso das obras de implantação serão assumidos pelo poder concedente, bem como qualquer patrimônio histórico ou arqueológico encontrado na área concedida pertencerá exclusivamente à União.

Outro risco que passou a ser compartilhado foi o risco de demanda. Assim, foi estabelecido um sistema de bandas de receita, onde a receita tarifária verificada, se diferente da receita tarifária projetada, implica na alteração da contraprestação pecuniária do poder concedente.

Ainda, foram previstos como eventos de desequilíbrios:

- a) Modificação unilateral das condições de execução do contrato;
- b) Fato do Príncipe;
- c) Modificações promovidas pelo poder concedente nos indicadores de desempenho, que causem comprovado e efetivo impacto nos encargos do parceiro privado superiores àqueles experimentados caso o serviço concedido fosse desempenhado em condições de atualidade e adequação;
- d) Solicitação de emprego de nova tecnologia ou técnica nos serviços prestados pelo parceiro privado, desde que os indicadores de desempenho já estivessem sendo cumpridos pelo parceiro privado com a tecnologia/técnica anteriormente empregada;
- e) Investimentos para a implantação de sistema de arrecadação das tarifas de pedágio na modalidade *free flow*, ou outro que venha a existir.

Por fim, foi prevista a revisão ordinária do Plano de Investimentos e dos indicadores de desempenho em periodicidade quadrienal, a partir da entrega da obra.

As mudanças foram colossais. Os eventos de força maior ou caso fortuito foram alterados, excluindo-se a abrangência global e considerando apenas o mercado brasileiro dos últimos anos. Mais do que isso, a existência de competição no mercado securitário passou a ser condição, substituindo a ideia do “custo razoável”.

Houve, portanto, significativa evolução no instituto da alocação dos riscos, sendo muitos deles compartilhados e outros alocados à parte que mais tem condições de controlá-los e mitigá-los.

Na 4ª Etapa do PROCROSP, o nosso entendimento sobre a expressão “por sua conta e risco”, foi, de fato, consolidado. Assim, a Cláusula 19.1 afirmou: “A CONCESSIONÁRIA é integral e exclusivamente responsável por todos os riscos relacionados à presente CONCESSÃO, com exceção dos riscos contratual e expressamente alocados ao PODER CONCEDENTE”. Neste diapasão, estabelece-se que o termo “por sua conta e risco” importa apenas na transferência ao concessionário dos riscos que o próprio contrato alocar como risco da concessionária.

O aprendizado e acúmulo e resultante da PPP Nova Tamoios impactou fortemente os contratos de concessão desta última etapa. Assim, segue-se a mesma tendência no tocante à alocação dos riscos. Entretanto, há algumas novidades interessantes.

O risco geológico deixou de ser compartilhado e passou a ser um risco assumido integralmente pelo poder concedente, condicionado à notificação à ARTESP no prazo de cento e oitenta dias da transferência de cada trecho rodoviário.

No tocante à criação de tributos ou alterações na legislação tributária, foi incluída previsão relativa à hipótese de criação de contribuição sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos de natureza financeira, ou outro tributo, nos moldes da extinta Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF). Assim, a sua recriação acarreta a revisão contratual. Entretanto, a modificação tributária que altere as receitas acessórias deixa de ser um risco do poder concedente e passam a ser um risco da concessionária. Apenas alterações na receita oriunda da exploração direta do serviço rodoviário podem ensejar a revisão contratual.

Seguindo a previsão federal, o tratamento de interferências eventualmente identificadas e todas as consequências a elas relacionadas, inclusive o ônus decorrente da necessidade de remoção ou deslocamento e demais custos, passam a ser custeados pelo poder concedente.

Ainda, até a criação, revogação ou revisão de normas exaradas pela ARTESP sobre as atividades objeto deste contrato, podem constituir motivo de revisão do contrato de concessão.

No caso específico do Rodoanel Norte, é risco da Administração Pública estadual qualquer mudança na restrição de acesso de passagem de caminhões em vias do município de São Paulo. Isso ocorre porque o trecho rodoviário em questão é justamente uma alternativa à circulação de caminhões nas vias urbanas, assim, sendo a mudança da restrição de acesso de passagem de caminhões implicaria em redução substancial da demanda pelo acesso à rodovia.

No tocante às licenças ambientais, coube ao poder concedente obter todas as licenças ambientais, quais sejam, a Licença Prévia, a Licença de Instalação e a Licença de Operação. Coube apenas à concessionária a renovação da Licença de Operação.

Ainda, em relação ao risco ambiental, cabe ao Poder Público assumir os danos, passivos, condicionantes ou inconformidades decorrentes da área de depósito irregular de resíduos sólidos identificada fora da faixa de domínio, inclusive a remoção e destinação a local devidamente licenciado para respectivo tratamento.

Para manter a atualidade da concessão, a cada ciclo quadrienal serão conduzidas revisões ordinárias da concessão, sempre precedidas de audiências públicas, a fim de reavaliar os planos de investimentos, de seguros, de garantias e ainda, os cronogramas e indicadores de desempenho.

Por fim, cabe destacar a maior inovação desta nova etapa de concessões rodoviárias: o mecanismo de proteção cambial, assim definido como uma forma de compartilhamento do risco cambial de instrumento de financiamento em moeda estrangeira, firmado nos primeiros trinta e nove meses, aplicável aos investimentos vinculados a bens reversíveis ou ao pagamento da outorga fixa, limitado ao montante de US\$ 300.000.000,00 (trezentos milhões de dólares norte-americanos)”¹⁴⁴.

Em um cenário de escassez de poupança para investimentos, somado às históricas altas taxas de juros dominantes no País, foi definido um instrumento de compartilhamento com o poder concedente do risco cambial. Isso é bastante interessante já que amplia as possibilidades de financiamento e traz atores estrangeiros para a competição pela prestação de serviços rodoviários no Brasil.

Assim, foram previstos dois valores a serem pagos ao Governo do Estado de São Paulo pela concessionária, a outorga fixa e a variável. Enquanto a primeira é uma parcela única definida pela proposta vencedora no processo licitatório, a segunda é um valor a ser pago mensalmente correspondente a 15% da receita bruta mensal auferida pela concessionária¹⁴⁵.

A outorga variável não só mantém a entrada de receita mensalmente nos cofres públicos como também pode ser objeto de deduções a fim de se promover o compartilhamento de risco, *in casu*, o risco cambial do financiamento do empreendimento.

Percebe-se, portanto, que a tradicional teoria que definia a álea ordinária como risco integral da concessionária é definitivamente superada com este instituto que compartilha

¹⁴⁴ Anexo 13 do Contrato de Concessão do Rodoanel Norte.

¹⁴⁵ Há ainda o ônus de fiscalização que não é pago ao Governo do Estado de São Paulo, mas diretamente à ARTESP. Este ônus de fiscalização não se confunde com a outorga variável.

inclusive as variações cambiais do negócio, um risco empresarial típico. Mais do que isso, amplia as possibilidades de financiamento da concessão a taxas de juros menores e reduz a dependência quase total do BNDES na realização de grandes investimentos no País.

CONCLUSÃO

Diante do aumento exponencial dos riscos, as sociedades contemporâneas trilharam dois caminhos distintos: de um lado, há nações que optaram pela a intensificação do controle estatal, pela centralização administrativa e pelo o aumento da burocracia e, de outro, países que seguiram o caminho da regulação, promovendo a expansão da concorrência, da descentralização e até, às vezes, da desregulamentação.

A opção por este segundo modelo conduziu, via de regra, a um aumento acentuado da geração de riqueza e do desenvolvimento tecnológico. Para tanto, foi necessária a substituição do Estado Providência pelo Estado Regulador, mais limitado e eficiente.

Entretanto, esta transição ainda se encontra em processo de maturação. No Brasil, convivemos com múltiplas realidades que mantêm a coexistência de instituições burocráticas e gerenciais, ainda mais em decorrência do modelo federativo. Isso explica em parte o rápido desenvolvimento de alguns setores econômicos, como o de telecomunicações, e a inércia quase constrangedora de outros serviços públicos, como o de saneamento básico, em diversos municípios e Estados.

Neste contexto, eficiência e subsidiariedade tornaram-se diretrizes importantes e, ao mesmo tempo, polêmicas. Há ainda muita resistência à promoção de modelos gerenciais que efetivamente reconheçam a primazia do indivíduo, e não do Estado, e que, simultaneamente, consigam reduzir os custos sem prejuízo dos resultados.

No âmbito jurídico, vivemos um processo de valorização do constitucionalismo e do pragmatismo como elementos de promoção da cidadania efetiva. Em consequência, as tradicionais noções de serviços públicos são questionadas e revistas. E assim, nos deparamos com um aparente embate entre a necessária redução do gasto público e a também fundamental efetivação do serviço público, como corolário da garantia dos direitos fundamentais.

Diante das necessidades econômicas e administrativas de desestatização, a concessão de serviços públicos ganhou destaque e se tornou objeto de inúmeras controvérsias.

Após a análise das várias tentativas legislativas de implementação de uma política de desestatização, conclui-se que o objetivo constante foi a reordenação da posição estratégica do Estado na economia, reduzindo os dispêndios públicos em atividades nas quais a iniciativa privada possa satisfatoriamente operar, permitindo que o Poder Público se

concentre em áreas de maior risco e menor rentabilidade, gerando sinergia entre as atividades pública e privada. Portanto, o discurso de que haveria a implantação de um modelo “neoliberal” no Brasil não se sustenta, nem pela prática nem pela teoria, inexistindo uma escola de pensamento econômico “neoliberal”.

Um dos setores de maior importância e deficiência, por isso também objeto deste estudo, é, sem dúvidas, o setor de transportes rodoviários. Não só pelo volume de cargas transportadas e por ser um dos principais motivos de óbitos no País, como ainda pela relevância para a competitividade e para o desenvolvimento nacional.

Muito embora o rodoviarismo tenha sido eleito há décadas como uma das prioridades da infraestrutura brasileira, enfrenta um cenário de escassez de recursos, tendo tido a CIDE-Combustíveis pouco impacto no setor.

Da mesma forma, o sistema de transportes terrestres, formado pelo Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, pela Agência Nacional de Transportes Terrestres e pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, mostrou-se insuficientes e até desprestigiado. O conselho em questão teve sua primeira reunião realizada após aproximadamente 8 (oito) anos de sua criação formal e não produziu até hoje qualquer resultado que mereça menção. O DNIT sofre até hoje pela falta de recursos, em especial os financeiros e humanos, o que resulta que quase um terço das rodovias por ele geridas sejam consideradas péssimas ou ruins.

A agência reguladora, embora mais exitosa, também passou por certas confusões e dificuldades que se mantêm até hoje. No último processo licitatório realizado, dois trechos não foram concedidos pela ausência de propostas e pela declaração de suspensão do certame e, dos que foram concedidos, um teve a caducidade decretada e outro foi incluído no programa de relicitação por iniciativa da concessionária.

No caso paulista, as condições objetivas do setor são melhores. Não houve licitação deserta, tão pouco decretação de caducidade ou pedido de relicitação. Entretanto, as condições econômicas e financeiras do Estado mais rico e mais populoso do Brasil mitigam alguns problemas.

Ademais, acredita-se que a modelagem dos contratos de concessão em São Paulo é melhor que a federal. Assim, preserva-se melhor a segurança jurídica e estuda-se mais a viabilidade econômico-financeira da concessão a ser feita no âmbito estadual do que na União.

Um dos pontos que merece maior destaque é a alocação dos riscos previstos em cada contrato. Embora ambos tenham começado abordando este tema de maneira similar, aos

poucos, o Estado de São Paulo o desenvolveu melhor que o Governo Federal. Isso se explica também pela iniciativa estadual de promover uma concessão patrocinada no setor rodoviário.

Conclui-se, portanto, que o principal fator de mudança na alocação de riscos dos contratos de concessão comum foi a experiência com parcerias público-privadas, ou seja, foi a partir da tentativa de se modelar uma concessão patrocinada que se atualizaram as concessões comuns. Isso pode ser percebido mais claramente pela análise dos contratos de concessão de São Paulo, mas também é observado na concessão rodoviária federal.

Constata-se que as maiores inovações no tema foram produzidas em São Paulo a partir da concessão patrocinada da Rodovia dos Tamoios e, no âmbito federal, a partir da celebração do contrato com a concessionária Via Bahia, concessão comum que foi originalmente imaginada como uma concessão patrocinada.

Neste sentido, a tradicional visão de que uma das maiores diferenças entre as concessões comuns e as parcerias público-privadas seriam a repartição dos riscos não parece se sustentar. A alocação dos riscos em concessões rodoviárias é bastante parecida quando compara-se concessões comuns com as patrocinadas. Inclusive, a experiência de formação de parcerias público-privadas promoveu uma inovação importante nos contratos de concessão comum.

Assim, entende-se que a maior diferença entre as concessões comuns e as patrocinadas é justamente a viabilidade econômica do empreendimento e a eventual necessidade de financiamento do setor público. Mais do que isso, a depender da agenda pública e das orientações do governo em exercício, as concessões poderão mudar entre comuns e patrocinadas com grande facilidade.

Defende-se neste trabalho que a alocação de riscos nos contratos de concessão ultrapassou há muito a tradicional teoria das áleas ordinárias e extraordinárias, superando-se um modelo estático e adotando-se um modelo dinâmico.

Devemos, portanto, entender que a expressão “por sua conta e risco” designa a transferência ao concessionário dos riscos que o contrato indicar a partir das avaliações e estudos específicos e não, necessariamente, na transferência de todos os riscos ordinários ao contratado.

Mesmo assim, percebe-se ainda grande resistência a esta atualização da doutrina mais tradicional. Certamente ainda presenciaremos grandes litígios administrativos e judiciais envolvendo este tema, tanto em tribunais de contas como na justiça comum.

Recentemente, em importante inovação, foi desenvolvido pelo Estado de São Paulo

inclusive um mecanismo de compartilhamento de riscos cambiais para financiamentos em moeda estrangeira. Esta iniciativa é de suma importância para as obras de infraestrutura em virtude, principalmente, da escassez de poupança no País, do “monopólio” do BNDES como financiador de empreendimentos custosos e de longo prazo e ainda pelas tradicionais altas taxas de juros.

Por fim, percebe-se uma clara tendência de compartilhamento dos riscos ambientais e geológicos. Esta política vai ao encontro de orientações internacionais para a construções de rodovias por meio de parcerias público-privadas, em especial, da *Global Infrastructure Hub*.

Já que o contratado apenas aceita e o projeto como desenhado pelo Poder Público, faz sentido que o risco ambiental, principalmente, o aquele relacionado à obtenção de licenças, seja compartilhado. Por outro lado, o risco relacionado ao tratamento de áreas previamente poluídas, passou a ser alocado exclusivamente no poder concedente.

Neste sentido, os riscos relacionados a eventos no meio geológico foram compartilhados por meio de uma tabela de custos, no caso da Rodovia dos Tamoios, e, posteriormente, alocados integralmente na Administração Pública.

Da mesma forma, tende-se a alocar os riscos relacionados a decisões políticas e administrativas na própria Administração Pública. O que se percebe é que a exemplificação destes eventos foi sendo aprimorada ao longo dos contratos, constando hoje, de maneira exaustiva, diversos eventos possíveis praticados por entidades, órgãos e até outros entes federados, sendo todos estes riscos alocados no poder concedente.

Por fim, cabe aqui apontar alguns problemas e dificuldades relacionadas à pesquisa. Em primeiro lugar, não conseguimos obter, em tempo hábil, a cópia de pedidos de revisão contratual feitos pelas concessionárias, tão pouco as justificativas que embasaram as decisões das agências reguladoras, tanto da ARTESP como da ANTT. Infelizmente, apenas obtivemos as decisões prolatas em reuniões do conselho diretor e os termos aditivos ao contrato. Entretanto, estas informações são insuficientes e impedem uma análise mais detalhada do tema.

Ainda, deve-se registrar que o fato de inexistir pesquisas mais detalhadas sobre o desenvolvimento histórico do setor rodoviário brasileiro implicou em grande dedicação à reconstrução desta história para que fosse possível analisar os contextos que geraram o desencaixe entre as necessidades do setor e as tradições da contratação administrativa.

Referências Bibliográficas

AMARAL FILHO, Marcos Jordão Teixeira do. **Privatização no Estado contemporâneo**. São Paulo: Ícone, 1996.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Concessão de serviço público**. 2ª Ed. – São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Concessão de Serviços Públicos: Novas Tendências**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

_____. **Licitação para concessão de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. **O Princípio da Eficiência no Direito Administrativo**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, n.º. 5, março/abril/maio, 2006. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acessado em 15 de fevereiro de 2018.

AMARAL, Diogo Freitas do et al. **Estudos sobre concessões**. Coimbra: Almedina, 2002.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **Direito dos Serviços Públicos** – 2ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **Direito dos serviços públicos** – 3ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. O Princípio da Eficiência. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º. 4, nov./dez. 2005, jan. 2006. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acessado em 15 de fevereiro de 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira** – 8ª Ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos** – Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BEZERRA, Helga Maria Sabóia. **As transformações da noção de serviço público na União Européia: o serviço de interesse geral do Tratado de Lisboa**. Revista Direito, Estado e Sociedade, Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, n.º 32, jan./jun., 2008. Disponível na Internet

<http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br>. Acessado em 15 de fevereiro de 2018.

BLANCHET, Luiz Alberto. **Concessão e permissão de serviços públicos**. Curitiba: Juruá, 1995.

BORÇA JR., G.; QUARESMA, P. **Perspectivas de investimento na infraestrutura 2010-2013**. Rio de Janeiro: BNDES, fev. 2010 (Visão do Desenvolvimento, n. 77).

BRANDÃO, Gildo Marçal. Linhagens do pensamento político brasileiro. in DADOS – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, Vol. 48, nº 2, 2005, p. 246. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/dados/v48n2/a01v48n2.pdf>>. Acessado em 15 de fevereiro de 2018.

CHEVALLIER, Jacques. **A reforma do Estado e a concepção francesa do serviço público**. Revista do Serviço Público, Brasília, v. 120, n. 3, p. 35, set./dez. 1996.

CYSNE, Rubens Penha. **A Economia Brasileira no Período Militar**. São Paulo: Est. Econ., v. 23, n. 2, p. 185-226, mai-ago 1993. Disponível em: <<http://www.fgv.br/professor/rubens/HOMEPAGE/publicações/Artigos%20Publicados/A%20Economia%20Brasileira%20no%20Regime%20Militar.pdf>> Acessado em 15 de fevereiro de 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 23ª ed., Editora Atlas, São Paulo, 2010.

_____. **Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Terceirização, Parcerias Público-Privada e outras Formas**, 9ª ed., São Paulo: Atlas, 2012.

DOURADO, Maria Cristina Cesar de Oliveira. **O repensar do conceito de serviço público**. Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Curitiba, ano 2, n. 6, p. 75, 2001.

Égert, B., T. Koźluk and D. Sutherland (2009), “**Infrastructure and Growth: Empirical Evidence**”, OECD Economics Department Working Papers, No. 685, OECD Publishing, Paris. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/225682848268>>. Acessado em 15 de fevereiro de 2018.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Regulamentação da Ordem Econômica**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, ano 5, v. 18, p. 95, jan./mar. 1997.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

GIAMBIAGI, Fabio. **Finanças públicas: teoria e prática no Brasil** – 4ª Ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole** – 6ª Ed. – Rio de Janeiro: Record, 2007.

GONÇALVES, Pedro. **A concessão de serviço público**. Coimbra: Almedina, 1999.

GOUVEIA, Rodrigo. **Os serviços de interesse geral em Portugal**. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

_____. **Concessionária de serviço público – bens públicos – direito de uso**. RDA, Rio de Janeiro, v. 218, p. 343, out./dez. 1999.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Uma releitura do poder de modificação unilateral dos contratos administrativos (*jus variandi*) no âmbito das concessões de serviços públicos**. RDA, Rio de Janeiro, v. 219, p. 107, jan./mar. 2000.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição**. Porto Alegre: 1997.

HAYEK, Friedrich August von. A. **O caminho da servidão**. Campinas: Vide Editorial, 2013.

Infraestrutura econômica no Brasil: diagnósticos e perspectivas para 2025 /

Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. – Brasília: Ipea, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **As diversas configurações da concessão de serviço público**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 1, p. 95, jan./mar. 2003.

_____. **Concessão de serviços públicos e princípio da legalidade**. Genesis, Curitiba, ano 4, v. 14, p. 644, jul./set. 1997.

_____. **Concessões de Rodovias – A Experiência Brasileira**. In: Carlos Ari Sundfeld (Org.) Parcerias Público-Privadas. Malheiros: São Paulo, 2005.

_____. **Teoria geral das concessões de serviços públicos**. São Paulo: Dialética, 2003.

JUSTEN, Monica Spezia. **A noção de serviço público no direito europeu**. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. **O serviço público na perspectiva do direito comunitário europeu.** Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 1, p. 137, jan./mar. 2003.

LEAL, Fernando. **Propostas para uma Abordagem Teórico-Metodológico do Dever Constitucional de Eficiência.** Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 15, ago./set./out., 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acessado em 15 de fevereiro de 2018.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** 17ª Ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **A nova regulação dos serviços públicos.** RDA, Rio de Janeiro, n. 228, p. 13, abr./jun. 2002.

_____. **Limites à abrangência à intensidade da regulação estatal.** Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 1, p. 69, jan./mar. 2003.

MEDAUAR, Odete (Org.) et al. **Concessão de serviço público.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. **Serviço público.** RDA, Rio de Janeiro, v. 189, p. 100, jul./set. 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 36ª Ed. – São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Privatização e serviços públicos.** Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, v. 22, p. 172, 1998.

MODESTO, Paulo. **Notas para um debate sobre o princípio da eficiência:** Revista do Serviço Público, Brasília, Ano 51, n. 2, abr/jun, p. 105-119, 2000. Disponível em <<https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/328/334>>. Acessado em 15 de fevereiro de 2018.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Org.) et al. **Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Curso de direito administrativo.** Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Mutações do direito administrativo: novas considerações (avaliação e controle das transformações).** Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 2, junho/julho/agosto, 2005. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acessado em 15 de fevereiro de 2018.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Concessão de rodovias – Código do Consumidor – Ação Civil Pública**. RDA, Rio de Janeiro, v. 222, p. 315, out./dez. 2000.

MOREIRA, Vital. **Os serviços públicos tradicionais sob o impacto da União Europeia**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 1, p. 227, jan./mar. 2003.

MUKAI, Toshio. **Concessões e permissões de serviços públicos**. São Paulo: Saraiva, 1995.

NETO, Carlos Alvares da Silva Campo; PAULA, Jean Marlo Pepino de; SOUZA, Frederico Hartman. **Rodovias brasileiras: políticas públicas, investimentos, concessões**. Texto para discussão IPEA n. 1668. Outubro, 2011. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1668.pdf>. Acessado em 15 de fevereiro de 2018.

NÓBREGA, Marcos. **Direito da infraestrutura**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

OLIVEIRA, Roberto Guena et al. **Avaliação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias**. São Paulo: FIPE/USP, 2001.

ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de derecho público económico**. Tercera Edición. Granada: Editorial Comares, 2004.

ORWELL, George. **1984** – 29ª Ed. – São Paulo: Ed. Companhia Editora Nacional, 2005.

PEREIRA, Vicente de Britto. **Transportes: história, crises e caminhos** – 1ª Ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

PEREZ, Marcos Augusto. **O risco no contrato de concessão de serviço público**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

_____. **Privatização e contrato: O contrato como técnica de remodelação da atuação estatal**. Revista de Direito Administrativo Aplicado, Curitiba, v. 7, p. 1036, 1995.

Pesquisa CNT de rodovias 2016: relatório gerencial. – 20ª Ed. – Brasília: CNT : SEST : SENAT, 2016.

PRZEWORSKI, Adam. **Sobre o desenho do Estado: uma perspectiva agente x principal**. In: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos e SPINK, Peter (Org.). Reforma do Estado e administração pública gerencial. 3. ed., Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998, p. 39-73.

RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP**

- **Parceria Público-Privada**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2008.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- SANTOS, Rodolfo dos. **Análise econômica dos contratos: elementos para discussão em setores de infraestrutura**. Revista do BNDES, Rio de Janeiro, v. 11, n.º 21, jun. 2004, pp. 233-254.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional** – 10ª Ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.
- SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre Iniciativa nos Serviços Públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização, Privatização, Concessões e Terceirizações**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.
- SUNDFELD, Carlos Ari (Org.) et al. **Direito global**. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- _____. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. **Parcerias Público-Privadas**. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- Transporte rodoviário: desempenho do setor, infraestrutura e investimentos**. – Brasília: CNT, 2017.
- Transportes no Brasil: história e reflexões**/coordenação de Oswaldo Lima Neto; autores Anísio Brasileiro...et al; consultor em História Antônio Paulo Rezende. – Brasileira, DF: Empresa de Planejamento de Transportes/GEIPOT; Recife: Ed. Universitária da UFPE.
- WALD, Arnoldo. **O direito de parceria e a lei de concessões**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. **Os serviços públicos no Estado moderno**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 23, v. 89, p. 199, jan./mar. 1986.