

Política de concessão de rodovias federais – Uma análise comparativa de modelos contratuais

Rogério Telles Correia das Neves

Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília. Advogado da União. Consultor Jurídico junto ao Ministério do Desenvolvimento Agrário.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo analisar as diferenças substanciais ocorridas entre a primeira e a segunda etapas do Programa de Concessões de Rodovias Federais, sob a perspectiva do impacto na efetividade do direito de locomoção dos usuários. Nesse escopo, buscam-se indicadores no sentido de estabelecer os diferenciais basilares que impactam concretamente no direito de locomoção dos usuários nas licitações da primeira e segunda etapas de concessões de rodovias federais. O trabalho também discorre sobre a influência do risco Brasil na formação das tarifas dos pedágios, buscando uma interpretação do reequilíbrio econômico-financeiro que seja consentânea com o ritmo da economia moderna. Em conclusão, nota-se que a liberdade de locomoção dos usuários de rodovias federais pedagiadas vem sendo otimizada com os avanços regulatórios inseridos nos contratos de concessão da segunda etapa, tanto no aspecto monetário quanto em termos de segurança, comodidade e conforto.

Palavras-chave: Concessão de rodovias federais. Comparação entre primeira e segunda etapas do programa. Direito de locomoção. Reequilíbrio econômico-financeiro.

Sumário: Introdução – **1** Liberdade de locomoção e cobrança de pedágio – **2** O Programa de Concessão de Rodovias Federais – **3** Comparação das modelagens entre a primeira e a segunda etapas de concessões rodoviárias federais – Conclusão – Referências

Introdução

O presente artigo tem por objetivo analisar as diferenças substanciais ocorridas entre a primeira e a segunda etapas do Programa de Concessões de Rodovias Federais. Nessa esteira, não se imiscui na discricionariedade política da decisão que determinou a transferência da administração de rodovias federais para a iniciativa privada, tampouco faz um juízo de valor, sempre sujeito a interferências de cunho ideológico, na adoção dessa opção política pelo Poder Público. A prestação de serviços de modo direto pelo Poder Público ou de modo indireto por meio

da iniciativa privada é matéria afeta, assim, ao mérito administrativo, embora a decisão política tenha evidentes reflexos no panorama jurídico, sobretudo no plano da efetivação de direitos pelos usuários de rodovias.

No cotejo entre as etapas da política de concessões de rodovias federais, agrega-se uma perspectiva que busca compreender e integrar o seu impacto na fruição do direito fundamental de liberdade de locomoção. Esse ponto de vista contrapõe-se a outras abordagens jurídicas convencionais, notadamente à denominada Análise Econômica do Direito (AED), que apenas enfoca o aspecto econômico do exercício dos direitos e da utilização dos fatores de produção, em uma avaliação aritmética de custos sem a correspondente preocupação com a efetivação de direitos da pessoa humana. O método aqui empregado não se preocupa apenas com aspectos econômicos de custo-benefício, mas também com a realização de direitos fundamentais.

Pretende-se com o presente estudo estimular a construção de um argumento interdisciplinar coerente, imergindo no setor econômico específico, para colaborar com a formação de instituições sólidas que implementem as políticas públicas visando à efetivação de direitos fundamentais. Para isso, é necessário analisar as principais críticas tecidas pelos juristas e pelo setor econômico às inovações contratuais inseridas nas novas concessões, a fim de se encontrar a solução mais justa que implique redução das desigualdades entre concessionárias e usuários, com a divisão de forma mais equânime dos ônus e bônus sociais.

Na seção 1, faz-se uma exposição analítica do direito fundamental de liberdade de locomoção, situando-o na temática de cobrança de pedágios pelo Poder Público na utilização de vias públicas. A seguir, indica-se espacial e temporalmente o desenvolvimento do Programa de Concessões de Rodovias Federais. Passa-se então ao escopo do presente ensaio propriamente dito na seção 3, estabelecendo as principais diferenças formais, materiais e financeiras entre as licitações da primeira e da segunda etapas de concessões de rodovias federais, sempre à vista de potencializar o direito de locomoção dos usuários. Também se discorre sobre a influência do risco Brasil na formação das tarifas dos pedágios, buscando uma interpretação do reequilíbrio econômico-financeiro condizente com o ritmo da economia moderna. Em conclusão, sintetizam-se

as principais contribuições da análise para a promoção da liberdade de locomoção dos usuários de rodovias federais pedagiadas.

1 Liberdade de locomoção e cobrança de pedágio

A liberdade de locomoção é um direito fundamental consagrado na Constituição de 1988¹ e em resoluções² e tratados³ internacionais, caracterizada grosso modo pelo livre exercício do direito de ir e vir em tempo de paz. *A contrario sensu*, em tempo de guerra (artigo 137, inciso II) o direito de locomoção pode ser amplamente restringido para resguardar a segurança do próprio destinatário do direito, pois a livre circulação de pessoas e o estado de beligerância são incompatíveis entre si.

Em tempo de paz, a liberdade de locomoção não é um direito absoluto, não obstante a sua fundamentalidade. Como qualquer direito expresso na Constituição, ela pode ser validamente restringida na ocorrência das causas insertas no bojo do Texto Constitucional. Por exemplo,

¹ “Art. 5º [...] XV - 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”.

² Declaração Universal dos Direitos Humanos (Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948):

Artigo XIII

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado.
2. Toda pessoa tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar.

³ Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica - 1969), ratificada pelo Congresso Nacional e promulgada pelo Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992:

Artigo 22 – Direito de circulação e de residência

1. Toda pessoa que se encontre legalmente no território de um Estado tem o direito de nele livremente circular e de nele residir, em conformidade com as disposições legais.
2. Toda pessoa terá o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive de seu próprio país.
3. O exercício dos direitos supracitados não pode ser restringido, senão em virtude de lei, na medida indispensável, em uma sociedade democrática, para prevenir infrações penais ou para proteger a segurança nacional, a segurança ou a ordem públicas, a moral ou a saúde públicas, ou os direitos e liberdades das demais pessoas.
4. O exercício dos direitos reconhecidos no inciso 1 pode também ser restringido pela lei, em zonas determinadas, por motivo de interesse público.
5. Ninguém pode ser expulso do território do Estado do qual for nacional e nem ser privado do direito de nele entrar.
6. O estrangeiro que se encontre legalmente no território de um Estado-parte na presente Convenção só poderá dele ser expulso em decorrência de decisão adotada em conformidade com a lei.
7. Toda pessoa tem o direito de buscar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição por delitos políticos ou comuns conexos com delitos políticos, de acordo com a legislação de cada Estado e com as Convenções internacionais.
8. Em nenhum caso o estrangeiro pode ser expulso ou entregue a outro país, seja ou não de origem, onde seu direito à vida ou à liberdade pessoal esteja em risco de violação em virtude de sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas.
9. É proibida a expulsão coletiva de estrangeiros.

nas hipóteses de transgressão militar ou crime propriamente militar ou mediante flagrante delito ou ordem judicial fundamentada de autoridade judiciária competente (artigo 5º, LXI), bem como nas limitações circunstanciais referentes aos estados de defesa (artigo 136, §3º) e de sítio (artigo 137, inciso I c/c 139, inciso I).

Ao lado das limitações constitucionais, a eficácia, aplicabilidade e amplitude da liberdade ora em análise, nas suas dimensões interna e externa, também podem ser restringidas mediante lei ordinária, desde que não seja atingido o núcleo essencial do direito. O direito encerra, assim, norma de eficácia contida, na tradicional definição do direito constitucional contemporâneo.

Após distinguir as liberdades de *locomoção* e de *circulação*, esta última como manifestação especial daquela, José Afonso da Silva elenca algumas características do direito fundamental:

A liberdade de locomoção no território nacional em tempo de paz contém o direito de ir e vir (viajar e migrar) e de ficar e de permanecer sem necessidade de autorização. Significa que “podem todos locomover-se livremente nas ruas, praças, nos lugares públicos, sem temor de serem privados de sua liberdade de locomoção”, dizia Sampaio Dória no regime da Constituição de 1946. [...]

Direito à circulação é manifestação característica da liberdade de locomoção: *direito de ir, vir, ficar, parar, estacionar. O direito de circular (ou liberdade de circulação) consiste na faculdade de deslocar-se de um ponto a outro através de uma via pública ou afetada ao uso público.* Em tal caso, a utilização da via não constituirá uma mera possibilidade, mas um poder legal exercitável *erga omnes*. Em conseqüência, a Administração não poderá impedir, nem geral nem singularmente, o trânsito de pessoas de maneira estável, a menos que desafete a via, já que, de outro modo, se produziria uma transformação da afetação por meio de uma simples atividade de polícia.⁴

Alexandre de Moraes⁵ conclui que a liberdade de locomoção engloba quatro situações: a) direito de acesso e ingresso no território nacional; b) direito de saída do território nacional; c) direito de permanência no território nacional; e d) direito de deslocamento dentro do território nacional.

⁴ *Curso de direito constitucional positivo*, p. 241-242.

⁵ *Direitos humanos fundamentais: teoria geral: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: doutrina e jurisprudência*, p. 161.

Complementando os conceitos esquadrinhados, a liberdade de locomoção pode ser observada sob dois ângulos: no plano físico e espacial. Fisicamente, o direito pode ser subdividido em liberdade estática (direito de permanecer parado, estacionado, residindo) e dinâmica (direito de transitar, mover-se de um local para outro). No plano espacial, o direito de locomoção pode ser enxergado na sua dimensão externa (transposição das fronteiras nacionais) e interna (dentro do território nacional). Na sua concepção externa, abrange os direitos dinâmicos de entrar, sair e regressar (com ou sem os bens). Internamente, a liberdade de locomoção pode ser decomposta nos seguintes direitos: ir, vir, permanecer (ficar, parar, estacionar), residir e trafegar (circular, viajar, migrar, deslocar-se de um ponto a outro) sem limitações, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público. A restrição na dinâmica interna da circulação de bens e pessoas, por meio da cobrança de pedágio, é a que interessa no objeto do presente estudo.

Sacha Calmon Navarro Coêlho⁶ elenca, dentre os princípios constitucionais expressos em matéria tributária, conexos com os direitos fundamentais, o princípio do livre trânsito de pessoas e bens em território nacional, ficando vedada a criação de barreiras estaduais e municipais, conforme previsto no artigo 150, inciso V, da Constituição.⁷ Tal norma evidencia uma complementação do direito de liberdade de locomoção ou circulação, na medida em que impõe mais uma restrição ao exercício do direito, referente à possibilidade de cobrança de pedágio.

Conquanto a doutrina aponte frequentemente que tal norma recrudescer a dúvida existente sobre a natureza jurídica do pedágio (se taxa ou preço público, o que não é objeto do presente ensaio), o fato é que a jurisprudência pátria vem reconhecendo a legalidade na sua cobrança.⁸ Assim, a utilização do pedágio como forma de contraprestação

⁶ *Princípios constitucionais fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ives Gandra Martins*, p. 908-909.

⁷ "Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...]

V - estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público".

⁸ O Pleno do Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 800-RS (Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ*, 18 dez. 1992), apontou que se trata de *tarifa ou preço*

da utilização da via conservada pelo Poder Público é uma restrição estabelecida pelo constituinte originário ao direito de ir e vir, valendo ressaltar que, na dicção do artigo 103 do Código Civil,⁹ o uso de um bem público pode ocorrer de forma gratuita ou onerosa. Nesse sentido, Flávio Amaral Garcia, após anotar que o exercício das liberdades constitucionais podem sofrer condicionantes, esclarece que “a cobrança de pedágio não impede o exercício do direito de liberdade de locomoção, mas apenas o condiciona ao pagamento da tarifa”.¹⁰

O deslocamento por uma via pública constitui, portanto, direito elementar do ser humano cujo exercício pode ser condicionado ao pagamento de uma contraprestação pecuniária. Isto porque deve o Estado garantir não somente a utilização da via pública como manifestação primária do direito fundamental, mas também permitir o uso adequado, considerando-se aspectos de conforto, comodidade e segurança. De nada adiantaria garantir o direito de trânsito ao usuário da via, se o Estado não dotá-la de condições mínimas para o exercício do direito, vale dizer, uma simples declaração do direito não é suficiente, devendo ser prestadas salvaguardas positivas ao exercício do direito aos usuários.

Assim, a liberdade de locomoção, para ter plena efetividade, precisa do estabelecimento de condições materiais mínimas para que os usuários da via possam usufruir o direito fundamental com segurança, fluidez e comodidade.¹¹ Essas condições materiais, no entanto, somente podem

público. Registre-se, ainda, que a jurisprudência atual do Superior Tribunal de Justiça (STJ) também vem reconhecendo que se cuida de *tarifa*, cuja cobrança não está condicionada ao oferecimento de via alternativa gratuita pelo Poder Público, com fundamento no artigo 9º, §1º, da Lei nº 8.987, de 1995, com a redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998, *verbis*: “a tarifa não será subordinada à legislação específica anterior e somente nos casos expressamente previstos em lei, sua cobrança poderá ser condicionada à existência de serviço público alternativo e gratuito para o usuário.” Neste sentido, o precedente da 1ª Turma do STJ: Recurso Especial nº 417.804/PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, *DJ*, 16 maio 2005. No mesmo sentido: Recurso Especial nº 927.810/PR, Rel. Min. Francisco Falcão, *DJ*, 11 jun. 2007; e Recurso Especial nº 617.002/PR, Rel. Min. José Delgado, *DJ*, 29 jun. 2007. Alguns autores, como Celso Antônio Bandeira de Mello (*Natureza jurídica do pedágio: taxa ou preço?*. *Revista Trimestral de Direito Público*) e Flávio Amaral Garcia (*A remuneração nas concessões de rodovias*. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*), no entanto, defendem que o pedágio pode se revestir da forma tarifária, quando é objeto de concessão a particulares, ou de forma tributária (taxa), quando o pedágio é explorado diretamente pelo Poder Público.

⁹ É a redação: “Art. 103. O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou retribuído, conforme for estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertencerem”. É de se notar que a Lei nº 7.712, de 22 de dezembro de 1988, regulamentada pelo Decreto nº 97.532, de 17 de fevereiro de 1989, disciplinou a cobrança de pedágio nas rodovias federais conservadas pelo DNER, criando o selo pedágio como forma de permitir a utilização das rodovias federais. A norma foi revogada antes de completar dois anos pela Lei nº 8.075, de 16 de agosto de 2000.

¹⁰ *Op. cit.*, p. 50.

¹¹ Sobre a relação entre o direito à locomoção e a qualidade das estradas, vale mencionar a observação de José Roberto Mendonça de Barros: “Então, de um primeiro lado, temos o primeiro objetivo, que é

ser atingidas mediante a alocação de recursos destinados à construção e conservação de rodovias. À guisa de desvendar as condições materiais proporcionadas aos usuários de estradas federais, é necessário conhecer na esfera federal a evolução da administração e gestão das rodovias.

2 O Programa de Concessão de Rodovias Federais¹²

A malha rodoviária brasileira apresenta um total de aproximadamente 1,7 milhões de quilômetros, sendo 214 mil asfaltados (rodovias federais, estaduais e municipais), distribuídos na forma do quadro a seguir:

Tabela 1 – Malha rodoviária brasileira (desprezando-se frações de km)

	Planejada	Não pavimentada	Pavimentada	TOTAL
Federal	42.626	13.132	63.457	119.217
Estadual ¹³	11.292	118.880	123.964	254.136
Municipal	77.381	1.234.918	26.826	1.339.126
TOTAL	131.299	1.366.932	214.249	1.712.480

Como se observa, do total das rodovias federais (119.217km), cerca de 53% da malha é pavimentada, ou seja, 63.457km.

O Ministério dos Transportes, mediante a Portaria nº 10, de 1993,¹⁴ criou o Programa de Concessões de Rodovias Federais (Procofe), de responsabilidade do então Departamento Nacional de Estradas e Rodagem (DNER), com o objetivo de transferir à iniciativa privada, mediante concessão, a administração de trechos de rodovias federais.

melhorar a qualidade e o desempenho dos serviços com benefícios bastante fáceis de serem percebidos, do ponto de vista dos cidadãos, na sua locomoção, mas do ponto de vista econômico — é ocioso lembrar — todos os senhores sabem que, ainda hoje, apesar da melhora do sistema ferroviário, algo como 75% (setenta e cinco por cento) de toda a carga movimentada no Brasil se faz pelo modo rodoviário” (Equilíbrio contratual e metodologias de avaliação. In: MELLO *et al.* *Concessão de rodovias: aspectos jurídicos e econômicos relevantes*, p. 96-97). Assim, a precária infraestrutura das rodovias brasileiras representa não só um risco à integridade e à segurança física dos usuários, mas também é considerada um dos entraves ao desenvolvimento econômico nacional, que é impactado significadamente em termos de redução de produtividade e aumento de custos.

¹² Muitas das informações inseridas nesta seção foram obtidas nos sítios da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) — <www.antt.gov.br> — e do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT) — <www.dnit.gov.br> .

¹³ Somando-se a rede sob jurisdição estadual com a rede federal planejada coincidente.

¹⁴ Posteriormente modificada pelas Portarias de nºs 246 e 824, de 1994, e 214, de 1995.

Do total da malha federal asfaltada, cerca de 11.191km¹⁵ foram inseridos no programa de concessões, objetivando a descentralização das atividades do Estado na área de transporte com a transferência da prestação de serviços públicos à iniciativa privada. Para tal mister, foi editada a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990,¹⁶ que instituiu o Programa Nacional de Desestatização (PND) com o objetivo de, entre outros, “reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público” (artigo 1º, I).

A justificativa primordial dada para a adoção de tal política de descentralização dos serviços públicos foi a de que a concessão de rodovias com pagamento de pedágio garantiria o investimento e a manutenção constante em trechos rodoviários considerados estratégicos para o desenvolvimento da infraestrutura do país. Além disso, para o processo foram selecionadas rodovias com fluxo intenso de veículos (acima de 10 mil por dia) e que apresentam, em consequência, desgaste rápido do pavimento.

Paralelamente ao programa de concessões, a administração de algumas rodovias federais foi delegada aos Estados da Federação. A Lei nº 9.277, de 10 de maio de 1996,¹⁷ criou a possibilidade de Estados, Municípios e Distrito Federal solicitarem a delegação de trechos de rodovias federais para incluí-los em seus próprios programas de concessão de rodovias. Assim, entre 1996 e 1998, foram delegados aos Estados, sobretudo Rio Grande do Sul e Paraná, cerca de 3.009km de rodovias federais, que integraram rodovias estaduais aos seus respectivos programas de concessão.

O Programa de Concessão de Rodovias Federais foi dividido em três etapas.

A primeira etapa foi levada a cabo pelo Ministério dos Transportes e pelo extinto DNER, iniciando-se em 1995, com a previsão inicial de concessão de 856,4km de rodovias federais, correspondente a cinco trechos

¹⁵ Todos os trechos de rodovias foram incluídos no Programa Nacional de Desestatização (PND) para o fim da Lei nº 9.491, de 09 de setembro de 1997, mediante o Decreto nº 2.444, de 30 de dezembro de 1997, e suas alterações posteriores.

¹⁶ Revogada e substituída posteriormente pela Lei nº 9.491, de 1997.

¹⁷ Regulamentada pela Portaria nº 41, de 16 de março de 2006 (publicada no *Diário Oficial da União*, 17 mar. 2006), do Ministério dos Transportes.

que eram pedagiados diretamente pelo Ministério dos Transportes. Estudos foram realizados em 1997/1998 para identificar outros segmentos considerados técnica e economicamente viáveis para inclusão no programa, incluindo-se trechos que estavam em obras de duplicação. O resultado da primeira etapa foi a concessão de *1.482km*, divididos em seis lotes, cada qual arrematado por uma concessionária: a) BR 116/RJ/SP (Rio de Janeiro – São Paulo); b) BR 101/RJ (Ponte Presidente Costa e Silva); c) BR 040/MG/RJ (Juiz de Fora – Petrópolis – Rio de Janeiro); d) BR 116/RJ (Trecho Além Paraíba – Teresópolis – Entroncamento com a BR 040/RJ); e) BR 290/RS (Trecho Osório – Porto Alegre); e f) Polo Rodoviário de Pelotas (BR 116, BR 392 e BR 293/RS).

A segunda etapa do programa federal de concessões rodoviárias foi executada pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), criada pela Lei nº 10.233, de 05 de junho de 2001, que absorveu algumas das competências do extinto DNER. Abrangeu *2.600km* na sua fase I, composta de sete lotes: a) BR 116/PR/SC (Curitiba – Div. SC/RS); b) BR 376/PR – BR 101/SC (Curitiba – Florianópolis); c) BR 116/SP/PR – Régis Bitencourt (São Paulo – Curitiba); d) BR 381/MG/SP – Fernão Dias (Belo Horizonte – São Paulo); e) BR 393/RJ (Div. MG/RJ – Entroncamento com a Via Dutra); f) BR 101/RJ (Ponte Rio-Niterói – Div. RJ/ES); e g) BR 153/SP (Div. MG/SP – Div. SP/PR). O leilão dos lotes ocorreu em 09 de outubro de 2007 e os contratos de concessão foram assinados em 14 de fevereiro de 2008 com as licitantes vencedoras,¹⁸ que apresentaram a menor tarifa de pedágio a partir da tarifa-teto previamente estipulada no edital.

Ainda, em prosseguimento à segunda etapa (denominada fase II), foi concedido à iniciativa privada mais um trecho das rodovias BR 116 e BA-324, em uma extensão de 680,6km, cujo leilão ocorreu em janeiro de 2009.

O ano de 2013 foi decisivo na evolução da terceira etapa de concessões, que foi dividida em três fases. A fase I envolve a BR 040 (Trecho Brasília – Juiz de Fora), com 936,8km,¹⁹ e a BR 116 (no trecho de Minas Gerais,

¹⁸ A empresa espanhola Obrascon Huarte Lain Brasil S.A. (OHL Brasil) venceu cinco dos sete lotes, sendo os outros dois vencidos pelos consórcios BRVias e Acciona.

¹⁹ A rodovia foi leiloada dia 27 de dezembro de 2013, cuja concessão foi arrematada pela Investimentos e Participações em Infraestrutura S/A – INVEPAR, com deságio de 61,13%.

entre os Estados da Bahia e Rio de Janeiro), com extensão de 816,7km. A fase II inclui a BR 101 no Estado do Espírito Santo (trecho entre os Estados do Rio de Janeiro e Bahia), com 475,9km.²⁰ A fase III, integrante do Programa de Investimentos em Logística, inclui sete rodovias, totalizando 5.748,3km: BR 101-BA com 772,3km, BR 262-ES/MG²¹ com 376,9km, BR 153-GO/TO²² com 751,9km, BR 050-GO/MG²³ com 425,8km, BR 163-MT²⁴ com 821,6km, BR 163/267/262-MS²⁵ com 1.423,3km, e BR 060/153/262-DF/GO/MG²⁶ com 1.176km.

Atualmente a ANTT administra 16 concessões de rodovias com 5.676,3km de extensão, sendo cinco trechos concedidos pelo Ministério dos Transportes entre 1994 e 1997, uma pelo Estado do Rio Grande do Sul, cujo convênio de delegação foi denunciado e o contrato foi subrogado pela União, além de oito concessões referentes à segunda etapa e duas da terceira.

3 Comparação das modelagens entre a primeira e a segunda etapas de concessões rodoviárias federais

Contextualizado o tema relativo à relação entre o direito de liberdade de locomoção e a utilização de rodovias concedidas à iniciativa privada, far-se-á um cotejo entre primeira e segunda etapas de licitações para as concessões rodoviárias federais, sob três aspectos. O primeiro designará as principais diferenças formais existentes entre a modelagem de licitações. O segundo avaliará qual modelagem possui melhor potencial de explicitação da efetividade do direito de liberdade de locomoção, considerando itens como comodidade, segurança e conforto dos usuários. O terceiro verificará o aspecto monetário dos contratos de concessão, ou seja, o conteúdo em pecúnia proporcionado pelas licitações aos usuários

²⁰ Cujo contrato de concessão foi assinado em 17 de abril de 2013, após suspensão da decisão judicial que impedia o prosseguimento do certame.

²¹ Que seria licitada em 18 de setembro de 2013, mas não houve empresas interessadas.

²² Edital publicado em 03 de abril de 2014, com previsão de leilão para o dia 23 de maio de 2014.

²³ Leiloadada em 18 de setembro de 2013, em certame vencido pelo Consórcio Planalto com 42,38% de deságio.

²⁴ Esta rodovia foi leiloadada em 27 de novembro de 2013, no qual a licitante vencedora foi a Odebrecht Transport S/A, com proposta que teve o deságio de 52,03% sobre a tarifa-teto estabelecida no edital.

²⁵ A BR 163-MS, com 847,2km, foi leiloadada no dia 17 de dezembro de 2013, cujo certame foi vencido pela empresa Companhia de Participação em Concessões (CCR) com 52,74% de deságio.

²⁶ Esta rodovia foi leiloadada em 04 de dezembro de 2013, em certame vencido pela TPI – Triunfo Participações e Investimentos, com deságio de 52%.

das rodovias, avaliando a diferença entre as tarifas contratadas e suas causas. Nesse terceiro aspecto, fará ainda uma breve incursão crítica sobre o impacto do risco Brasil na formação das tarifas.

3.1 Diferenças formais

As duas etapas previram contratos de concessão das rodovias pelo prazo de 25 (vinte e cinco) anos.²⁷ Entretanto, algumas diferenças formais podem ser apontadas nas modelagens das duas etapas, para permitir a melhor compreensão dos aspectos técnicos envolvidos.

O tipo de licitação possibilita uma melhor otimização no procedimento licitatório e, portanto, na escolha da proposta mais vantajosa. Na primeira etapa, o procedimento licitatório escolhido foi a concorrência pública, enquanto, na segunda etapa, a inclusão das rodovias no Programa Nacional de Desestatização (PND) possibilitou a licitação mediante leilão na Bolsa de Valores de São Paulo (Bovespa).

Mas a mudança formal apontada como mais importante na diferenciação das duas etapas foi o aumento do espectro de potenciais licitantes. Com efeito, na primeira etapa, somente puderam participar empresas brasileiras, sendo que as estrangeiras somente seriam habilitadas se em consórcio com empresas brasileiras. Já na segunda etapa, ampliou-se a abrangência dos licitantes, com a possibilidade de participação de pessoas jurídicas brasileiras ou estrangeiras, instituições financeiras, fundos de pensão e fundos de investimento em participações, isolados ou consorciados.

Além disso, merece registro que a primeira etapa foi licitada mediante as três fases tradicionais da licitação: a) pré-qualificação dos licitantes; b) apresentação e julgamento das propostas de metodologia de execução; e c) apresentação da proposta comercial para as licitantes classificadas nas fases anteriores. Na segunda etapa, escolheu-se um certame licitatório com inversão de fases, ou seja, com a abertura dos

²⁷ Sobre a longa duração desses contratos, Luís Roberto Barroso anota: "A duração de tais contratos decorre não apenas da necessidade de conceder ao concessionário tempo suficiente para executar suas obrigações, mas também, e sobretudo, dos vultosos custos envolvidos nas obras relacionados com o objeto de tais contratos. Com efeito, se o custo e o lucro devidos ao concessionário tiverem de ser pagos pelos usuários, por meio das tarifas, em um curto espaço de tempo, a operação seria inviável!" (O contrato de concessão de rodovias: particularidades, alteração e recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, p. 188).

documentos da habilitação jurídica, econômica e financeira somente da melhor proposta de tarifa. Se a empresa ou consórcio que apresentou a proposta mais vantajosa fosse habilitada, seria declarada vencedora.

A formalização da modelagem licitatória, no entanto, não tem relevância imediata na efetivação dos direitos dos usuários. A sua importância é apenas indireta, na medida em que uma licitação bem conduzida, com aumento do espectro dos potenciais interessados na concessão, é um interesse finalístico do Poder Público concedente. Todavia, o incremento da concorrência pode ser apontado como um benefício ao usuário, uma vez que a licitante vencedora, ao menos em tese, é a que terá melhor condição de proporcionar melhores serviços aos usuários, otimizando a capacidade de fruição de direitos. Assim, ao menos de forma mediata, os aspectos formais da licitação merecem atenção quando se está a analisar potencial de efetivação de direitos.

3.2 Potencial de fruição do direito de locomoção dos usuários

Todas as condições, metas, obras, serviços e o cronograma da concessão são estabelecidos no Programa de Exploração da Rodovia (PER), documento que se encontra anexo aos editais das licitações. O PER tem por finalidade delimitar as obras, os investimentos e os serviços a serem realizados pela concessionária durante a execução contratual, acompanhados dos respectivos cronogramas físico-financeiros. O PER, em geral, apresenta as seguintes fases:

- a) trabalhos iniciais: abrange o interregno da assinatura do contrato até o 6º mês de concessão, quando haverá eliminação de problemas emergenciais que signifiquem riscos pessoais e materiais iminentes, dotando a rodovia de requisitos mínimos de segurança e conforto aos usuários;
- b) recuperação: que perdura do 6º mês até o 5º ano de concessão (na segunda etapa), e tem por objetivo restabelecer as características de projeto da via, sendo nesse período que se inicia a cobrança de pedágio; e
- c) manutenção, conservação, operação, monitoramento e melhoramentos das rodovias: serão realizados em caráter permanente até o final da concessão.

Há, já de início, uma grande dificuldade de comparação entre os dois modelos no que tange ao potencial de efetivação dos direitos dos usuários, nos aspectos de comodidade, conforto e segurança das rodovias. Isso porque, na segunda etapa, as características do PER são homogêneas, com indicação clara de padrões e níveis técnicos de desempenho a todos os sistemas e elementos do corpo estradal, o que facilita o trabalho do intérprete. São os chamados “parâmetros de desempenho”, que definem as especificações e os indicadores de avaliação dos padrões requeridos (a qualidade dos serviços e obras). De outro lado, na primeira etapa, cada PER é diferente entre si, não havendo padrões mínimos bem delineados, mas apenas referenciais a uma abstrata “política de qualidade”, que seria estabelecida em documento próprio, posterior ao PER.

O PER da concessão da Ponte Rio-Niterói, por outro lado, não pode servir de referencial de cotejo, pois se trata individualmente de uma obra de arte especial, cujos elementos de engenharia são totalmente diversos de uma rodovia comum. Outros elementos são de difícil comparação, ao menos por uma análise jurídica, a exemplo da qualidade do pavimento e da ampliação da capacidade da rodovia, pois os referenciais técnicos dos PERs da primeira etapa são totalmente diversos dos utilizados na segunda etapa. Além disso, tendo em vista que cada estrada possui uma peculiaridade própria, em todo PER há elementos unitários variáveis, como iluminação das vias, passarelas, viadutos e passagens de pedestres, postos de fiscalização e da Polícia Rodoviária Federal, Centros de Controle Operacional (CCO), sistemas de controle de tráfego, localização referencial das praças de pedágio, sistemas de pesagem de veículos e de atendimento ao usuário, etc.

Na primeira etapa das concessões rodoviárias, todos os quantitativos de serviços foram estabelecidos no PER, ou seja, ele estabelece as obras e serviços que devem ser realizados e quando devem ser implementados. A extrapolação das unidades previamente determinadas redundaria no desequilíbrio econômico-financeiro do contrato e demanda reapetuação, cujo risco é sempre do poder concedente.

Na segunda etapa, o risco de quantidade e de demanda na execução da concessão é todo imputado ao concessionário, pois é especificado apenas um valor máximo para custo da obra, mas não são apresentadas

disposições sobre quantidade. Os editais da segunda etapa incluíram a seguinte cláusula:

Cabe à Concessionária, com base em seus próprios critérios de dimensionamento, a responsabilidade exclusiva pela determinação dos quantitativos para execução das obras e serviços, tanto obrigatórios quanto não obrigatórios, observados os parâmetros de qualidade previstos no PER e nas normas técnicas do DNIT ou outras que vierem a ser editadas (5.18).

O poder concedente não se responsabilizará pelos quantitativos de obras e serviços necessários ao cumprimento das obrigações contratuais, vale dizer, o dimensionamento destes e seu respectivo custo serão de responsabilidade do concessionário. Assim, os estudos são meramente indicativos, e não vinculativos, sendo risco da concessionária a formulação dos projetos que considera necessários para o atendimento dos parâmetros de desempenho. Se o concessionário ultrapassar o valor constante do PER para construção das obras e realização dos serviços, por prever de modo equivocado sua demanda, não poderá arguir quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, suportando, dessa forma, eventual prejuízo. Ressalte-se que o PER apresenta parâmetros de desempenho, de qualidade e especificações técnicas mínimas, de modo que o concessionário tem total liberdade para utilizar quaisquer materiais, equipamentos, técnicas ou tecnologias para o fiel cumprimento de suas obrigações contratuais, estimulando a apropriação de lucros decorrentes da melhoria de sua produtividade em relação aos valores estabelecidos inicialmente.

É acertada a premissa adotada pela segunda etapa de inversão na assunção do risco, pois a experiência da primeira etapa demonstrou não ser inteligente o Estado assumir o risco integral da demanda para a consecução dos serviços. Isto incentiva os concessionários a extrapolar as obras e serviços constantes do PER, visando a obter uma maior lucratividade. A iniciativa privada está mais preparada em termos de recursos de pesquisa tecnológica para administrar esse tipo de risco e, na segunda etapa, terá maior interesse em reduzir seus custos para melhorar seus lucros. Cabe, portanto, aos investidores a realização de estudos próprios para a definição dos investimentos necessários para o cumprimento dos níveis de serviço exigidos.

Nada obstante a dificuldade de comparação entre as duas modelagens, conforme exposto acima, é possível ainda assim extrair algumas diferenças, em razão do próprio modelo adotado. Para tal mister, como todos os PERs da primeira etapa são diferentes entre si, tomar-se-á por base o da BR 116/RJ/SP, para estabelecer o cotejo.

A primeira diferenciação que salta aos olhos é que a fase de recuperação da rodovia nos PERs da segunda etapa termina sempre no 5º ano da concessão. Já nos PERs da primeira etapa, a fase de recuperação da rodovia é mais elasticada, sendo que a maioria dos trabalhos deve ser concluída até o final do 7º ano do calendário da concessão, à exceção dos elementos de proteção e segurança (9º ano da concessão) e das obras de arte especiais (15º ano da concessão).

Especificamente no que tange aos elementos de proteção e segurança, o PER da segunda etapa é mais rigoroso quanto ao índice de retrorrefletância que estabelece a qualidade da sinalização de trânsito horizontal. Enquanto na fase de trabalhos iniciais, o PER da segunda etapa estabelece o padrão de desempenho de “ausência total de sinalização com índice de retrorrefletância inferior a 80 mcd/lx.m²”, na primeira etapa inexistente qualquer parâmetro. Na primeira etapa, na fase de manutenção, conservação e monitoração (que deverá ser obedecida em toda a concessão), o PER estabelece o patamar de 80 mcd/lx.m². Em contrapartida, o PER da segunda etapa estabelece nas fases de recuperação e manutenção o índice de retrorrefletância de 120 mcd/lx.m² em 100% da rodovia, prevendo ainda prazos máximos de substituição e reparos na sinalização.

Na fase de conservação da rodovia, o PER estabelece que a vegetação rasteira nos canteiros centrais e faixas de domínio não poderá alcançar altura maior ou igual a 30cm, sendo que nas áreas nobres (trevos, acessos, praças de pedágio e postos de pesagem), sua altura não deverá ultrapassar 15cm. Na segunda etapa, o parâmetro de desempenho para o mesmo serviço e na mesma fase é de 10cm nas áreas nobres.

Para o sistema de comunicação, o PER da segunda etapa prevê um par de *call box* a cada um quilômetro, ao passo que o PER da primeira etapa não estabelece um número mínimo, mas apenas descreve as especificações técnicas dos aparelhos.

Diferença crucial, que reflete diretamente na segurança dos usuários, existe nos sistemas de atendimento ao usuário (SAU). Na primeira etapa, o PER estabelece que o tempo de atendimento médico de emergência e de socorro mecânico ocorrerá no prazo médio de 15 minutos a partir da comunicação. Já na segunda etapa, os prazos são divididos, com o estabelecimento de prazos máximos de atendimento nos padrões de desempenho: a) o atendimento médico de emergência, contado a partir da comunicação ou de visualização pelo sistema de Sistema de Circuito Fechado de TV (CFTV) até a chegada de ambulância ao local, não deverá ultrapassar 15 minutos; b) o socorro mecânico, contado a partir da comunicação ou de visualização pelo sistema de CFTV até a chegada de guincho ao local, não deverá ultrapassar 20 minutos. Sem dúvida que o estabelecimento de prazos máximos apresenta nítido avanço em termos de qualidade de atendimento ao usuário em relação à fixação de prazos médios. Ou seja, quando se estabelece na segunda etapa um prazo máximo no mesmo tempo do prazo médio anteriormente estabelecido, por óbvio que o próprio tempo médio será inferior àquele da primeira etapa.

Outro diferencial importante de comodidade ao usuário transparece no sistema de arrecadação do pedágio. Na primeira etapa, caso ocorram filas iguais ou superiores a 450m, com tráfego inferior a 1.080 veículos/h/sentido, a concessionária deverá liberar a passagem de veículos sem cobrança de pedágio, até atingir novamente os limites da praça, a menos que ocorra uma interrupção no fornecimento de energia. Na segunda etapa o padrão de desempenho é mais rigoroso: em qualquer condição ou período da concessão, as filas máximas nas praças de pedágio não deverão ultrapassar 300m de extensão, limite que deverá ser visualizado por meio de faixa sinalizada no pavimento, e, ainda, qualquer usuário não deverá permanecer na fila por mais de 10 minutos. Caso a concessionária observe que qualquer dos limites pode vir a ser atingido, deverá liberar a passagem de veículos sem cobrança de pedágio, sem que isto possa gerar qualquer pedido de ressarcimento.

Com base na análise comparativa dos elementos acima expostos, que garantem alguns direitos aos usuários das rodovias, é possível construir o seguinte quadro a fim de verificar diferenças quantitativas entre os dois modelos:

Tabela 2 – Comparação entre os direitos dos usuários das 1ª e 2ª etapas

Item	1ª Etapa	2ª Etapa	Diferença
Índice de retrorrefletância (trabalhos iniciais – até o 6º mês)	Sem parâmetro	80 mcd/lx.m2	100%
Índice de retrorrefletância (fase de recuperação)	80 mcd/lx.m2	120 mcd/lx.m2	50%
Altura máxima da vegetação rasteira nas áreas nobres (fase da conservação)	15cm	10cm	33,33%
Sistema de comunicação	Sem parâmetro	1 par de <i>call box</i> a cada 1km	100%
Extensão da fila para liberação de passagem nas praças de pedágio ²⁸	450m	300m	50%
MÉDIA			66,66%

Somente com o cotejo dos elementos do PER supraextraídos vislumbra-se, em conclusão, que o PER da segunda etapa tem o condão de garantir o exercício do direito fundamental de liberdade de locomoção em *percentual de 66,6 pontos de modo superior ao PER da primeira etapa*.

A mesma descrição elaborada acima para o índice de retrorrefletância (na fase de trabalhos iniciais) e para o sistema de comunicação ainda poderia ser estendida para todos os itens do PER em que a primeira etapa não possui quaisquer parâmetros de desempenho. Ou seja, para diversos itens do PER da segunda etapa, pode-se afirmar que este é potencialmente superior em 100% ao da primeira etapa, em termos de nível de qualidade à fruição de direito fundamental de livre locomoção. Afirma-se *potencialmente* na presente análise, pois o atingimento dos parâmetros de desempenho estabelecidos no PER deve ser constantemente fiscalizado pelo Poder Público, de modo que a sua efetivação empírica deve ser constatada num segundo momento (após a fiscalização).

Nada obstante, o PER da segunda etapa é quantitativamente superior em termos de potencial de defesa e garantias dos direitos dos usuários, pois, como exposto, estabelece prazos máximos de realização dos serviços

²⁸ Com as demais condicionantes expostas acima.

para atendimento dos padrões de desempenho, ao passo que, na primeira etapa, o PER estabelece apenas os serviços e reparos, mas não prazos máximos para a sua realização. Ainda, para se atingir os mesmos parâmetros de desempenho da segunda etapa, a concessão da primeira etapa transfere todo o ônus financeiro ao usuário, na medida em que as alterações dos quantitativos ali estabelecidos serão incorporados na tarifa, em função da necessidade de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

3.3 Efetiva fruição do direito de locomoção em termos monetários (tarifas)

Os editais da primeira e da segunda etapas não exigiram o pagamento pela outorga da rodovia à concessionária. Apenas fixaram a tarifa básica máxima admitida para cada trecho a ser licitado, bem como o número de praças de pedágio. O objetivo com tal opção licitatória foi, de um lado, assegurar a efetiva disputa nos certames, atraindo os investidores, e de outro, garantir a modicidade tarifária aos usuários da rodovia. Assim, os licitantes que ofereceram a melhor oferta de tarifa básica de pedágio, no limite acima mencionado, sagraram-se vencedores nos respectivos certames. O diferencial primordial entre as duas etapas ocorreu nos critérios que direcionaram o estabelecimento da tarifa de referência máxima para as licitações.

O estabelecimento da Taxa Interna de Retorno (TIR) é fundamental para as concessões de serviço público, uma vez que é o critério que fixa o parâmetro de referência para o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos durante todo o prazo de vigência. Na primeira fase de concessões rodoviárias, adotou-se uma TIR que variou entre 17 a 24% para todos os lotes, uma vez que efetivada no período de instabilidade econômica (entre 1993 e 1995). Já na segunda etapa, os critérios técnicos utilizados para a formação da TIR foram definidos na Nota Técnica nº 64 STN/SEAE/MF, de 17 de maio de 2007, que importaram a adoção do percentual de 8,95%,²⁹ ou seja, cerca de duas a três vezes menor.

²⁹ Resolução CND nº 5, de 18 de maio de 2007:

"Art. 1º Aprovar a modelagem dos processos de concessão de trechos rodoviários federais a serem implementados pela ANTT, com as seguintes alterações nos estudos para determinação das Tarifas Básicas de Pedágio Teto: [...]

III - Aplicar a Taxa Interna de Retorno – TIR não alavancada de 8,95%".

Na segunda etapa, merece registro que a Medida Provisória nº 351, de 22 de janeiro de 2007,³⁰ instituiu o Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento da Infraestrutura (REIDI), que integra uma das medidas do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) e estabelece a suspensão da exigência das contribuições do Programa de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PIS/PASEP) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) no caso de venda ou importação de máquinas, aparelhos, instrumentos e equipamentos novos, de materiais de construção e de serviços destinados a obras de infraestrutura, abrangendo os setores de transporte, saneamento e energia, para incorporação ao ativo imobilizado. Diante dessa renúncia fiscal, a segunda etapa de concessões rodoviárias sofreu ajustes nos custos de investimentos que contemplavam a incidência plena do PIS/COFINS, com reflexos na TIR e, portanto, na tarifa máxima prevista, permitindo transferir aos usuários o impacto da desoneração promovida pelo REIDI.³¹

Além da incidência do REIDI, as principais diferenças que importaram na redução do percentual da TIR da segunda etapa foram: a) a queda do risco Brasil de 8,32% para 3,91%; b) a redução do beta do setor de 0,74 para 0,56, com a utilização de amostragem do mesmo número de empresas asiáticas e europeias; c) a redução do nível de alavancagem de 67% para 60%, de acordo com estudo realizado pelo Banco Mundial para financiamentos em concessões na América Latina para o setor de transportes; d) a exclusão do risco regulatório, tendo em vista a dificuldade de mensuração para o setor de concessões rodoviárias; e) a adoção da média do *spread* total utilizado para financiamento ao setor rodoviário pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Social (BNDES), na média de 3%; entre outros.

No que tange a procedimentos e parâmetros de análise do equilíbrio contratual, a primeira fase não estabelece prazos de intervalo entre as análises de equilíbrio do contrato, nem parâmetros de reequilíbrio do contrato. Alguns contratos chegaram a ter duas ou três revisões no

³⁰ Convertida na Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007.

³¹ Esse entendimento foi exposto na Nota-Conjunta nº 69/2007/STN/RFB, de 24 de maio de 2007, do Ministério da Fazenda.

mesmo ano, pois cada obra adicionada ao PER implicava em reanálise do equilíbrio da equação financeira. A segunda fase estabeleceu hipóteses e ocorrências mais restritas a justificar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, bem como intervalos periódicos (revisões ordinárias, extraordinárias e quinquenais) de acordo com os volumes reais de tráfego. Além disso, previu mecanismos de recomposição pelo fluxo de caixa e de compensação tarifária, por meio da avaliação de desempenho, ou seja, atrasos ou postergações nas obras serão descontados das tarifas de pedágio.

Há diferença também na fórmula de reajuste da tarifa. A primeira fase apresentava reajuste anual pela aplicação de uma fórmula paramétrica específica, que contém apenas índices do setor de construção. Já na segunda fase, previu-se o reajuste anual pela variação do Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA).

Quanto às receitas alternativas (não tarifárias), a primeira fase estabeleceu a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, cuja receita seria integralmente aplicada para a modicidade tarifária. Na segunda fase, estabeleceu-se a possibilidade, desde que aprovada pela ANTT, de que parcela dos recursos possa ser revertida para a modicidade tarifária e outra possa ser repartida com a concessionária. Essa alternativa visa a estimular utilização de receitas alternativas, que incentiva a eficiência tecnológica e a redução de custos e despesas operacionais, com o consequente impacto sobre a modicidade tarifária. Ademais, revela-se uma tentativa de estabelecer um mecanismo de superação da crítica de que a ausência de incentivos para a concessionária cobrar as receitas alternativas impedia o desenvolvimento de novas formas de remuneração, pois toda inovação somente seria revertida na modicidade tarifária.³² Ou seja, ao repartir-se as receitas alternativas entre modicidade e concessionária, esta última terá um incentivo para desenvolver novas fontes de receita, o que também beneficiará o usuário.

O diferencial do conteúdo monetário no contrato de concessão da segunda etapa das licitações estimulou a competitividade, importando

³² Cf. GARCIA. A remuneração nas concessões de rodovias. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*.

ao final num deságio que chegou a 65%³³ do valor máximo de referência tarifária estabelecida pela ANTT, em atenção ao princípio da modicidade tarifária. O quadro a seguir compara os valores estabelecidos para primeira e segunda etapas de licitações, encontrando o valor em real para cada 100km percorridos:

Tabela 3 – Comparação entre as tarifas das 1ª e 2ª etapas³⁴

1ª ETAPA				2ª ETAPA			
Rodovia	Km	Pedágio R\$	R\$/100km	Rodovia	Km	Pedágio R\$	R\$/100km
BR 116/RJ/SP	402,0	39,70	9,87	BR 116/PR/SC	412,70	18,00	4,36
BR 101/RJ	13,20	2,45	18,56	BR 376/PR BR 101/SC	382,33	7,50	1,96
BR 040/MG/RJ	179,9	24,00	13,34	BR 116/SP/PR	401,60	10,80	2,68
BR 116/RJ	142,5	29,20	20,49	BR 381/MG/SP	562,10	11,20	1,99
BR 290/RS	121,0	12,80	10,57	BR 393/RJ	200,35	13,50	6,73
BR 116, 392 e 293/RS	623,8	42,00	6,73	BR 101/RJ	320,10	13,95	4,35
				BR 153/SP	321,60	13,20	4,10
				BR 116-BA 324	680,6	19,35	2,84
MÉDIA			13,26	MÉDIA			3,62

Como se vê, na primeira etapa de concessões rodoviárias, a média do valor das tarifas para cada 100km de estrada é de R\$13,26, enquanto na segunda etapa a média é de R\$3,62, ou seja, *quase quatro vezes superior à média das tarifas da segunda etapa*. Basta notar que o menor valor por km do pedágio cobrado nas concessões da primeira etapa (BR 116, 392 e 293/RS, no montante de R\$6,73) é *exatamente igual* ao maior valor por km arrecadado nas da segunda etapa (BR 393/RJ, no valor de R\$6,73).

³³ O deságio mínimo foi de 27,17%.

³⁴ O valor total do pedágio foi o encontrado na soma de todas as praças de pedágio do trecho concedido cobrado em 31 de dezembro de 2012, para veículos da categoria 1 (veículos de passeio e utilitários), no documento denominado "Rodovias federais concedidas: relatório 2012", publicado pela ANTT. Para se encontrar o valor total dos pedágios ao longo das rodovias, estabeleceu-se a seguinte sistemática: para a cobrança bidirecional, estimou-se o valor total de cada pedágio e para a cobrança unidirecional, utilizou-se a metade do valor.

O Tribunal de Contas da União, no Acórdão nº 1.405/2007-TCU-Plenário,³⁵ que autorizou a publicação dos editais de licitação, estimou uma economia aos usuários nos próximos 25 anos na ordem de R\$20 bilhões pela adoção do novo modelo da segunda etapa. Logo, sob o aspecto financeiro, o usuário goza de melhor prestígio na segunda etapa, uma vez que pagará menos para utilizar rodovias potencialmente melhores. Diante dessa situação, o Tribunal de Contas da União pediu esclarecimentos à ANTT³⁶ sobre a disparidade entre o valor de tarifas das rodovias licitadas na primeira etapa com aquele estabelecido para as rodovias da segunda etapa, em patamar inferior.³⁷

3.4 Reequilíbrio econômico-financeiro e risco Brasil

Diante da constatação de que as atuais tarifas de pedágio praticadas nos contratos de concessão da primeira etapa se encontram em valor comparativo francamente superior àquelas cobradas na segunda etapa, discute-se juridicamente a possibilidade de se alterar as TIRs dos contratos da primeira etapa, formulados em uma época de maior instabilidade econômica conjuntural.³⁸

Para Carlos Ari Sundfeld, a avaliação do risco se faz no momento do contrato, sendo que o risco posterior não influi na execução do contrato. Assim, um contrato firmado há 15 anos refletiu o risco Brasil da época, “[p]or isso que a manutenção dos parâmetros básicos originais e

³⁵ Processo TC nº 8.896/2005-2, Rel. Min. Augusto Nardes, *DJ*, 27 jul. 2007.

³⁶ Acórdão nº 2154/2007-Plenário, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, *DOU*, 15 out. 2007, com as seguintes conclusões:

“9.2. Determinar, com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei nº 8.443/92, à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), que:

9.2.1. Realize, no prazo de 30 dias, estudos com o objetivo de verificar se as atuais concessões de rodovias federais exploradas pelas concessionárias NovaDutra, Concer, CRT, Ponte Rio-Niterói e Concepa estão em equilíbrio econômico-financeiro, em razão da rentabilidade contratual — taxa interna de retorno do investimento (TIR);

9.2.2. Caso se verifique desequilíbrio, adote as providências necessárias a fim de promover o equacionamento dos mencionados contratos de concessão, fixando nova rentabilidade”.

³⁷ É o seguinte trecho do voto do Ministro Relator Ubiratan Aguiar: “Nos últimos tempos, nos deparamos com reclamações de usuários sobre abusos na cobrança de tarifas de pedágios, pairando sobre o assunto forte percepção de que há exorbitância nos preços, percepção essa que reclama estudo técnico acerca da matéria. Essa providência possibilitará a verificação da procedência dos cálculos que respaldam essas tarifas”.

³⁸ Luís Roberto Barroso relaciona os meios de se recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato: “(i) compensação direta da concessionária — isto é, o pagamento de indenização pelo Poder Público, no valor do acréscimo de custo a ser suportado pela concessionária; (ii) aumento do valor da tarifa cobrada pelos usuários do serviço; (iii) aumento da base pagante da tarifa; e (iv) extensão do prazo de duração do contrato” (*op. cit.*, p. 209-210).

da TIR do contrato é essencial para mantê-lo durante toda a sua vida”.³⁹ Segundo o mencionado autor, ainda, quando os usuários de serviços concedidos pleiteiam judicialmente novos direitos não previstos no contrato de concessão, o poder concedente deve responder por tais demandas. Ocorre que, se os “novos direitos” não estavam previstos no contrato, significa que essa possibilidade de intervenção judicial também faz parte do risco do negócio. Uma decisão judicial que confira um novo direito ao usuário interpreta a situação do contrato de concessão também no momento em que formalizado. Portanto, essa situação também reflete o risco assumido pela concessionária quando da época da concessão. Assim, com a devida vênia, a conclusão alcançada só admite influência de situações externas supervenientes para a alteração das bases econômicas do contrato em benefício de uma das partes (concessionárias), o que é evidentemente anti-isonômico.

Arnoldo Wald e Marina Gaensly, por seu turno, entendem que a mera comparação de valores das concessões desconsidera as peculiaridades de cada caso concreto, como demandas específicas de investimentos em cada trecho ou estrada e diferença entre os modelos de concessão. Porém, reconhecem a discrepância de valores encontrados nas atuais concessões e nas passadas:

Na Rodovia dos Bandeirantes, situada no Estado de São Paulo e que foi concedida na década de 90, por exemplo, o usuário paga R\$0,127 por quilômetro atualmente. Enquanto isso, a tarifa que será cobrada na Rodovia Fernão Dias, recentemente privatizada, ficou em R\$0,01 por quilômetro rodado. No Trecho Oeste do Rodoanel, também objeto de concessão recente pelo Estado de São Paulo, o custo ficará em R\$0,09 por quilômetro.⁴⁰

Os citados autores entendem que as tarifas dos contratos antigos não poderiam ser alteradas em razão da intangibilidade das condições da proposta, além da incidência dos princípios da boa-fé, da confiança e da moralidade. Com a devida vênia, a questão está posta de forma

³⁹ Cumprimento contratual. In: MELLO *et al.* *Concessão de rodovias: aspectos jurídicos e econômicos relevantes*, p. 108-111.

⁴⁰ Concessão de rodovias e os princípios da supremacia do interesse público, da modicidade tarifária e do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. In: CARVALHO (Org.). *Contratos de concessão de rodovias: artigos, decisões e pareceres jurídicos*, p. 72.

equivocada. Não é que haja alteração unilateral pelo Poder Público das condições da proposta. A própria condição macroeconômica (*fática*) já foi alterada, com a redução do risco Brasil previsto nas propostas dos contratos firmados. Nessa condição, a taxa de rentabilidade prevista no contrato não está sendo mantida, pois a previsão (pessimista) não se concretizou. Resta, portanto, restabelecer *juridicamente* o equilíbrio econômico. Decerto que, se o risco era maior na formalização do contrato, a taxa de rentabilidade prevista seria proporcional a esse risco. Se o risco diminuiu e a taxa de rentabilidade é mantida, há um desequilíbrio desarrazoado em favor do concessionário. Se as condições fáticas da proposta fossem alteradas de modo desfavorável ao Poder Público, hipótese com as quais os autores não trabalham, por coerência lógica no seu argumento, deveriam pugnar a inalterabilidade jurídico-econômica. Nada obstante, como cedo, não é o que a doutrina jurídica hoje predominante defende.

Antônio Carlos Cintra do Amaral, em parecer que questiona a legalidade de cláusulas do edital de concessão das BR 116 e BR 324, no Estado da Bahia, defende que “a equação econômico-financeira inicial do contrato deve ser mantida, desde que não ocorra fato superveniente, imprevisível e extraordinário que provoque seu desbalanceamento” ou, em outras palavras, “intangível é o retorno esperado pela concessionária quando formulou sua proposta [...] diante de fatos supervenientes, imprevisíveis e extraordinários”.⁴¹ O autor critica a opção pelo “modelo dinâmico” do equilíbrio econômico financeiro dos contratos de concessão acolhida por Adalberto Santos de Vasconcelos,⁴² em contraposição ao “modelo estático” ou tradicional, argumentando que tal opção violaria o art. 37, XXI, da Constituição no que tange à manutenção das condições efetivas da proposta.

Vasconcelos, assim, propõe uma reflexão a respeito da utilização de uma TIR com taxa de rentabilidade constante durante a execução contratual, diante da alteração do cenário econômico. Assim, uma TIR de 23% a.a. poderia refletir a perspectiva de risco em 1994 ou 1995, mas

⁴¹ Parecer. In: CARVALHO (Org.). *Contratos de concessão de rodovias: artigos, decisões e pareceres jurídicos*, p. 104.

⁴² O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de rodovias federais no Brasil. In: GOMES et al. *Regulação de serviços públicos e controle externo*, p. 217-266.

hoje não se justificaria em um ambiente de estabilidade macroeconômica que reduziu o custo de oportunidade e, portanto, determinaria uma taxa de rentabilidade bem mais módica do que a de meados da década de 1990.⁴³ Para ele, a expressão “condições inicialmente fixadas” [...] “possui significado mais completo, ou seja, considera-se, entre outras, a variação da rentabilidade oferecida pelo setor concedido (custo de oportunidade do negócio)”.⁴⁴

Floriano de Azevedo Marques Neto concorda com essa proposição e propõe a licitude do critério “dinâmico” da fórmula de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro das concessões, utilizando-se um método que leva em conta o custo de oportunidade do aumento ou redução do investimento pela concessionária, no momento em que é realizado, e não a taxa de retorno projetada pelo particular no momento da contratação.⁴⁵ Como se vê, apesar de alguma resistência, vem ganhando corpo na doutrina orientações que deixam de enxergar a intangibilidade da TIR diante da alteração do panorama macroeconômico.

O fato é que a questão do equilíbrio econômico-financeiro precisa ser mais bem debatida e aprofundada. Diante do longo prazo de duração dos contratos de concessão, parece desarrazoado pugnar pela manutenção da TIR durante 15 ou 20 anos, desconsiderando toda a volatilidade da economia moderna. Um investimento desse jaez precisa, sem dúvida,

⁴³ *Op. cit.*, p. 262.

⁴⁴ *Idem*, p. 261.

⁴⁵ É de se transcrever o seu entendimento: “Necessariamente, portanto, a determinação das condições efetivas da proposta pressupõe a consideração de todo o panorama econômico à época da assinatura do contrato, para que a equação econômico-financeira do contrato seja espelhada de forma mais acurada. Ou seja, a Constituição obriga que o Poder Concedente procure a melhor forma concreta de restabelecer as condições efetivas — e não apenas formais ou nominais — acordadas entre as partes, utilizando-se para isso de todos os parâmetros econômicos capazes de identificar e reproduzir, em outro momento do tempo, o equilíbrio desfeito. [...] A intenção do constituinte foi, exatamente, a de evitar que os cálculos destinados à recomposição do equilíbrio contratual falseassem a verdadeira realidade econômica do contrato, fundando-se em critérios formais que distorcessem as condições efetivas da proposta. [...] Isto porque a longa duração dos contratos de concessão faz com que seu equilíbrio seja necessariamente dinâmico. Podem existir, conforme a concessão, períodos em que haja mais investimentos sem retorno, fluxo de caixa negativo, etc. Daí que o equilíbrio nestes empreendimentos deverá sempre ser aferido em cada momento a partir de parâmetros específicos e diferenciados. [...] O equilíbrio da concessão considera ainda os riscos empresariais assumidos pelo particular, existindo portanto alguns fatores cuja ocorrência não justificaria a postulação do reequilíbrio. Nesse sentido, assegurar a aplicação de taxa de retorno fixa e imutável ao particular corresponderia a colocá-lo a salvo das variações das taxas de retorno praticadas no mercado. Reduziria, portanto, sem qualquer motivação, os riscos a que está submetido o concessionário, inerentes ao jogo empresarial” (Equilíbrio econômico nas concessões de rodovias: critérios de aferição. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, p. 197-198).

ter garantia de rentabilidade de forma a incentivar a competitividade pelos lotes licitados e o atingimento das menores tarifas aos usuários. Mas a defesa do denominado “modelo estático” parece ser fruto de uma “interpretação estática” da Constituição e da lei de regência que não se coaduna com uma concepção do direito fundada em uma aquisição evolutiva, que influi e se deixa influenciar pela liquidez da sociedade em constante mutação.

Conclusão

As escolhas e inovações discricionárias regulatórias adotadas para os editais da segunda etapa promoveram diversos avanços em relação ao modelo estabelecido para a primeira etapa. O exercício do direito de locomoção nas rodovias federais, nos elementos do PER que podem ser objeto de cotejo, é potencialmente melhor garantido na segunda etapa em comparação com a primeira. Desse modo, a regulação da segunda etapa na modelagem de licitações das concessões de rodovias federais proporciona melhores resultados operacionais em termos de segurança, comodidade e conforto dos usuários do que aquela adotada para a primeira etapa.

Além disso, na nova sistemática de licitações promovida para a segunda etapa de concessões de rodovias federais, as alterações propostas importaram numa redução de aproximadamente 75% do valor de tarifa de pedágio, comparando com os valores das tarifas cobradas na primeira etapa.

A melhoria nas condições de utilização das rodovias e a redução das tarifas de pedágios, em conjunto, promovem uma melhor fruição do direito fundamental de liberdade de locomoção, na medida em que garantem ao usuário a utilização da rodovia com melhor segurança, comodidade e conforto, democratizando e permitindo o acesso da população às rodovias concedidas à iniciativa privada.

A política que modificou a sistemática de licitações para as concessões de rodovias federais promoveu uma otimização no exercício do direito fundamental de liberdade de locomoção. Na verdade, as licitações da primeira etapa não tiveram a preocupação com direitos fundamentais. Tiveram por substrato apenas fundamentos técnico-econômicos sem uma maior perspectiva jurídica, defeito bastante comum constatado nas

formulações legislativas elaboradas notadamente na década de 1990, como bem acentua Celso Antônio Bandeira de Mello:

Estas dicções vagas — diga-se de passagem — vieram a disseminar-se amplamente entre nós a partir do momento em que, lamentavelmente, economistas e administradores ganharam incompreensível prestígio, ao ponto de lhes ser atribuída a redação de textos legislativos. Despreparados para tal mister, jejunos da linguagem técnica do Direito e inscientes da necessidade de precisão comunicativa que este demanda, introduziram uma terminologia fluida altamente imprecisa e, sobretudo, carente de referenciais jurídicos já estabelecidos.⁴⁶

Na comparação entre um e outro modelo — estruturados com premissas distintas e igualmente válidas dentro da esfera discricionária da Administração — é inegável que um modelo que potencializa os direitos aos usuários e possibilita a cobrança de tarifas mais módicas é aquele que apresenta menores impactos negativos na liberdade de locomoção decorrente do processo de pedagiamento das rodovias.

Como se viu, as obrigações do concessionário são muito mais restritas e os direitos dos usuários menos abrangentes na primeira etapa. E se as obrigações dos concessionários são menores na primeira etapa, por óbvio que os investimentos necessários à exploração da rodovia são igualmente mais restritos. Isto não redundou, como era de se esperar, em uma tarifa menor, em razão, dentre outros fatores, da conjuntura econômica que vivenciava o país na época das primeiras concessões. Todavia, no Brasil, o equilíbrio da equação econômico-financeira do contrato se tornou um dogma, mesmo quando o nível de remuneração estipulada no passado tinha por premissa uma situação macroeconômica adversa que hoje não mais se sustenta. Deve-se estimular, portanto, a reflexão sobre a imutabilidade da TIR no decorrer do contrato de concessão, à vista da alteração da conjuntura econômica, em detrimento ao interesse público. É certo que *pacta sunt servanda*, mas *rebus sic stantibus*.

⁴⁶ Serviço público e poder de polícia: concessão e delegação. *Revista Trimestral de Direito Público*, p. 21-23.

Policy of Federal Highway Concession – A Comparative Analysis of Contractual Models

Abstract: This article aims to analyze the significant differences occurred between the first and second stages of the Program of Federal Highway Concession, from the perspective of the impact on the effectiveness of the right of locomotion of users. Within this scope, indicators are sought to establish the basic differential that impact specifically the right to locomotion of users in bidding of first and second stages of federal highway concessions. The paper also discusses the influence of the Brazil risk in the formation of prices of tolls in two stages, seeking an interpretation of economic and financial rebalancing in line with the pace of the modern economy. In conclusion, it is noted that the freedom of locomotion of federal toll road users has been optimized with the regulatory advances included in the concession of the second stage, both in monetary aspect and in terms of safety, convenience and comfort.

Key words: Concession of federal highways. Comparison between first and second stages of the program. Right of locomotion. Economic and financial rebalancing.

Referências

AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. Parecer. In: CARVALHO, André Castro (Org.). *Contratos de concessão de rodovias: artigos, decisões e pareceres jurídicos*. São Paulo: MP, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Natureza jurídica do pedágio: taxa ou preço?. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 32, p. 21-26, 2000.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Serviço público e poder de polícia: concessão e delegação. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 20, p. 12-23, 1997.

BARROS, José Roberto Mendonça de. Equilíbrio contratual e metodologias de avaliação. In: MELLO, Marco Aurélio *et al.* *Concessão de rodovias: aspectos jurídicos e econômicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. O contrato de concessão de rodovias: particularidades, alteração e recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, p. 186-215, 2012. Edição especial.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Princípios constitucionais fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ives Gandra Martins*. São Paulo: Lex, 2005.

GARCIA, Flávio Amaral. A remuneração nas concessões de rodovias. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 2, n. 5, p. 46-60, jan./mar. 2004.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Equilíbrio econômico nas concessões de rodovias: critérios de aferição. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, p. 191-200, out./dez. 2006.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: doutrina e jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SUNDFELD, Carlos Ari. Cumprimento contratual. *In: MELLO, Marco Aurélio et al. Concessão de rodovias: aspectos jurídicos e econômicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

VASCONCELOS, Adalberto Santos de. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de rodovias federais no Brasil. *In: GOMES, Marcelo Barros et al. Regulação de serviços públicos e controle externo*. Brasília: TCU, 2008.

WALD, Arnoldo; GAENSLY, Marina. Concessão de rodovias e os princípios da supremacia do interesse público, da modicidade tarifária e do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. *In: CARVALHO, André Castro (Org.). Contratos de concessão de rodovias: artigos, decisões e pareceres jurídicos*. São Paulo: MP, 2009.