



### **Organizadoras**

Joisa Campanher Dutra  
Patrícia Regina Pinheiro Sampaio  
Priscila Laczynski de Souza Miguel

### **Autores**

André Castro Carvalho  
Edson Daniel Lopes Gonçalves  
João Benício Vale de Aguiar  
Manoel de Andrade e Silva Reis  
Otavio Venturini  
Patrícia Naccache Martins da Costa  
Patrícia Regina Pinheiro Sampaio  
Priscila Laczynski de Souza Miguel  
Rafael Vanzella

# **Portos, Ferrovias e Integração Logística**





Portos, Ferrovias e Integração Logística

Copyright © Joisa Campanher Dutra, Patrícia Regina Pinheiro Sampaio  
e Priscila Laczynski de Souza Miguel (org.), 2019

Todos os direitos reservados e protegidos pela Lei nº 9.610, de 19/02/1998.

Nenhuma parte deste livro pode ser reproduzida ou transmitida, sejam quais forem  
os meios empregados, sem a autorização prévia e expressa das organizadoras.

EDITOR João Baptista Pinto  
DIAGRAMAÇÃO Rian Narcizo Mariano  
CAPA Luiza Raj  
REVISÃO Patricia Naccache Martins da Costa  
PRODUÇÃO DIGITAL Loope Editora | [www.loope.com.br](http://www.loope.com.br)

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO  
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ

---

P884

Portos, ferrovias e integração logística / André Castro Carvalho ... [et al.] ; organizadores Joisa Campanher Dutra , Patrícia Regina  
Pinheiro Sampaio , Priscila Laczynski de Souza Miguel. - 1. ed. - Rio de Janeiro : Letra Capital, 2019.  
recurso digital ; 10 MB

Formato: epub

Requisitos do sistema: adobe digital editions

Modo de acesso: world wide web

Inclui bibliografia e índice

ISBN 9788577856473 (recurso eletrônico)

1. Transportes - Brasil. 2. Transportes - Planejamento. 3. Logística empresarial. 4. Ferrovias - Brasil. 5. Portos - Brasil. I. Carvalho, André Castro.  
II. Dutra, Joisa Campanher. III. Sampaio, Patrícia Regina Pinheiro. IV. Miguel, Priscila Laczynski de Souza.

19-54880

CDD: 386.6060981

CDU: 656.07(81)

---

Vanessa Mafra Xavier Salgado · Bibliotecária · CRB-7/6644

28/01/2019 30/01/2019

LETRA CAPITAL EDITORA  
Telefax: (21) 3553-2236/2215-3781  
[vendas@letracapital.com.br](mailto:vendas@letracapital.com.br)

Organizadoras

Joisa Campanher Dutra

Patrícia Regina Pinheiro Sampaio

Priscila Laczynski de Souza Miguel

Autores

André Castro Carvalho

Edson Daniel Lopes Gonçalves

João Benício Vale de Aguiar

Manoel de Andrade e Silva Reis

Otávio Venturini

Patrícia Naccache Martins da Costa

Patrícia Regina Pinheiro Sampaio

Priscila Laczynski de Souza Miguel

Rafael Vanzella

Portos, Ferrovias e Integração Logística

## AUTORES

### Organizadoras

---

- **Joisa Campanher Dutra** é Doutora em Economia pela Fundação Getúlio Vargas, no Rio de Janeiro (2001), e foi diretora da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL –, entre 2005 e 2009. Professora visitante na Harvard Kennedy School of Government, Universidade de Harvard, em 2010, e professora na Fundação Getúlio Vargas, no Rio de Janeiro. Possui experiência em Economia, trabalhando principalmente nas seguintes áreas: Economia da Regulação, Economia Energética, leilões, Economia Experimental, teoria organizacional e Contratos. É diretora do Centro de Regulação em Infraestrutura (FGV/CERI) desde 2010.
- **Patrícia Regina Pinheiro Sampaio** é Doutora e Mestre em Direito pela USP. Bacharel em Direito pela PUC-RJ. Pesquisadora do Centro de Pesquisa em Direito e Economia (CPDE) da FGV Direito Rio. Professora da FGV Direito Rio.
- **Priscila Laczynski de Souza Miguel** é graduada em Engenharia Química pela Universidade Estadual de Campinas (1995), possui mestrado e doutorado em Administração de Empresas pela EAESP, Fundação Getúlio Vargas. Coordenadora do Centro de Excelência em Logística e Supply Chain (FGV-CELog) da Fundação Getúlio Vargas – SP e coordenadora da linha de pesquisa de Gestão Estratégica em Supply Chain do Mestrado Profissional em Gestão para Competitividade da EAESP-FGV. Professora e pesquisadora no departamento de Operações da EAESP/FGV, com interesse nos temas de gestão de relacionamentos, riscos em cadeias de suprimentos, logística de varejo e infraestrutura. Foi editora adjunta no periódico *Journal of Operations and Supply Chain Management* em 2008 e entre março de 2011 a fevereiro de 2013. Possui artigos publicados no *Journal of Supply Chain Management*, *International Journal of Physical Distribution and Logistics Management*, *Journal of Operations and Supply Chain Management*, *Revista de Administração de Empresas (RAE)*, *GV-Executivo*, *Mundo Logística*, além de artigos apresentados em diferentes conferências nacionais e internacionais.

### Colaboradores

---

- **André Castro Carvalho** é Bacharel, Mestre, Doutor e Pós-Doutorando em Direito pela Universidade de São Paulo, tendo sua tese de doutorado recebido o Prêmio CAPES de Tese de 2014. Foi pós-doutor visiting researcher no Massachusetts Institute of Technology – MIT. Foi visiting researcher na Karl Franzens Universität Graz, e visiting scholar e professor na Nankai University (Tianjin) e Jilin University (Changchun). Foi *pasante* internacional no Morales & Besa Abogados (2012), escritório sediado em Santiago de Chile. Possui experiência internacional em países como Angola, Argentina, Bermuda, Bangladesh, México, Índia, Cingapura, Malásia, Indonésia, Egito e Hong Kong.
- **Edson Daniel Lopes Gonçalves** é Doutor e mestre em Economia pela FGV EPGE e graduado em Engenharia Mecânica pela UNICAMP. Atualmente, é pesquisador sênior do FGV CERI e professor das Escolas de Economia (EPGE), Administração (EBAPE) e Matemática Aplicada (EMAp) da FGV no Rio de Janeiro. Foi consultor da Accenture e da RiskControl/Banco BBM e possui experiência em Finanças Corporativas, Gestão de Riscos e análise de decisão aplicados a firmas reguladas.
- **João Benício Vale de Aguiar** é Pesquisador do Centro de Pesquisa em Direito e Economia (CPDE) da FGV Direito Rio. Graduando em Direito na FGV Direito Rio.
- **Manoel de Andrade e Silva Reis** é Engenheiro Naval e Mestre em Engenharia pela Escola Politécnica da Universidade de São Paulo (USP), PhD pelo Massachusetts Institute of Technology (MIT), Professor de Logística e Supply Chain na Fundação Getúlio Vargas de São Paulo, Coordenador de Projetos na FGV Projetos e Coordenador Adjunto e pesquisador do GVcelog – Centro de Excelência em Logística e Supply Chain da FGV-EAESP. Na FGV coordena ainda o Master em Administração: Logística e Supply Chain e o Curso de Logística Empresarial do Programa de Educação Continuada (PEC – FGV). Ministra cursos e palestras sobre Logística, Supply Chain, Transportes e Infraestrutura. Na FGV Projetos desenvolveu diversos projetos como Plano de Restruturação de Logística e Transportes do Estado de São Paulo, Planejamento Estratégico do Metrô SP, Análise do Sistema de Transporte de Passageiros por Ônibus do Distrito Federal. No

GVcelog desenvolve o Projeto Custos Logísticos no Brasil – Uma Metodologia Inovadora. Tem um grande número de publicações destacando-se o Capítulo Amazon shipping, commodity flows and urban economic development: the case of Belém and Manaus, no livro Cities, Regions and Flows, published by Routledge. Foi professor do Departamento de Engenharia Naval da Escola Politécnica (EPUSP), bem como diretor da Divisão de Engenharia Naval do Instituto de Pesquisas Tecnológicas (IPT), da Ductor Implantação de Projetos, do Grupo Libra de Navegação e da Grancarga Marítima.

- **Otávio Venturini** é Mestrando em Direito e Desenvolvimento pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas/SP. Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie com mobilidade acadêmica para a Universidade de Coimbra (Portugal). Membro da International Society for Third-Sector Research (ISTR). Advogado e consultor em Direito Público.
- **Patricia Naccache Martins da Costa** é Mestre em Finanças pela PUC-Rio, com dupla diplomação em International Management pela Universidade de Grenoble II – Pierre Mendes France e graduada em Economia pela PUC-Rio. Atuou como especialista em análises econômicas no Instituto Brasileiro de Economia – FGV IBRE, onde coordenou projetos de desenvolvimento de índices de preços customizados em infraestrutura e elaboração de análises setoriais, com foco nos setores ferroviário e rodoviário, além da elaboração de preços e custos de referência. Atualmente é pesquisadora do FGV CERL.
- **Rafael Vanzella** é Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor do Programa de Educação Executiva da FGV Direito SP. Sócio da área de infraestrutura e financiamento de projetos do Machado, Meyer, Sendacz e Opice Advogados.

## SUMÁRIO

### INTRODUÇÃO

### SUMÁRIO EXECUTIVO

#### CAPÍTULO 1 – Infraestrutura de transportes brasileira e seus impactos para a logística das empresas

*Priscila Laczynski de Souza Miguel e Manoel de Andrade e Silva Reis*

#### CAPÍTULO 2 – Concessões de transporte no Brasil: histórico recente do setor e a importância da análise de riscos

*Edson Daniel Lopes Gonçalves e Patricia Naccache Martins da Costa*

#### CAPÍTULO 3 – Governança institucional do setor de transporte: obstáculo à integração logística?

*Patrícia Regina Pinheiro Sampaio e João Benício Vale de Aguiar*

#### CAPÍTULO 4 – A Função do Código de Defesa do Usuário de Serviços Públicos (Lei nº 13.460/17) no Modelo Brasileiro de Controle dos Serviços Públicos

*André Castro Carvalho e Otávio Venturini*

#### CAPÍTULO 5 – Prorrogação Antecipada das Concessões de Transportes e Logística: da Nova Lei de Portos à Lei 13.448/2017

*Rafael Vanzella*

### CONCLUSÃO

## ÍNDICE DE ILUSTRAÇÕES

### Figuras

**Figura 1.** Principais hidrovias e eclusas brasileiras

**Figura 2.** A fragmentada arquitetura institucional no estudo de caso da Integração Açailândia-Barcarena e Vila do Conde

**Figura 3.** Mapa estrutural da União no setor logístico de transportes

### Gráficos

**Gráfico 1.** Matriz brasileira de transportes

**Gráfico 2.** Fluxo de mercadorias por tipo (dados em TKU)

**Gráfico 3.** Participação relativa de cada modal (ferroviário, rodoviário e aquaviário) no sistema de transportes de diferentes países em 2015

**Gráfico 4.** Estado Geral das Rodovias Brasileiras

**Gráfico 5.** Extensão das ferrovias brasileiras (km)

**Gráfico 6.** Extensão das ferrovias de diversos países (km)

**Gráfico 7.** Aumento de Produtividade

**Gráfico 8.** Aumento de Segurança

**Gráfico 9.** Alumínio (milhões toneladas/ano)

**Gráfico 10.** Soja e milho (Milhões toneladas/ano)

**Gráfico 11.** Alumínio e Grãos (milhões toneladas/ano)

**Gráfico 12.** Despesas com Infraestrutura, 2000-2013, percentual do PIB

**Gráfico 13.** Percentuais de vacância dos cargos de direção das agências reguladoras de transporte (jan/2010 até dez/2013)

**Gráfico 14.** Percentuais de ocupação dos cargos de direção por interinos (desde a criação do instituto até dez/2013)

**Gráfico 15.** Contingenciamento nas agências reguladoras federais de Infraestrutura

### Quadros

**Quadro 1.** Matriz Origem Destino de Carga (Em mil toneladas)

**Quadro 2.** Cargas transportadas pelo modal aquaviário em 2011 e 2016

**Quadro 3.** Situação das concessões previstas no pacote de 2017

**Quadro 4.** Situação das concessões previstas no pacote de 2017

**Quadro 5.** Mecanismo de Proteção Cambial em Concessões de Rodovias Paulistas

**Quadro 6.** Histórico das Concessões Ferroviárias

**Quadro 7.** Principais Riscos em Transportes – Experiência Internacional

**Quadro 8.** Alocação de Riscos em Transportes

**Quadro 9.** Investimentos da União no setor de transportes por ano

**Quadro 10.** Votação na Comissão de Infraestrutura do Senado Federal

**Quadro 11.** Planos Estruturais do Setor de Transporte

**Quadro 12.** Planos Operacionais do Setor de Transporte

## INTRODUÇÃO

Sob a coordenação das professoras Joisa Dutra, Patrícia Sampaio e Priscila Miguel, este livro é uma iniciativa do Centro de Estudos em Regulação e Infraestrutura – FGV CERI, da Escola de Direito do Rio de Janeiro – FGV DIREITO RIO e do Centro de Excelência em Logística e Supply Chain da Escola de Administração de Empresas de São Paulo – FGV Celog para pensar a integração logística no Brasil sob uma ótica multidisciplinar.

Após esta breve introdução e um sumário executivo, o primeiro capítulo apresenta um panorama da infraestrutura de transportes no Brasil, e aborda como a deficiência nos diversos modos de transporte pode impactar a logística das empresas.

Em seguida, o segundo capítulo investiga a hipótese de que problemas de governança e no desenho das instituições que possuem atribuições sobre planejamento e regulação da infraestrutura de transporte têm papel relevante nas dificuldades enfrentadas pelo setor logístico de transportes.

O terceiro capítulo, por sua vez, apresenta boas e más práticas em concessões de transportes no Brasil, incluindo um estudo de caso de integração ferrovia – porto. A partir de exemplos de projetos recentes, são apresentados os principais riscos do setor no país e a importância de tais riscos serem adequadamente endereçados.

A função do Código de Defesa do Usuário de Serviços Públicos (Lei nº 13.460/17) no modelo brasileiro de controle dos serviços públicos é objeto de estudo do Capítulo 4, e, logo após, a prorrogação antecipada das concessões de transportes é analisada no quinto capítulo.

Por fim, a última seção conclui com uma agenda de medidas para a infraestrutura de transportes no Brasil, levantadas ao longo deste livro.

## SUMÁRIO EXECUTIVO

### Infraestrutura de Transportes Brasileira e seus Impactos para a Logística das Empresas

---

A carência de infraestrutura logística no Brasil dificulta o fluxo de mercadorias entre a origem dos produtos e serviços e o consumidor, resultando em elevados custos e falta de produtividade e eficiência nas cadeias de suprimentos. Neste sentido, o primeiro capítulo deste livro tem como objetivo debater como a infraestrutura de transportes brasileira impede o aumento da eficiência e produtividade das organizações privadas e públicas e reforça a necessidade de uma proposta integrativa e abrangente para investimentos no setor.

Um dos fatores que afetam diretamente a competitividade das organizações no mercado é quão bem seus fluxos de produtos e serviços são desenhados e pensados. A infraestrutura, por sua vez, possui grande impacto para que a estratégia das empresas seja bem-sucedida, afetando diretamente diversos processos relacionados à gestão da cadeia de suprimentos. Dessa forma, a decisão de uma empresa atuar globalmente ou localmente depende diretamente da existência de uma infraestrutura que permita que ela possa entregar produtos para clientes em um determinado tempo e local.

No Brasil, a região Sudeste é o principal ponto de origem das mercadorias, tanto para o mercado doméstico, quanto para a exportação. Observa-se um significativo fluxo de mercadorias para a região Sul e Nordeste, tornando evidente a necessidade de infraestrutura de qualidade entre as diversas regiões do país e um sistema de escoamento de exportação/importação efetivo. Além disso, apesar de boa parcela das mercadorias produzidas em uma determinada região é consumida na própria região, mais da metade tem como destino outras regiões ou o exterior. Sendo o Brasil um país de dimensões continentais, isto implica em longas distâncias a serem percorridas.

A matriz brasileira de transporte tem forte ênfase no modo rodoviário (61%), seguido pelos modos ferroviários (20%), aquaviário (13%), dutoviário (4%) e aeroportuário (<1%). Do total de cargas movimentadas pelo país, aproximadamente 50% correspondem a produtos a granel, que em geral são commodities, de baixo valor agregado e grandes volumes, sendo os modos ferroviários e hidroviários mais recomendados para estes produtos. Em relação à carga geral, que representa a outra metade das movimentações, é necessário fazer um estudo mais detalhado sobre as suas características para definição do melhor modo de transporte. Não obstante, a simples análise da matriz de origem destino das cargas brasileiras nos permite concluir que as mercadorias percorrem longas distâncias e o frete rodoviário acaba sendo pouco competitivo e encarece o custo do produto final ao consumidor.

Assim, é necessário investir urgentemente em uma matriz de transportes adequada para reduzir os valores de frete e minimizar o custo logístico, permitindo reduzir o custo do produto final para o consumidor e tornar nossas empresas mais competitivas no cenário internacional. Além disso, é importante investir vultosos recursos para aumentar a qualidade e a malha da infraestrutura atual.

Do ponto de vista do planejamento das infraestruturas, o processo é muito pulverizado, quase sempre sem uma visão integrada do país. A matriz brasileira de transporte, comparada à de países de porte e recursos semelhantes como Rússia, Estados Unidos e Canadá, apresenta uma deficiência de participação ferroviária e um excesso de participação rodoviária no transporte de cargas. Esse desequilíbrio se traduz em altos custos logísticos, especialmente no transporte das commodities, tornando a economia brasileira mais onerosa e menos competitiva. A excessiva utilização do modal rodoviário em detrimento dos modais ferroviário e aquaviário, nos transportes internos de cargas do país, traz custos mais elevados e, em especial, a sobrecarga na malha rodoviária, cujas condições tendem a piorar devido ao aumento no tráfego de caminhões e aos baixos investimentos em manutenção, ampliando os índices de acidentes.

Ademais, é importante lembrar que a integração entre os modos de transportes é fator essencial para o bom desempenho dos mesmos. A intermodalidade, caracterizada como a utilização de diversos modais para uma mesma carga, na medida das melhores características de cada um para cada problema e trecho específico, busca reduzir custos e aumentar a eficiência do processo de transporte. Para a prática da intermodalidade é necessária a existência de terminais intermodais, que devem ser eficientes e eficazes quanto os modos que atendem.

A insuficiência da infraestrutura logística brasileira penaliza a competitividade do país. Apesar da existência de um conjunto de providências em desenvolvimento que devem melhorar este processo, é necessário que sua implantação seja acelerada de forma expressiva para que o Brasil não perca, mais uma vez, as oportunidades à vista. Para que haja participação de capitais privados em infraestrutura logística, em especial na implantação e

operação de ferrovias, é imperioso que o processo regulatório seja estabelecido de forma adequada, confiável e perene. Para desatar os gargalos de desenvolvimento, cumpre analisar as características de demanda e oferta de produtos, questões regulatórias, acesso a plataformas e portos, questões ambientais e o fluxo inverso do transporte. Só assim poderemos melhorar nossa posição nos rankings internacionais de competitividade e aumentar a produtividade das empresas embarcadoras, reduzindo o chamado custo Brasil.

## Governança Institucional do Setor de Transporte: Obstáculo à Integração Logística?

---

O Brasil se caracteriza por uma infraestrutura logística de transportes deficiente, que afeta tanto a produtividade econômica nacional quanto compromete a competitividade no cenário internacional. Por um lado, esse baixo desempenho da infraestrutura advém da falta de investimento; por outro, é uma consequência de problemas no planejamento e na regulação do setor logístico. A atual logística brasileira é incapaz de escoar toda a produção nacional, gerando perdas em setores importantes da economia, como o da produção de soja e de milho, o que prejudica a sua posição competitiva no cenário internacional.

O segundo artigo deste livro investiga a hipótese de que problemas de governança e no desenho das instituições que possuem atribuições sobre planejamento e regulação da infraestrutura de transporte têm papel relevante nas dificuldades enfrentadas pelo setor logístico de transportes.

Nesse contexto, merece ser considerado que o planejamento estratégico do setor de transporte deve ser de longo prazo. Afinal, investir na ampliação da malha logística requer a disposição de elevada dotação orçamentária pelo poder público e/ou a realização de concessões longas o suficiente que justifiquem o interesse da iniciativa privada em investir. Além disso, ao viabilizar o escoamento de mercadorias para o comércio interno e externo, a logística nacional direciona todo o potencial produtivo do país: decisões relativas à ampliação da malha férrea ou rodoviária de uma região têm implicações diretas sobre incremento da produção, uma vez que surgirão novas condições de escoar mercadorias e transportar pessoas.

Assim como a infraestrutura logística é condição para a produção em larga escala de um país, o planejamento e a regulação estratégica coordenada entre as instituições competentes são pilares para o adequado desempenho da logística nacional. Nesse sentido, tanto os estudos sobre os planos de logística - realizados pela EPL - Empresa de Planejamento e Logística S.A. (EPL) -, quanto a regulação da logística nacional - a cargo das agências reguladoras federais: ANAC, ANTT e ANTAQ - devem ser definidos de forma transparente. Caso contrário, os incentivos à participação privada nos projetos do Estado de investimento nos setores ferrovia, rodovia, portos e aeroportos serão baixos frente aos elevados custos de investimentos, dados os riscos atrelados à instabilidade regulatória.

O artigo encontra-se dividido em três seções. A primeira situa a problemática da ausência de um fórum integrado de planejamento de longo prazo como consequência da fragmentação do poder concedente e das competências reguladoras, bem como da inação do CONIT. Nele é observado como a falta de coordenação entre as entidades responsáveis pelo planejamento estratégico da logística nacional enfraquece a capacidade de implementação de grandes projetos de infraestrutura para o setor de transporte.

A segunda apresenta o desenho das agências reguladoras de transportes como um problema para a autonomia regulatória dessas autarquias. O propósito é testar a hipótese de que as garantias institucionais legalmente previstas para os diretores, assim como as fontes próprias de receita não seriam suficientes para afastar o risco de que decisões relevantes possam depender de contexto político-partidário, dada a sua não observância na prática, com cargos diretivos vagos, interinidade de mandatos e contingenciamento orçamentário.

Já o terceiro e último tópico explora os efeitos decorrentes da criação de diversos planos de gestão logística sem a devida implementação. Com isso é possível constatar que (i) a extrema fragmentação das pautas de planejamento ministerial do setor de transporte; (ii) a herança da inação do órgão responsável por realizar um planejamento integrado - o antigo CONIT -; e (iii) a falta de autonomia regulatória das agências reguladoras têm contribuído para termos tido sucessivos planos estruturais e operacionais de transporte que terminam sem ser implementados.

## Concessões de Transporte no Brasil: Histórico Recente do Setor e a Importância da Análise de Riscos

---

Em meados de 2017, o governo federal anunciou um pacote com diversos projetos envolvendo privatização e concessão de empresas públicas. Além desses, há ainda outros projetos de transportes previstos para 2018 e 2019. É importante atentar para o desenho dos processos de atribuição e para uma adequada regulação econômica e

estrutura de governança dentro dos setores disponibilizados à iniciativa privada. Para isso, uma avaliação e alocação de riscos robusta é o primeiro requisito, de modo que as partes pública e privada possam ter ciência de possíveis cenários adversos e da possibilidade de contratação de seguros e outros mecanismos de proteção, bem como dos custos envolvidos.

Dentro do setor de transportes e infraestrutura logística, temos bons e maus exemplos. Um caso de referência recente é o leilão de aeroportos realizado em março de 2017, que apresentou uma visão mais moderna na análise e alocação de riscos. Tratou-se do primeiro leilão do setor sem a presença da Infraero, dando mais segurança às companhias privadas, agora com proteção contra influências políticas.

Na última década, a maior parte dos recursos disponibilizados para os projetos foi proveniente do BNDES – no entanto, seu papel está sendo revisto e novas alternativas devem surgir para o financiamento das necessárias obras de infraestrutura. Neste ponto, o citado leilão de aeroportos inovou, iniciando-se, pela primeira vez, a discussão em torno da oportunidade de se implementar um mecanismo de *hedge* cambial. A elevada volatilidade da taxa de câmbio no Brasil tem dificultado a atração de investidores estrangeiros, que também não encontram outras estruturas de proteção no próprio mercado financeiro.

O citado mecanismo de proteção cambial acabou não sendo incorporado nas concessões de aeroportos. No entanto, foi incluído nos novos modelos de concessões rodoviárias implementados pelo governo do estado de São Paulo. Ainda, algumas outras inovações nesses contratos incluem um modelo de contrato tripartite a ser assinado entre o poder concedente, a concessionária e o financiador; revisões ordinárias dos contratos a cada quatro anos para readequação dos planos de investimento, com base em indicadores de desempenho, e valor flexível de tarifa de pedágio, variável de acordo com a demanda.

Além destas concessões inovadoras, os casos onde foram encontradas distorções e dificuldades também não devem ser esquecidos, de modo que os equívocos cometidos possam ser evitados. O destaque aqui é para o setor de transporte ferroviário, onde as questões relacionadas à avaliação e alocação de riscos têm mostrado deficiências em anos recentes. No Brasil, três tipos de riscos são mais críticos para investimentos no setor: risco institucional, de demanda e de *completion*.

O risco institucional relaciona-se ao processo decisório fragmentado que envolve a implementação, gestão e coordenação dos projetos de infraestrutura logística no Brasil – diversas autarquias e departamentos do poder público tomam decisões independentes acerca dos mesmos projetos, culminando numa arquitetura com pouca integração e com análises discrepantes.

O caso da ferrovia Açailândia-Barcarena ilustra tais distorções. Esta ferrovia é um trecho da Norte-Sul com cerca de 450 km de extensão integrando Açailândia (MA) ao Porto de Vila do Conde, em Barcarena (PA). Este porto é o principal portal para entrada e saída de produtos entre a Amazônia e as regiões centrais do Brasil e seu acesso por terra é feito exclusivamente através de rodovias. Espera-se, há tempos, que seja expandido para receber um acesso terrestre via ferrovia – tal expansão agilizará os fluxos de cargas e reduzirá custos de transporte, com aumento de produtividade e competitividade para diversas *commodities*.

O processo de concessão já estava iniciado quando o Tribunal de Contas da União (TCU) passou a contestar os estudos de viabilidade realizados, indicando que, para ambos os projetos (expansão do porto e ferrovia), haviam graves falhas de planejamento e integração.

Esta fragmentação e falta de consistência no planejamento pode levar a projeções de demanda pouco robustas, dificultando ainda mais a atração de investidores privados. Estudos de mercado pobres podem inviabilizar a implementação de novas estruturas e a sustentabilidade econômica das que já existem. O TCU mostrou que as projeções de mercado para a ferrovia e para o porto exibiam grandes discrepâncias e observou que há evidências de déficit de capacidade do porto, o que levaria a um gargalo no fluxo de transporte. Ou seja, a expansão do porto não seria suficiente para atender ao crescimento de demanda projetado para a ferrovia.

O caso reportado, infelizmente, não é único. Além de projeções de demanda otimistas demais e inconsistências de dados relativos à capacidade de movimentação de mercadorias ao longo da cadeia produtiva, faltam ainda estruturas alternativas para compartilhamento de riscos – em projetos de transporte o risco de demanda tipicamente é alocado para a parte privada.

O risco de *completion*, por outro lado, deriva de complicações ocorridas dentro dos três estágios clássicos de um projeto de infraestrutura: licenciamento, construção e comissionamento. O processo de licenciamento é fragmentado e burocrático, com múltiplas fases e que podem atrasar drasticamente o projeto. Além disso, durante a etapa de construção não são raras as ocorrências de sobrecustos, má qualidade final e problemas com segurança.

Portanto, um processo rigoroso de análise e alocação de riscos é fundamental para o sucesso das novas concessões. As novas matrizes de riscos devem ser construídas da maneira mais clara possível e novas ferramentas de análise devem ser utilizadas de maneira a atrair os investidores ausentes em certames anteriores e num momento de revisão do papel do BNDES.

Nos setores de transporte e logística, as atenções devem ser redobradas, tendo em vista os impactos potencialmente destrutivos de projeções de demanda pouco robustas. O desenho e a governança das instituições também são extremamente relevantes para a atração de operadores críveis e para o bom andamento dos projetos – os impactos podem ser ainda mais severos dentro desses setores, considerando que os modos, idealmente, devem funcionar de forma integrada. Tivemos uma série de experiências ruins; por outro lado, as implementações recentes mostram que há caminhos alternativos e mais viáveis a serem escolhidos.

## A Função do Código de Defesa do Usuário de Serviços Públicos (Lei nº 13.460/17) no Modelo Brasileiro de Controle dos Serviços Públicos

---

O Capítulo 4 analisa a função do Código de Defesa do Usuário de Serviços Públicos no modelo brasileiro de controle dos serviços públicos. Na primeira seção deste capítulo, são indicadas as diferentes possibilidades para a configuração jurídica dos serviços públicos em determinado país. São apresentadas duas chaves distintivas relacionadas aos modelos do controle dos serviços públicos (litigância x regulação) e da posição jurídica dos usuários dos serviços públicos (cidadão-contribuinte e cidadão-cliente) e, em seguida, realiza-se uma leitura do modelo brasileiro, bem como discute-se a função e adequação da nova lei dos usuários dos serviços públicos (Lei nº 13.460/17) nesse modelo já consolidado ao longo do tempo.

Na segunda seção é feita uma análise sobre a evolução do modelo brasileiro de controle sobre os serviços públicos, passando pelos principais diplomas normativos dos anos 90 até a atualidade. Até o início da década de 1990, o Brasil orientava-se prioritariamente por uma compreensão de serviços públicos similar ao modelo clássico de lógica solidária; a regulação, ao modo norte-americano, não havia ingressado de forma substancial na doutrina de direito administrativo –, mormente o conceito de regulação de serviços públicos. Marca esse período a edição do Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei nº 8.078/90, que teria estimulado o modelo de litigância no Brasil.

Vale constatar que o CDC - em razão da a) regulamentação de aspectos essenciais da defesa coletiva e das b) prerrogativas processuais e materiais significativas conferidas aos usuários - é representativo da adoção de um percurso distinto daquele adotado pelos EUA, que optaram por enfrentar o problema da iniquidade das relações entre indivíduos e grandes empresas, bem como da subversão do Judiciário, por meio da “criação” da regulação. No Brasil, ao contrário, asseguraram-se mais prerrogativas aos indivíduos considerados hipossuficientes e se desenvolveram os instrumentos de maior acesso ao Poder Judiciário.

Ainda na seção 2, seguindo o critério cronológico, aborda-se a Lei de Concessões, Lei nº 8.987/95, que estabelece normas para outorga e prorrogação das concessões e permissões, além de trazer outros pontos relevantes para o setor, a Lei nº 9.074/95 e o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Essas normas foram fundamentais no processo de liberalização econômica do Brasil, evidenciado a partir da metade da década de 1990, processo que contou com quebras de monopólios, concessões de diversos serviços públicos à iniciativa privada e a criação de agências reguladoras, em modelo próximo ao norte-americano, para regular os setores concedidos à iniciativa privada.

Desse modo, demonstrou-se que a Reforma Gerencial da Administração Pública, conduzida por meio do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, também desempenhou um papel fundamental ao evidenciar a busca por maior eficiência na prestação dos serviços públicos e por se basear na noção de “cidadão-cliente”. Portanto, com o desenvolvimento das agências reguladoras no Brasil, o controle do serviço público passa a se desenvolver teoricamente por meio de um modelo misto, composto pela litigância e pela regulação.

O capítulo traz, ainda, os novos contornos à conformação do controle dos serviços públicos no Brasil introduzidos pela Lei dos Juizados Especiais Cíveis (JEC), Lei nº 9.099/95. Em suma, a Lei do JEC trouxe a facilitação do acesso à justiça, uma vez que isentou o litigante de custas em primeiro grau, dispensou a obrigatoriedade de advogado para causas de valor menor do que 20 salários mínimos e tornou o procedimento muito mais simplificado. Em última análise, a conclusão a que se chega é que muito embora a legislação brasileira desenhe um modelo misto de controle, composto pelos mecanismos da regulação e litigância, a litigância individual por meio dos JECs, com respaldo no CDC, tem se demonstrado muito mais efetiva e constante do que a regulação para o controle dos serviços públicos, sobretudo em relação àqueles remunerados diretamente pelo usuário.

A partir da análise do modelo brasileiro de controle dos serviços públicos e da sua atual dinâmica, é proposta uma reflexão sobre qual é a função e o encaixe normativo que a Lei nº 13.460/17 - também conhecida como Lei ou Código de Defesa do Usuário de Serviços Públicos - poderá ter no complexo modelo de controle dos serviços públicos. Em essência, entende-se que o primeiro propósito da mencionada Lei foi o de regulamentar as reclamações relativas à prestação, bem como a participação e a avaliação periódica da qualidade dos serviços

públicos. Para tanto, o diploma centrou esforços na regulamentação dos canais de manifestação, participação dos usuários e de mecanismos de avaliação continuada.

Por fim, conclui-se que, apesar de alguns avanços e aspectos positivos, a Lei nº 13.460/17 não possui elementos para enfrentar de modo efetivo o problema da distorção do nosso modelo de controle dos serviços públicos, qual seja: a litigância individual, por meio dos JECs e com respaldo no CDC, que tem se demonstrado muito mais efetiva e constante do que a regulação. Ressalte-se, todavia, não ser esta a via mais adequada para se promover soluções integradas e reformuladoras para a melhoria da qualidade dos serviços públicos – porém, é corolário da tradição litigante no direito pátrio, consoante demonstrado no início do artigo.

Evidencia-se, portanto, que o foco da Lei foi a regulamentação dos canais de manifestação e participação dos usuários, bem como os mecanismos de avaliação continuada. No entanto, e por óbvio, o conteúdo das manifestações e participações não vincula a Administração Pública, tampouco há garantia de que a avaliação trará resultados efetivos.

## Prorrogação Antecipada das Concessões de Transportes e Logística: da Nova Lei de Portos à Lei 13.448/2017

---

O programa brasileiro de participação privada em infraestrutura iniciado nos anos 90, e em curso desde então, tem sua moldura normativa marcada por uma clara orientação econômica no processo de elaboração de normas jurídicas, de tomada de decisões administrativas e de atuação das entidades reguladoras no âmbito daquele mesmo programa, especialmente no dos contratos que o instrumentam. Exemplar dessa tendência de realismo econômico no mundo do direito é a prorrogação antecipada dos contratos de concessão no setor de logística (portos, rodovias e ferrovias).

Antes de se analisar as particularidades da prorrogação antecipada sob o regime da Lei nº 12.815/13 (setor portuário) e da Lei nº 13.448/17 (setores de rodovias e ferrovias), são apresentados no capítulo os entendimentos consolidados sobre prorrogação dos contratos administrativos em geral, e das concessões, em particular. Com a criação do instituto da prorrogação antecipada, tem sido recorrente diferenciá-la de outras duas espécies de prorrogação: a prorrogação ampliação de prazo e a prorrogação por reequilíbrio econômico-financeiro. A prorrogação ampliação de prazo é uma figura típica da Lei nº 8.666/93, que prevê três hipóteses previstas no art. 57 dessa norma.

Pelo regime da Lei 8.987/1995, além da prorrogação ampliação de prazo, será inerente aos contratos de concessão outra possibilidade de prorrogação contratual: aquela decorrente não do simples adiamento do termo final originalmente pactuado, com o intuito de evitar uma solução de continuidade na prestação de serviços públicos, mas, adicionalmente, enquanto ferramenta de reequilíbrio econômico-financeiro da concessão. Em contraposição à prorrogação ampliação de prazo e à prorrogação por reequilíbrio econômico-financeiro, discutidas acima, a prorrogação antecipada contém uma nítida carga de renovação objetiva do contrato administrativo, quer dizer, por meio dela opera-se a contratação de uma nova relação entre encargos e contrapartidas, que pode até mesmo extinguir e substituir o arranjo anterior, muito especialmente quanto ao conteúdo contratual referente aos investimentos sob responsabilidade da concessionária. Desse modo, há extinção e inauguração de uma nova relação contratual entre as mesmas partes, ou, no mínimo, alteração muito relevante do seu conteúdo, mantendo-se a similaridade do objeto contratual inicial.

Após a contextualização do pano de fundo, discute-se a nova Lei de Portos, Lei nº 12.815/2013, que ao dispor sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários, previu a prorrogação antecipada segundo os termos do art. 57, §§1º e 3º. Em seguida, o artigo tratou dos instrumentos normativos voltados a possibilitar a prorrogação antecipada no setor portuário: (i) a Portaria nº 349/2014/SEP/PR; (ii) a Resolução nº 5.408/2017-ANTAQ e (iii) a Resolução ANTAQ nº 5.464/2017. Além disso, foram analisadas duas decisões do TCU em que foram avaliadas as prorrogações antecipadas: (i) o Acórdão nº 2.200/2015, e (ii) o Acórdão 989/2017, onde é possível observar que a corte fiscalizadora não afasta a viabilidade jurídica da prorrogação antecipada, limitando-se a recomendar instrumentos regulatórios para a adequada aplicação do instituto.

Por fim, o artigo se debruçou sobre outros instrumentos normativos que já possibilitavam a prorrogação antecipada dos contratos de concessão. Primeiramente, observou-se que mesmo antes do advento da MP nº 752/2016, posteriormente convertida pela Lei nº 13.448/2017, a prorrogação dos contratos de concessão – sem a expressa qualificação de prorrogação antecipada – já era tratada pelo Ministério do Transporte (MT) e pela ANTT como um mecanismo fundamental de aceleração dos investimentos no setor ferroviário. No contexto do extinto Programa de Investimento em Logística (PIL), a Portaria 399/ do Ministério dos Transportes estabeleceu

as diretrizes a serem observadas pela ANTT para a prorrogação dos contratos de concessão de ferrovias em decorrência da realização de novos investimentos na malha ferroviária.

Posteriormente, a ANTT publicou a Resolução nº 4.975/2015, estipulando os procedimentos e as diretrizes para a repactuação das concessões ferroviárias no caso de manifestação de interesse da própria concessionária. Tanto a Portaria nº 399/2015 quanto a Resolução nº 4.975/2015 apoiam-se em resoluções do Conselho Nacional de Desestatização, a saber, Resoluções nº 12/CND e nº 16/CND. O artigo ainda se debruça sobre a possibilidade de prorrogação antecipada apresentada pela Lei 13.448/2017 e sua aplicação nos contratos de parceria positivada pela Lei 13.334/2016, a qual converteu a Medida Provisória 727/2016 e criou o Programa de Parcerias de Investimentos – PPI.

Conclui-se que a prorrogação antecipada dos contratos de concessão (e assemelhados, tais como o arrendamento de terminais portuários) em transportes e logística é novo instituto de direito administrativo que veio para ficar no ordenamento jurídico brasileiro. Sem embargo de seus requisitos específicos, variáveis de setor para setor, e conforme normas regulamentares editadas pelas agências reguladoras, formaliza-se mediante termo aditivo dos contratos vigentes, celebrado antes do advento do termo final originalmente pactuado, como resultado de um procedimento administrativo complexo pelo qual Poder Concedente e concessionária negociam e repactuam novas condições de prestação de serviços especialmente atinentes às obrigações de investimento a cargo do particular.

## CAPÍTULO 1

### Infraestrutura de transportes brasileira e seus impactos para a logística das empresas

Priscila Laczynski de Souza Miguel  
Manoel de Andrade e Silva Reis

#### 1.1 Introdução

---

O Brasil é um país de dimensões continentais e que apresenta um potencial de demanda crescente em diferentes regiões. Não obstante, o país sofre com carência de infraestrutura logística, que dificulta o fluxo de mercadorias entre a origem dos produtos e serviços e o consumidor e, conseqüentemente, resulta em tempos mais longos, custos mais elevados e falta de produtividade e eficiência nas cadeias de suprimentos.

O Brasil aparece na 81ª posição do ranking de competitividade produzido pelo Fórum Econômico Mundial (WEF, 2016) e no 55º lugar no índice de desempenho logístico do Banco Mundial (Worldbank LPI, 2016). Em ambos os casos, a nossa infraestrutura é um dos pilares avaliados e revela a necessidade de enormes investimentos para o desenvolvimento do país. Diversos estudos realizados (CNT, 2017; IPEA) apontam para a insuficiência e baixa qualidade de nossas rodovias, ferrovias, hidrovias, portos e aeroportos.

Este capítulo pretende contribuir para este debate avaliando como a infraestrutura de transportes brasileira impede o aumento de eficiência, eficácia e produtividade das organizações, privadas e públicas, e reforça a necessidade de uma proposta integrativa e abrangente para investimentos no setor.

#### 1.2 A Importância da Infraestrutura Logística para a Competitividade das Organizações

---

A literatura de Administração de Empresas, em especial, o campo da estratégia, reforça a importância das empresas em obter vantagem competitiva, isto é, superar a atuação dos concorrentes no mercado (Brito e Brito, 2012; Porter, 1985; Barney, 1991). Para serem competitivas no mercado, as organizações precisam ter claros quais são seus objetivos, quem são seus clientes e que valores serão entregues a esses clientes. O melhor desempenho de uma empresa frente a seus concorrentes acontece por duas vias: por diferenciação, quando a empresa consegue posicionar seus produtos ou serviços como superiores aos de seus concorrentes ou por preço, quando o cliente valoriza o menor custo.

É importante ressaltar que, nessa relação empresa-cliente, existem fluxos de produtos e serviços, bem como de informações e transações financeiras. Esses fluxos precisam ser desenhados e pensados de forma a permitir que a estratégia da empresa seja bem-sucedida. Desta forma, é primordial que as firmas tenham uma boa estratégia de cadeia de suprimento e gerenciem adequadamente tanto os relacionamentos como os processos com fornecedores e clientes (Chopra & Meindl, 2011). As atividades, funções e processos inerentes a esses fluxos e relacionamentos são conhecidos como gestão da cadeia de suprimento ou *Supply Chain Management* (SCM) (Cooper, Lambert e Pagh, 1997; Mentzer et al. 2001).

A infraestrutura tem impacto direto em vários processos relacionados à gestão da cadeia de suprimento. Em primeiro lugar, nas decisões relativas a mercado, na localização de operações e na estratégia de compras. A decisão de uma empresa de atuar local ou globalmente depende diretamente da existência de uma infraestrutura que permita que ela possa entregar produtos para clientes em determinado local. Da mesma forma, uma empresa só poderá considerar comprar de fornecedores globais se ela tiver acesso ao mercado de origem (Hult, Closs. e Frayer, 2013; David, 2017).

O segundo impacto da infraestrutura refere-se à gestão de transportes entre os diversos elos que fazem parte de uma cadeia. O transporte é um componente significativo dos custos de uma empresa, principalmente no caso das empresas globais (Chopra & Meindl, 2011). Ele também define tempo de entrega de um determinado produto e influencia a necessidade de iniciar processos produtivos mais cedo para garantir a satisfação do cliente. Em casos onde há necessidade de uma empresa responder mais rapidamente a seus clientes, ela pode optar por manter estoques em armazéns localizados perto do destino final, garantindo responsividade, mas em detrimento a menores custos.

Para melhorar seu desempenho, a organização precisa avaliar a localização de seus fornecedores e clientes, a infraestrutura existente e os potenciais arranjos entre os diferentes modos de transporte. A escolha do modal mais

adequado depende das características físicas e do valor do produto, do tempo disponível para realizar a entrega, da complexidade da entrega e disponibilidade de prestadores de serviço. Mais recentemente, critérios sócio ambientais foram incluídos, visto que modais de transporte são responsáveis pela emissão de diferentes quantidades de poluentes no meio ambiente (Chopra & Meindl, 2011, David, 2017, Dias, 2012). Na próxima seção, são discutidas as principais características de cada modal.

### 1.3 Modais de Transporte: Vantagens e Desvantagens

---

Existem diferentes modos de transporte disponíveis e organizações normalmente se utilizam de uma combinação entre os mesmos. Estes modais são agrupados em terrestres (rodoviário e ferroviário), hidroviário (navegação marítima de longo curso e cabotagem, fluvial e lacustre), aéreos e dutoviários.

Os modais terrestres são os mais utilizados no país, principalmente o transporte rodoviário, que representa mais de 60% dos casos na matriz de transporte brasileira (CNT, 2018). O transporte por caminhões é o único que permite o fluxo de cargas conhecido como porta-a-porta, na maioria das vezes sem necessidade de manuseio da carga durante o trajeto. Ele apresenta grande competitividade em termos de frete para distâncias curtas e médias e também permite embarques rápidos, sem necessidade de agendamento no longo prazo. Para o transportador, o investimento em frotas não é muito elevado e o caminhão tem acesso a locais mais distantes e com infraestrutura mais precária. Por outro lado, o uso de transporte rodoviário em casos de longa distância deixa de ser competitivo para cargas de baixo valor agregado, em função do custo mais elevado dos fretes e também pela capacidade limitada (tanto em peso como em cubagem) disponível em cada veículo (Chopra & Meindl, 2011, Dias, 2012).

Existem ainda três grandes obstáculos ao transporte rodoviário nos dias de hoje. Os congestionamentos dos grandes centros urbanos têm resultado em novas normas e restrições para a circulação com veículos maiores, sendo necessárias adequações para novos horários e novas vias (Chopra & Meindl, 2011, Dias, 2012). Este é o caso, por exemplo, da cidade de São Paulo. O segundo desafio refere-se ao elevado risco de roubo de cargas em determinadas regiões do país, que tem frequência maior no transporte rodoviário. Por fim, o transporte rodoviário é um dos maiores responsáveis pela emissão dos chamados gases de efeito estufa que prejudicam o meio ambiente. Desta forma, empresas engajadas em projetos socioambientais têm buscado novas alternativas para o transporte dentro do território nacional.

Já o transporte ferroviário, segunda posição na matriz em termos de produção de transporte, é altamente adequado para produtos de baixo valor agregado, grandes volumes e grandes distâncias. Apresenta fretes competitivos para longas distâncias e não é impactado por tráfego de outros veículos, visto que possui trajeto exclusivo. Em termos de meio ambiente, o modal ferroviário tem impacto bastante inferior ao rodoviário, exceto na construção de ferrovias (infraestrutura). Como desvantagem, este transporte é pouco flexível em termos de serviços e horários, exigindo maior planejamento prévio para considerar escalas de trens (carga e descarga). Por não permitir transporte porta-a-porta, o modal ferroviário é altamente dependente do modal rodoviário e esse transbordo entre os modais resulta em maior manuseio na carga e descarga e também em maiores tempos de operação (Chopra & Meindl, 2011, Dias, 2012). O transporte ferroviário é altamente dependente de uma infraestrutura pré-existente e o investimento em ferrovia é alto e de longo prazo. A escolha do melhor trajeto depende de questões geográficas e também ambientais, resultando na necessidade de obtenção de licenças prévias.

O transporte aquaviário divide-se em marítimo, fluvial e lacustre (em lagos). Pode ainda ser classificado como navegação de longo curso, entre portos de diferentes países, e navegação de cabotagem, entre portos de um mesmo país, no nosso caso, ao longo da costa brasileira. Todas as modalidades de transporte aquaviário têm baixo custo operacional e baixas emissões de gases de efeito estufa. Esse modal tem a mais baixa velocidade entre os modais e grande capacidade (Chopra & Meindl, 2011, Dias, 2012). É, portanto, um transporte atraente pelo baixo custo e pelas baixas emissões, mas para produtos de alto valor agregado representa custos elevados de estoques. Cerca de 95% do comércio exterior brasileiro (em tonelagem) passa pelo transporte marítimo de longo curso, pois nas longas distâncias entre continentes, o único outro modo é o aéreo, cujo custo é algumas ordens de magnitude maior. De maneira geral, todas as modalidades do transporte aquaviário são pouco flexíveis, pois dependem da programação de embarcações e terminais fixos. Este modal, como o ferroviário, também depende do rodoviário, visto que cargas são embarcadas em portos.

Considerando o fluxo de mercadorias dentro do território brasileiro, cerca de 5% é relativo a transporte fluvial (principalmente carga geral) e outros 11% correspondem a cabotagem (PLNI, 2015). Embora mais de 60% do que é transportado por cabotagem no Brasil refira-se a granel líquido (PLNI, 2015), muitas empresas têm buscado este modal como um transporte mais eficiente e menos custoso, que não agride tanto o meio ambiente

(PNLI, 2015). No entanto, o uso da cabotagem implica em maiores prazos de entrega e menor flexibilidade do que o modal rodoviário.

As mercadorias podem ser transportadas também pelo modal aéreo, embora este seja o modo de transporte mais caro entre todos. É principalmente utilizado quando o produto tem alto valor agregado e há necessidade de entrega em curto prazo. As cargas são menos sujeitas a manuseio e roubo no transporte aéreo, resultando em menores custos de seguros, principalmente no caso internacional. Apesar disso, o modal aéreo não apresenta flexibilidade de serviços e horários e também depende de caminhões para conectar origem e destino. Apresenta ainda restrição em relação a peso e cubagem em função da baixa disponibilidade de espaço nos aviões. Produtos inflamáveis e perigosos não são regularmente aceitos em transporte aéreo. Normalmente, o transporte aéreo é usado em caráter de urgência por empresas, principalmente se houver risco de ruptura na cadeia (Chopra & Meindl, 2011, David, 2017, Dias, 2012). É também o transporte com maior número de emissões de poluentes (David, 2017).

O último modal de transporte existente no Brasil é o dutoviário, no qual as cargas, em geral líquidas ou gasosas, são transportadas por grandes dutos que interligam pontos a grandes distâncias sem serem notados (Chopra & Meindl, 2011, David, 2017, Dias, 2012). O Brasil possui mais de 25 mil km de dutos que transportam petróleo, gás natural, combustíveis, etanol e minério de ferro. Apesar do alto investimento inicial, o sistema dutoviário tem baixo custo de operação e manutenção e longa vida útil. Não está sujeito a congestionamentos e é um transporte bastante rápido. A maior limitação no uso de dutovias refere-se ao tipo de produto que pode utilizá-las (Chopra & Meindl, 2011, Dias, 2012). Um ponto negativo no caso dos minerodutos é o uso de grandes quantidades de água, utilizada misturada com o minério peletizado para o bombeamento.

Vistas as vantagens e desvantagens de cada tipo de transporte, podemos agora analisar a matriz de transportes brasileira, considerando o fluxo de mercadorias e os principais produtos transportados em nosso país.

## 1.4 Fluxo de Mercadorias e uma Análise da Matriz de Transportes Brasileira

Em 2015, a Empresa de Planejamento Logístico do Brasil (EPL) apresentou estudo determinando a matriz de origem e destino de cargas no país entre as diferentes regiões, conforme apresentado no Quadro 1. As colunas representam a origem do transporte e as linhas, o destino.

**Quadro 1.** Matriz Origem Destino de Carga (Em mil toneladas)

|              | Norte     | Nordeste  | Sudeste    | Sul       | Centro-Oeste | Exterior   |
|--------------|-----------|-----------|------------|-----------|--------------|------------|
| Norte        | 30.308,70 | 31.304,70 | 13.160,00  | 6.414,60  | 3.922,90     | 159.281,10 |
| Nordeste     | 10.046,20 | 67.124,50 | 44.437,20  | 17.869,10 | 8.198,50     | 34.783,50  |
| Sudeste      | 18.067,50 | 54.179,80 | 419.012,40 | 82.345,20 | 39.070,30    | 326.806,40 |
| Sul          | 7.887,50  | 20.232,60 | 75.530,70  | 99.691,20 | 13.504,10    | 57.665,50  |
| Centro-Oeste | 8.240,10  | 13.030,40 | 40.286,60  | 20.412,40 | 26.536,90    | 45.189,70  |
| Exterior     | 8.946,10  | 25.528,60 | 65.537,80  | 25.247,30 | 5.983,10     | 406,20     |

Fonte: PNLI (2015)

A análise do Quadro 1 reforça a importância da região Sudeste como principal ponto de origem das cargas tanto para o mercado doméstico como ponto de saída para a exportação. Pode-se verificar ainda um significativo fluxo de mercadorias para as regiões Sul e Nordeste, havendo então necessidade de infraestrutura de qualidade entre as diversas regiões do país e um sistema de escoamento de exportação/importação efetivo para atender mercados estrangeiros ao mesmo tempo que permite o recebimento de produtos importados.

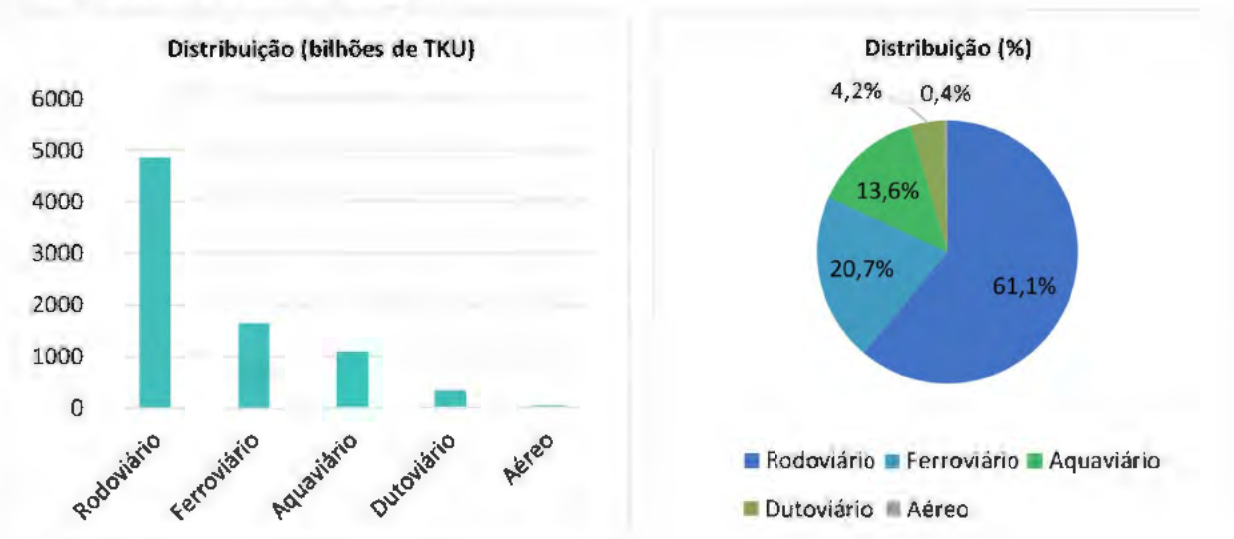
Outro ponto importante que pode ser obtido da análise do quadro 1 refere-se às distâncias percorridas entre origem e destino. Em geral, uma boa parcela do que é produzido em determinada região é consumida na própria região, como é o caso do Nordeste (37%), Sudeste (45%) e Sul (36%), mas mais da metade tem como destino outras regiões ou o exterior. Sendo o Brasil um país de dimensões continentais, isto implica em longas distâncias a serem percorridas.

Outra deficiência em nossa matriz refere-se ao aproveitamento do transporte nos fluxos inversos. Em muitos casos, transportadores retornam com seus veículos vazios por não terem um fluxo inverso compatível com a carga de ida. Neste caso, o custo do frete considera também esta subutilização do transporte, resultando em maiores custos para o embarcador da mercadoria e mais ineficiência para todo o sistema de transporte, visto que há

consumo de combustível, utilização da infraestrutura instalada e necessidade de manutenção de frota e de infraestrutura.

A matriz brasileira de transporte tem forte ênfase no modal rodoviário, seguido pelos modais ferroviário, aquaviário, dutoviário e aeroportuário, conforme ilustrado no gráfico 1.

**Gráfico 1. Matriz brasileira de transportes**

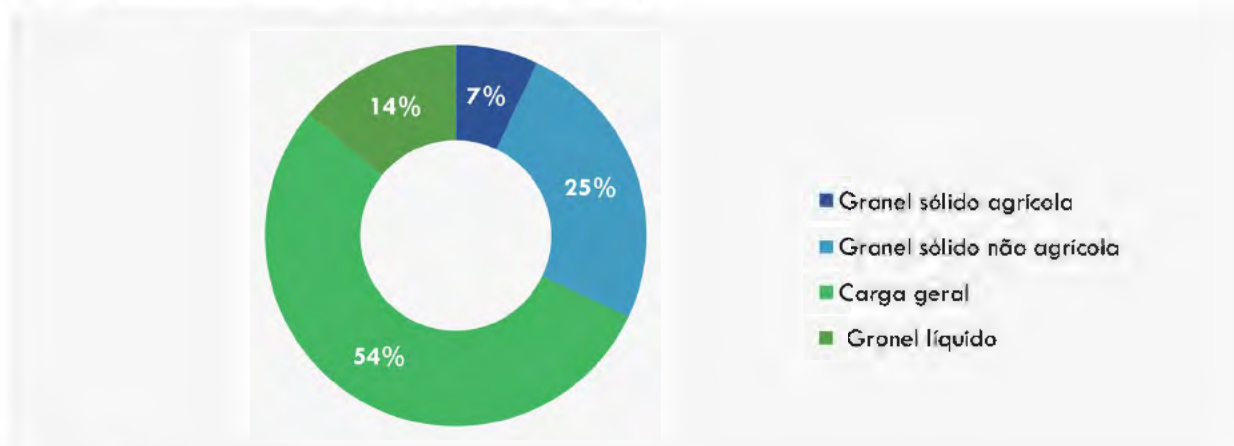


Fonte: CNT, 2018

De acordo com o estudo do PNLI (2015) sobre fluxos de carga no Brasil, 73% do que é transportado por modal rodoviário no Brasil é carga geral, sendo o restante, produtos a granel (6% produtos agrícolas, 5% graneis líquidos e outros 16% produtos a granel sólido, mas não agrícola). Já em relação à carga transportada por modal ferroviário, têm-se que 81% são relativos ao transporte de produtos a granel sólido não agrícola, especialmente minério de ferro, enquanto 14% referem-se a grãos. O transporte hidroviário divide-se entre carga geral (47%) e carga a granel sólido não agrícola. O uso da cabotagem é preferencialmente usado para carga granel líquida (61%) e carga geral (36%).

O total de cargas movimentadas pelo país também pode ser analisado em termos de tipos de produtos. Do total de movimentações, aproximadamente 46% correspondem a produtos a granel, que em geral são commodities, de baixo valor agregado e grandes volumes. Como vimos, para estes produtos, o transporte ideal seria o ferroviário ou o hidroviário. Em relação à carga geral, seria necessário fazer um estudo mais detalhado do que consiste este tipo de carga para avaliar o melhor modal em função das características dos produtos. Não obstante, a simples análise da matriz de origem destino nos permite concluir que as mercadorias percorrem longas distâncias e o frete rodoviário acaba sendo pouco competitivo e encarece o custo do produto final ao consumidor (EPL, 2015).

**Gráfico 2. Fluxo de mercadorias por tipo (dados em TKU)**



Fonte: PNLI (2015)

A simples análise anterior já nos permite afirmar que existe necessidade urgente do país investir em uma infraestrutura de transporte mais adequada, tornando a matriz de transporte mais equilibrada, de forma a reduzir custos e minimizar o custo logístico total. Isto permitirá reduzir o custo do produto final ao consumidor e tornar nossas empresas mais competitivas também no cenário internacional.

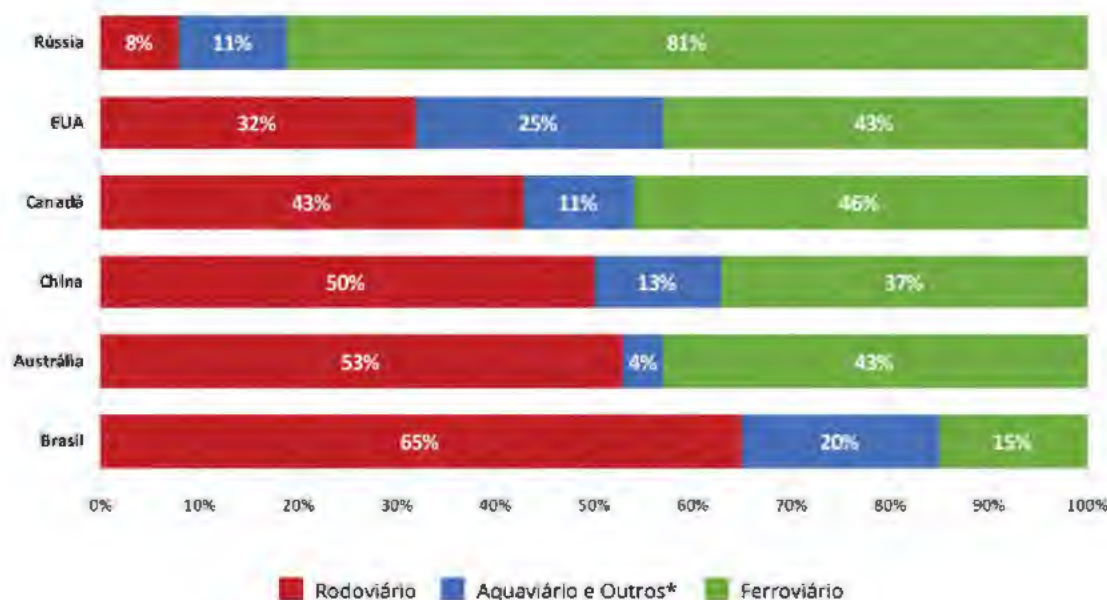
Mas o problema não é só este. Há ainda a necessidade de investir pesado para aumentar a qualidade e a malha da infraestrutura atual, conforme discutido no próximo tópico.

## 1.5 Análise da Infraestrutura de Transporte no Brasil e Comparação com Outros Países

A infraestrutura logística brasileira carece de consistência em planejamento e no que tange a investimentos e características das vias de transporte terrestre, hidrovias, portos, terminais e armazéns. Do ponto de vista de planejamento, o processo é altamente pulverizado, quase sempre sem uma visão integrada do país, suas regiões, áreas produtivas e prioridades, frente às necessidades mais prementes e de maior impacto. Há, porém, alguns planos mais recentes com maior abrangência e que podem ser considerados adequados, como é o caso do plano de construção e operação de ferrovias. No entanto, a regulação, fator de suprema importância para a viabilização dos projetos, através da participação da iniciativa privada, tem sido tratada de maneira errática, inibindo fortemente o seu avanço.

Conforme o Gráfico 3, a matriz brasileira de transporte comparada à de países de porte e recursos semelhantes como Rússia, Estados Unidos e Canadá apresenta uma deficiência de participação ferroviária e um excesso de participação rodoviária no transporte de cargas. Esse desequilíbrio se traduz em altos custos logísticos, especialmente no transporte das commodities, tornando a economia brasileira mais onerosa e menos competitiva.

**Gráfico 3.** Participação relativa<sup>1</sup> de cada modal (ferroviário, rodoviário e aquaviário) no sistema de transportes de diferentes países em 2015



\* Outros modos incluem o transporte de cargas dutoviário e aéreo.

Fonte: Elaborado a partir do PSTM (MT/MCid, 2013) e do Panorama 2015 – Transporte inter-regional de carga no Brasil (EPL, 2016)

Fonte: SEEG (2018)

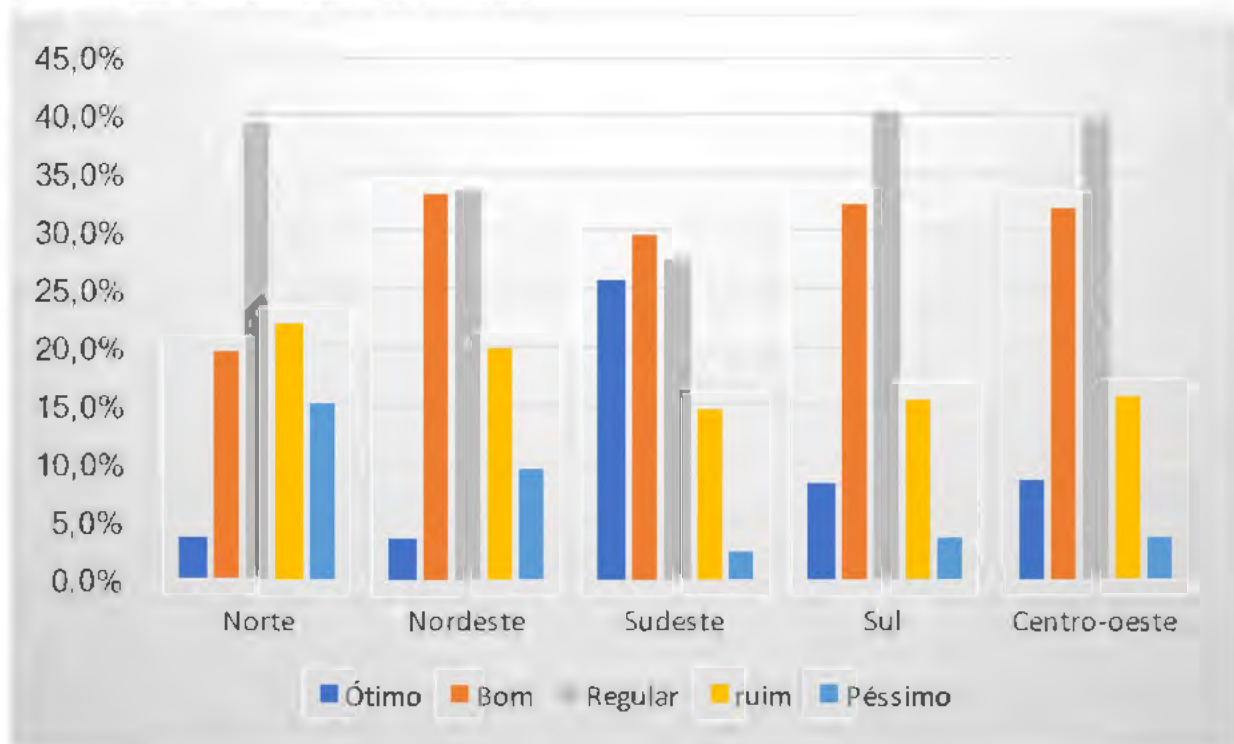
A excessiva utilização do modal rodoviário em detrimento dos modais ferroviário e aquaviário, nos transportes internos de cargas do país, traz custos mais elevados e, em especial, a sobrecarga na malha rodoviária,

cujas condições tendem a piorar devido ao aumento no tráfego de caminhões e aos baixos investimentos em manutenção, ampliando os índices de acidentes.

### 1.5.1 Transporte Rodoviário

A malha rodoviária brasileira tem uma extensão total de cerca de 1,72 milhão de km, dos quais somente 12,2% são pavimentados (CNT, 2017). O estado geral das estradas, por região, expressa no Gráfico 4, indica que, apesar do transporte rodoviário de cargas representar grande parte da produção (TKU) de transportes do país, o estado geral das mesmas é deteriorado, com predomínio de rodovias em estado regular e com elevada participação de rodovias em estado ruim. A região Sudeste apresenta condições melhores do que as demais.

**Gráfico 4.** Estado Geral das Rodovias Brasileiras



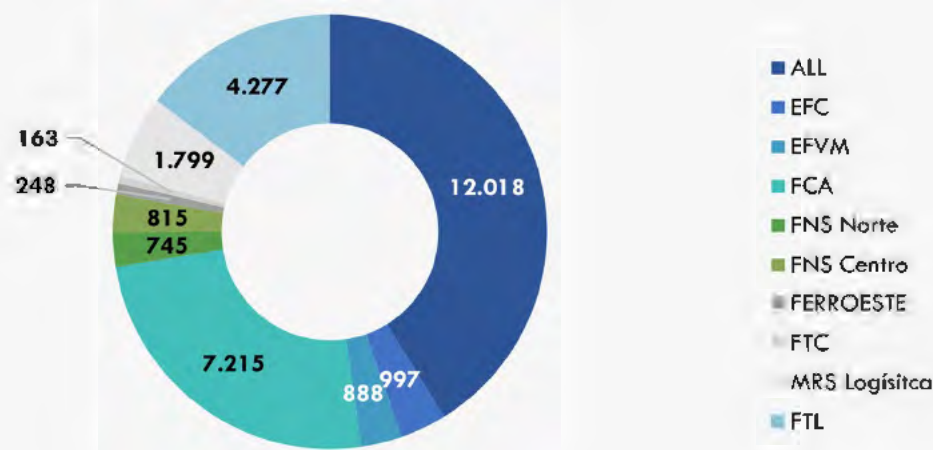
Fonte: CNT (2017)

### 1.5.2 Transporte Ferroviário

O transporte ferroviário é um modal essencial para o Brasil, tendo em vista sua extensão territorial do país e sua vocação para a produção distribuição e exportação de commodities agrícolas e minerais, produtos de grande volume, baixo valor agregado e que são transportadas a grandes distâncias, por serem produzidas nas regiões mais a oeste do país. Esse tipo de produto necessita transporte de baixo custo, de forma que o custo logístico total agregado aos mesmos não reduza, de forma expressiva, sua competitividade, em especial nos mercados internacionais.

O Gráfico 5 mostra a extensão das várias ferrovias brasileiras de longa distância, num total de 29.165 km. Desse total, 75,9% (22.122 km) é de bitola larga (1,60 m), 22,4% (6.553 km) de bitola estreita (1,00 m) e 1,7% (510 km) de bitola mista (CNT, 2017). A existência de duas bitolas distintas é um dos limitadores do sistema ferroviário brasileiro, por impedir a integração física direta entre elas. Isso é compensado parcialmente pelo uso de bitola mista (três trilhos) que permite tal integração, mas é bastante limitada pois somente pode ser implantada em ferrovias de bitola larga e a sua atual disponibilidade é irrisória.

**Gráfico 5.** Extensão das ferrovias<sup>2</sup> brasileiras (km)

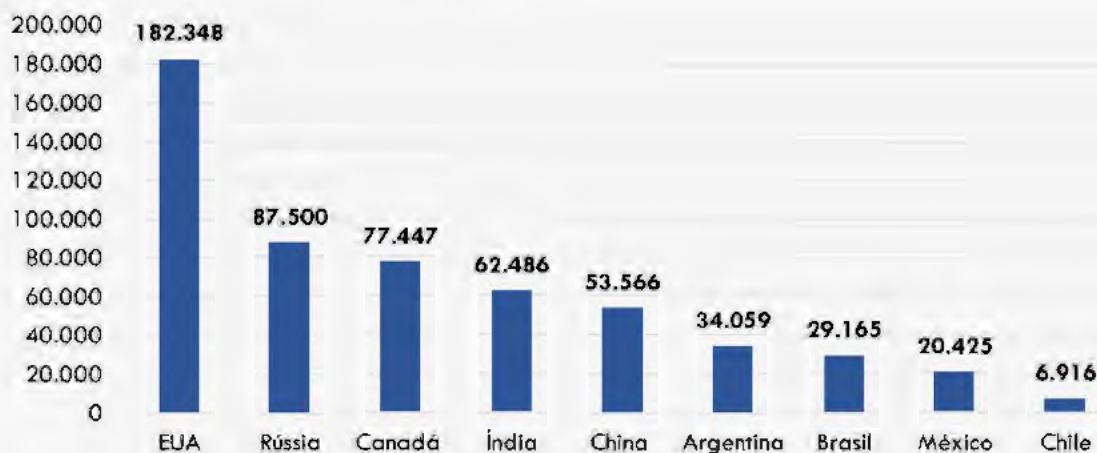


Fonte: CNT (2017)

Na comparação com outros países a extensão total das ferrovias brasileiras é bastante baixa, como pode ser notado no Gráfico 6.

O Plano Federal de construções ferroviárias tem por objetivo a construção de cerca de 10 mil km de novas vias, a quase totalidade em bitola larga. Tem por prioridades as ferrovias de integração: Ferrovia Norte Sul, futura espinha dorsal do sistema brasileiro, desde o Pará até o Rio Grande do Sul (4.156 km); Transnordestina, importante futura conexão da Ferrovia Norte Sul com os portos de Pecém (CE) e Suape (PE) (1.728 km); FIOI – Ferrovia de Integração Oeste-Leste (1.527 km), que irá interligar Ilhéus (BA) à Ferrovia Norte Sul. Outro projeto importante é a Ferrogrão, em processo de licitação, que deve conectar Sinop (MT) ou Lucas do Rio Verde (MT) a Itaituba (PA), com 1.142 km, com capacidade para escoar 42 milhões de toneladas por ano de produtos agrícolas, para o Porto de Miratubá (PA) no Rio Tapajós.

**Gráfico 6.** Extensão das ferrovias de diversos países (km)



Fonte: Elaborado pelos Autores (2017)

### 1.5.3 Transporte Aquaviário

O transporte aquaviário é composto do fluvial e do marítimo, sendo que o marítimo se divide em cabotagem (navegação ao longo da costa) e longo curso (navegação entre países distintos). É um modal essencial para o Brasil, tanto nas movimentações de cargas internas quanto nas internacionais. Cerca de 95% de nossas transações internacionais são realizadas através do transporte marítimo.

Cumprir notar que a via marítima é natural e tem custo zero, exceto pela necessidade da existência dos portos, que devem ser eficientes para o adequado aproveitamento do potencial da via. Já o transporte fluvial exige

investimentos substanciais na via, além da necessidade de portos eficientes.

O Quadro 2 apresenta as toneladas de cargas movimentadas pelo transporte aquaviário no Brasil nas suas modalidades longo curso, cabotagem e fluvial, nos anos de 2011 e 2016. O total movimentado cresceu 12,8% de 2011 a 2016 e as proporções entre as modalidades permaneceu relativamente constante.

**Quadro 2.** Cargas transportadas pelo modal aquaviário em 2011 e 2016

| Ano  |              | Longo Curso | Cabotagem | Fluvial | Total  |
|------|--------------|-------------|-----------|---------|--------|
| 2011 | Milhões de t | 657,5       | 192,6     | 31,1    | 881,2  |
|      | %            | 74,6%       | 21,9%     | 3,5%    | 100,0% |
| 2016 | Milhões de t | 741         | 212,6     | 40,1    | 993,7  |
|      | %            | 74,6%       | 21,4%     | 4,0%    | 100,0% |

Fonte: CNT (2017)

### 1.5.3.1 Transporte Fluvial

Apesar do país possuir a terceira maior rede de rios do mundo, conforme o Quadro 2, a participação do transporte fluvial na matriz brasileira de transporte é reduzida, por falta de obras nos rios, especialmente de eclusas para a transposição de embarcações nas inúmeras barragens do país. A Figura 7 mostra as principais bacias hidroviárias brasileiras e as escassas 17 barragens com eclusas, dentre o grande número de barragens existentes no país para geração de energia hidrelétrica ou regularização. Houve, de fato, um grande descuido do Governo Federal com a preparação dos rios brasileiros para a navegação. Chama atenção o fato de o modal fluvial ser o de maior capacidade e de menor custo, se comparado ao ferroviário e ao rodoviário.

**Figura 1.** Principais hidroviárias e eclusas brasileiras



Fonte: CEGN

O Brasil possui uma rede fluvial economicamente navegável de 22.037 km, sendo que as principais hidroviárias, segundo levantamento realizado pela ANTAQ (2014), são: Amazônica (17.651 km), Tocantins-Araguaia (1.360 km), Paraná-Tietê (1.359 km), Paraguai (591 km), São Francisco (576 km), Sul (500 km). Conforme o Quando 2, a participação do modal fluvial no transporte aquaviário de cargas no Brasil é da ordem de 4%.

### 1.5.3.2 Transporte Marítimo de Cabotagem

A costa brasileira tem uma extensão de 7.367 km e a cabotagem corresponde à navegação ao longo da mesma, operando, também, ao longo do Rio Amazonas até Manaus, um acréscimo de cerca de 1.600 km. Conforme o Quadro 2, a cabotagem é responsável por cerca de 22% da carga movimentada pelo modal aquaviário.

A cabotagem tem evoluído nos últimos anos, especialmente no transporte de contêineres e certamente seu desenvolvimento mais expressivo deverá trazer no futuro uma substancial redução dos custos logísticos e um alívio no excessivo uso das rodovias nas movimentações norte-sul de cargas no país.

### 1.5.3.3 Transporte Marítimo de Longo Curso

Conforme já citado, o transporte marítimo é responsável por cerca de 95% da movimentação, em toneladas, das cargas do comércio exterior brasileiro. Essa expressiva participação realça a sua importância para a economia do país e torna-se ainda mais importante pelo fato de o comércio exterior brasileiro necessitar de um crescimento urgente e substancial, tendo em vista que o mesmo representa cerca de 1,5% do comércio exterior mundial e sua economia em torno de 3,0% da mundial. Pode-se dizer que o Brasil comercializa internacionalmente cerca de metade do que poderia em vista do porte de sua economia.

### 1.5.3.4 Portos

O Brasil possui um grande número de portos marítimos, mas um pequeno número deles responde por mais de 50% da movimentação de cargas aquaviárias, em particular nas regiões Sul e Sudeste do país. Isso se dá pela excessiva concentração do PIB brasileiro nessas regiões.

Do total de cargas movimentadas em 2016, mostradas no Quadro 2, 63% foram graneis sólidos, 22% graneis líquidos, 10% contêineres e 5% carga geral solta (WebPortos, 2017).

### 1.5.4 Intermodalidade

Considerados os modais de transporte, é importante lembrar que a integração entre os mesmos é fator essencial para o bom desempenho do processo logístico. A intermodalidade, caracterizada como a utilização de diversos modais para uma mesma carga, na medida das melhores características de cada um para cada problema e trecho específico, busca reduzir custos e aumentar a eficiência do processo de transporte.

Para a prática da intermodalidade é necessária a existência de terminais intermodais, que devem ser tão eficientes e eficazes quanto os modais que atendem.

A implementação dos novos sistemas de transporte descritos no Brasil trará oportunidades significativas de aumento dos processos intermodais, com as consequências positivas a respeito.

Hoje o país já possui alguns sistemas intermodais com resultados bastante bons. Um deles é utilizado para o escoamento de soja do Mato Grosso para exportação através do transporte rodoviário pela BR 362 até o porto de Porto Velho, armazenagem em silos verticais de grande porte, transferência para barcaças que descem o Rio Madeira em comboios de até 32 mil toneladas, chegando ao porto de Itacoatiara no Rio Amazonas. Ali, a soja é armazenada em silos horizontais e em seguida embarcada em navios marítimos de grande porte para exportação. Esse processo permitiu redução da ordem de 30% dos custos logísticos totais de exportação.

## 1.6 Considerações Finais

---

A infraestrutura logística brasileira é insuficiente para as necessidades do país, fazendo com que tenhamos uma baixa competitividade frente aos concorrentes. Há, no entanto, um conjunto de providências em desenvolvimento que devem melhorar este processo, mas, diante da concorrência e da velocidade com que caminham os processos mundiais, é necessário que isso tudo seja acelerado de forma expressiva, para que o Brasil não perca, mais uma vez, as oportunidades à vista.

A iniciativa privada tem recursos e quer investir em infraestrutura logística, mas para sua entrada efetiva, em especial na implantação e operação de ferrovias, é necessário que o processo regulatório seja estabelecido de forma adequada, confiável e perene. Existe ainda necessidade de avaliar a infraestrutura logística do país de forma integrada, avaliando como os diferentes modais podem ser inter-relacionados. Para desatar os gargalos de desenvolvimento, é necessário analisar as características de demanda e oferta de produtos, questões regulatórias, acesso a plataformas e portos, questões ambientais e também o fluxo inverso do transporte. Só assim será possível

melhorar nossa posição nos rankings internacionais e aumentar a produtividade das empresas embarcadoras, reduzindo o chamado custo Brasil.

## Referências

---

CHOPRA, S.; MEINDL, P. *Gestão da Cadeia de Suprimentos: Estratégia, Planejamento e Operações*. 64ª edição. São Paulo: Pearson, 2016.

CNT (2017) – Confederação Nacional do Transporte. *Anuário do Transporte. Estatísticas Consolidadas*.

CNT (2018) – Boletim Estatístico CNT. Maio 2018. Disponível em: <http://www.cnt.org.br/Boletim/boletim-estatistico-cnt>

DAVID, Pierre. *Logística Internacional*. São Paulo: Cengage Learning, 2017.

DIAS, M.A., *Logística, Transporte e Infraestrutura*. São Paulo: Atlas, 2012.

HULT, T.; CLOSS, D.; FRAYER, D. *Global Supply Chain Management Leveraging processes, measurements and tools for strategic corporate advantage*. McGraw Hill. 2013.

LPI (2016) Logistics Performance Index. Disponível em: <https://lpi.worldbank.org/international/global>

PNLI (2015) Transporte Interregional de carga no Brasil. Panorama 2015. Disponível em <http://www.PLNI.gov.br/matrizes-do-transporte-inter-regional-de-carga-no-brasil> Acesso em 09/10/2017.

PNLT (2011) Plano Nacional de Logística e Transporte. *Projeto de Reavaliação de Estimativas e Metas do PNL*. Ministério dos Transportes - Secretaria de Política Nacional de Transportes – SPNT/MT

SEEG (2018), Emissões dos Setores de Energia, Processos Industriais e Usos de Produtos. Observatório do Clima / Instituto de Energia e Meio Ambiente.

WebPortos (2017), Secretaria Nacional de Portos. Disponível em: <https://webportos.labtrans.ufsc.br/Brasil/Movimentacao>

WEF (2016) The Global Competitiveness Report 2015-2016. Disponível em: <http://reports.weforum.org/global-competitiveness-report-2015-2016/>

---

<sup>1</sup> Para efeito desta análise foram desconsiderados os modais dutoviário e cabotagem. Portanto, os valores percentuais são relativos somente à quantidade de TKUs movimentada pelos modos rodoviário, ferroviário e hidroviário. A participação relativa do modo rodoviário (58%) não deve ser confundida com o percentual da divisão modal estimado para 2011 (52%), pois este valor é relativo ao conjunto de todos os modais (incluindo o dutoviário e cabotagem).

<sup>2</sup> ALL - América Latina Logística, EFC - Estrada de Ferro Carajás, EFVM - Estrada de Ferro Vitória Minas, FCA - Ferrovia Centro-Atlântica, FNS S/A - Ferrovia Norte-Sul Tramo Norte, FNS (VALEC) - Ferrovia Norte-Sul Tramo Central, FERROESTE - Estrada de Ferro Paraná Oeste, FTC - Ferrovia Tereza Cristina, MRS Logística e FTL - Ferrovia Transnordestina Logística

## CAPÍTULO 2

### Concessões de transporte no Brasil: histórico recente do setor e a importância da análise de riscos

Edson Daniel Lopes Gonçalves  
Patrícia Naccache Martins da Costa

#### 2.1. Introdução

Em meados de 2017, o governo federal anunciou 57 projetos envolvendo privatização e concessão de empresas estatais. Apesar da repetição de projetos, já elencados até em governos anteriores, tratou-se de iniciativa louvável por uma série de razões.

Do ponto de vista macroeconômico, a despeito das melhoras em alguns indicadores como expectativa de inflação, projeções de PIB e taxa de juros, a situação do país ainda merece sérios cuidados – neste sentido, a arrecadação estimada em pacotes como esse é fundamental para o fechamento das contas públicas. Sob a ótica microeconômica, as potenciais melhorias de gestão nas companhias, sob a iniciativa privada e com metas claras a serem cumpridas, devem beneficiar milhões de brasileiros, consumidores dos serviços de transporte e, também, as companhias usuárias de nossa cadeia logística, que se encontram em um nível de qualidade incompatível com as necessidades de crescimento de um país como o Brasil.

Apesar dos benefícios oriundos de um programa desta natureza, alguns cuidados são necessários no tocante ao desenho dos processos de atribuição e com relação a uma adequada regulação econômica e estrutura de governança dentro dos setores disponibilizados à iniciativa privada. Com relação ao desenho das concessões e privatizações, uma avaliação e alocação de riscos robusta é o primeiro requisito, de modo que ambas as partes, pública e privada, possam ter ciência dos possíveis cenários adversos, das probabilidades envolvidas e se é possível a contratação de seguros e outros mecanismos de proteção, bem como os custos envolvidos.

Dentro do setor de transportes e infraestrutura logística, temos bons e maus exemplos. O objetivo deste artigo é apresentar boas e más práticas nas concessões de transportes no Brasil, apontando os principais riscos envolvidos em projetos desse setor. Assim, a próxima sessão apresenta um *overview* das recentes concessões de transportes no país. Em seguida, a sessão 3 aponta as boas práticas observadas. Depois, são apresentados exemplos de concessões que não lograram êxito em diversos aspectos e que envolveram integração logística, como o caso da ferrovia Açailândia-Barcarena com o porto de Vila do Conde. Para tal, apresenta-se inicialmente um breve histórico das concessões ferroviárias no país, de modo que os principais riscos relacionados a investimentos em transportes possam ser apontados. Por fim, o artigo conclui com uma agenda para atração de investimentos no Brasil, com destaque para adoção permanente de boas práticas para avaliação e gestão de riscos nos projetos.

#### 2.2. Recentes Concessões de Transportes no Brasil

Dentro do pacote anunciado pelo governo federal em 2017, no âmbito dos setores ligados a transportes e infraestrutura logística estavam listados 14 aeroportos, 15 terminais portuários e 2 rodovias, além da venda de participações da Infraero.

Em junho último, foi divulgado o cronograma para a concessão dos aeroportos, cujo leilão está previsto para o 1º trimestre de 2019. O aeroporto de Congonhas, inicialmente incluído no pacote, foi retirado ao final de 2017. As concessões previstas estão divididas em três blocos – Nordeste, Centro-Oeste e Sudeste, com modelo de concessão por maior outorga, e lances mínimos somados chegando a mais de 400 milhões de reais.

Dos 15 terminais portuários, 10 têm seu leilão previsto para 2019. Os leilões dos três terminais de GLP do Porto Miramar (PA) foram realizados em abril de 2018, e um deles, com leilão vazio, terá seu edital refeito. Por fim, o terminal de fertilizantes do Porto de Itaqui, no Maranhão, estava planejado para o segundo trimestre de 2018, mas ainda não aconteceu.

Com relação às duas rodovias previstas no pacote, os leilões estão previstos para 2019. O Quadro 3 a seguir apresenta um resumo da atual situação dos projetos previstos no pacote anunciado em 2017.

**Quadro 3.** Situação das concessões previstas no pacote de 2017

| Aeroportos | Situação |
|------------|----------|
|------------|----------|

|                                                                                                           |                                                                                                                                                             |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Congonhas                                                                                                 | Cancelado                                                                                                                                                   |
| Região Nordeste: Recife, Maceió, João Pessoa, Aracaju, Campina Grande e Juazeiro do Norte                 | Lance mínimo: R\$ 360,44 milhões. Consulta pública realizada em julho/2018. Leilão previsto para 1º trimestre de 2019.                                      |
| Região Centro-Oeste: Cuiabá, Rondonópolis, Sinop, Barro do Garças e Alta Floresta                         | Lance mínimo: R\$ 10,38 milhões. Consulta pública realizada em julho/2018. Leilão previsto para 1º trimestre de 2019.                                       |
| Região Sudeste: Vitória e Macaé                                                                           | Lance mínimo: R\$ 66,81 milhões. Consulta pública realizada em julho/2018. Leilão previsto para 1º trimestre de 2019.                                       |
| <b>Terminais Portuários</b>                                                                               | <b>Situação</b>                                                                                                                                             |
| Terminais de GLP no Porto Miramar/PA                                                                      | Edital lançado no 1º trimestre de 2018 e leilão realizado em abril.                                                                                         |
|                                                                                                           | MIR 01: Vencedora Bahiana (Grupo Ultragás). Valor de outorga: R\$ 300.162,30                                                                                |
|                                                                                                           | BEL 05: vencedora Liqigás. Valor de outorga: R\$ 100.000,00                                                                                                 |
|                                                                                                           | BEL 06: Leilão de abril deserto. Novo edital deverá ser publicado pela Companhia Docas do Pará.                                                             |
| Terminais Portuários de Granéis Líquidos no Porto de Belém/PA (BEL 02A, BEL 02B, BEL 04, BEL 08 e BEL 09) | Edital lançado no 4º trimestre de 2018 e leilão previsto para o 2º trimestre de 2019.                                                                       |
| Terminais Portuários de Grãos no Porto Paranaguá/PR (PAR 07, PAR 08 e PAR XX)                             | Em fase de estudos. Leilão sem previsão definida.                                                                                                           |
| Terminal Agrovía no Porto de SUAPE/PE                                                                     | Estuda de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental (EVTEA) sendo feito pela ANTAQ. Aditivo contratual previsto para 4º trimestre de 2018                  |
| Terminal de Fertilizantes no Porto de Itaqui/MA COPI (Prorrogação)                                        | EVTEA sendo feito pela ANTAQ para estudar viabilidade da prorrogação. Aditivo contratual estava previsto para 2º trimestre de 2018 mas ainda não aconteceu. |
| Terminal Portuário de Granéis Líquidos no Porto de Vitória/ES                                             | Edital lançado no 4º trimestre de 2018 e leilão previsto para o 1º trimestre de 2019.                                                                       |
| Terminal Portuário de Granéis Líquidos no Porto Vila do Conde/PA (VDC 12)                                 | Edital lançado no 4º trimestre de 2018 e leilão previsto para o 1º trimestre de 2019.                                                                       |
| <b>Rodovias</b>                                                                                           | <b>Situação</b>                                                                                                                                             |
| Rodovia BR 153/GO/TO                                                                                      | Estudos em andamento. Leilão previsto para 4º trimestre de 2019.                                                                                            |
| Rodovia BR 364/RO/MT                                                                                      | Sem nenhum avanço. Leilão previsto para 4º trimestre de 2019                                                                                                |

Fonte: PPI, elaboração própria.

Além desse pacote de concessões, em 2018 ocorreu, incluso no Programa de Parcerias de Investimentos (PPI) – Programa Crescer, criado em 2016 durante a administração do Presidente Temer, o leilão da Rodovia de Integração do Sul, que vai da divisa dos estados do Rio Grande do Sul até Passo Fundo, passando por Porto Alegre, e une trechos das BR-101/290/386 e 448. Para 2019 estão previstos o projeto das BRs-364/365 de Uberlândia (MG) a Jataí (GO).

Com relação ao setor ferroviário, também no âmbito do PPI estão inclusos três projetos: a Ferrovia de Integração Oeste-Leste (FIOL), a Norte-Sul e a Ferrogrão. O trecho da FIOL a ser concedido inclui 537 km entre as cidades de Ilhéus e Caetité, na Bahia. O projeto está em fase de estudos e tem seu leilão previsto para o início de 2019. Ainda em 2018, para o quarto trimestre, estão agendados os leilões da Norte-Sul – que prevê trecho a ser concedido entre Tocantins e São Paulo, das cidades de Porto Nacional até Estrela D'Oeste, com valor mínimo de R\$1,097 bilhão – e o da Ferrogrão, do Mato Grosso ao Pará, com prazo de 65 anos de concessão e que já está em fase de consulta pública. Foram ainda incluídas mais recentemente no PPI a Ferrovia de Integração Centro-Oeste e a Ferroanel Norte, e já foi anunciada também a inclusão da ferrovia EF-118, ligação entre os estados de Rio de Janeiro e São Paulo.

Citados os projetos a serem implementado neste e no próximo anos, a próxima sessão apresenta casos de sucesso de em termos concessões já realizadas no país.

## 2.3. Boas Práticas em Concessões de Transportes no Brasil

É possível observar boas e más práticas no setor de transportes no país, em termos de desenho/modelagem de projetos e avaliação/gestão de riscos. Um caso recente e que o governo deve utilizar como referência diz respeito ao leilão de aeroportos realizado em março de 2017: foram arrecadados R\$ 3,72 bilhões com a concessão dos aeroportos de Fortaleza, Salvador, Florianópolis e Porto Alegre e, pela primeira vez na história do Brasil, empreendimentos de tal natureza serão operados por companhias especializadas e sem ligação com empreiteiras ou construtoras. O sucesso deste processo pode ser atribuído, em grande parte, a uma visão mais moderna em termos de análise e alocação de riscos.

Tratou-se do primeiro leilão de aeroportos sem a presença da Infraero, dando mais segurança às companhias privadas com relação às tomadas de decisão, agora com proteção contra influências políticas. Estas companhias citadas são todas estrangeiras (sediadas na França, Alemanha e Suíça) e operam ativos em outros países - aqui, o desenho implementado também se mostrou inovador, principalmente se levarmos em conta os novos desafios existentes no país para o financiamento de projetos de infraestrutura.

Na última década, a maior parte dos recursos disponibilizados para os projetos foi proveniente do BNDES, que apresentou grande crescimento a partir de generosos aportes do Tesouro Nacional - entretanto, devido à gravidade da situação fiscal do país, a disponibilidade desta fonte de capital tende a tornar-se mais escassa - mesmo o papel a ser desempenhado pelo banco de fomento está sendo revisto, como pode ser percebido a partir da aprovação da TLP (taxa de longo prazo) pelo Congresso Nacional. Esta nova taxa básica do BNDES substituiu a TJLP (taxa de juros de longo prazo) desde janeiro de 2018, com aproximação gradativa para valores mais próximos ao do mercado bancário privado e tendo por base a rentabilidade dos títulos do tesouro nacional indexados à inflação (NTN-B's / IPCA).

Assim, o montante de capital subsidiado passou a ser menor e novas alternativas devem surgir para o financiamento das necessárias obras de infraestrutura - neste ponto é que reside a inovação implementada no citado leilão de aeroportos: para que capitais externos fossem atraídos, criou-se pela primeira vez um mecanismo de *hedge* cambial, fornecendo proteção aos investidores contra as oscilações do real vis-a-vis o dólar americano. A elevada volatilidade da taxa de câmbio no Brasil, intimamente relacionada com o baixo grau de abertura de nossa economia, é impedimento conhecido dentre os investidores estrangeiros, que também não conseguem encontrar outras estruturas de proteção no próprio mercado financeiro dado o descasamento de prazos existente entre os projetos (prazos de 20 a 30 anos) e os produtos disponíveis (contratos futuros, opções e swaps - com *tenors* bem inferiores).

A grande questão é que tais investidores devem aplicar o capital de seus acionistas, em dólares, em ativos brasileiros que propiciam rentabilidades em reais a partir da cobrança de tarifas pelos diversos serviços a serem disponibilizados. Este problema já foi endereçado em países próximos como a Colômbia e o Chile a partir da indexação das tarifas domésticas ao dólar americano - contudo, em nosso país, dado o já citado componente de alta volatilidade, procedimento idêntico levaria, possivelmente, a impactos adversos sobre a inflação e sobre os consumidores finais.

O citado mecanismo inovador de proteção cambial acabou não sendo incorporado nas concessões federais de aeroportos por força dos prazos. Apesar disso, a solução proposta no referido leilão de aeroportos foi digna de nota pela tentativa de propor um sistema de amortecimento do risco cambial que faria uso de um fundo específico do setor, o FNAC - Fundo Nacional de Aviação Civil. A cada ano, sempre que a variação do dólar americano contra o real fosse superior a uma referência composta por risco país e inflação, haveria uma diminuição proporcional na parcela de outorga a ser depositada pelo concessionário no FNAC; caso os indexadores caminhassem em direção contrária, o estado também seria compensado, dentro de um certo limite, com o benefício de uma maior arrecadação dentro do fundo. Na prática, o estado brasileiro forneceria aos interessados no leilão um produto financeiro sofisticado a custo zero - porém, tal alternativa acabou não se concretizando e os certames foram realizados sem esse mecanismo de proteção cambial, dado o prazo diminuto para confecção dos editais.

Mecanismos similar a esse foi incluído nos novos modelos de concessões rodoviárias implementados pelo governo do estado de São Paulo. Sob esse novo modelo, três rodovias paulistas tiveram leilão realizado em 2017.

O da Rodovia dos Calçados, com cerca de 750 km e cruzando 35 municípios, foi realizado no primeiro semestre, e vencido pela Arteris. A Rodovia do Centro-Oeste Paulista, passando por 30 municípios, de Florínea até Igarapava, também foi feito no início de 2017 e vencido pela Pátria Investimentos, representante do fundo de *private equity* Blackstone. A participação de um grande *player* internacional do setor financeiro também é inédita para o setor de concessão de rodovias no Brasil, e representa um voto de confiança nas mudanças realizadas pelo governo paulista. Por fim, em janeiro de 2018, o trecho Norte da Rodoanel, com prazo de concessão de 30 anos, foi vencido pela Ecorodovias, na primeira concessão de infraestrutura realizada este ano. O Quadro 4 a seguir resume as três concessões paulistas feitas sob esse novo modelo de contrato.

**Quadro 4.** Situação das concessões previstas no pacote de 2017

| Rodovia                          | Trecho               | Extensão | Prazo de concessão | Vencedor    | Valor de Outorga |
|----------------------------------|----------------------|----------|--------------------|-------------|------------------|
| Rodovia dos Calçados             | Itaporanga - Franca  | 747 km   | 30 anos            | Arteris     | R\$1,2 bilhão    |
| Rodovia do Centro-Oeste Paulista | Florínea - Igarapava | 570 km   | 30 anos            | Pátria      | R\$917 milhões   |
| Rodoanel                         | trecho Norte         | 45 km    | 30 anos            | Ecorodovias | R\$883 milhões   |

Fonte: Artesp; elaboração própria.

Neles, até US\$300 milhões podem ser considerados para o mecanismo de proteção cambial. Enquanto para a Rodovia dos Calçados e Centro-Oeste paulista foi considerado o mesmo mecanismo, há algumas diferenças com relação ao Rodoanel Norte, através do qual é possível optar por duas sistemáticas diferentes para o cálculo. O Quadro 5 a seguir apresenta algumas das diferenças entre eles.

**Quadro 5. Mecanismo de Proteção Cambial em Concessões de Rodovias Paulistas**

| CentroOeste e Calçados                                                                                                                                                                                                                                                                                       | Rodoanel Norte                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Financiamento em moeda estrangeira firmado nos primeiros cinco anos a partir da assinatura do contrato.                                                                                                                                                                                                      | Financiamento em moeda estrangeira firmado nos primeiros 39 meses a partir da assinatura do termo de transferência inicial.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |
| Não há essa exigência.                                                                                                                                                                                                                                                                                       | Em até 90 dias da Assinatura do Termo de Transferência Inicial a Concessionária deverá informar o Poder Concedente sua opção de eventualmente ativar o Mecanismo.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
| Quando se tratar de financiamento por meio de bond, a Concessionária deverá apresentar cópia dos respectivos documentos da emissão em moeda estrangeira.                                                                                                                                                     | Quando se tratar de financiamento por meio de bond ou modalidade equivalente, a Concessionária deverá apresentar cópia dos respectivos documentos da emissão em moeda estrangeira.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |
| Deve ser incluída no resumo executivo que deve ser entregue à ARTESP após firmado um financiamento a regra de apuração da PTAX que será usada para conversão, de dólares norte-americanos para reais, e a sistemática de liberação ou desembolso dos recursos à concessionária (PTAX INICIAL).               | Não há essa exigência.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |
| Em até 2 dias úteis após data de desembolso, é necessário entregar à ARTESP um documento que comprove a liberação ou desembolso dos recursos. Tal documento deve conter o montante desembolsado, a data de desembolso, e a PTAX utilizada, que deverá seguir a regra de cálculo já disponibilizada à ARTESP. | Não há essa exigência.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |
| No caso de mais de um desembolso, cada valor desembolsado deverá ser considerado isoladamente para fins de cálculo do mecanismo cambial, observado o disposto no contrato de financiamento.                                                                                                                  |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |
| Definição das variáveis de cálculo do Mecanismo:<br>3. Taxa PTAX: PTAX INICIAL, conforme regra contratual de apuração do desembolso.                                                                                                                                                                         | Definição das variáveis de cálculo do Mecanismo:<br>3. Taxa PTAX: Com base na taxa de dólar norte-americano divulgada pelo Sistema de Informações do Banco Central do Brasil - SISBACEN por meio da Transação PTAX venda, relativa ao cálculo realizada pelo Banco Central do Brasil, com quatro casas decimais, com base em dados vigentes 2 dias úteis anteriores à Data de assinatura do instrumento de financiamento, ou índice equivalente caso este seja extinto.                                                                                                                                |
| Sistemática de cálculo:<br>Uma única sistemática proposta:<br><br>$Parcela \text{ em Reais}_t = PTAX_0 \times \frac{IPCA_t}{IPCA_0} \times \left\{ A_t + PR_t \times \left[ (1 + S)^{\frac{du}{360}} - 1 \right] \right\}$<br>$Parcela \text{ em Dólar}_t = A_t \times PTAX_t$                               | Sistemática de cálculo:<br>A Concessionária poderá optar, uma única vez a cada ativação do mecanismo, por uma das sistemáticas de cálculo do valor devido (Parcela em Reais):<br><br><b>Sistemática 1</b><br>$Parcela \text{ em Reais}_t = PTAX_0 \times \frac{IPCA_t}{IPCA_0} \times \left\{ A_t + PR_t \times \left[ (1 + S)^{\frac{du}{360}} - 1 \right] \right\}$<br><b>Sistemática 2</b><br>$Parcela \text{ em Reais}_t = PTAX_0 \times \frac{IPCA_t}{IPCA_0} \times \left\{ A_t \times \left[ (1 + S)^{\frac{du}{360}} - 1 \right] \right\}$<br>$Parcela \text{ em Dólar}_t = A_t \times PTAX_t$ |
| Onde du significa o número de dias úteis entre cada data de pagamento de amortização do principal do financiamento ou entre a data de desembolso e a data da primeira amortização.                                                                                                                           | Onde du significa o número de dias úteis entre cada data de pagamento de amortização do principal do financiamento                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |
| O valor a ser compensado por este Mecanismo, para cada uma das partes, está limitado ao montante ou fluxo futuro de outorga variável, apurado aplicando-se percentuais específicos sobre a Receita Bruta, definida no Contrato, e conforme Caso de Compensação.                                              | O valor a ser compensado por este Mecanismo, para cada uma das partes, está limitado ao montante de Outorga Variável alocado para o Mecanismo e acumulado na Conta Reserva de Outorga, que será objeto da NOTIFICAÇÃO DE COMPENSAÇÃO, ou fluxo futuro de OUTORGA VARIÁVEL, apurado aplicando-se percentuais específicos sobre a Receita Bruta, definida no Contrato, e conforme Caso de Compensação.                                                                                                                                                                                                   |
| Utilização dos saldos MR da Conta Reserva de Outorga<br>Não há.                                                                                                                                                                                                                                              | Utilização dos saldos MR da Conta Reserva de Outorga<br>Sempre que $(Parcela \text{ em Dólar}_t - Parcela \text{ em reais}_t) + Saldo_{MR} > 0$ , o Poder Concedente autorizará a imediata transferência de MR da Conta Reserva do Concessionário para compensar parcial ou integralmente a concessionária, por meio da Notificação de Compensação.                                                                                                                                                                                                                                                    |
| Saldo Compensado e Ajuste<br>O saldo Compensado é representado por compensações mensais realizadas no instante, com aplicação da regra de compensação que estabelece percentuais distintos – entre 0% e 6% – em relação à regra básica de 3% sobre Receita Bruta, para cálculo mensal da OUTORGA VARIÁVEL.   | Saldo Compensado e Ajuste<br>Percentuais distintos – entre 0% e 12% – em relação à regra básica de 6% sobre Receita Bruta.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |
| Cálculo das compensações<br>As partes podem optar por antecipar suas respectivas obrigações, ultrapassando,                                                                                                                                                                                                  |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| assim a banda de 0-6% da Receita Bruta para a Outorga Variável; ou seja, a Concessionária pode optar por adiantar o valor devido ao Poder Concedente, e o Poder Concedente pode optar por adiantar o valor devido a Concessionária, desde que observado o previsto no Contrato Tripartite, no Contrato de Administração de Contas e em eventuais instrumentos que sejam afetados pela variação na disponibilidade da receita da concessão. | Cálculo das compensações banda de 0-12%                                                                                                                                                                                                                                                                                   |
| Mecanismos alternativos<br>Não há a possibilidade de mecanismos alternativos                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | Mecanismos alternativos<br>A concessionária poderá propor mecanismo de proteção cambial alternativa que se utilize da mesma Outorga Variável alocada para este Mecanismo, mas deverá demonstrar que a alternativo proposto é neutro ou vantajoso para o Poder Concedente em comparação ao Mecanismo descrito no contrato. |

Fonte: ARTESP, elaboração própria.

Além deste mecanismo de proteção cambial, algumas outras inovações nesses contratos incluem um modelo de contrato tripartite a ser assinado entre o poder concedente, a concessionária e o financiador; revisões ordinárias dos contratos a cada quatro anos para readequação dos planos de investimento, com base em indicadores de desempenho, e valor flexível de tarifa de pedágio, variável de acordo com a demanda (volume de tráfego e horário) – na prática, a inclusão de uma opção real (*real option*) no contrato de concessão<sup>3</sup>.

Ademais das citadas concessões inovadoras, os casos onde foram encontradas distorções e dificuldades também não devem ser esquecidos, de modo que os equívocos cometidos possam ser evitados. O destaque aqui é para o setor de transporte ferroviário, onde as questões relacionadas à avaliação e alocação de riscos têm mostrado deficiências em anos recentes. Para conseguir entender as questões nesse setor, a próxima seção contextualiza o setor de ferrovias no país. Na sequência, um estudo de caso é apresentado, apontando os principais riscos envolvidos em projetos desse setor, em particular aqueles que envolvem alguma integração com outros modais.

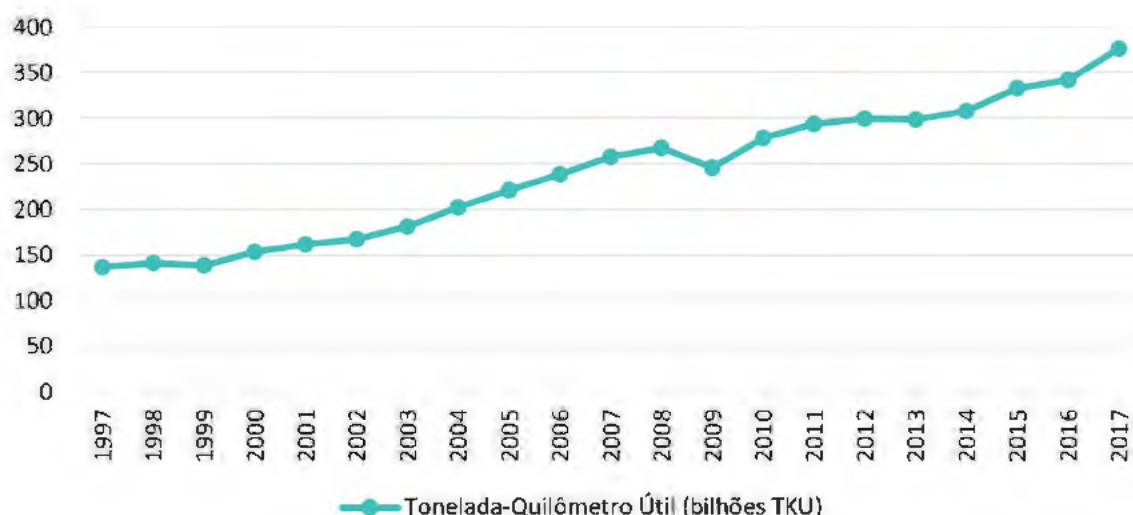
## 2.4. Breve Histórico das Concessões Ferroviárias no Brasil

Após um longo período negligenciando a importância da estrutura ferroviária para o desenvolvimento socioeconômico brasileiro, durante os anos 90 o governo finalmente reconheceu sua relevância, através de uma tentativa de trabalhar com o setor privado para recuperar a malha existente. Naquele momento, o setor passou por um processo que combinou a concessão à iniciativa privada tanto da prestação do serviço de transporte ferroviário quanto da gestão e operação das ferrovias existentes, incluindo, para esse fim, o arrendamento de ativos fixos. Nesse sentido, em março de 1996, o governo lançou o marco regulatório do setor ferroviário brasileiro<sup>4</sup>, que deveria regular as relações entre (i) a Administração Pública e as prestadoras de serviços ferroviários, (ii) entre as próprias prestadoras, inclusive no tráfego mútuo, e (iii) as relações entre elas e seus usuários, incluindo a segurança na prestação dos serviços ferroviários.

As cinco principais características desta primeira etapa de concessão das ferrovias incluem: 1) modelo de concessão verticalmente integrado; 2) fragmentação do mercado ferroviário do país em cinco regiões; 3) concessões dominadas principalmente por produtores de commodities; 4) maiores níveis de eficiência e segurança; e 5) nenhuma expansão de rede foi realizada.

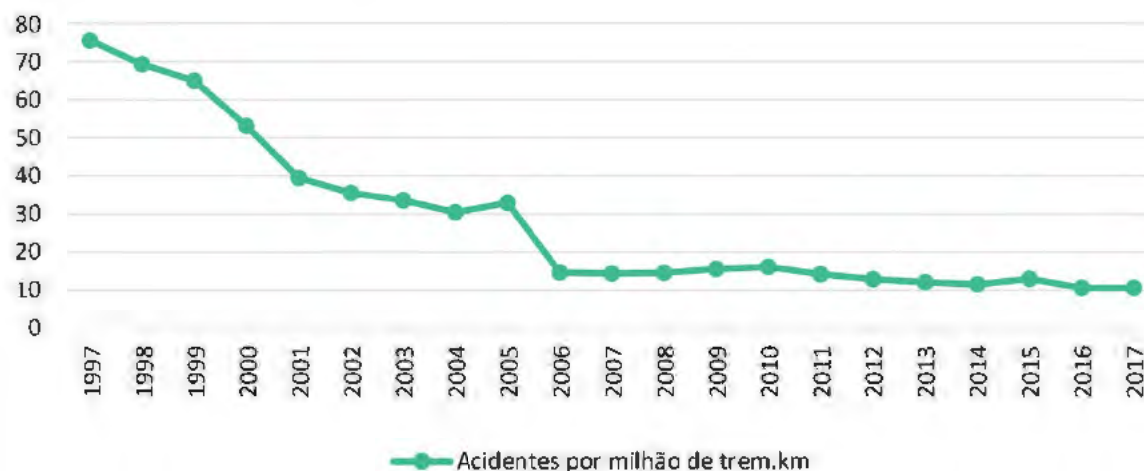
Os gráficos 7 e 8 a seguir ilustram o aumento da eficiência e segurança devido ao processo de privatização nas últimas duas décadas.

### Gráfico 7. Aumento de Produtividade



Fonte: Agência Nacional de Transportes Terrestres; Associação Nacional de TF - Julho, 2017.

### Gráfico 8. Aumento de Segurança



Fonte: Agência Nacional de Transportes Terrestres; Associação Nacional de TF - Julho, 2017.

Com relação à inexistência de expansão de rede nesta primeira fase de concessão, é importante notar que as concessões ferroviárias sob esse marco regulatório - diferentemente das tentativas de concessão nesta década - eram projetos *brownfield*. Por esse motivo, poucas designações poderiam ser aplicáveis a futuros projetos *greenfield* a serem implementados, aumentando a incerteza no cenário legal. Uma questão importante diz respeito a qual parte da concessão - concessionária ou poder concedente - assumiria os riscos inerentes à implementação da infraestrutura.

Em nova tentativa, em 2012, o governo lançou o Programa de Investimento em Logística I (PIL I), sob a administração da Presidente Dilma Rousseff. Este programa foi caracterizado por um desenho de mercado incompleto e inconsistente e pela necessidade e tentativa de atrair novos players para o mercado. Em geral, o programa propunha uma ampla reforma regulatória, baseada na licitação de novos trechos e desverticalização do setor, com o objetivo de incentivar a competição intramodal. A reforma se baseava na separação da administração de novos trechos ferroviários a serem construídos e mantidos por operadores de infraestrutura, junto à liberdade de acesso e tráfego para os prestadores de serviços de transporte de carga. O modelo proposto foi esboçado pela ANTT na Nota Técnica Nº 11/2013, que instrumentalizou o Processo de concessão nº 17/2013 para elaboração do Regulamento do Operador Ferroviário Independente.

As principais alterações regulatórias propostas pelo PIL I consistiram em 1) separar a atividade de operação e manutenção da infraestrutura (rede física) da prestação do serviço de transporte ferroviário de mercadorias, inaugurando, assim, um modelo desagregado; 2) conceder à iniciativa privada a tarefa de construir e operar novos trechos ferroviários, por meio de contratos de concessão comuns ou parcerias público-privadas; 3)

introduzir a figura dos Operadores Ferroviários Independentes (OFI) no Sistema Jurídico Brasileiro, que seriam os novos provedores do serviço de transporte ferroviário, operando em concorrência; 4) outorgar à estatal federal VALEC - Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. a incumbência de atuar como intermediária de um novo mercado que surgiria, consistindo na compra e venda de capacidade de malha. Nesse sentido, a estatal, por um lado, compraria toda a capacidade de operar a infraestrutura das concessionárias dos novos trechos a serem construídos e, por outro lado, venderia essa capacidade para os OFIs: portanto, seria simultaneamente monopsonista e monopolista.

No entanto, o programa não foi bem-sucedido, já que nenhuma parte dele foi licitada, embora algumas mudanças legislativas tenham sido feitas. Ainda assim, a concessão de alguns projetos de infraestrutura foi analisada sob o modelo de contratos estabelecido pelo PIL I, como a implantação da Ferrovia Açailândia-Barcarena. A avaliação foi de que sob esse modelo de concessão a ser implementado pelo PIL I, o setor público estava sentenciado a enfrentar uma grande perda financeira em caso de subutilização da ferrovia, já que a Valec assumiria o papel de comprador de toda a capacidade ferroviária a ser construída<sup>5</sup>.

Em 2015, nesta segunda fase do processo de concessão, foi lançado outro programa, denominado Programa de Investimentos em Logística II (PIL II). Este novo programa abandonou completamente o conteúdo da reforma anterior no âmbito do PIL I, estabelecendo como prioritários outros projetos ferroviários e antecipando renovações de concessões em troca de novos investimentos realizados por empresas estabelecidas. Além disso, o projeto de separação havia aparentemente sido abandonado, retornando ao modelo verticalmente integrado, uma vez que o conceito por trás do modelo de 2012 era incompatível com a racionalidade e sustentabilidade do papel do setor público no investimento, já que 100% do risco de demanda havia sido transferido para a Valec.

Pelas razões mencionadas acima, seria razoável esperar que o risco de demanda fosse totalmente alocado à concessionária nas próximas concessões ferroviárias previstas para 2018 e 2019 – FIOL, Ferrogrão e Norte-Sul. A minuta do contrato da Ferrovia Norte-Sul, publicada pela ANTT após Consulta Pública, indica na cláusula 26 “Alocação de Risco”, que “a Subconcessionária é integral e exclusivamente responsável por todos os riscos relacionados à Subconcessão, inclusive, mas não se limitando ... (a) ao volume de carga transportada em desacordo com suas projeções”. Segundo o site do PPI, o projeto se encontra sob análise da equipe técnica do Tribunal de Contas da União (TCU) e as minutas publicadas podem sofrer ajustes. O Quadro 4 a seguir resume o histórico do setor.

**Quadro 6. Histórico das Concessões Ferroviárias**

| Concessões - Anos 90                                           |                                                                                                 |                                                                                                      |                                                                                                                                                 |
|----------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Verticalmente integrada.                                       | PIL I - 2012                                                                                    |                                                                                                      |                                                                                                                                                 |
| Mercado fragmentado - 5 regiões.                               | Busca de novos participantes para o mercado.                                                    | PIL II - 2015                                                                                        |                                                                                                                                                 |
| Dominado por produtores de commodities.                        | Concepção de mercado incompleta e inconsistente.                                                | Abandono da proposta do PIL I.                                                                       | PPI - 2016                                                                                                                                      |
| Aumento de eficiência e segurança.                             | Transferência do risco de demanda para o governo (VALEC) - falha de mercado de comprador único. | Volta a um modelo verticalmente integrado.                                                           | A Administração Temer lançou o programa PPI/CRESCER.<br><br>Três projetos serão licitados em 2018/2019:<br>- FIOL<br>- FERROGRÃO<br>- NORTE-SUL |
| Falta de quadro regulatório (adequado) e concepção de mercado. | Apresentação do OFI.                                                                            | Introdução de renovação de concessões em troca de novos investimentos por parte das concessionárias. |                                                                                                                                                 |
| Falta de expansão da rede.                                     | Implementação cancelada (apesar de poucas decisões do regulador)                                |                                                                                                      |                                                                                                                                                 |

Fonte: The World Bank/ FGV CERJ (2017)

## 2.5. Principais Riscos em Investimentos em Transportes no Brasil

A partir da contextualização apresentada, é possível entender melhor casos como o da ferrovia Açailândia-Barcarena e do Porto de Vila do Conde, no qual a avaliação e alocação de riscos se mostraram deficientes. Pode-se visualizar que, entre os muitos riscos inerentes a um empreendimento de infraestrutura, três riscos são extremamente críticos no ambiente regulatório brasileiro, dificultando a atração de investimentos: o risco institucional ou de governança; o risco de demanda; e o risco de “completion”.

### 2.5.1. Risco Institucional

O risco institucional relaciona-se ao processo decisório fragmentado que envolve a implementação, gestão e coordenação dos projetos de infraestrutura logística no Brasil – diversas autarquias e departamentos do poder público tomam decisões independentes e descoordenadas acerca dos mesmos projetos ou empreendimentos correlatos, culminando numa arquitetura com pouca integração e com análises discrepantes.

O caso da ferrovia Açailândia-Barcarena, apresentado a seguir, constitui uma bela ilustração do risco gerado pelo cenário institucional extremamente complexo e fragmentado e que historicamente desafia a coordenação intermodal e o planejamento de longo prazo.

O trecho ferroviário em questão é um trecho da Ferrovia Norte-Sul, que liga o município de Açailândia (MA) ao Porto de Vila do Conde, na cidade de Barcarena (PA), com 457,29 km de extensão, cruzando 11 municípios nos estados do Maranhão e Pará. Este foi o primeiro trecho ferroviário a ser concedido ao setor privado pelo Programa de Investimentos em Logística (PIL), lançado pela ex-presidente Dilma Rousseff, e deve ser fundamental para permitir a “integração do transporte de cargas das Regiões Centro-Oeste e Norte ao Porto de Vila do Conde, concluindo o transporte logístico Norte-Sul, que permitirá o fluxo de carga de commodities brasileiras críticas através dos portos do Arco Norte, proporcionando o transporte da produção em rotas de longa distância, reduzindo custos de transporte e aumentando a competitividade de produtos nacionais” como grãos, minério de ferro e bauxita. O custo estimado de implantação da ferrovia seria de R\$ 3,12 bilhões. O processo de concessão já estava iniciado quando o TCU passou a contestar os estudos de viabilidade realizados.

O Porto de Vila do Conde foi inaugurado em 1985 no município de Barcarena (PA), na Região Metropolitana de Belém. Sua primeira função foi atender ao complexo industrial regional de alumínio. Atualmente opera com diversas mercadorias, carga geral containerizada e não containerizada, grânéis sólidos e líquidos. Por sua posição estratégica, é a principal porta de entrada e saída de produtos da Amazônia e regiões centrais do Brasil. Espera-se, há tempos, que seja expandido para receber um acesso terrestre via ferrovia numa abordagem integrada. A expansão prevista seria capaz de agilizar os fluxos de cargas e reduzir custos de transporte, com consequente aumento de produtividade e competitividade para diversas commodities de relevância, principalmente com os investimentos previstos para a implantação dos trechos ferroviários de Açailândia-Barcarena e Ferrogrão e da Hidrovia Tocantins-Araguaia. Atualmente, o porto tem acesso terrestre apenas por rodovias.

Tanto a implantação da ferrovia quanto a expansão do porto, juntamente com outros investimentos em infraestrutura, foram consideradas pelos mentores do PIL como fundamentais para o aumento da competitividade das exportações brasileiras, promovendo o desenvolvimento socioeconômico do país. A alta demanda estimada para a ferrovia Açailândia-Barcarena reafirma a importância do desenvolvimento do setor ferroviário brasileiro, uma vez que, devido à proximidade do Porto de Vila do Conde com a Europa e China (através do Canal do Panamá), a competitividade na disputa de carga com os portos das regiões Sul e Sudeste seria ampliada.

Em 2014, o Tribunal de Contas da União (TCU) divulgou o “Relatório de Auditoria de Análise de Compatibilidade das Projeções dos Estudos de Mercado e dos Planos de Investimentos dos Projetos de Implantação do Trecho Ferroviário de Açailândia-Barcarena e de Expansão do Porto de Vila do Conde” – TC 005.342/2014-7. O TCU afirmou que claramente houve falha no planejamento integrado dos projetos.

O estabelecimento da sua higidez dependia fortemente da arte de projetar e planejar bem, não apenas individualmente, mas também de maneira integrada. No entanto, quando se observa o número de entidades envolvidas no desenvolvimento deste projeto integrado – como mostra a figura a seguir – pode-se esperar complicações em termos de coordenação e convergência de interesses e ações. Essas muitas instituições, com interesses diversos, acabam por desacelerar e, muitas vezes, atrapalhar o processo de tomada de decisão envolvido em empreendimentos de infraestrutura, o que aumenta o nível de incerteza e custos.

**Figura 2.** A fragmentada arquitetura institucional no estudo de caso da Integração Açailândia-Barcarena e Vila do Conde



Fonte: The World Bank/ FGV CERI (2017).

Infelizmente, a falha no planejamento integrado pode ser encontrada em outros importantes projetos de infraestrutura no Brasil, que requeriam extrema coordenação devido às suas funções sinérgicas. Como mencionado, isso é verdade especialmente quando se trata da integração ferrovia-porto, porque suas capacidades operacionais devem ser compatíveis, para que possam operar de forma coordenada. Como exemplo de projetos recentes que enfrentaram problemas de coordenação, observa-se a Ferrovia de Integração Oeste-Leste (FIOL) e o complexo portuário Porto Sul<sup>6</sup>; e o corredor ferroviário em Santa Catarina e o Porto de Itajaí<sup>7</sup>. A falta de coordenação em projetos de modos de transporte interdependentes e complementares resulta na insustentabilidade do sistema logístico como um todo.

### 2.5.2. Risco de Demanda

Esta fragmentação e falta de consistência no planejamento pode levar a projeções de demanda pouco robustas e/ou inconsistentes, dificultando mais ainda a atração de bons investidores privados. Estudos de mercado pobres podem inviabilizar a implementação de novas estruturas e a sustentabilidade econômica daquelas que já existem, gerando gargalos ou subutilização. Assim, a deficiência na previsão de demanda de transporte nos estudos de viabilidade pode dificultar seu uso adequado e objetivos principais, afetando a confiabilidade da avaliação econômica.

Desde o início do processo brasileiro de concessão e privatização durante a década de 1990, as falhas de coordenação entre os diversos entes de governo responsáveis têm sido a marca de nosso ambiente regulatório, o que dificulta o contínuo e saudável desenvolvimento das empresas de infraestrutura. Ao longo das duas últimas décadas, o poder concedente se afastou do regulador e sucessivas mudanças afetaram as entidades e seus papéis e competências na arquitetura institucional.

Em 2001, o artigo 5º da Lei 10.233/01 criou o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte (CONIT), cujo principal objetivo era propor políticas nacionais de integração dos diferentes modos de transporte. De acordo com o decreto 6.550/08:

Art. 2º. Caberá ao CONIT: I - propor medidas que propiciem a integração dos transportes aéreo, aquaviário e terrestre e a harmonização das respectivas políticas setoriais; II - definir os elementos de logística do transporte multimodal a serem implementados pelos órgãos reguladores dos transportes aéreo, terrestre e aquaviário, pelo Ministério dos Transportes e pelas Secretarias de Portos e de Aviação Civil da Presidência da República; III - harmonizar as políticas nacionais de transporte com as políticas de transporte dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, visando à articulação dos órgãos encarregados do gerenciamento dos sistemas viários e da regulação dos transportes interestaduais, intermunicipais e urbanos.

No entanto, esta entidade, que era composta por 14 membros, dos quais oito ministros de Estado (Transportes, Casa Civil, Finanças, Planejamento, Agricultura, Desenvolvimento, Indústria e Comércio, Secretaria de Portos e Secretaria de Aviação Civil) e seis representantes da sociedade civil, só se reuniu uma vez nos quinze anos seguintes à sua criação. Em 2012, a Lei 12.743 criou a Empresa de Planejamento Logístico (EPL), empresa estatal que tem como objetivo estruturar e qualificar, por meio de estudos e pesquisas, o processo de planejamento logístico integrado no país, interligando estradas, ferrovias, portos, aeroportos e vias navegáveis. Em 2016, as competências do CONIT – agora extinto – foram transferidas para o PPI e a EPL assumiu uma função de desenho de mercado.

#### 2.5.2.1 O caso do corredor logístico Açailândia - Barcarena

A falta de uma arquitetura institucional articulada e eficiente, especialmente devido à falta de eficácia das instituições previamente mencionadas, criadas para sincronizar interesses e ações, é em parte responsável por estudos de mercado inconsistentes, ampliando os riscos de demanda, como ilustrado pelo estudo de caso da implementação do trecho ferroviário Açailândia-Barcarena e expansão do Porto de Vila do Conde.

A correta estimativa de demanda para empresas de serviços públicos é de grande importância para projetar adequadamente sua capacidade operacional, evitando riscos, gargalos e alocações incorretas de recursos. Como mencionado anteriormente, o relatório do TCU - no qual este estudo de caso foi inspirado - teve como objetivo principal analisar a compatibilidade dos estudos de mercado, comparando a estimativa da ferrovia com a do porto. A compatibilidade das duas é de extrema relevância, devido à relação de dependência e complementaridade entre esses dois canais de transporte.

Como observado pelo TCU, dado que o porto é o ponto final do fluxo de cargas ferroviárias, os projetos mantêm estreitas relações de dependência e complementaridade, do ponto de vista espacial e técnico-econômico. Assim, as capacidades destas infraestruturas de transporte devem ser compatíveis. A viabilidade da ferrovia está associada à expansão da infraestrutura portuária e vice-versa. Para isso, é necessário que suas projeções de mercado e planos de investimento estejam alinhados e prevejam as mesmas expectativas em termos de demanda, a fim de evitar gargalos no fluxo de cargas ou subutilização em qualquer um dos canais de transporte.

Apesar disso, embora as projeções de demanda fornecidas para o porto tenham sido baseadas em estudos técnicos elaborados sob a supervisão da Secretaria de Portos, as mesmas utilizadas para a ferrovia foram oriundas de projeções requisitadas pela ANTT e Ministério dos Transportes. Tais projeções exibiam grandes discrepâncias, constituindo fator de incerteza adicional a afetar a análise de viabilidade econômica de tais empreendimentos. O estudo levou em conta os mais importantes produtos a serem transportados por esta conexão: alumínio, soja e milho – eles representam, em valor agregado, mais de 75% do volume de carga que faria uso deste trecho ferroviário. A projeção de cada modal foi estimada como mostram os gráficos a seguir.

Gráfico 9. Alumínio (milhões toneladas/ano)

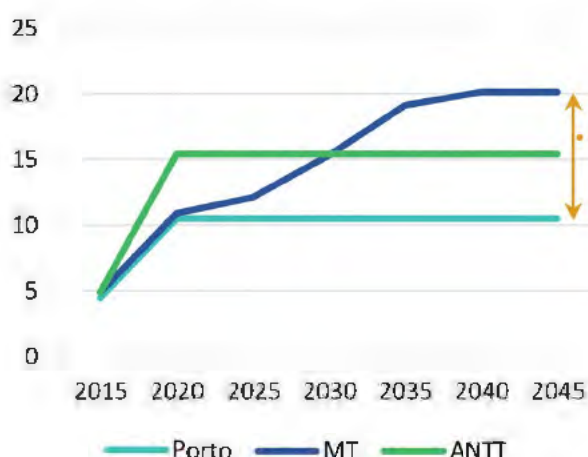
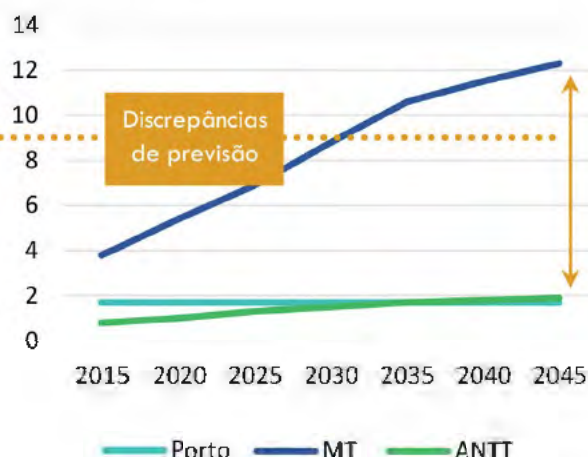
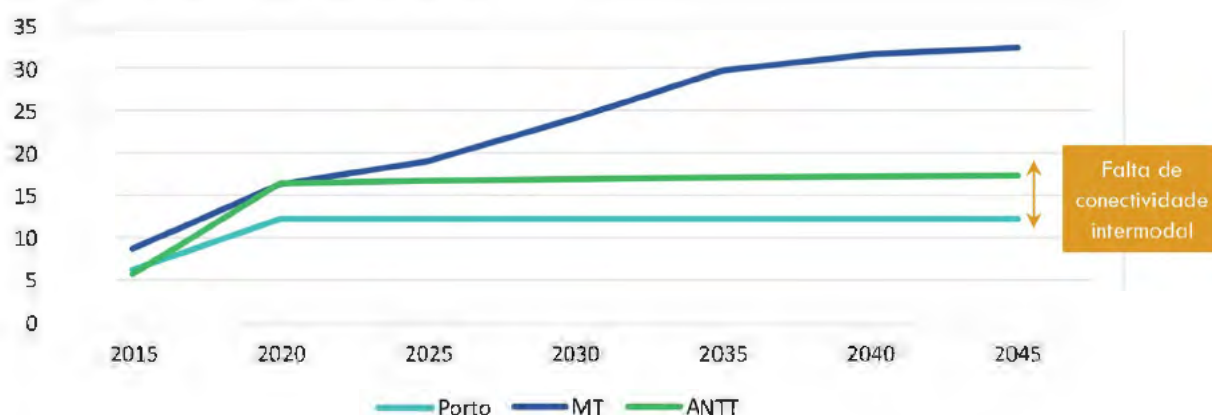


Gráfico 10. Soja e milho (Milhões toneladas/ano)



Fonte: TCU, ANTT e Ministério dos Transportes.

Gráfico 11. Alumínio e Grãos (milhões toneladas/ano)



A primeira e mais importante observação a ser feita diz respeito à importância de uma previsão de demanda conservadora e confiável, a fim de evitar o máximo de incerteza possível. Essa projeção é um dos fatores-chave mais importantes para uma avaliação técnica e econômica do projeto.

Adicionalmente, o fato de que a ANTT e o Ministério produziram projeções completamente diferentes para o mesmo modal logístico coloca em xeque a capacidade de comprometimento das instituições públicas brasileiras com decisões de longo prazo. Mesmo antes do relatório TC 005.342/2014-7, uma análise prévia do estudo da viabilidade da ferrovia, TC 019.582/2013-7, já apontara um conjunto de dúvidas acerca das projeções de demanda da ANTT, o que levou à criação de novas simulações, durante a concessão, pelo Ministério dos Transportes. A relevância e complexidade das observações levantadas sobre o primeiro estudo de demanda apresentado pela ANTT justifica a apresentação de um novo, mas completamente diferente, estudo de demanda pelo MT durante o processo de concessão da infraestrutura ferroviária. O Tribunal de Contas argumentou que o estudo da ANTT não deixava claro o quanto o risco de demanda era crítico para o projeto e que também não havia memórias de cálculo. Ainda, a demanda projetada para a ferrovia parecia ser insuficiente para cobrir os custos de construção<sup>8</sup>.

Infelizmente, os novos estudos oriundos do Ministério dos Transportes também foram alvo de críticas – segundo o TCU parecia haver uma intenção explícita em demonstrar a viabilidade econômica do projeto de qualquer maneira – a demanda projetada era inflada e poderia exceder a capacidade operacional da ferrovia em 11 anos após o início das operações. O relatório do TCU enfatizou a contribuição de outros modais de transporte para a avaliação das expectativas de demanda e as possibilidades de integração, especialmente para o transporte de grãos.<sup>9</sup>

Adicionalmente, de acordo com o relatório do TCU<sup>10</sup>, o Sefid Transportes, autor do primeiro estudo, afirmou:

"A apresentação do estudo demasiadamente diferente do estudo original, entregue em 16/7/2013, transmite insegurança para a unidade técnica quanto à fidedignidade e veracidade das informações relatadas no estudo de demanda. Transparece que a inclusão e alteração de procedimentos e premissas entre um estudo e outro tem como único propósito inflar a demanda, de modo a demonstrar a viabilidade de um projeto intrinsecamente inviável. (...)"

Em 2014, o porto já estava trabalhando acima de sua capacidade. A capacidade de movimentação de alumínio foi de 4,5 milhões de toneladas/ano, referente à saída da carga produzida pela Alumina do Norte do Brasil SA (Alunorte), localizada próxima ao porto. No entanto, o volume total de alumina transportada foi de 4,95 milhões de toneladas/ano e, portanto, já havia um pequeno déficit de capacidade.

A previsão otimista era de que a capacidade aumentaria em seis milhões de toneladas/ano até 2020. Mesmo assim, ainda havia evidências de que o projeto de expansão da infraestrutura portuária seria insuficiente para atender a demanda de movimentação de carga no porto, e previa déficit de capacidade significativa que poderia chegar a 10 milhões de toneladas/ano, de acordo com as projeções da MT em comparação com as capacidades de movimentação de alumínio. Esse déficit ainda existiria até 2020, mesmo se levássemos em conta o estudo apresentado pela ANTT.

Com relação à movimentação de grãos, mesmo com a localização estratégica, não havia fluxo no porto de Vila do Conde antes de 2014. O terminal VDC 29, que estava então agendado para ser arrendado, iniciaria a movimentação de grãos no porto. Entretanto, de acordo com a última informação disponibilizada pelo governo, não houve sucesso, desde então, em transferir a administração desse terminal para a iniciativa privada.

Em um cenário em que a concessão do terminal de fato não aconteça, o déficit na capacidade operacional de escoamento de grãos trazido pela ferrovia seria ainda mais severo. Além disso, o estudo do TCU destacou que, à época, estavam previstas outras expansões de acessos multimodais que contribuiriam para a expectativa de aumento da demanda por movimentação de grãos pelo Arco Norte, em concorrência com a existente no Sul / Sudeste do país (incluindo os portos de Santos e Paranaguá). Por exemplo, a ferrovia Ferrogrão, a duplicação e asfaltamento da BR 163 e o funcionamento pleno da Hidrovia Tocantins-Araguaia (que deverá atrair cargas do Tocantins, leste do Mato Grosso, sul do Pará e Maranhão e oeste da Bahia). Assim, o fato de que algumas das concessões previstas ainda não aconteceram apenas agrava uma escassez de capacidade operacional já prevista e aumenta ainda mais o senso de risco inerente ao investimento ferroviário da ferrovia Açailândia-Barcarena, devido às diferentes projeções de demanda.

No cenário em que a concessão desse terminal ocorrer, ainda haveria um grande déficit operacional. Como possível solução para o significativo déficit de capacidade de movimentação de grãos no Porto de Vila do Conde, foi mencionada a absorção desta carga pelos Terminais de Uso Privado (TUPs) implantados no complexo portuário - dois dos cinco TUPs atualmente instalados são destinados à movimentação de grãos. Esses novos

empreendimentos poderiam ter sido assumidos como uma alternativa para absorver a demanda excedente da ferrovia. No entanto, em ambos os terminais, as cargas chegam por modal aquaviário e rodoviário. Além disso, com a construção da Ferrogrão em Miritituba, é provável que a TUP Hidrovias do Brasil S.A. seja responsável por absorver essa demanda.

O TCU concluiu que em qualquer dos cenários traçados para a demanda de cargas ferroviárias, a avaliação comparativa evidencia a ocorrência de um significativo déficit de capacidade de movimentação de alumínio, soja e milho tanto no porto público quanto nos terminais privados do complexo portuário. Isso poderia levar a um gargalo no fluxo de cargas no porto, como ocorreu nos últimos anos nos portos de Santos e Paranaguá, ou mesmo subutilização da malha ferroviária projetada, se a demanda for reprimida pela falta de infraestrutura portuária ou se as projeções de demanda não se confirmarem por outro motivo. Os projetos de expansão da infraestrutura portuária, previstos no Plano Diretor de Portos e seu programa de financiamento para novas áreas e instalações não seriam suficientes para atender ao crescimento projetado da demanda das principais cargas a serem transportadas pela ferrovia para o porto, sem considerar a crescente demanda por movimentação de cargas a partir da implantação de outros canais logísticos que concorrerão por essa porta de saída.

Após essa discussão ao longo de anos, em julho de 2018, o governo federal anunciou que o trecho da ferrovia entre Açailândia e Barcarena seria incluído no PPI. Em 20 de julho, foi assinada a Medida Provisória Nº 845/2018, que cria o Fundo Nacional de Desenvolvimento Ferroviário - FNDF, vinculado ao Ministério dos Transportes, cujos recursos deverão ser destinados prioritariamente ao trecho Açailândia-Barcarena. O Fundo será composto de recursos do orçamento da União e outras fontes, como do valor a ser arrecadado com um dos leilões previstos para o último trimestre de 2018, mencionado no início deste capítulo: a concessão do trecho da Norte-Sul entre Porto Nacional (TO) e Estrela D'Oeste (SP), que também está inclusa no PPI.

Os longos anos de espera para uma definição sobre este projeto, só agora priorizado, mostram a importância de estudos de demanda robustos e consistentes – essenciais para uma justa avaliação dos empreendimentos a serem concedidos e para uma melhor avaliação e alocação de riscos, com benefícios na atração de bons empreendedores privados, com disposição e capital para operar e desenvolver tais ativos. O caso reportado neste artigo, infelizmente, não é único – concessões de aeroportos realizadas sob o modelo do governo anterior (como o Rio Galeão) atribuem a queda expressiva da demanda pós eventos (Copa do Mundo de Futebol e Jogos Olímpicos) uma parte dos prejuízos recentemente percebidos – o mesmo fenômeno tem acontecido com a mais nova linha de metrô da cidade do Rio de Janeiro.

Além do uso de projeções de demanda otimistas demais, ainda há uma carência com relação à implementação de estruturas alternativas para compartilhamento de riscos – em projetos de transporte o risco de demanda tipicamente é alocado para a parte privada – contudo, em situações nos quais há muita incerteza e, também, interesse público, poderiam ser constituídos arranjos já utilizados em outros países e conhecidos na literatura acadêmica, como o uso de leilões de menor valor presente das receitas (LPVR – Least Present Value of Revenues) ou o acionamento de gatilhos a partir de valores máximos e mínimos (opções reais).

### 2.5.3. Risco de “Completion”

O risco de “completion”, por outro lado, deriva de complicações ocorridas dentro dos três estágios clássicos de um projeto de infraestrutura: licenciamento, construção e comissionamento. De modo geral, o processo de licenciamento é fragmentado e burocrático, com múltiplas fases e que podem atrasar drasticamente o projeto. A obtenção das licenças ambientais, por exemplo, é uma das principais razões de atraso para a etapa de construção. Além disso, durante a etapa de construção não são raras as ocorrências de sobrecustos, má qualidade final e problemas com segurança.

Os atrasos no desenvolvimento da ferrovia Norte-Sul ilustram este tipo de ineficiência. A ferrovia tinha por objetivo conectar a Amazônia ao porto do Rio Grande, no Sul do Brasil, através de seus 4.455 km – após três décadas de vagarosa construção, alguns dos trechos não foram ainda nem leiloados. Adicionalmente, alguns trechos já construídos e com alta demanda por transporte de commodities nunca foram utilizados por conta de condições precárias de operação, como o de Palma-Anápolis (GO), inaugurado durante um período eleitoral – existem denúncias de ilegalidades cometidas, inclusive.

Outro caso emblemático de atrasos na fase de construção é o da ferrovia Transnordestina, iniciada em 2006. Havia a promessa de construção de 1.728 km, para conectar o porto de Pecém (CE) ao porto de Suape (PE), com potenciais benefícios para o Nordeste do Brasil. Após 12 anos, o valor investido excede R\$ 6 bilhões e o projeto está longe de ser concluído - a parte concluída se tornou uma verdadeira ferrovia fantasma, localizada no meio da rota original e o TCU suspendeu repasse de recursos para a obra devido à diferença observada entre os valores já recebidos e a execução física de fato<sup>11</sup>. Diferente da Norte-Sul, essa ferrovia não foi incluída no PPI.

### 2.5.4. Experiência Internacional - Relevância da Matriz de Alocação de Riscos em Transportes

Os principais riscos aqui apresentados nos projetos de transportes no Brasil também se verificam no cenário mundial. O Global Infrastructure Hub<sup>12</sup> (GI Hub, 2016) aponta como alguns dos mais importantes a serem endereçados o risco de demanda em projetos de rodovias, aeroportos e portos, e o risco de completion em aeroportos e ferrovias.

Além deles, o risco de aquisição de terrenos e da localidade a ser escolhida para o projeto também figura como relevante nas rodovias e ferrovias. No Brasil, esse risco também é verificado. Recentemente, um trecho da Norte-Sul no Pará esteve em discussão por se aproximar de comunidades quilombolas e indígenas, e, em abril deste ano, houveram protestos de indígenas contra o traçado da Ferrogrão. Somam-se a isso as áreas de preservação ambiental devido à fauna e flora nativas de determinadas regiões do Brasil.

Nos aeroportos e portos, o risco de força maior, que significa o risco de ocorrência de eventos inesperados, também é lembrado como importante – a principal forma de mitigá-lo seria através de seguros. A tabela 8, a seguir, resume os principais riscos observados nos setores de transporte.

Como visto, na última década, o governo tem feito esforços para atrair investidores, a fim de expandir a rede logística. Esse esforço é extremamente necessário quando levamos em conta que os investimentos em infraestrutura são arriscados, o que leva as partes interessadas envolvidas a discutir quem absorverá esses riscos, se o poder concedente ou a concessionária.

No Brasil, os riscos relacionados à concessão são geralmente privados, de acordo com a lei nº 8.987 / 95, referente aos contratos de concessão no país. No entanto, a fim de atrair investidores para esse setor, o governo brasileiro tem tentado fazer arranjos contratuais diferentes para assumir alguns dos riscos envolvidos em projetos de investimento em infraestrutura.

**Quadro 7. Principais Riscos em Transportes – Experiência Internacional**

| Principais Riscos |                                                                                    |
|-------------------|------------------------------------------------------------------------------------|
| Rodovias          | Risco de Demanda<br>Risco de Aquisição de Terrenos/Local                           |
| Aeroportos        | Risco de Demanda<br>Risco de Completion<br>Risco de Força Maior                    |
| Ferrovias         | Risco de Aquisição de Terrenos/Local<br>Risco de Manutenção<br>Risco de Completion |
| Portos            | Risco de Demanda<br>Risco Ambiental/Social<br>Risco de Força Maior                 |

Fonte: Global Infrastructure Hub.

**Quadro 8. Alocação de Riscos em Transportes**

| Riscos                               | Ferrovias |       | Rodovias |       | Aeroportos |       | Portos |       |
|--------------------------------------|-----------|-------|----------|-------|------------|-------|--------|-------|
|                                      | Des       | Emerg | Des      | Emerg | Des        | Emerg | Des    | Emerg |
| Risco de Aquisição de Terrenos/Local | Púb       | Púb   | Comp     | Comp  | Púb        | Púb   | Comp   | Púb   |
| Risco Ambiental e Social             | Comp      | Priv  | Comp     | Comp  | Priv       | Priv  | Priv   | Priv  |
| Risco de Concepção                   | Púb       | Comp  | Priv     | Priv  | Priv       | Priv  | Priv   | Priv  |
| Risco de Construção                  | Comp      | Comp  | Priv     | Priv  | Priv       | Priv  | Priv   | Priv  |
| Risco de Conclusão                   | Comp      | Priv  | Priv     | Priv  | Priv       | Priv  | Priv   | Priv  |
| Risco de Desempenho/Preços           | Comp      | Priv  | Priv     | Priv  | Priv       | Priv  | Priv   | Priv  |
| Risco de Recursos ou Insumos         | Comp      | Priv  | Priv     | Priv  | Priv       | Priv  | Priv   | Priv  |
| Risco de Demanda                     | Comp      | Priv  | Comp     | Comp  | Priv       | Priv  | Priv   | Priv  |
| Risco de Manutenção                  | Comp      | Priv  | Priv     | Priv  | Priv       | Priv  | Priv   | Comp  |
| Risco de Força Maior                 | Comp      | Comp  | Comp     | Comp  | Comp       | Comp  | Comp   | Comp  |
| Risco Cambial e de Juros             | Comp      | Comp  | Priv     | Comp  | Priv       | Comp  | Priv   | Comp  |
| Risco de Seguro                      | Comp      | Comp  | Comp     | Comp  | Comp       | Comp  | Comp   | Comp  |
| Risco Político                       | Púb       | Púb   | Púb      | Púb   | Púb        | Púb   | Púb    | Púb   |
| Risco Regulatório/Alteração de Lei   | Comp      | Púb   | Comp     | Púb   | Comp       | Púb   | Comp   | Púb   |
| Risco de Inflação                    | Comp      | Púb   | Comp     | Comp  | Priv       | Priv  | Comp   | Priv  |

|                                |      |      |      |      |      |      |      |      |
|--------------------------------|------|------|------|------|------|------|------|------|
| Risco Estratégico              | Priv | Priv | Priv | Priv | Priv | Priv | Priv | Priv |
| Risco de Tecnologia Disruptiva | Comp | Púb  | Púb  | Púb  | Priv | Priv | Púb  | Púb  |
| Risco de Resolução Antecipada  | Comp | Comp | Comp | Comp | Comp | Comp | Comp | Comp |

Fonte: Global Infrastructure Hub.

Dependo do tipo de risco e do setor de transporte, é possível que ele seja assumido pelo setor público, pelo privado, ou compartilhado entre eles. Essa alocação de riscos também pode variar entre mercados desenvolvidos e emergentes. O Quadro 6 a seguir descreve qual *stakeholder* tipicamente assume o risco em projetos de ferrovias, rodovias, aeroportos e portos, de acordo com o Global Infrastructure Hub (GIH). As células em destaque na tabela mostram os casos em que há diferenças entre os mercados desenvolvidos e os emergentes.

## 2.6. Conclusão

Um processo rigoroso de análise e alocação de riscos é fundamental para o sucesso das novas concessões previstas, tendo em vista as dificuldades ainda enfrentadas pelo país e um novo ambiente que se desenha com relação as alternativas para o financiamento dos projetos. As novas matrizes de riscos devem ser construídas da maneira mais clara possível e novas ferramentas de análise, mais sofisticadas, podem e devem ser utilizadas, de maneira a atrair os investidores ausentes em certames anteriores e num momento em que o BNDES não poderá mais cumprir o papel que desempenhou em anos recentes.

Em se tratando dos setores de transporte e logística, as atenções devem ser redobradas, tendo em vista os impactos potencialmente destrutivos de projeções de demanda pouco robustas e ou inconsistentes. Ainda, conforme destacado neste artigo, o desenho e a governança das instituições constitui variável de extrema relevância para a atração de operadores dispostos e aptos a atenderem requisitos para implantação, operação e manutenção dos projetos – os impactos podem ser ainda mais severos dentro dos setores de transporte e logística, considerando que os modais, idealmente, devem funcionar de forma integrada.

Apesar do grande número de experiências ruins no passado recente, algumas aqui reportadas, as implementações recentes, como no caso do último leilão de aeroportos e nas concessões rodoviárias em São Paulo, mostram que há caminhos alternativos e mais viáveis a serem escolhidos.

## Referências

- ARTESP – Agência de Transporte do Estado de São Paulo. Concorrência Internacional Nº 05/2016 Para a Concessão da Prestação dos Serviços Públicos de Operação, Manutenção e Realização dos Investimentos Necessários para a Exploração do Sistema Rodoviário que Integra o Lote Rodovias dos Calçados. Disponível em: [www.artesp.sp.gov.br](http://www.artesp.sp.gov.br).
- ARTESP – Agência de Transporte do Estado de São Paulo. Rodoanel Norte - Minuta do Contrato de Concessão e Anexos. Disponível em: [www.artesp.sp.gov.br](http://www.artesp.sp.gov.br).
- ARTESP – Agência de Transporte do Estado de São Paulo. Rodovia do Centro-Oeste Paulista - Minuta do Contrato de Concessão e Anexos. Disponível em: [www.artesp.sp.gov.br](http://www.artesp.sp.gov.br).
- BERK, J. B.; DEMARZO, P. M. Corporate finance. Pearson Education, 3ª edição, 2014.
- BRASIL. Medida Provisória nº 845, de 20 de julho de 2018. Institui o Fundo Nacional de Desenvolvimento Ferroviário. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20 de julho de 2018.
- DUTRA, J.; NACCACHE, P. (Novos e antigos) desafios ao financiamento de rodovias no Brasil. Revista Conjuntura Econômica, v. 71, n. 10, outubro/2017, p. 53-55.
- GLOBAL INFRASTRUCTURE HUB. Allocating Risks in Public-Private Partnership Contracts. 2016.
- GONÇALVES, E. Avaliação e alocação de riscos e o novo pacote de concessões. Revista CNT Transporte Atual, ano XXIII, n. 263, setembro/2017, p. 80.
- GONÇALVES, E.; DAYCHOUM, M.; SAMPAIO, P. Risco e retorno nas concessões de ferrovias no Brasil. Revista Conjuntura Econômica, dezembro/2015, p. 60-61.
- HULL, J. Risk management and financial institutions. John Wiley & Sons, 4ª edição, 2015.
- PPI – PROGRAMA DE PARCERIA DE INVESTIMENTOS. Disponível em: <https://www.ppi.gov.br>
- THE WORLD BANK; FGV CERI. Long-term financing and risk allocation. Disponível em: <https://ceri.fgv.br/sites/ceri.fgv.br/files/arquivos/long-term-finance-and-risk-allocation-fgv-ceri-2017.pdf>
- TIROLE, J. The theory of corporate finance. Princeton University Press, 2010.

- <sup>5</sup> Uma “real option” ou “opção real”, corresponde a uma flexibilidade contratual que pode ser executada pelos gestores de um projeto frente a realização de um certo cenário ou de valores para uma variável arriscada, como a demanda.
- <sup>4</sup> Em realidade, um decreto do Presidente da República – Decreto 1832/1996.
- <sup>5</sup> Esta questão foi levantada por vários analistas na época, incluindo o próprio Ministério da Fazenda.
- <sup>6</sup> TC 018.153/2010-0
- <sup>7</sup> Inventariança da extinta Rede Ferroviária Federal S.A. – RFFSA.
- <sup>8</sup> Itens 51, 87 e 356 do TC 019.582/2013-7
- <sup>9</sup> Item 89, TC 019.582/2013-7
- <sup>10</sup> TC 005.342/2014-7
- <sup>11</sup> TC 012.179/2016-7
- <sup>12</sup> O Global Infrastructure Hub é uma iniciativa do G20 dedicada à infraestrutura em mercados desenvolvidos e emergentes, que foca na colaboração com governos, setor privado, bancos de desenvolvimento multilaterais e outras organizações internacionais para promover um ambiente de negócios que permita identificar e desenvolver projetos de infraestrutura de alta qualidade, resilientes, sustentáveis e necessários, em um mundo de rápida evolução. Seu objetivo é estreitar o relacionamento entre os setores público e privado. O relatório *Allocating Risks in Public-Private Partnerships* está disponível em: <https://ppp-risk.gihub.org/content/uploads/2016/07/160610-GIHub-Allocating-Risks-in-PPP-Contracts-2016-Edition.pdf>

## CAPÍTULO 3

### Governança institucional do setor de transporte: obstáculo à integração logística?

Patrícia Regina Pinheira Sampaio  
João Benício Vale de Aguiar

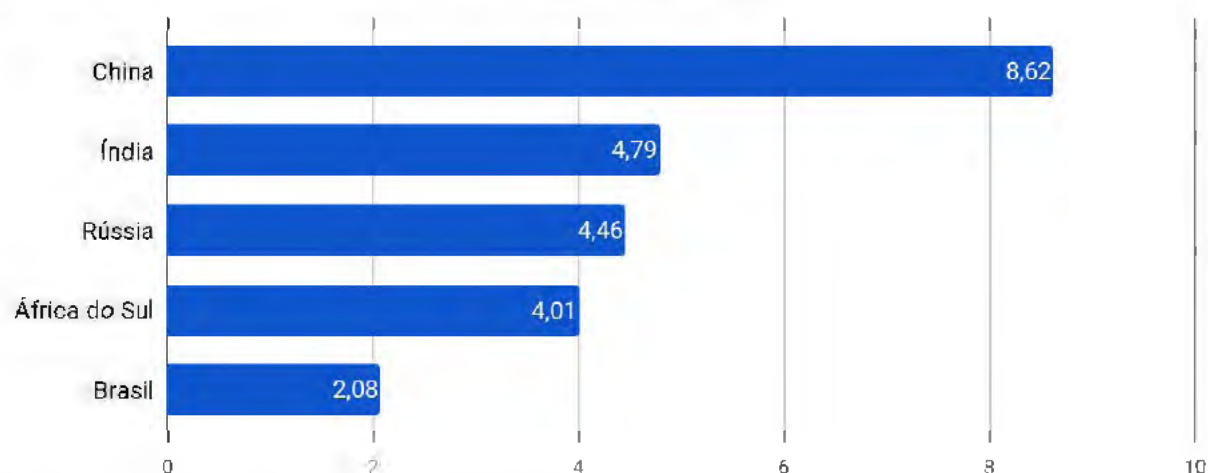
#### 3.1. Introdução

O Brasil se caracteriza por uma infraestrutura logística de transportes deficiente, que afeta tanto a produtividade econômica nacional quanto compromete a competitividade no cenário internacional. Por um lado, esse baixo desempenho da infraestrutura advém da falta de investimento; por outro, é uma consequência de problemas no planejamento e na regulação do setor logístico.

O subinvestimento na infraestrutura é uma realidade conhecida. Enquanto a média do montante destinado à infraestrutura das últimas duas décadas ultrapassa em pouco a marca dos 2,0% do PIB, países emergentes que compartilham necessidades de investimento semelhantes à brasileira, como os demais membros dos BRICS, chegam a investir até 8,5% do seu PIB para melhorar a infraestrutura interna e viabilizar o crescimento produtivo<sup>13</sup>.

O reduzido montante despendido com a infraestrutura nacional quase não é suficiente para fazer face à taxa de depreciação agregada da infraestrutura brasileira, que é de 2,03% do PIB anual<sup>14</sup>. Isso significa que o investimento realizado tem servido quase que inteiramente para a manutenção do que já foi construído, sobrando pouco ou quase nenhum recurso para a expansão da infraestrutura.

**Gráfico 12.** Despesas com Infraestrutura, 2000-2013, percentual do PIB



Fonte: RAISER, Martin; CLARKE, Roland; PROCEE, Paul, et. al, 2017.

**Quadro 9.** Investimentos da União no setor de transportes por ano

| Ano  | R\$ bilhões | % do PIB |
|------|-------------|----------|
| 2005 | 4,3         | 0,197    |
| 2006 | 6,2         | 0,258    |
| 2007 | 7,1         | 0,263    |
| 2008 | 7,8         | 0,253    |
| 2009 | 11,1        | 0,334    |
| 2010 | 16,3        | 0,420    |
| 2011 | 14,4        | 0,329    |
| 2012 | 12,6        | 0,268    |
| 2013 | 14,7        | 0,284    |

|  |       |       |
|--|-------|-------|
|  | 15,7  | 0,284 |
|  | 11,02 | 0,289 |

Fonte: CNI, 2015.<sup>15</sup>

Nesse sentido, a evolução de apenas 10,1% da extensão da malha rodoviária pavimentada em dez anos<sup>16</sup> e o aumento de somente 21,4% do volume transportado pelas linhas férreas na última década<sup>17</sup> não foram suficientes para fazer frente, por exemplo, ao crescimento produtivo agrícola do mesmo período<sup>18</sup>. Como consequência, a atual logística brasileira é incapaz de escoar toda a produção nacional, gerando perdas logísticas em setores importantes da economia, como o da produção de soja e de milho<sup>19</sup>, o que prejudica a sua posição competitiva no cenário internacional.

Este artigo investiga a hipótese de que problemas de governança e no desenho das instituições que possuem atribuições sobre planejamento e regulação da infraestrutura de transporte têm papel relevante nas dificuldades enfrentadas pelo setor logístico de transportes.

Nesse contexto, merece ser considerado que o planejamento estratégico do setor de transporte deve ser de longo prazo. Afinal, investir na ampliação da malha logística requer a disposição de elevada dotação orçamentária pelo poder público e/ou a realização de concessões longas o suficiente que justifiquem o interesse da iniciativa privada em investir. Além disso, ao viabilizar o escoamento de mercadorias para o comércio interno e externo, a logística nacional direciona todo o potencial produtivo do país: decisões relativas à ampliação da malha férrea ou rodoviária de uma região têm implicações diretas sobre incremento da produção, uma vez que surgirão novas condições de escoar mercadorias e transportar pessoas.

Assim como a infraestrutura logística é condição para a produção em larga escala de um país, o planejamento e a regulação estratégica coordenada entre as instituições competentes são pilares para o adequado desempenho da logística nacional. Nesse sentido, tanto os estudos sobre os planos de logística - realizados pela Empresa de Planejamento e Logística -, quanto à regulação da logística nacional - a cargo das agências reguladoras federais: ANAC, ANTT e ANTAQ - devem ser definidos de forma transparente. Caso contrário, os incentivos à participação privada nos projetos do Estado de investimento nos setores de ferrovia, rodovia, portos e aeroportos serão baixos frente aos elevados custos de investimentos, dados os riscos atrelados à instabilidade regulatória.

Para os fins aqui propostos, o artigo encontra-se dividido em três seções. A primeira situa a problemática da ausência de um fórum integrado de planejamento de longo prazo como consequência da fragmentação do poder concedente e das competências reguladoras e da inação do CONIT. Nele será observado como a falta de coordenação entre as entidades responsáveis pelo planejamento estratégico da logística nacional enfraquece a capacidade de implementação de grandes projetos de infraestrutura para o setor de transporte.

A segunda mostra fragilidades no desenho institucional dessas autarquias. O propósito é testar a hipótese de que as garantias institucionais legalmente previstas para os diretores assim como as fontes próprias de receita não teriam sido suficientes para afastar o risco de que decisões relevantes possam depender de contexto político-partidário, dada a sua não observância na prática, com cargos diretivos vagos, interinidade de mandatos e contingenciamento orçamentário.

Já o terceiro e último tópico explorará os efeitos decorrentes da criação de diversos planos de gestão logística sem a devida implementação. Com isso poderemos constatar que (i) a extrema fragmentação das pautas de planejamento ministerial do setor de transporte; (ii) a herança da inação do órgão responsável por realizar um planejamento integrado - o antigo CONIT -; e (iii) a falta de autonomia regulatória das agências reguladoras têm contribuído para o país ter tido sucessivos planos estruturais e operacionais de transporte que não chegaram a ser implementados.

Ao final, teceremos nossas conclusões.

### 3.2.A Ausência de um Fórum Integrado de Planejamento Logístico de Longo Prazo

Nesta seção procuraremos mostrar que a ausência de um foro integrado de planejamento logístico revela um sintoma da real situação do setor de transporte brasileiro: são órgãos de planejamento que não se reúnem para tomar decisões que garantam a coerência no planejamento logístico de longo prazo; ministérios com competências fragmentadas; agências reguladoras sem elo de coordenação; empresas públicas com funções típicas de estado.

#### 3.2.1. A Inação do CONIT nos Últimos Anos e a Passagem de Competências ao Conselho Gestor do PPI

Criado em 2001, o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte (CONIT) tinha o objetivo de propor políticas nacionais de integração dos diferentes modos de transporte<sup>20</sup>. Para isso, caberia a este órgão tanto harmonizar as políticas entre os modais e entre os diversos entes federativos<sup>21</sup> quanto definir elementos de logística do transporte multimodal a serem implementados pelos órgãos reguladores<sup>22</sup>. A função do CONIT, portanto, era de relevância estratégica para a infraestrutura logística nacional, pois o Conselho representava, ao menos idealmente, a instância de mais alto nível consultivo e decisório em relação à estrutura, operação e manutenção eficiente da matriz de transportes.

Em uma leitura sistemática, a missão essencial deste órgão seria coordenar a estrutura fragmentada da União quanto às políticas de transporte, fornecendo ao setor de logística um sistema de planejamento amplo e integrado. Desse modo, se o CONIT tivesse efetivamente exercido suas funções de coordenação, talvez a fragmentação das entidades regulatórias e dos ministérios do setor de transportes não tivesse tido o condão de resultar na elevada falta de coordenação setorial que hoje se vislumbra no setor de infraestrutura de transportes.

Parte da inação deste órgão se deu pelo não esforço político para a sua implementação. O artigo 99 da Lei nº 10.233/2001, por exemplo, dispunha que o Poder Executivo deveria promover a instalação do CONIT, mediante a aprovação de seu regulamento e de sua estrutura regimental em até noventa dias contados da data de publicação daquela lei. Segundo o parágrafo único do mesmo artigo, a publicação do referido regulamento determinaria a instalação do Conselho e o início de seu funcionamento, ou seja, as atividades do CONIT dependiam de um decreto regulamentador da Presidência da República. Contudo, o Conselho passou mais de sete anos esquecido e o decreto só veio ser criado em 2008<sup>23</sup>, após decisão do TCU criticando a inação do CONIT e determinando sua instalação<sup>24</sup>.

Ainda assim, mesmo após a aprovação normativa da estrutura e o funcionamento do CONIT pelo Decreto nº 6.550/08 e a definição da composição por Ministros de Estado<sup>25</sup>, tal Conselho só se reuniu uma única vez, em 2009. Nesta reunião o Conselho teria aprovado a primeira versão do Plano Nacional de Logística e Transportes (PNLT); porém, pouco se sabe sobre o processo de elaboração deste plano, pois, segundo o acórdão 1204/2012 do TCU, “não há comprovação documental dessa reunião, tampouco houve outra reunião após essa data”<sup>26</sup>.

Assim, o próprio TCU já reconheceu que a demora na implementação e a inoperância do CONIT representaram fatores determinantes na manutenção de indefinições que contribuíram para a falta de harmonização das políticas de transportes<sup>27</sup>. Afinal, este Conselho não foi capaz de fornecer diretrizes estratégicas que orientassem os reguladores e delimitar objetivos de longo prazo a serem atingidos no setor de transportes brasileiro<sup>28</sup>.

Desse modo, tanto as agências reguladoras quanto os Ministérios e Secretarias responsáveis do setor de transporte, que dependiam das diretrizes do CONIT para serem coordenadas e direcionadas, tiveram suas ações prejudicadas. Dessa forma, o não funcionamento do Conselho implicou, por um bom tempo, a carência de decisões estratégicas que deveriam integrar os transportes e harmonizar as políticas da infraestrutura logística nacional<sup>29</sup>.

Ante a falta de uma esfera institucionalizada de coordenação centralizada, as atribuições do CONIT foram transferidas, em 2016, para o Conselho Gestor do Programa de Parcerias de Investimentos (CGPPI), órgão presidido pelo presidente da República que visa ampliar e fortalecer a relação entre o Estado e a iniciativa privada.<sup>30</sup> Fundamentado na lei 13.334/16, o PPI deve ser regulamentado por meio de decretos presidenciais para determinar as políticas federais de longo prazo para o investimento privado em empreendimentos públicos federais e para a desestatização.<sup>31</sup>

Embora o novo órgão tenha surgido com o propósito de impulsionar as agendas de investimento e gerar crescimento para o país por meio de projetos de infraestrutura e de desestatização, ainda não está claro se esta instituição deve ser a primeira a orientar o planejamento de longo prazo no setor de infraestrutura de transportes.

Em primeiro lugar, porque é um órgão bastante amplo sem pauta específica para a logística nacional, o que pode significar dispersão de esforços dos seus membros. Isso significa que, nas suas reuniões, os planejamentos estratégicos de transporte dividirão a atenção com os planejamentos de outras tantas pautas de investimento que envolvam parcerias público-privada ou desestatização de infraestrutura.

Segundo, porque as competências do PPI são distintas das anteriormente atribuídas ao CONIT. Apesar de o Conselho não ter desempenhado suas funções como lhe era pretendido, o seu desenho institucional era concebido para desempenhar a coordenação do sistema de transporte nacional. Já o CGPPI é um fórum voltado a catalisar investimentos, e menos a sistematizar o planejamento de longo prazo da infraestrutura integrada de transportes.

Nesse sentido, do ponto de vista da governança, o desenho do Conselho Gestor do PPI enfrenta desafios. Um exemplo disso está no art. 6º, inciso I lei 13.334/16<sup>32</sup>, que direciona a outras entidades da administração, como ministérios, agências reguladoras e empresas públicas a edição de planos e regulamentos próprios para executar

as políticas do setor logístico de transportes fixadas pelo Poder Executivo. Em outras palavras, inexistia uma coordenação necessária que faça com que os projetos de transporte sejam ligados entre si.

Além disso, como se verá, as agências reguladoras setoriais - ANTT, ANTAQ e ANAC - funcionam de forma independente uma da outra, e a EPL possui foco na estruturação e qualificação, por meio de estudos e pesquisas, do processo de planejamento integrado, mas, para isso, o ideal seria a existência de um órgão central que desse o direcionamento e canalizasse demandas públicas do setor de transporte, como antes era responsabilidade do CONIT. A EPL é uma empresa estatal com o dever de preparar estudos de viabilidade, mas não foi projetada para liderar sozinha um processo de planejamento a longo prazo. Seria até mesmo incompatível com a sua natureza jurídica empresarial, pois planejamento geralmente é matéria afeita à Administração direta ou a autarquias.

De modo geral, deve-se mencionar que, dado que o CONIT não conseguiu executar adequadamente suas competências, é improvável que o Conselho Gestor do PPI se concentre no planejamento estratégico setorial a longo prazo. Nesse sentido, o CGPPI não se mostra suficiente para articular as demandas existentes para a logística nacional, e o setor de transporte ainda não possui uma estrutura dentro do Poder Executivo para acompanhar o desempenho do planejamento estrutural e operacional, programas e projetos das diferentes entidades. Em outras palavras, a logística nacional, atualmente, não possui um órgão de coordenação para formular políticas públicas integradas de longo prazo<sup>35</sup>.

### 3.2.2. A Fragmentação do Poder Concedente e das Competências Regulatórias

O cenário institucional do setor de transportes brasileiro é extremamente complexo e fragmentado. Divididas em esferas ministeriais, regulatórias e operacionais, as entidades federais responsáveis por coordenar a logística nacional possuem pouca coordenação e autonomia limitada. Como veremos a seguir, a organização das instituições pode ser um grande empecilho ao desenvolvimento integrado de políticas de longo prazo.

**Figura 3.** Mapa estrutural da União no setor logístico de transportes



Fonte: Elaboração própria

\* A Reforma Temer de 2016 diz respeito às mudanças estruturais na subordinação das antigas pastas ministeriais da Secretaria Nacional da Aviação Civil e da Secretaria Especial de Portos ao Ministério do Transportes e à absorção das competências do CONIT pelo CGPPI.

O Poder Executivo distribuía, até maio de 2016, o planejamento de políticas e os poderes de concessão no setor de logística entre três órgãos distintos: o Ministério dos Transportes, a Secretaria Nacional da Aviação Civil (SNAC) e a Secretaria Especial de Portos (SEP), ambas igualmente com status ministerial. Essa fragmentação na estrutura ministerial de transporte para a criação de um modelo ministerial tripartite teve início com a criação da SEP em 2007, pela Lei nº 11.518/07<sup>34</sup>, e foi completada com o surgimento da SNAC em 2011, pela Lei nº 12.462.

De acordo com a exposição de motivos da Casa Civil da Presidência da República<sup>35</sup>, a criação da Secretaria Especial de Portos tinha o objetivo de trazer maior eficiência à formulação de políticas e diretrizes para o desenvolvimento do setor de portos marítimos. Da mesma forma, a criação da Secretaria Nacional da Aviação Civil buscou a possibilidade de incentivo a investimentos nos aeroportos brasileiros; até aquele momento a pasta da aviação estava sob a égide do Ministério da Defesa, e era de interesse do governo federal criar um novo modelo de contratações públicas para os aeroportos<sup>36</sup>.

As pautas dos portos e da aviação civil eram decididas, portanto, em foro distinto das demais pautas do transporte nacional, o que aumentava os custos de transação para a realização de um processo integrado de planejamento e para a comunicação entre ministérios e agências reguladoras. Tendo em vista que as funções de

estratégia, elaboração de políticas, planejamento de longo prazo e supervisão geral dos modos de transporte é de responsabilidade direta do Poder Executivo, essa divisão dificultava o poder de gestão na coordenação estratégica e política entre todos os modais de transporte.

Na regulação também existe fragmentação, afinal, são três agências distintas responsáveis pelo setor logístico. Enquanto a ANTT é responsável pelo transporte ferroviário e rodoviário, a ANTAQ e a ANAC se encarregam de regular, respectivamente, os setores de transporte aquaviário/portuário e aeroviário civil. O fato de esses poderes reguladores estarem espalhados por três agências distintas contribui para o desafio de alcançar uma abordagem mais integrada da logística de infraestrutura de transporte.

Como regra geral, as agências geralmente estão ligadas ao ministério mais próximo em propósito para o setor que elas regulam. Assim, quando os poderes ministeriais foram divididos entre três órgãos diferentes, as agências reguladoras seguiram o mesmo caminho: a ANTT ficou vinculada ao Ministério dos Transportes, a ANAC foi vinculada à Secretaria Nacional de Aviação Civil, e a ANTAQ à Secretaria Especial de Portos. Dessa forma, entre 2007 e 2016 as competências do Ministério do Transporte foram sendo divididas e, por conseguinte, é esperado que a coordenação entre as autarquias reguladoras tenha sido menor.

Já no nível operacional, o poder público conta com autarquias e empresas estatais para implementar o investimento desejado, além da presença de investidores privados. Todavia, essas entidades são bastante específicas em suas atribuições e, na ausência de uma coordenação central organizada, seja pelos ministérios, pelas agências reguladoras ou pelos órgãos centrais de planejamento estratégico, elas dificilmente serão capazes de dialogar suas políticas em prol do desenvolvimento logístico nacional. Além disso, a Empresa de Planejamento e Logística, ao contrário do que a natureza empresarial sugeriria, não desempenha funções tipicamente empresariais, mas sim de caráter planejador.

### 3.3.O Desenho das Agências Reguladoras e as Questões Atinentes à Autonomia Regulatória

Com a criação de um novo modelo gerencial de modernização do Estado na década de 90, e atendendo ao princípio de descentralização do poder estatal, surgiram as agências reguladoras. Concebidas para regular a relação entre os agentes do poder público, os prestadores de serviços e os usuários, as agências reguladoras são (ao menos em tese) dotadas de autonomia normativa, financeira e de gestão. Além disso, embora as agências sejam ligadas ao Ministério afim às suas áreas de atuação, as diretorias das agências não são hierarquicamente subordinadas ao Poder Executivo, e os seus diretores possuem determinadas garantias que lhes garantem independência decisória.

Atualmente existem dez agências reguladoras federais, tendo cada uma atribuições e competências próprias. Dentre estas, as de transporte são as mais novas. Criadas em 2001 pela mesma lei - Lei 10.233 -, a ANTT e a ANTAQ possuem competência de regulação, supervisão e fiscalização das atividades de prestação de serviços, concessões, permissões e autorizações, sendo a primeira responsável pelas atividades que envolva o transporte e a infraestrutura ferroviária e rodoviária, e a segunda quanto ao transporte aquaviário e a infraestrutura aquaviária e portuária. Já a ANAC, ainda mais nova, surgiu apenas em 2005 pela Lei 11.182 e é responsável pela regulação do setor da aviação civil, ou seja, normatiza, supervisiona e fiscaliza as concessões dos aeroportos brasileiros.

Para que as agências desempenhem suas funções regularmente, seus atos devem ser técnicos e autônomos<sup>37</sup>. Estruturalmente, essas três agências são desenhadas para terem autonomia a fim de que não fiquem vulneráveis a interesses político-eleitorais. Seus dirigentes, por exemplo, possuem mandato fixo e não coincidentes com o mandato político do chefe do Poder Executivo. Além disso, elas possuem receitas próprias que serviriam para cobrir as despesas de funcionamento da agência, sem que estas dependessem de repasse de verbas do Executivo. Contudo, como veremos a seguir, o simples desenho legal-institucional não é suficiente para garantir a efetiva autonomia dessas agências.

#### 3.3.1. Problemas na Autonomia Decisória

Boas práticas de governança impactam diretamente a performance de uma agência reguladora.

Dentre as práticas de governança necessárias ao desenvolvimento das atividades dessas autarquias especiais está a efetiva *autonomia decisória* dos seus diretores, ou seja, da condição do agente regulador tomar sua decisão sem ter que consultar previamente o Poder Executivo.<sup>38</sup> Como bem apontou o TCU no Relatório de Auditoria nº 031.996/2013-2<sup>39</sup>, “a atuação eficiente das agências reguladoras pressupõe que elas sejam entidades institucionalmente fortes, imparciais no cumprimento de sua missão e tecnicamente capacitadas, além de protegidas da ingerência político-partidária”.

Nessa linha, se dentro da competência regulatória das agências for possível que o Poder Executivo detenha, dentro do curso do processo decisório, algum poder de intervenção que possa influenciar a direção decisória da autarquia reguladora, então esta não será, de fato, independente<sup>40</sup>.

Com o fim de avaliar a autonomia do processo decisório são feitas duas análises: uma primeira quanto ao aspecto legal de (des)vinculação decisória da agência aos quadros político-partidários, e uma segunda quanto a aspectos práticos que podem sugerir uma mitigação das características enunciadas pela primeira.

Quanto à primeira análise, é importante atentar-se para a limitação legal existente quanto à competência da ANAC para interpretar a legislação setorial. Para se entender melhor este fato, faz-se necessário verificar o disposto no inciso XLIV do art. 8º da Lei nº 11.182 de 2005<sup>41</sup> que, além de indicar as competências da ANAC para deliberar quanto à interpretação legislativa dos serviços e da infraestrutura aérea, limita-as frente a orientações em contrário da Advocacia-Geral da União. Assim, toda vez que houver uma orientação da AGU sobre determinado debate do setor aéreo, a lei parece vedar que a ANAC delibere sobre o mesmo assunto em sentido contrário.

Contudo, para saber se existe independência da Diretoria de uma autarquia reguladora não basta analisar apenas aspectos formais e o desenho institucional da governança das agências de regulação<sup>42</sup>. Assim, para além das barreiras legais, deve-se investigar também o quanto os diretores das agências responsáveis pela regulação de transporte são, na prática, autônomos na tomada de decisões. Isso porque, embora sejam garantidas às agências de transporte mandatos fixos para seus dirigentes, e as demissões destes sejam autorizadas apenas em situações específicas, como sentença transitada em julgado ou em virtude de processo disciplinar, as agências reguladoras ainda sofrem riscos de mitigação da sua autonomia.

Para ir a fundo neste problema, é preciso, em primeiro lugar, ter consciência de que, para as agências atuarem com eficiência, elas devem ser tecnicamente capacitadas e imparciais no cumprimento de suas funções e blindadas quanto a ingerências políticas indevidas<sup>43</sup>. Segundo, é imperativo que o processo de indicação, nomeação e substituição de seus diretores seja imaculado de questões puramente políticas: os dirigentes devem ser, de fato, estáveis no exercício de seus mandatos e terem graus de instrução e despolitização mínimos para exercerem suas atividades.

Iniciamos, portanto, esta segunda parte da análise da autonomia do processo decisório com atenção ao processo de indicação, nomeação e substituição dos dirigentes das agências do setor de transporte porque, embora o cargo em análise seja, a princípio, técnico, o seu processo de ocupação é político. Assim, para estabelecer qualquer estudo sobre a independência dos dirigentes é necessário atentar, antes, ao procedimento por meio do qual eles ocupam suas cadeiras.

A diretoria colegiada das agências reguladoras, como regra geral, é composta seguindo processo específico: o chefe do Poder Executivo indica um nome que acredita cumprir os requisitos para ocupar o cargo; o Senado realiza procedimento de aprovação do nome proposto; o nome retorna ao Executivo, que deverá nomeá-lo ao cargo e, somente após isso, o então dirigente poderá tomar posse.

Pesquisa de MEYERHOF e BARRIONUEVO (2016) mostrou que a Comissão de 23 senadores designada para sabatar os dirigentes aprova em sua grande maioria com unanimidade ou pouquíssimos votos contrários os indicados pelo Executivo.

#### Quadro 10. Votação na Comissão de Infraestrutura do Senado Federal

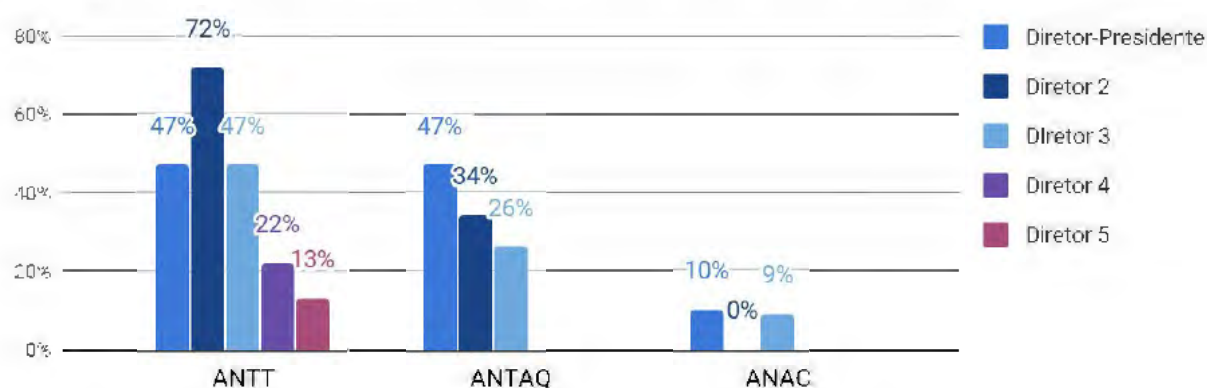
|                        |     |
|------------------------|-----|
| Unanimidade            | 42% |
| 1 voto contrário       | 28% |
| 2 votos contrários     | 20% |
| 3 votos contrários     | 6%  |
| 4 a 5 votos contrários | 4%  |

Fonte: FGV Direito SP, 2016.

Um cargo de diretoria, por conta de sua estabilidade do mandato fixo e do seu poder de influência em determinado setor de interesse político, pode valer, muitas vezes, como uma boa moeda de troca em uma democracia de coalizão. Dessa forma, ao ter disponível a oportunidade de aumentar influência no Congresso, o Planalto pode, porventura, esperar o momento certo para indicar um novo diretor.

Como uma possível consequência da politização do processo de nomeação de dirigentes, as agências permanecem longos períodos com desfalques nas suas diretorias, podendo se estender por décadas de vacância de cadeiras, como ocorreu com a ANTT que, ao todo, já passou por meses que, somados, compreendem mais de 20 anos de diretorias vacantes ou ocupadas de forma interina.

**Gráfico 13. Percentuais de vacância<sup>44</sup> dos cargos de direção das agências reguladoras de transporte (jan/2010 até dez/2013)**

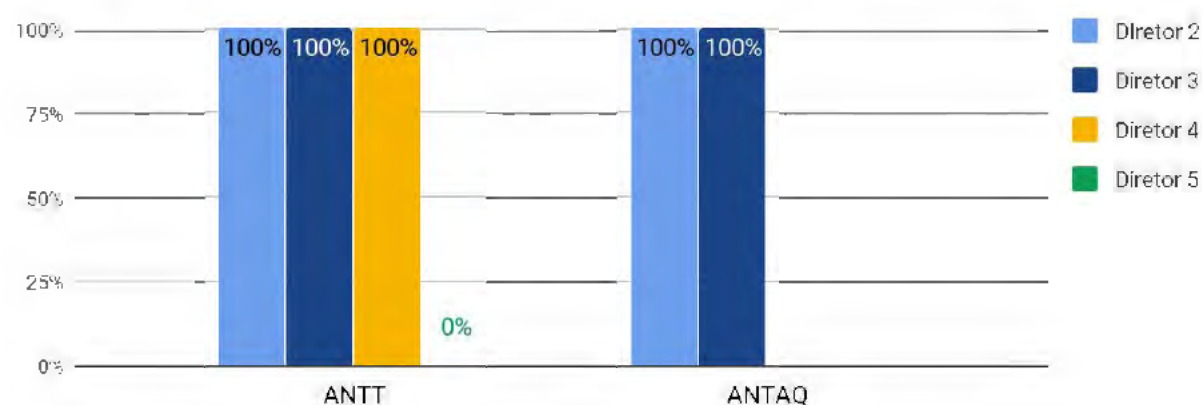


Fonte: TCU, 2015.

Dessa forma, tendo em vista que a regra que prevalece para o quórum de instalação das reuniões colegiadas das agências de transporte é a de maioria absoluta<sup>45</sup>, existem casos em que não é possível, sequer, que o colegiado da agência se reúna por ausência da quantidade necessária de diretores presentes. Esse fato chegou a ser constatado pelo TCU, que identificou casos de paralisia decisória<sup>46</sup> pela ausência de ocupação de vagas na diretoria, tomadas de decisão chegavam a ser impossibilitadas na ANTAQ.

O problema da demora na nomeação de novos dirigentes tornou-se tão recorrente que levou à permissão, por meio de decreto presidencial<sup>47</sup>, para que o Ministro designe diretores interinos até a posse do novo membro da Diretoria. Veja-se que, em todo caso, trata-se de solução sem embasamento legal. Talvez ainda mais grave seja que, para as agências que possuem regras de substituição interina de diretores, que esses tenham se mantido por longos períodos nas vagas, colocando em risco a autonomia decisória das agências.

**Gráfico 14. Percentuais de ocupação dos cargos de direção por interinos (desde a criação do instituto até dez/2013)<sup>48</sup>**



Fonte: TCU, 2015.

Os interinos não possuem a mesma garantia dos diretores titulares quanto à estabilidade no curso do mandato. Ao contrário, por serem de indicação exclusiva do chefe do Poder Executivo e não passarem pela sabatina no Senado Federal, não têm mandato e podem ser destituídos a qualquer momento<sup>49</sup>. Nesse sentido, quando os órgãos colegiados das agências de transporte passam a ser ocupados majoritariamente por dirigentes interinos, há um efetivo risco de que a pauta decisória que era para ser técnica fique vulnerável a questões político-eleitorais.

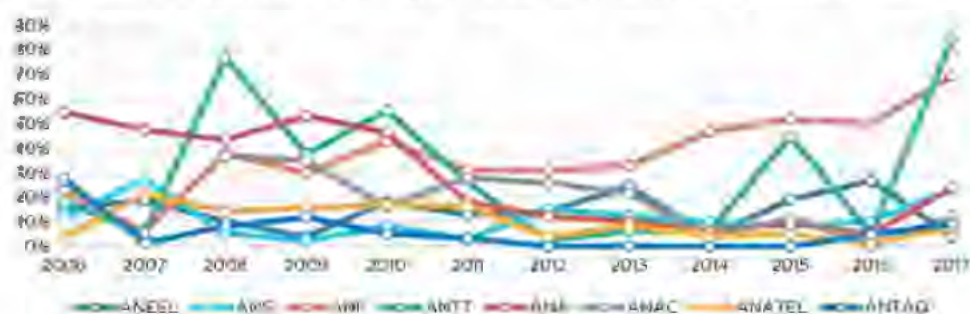
Em suma, a situação de ocupação dos cargos pelos interinos sem a realização do procedimento de substituição por dirigentes é uma burla ao devido processo legal de nomeação, já que “o Senado é impedido de participar do processo de escolha dos dirigentes e a autonomia decisória das agências é fragilizada”<sup>50</sup>.

### 3.3.2. Problemas na Autonomia Financeira

O funcionamento de uma agência reguladora, assim como de qualquer outro órgão público, depende de possuir os recursos financeiros necessários ao desempenho de suas atividades. No entanto, as agências reguladoras, apesar de teoricamente possuírem autonomia financeira, na prática dependem de verbas federais. Estas autarquias, por não possuírem orçamento próprio, têm suas dotações orçamentárias contidas no orçamento dos ministérios a que estão vinculadas. Na prática, portanto, atualmente ANTT, a ANTAQ e a ANAC recebem parte dos recursos do Tesouro Nacional destinadas ao Ministérios dos Transportes.<sup>51</sup>

Nesse sentido, os orçamentos das agências dependem das diretrizes presentes nas leis orçamentárias e dos programas e metas fiscais do Ministério dos Transportes, podendo eventualmente sofrer contingenciamento<sup>52</sup> de suas verbas pelo Executivo. Conforme aponta pesquisa do FGV CERI, "o contingenciamento das verbas de transferência do governo federal é prática comum e que ocorre com todos os órgãos da administração direta e indireta."<sup>53</sup> Nessa situação, ocorreria redução da receita a ser repassada para a agência, "causando um descompasso entre as despesas e receitas planejadas e os recursos de fato disponíveis"<sup>54</sup>.

**Gráfico 15. Contingenciamento nas agências reguladoras federais de Infraestrutura**



Fonte e criação: FGV CERI, 2016.

Historicamente, o contingenciamento, à exceção da ANTT, sempre foi uma realidade para as agências reguladoras de transporte. A ANAC sofreu corte de quase 20% do seu orçamento no ano de 2014, sendo a agência com a maior contenção de verbas naquele ano. Essa recorrência no contingenciamento dos orçamentos das agências federais leva à necessidade de se pensar criticamente os mecanismos que possam fazer delas entidades realmente autônomas financeiramente.<sup>55</sup>

Outra prática que atrapalha a financiabilidade das agências é o recorrente atraso na liberação das verbas aprovadas. Atualmente, o orçamento aprovado é anual e não existe uma *regra de duodécimo*<sup>56</sup> para o seu orçamento. Dessa forma, a sua liberação não segue, necessariamente, um progresso regular para a agência desempenhar suas atividades sem perda da continuidade de recursos.

Essas duas práticas podem significar um risco à independência das agências, pois a relação entre o funcionamento autônomo de uma agência reguladora e a sua vulnerabilidade financeira é direta. Pensando nisso o legislador estipulou outras fontes, além da distribuição dos recursos do Tesouro Nacional a essas autarquias especiais.

Para além dos recursos obtidos através do Tesouro Nacional, a ANTT e a ANAC, com permissão constitucional<sup>57</sup>, possuem o poder de instituir taxas em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição. Essas taxas devem ter seu montante arrecadado relacionado ao valor necessário para o custeio das atividades desempenhadas pela atividade das agências. Ademais, elas são tributos vinculados, ou seja, devem ser gastos exclusivamente para o fim que é determinada, não podendo ser empregadas, em princípio, em outras atividades.

Contudo, não existem impedimentos abstratos para o contingenciamento da destinação vinculada, desde que sejam aplicadas de acordo com a previsão legal<sup>58</sup>. Nesse sentido, a Lei de Responsabilidade Fiscal, em seu artigo 8º parágrafo único, prevê que "os recursos legalmente vinculados a finalidade específica serão utilizados exclusivamente para atender ao objeto de sua vinculação, ainda que em exercício diverso daquele em que ocorrer o ingresso".

Conquanto a ANTT e a ANAC tenham instituído taxas setoriais, e a ANTAQ tenha cobrado multas como fontes arrecadatórias para custear suas atividades, elas não possuem gestão direta ou autônoma dos fundos a que se destinam as arrecadações<sup>59</sup>. Desde 2000 há a previsão constitucional - art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)<sup>60</sup> - de um mecanismo de Desvinculação de Receitas da União (DRU), que permite que a União utilize livremente 30% de sua arrecadação, ou seja, de todas as receitas relativas a impostos, multas e taxas, incluindo aquelas obtidas pelas agências reguladoras para o exercício do seu poder de polícia.

Logo, nem mesmo a receita vinculada das agências por meio das suas taxas e multas está livre de contingenciamentos.

Portanto, a autonomia financeira das agências reguladoras se encontra em risco pela possibilidade aberta de contingenciamentos do Executivo. Afinal, o cenário atual, graças à difícil situação fiscal que a União vem enfrentando, é de austeridade econômica, e a saúde financeira das agências pode estar mais vulnerável.<sup>61</sup>

### 3.4. Sucessivos Planos Gestados e Não Implementados

No tópico anterior foram analisadas dificuldades organizacionais para o pensamento integrado a estruturação da infraestrutura logística de transporte. Agora passamos a observar que questões relacionadas ao planejamento do setor também podem ser um relevante fator explicativo das condições adversas hoje experimentadas. Compreender como os governos têm programado os investimentos e desestatizações dos modais ao longo do tempo é de suma importância para qualquer estudo que busque explicações para a atual realidade da logística nacional. Nesse sentido, passamos, neste tópico, a apresentar os planos (estruturais ou operacionais) que foram criados e implementados nos últimos anos no Brasil.

#### 3.4.1. Planos Estruturais Gerais

Os planos estruturais gerais possuem o objetivo de permanentemente orientar as políticas de investimento e integração logística de transporte. Tais planos são, portanto, norteadores de todas as políticas de transporte ou de logística aplicáveis. Afinal, esses planos, concebidos com o propósito de servirem além das políticas de governo, são consolidados em leis, como o Sistema Nacional de Viação (SNV), e em projetos de constante avaliação para a implementação de intervenções públicas e privadas no setor de infraestrutura de transporte e logística.

O primeiro plano em análise é o Plano Nacional de Viação (PNV), instituído em 1973 pela Lei n° 5.917. Como o próprio texto legal se refere, em seu art. 2º, os objetivos deste plano eram de permitir, tanto o estabelecimento da infraestrutura de um sistema viário integrado, quanto as bases para planos globais de transporte que atendessem, pelo menor custo, às necessidades do País, sob o múltiplo aspecto econômico-social-político-militar. Em outras palavras, o PNV buscava criar o alicerce necessário para permitir o desenvolvimento logístico no Brasil. Afinal, para a época existia uma grande necessidade de interiorizar o desenvolvimento do país, que se concentrava majoritariamente na região costeira.<sup>62</sup>

A implementação do PNV deveria ocorrer “no contexto dos Planos Nacionais de Desenvolvimento e dos Orçamentos Plurianuais de Investimento”<sup>63</sup> e seu conteúdo seria revisto de cinco em cinco anos, com base em sistemática de planejamento estabelecida pelo Conselho Nacional de Transportes<sup>64</sup>. Para que esse plano atingisse seu objetivo, foram estabelecidos, no art. 3º da Lei 5.917/73, doze princípios que deveriam orientar o PNV. Resumidamente, tais princípios se baseavam na coordenação entre os diferentes entes federativos para a seleção de alternativas mais eficientes, com base em estudos de viabilidade econômicas, de modo que ocorresse aproveitamento da capacidade ociosa dos sistemas existentes.

**Quadro 11.** Planos Estruturais do Setor de Transporte<sup>65 66 67 68</sup>

| Nome do Plano                                     | Data de instituição   | Objetivo do Plano                                                                                                                                                                  | Observações                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
|---------------------------------------------------|-----------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Plano Nacional de Viação (PNV) <sup>61</sup>      | 1973                  | Um programa para guiar as planejamentos de cada um dos setores de modais, buscando a integração dos planos de infra-estrutura do sistema viário nacional. <sup>62</sup>            | Apesar de abranger diversos modais existentes, atribui maior importância ao sistema rodoviário. Isso é evidenciado nos pareceres presentes no projeto.<br>Os planejamentos para os diferentes modais são básicos, consistindo, na maioria, novos sistemas de nomenclaturas para trechos já construídos ou novos trechos de construção de ferrovias, rodovias, novos portos e aeródromos.                                         |
| Plano Nacional de Logística de Transportes (PNLT) | 2007                  | Identificar, otimizar e racionalizar as custos envolvidos em toda a cadeia logística de transportes para orientar a seleção de projetos de logística integrada para entrar na PAC. | O PNLT lançou três relatórios executivos (em 2007, 2009 e 2011) e propõe um processo de planejamento permanente, participativo, integrado e interinstitucional, que conta com a participação de setores produtivos, de usuários, de transportadores e dos governos estaduais. <sup>63</sup><br>Na entanto, a PNLT parece ter parado de ser atualizada, tendo em vista que não houve mais relatórios sendo divulgadas desde 2011. |
| Plano Nacional de Logística Integrada (PNI)       | Em confecção pela EPL | Identificar e analisar as alternativas para otimizar a logística nacional.                                                                                                         | O PNI apresentará propostas para modernizar e integrar as diversas modos de transporte para atingir uma maior efetividade dos investimentos na infraestrutura e contribuir com o desenvolvimento de um sistema inovador e eficiente para movimentação de cargas no país. <sup>64</sup>                                                                                                                                           |

Fonte: Elaboração própria

Visando organizar a estrutura logística nacional, a criação do PNV traz consigo também a organização do Sistema Nacional de Viação (SNV), que é a descrição, pelos anexos da lei, do quadro geral de transportes nacionais, ou seja, uma lista com as rodovias, hidrovias, ferrovias e portos. Assim, o SNV é basicamente uma base de referência para os modais nacionais, e por tal motivo necessita, também, de constante atualização. No entanto, essas atualizações não têm sido frequentes, já que as atualizações dos anexos trazidos pela Lei nº 12.397 de 2011 foram vetados pela então Presidente.<sup>69</sup>

Outra observação sobre o PNV se refere ao inicial destaque dado por este ao setor rodoviário. Essa mudança só ocorreu após a introdução da Lei nº 12.379/11, que trouxe uma divisão mais detalhada sobre cada subsistema de transporte. Pode-se dizer que até a inserção desse último diploma legal não havia uma estrutura organizacional bem definida que pudesse, por exemplo, classificar as diferentes ferrovias<sup>70</sup> ou a composição do Subsistema Aquaviário Federal<sup>71</sup>.

Mais recentemente, merece menção o Plano Nacional de Logística de Transportes (PNLT), que foi criado em 2007 em ação conjunta dos Ministérios do Transportes com o Ministério da Defesa, com o objetivo de perpetuar a análise logística que desse suporte ao planejamento de intervenções públicas e privadas na infraestrutura e na organização dos transportes. Na prática, esse plano se diferencia do PNV porque, enquanto aquele serviu para organizar a estrutura logística nacional, o PNLT se encarrega (i) da identificação, otimização e racionalização dos custos envolvidos em toda a cadeia logística adotada entre a origem e o destino dos fluxos de transportes; e (ii) da adequação da atual matriz de transportes de cargas no país buscando a permanente utilização das modalidades de maior eficiência produtiva<sup>72</sup>.

A constituição do PNLT significou uma retomada do planejamento nacional de transportes com base científica, já que desde a realização do PRODEST - Programa de Desenvolvimento do Setor de Transportes - pelo GEIPOT em 1985 não havia sido elaborado outro estudo que permitisse avaliar estratégias para as políticas públicas em transporte logístico. O PNLT é, portanto, um plano indicativo, que orienta a seleção de Planos Operacionais de infraestrutura, como o Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) inaugurado pelo governo federal em 2007. Essa orientação do PNLT é feita, principalmente, através da divulgação de Relatórios Executivos. No entanto, esses relatórios aparentemente pararam de ser elaborados, uma vez que a última divulgação de relatório ocorreu em 2011<sup>73</sup>.

O PNLT seria substituído pelo Plano Nacional de Logística Integrada (PNLI). Este plano estrutural tem o objetivo de identificar e analisar as alternativas para otimizar a movimentação de cargas utilizando as ferrovias, a cabotagem e as hidrovias, como sistemas de alta capacidade, integrados à malha rodoviária regional de forma sinérgica e harmônica<sup>74</sup>. Em 2 de julho de 2018, o CGPPI aprovou o plano, sob a designação de Plano Nacional de Logística.

### 3.4.2. Planos Operacionais

Enquanto os Planos Estruturais Gerais possuem o objetivo de nortear no longo prazo o planejamento logístico nacional, os Planos Operacionais, por concepção, possuem aplicação limitada no tempo. Por conta disso, esses planos são, na verdade, programas de investimentos de determinado governo para determinado período orçamentário, que geralmente é limitado a quatro anos por causa do Plano Plurianual (PPA).

Tendo em mente a análise do desempenho logístico através da operacionalização dos planos de investimentos, a tabela abaixo resume os principais planos operacionais desenvolvidos nos últimos 20 anos.

**Quadro 12.** Planos Operacionais do Setor de Transporte

| Nome do Plano                                     | Data de instituição | Objetivo do Plano                                                                                                                                                 |
|---------------------------------------------------|---------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Plano Brasil em Ação                              | 1998                | Programa de investimentos do governo federal em infraestrutura, incluindo no setor de transportes.                                                                |
| Programa Avança Brasil                            | 2000                | Promover o planejamento integrado da infraestrutura de transporte, incluindo a articulação dos investimentos aos Eixos Nacionais de Integração e Desenvolvimento. |
| Programa de Aceleração do Crescimento - (PAC)     | 2007                | Realizar um amplo conjunto de políticas econômicas para melhorar o crescimento econômico da Brasil por um período de 4 anos (até 2010).                           |
| Programa de Aceleração do Crescimento 2 - (PAC 2) | 2010                | Promover a continuidade da primeira fase, de modo a executar os projetos não terminados e realizar novos investimentos.                                           |
| Programa de Investimento em Logística I (PIL I)   | 2012                | Estipular diretrizes como forma de resgatar o planejamento integrado de transportes, buscando eficiência, agilidade e desenvolvimento socioeconômico.             |
| Programa de Investimento em Logística II (PIL II) | 2015                | Promover a continuidade da primeira, buscando a modernização dos transportes no país.                                                                             |
| Programa Crescer                                  | 2016                | Parte do Programa de Parceria de Investimentos (PPI), visa melhorar a infraestrutura e aumentar a capacidade de crescimento do País.                              |

Em suma, esses planos trazem algumas características semelhantes. A primeira delas reside na magnitude inicial de seus objetivos e a posterior não realização integral dos mesmos. O Programa Avança Brasil é um bom exemplo dessa prática de se planejar investimentos sem uma exata correspondência com os limites de atuação do Estado. Parte desse primeiro problema é, na verdade, um sintoma da falta de uma estrutura sólida de órgãos de planejamento estratégico para auxiliar as políticas de logística e de agências reguladoras capazes de auxiliar a relação entre o ente público e a iniciativa privada.

Vale observar que, na época de implementação do Programa Avança Brasil sequer existiam as agências reguladoras de transporte ou o órgão responsável por fazer o planejamento estratégico de longo prazo<sup>75</sup>.

No entanto, mesmo depois dessas instituições serem criadas, os problemas dos planos operacionais não deixaram de estar presentes. Quando do lançamento do primeiro Programa de Aceleração do Crescimento (PAC1), o CONIT existia (apenas) formalmente como órgão competente para desenvolver políticas estratégicas, e as agências reguladoras de transportes já se encontravam em funcionamento. Mesmo assim, parte das obras e investimentos planejados não foram executados e ficaram como legado para o segundo PAC.

Dessa forma é possível observar que o déficit institucional do setor de transporte sempre foi uma barreira de impacto na prática de políticas de investimento no setor, afetando criticamente os Planos Operacionais. Assim, o fato de o setor de transporte ter lidado com um quadro institucional fragmentado, em conjunto com a instabilidade política e a autonomia limitada dos agentes reguladores, prejudicou a capacidade do país em dar continuidade às políticas públicas para o setor de transporte, tanto em termos de planejamentos de longo prazo quanto na implementação dos planos já existentes. Em outras palavras, a ausência de agentes institucionais capazes de planejar e regular adequadamente a infraestrutura de transporte parece ter elevado poder explicativo para o desempenho da logística nacional.

Outra característica importante desses planos está na motivação governamental por trás deles. A maioria desses planos operacionais, assim como dos planos estruturais, parece ser motivada especialmente por questões político-eleitorais, de modo que, a cada governo que ocupa o cargo, os planos são substituídos por outros, sem continuidade. Como detalhe desse fato, os planos de um mesmo governante têm se mantido para dar continuidade ao programa, como no caso dos PACs 1 e 2 do governo Lula e dos Programas de Investimentos em Logísticas (PILs) I e II do governo Dilma. No entanto, programas de governantes de matrizes distintas, mesmo quando o programa anterior ainda estava, em tese, sendo aplicado, são, historicamente, descontinuados. Um exemplo dessa ruptura entre programas se dá pela criação do Programa Crescer do governo Temer, apenas um ano após o anúncio do segundo Programa de Investimento em Logística.

Assim, essa seção evidenciou que o setor de transporte tem sido objeto de vários planos, tanto estruturais quanto operacionais, que não foram ou não estão sendo totalmente implementados, ou por não terem conseguido cumprir os seus objetivos possivelmente por falta de planejamento estratégico - ou, ainda, por ausência de interesse político em dar continuidade e executabilidade em um plano de governo anterior.

### 3.5. Conclusão

---

Frente a um cenário institucional historicamente fragmentado nos níveis ministerial, regulatório e operacional, o setor de transportes brasileiro tem sofrido muitas dificuldades para a construção de uma visão sistêmica da questão logística.

O presente artigo mostrou que, ao menos desde o início deste século, o setor sofreu com a ausência de efetivo funcionamento do órgão que seria responsável pelo planejamento integrado (CONIT), bem como com a fragmentação dos níveis ministerial (MT, SEP e SNAC), e três agências reguladoras que funcionavam, até 2016, vinculadas a três ministérios distintos. O CONIT foi extinto.

Outro ponto de atenção consiste nas características da governança das agências reguladoras de transporte. Verificou-se que historicamente o chefe do Poder Executivo pode exercer relevante poder na composição da diretoria das agências, uma vez que foram verificadas vacâncias de cargos preenchidos por interinos, que podem ser destituídos a qualquer momento.

Além disso, foi observado que o orçamento das agências depende de quantia repassada do Tesouro Nacional e das metas fiscais do ministério à qual elas estejam vinculadas, podendo ocorrer contingenciamentos e atrasos na liberação das verbas aprovadas. As demais receitas das agências, como taxas de fiscalização e cobrança de multas, tampouco são suficientes para fazê-las financeiramente independentes, uma vez que são recolhidas ao caixa único do Tesouro Nacional.

Por fim, constatou-se que tanto planos estruturais quanto operacionais experimentaram, nos últimos 20 anos, alguma solução de continuidade na sua implementação. Este fato é certamente uma consequência direta da falta de coordenação entre as entidades responsáveis de planejar, regular e executar os projetos logísticos nacionais. Ou seja, a governança institucional do setor de transporte tem sido sim obstáculo ao desenvolvimento de uma logística nacional verdadeiramente integrada.

Em suma: considera-se urgente revisitar a estrutura institucional do setor de infraestrutura de transportes, sob pena de o país continuar muito mal ranqueado nos parâmetros internacionais de qualidade da infraestrutura e competitividade.

## Referências

AZUMENDI, S. Governança das agências reguladoras federais do Brasil: Análise das tendências de configuração das diretorias durante os últimos vinte anos de reformas. Centro de Estudos em Regulação e Infraestrutura (CERI) da FGV. Rio de Janeiro: 2016.

BRONKHORST, A. O Plano Nacional de Viação de 1978 e o Plano Nacional de Logística e Transporte: a mudança no planejamento viário brasileiro. Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2010.

Confederação Nacional de Transporte. Anuário CNT do transporte – estatísticas consolidadas 2017. Brasília: CNT, 2017.

COSTA, Leonardo. **Finanças Públicas**. 2017. FGV DIREITO RIO. Disponível em: <[http://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u1882/financas\\_publicas\\_2017-1.pdf](http://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u1882/financas_publicas_2017-1.pdf)> Acesso realizado em : 20/08/2017.

Empresa de Planejamento e Logística (EPL). **Plano Nacional de Logística Integrada - PNLI**. Disponível em: <<http://www.epl.gov.br/plano-nacional-de-logistica-integrada-pnli>>. Acesso realizado em: 20/09/2017.

FGV CERI. **Autonomia Financeira das agências reguladoras dos Setores de Infraestrutura no Brasil**. Centro de Estudos em Regulação e Infraestrutura da FGV. Rio de Janeiro: 2016.

GILARDI, F. **Policy Credibility and Delegation to Independent Regulatory Agencies: A Comparative Empirical Analysis**. Journal of European Public Policy. 2002.

GROENLEER, Martijn L. P. **Agency Autonomy Actually: Managerial Strategies, Legitimacy, and the Early Development of the European Union's Agencies for Drug and Food Safety Regulation**. International Public Management Journal. 2014.

GUERRA, S.; SAMPAIO, P.; (coord.). **Autonomia decisória das agências reguladoras**. Curitiba: Juruá, 2016.

MARQUES NETO, F. **Agências reguladoras: Instrumentos do Fortalecimento do Estado**. São Paulo: ABAR, 2003.

MEYERHOF, B.; BARRIONUEVO, A. et al. **Processo de nomeação dos dirigentes de agências reguladoras: uma análise descritiva**. Sumário executivo. FGV DIREITO SP. São Paulo: 2016.

RAISER, Martin; CLARKE, Roland; PROCEE, Paul, et. al. **De Volta ao Planejamento: Como Preencher a Lacuna de Infraestrutura no Brasil em Tempos de Austeridade**. World Bank Group. 2017. p. 11.

SAMPAIO, P.; DAYCHOUM, M. **Regulação e Concorrência no Setor Ferroviário**. 1.ed. - Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2017. 228 p

Universidade de São Paulo. **Pesquisa quantifica perdas logísticas de soja e milho no Brasil**. Jornal USP. Disponível em: <http://jornal.usp.br/ciencias/ciencias-agrarias/pesquisa-quantifica-perdas-logisticas-de-soja-e-milho-no-brasil/>. Publicado em: 25/08/2017. Acesso realizado em: 27/08/2017.

VALENTE, P. **A qualidade da regulação estatal no Brasil: uma análise a partir de indicadores de qualidade**. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da USP. Universidade de São Paulo, São Paulo: 2015. 311 f.

<sup>13</sup> RAISER, Martin; CLARKE, Roland; PROCEE, Paul, et. al. **De Volta ao Planejamento: Como Preencher a Lacuna de Infraestrutura no Brasil em Tempos de Austeridade**. World Bank Group. 2017. p. 11.

<sup>14</sup> RAISER, Martin; CLARKE, Roland; PROCEE, Paul, et. al. **De Volta ao Planejamento: Como Preencher a Lacuna de Infraestrutura no Brasil em Tempos de Austeridade**. World Bank Group. 2017. p. 11.

<sup>15</sup> Confederação Nacional da Indústria. **Por que o Brasil investe pouco em infraestrutura?** Confederação Nacional da Indústria – Brasília: CNI, 2015. 64 p.

<sup>16</sup> A malha rodoviária federal pavimentada brasileira passou de 58.152km de extensão em 2006 para 64.045km em 2015, representando uma variação positiva de 10,13%. Confederação Nacional de Transporte. **Anuário CNT do transporte – estatísticas consolidadas 2017** – Brasília: CNT, 2017. p.13.

<sup>17</sup> Em 2007 as concessionárias transportavam juntas cerca de 414.924 de toneladas úteis (TU) nas ferrovias brasileiras, já em 2016 essa quantidade passou a ser de 503.803 TU. Confederação Nacional de Transporte. **Anuário CNT do transporte – estatísticas consolidadas 2017** – Brasília: CNT, 2017. p.114.

<sup>18</sup> A produção de soja e de milho cresceu, de 2006 a 2015, por exemplo, mais do que 90%. **Pesquisa quantifica perdas logísticas de soja e milho no Brasil**. Jornal USP. São Paulo: 2017. Publicado em: 25/08/2017. Disponível em: <http://jornal.usp.br/ciencias/ciencias-agrarias/pesquisa-quantifica-perdas-logisticas-de-soja-e-milho-no-brasil/> Acesso realizado em:

27/08/2017.

- <sup>19</sup> Segundo Thiago Guilherme Péra, coordenador do Grupo de Pesquisa e Extensão em Logística Agroindustrial da Escola Superior de Agricultura Luiz de Queiroz (Esalq) da Universidade de São Paulo, a perda logística de soja e milho atingiu patamares na ordem de 2,381 milhões de toneladas em 2015, o que representa cerca de R\$ 2,04 bilhões dispersos com custos de oportunidades com vendas perdidas e gastos desnecessários, como com armazenagem. **Pesquisa quantifica perdas logísticas de soja e milho no Brasil**. Jornal USP. Disponível em: <http://jornal.usp.br/ciencias/ciencias-agrarias/pesquisa-quantifica-perdas-logisticas-de-soja-e-milho-no-brasil/> Publicado em: 25/08/2017. Acesso realizado em: 27/08/2017.
- <sup>20</sup> Art. 5º da Lei nº 10.233/01.
- <sup>21</sup> Art. 6º, I e III da Lei nº 10.233/01.
- <sup>22</sup> Art. 6º, II da Lei nº 10.233/01.
- <sup>23</sup> Decreto nº 1.000, de 27 de agosto de 2008.
- <sup>24</sup> “ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em determinar à Casa Civil da Presidência da República que: adote as providências de sua competência para instalar o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte (CONIT) e informe ao Tribunal, em até 60 dias, as medidas adotadas, tendo em vista os efeitos negativos que a ausência dessa instância de articulação tem sobre a integração das políticas de transportes do país, em conformidade com artigo 99 da Lei nº 10.233/2001” (TCU. RELATÓRIO DE MONITORAMENTO. ACÓRDÃO 1034/2008 - PLENÁRIO. Relator: AUGUSTO NARDES Data da sessão: 04/06/2008).
- <sup>25</sup> Segundo o art. 3º do decreto nº 6.550/08, o CONIT seria composto por seis conselheiros, representantes dasociedade civil, e pelos seguintes Ministros de Estado: Ministro de Estado dos Transportes; Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República; Ministro de Estado da Fazenda; Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão; Ministro de Estado da Agricultura, Pecuária e Abastecimento; Ministro de Estado do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior; Ministro de Estado Chefe da Secretaria de Portos da Presidência da República; e Ministro de Estado Chefe da Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República.
- <sup>26</sup> TCU. CONTAS DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. Acórdão 1204/2012. Relator: JOSÉ MÚCIO MONTEIRO. Data da sessão: 23/05/2012.
- <sup>27</sup> TCU. RELATÓRIO DE MONITORAMENTO. ACÓRDÃO 1034/2008 - PLENÁRIO. Relator: AUGUSTO NARDES Data da sessão: 04/06/2008. Página 48.
- <sup>28</sup> TCU. SOLICITAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL. ACÓRDÃO 2261/2011 - PLENÁRIO. Relator: JOSÉ JORGE. Data da sessão: 24/08/2011. Página 13.
- <sup>29</sup> TCU. RELATÓRIO DE MONITORAMENTO. ACÓRDÃO 1034/2008 - PLENÁRIO. Relator: AUGUSTO NARDES Data da sessão: 04/06/2008. Página 46.
- <sup>30</sup> Art. 7º, V, ‘b’, Lei 13.334/2016.
- <sup>31</sup> Art. 4º, I, Lei 13.334/2016.
- <sup>32</sup> Lei 13.334/2016: “Art. 6º Os órgãos, entidades e autoridades da administração pública da União com competências relacionadas aos empreendimentos do PPI formularão programas próprios visando à adoção, na regulação administrativa, independentemente de exigência legal, das práticas avançadas recomendadas pelas melhores experiências nacionais e internacionais, inclusive: I - edição de planos, regulamentos e atos que formalizem e tornem estáveis as políticas de Estado fixadas pelo Poder Executivo para cada setor regulado, de forma a tornar segura sua execução no âmbito da regulação administrativa, observadas as competências da legislação específica, e mediante consulta pública prévia;”
- <sup>33</sup> O Conit veio a ser extinto pela Medida Provisória nº 870/2019.
- <sup>34</sup> A Lei nº 11.518/07 foi resultante da conversão da MP nº 369/2007.
- <sup>35</sup> BRASIL. **Exposição de motivos da Casa Civil da Presidência da República para a Medida Provisória nº 369/2007**. Casa Civil. Publicado em: 08/05/2007. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=504661&filename=Tramitacao-MPV+369/2007](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=504661&filename=Tramitacao-MPV+369/2007). Acesso realizado em: 01/11/2017.
- <sup>36</sup> A lei de criação da SNAC é a mesma que implementa o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, Lei 12.462/2011.
- <sup>37</sup> TCU. Relatório de Auditoria. Acórdão 240/2015 - Plenário. Relator: Raimundo Carreiro. Data da sessão: 11/02/2015.
- <sup>38</sup> “São caracterizadas pelas opções do ente incumbido da atividade regulatória acerca dos instrumentos de regulação a seu dispor com vistas à consecução das pautas de políticas públicas estabelecidas para o setor regulado. A definição de políticas regulatórias envolve a ponderação a respeito da necessidade e da intensidade da intervenção. Envolve a escolha dos meios e instrumentos que, no âmbito das competências regulatórias, melhor se coadunam para, de forma eficiente, ensejar o atingimento das políticas públicas setoriais.” MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências Reguladoras: Instrumentos do Fortalecimento do Estado**. São Paulo: ABAR, 2013, p. 19.
- <sup>39</sup> TCU. Relatório de Auditoria. Acórdão 240/2015 - Plenário. Relator: Raimundo Carreiro. Data da sessão: 11/02/2015.
- <sup>40</sup> VALENTE, Patrícia. **A qualidade da regulação estatal no Brasil: uma análise a partir de indicadores de qualidade**. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da USP. Universidade de São Paulo, São Paulo: 2015. p. 200.

- <sup>41</sup> Veja o enunciado legal: "Art. 8º Cabe à ANAC adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento e fomento da aviação civil, da infraestrutura aeronáutica e aeroportuária do País, atuando com independência, legalidade, impessoalidade e publicidade, competindo-lhe: XLIV – deliberar, na esfera administrativa, quanto à interpretação da legislação, sobre serviços aéreos e de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária, inclusive casos omissos, quando não houver orientação normativa da Advocacia-Geral da União" (grifou-se).
- <sup>42</sup> AZUMENDI, Sebastian. **Governança das agências reguladoras federais do Brasil: Análise das tendências de configuração das diretorias durante os últimos vinte anos de reformas**. Centro de Estudos em Regulação e Infraestrutura (CERI) da FGV. Rio de Janeiro: Julho de 2016; GROENLEER, Martijn L. P. **Agency Autonomy Actually: Managerial Strategies, Legitimacy, and the Early Development of the European Union's Agencies for Drug and Food Safety Regulation**. International Public Management Journal. 2014; e GILARDI, F. **'Policy Credibility and Delegation to Independent Regulatory Agencies: A Comparative Empirical Analysis**. Journal of European Public Policy. 2002.
- <sup>43</sup> TCU. Relatório de Auditoria. Acórdão 240/2015 - Plenário. Relator: Raimundo Carreiro. Data da sessão: 11/02/2015.
- <sup>44</sup> Cargo ocupado por não titular (interino) ou vago (não ocupado).
- <sup>45</sup> Segundo MEYERHOF e BARRIONUEVO (2016), a "ANAC tem quórum de maioria simples para instauração de suas sessões de deliberação na medida em que a redação normativa não traz expressa referência à maioria "absoluta", como nos preceitos das demais agências reguladoras. Contudo, a prática se alinha à dinâmica do quórum da maioria absoluta para instauração de sessões deliberativas nessas Agências".
- <sup>46</sup> TCU. Relatório de Auditoria. Acórdão 240/2015 - Plenário. Relator: Raimundo Carreiro. Data da sessão: 11/02/2015.
- <sup>47</sup> Vejam-se os Decretos nº 7.863, de 8 de dezembro de 2012 e nº V.V-7, de 20 de março de 2012.
- <sup>48</sup> O Diretor-Presidente, também denominado de Diretor-Geral, não entrou nesse gráfico porque o relatório do TCU não analisa a ocupação deste cargo por interinos. Uma razão possível para explicar essa ausência de dado é a de que a Diretoria-Geral é um cargo que não possui previsão de designação de interino diretamente pelo Poder Executivo. Tanto na ANTT, pelo Decreto nº 4.130/02, quanto na ANTAQ, pelo Decreto nº 4.122/02, em caso de ausência de um Diretor-Presidente, ocorrerá a designação pela Diretoria da própria agência de um de seus integrantes para tal cargo.
- <sup>49</sup> TCU. Relatório de Auditoria. Acórdão 240/2015 - Plenário. Relator: Raimundo Carreiro. Data da sessão: 11/02/2015.
- <sup>50</sup> TCU. Relatório de Auditoria. Acórdão 240/2015 - Plenário. Relator: Raimundo Carreiro. Data da sessão: 11/02/2015.
- <sup>51</sup> O mesmo acontecia quando estavam vinculadas à SEP e à SNAC, então com status ministerial.
- <sup>52</sup> Contingenciar "significa controlar as despesas do orçamento governamental impondo corte à conta de uma rubrica orçamentária ou limitação de empenho e movimentação financeira, o que deveria ter como objetivo exclusivo afastar a possibilidade de desequilíbrios financeiros no decorrer de um exercício, considerando, em especial, a frustração na realização das receitas estimadas, conforme dispõe o artigo 9º da Lei Complementar nº 101/2000, denominada Lei de Responsabilidade Fiscal. (...) Na prática, o contingenciamento pode ser utilizado como forma de ampliar o espaço de atuação do Poder Executivo no campo orçamentário. No mesmo sentido, a possibilidade de abrir créditos suplementares sem específica autorização legislativa, utilizando o cancelamento de dotações indicadas na lei orçamentária de forma genérica como fonte ao crédito adicional amplia o espaço de atuação do Executivo." COSTA, Leonardo. **Finanças Públicas**. FGV DIREITO RIO. Rio de Janeiro: 2017. p. 52. Disponível em: <[http://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u1882/financas\\_publicas\\_2017-1.pdf](http://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u1882/financas_publicas_2017-1.pdf)>
- <sup>53</sup> **Autonomia Financeira das agências reguladoras dos Setores de Infraestrutura no Brasil**. Centro de Estudos em Regulação e Infraestrutura (CERI) da FGV. Julho de 2016. p. 5.
- <sup>54</sup> **Autonomia Financeira das agências reguladoras dos Setores de Infraestrutura no Brasil**. Centro de Estudos em Regulação e Infraestrutura (CERI) da FGV. Julho de 2016. p.3.
- <sup>55</sup> **Autonomia Financeira das agências reguladoras dos Setores de Infraestrutura no Brasil**. Centro de Estudos em Regulação e Infraestrutura (CERI) da FGV. Julho de 2016. p.6.
- <sup>56</sup> A regra do duodécimo obriga o Executivo repassar o orçamento devido a certas instituições, como o Judiciário, Legislativo, Ministério Público e Defensoria Pública, em quantia certa todos os meses até o dia 20. Veja o entendimento do STF na ADPF 339-PI: "(...) Repasses orçamentários que devem se dar pelo chefe do poder executivo sob a forma de duodécimos e até o dia vinte de cada mês. Art. 168 da crfb/88. Impossibilidade de retenção, pelo governador de estado, de parcelas das dotações orçamentárias destinadas à defensoria pública estadual, assim também ao poder judiciário, ao poder legislativo e ao ministério público." STF. ADPF 339-PI. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator(a): Min. LUIZ FUX. Julgamento: 18/05/2016.
- <sup>57</sup> Segundo o art. 145, II da Constituição a "União, Estados e Municípios podem instituir taxas em razão do exercício do poder de polícia pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição."
- <sup>58</sup> **Autonomia Financeira das agências reguladoras dos Setores de Infraestrutura no Brasil**. Centro de Estudos em Regulação e Infraestrutura (CERI) da FGV. Julho de 2016. p.3.
- <sup>59</sup> **Autonomia Financeira das agências reguladoras dos Setores de Infraestrutura no Brasil**. Centro de Estudos em Regulação e Infraestrutura (CERI) da FGV. Julho de 2016. p.8.

- <sup>60</sup> Veja-se a redação do artigo 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: “São desvinculados de órgão, fundo ou despesa, até 31 de dezembro de 2023, 30% (trinta por cento) da arrecadação da União relativa às contribuições sociais, sem prejuízo do pagamento das despesas do Regime Geral da Previdência Social, às contribuições de intervenção no domínio econômico e às taxas, já instituídas ou que vierem a ser criadas até a referida data”.
- <sup>61</sup> Uma análise aprofundada do tema pode ser obtida em GUERRA, Sergio; SAMPAIO, Patrícia (coord.). **Autonomia decisória das agências reguladoras**. Curitiba: Juruá, 2016.
- <sup>62</sup> BRONKHORST, Aline. **O Plano Nacional de Viação de 1973 e o Plano Nacional de Logística e Transporte: a mudança no planejamento viário brasileiro**. Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2010.
- <sup>63</sup> Art. 3º da Lei 5.917 de 1973.
- <sup>64</sup> Art. 19 da Lei 5.917 de 1973.
- <sup>65</sup> Instituído pela Lei nº 5.917/1973 e regulado pelo Decreto nº 5.621/2005.
- <sup>66</sup> Brasil, Conselho Nacional de Transportes. **Planos de viação: evolução histórica (1808-1973)**. Ministério dos Transportes, Rio de Janeiro, 1973, P. p.294.
- <sup>67</sup> BRASIL, Tribunal de Contas da União. Infraestrutura de Transportes. Brasília: 2011. Disponível em: [http://portal.tcu.gov.br/tcu/paginas/contas\\_governo/contas\\_2011/fichas/6\\_3\\_InfracastruraTransportes.pdf](http://portal.tcu.gov.br/tcu/paginas/contas_governo/contas_2011/fichas/6_3_InfracastruraTransportes.pdf)
- <sup>68</sup> Empresa de Planejamento e Logística. Plano Nacional de Logística Integrada - PNLI. Disponível em: <http://www.epl.gov.br/plano-nacional-de-logistica-integrada-pnli>. Acesso realizado em: 19/09/2017.
- <sup>69</sup> Segundo a mensagem de veto “os Anexos deixaram de incluir projetos hoje constantes do PNV e fundamentais para o desenvolvimento do País, alguns, inclusive, integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC”. Mensagem nº 1, de 6 de janeiro de 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Msg/VEP-1.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Msg/VEP-1.htm). Acesso realizado em: 20/09/2017. Até o momento em que este artigo é encerrado, não se tem notícia de novas atualizações.
- <sup>70</sup> Veja-se o art. 21 da Lei nº 12.379/2011.
- <sup>71</sup> Art. 25 da Lei nº 12.379/2011.
- <sup>72</sup> Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil. **Conheça o PNLT**. Disponível em: <http://www.transportes.gov.br/conteudo/56-acoee-programas/2815-conheca-o-pnlt.html>. Acesso realizado em: 20/09/2017.
- <sup>73</sup> Na prática o PNLT teve apenas três Relatórios Executivos divulgados: o primeiro em 2007, o segundo e 2009 e o último em 2011.
- <sup>74</sup> Empresa de Planejamento e Logística (EPL). **Plano Nacional de Logística Integrada - PNLI**. Disponível em: <http://www.epl.gov.br/plano-nacional-de-logistica-integrada-pnli>. Acesso realizado em: 20/09/2017.
- <sup>75</sup> O Programa Avança Brasil foi implementado em 2000, enquanto que a ANTT e a ANTAQ vieram a ser criadas apenas em 2001 e, a ANAC, apenas em 2005.

## CAPÍTULO 4

### A Função do Código de Defesa do Usuário de Serviços Públicos (Lei nº 13.460/17) no Modelo Brasileiro de Controle dos Serviços Públicos

André Castro Carvalho  
Otávio Venturini

#### 4.1 Apontamentos sobre Modelos Teóricos do Controle dos Serviços Públicos e da Posição Jurídica dos Usuários dos Serviços Públicos

A finalidade desse tópico é indicar, ainda que de modo sucinto, que há diferentes possibilidades para a configuração jurídica dos serviços públicos em um determinado país.

Por evidente, a realidade é sempre mais rica em detalhes e nuances do que modelos teóricos puros e abstratos, mas esses últimos são úteis na medida em que nos permitem alcançar alguma compreensão acerca das orientações gerais adotadas por um país na constituição do seu modelo de configuração dos serviços públicos.

Nesse sentido, apresentaremos, nesse tópico inicial, duas chaves distintivas relacionadas aos modelos do controle dos serviços públicos (*litigância* x *regulação*) e da posição jurídica dos usuários dos serviços públicos (*cidadão-contribuinte* e *cidadão-cliente*) para, em seguida, podermos realizar uma leitura do modelo brasileiro, bem como chegar a uma conclusão acerca da função e adequação da nova lei dos usuários dos serviços públicos (Lei nº 13.460/17) nesse modelo já consolidado ao longo do tempo.

a) **Modelos do controle dos serviços públicos: litigância e regulação** O controle sobre os serviços públicos pode se dar a partir de dois modelos diferentes, mas não necessariamente excludentes: a) o controle pela *litigância* judicial e b) o controle pela *regulação* estatal.<sup>76</sup>

O controle pela litigância envolve a atuação – mediante provocação – do Poder Judiciário, o que pode ocorrer a partir de demandas individuais, propostas por usuários que se sintam prejudicados pela atividade prestacional, ou por meio de demandas coletivas. A atividade jurisdicional envolve, em suma, a aplicação da lei, elaborada por outro Poder – o Poder Legislativo – ao caso concreto.

O controle pela regulação, por sua vez, é pautado pela atuação de entidade “independente” e “técnica” que possui competências para elaboração de normas e aplicação de sanções diante do caso concreto. Na terminologia norte-americana, a atuação das agências foi estruturada sob uma distinção básica entre dois tipos de *actions* delegadas pelo Congresso: a *rulemaking* e a *adjudication*. A *rulemaking* representa o exercício de um poder quase legislativo, consubstanciado no processo de formulação e adoção de *rules* e *regulations*. E a *adjudication* representa o exercício de um poder quase judicial, consubstanciado no processo de controle de condutas que potencialmente podem afetar os *legal rights* dos indivíduos.

Portanto, em uma primeira leitura, ainda superficial, o que diferencia esses dois modelos teóricos do controle é que, diferentemente do controle pela litigância, a regulação possui competência normativa e prescinde de provocação para se fazer atuar. Por outro lado, e mesmo no contexto norte-americano, a regulação se submete à *judicial review*, no intuito de se garantir que a agência irá se pautar pela utilização de procedimentos de tomada de decisão imparciais e precisos, além de cumprir com as diretivas legislativas<sup>77 - 78</sup>.

b) **Modelos da posição jurídica dos usuários dos serviços públicos: cidadão-contribuinte e cidadão-cliente**

Outra chave distintiva de modelos teóricos relevante ao presente estudo diz respeito à *posição jurídica* dos usuários dos serviços públicos. Com apoio na terminologia encontrada em estudos sobre o tema, cabe acentuar as diferenças entre as concepções teóricas de *cidadão-usuário* e de *cidadão-cliente*.

Ainda que seja difícil precisar qualquer noção preliminar dos serviços públicos, dada a multiplicidade de manifestações que teve até mesmo na sua origem histórica, parece ser uma constante que no seu ideário constava um propósito de “solidariedade social”, isto é, a ideia de que a coletividade se sobrepõe ao indivíduo.

Esse propósito traçava a orientação da *posição jurídica* dos indivíduos usuários, pautada na afirmação de que integram um sistema social de garantia da prestação de determinada atividade considerada essencial para a coletividade. Em suma, a ideia de cada indivíduo deve contribuir para a manutenção da prestação coletiva, além

do que lhe seria exigido para a mera fruição individual. Essa é a posição que pode ser denominada de *cidadão-contribuinte*.

Todavia, o ideário da solidariedade social e o modelo de *cidadão-contribuinte* não passaram incólumes ao tempo, sendo confrontados e sofrendo influências de outras posturas ideológicas e metodologias de organização da prestação dessas atividades.

O fator mais significativo foi a introdução da lógica de mercado na prestação dos serviços públicos, o que ganhou força, sobretudo, após a consagração da *New Public Management*, ou Nova Administração Gerencial, em países como a Nova Zelândia (e no contexto norte-americano entre a segunda metade da década de 80 e início da década 90).<sup>79</sup> Como bem destacam Fredrika Wiesel e Sven Modell<sup>80</sup>:

A transição da PPA (Progressive Public Administration) para a NPM (New Public Administration) nas décadas de 1980 e 1990 provavelmente acarretou mudanças na concepção dos interesses dos cidadãos de constituintes ou contribuintes com direitos e obrigações constitucionais bem definidos para clientes ou consumidores que optam livremente por prestadores de serviços para satisfazer suas necessidades e preferências (Alford, 2002; and Lowery, 1998). Essas noções emergentes de consumismo foram muitas vezes sustentadas por programas de reforma destinados a uma desregulamentação significativa como forma de melhorar o desempenho econômico do setor público (Hood, 1991 and 1995).

Nesse sentido, a *New Public Management* foi responsável por inserir elementos representativos da lógica de mercado (*marketization*), bem como por trazer a ênfase do cidadão como cliente<sup>81</sup>, com uma série de implicações de ordem prática na prestação dos serviços públicos, dentre os quais se destacam:

- a) livre escolha dos fornecedores dos serviços pelos *cidadãos-clientes* para satisfazer as suas necessidades e preferências;
- b) estímulo à competição entre os prestadores dos serviços;
- c) preocupações com melhorias no desempenho econômico, muitas vezes expressas em termos de maior eficiência;
- d) ênfase no controle de resultados, fundamentado na noção de eficiência, em substituição ao mero controle de procedimentos; e
- e) controle pautado em critérios de fruição individual do serviço (estatuto de consumo).

Todas essas mudanças são bastante significativas se considerarmos que os serviços públicos, ao modo como foram concebidos na tradição francesa, guiaram-se por uma estruturação prestacional tendente ao regime de monopólio ou de supressão da concorrência<sup>82</sup>. A *New Public Management* contrapõe-se diametralmente a isso na medida em que se pauta pela competição, e compreende a ideia de livre escolha do *cidadão-cliente* como o seu pré-requisito fundamental, ampliando as pressões indutoras da eficiência decorrentes de acordos semelhantes ao mercado, além de permitir que as prestações dos serviços públicos sejam analisadas à luz das expectativas dos próprios usuários.

Portanto, a comparação das noções de *cidadão-contribuinte* e *cidadão-cliente* expõe algumas diferenças entre a *lógica solidária* e a *lógica de mercado*. Com o apoio nas lições precisas de Alexandre Aragão, pode-se afirmar que, apesar de as duas visarem à proteção dos cidadãos, os enfoques são diversos. Enquanto a *lógica de mercado* visa à proteção do indivíduo diante do poder econômico das empresas, com foco eminentemente individualista, a *lógica solidária* se volta à proteção dos cidadãos coletivamente considerados, preocupando-se com a viabilização e a manutenção de um sistema prestacional equânime, universal e contínuo de serviços públicos. Ainda com o autor, “nesse caso, o foco da preocupação não é apenas o indivíduo enquanto tal, mas, sobretudo, o indivíduo enquanto cidadão, ou seja, enquanto integrante de uma coletividade.”<sup>83</sup>

Mas as diferenças não se circunscrevem ao plano conceitual. A contraposição desses dois modelos teóricos de compreensão da posição jurídica dos usuários dos serviços públicos (*cidadão-contribuinte* x *cidadão-cliente*) revela repercussões de ordem prática relevantíssimas sobre o enfoque do controle dos serviços públicos. Isso porque, para além do aspecto estrutural - que abordamos no tópico ao comparar os modelos de controle pela *litigância judicial* e pela *regulação estatal* -, o controle sobre os serviços públicos também se orienta por uma intencionalidade ideológica, que pode se pautar prioritariamente pela *lógica solidária* ou *lógica de mercado*.

A manifestação mais evidente da orientação mercadológica (*lógica de mercado*) no controle dos serviços públicos é a utilização de um estatuto consumerista, pautado na proteção da figura do indivíduo-consumidor, como principal diploma de regras de direito material - o que, no Brasil, está representado no Código de Defesa do Consumidor e sua aplicação em algumas situações de serviços públicos.

Ressaltamos, por fim e mais uma vez, que esses modelos teóricos - modelos do *controle dos serviços públicos* (*litigância* x *regulação*) e da *posição jurídica dos usuários dos serviços públicos* (*cidadão-contribuinte* x *cidadão-cliente*) - não

são encontrados na realidade dos países nesse estado de pureza e abstração, tampouco são eles necessariamente autoexcludentes. As experiências de alguns países, dentre os quais o Brasil, vem demonstrar que, apesar de distintos nas suas concepções, os modelos podem conviver e, de algum modo, complementar-se.

## 4.2 A Recente Evolução do Modelo Brasileiro de Controle Sobre os Serviços Públicos no Brasil

---

Sem desconsiderar os aspectos relevantes da formação histórica da concepção dos serviços públicos no Brasil, bem como do seu modelo de controle, interessa-nos realizar uma abordagem delimitada ao recorte temporal que vai do início da década de 1990 até os dias de hoje.

Esse período é marcado pela entrada em vigor dos diplomas normativos mais significativos para a configuração do atual modelo de controle sobre os serviços públicos:

- a) publicado em 12 de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078) entrou em vigor em 11 de março de 1991;
- b) em 14 de fevereiro de 1995, entrou em vigor a Lei de Concessões (Lei nº 8.987);
- c) em novembro de 1995, foi publicado o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado; e
- d) em 27 de novembro de 1995, entrou em vigor a Lei dos Juizados Especiais Cíveis (Lei nº 9.099).

Será a dinâmica de operacionalização dessas leis e respectivas normas regulamentadoras, sobretudo, que definirá atual o modelo de controle, o que procuraremos descrever a seguir.

Até o início da década de 1990, o Brasil orientava-se prioritariamente por uma compreensão de serviços públicos similar ao modelo clássico de *lógica solidária*; e a regulação, ao modo norte-americano, não havia chegado com força dentro da doutrina de direito administrativo -, mormente o conceito de regulação de serviços públicos.

O primeiro diploma normativo pós-1990 a desempenhar um papel conformador do modelo brasileiro de controle dos serviços públicos foi o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), que entrou em vigor em 11 de março de 1991.

O CDC, no inc. X do seu art. 6º, fez menção expressa à *adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral* como direito básico do consumidor; além de sublinhar, no inciso VII do seu art. 4º, a *racionalização e melhoria dos serviços públicos* como princípio da Política Nacional de Relações de Consumo. O CDC também trouxe de normas de caráter sancionatório aos concessionários, ao dispor, no §1º do seu art. 59, que *a pena de cassação da concessão será aplicada à concessionária de serviço público, quando violar obrigação legal ou contratual*.

Esse cenário de confluência do regramento das relações de consumo e da prestação de serviços públicos fez com que as expressões “usuário de serviço público” e “consumidor” passassem a manter uma certa relação de sinonímia, o que foi corroborado por normas posteriores, como os Decretos nº 2.335/97 e 2.338/97<sup>84-85</sup> -, regulamentadores das atividades da ANATEL e ANEEL. Ainda que de maneira atécnica, tendo em vista as peculiaridades adjacentes nas relações de consumo puramente privadas e nas relações de uso de serviços públicos, esses conceitos passaram, dentro da doutrina e jurisprudência, a serem tratados de maneira aproximada no que se refere, principalmente, à responsabilização civil das concessionárias de serviços públicos.

Entendemos que o fenômeno da apropriação do conceito “consumidor” e seu respectivo regime jurídico como meio de potencializar a “proteção do usuário do serviço público” são reflexos dos desafios impostos pelos processos de massificação do consumo e de liberalização econômica ocorridos no Brasil a partir da década de oitenta. Mesmo porque é somente com a liberalização dos serviços públicos e a respectiva submissão à lógica econômica da concorrência que passa a fazer sentido compreender o usuário como *cidadão-cliente* e cogitar-se da aplicação extensiva do regime próprio de proteção dos consumidores.

Nesse sentido, mostra-se plenamente justificável a posição sustentada com base em análise da jurisprudência de que “à semelhança do que ocorre em relação às demais atividades, o critério determinante para aplicação do Código Consumerista à prestação de serviços públicos, concedidos ou não, é, na ampla maioria dos casos, a existência de remuneração.”<sup>86</sup> Como bem ressalta Letícia Queiroz de Andrade<sup>87</sup>, “baseado em tal critério, o Poder Judiciário recusa a aplicação do CDC aos serviços públicos gratuitos, como saúde e educação, porquanto o custeio geral desses serviços por meio de impostos não se enquadra no conceito de remuneração.”

Vale dizer: a remuneração - mediante taxas/tarifas - e a possibilidade de escolha são aspectos fundamentais da noção de *cidadão-cliente* (aquele que “paga” e pode escolher); isso não ocorreria com os serviços públicos “gratuitos”<sup>88</sup> /custeados por impostos, como saúde e educação, em que não se consagrou a aplicação do CDC.

Mas, afinal, quais implicações a aplicação do CDC traz para o controle dos serviços públicos? Em nosso entender, em termos de estruturação do controle, o CDC favorece o modelo de litigância, com a atuação do Poder Judiciário, tanto em demandas individuais quanto em demandas coletivas.

Em termos de defesa do usuário dos serviços públicos em juízo, um dos avanços mais significativos foi a regulamentação de aspectos essenciais da defesa coletiva, viabilizada por meio do instrumento da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), com vistas a proteger direitos difusos, coletivos, ou interesses individuais homogêneos.

As demandas coletivas fortalecem o controle pela litigância na medida em que possibilitam ao Judiciário repercutir sua decisão em um plano muito mais extenso do que o das demandas individuais. Isso fica ainda mais evidente quando, de acordo com a descrição de Glaeser e Shleifer, constata-se que a falência do modelo de controle pela litigância e o surgimento da regulação nos EUA se deu pela falta de efetividade de demandas individuais, dada a condição de hipossuficiência dos indivíduos perante empresas com muitos recursos financeiros<sup>89</sup>.

O CDC também foi sensível à condição de hipossuficiência do consumidor perante grandes empresas, conferindo-lhe prerrogativas processuais e materiais significativas, como, por exemplo: a) inversão do ônus da prova; b) prazo prescricional mais longo; c) repetição do indébito; d) adoção da teoria do risco; e) responsabilidade objetiva por defeitos relativos ao fato do serviço ou produto; f) responsabilidade por vício do serviço e restituição da quantia paga ou abatimento proporcional do preço. São espécies de prerrogativas que, de um modo geral, ainda que sem pacificação jurisprudencial, têm sido aplicadas ao contexto do controle da prestação dos serviços públicos remunerados diretamente pelo usuário.<sup>90</sup>

Desse modo, constata-se o papel relevantíssimo do CDC na valorização do modelo de litigância no Brasil. Vale constatar que o CDC – em razão da a) *regulamentação de aspectos essenciais da defesa coletiva* e das b) *prerrogativas processuais e materiais significativas conferidas aos usuários* – é representativo da adoção de um percurso distinto daquele adotado pelos EUA, que optaram por enfrentar o problema da inequidade das relações entre indivíduos e grandes empresas, bem como da subversão do Judiciário, por meio da “criação” da regulação. No Brasil, ao contrário, asseguraram-se mais prerrogativas aos indivíduos considerados hipossuficientes e se desenvolveram os instrumentos de provação do Poder Judiciário.

Mas a conformação do modelo brasileiro de controle dos serviços públicos não se esgotaria com a entrada em vigor do CDC. Outras normas desempenharam, inclusive, papéis extremamente relevantes com orientações bastante distintas.

Seguindo o critério cronológico, em 14 de fevereiro de 1995 entrou em vigor a Lei de Concessões (Lei nº 8.987); em 7 de julho de 1995 foi publicada a lei que estabelece normas para outorga e prorrogação das concessões e permissões, além de trazer outros pontos relevantes para o setor (Lei nº 9.074); e, em novembro de 1995, foi publicado o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Essas normas foram fundamentais no processo de liberalização econômica do Brasil, evidenciado a partir da metade da década de 1990.

O processo contou com quebras de monopólios, concessões de diversos serviços públicos à iniciativa privada e a criação de agências reguladoras, em modelo próximo ao norte-americano, para regular os setores concedidos à iniciativa privada.

A Reforma Gerencial da Administração Pública, conduzida por meio do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, também desempenhou um papel fundamental ao evidenciar a busca por maior eficiência na prestação dos serviços públicos e por se basear na noção de “*cidadão-cliente*”.

Além disso, essas normas foram essenciais para o desenvolvimento das agências reguladoras no Brasil. No entanto, importante considerar que, se por um lado a expansão das *independent agencies* no contexto do *New Deal* norte-americano significou uma maior intervenção estatal no domínio econômico, em face da necessidade de conter os efeitos nefastos derivados da livre concorrência<sup>91</sup>, a criação das agências reguladoras no contexto brasileiro decorreu de uma política de “*emagrecimento do Estado*”.

Para se ter ideia do que representou esse período de desenvolvimento do controle dos serviços públicos no Brasil por meio da regulação, vale lembrar que em pouco mais de meia década foram criadas 11 agências reguladoras na esfera da União: a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL); Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL); Agência Nacional do Cinema (ANCINE); Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC); Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ); Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT); Agência Nacional do Petróleo (ANP); Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA); Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS); Agência Nacional de Águas (ANA); e Agência Nacional de Mineração (ANM).

Entre as suas competências, cabe às agências receber as reclamações dos usuários e fiscalizar a prestação do serviço, aplicando sanções e realizando intervenções, inclusive.

Portanto, com o desenvolvimento das agências reguladora no Brasil, o controle do serviço público passa a se desenvolver teoricamente por meio de um modelo misto, composto pela litigância e pela regulação. De modo que, no plano abstrato, o cidadão que se sentisse prejudicado poderia optar por litigar na via judicial, com

respaldo no CDC, ou comunicar-se com a agência reguladora para que ela adotasse as medidas cabíveis contra a concessionária.

No entanto, em 27 de novembro de 1995, entrou em vigor a Lei dos Juizados Especiais Cíveis (Lei nº 9.099), a qual trouxe novos contornos à conformação do controle dos serviços públicos no Brasil. Em suma, a Lei do JEC trouxe a facilitação do acesso à justiça, uma vez que isentou o litigante de custas em primeiro grau, dispensou a obrigatoriedade de advogado para causas de valor menor do que 20 salários mínimos e tornou o procedimento muito mais simplificado. Como bem ressalta Leslie Shérída Ferraz<sup>92</sup>:

De sua sorte, não se podem ignorar os fortes incentivos ao consumidor para utilização dos Juizados Especiais: nenhum custo de acesso no primeiro grau, baixo risco e alta perspectiva de ganhos – aliados à grande popularidade dos Juizados, à ineficácia dos serviços de atendimento ao cliente (SAC) e ouvidorias das empresas e, por fim, à atuação dos advogados, que preferem adotar a via judicial, já que também podem formular, nesta arena, pedidos indenizatórios de danos morais.

Na prática, os JECs tornaram-se o principal canal de contraposição dos usuários dos serviços públicos em relação às concessionárias. Pesquisas de variadas fontes revelam que a causa mais comum das demandas propostas nos JECs são os conflitos de consumo de massa, polarizados entre pessoa física e jurídica. De acordo com pesquisa realizada pelo CNJ e divulgada em 2015<sup>93</sup>, entre os conflitos de consumo de massa mais comuns, aparecem em segundo lugar as demandas contra as concessionárias do serviço público de telefonia, atrás apenas das demandas contra os serviços bancários. Em terceiro lugar, aparecem os serviços públicos de transporte aéreo ou terrestre em conjunto com as atividades de interesse público prestadas por planos de saúde.<sup>94</sup>

Outra pesquisa realizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB)<sup>95</sup>, resultante da sistematização e análise de dados coletados junto aos Tribunais de Justiça de onze Unidades da Federação (Bahia, Distrito Federal, Espírito Santo, Mato Grosso do Sul, Paraíba, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Rondônia, Santa Catarina, São Paulo e Sergipe), e abrangendo os anos de 2010, 2011, 2012 e 2013, também indicou alta concentração de ações apresentadas contra concessionárias do serviço público de telefonia, em meio ao cenário alarmante que reúne aproximadamente 100 milhões de processos. Para se ter noção da quantidade dessas ações, nos Estados da Bahia e do Rio de Janeiro as concessionárias dos serviços de telefonia e comunicação figuraram na segunda posição dos principais litigantes em primeiro grau como parte passiva no ano de 2013, representando 23,1% e 29%, respectivamente, do total das ações. No estado de São Paulo, figuraram na quarta posição, representando 8,2% do total das ações em 2013.<sup>96</sup>

A interpretação desse conjunto de informações referentes a litigância contra concessionárias deve ser confrontada com a pesquisa do IPEA de 2013<sup>97</sup>, com dados recolhidos em 2012, a qual apontou que os consumidores, em regra, não procuram as agências reguladoras na tentativa de solucionar amigavelmente o conflito. Nos três Estados analisados, apenas 0,79% dos usuários procuraram as agências reguladoras no Rio de Janeiro, enquanto que nenhum usuário procurou no Ceará e Amapá<sup>98,99</sup>:

Em última análise, a conclusão a que se chega é que muito embora a legislação brasileira desenhe um modelo misto de controle, composto pelos mecanismos da regulação e litigância, a litigância individual por meio dos JECs, com respaldo no CDC, tem se demonstrado muito mais efetiva e constante do que a regulação para o controle dos serviços públicos, sobretudo em relação àqueles remunerados diretamente pelo usuário.

Em que pese a relativa efetividade que essas ações e a postura do Poder Judiciário têm demonstrado, a atual dinâmica do nosso modelo de controle tem revelado uma grande distorção em relação à finalidade dos mecanismos. As agências reguladoras, que poderiam desempenhar um controle no plano macro a partir das reclamações dos usuários, têm parecido pouco efetivas aos olhos destes que preferem se valer da litigância individual para resolver os seus problemas. Ocorre que os JECs, em razão da estrutura simplificada e do modelo individual de proposição, não são a via mais adequada para se promover soluções integradas e reformuladoras para a melhoria da qualidade dos serviços públicos.

Para além da atuação do Judiciário, a qual pode se dar tanto no *plano macro* – mediante as demandas coletivas ou mesmo enquanto instância de controle das agências – quanto no *plano micro* – mediante as ações individuais – as agências reguladoras, especialmente no âmbito da União, também convivem com um protagonismo heterodoxo do Tribunal de Contas da União (TCU).

Isso porque a Corte de Contas exerce controle externo sobre a regulação e faz recomendações com vistas a contribuir com o aperfeiçoamento do processo regulatório em aspectos fundamentais, como, por exemplo, o valor das tarifas, por vezes se utilizando do argumento da proteção ao usuário como fundamento.

A atuação do TCU encontra arrimo no texto da Constituição Federal de 1998, na sua Lei Orgânica (Lei Federal nº 8.443/1992), bem como nas Instruções Normativas emitidas pela própria Corte (INs nºs 27/98, 43/02, 46/04, 52/07, dentre outras) que dispõem sobre o controle externo da atividade das agências.<sup>100</sup>

O TCU também dispõe de técnicas especializadas no controle da regulação. Inicialmente, criaram-se as Secretarias de Fiscalização de Desestatização e Regulação (SEFID-1 e SEFID-2). As SEFIDs foram fundidas às

Secretarias de Fiscalização de Obras (SECOBs) e tornaram-se SEINFRA, com novas competências e atribuições.

Com o apoio das unidades especializadas, o TCU realiza auditorias nas agências reguladoras e nos ministérios, com base no que pode verificar a viabilidade técnica e econômico-financeira da medida regulatória. Sobre tudo “se as receitas, por um lado, e as despesas e os investimentos, por outro, se equilibram, garantindo rentabilidade justa ao empreendedor e tarifa módica ao usuário.”<sup>101,102</sup>

#### 4.3 A Função do Código de Defesa do Usuário de Serviços Públicos (Lei nº 13.460/17) no Modelo Brasileiro de Controle dos Serviços Públicos

Após essa brevíssima descrição, a partir da nossa leitura do modelo brasileiro de controle dos serviços públicos e da sua atual dinâmica que, em nosso entender, tem revelado uma grande distorção em relação à finalidade dos mecanismos da litigância e regulação, é possível refletir sobre qual é a função e o encaixe normativo a Lei nº 13.460/17 - também conhecida como Lei ou Código de Defesa do Usuário de Serviços Públicos - poderá ter no complexo modelo de controle dos serviços públicos.

O referido diploma é decorrência da Emenda Constitucional nº 19, de 1998, que em seu art. 27 estabeleceu o prazo de 120 dias, a partir da sua promulgação, para que Congresso Nacional elaborasse lei de defesa do usuário de serviços públicos. A lei, por sua vez, regulamentaria a exigência prevista no parágrafo 3º do art. 37 da Constituição Federal, em redação também conferida pela EC nº 19/98, de acordo com a qual:

A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;

III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

No entanto, foram necessárias quase duas décadas e uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO 24), ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) em 2013, para que a Lei fosse finalmente aprovada. Nesse ínterim, inclusive, o inc. II do parágrafo 3º do art. 37 da Constituição Federal já havia sido disciplinado com a aprovação e entrada em vigor da Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/11), de modo que restava a regulamentação efetiva dos incisos I e III.

Em que pese a alcunha - Lei ou Código de Defesa do Usuário de Serviços Públicos -, a finalidade e a composição da Lei nº 13.460/17 diferem muito daquelas do CDC. O próprio inciso II, do §2º, do art. 1º ressalva que a aplicação desta Lei não afasta a necessidade de cumprimento do disposto no CDC quando caracterizada relação de consumo.

É bem verdade que a Lei nº 13.460/17 estabelece um rol de direitos básicos dos usuários, mas são direitos relacionados, em essência, à participação no acompanhamento, acesso e obtenção de informações, com a previsão de que órgãos e entidades abrangidas pela norma divulguem “Carta de Serviços”, contendo informações claras e precisas em relação a cada um dos serviços prestados.

A despeito da inegável relevância de cada um desses direitos, eles não se confundem com a natureza e a intensidade das prerrogativas de direito material e processual previstas no CDC, que continuará a reger relevantes aspectos do controle dos serviços públicos, com as modulações já definidas pela jurisprudência.

Em essência, entendemos que o primeiro propósito da mencionada Lei foi o de regulamentar as reclamações relativas à prestação, bem como a participação e a avaliação periódica da qualidade dos serviços públicos. Para tanto, o diploma centrou esforços na regulamentação dos canais de manifestação, participação dos usuários e de mecanismos de avaliação continuada, o que pode ser sintetizado em três principais medidas:

- a) regramento geral de funcionamento para as ouvidorias incumbidas de receber as manifestações dos usuários;
- b) obrigatoriedade da criação de “Conselhos de Usuários”; e
- c) regramento da avaliação continuada dos serviços públicos.

Foram esses, portanto, os temas que a Lei tratou com mais especificidade e que dizem respeito ao inciso I do parágrafo 3º do art. 37 da Constituição Federal.

Para garantir o exercício das reclamações, ou como preferiu o legislador, as manifestações<sup>103</sup> dos usuários, a “Lei de Defesa do Usuário de Serviços Público” estabeleceu uma espécie de regramento geral de funcionamento para as ouvidorias incumbidas de receber as manifestações dos usuários.

Em suma, essas ouvidorias deverão receber, analisar e responder as manifestações encaminhadas pelos usuários de serviços públicos. Elas deverão ser consolidadas em um “relatório de gestão” anual que terá por finalidade apontar falhas e sugerir melhorias na prestação de serviços públicos.

Outra medida prevista na Lei é a obrigatoriedade da criação de “Conselhos de Usuários”, órgão de natureza consultiva constituído para garantir a participação dos usuários no acompanhamento da prestação e na avaliação dos serviços públicos.

Por fim, a Lei trouxe o regramento da avaliação continuada dos serviços públicos, a ser realizada por pesquisa de satisfação feita, no mínimo, a cada um ano, ou por qualquer outro meio que garanta significância estatística aos resultados. O resultado da avaliação deverá ser integralmente publicado no sítio do órgão ou entidade, incluindo o *ranking* das entidades com maior incidência de reclamação dos usuários.

## 4.4 Conclusão

---

Entendemos que, apesar de alguns avanços e aspectos positivos, a Lei nº 13.460/17 – alcunhada de Código de Defesa do Usuário de Serviços Público – não possui elementos para enfrentar de modo efetivo o problema da distorção do nosso modelo de controle dos serviços públicos, qual seja: a litigância individual, por meio dos JECs e com respaldo no CDC, que tem se demonstrado muito mais efetiva e constante do que a regulação. Ressalte-se, todavia, não ser esta a via mais adequada para se promover soluções integradas e reformuladoras para a melhoria da qualidade dos serviços públicos – porém, é corolária da tradição litigante no direito pátrio, consoante demonstrado no início do artigo.

O conteúdo da regulação dos direitos dos usuários foi bastante tímido em vários aspectos, se comparado com a natureza e a intensidade das prerrogativas de direito material e processual previstas no CDC, que continuará a reger relevantes aspectos do controle dos serviços públicos, evidenciando a *lógica do cidadão-cliente*, com as modulações já definidas pela jurisprudência.

Ademais, o regramento do inciso III do mesmo artigo, referente à representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública, especialmente os abusos dos agentes responsáveis pelo controle dos serviços públicos, continua negligenciado e a ser de algum modo regido pela vetusta e genérica Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 4.898/65).

Evidencia-se, portanto, que o foco da Lei foi a regulamentação dos canais de manifestação e participação dos usuários, bem como os mecanismos de avaliação continuada. No entanto, e por óbvio, o conteúdo das manifestações e participações não vincula a Administração Pública, tampouco há garantia de que a avaliação trará resultados efetivos. Mesmo porque já há previsão de mecanismos similares, e esses não podem ser tornar mais um daqueles que, como os das agências reguladoras, têm parecido pouco efetivos aos olhos cidadãos que preferem se valer da litigância individual para resolver os seus problemas.

## Referências

---

AMARAL, A. Distinção entre usuário de serviço público e consumidor. *Revista de Direito Administrativo*, 2001, 225: 217-220.

AMB. *O uso da justiça e o litígio no Brasil - Relatório encomendado pela Associação dos Magistrados Brasileiros*. In: SADEK, Maria Tereza (Coord.). 2016. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/uso-justica-litigio-brasil-pesquisa-amb.pdf>>. Acesso em: 30.08.2017.

ANDRADE, L. Comentários acerca da Aplicação do CDC à Prestação de Serviços Públicos Concedidos. In: CARVALHO, André Castro (Org.). *Contratos de concessão de rodovias: artigos, decisões e pareceres jurídicos*. São Paulo: MP Ed., 2009, p. 127-158.

*Direito dos serviços públicos*. 3ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

AZPÚRUA ALFONZO, J. Consumerism, Marketization, New Public Management and the Citizen-State Relationship. 2006. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=949584](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=949584)>. Acesso em: 04.09.2017.

BOUCKAERT, G.; POLLITT, C. *Public Management Reform*, 3. ed. New York: Oxford University Press, 2011.

CNJ. Perfil do acesso à justiça nos juizados especiais cíveis. In: SILVA, Paulo Eduardo Alves da (Coord.). Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/b5b551129703bb15b4c14bb35f359227.pdf>>. Acesso em: 30.08.2017.

FERRAZ, L. Acesso à Justiça e processamento de demandas de telefonia: o dilema dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil. *Revista CNJ*, v. 1, p. 54, 2015.

GEABLER, T.; OSBORNE, D. *Reinventing government: how the entrepreneurial spirit is transforming the public sector*. New York: Plume, 1991.

GLAESER, E.; SHLEIFER, A. The rise of the regulatory state. *Journal of economic literature*, 41.2: 401-425, 2003.

IPEA. Diagnóstico sobre os Juizados Especiais Cíveis - Relatório de Pesquisa. Brasília, 2013. Disponível em: <[http://ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/181013\\_diagnostico\\_sobre\\_juizados.pdf](http://ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/181013_diagnostico_sobre_juizados.pdf)>. Acesso em: 30.08.2017.

PIERCE JR, R.; SHAPIRO, S.; VERKUIL, P. *Administrative Law and Process*. 4ª ed. New York: Foundation Press. 2004

RODRIGUES, W. O controle da regulação no Brasil. *Revista do TCU*, n. 104, p. 5-16, 2005.

SACRAMENTO, M. O caso do reajuste das tarifas de energia: atuação da ANEEL e do TCU. Artigo apresentado ao Instituto Serzedello Corrêa – ISC/TCU, como requisito parcial à obtenção do grau de Especialista em Controle da Regulação, Brasília, 2011.

SILVA, J. *Mercado e Estado – Serviços de Interesse Geral Econômico*. Coimbra: Almedina, 2008.

SOUSA, O. O paradigma processual da atividade administrativa. *Revista Brasileira de Estudos da Função Pública - RBEFP*, Belo Horizonte, ano 4, n. 11, maio/ago, p. 55-93, 2015.

WIESEL, F.; MODELL, S. From new public management to new public governance? Hybridization and implications for public sector consumerism. *Financial Accountability & Management*, v. 30, n. 2, p. 175-205, 2014.

<sup>76</sup> Essa distinção está inspirada nas ideias de Edward Glaeser e Andrei Shleifer, ao abordarem as razões da opção norte-americana por trocar a “litigation” pela “regulation” enquanto principal mecanismo de controle social de “business”. Em que pese haver diferenças colossais entre o sistema norte-americano de public utilities e o nosso de serviços públicos, entendemos que formulação dos autores pode servir aos menos de fonte inspiradora – quanto mais em um contexto de confluência dos modelos, com o forte estímulo à regulação na segunda metade da década de 1990. Cf. GLAESER, Edward L.; SHLEIFER, Andrei. The rise of the regulatory state. *Journal of Economic Literature*, 41.2: 401-425, 2003.

<sup>77</sup> Todavia, no contexto norte-americano, o controle realizado pela judicial review sobre as agências não pode se mostrar tão rigoroso na prática em razão das amplas e vagas delegações realizadas pelas autoridades legislativas (the delegation problem). SOUSA, Otávio Augusto Venturini de. O paradigma processual da atividade administrativa. *Revista Brasileira de Estudos da Função Pública - RBEFP*, Belo Horizonte, ano 4, n. 11, maio/ago, p. 55-93, 2015. p. 64.

<sup>78</sup> Cf. PIERCE JR, Richard; SHAPIRO, Sidney; VERKUIL, Paul. *Administrative Law and Process*. 4ª ed. New York: Foundation Press. 2004, p. 35: “Além disso, essas delegações amplas e vagas tornam difícil para o Judiciário determinar se uma agência agiu dentro dos limites do seu mandato legislativo. Quando aquelas limitações são estabelecidas de modo aberto, eles possibilitam várias interpretações e o sistema judiciário é muitas vezes deixado com a difícil tarefa de determinar qual a interpretação foi intencionada pelo Congresso”. Tradução livre do original: “Moreover, these broad and vague delegations make it difficult for the judiciary to determine whether an agency has acted within the boundaries of its legislative mandate. When those limitations are stated in an open-ended fashion, they are usually capable of several interpretations and the judiciary is often left with the difficult job of determining which interpretation was meant by Congress”.

<sup>79</sup> Para a compreensão da New Public Management, cf.: BOUCKAERT, Geert; POLLITT, Christopher. *Public Management Reform*. 3. ed. New York: Oxford University Press, 2011, e GEABLER, Ted; OSBORNE, David. *Reinventing government: how the entre-preneurial spirit is transforming the public sector*. New York: Plume, 1991.

<sup>80</sup> From new public management to new public governance? Hybridization and implications for public sector consumerism. *Financial Accountability & Management*, v. 30, n. 2, p. 175-205, 2014, p. 177-178. Tradução livre do original: The shift from PPA to NPM in the 1980s and 1990s arguably entailed changes in the conception of citizen interests from those of constituents or taxpayers with well-defined constitutional rights and obligations to those of customers or consumers freely choosing service providers to satisfy their needs and preferences (Alford, 2002; and Lowery, 1998). Such emerging notions of consumerism were often underpinned by reform programmes aimed at significant deregulation as a means of improving the economic performance of the public sector (Hood, 1991 and 1995).

<sup>81</sup> AZPÚRUA ALFONZO, José Miguel. Consumerism, Marketization, New Public Management and the Citizen-State Relationship. 2006. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=949584](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=949584)>. Acesso em: 04.09.2017.

<sup>82</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3a edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense. 2013. p. 407.

<sup>83</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3a edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense. 2013. p. 476.

<sup>84</sup> ANDRADE, Letícia Queiroz de. Comentários acerca da Aplicação do CDC à Prestação de Serviços Públicos Concedidos. In: *Contratos de concessão de rodovias: artigos, decisões e pareceres jurídicos*. Organizador: André Castro Carvalho - São Paulo: MP Ed., 2009. p. 128.

<sup>85</sup> O termo “consumidor” aparece repetidas vezes ao longo dessas normas.

<sup>86</sup> ANDRADE, Letícia Queiroz de. Comentários acerca da Aplicação do CDC à Prestação de Serviços Públicos Concedidos. In: *Contratos de concessão de rodovias: artigos, decisões e pareceres jurídicos*. Organizador: André Castro Carvalho - São Paulo: MP Ed., 2009. p. 128.

<sup>87</sup> ANDRADE, Letícia Queiroz de. Comentários acerca da Aplicação do CDC à Prestação de Serviços Públicos Concedidos. In: *Contratos de concessão de rodovias: artigos, decisões e pareceres jurídicos*. Organizador: André Castro Carvalho - São Paulo: MP Ed., 2009. p. 128.

- <sup>88</sup> Com relação a essa “ilusão de gratuidade”, Cf. CARVALHO, André Castro; LOSINSKAS, Paulo Victor Barchi. A ilusão da gratuidade nas rodovias. *Jornal GGN*. 16 out. 2013. Disponível em: <<http://jornalggm.com.br/noticia/a-ilusao-da-gratuidade-nas-rodovias>>.
- <sup>89</sup> GLAESER, Edward L.; SHLEIFER, Andrei. The rise of the regulatory state. *Journal of economic literature*, 41.2: 401-425, 2003. p. 5. “A comercialização e industrialização da economia na segunda metade do século 19 criou extrema desigualdade de recursos entre as partes em matéria de responsabilidade civil e contratos, e, portanto, aumentou gravemente o problema da subversão. Quando tribunais e legislaturas podiam ser comprados ou manipulados, era pouco provável que indivíduos e pequenas empresas prevalecessem contra “barões saqueadores” em acidentes, restrições ao comércio ou táticas discriminatórias de disputa. Do nosso ponto de vista, a regulamentação dos mercados foi antes de tudo uma resposta ao problema da subversão da aplicação da lei pelos tribunais.” Tradução livre do original: “The commercialization and industrialization of the economy in the second half of the 19th century created extreme inequality of resources among the parties in tort and contract disputes, and therefore gravely exacerbated the problem of subversion. When courts and legislatures could be bought or manipulated, individuals and small companies were unlikely to prevail against “robber barons” in accident, restraint of trade, or discriminatory tactics disputes. From our perspective, the regulation of markets was first and foremost a response to the problem of subversion of law enforcement through courts.”
- <sup>90</sup> Sobre o tema e para uma crítica à aplicação subsidiária do CDC à relação de serviço público, cf. AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Distinção entre usuário de serviço público e consumidor. *Revista de Direito Administrativo*, 2001, 225: 217-220.
- <sup>91</sup> SILVA, João Nuno Calvão da. *Mercado e Estado – Serviços de Interesse Geral Econômico*. Coimbra: Almedina, 2008. p. 131.
- <sup>92</sup> FERRAZ, Leslie Shérída. Acesso à Justiça e processamento de demandas de telefonia: o dilema dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil. *Revista CNJ*, v. 1, p. 54, 2015. p. 56.
- <sup>93</sup> CNJ. Perfil do acesso à justiça nos juizados especiais cíveis. Coord. Paulo Eduardo Alves da Silva. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/b5b551129703bb15b4c14bb35f359227.pdf>>. Acesso em: 30.08.2017.
- <sup>94</sup> CNJ. Perfil do acesso à justiça nos juizados especiais cíveis. Coord. Paulo Eduardo Alves da Silva. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. p. 60. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/b5b551129703bb15b4c14bb35f359227.pdf>>. Acesso em: 30.08.2017.
- <sup>95</sup> AMB. O uso da justiça e o litígio no brasil - Relatório encomendado pela Associação dos Magistrados Brasileiros. Coordenação Maria Tereza Sadek. 2016. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/uso-justica-litigio-brasil-pesquisa-amb.pdf>>. Acesso em: 30.08.2017.
- <sup>96</sup> AMB. O uso da justiça e o litígio no brasil - Relatório encomendado pela Associação dos Magistrados Brasileiros. Coordenação de Maria Tereza Sadek. 2016. p. 22, 56 e 87. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/uso-justica-litigio-brasil-pesquisa-amb.pdf>>. Acesso em: 30.08.2017.
- <sup>97</sup> IPEA. Diagnóstico sobre os Juizados Especiais Cíveis - Relatório de Pesquisa. Brasília, 2013. Disponível em: <[http://ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/181013\\_diagnostico\\_sobre\\_juizados.pdf](http://ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/181013_diagnostico_sobre_juizados.pdf)>. Acesso em: 30.08.2017.
- <sup>98</sup> FERRAZ, Leslie Shérída. Acesso à Justiça e processamento de demandas de telefonia: o dilema dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil. *Revista CNJ*, v. 1, p. 54, 2015. p. 56.
- <sup>99</sup> IPEA. Diagnóstico sobre os Juizados Especiais Cíveis - Relatório de Pesquisa. Brasília, 2013. p. 22. Disponível em: <[http://ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/181013\\_diagnostico\\_sobre\\_juizados.pdf](http://ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/181013_diagnostico_sobre_juizados.pdf)>. Acesso em: 30.08.2017.
- <sup>100</sup> As competências constitucionais do TCU encontram-se definidas, respectivamente, nos incisos II e IV do art. 71 c/c o art. 37, todos da Constituição Federal de 1988. Sendo certo que, nos termos do parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal de 1988, qualquer agente em colaboração com o poder público, como o concessionário de serviço público, está sujeito à jurisdição administrativa do órgão de controle externo. A competência legal, por sua vez, do TCU para fiscalizar atos e contratos administrativos está definida do art. 41 até o art. 47 da Lei n.º 8.443/1992 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União), podendo a verificação de ilegalidade ensejar a sustação do ato ou contrato (respectivamente, inciso I do § 1º e § 3º, todos do art. 45 da referida lei), bem como a aplicação de multa ao responsável (inciso III do § 1º do art. 45 da lei). Cf. SACRAMENTO, Mauro Ferreira do. O caso do reajuste das tarifas de energia: atuação da ANEEL e do TCU. Artigo apresentado ao Instituto Serzedello Corrêa – ISC/TCU, como requisito parcial à obtenção do grau de Especialista em Controle da Regulação. Brasília, 2011. p. 11.
- <sup>101</sup> AC-302745/12-P – TCU.
- <sup>102</sup> Como exemplos relevantes de tipo de atuação pela Corte de Contas da União: auditoria operacional, incidente sobre a gestão do encargo tarifário “Conta de Consumo de Combustíveis Fósseis dos Sistemas Isolados – CCC-ISOL” (TC-013.237/2004-1 e Acórdão 556/2005 – TCU – Plenário); auditoria em consulta formulada pelo próprio Ministro das Comunicações a respeito da aplicação dos recursos do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações – Fust (TC-005.302/2003-9 e 1107/2003-TCU-Plenário); auditoria incidente sobre a “Tarifa Social” (Lei Federal nº 10.438/2002), com a finalidade de subsidiar o fornecimento de energia elétrica aos consumidores residenciais de baixa renda (TC-014.698/2002-7); dentre outras. Cf. RODRIGUES, Walton Alencar. O controle da regulação no Brasil. *Revista do TCU*, n. 104, p. 5-16, 2005.
- <sup>103</sup> De acordo com o inc. V do art. 2º da Lei nº 13.460, manifestações seriam o gênero a abranger as reclamações, denúncias, sugestões, elogios e demais pronunciamentos de usuários que tenham como objeto a prestação de serviços públicos e a conduta de agentes públicos na prestação e fiscalização de tais serviços.



## CAPÍTULO 5

### Prorrogação Antecipada das Concessões de Transportes e Logística: da Nova Lei de Portos à Lei 13.448/2017

Rafael Vanzella<sup>104</sup>

#### 5.1 Participação Privada em Infraestrutura e Realismo Econômico

O programa brasileiro de participação privada em infraestrutura iniciado nos anos 90, e em curso desde então, tem sua moldura normativa marcada por uma clara orientação econômica no processo de elaboração de regras legais, de tomada de decisões administrativas e de atuação das entidades reguladoras no âmbito daquele mesmo programa, especialmente no dos contratos que o instrumentam.

Essa espécie de pragmatismo jurídico<sup>105</sup>, já num marco posterior à própria Constituição de 1988 e às leis de direito administrativo dela decorrentes, tem um forte componente de legitimidade “negativa”: a aceitação do valor jurídico dos novos modelos (regras, decisões, fiscalizações, sanções etc.) vai se consolidando implicitamente pela falta de questionamentos acerca de sua conformidade com a hierarquia normativa, formuláveis tanto pelos seus destinatários imediatos (as empresas reguladas) quanto pelos atores capazes de contestar sua validade formal em concreto ou abstrato (Ministério Público, OAB etc.)<sup>106</sup>. Preferem, tais destinatários e atores, simplesmente se adaptar às linhas da regulação econômica emergente, e com elas operar, e as teses acadêmicas que bradam pela inconstitucionalidade dessa regulação restam isoladas e contrastantes com o silêncio resultante da ausência de ações judiciais ou procedimentos administrativos que levem a sério e apliquem aquelas teses. O direito consolida-se, assim, por uma “sociedade aberta” de seus intérpretes<sup>107</sup>, os quais acatam o novo conjunto normativo por entenderem que as necessidades materiais do país já não podem ser desconsideradas em nome de um excessivo formalismo.

#### 5.2 A Prorrogação Antecipada como Novo Instituto de Direito Administrativo

Exemplar dessa tendência de realismo econômico no mundo do direito é a prorrogação antecipada dos contratos de concessão no setor de logística (portos, rodovias e ferrovias<sup>108</sup>).

Inicialmente forjada para o setor elétrico, a prorrogação antecipada, tal qual prevista pela MP 579/2012 e pela respectiva lei de conversão, de número 12.783/2013, é resultante de uma decisão de Estado pela qual se preferiu possibilitar a extensão do prazo contratual das concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica (ao amparo do regime da Lei 9.074/1995) em vez de promover novas licitações (ou de a União retomar a prestação dos respectivos serviços) cabíveis ante o advento do termo final originalmente pactuado. O que a difere da prorrogação por assim dizer simples (ou ampliação de prazo, como discutido abaixo) é que, no caso da prorrogação antecipada, a extensão de prazo *sic et simpliciter* já não mais seria contratualmente admissível (em consideração às disposições legais e contratuais vigentes) administrativamente motivável (em atenção à orientação geral da época e à melhor escolha pública para o caso concreto), impondo-se a edição de regras legais que facultassem a adesão das concessionárias a novas condições de prestação dos serviços delegados em contrapartida do adiamento do termo final da concessão<sup>109</sup>.

Evidentemente, no estabelecimento das novas condições contratuais está, ao menos supostamente, um juízo eminentemente econômico sobre as falhas de mercado que definem a singularidade da área da infraestrutura como setor de atividade econômica extensamente regulado, com forte intervenção estatal em todas as suas modalidades reconhecidas pela doutrina<sup>110</sup>. No setor elétrico, tratava-se de um objetivo governamental de assegurar tetos tarifários e padrões de qualidade dos serviços, definidos pela ANEEL, bem como, conforme o tipo de concessão, cotas de garantia física de energia e de potência. Tais metas não necessariamente seriam alcançadas por novas concessões decorrentes da realização de licitações ao término dos contratos vigentes, afinal novos agentes de mercado poderiam não ter interesse nas condições perseguidas pela ANEEL – aqui está uma noção importante de *custo de oportunidade* que será discutida adiante. E mesmo as então atuais concessionárias poderiam não aceitar as novas condições de prestação de serviços, preferindo, nesse caso, encerrar sua relação contratual com a União no tempo originalmente ajustado, discutindo eventuais indenizações por investimentos em bens reversíveis não amortizados ou depreciados – solução, aliás, escolhida por parte das concessionárias.

Independentemente da crítica que se possa – ou mesmo se deva – fazer à experiência da prorrogação antecipada no setor elétrico (a qual levou a CVM, aliás, a condenar a União por exercício inadmissível de voto devido a conflito de interesses no âmbito das concessionárias estatais<sup>111</sup>), fato é que esse novo instituto de direito administrativo tem uma teleologia louvável. A prorrogação antecipada, em termos de realismo econômico e de análise econômica, é uma alternativa fundamental à ideia tradicional – sedutora, porém simplista – de se insistir na licitação como panaceia para todas as situações de contratação ou recontração pública<sup>112</sup>. Se levarmos a sério a economicidade dos atos administrativos (art. 70 da Constituição da República), licitar deve ser considerada apenas uma, mas não a única, opção para a Administração Pública, uma vez que impõe, e de maneira muito importante, os seus próprios custos. Como discutiremos adiante, além de o procedimento licitatório trazer, por si só, *custos de transação* – tais como os inerentes à elaboração de estudos técnicos de viabilidade econômica e ambiental, à construção dos editais, dos termos de referência, dos anteprojetos ou do projeto básico, e ainda da minuta de contrato, à remuneração dos membros da comissão de licitação, à apreciação e julgamento dos recursos administrativos – a licitação contém *custos de oportunidade* materiais e intangíveis que só mais recentemente têm reverberado no mundo do direito.

Um reconhecimento desses custos de oportunidade implícitos nas alternativas de contratação e recontração por parte dos órgãos da Administração Pública está na relevância a que se tem dado à chamada análise de impacto regulatório (AIR) no âmbito das práticas das Agências Reguladoras e dos Tribunais de Contas, sobretudo o TCU. Embora esses órgãos não estejam atualmente adstritos a aplicar a AIR para fundamentar suas decisões, é fato que as discussões juridicamente mais sérias e importantes sobre a prorrogação antecipada não estão nas elucubrações em torno da constitucionalidade ou não desse instituto jurídico, mas sim na sua comparação, em termos de custos de oportunidade, com outras alternativas regulatórias, tais como entre licitar, promover a prorrogação ampliação de prazo ou mesmo estender o prazo por reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos vigentes.

É sintomático dessas discussões o projeto da Lei Geral das Agências Reguladoras<sup>113</sup>. Nele, a AIR está disciplinada como instrumento de atuação a ser obrigatoriamente utilizado antes da edição de atos normativos de interesse geral. De acordo com a última recomendação do Conselho sobre Política Regulatória e Governança da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, de 2012<sup>114</sup>, a AIR presta a examinar e quantificar os custos e benefícios prováveis decorrentes de novas normas ou da alteração das já existentes, consistindo em instrumento formal de explicitação dos problemas regulatórios, das opções disponíveis e das consequências das decisões, em cada caso concreto, mediante o emprego de dados empíricos. Trata-se a AIR, com efeito, de um modelo que estrutura a tomada de decisões com base em evidências.

A prorrogação antecipada merece ser compreendida e analisada nesse contexto normativo mais amplo. Nessa perspectiva analítica, descarta-se, de um lado, o entendimento tradicional, já mencionado, de que a ausência de uma nova licitação caracterizaria por si só desvio do interesse público, na medida em que tal ausência beneficiaria as atuais concessionárias em detrimento da ampla participação de novos licitantes potencialmente ofertantes de melhores condições à Administração Pública. E, de outro lado, também se afasta de uma advocacia pelo suposto direito líquido e certo da concessionária à prorrogação, a qual levaria sempre e necessariamente à manutenção das concessões sob titularidade das atuais concessionária<sup>115</sup>, em detrimento de escolhas mais eficientes.

A questão passa a ser, então, se o juízo de conveniência e oportunidade administrativa pode ser formulado apenas no momento da celebração do contrato, quando, com fundamento no art. 23, I e XII, da Lei 8.987/1995, é cediço que as opções para a prorrogação da concessão são as mais diversas “incluindo hipóteses que vão desde a manutenção da prestação adequada de serviços concedidos até a sua utilização exclusivamente para o reequilíbrio econômico financeiro de outorgas”<sup>116</sup>; ou, mais precisamente, se aquele juízo tem também lugar *a posteriori*, quando a manutenção do contrato, sob novas condições de prestação de serviços, é indicada pela a AIR como a alternativa mais recomendada para o caso concreto.

Com a mesma finalidade de positivar essa alternativa e estabelecer os padrões para que o administrador público encarregado da escolha entre licitar ou prorrogar tivesse parâmetros objetivos e gerais para motivar adequadamente seu ato administrativo, a Lei 12.815/2013 e mais recentemente a Lei 13.448/2017 (em conversão da MP 752/2016) expandiram o âmbito de aplicação da prorrogação antecipada para, respectivamente, o setor portuário e os setores de rodovias e ferrovias.

A prorrogação antecipada é hoje, nesses termos, um novo instituto aplicável a todos os contratos administrativos no setor de logística, independentemente de sua previsão ou mesmo existência congênita ao momento da publicação dos editais que fundamentaram a respectiva celebração. Pode e deve ser incluída na AIR sobre determinadas situações contratuais, e aplicada, quando a observância dos requisitos legais e regulamentares continuar indicando a prorrogação antecipada como a melhor escolha pública para o caso concreto.

## 5.3 Prorrogação nos Contratos Administrativos

Antes de analisar as particularidades da prorrogação antecipada sob o regime da Lei 12.815/2013 (setor portuário) e da Lei 13.448/2017 (setores de rodovias e ferrovias), convém apresentar os entendimentos consolidados sobre prorrogação dos contratos administrativos em geral, e das concessões, em particular.

### 5.3.1 Tipos de Prorrogação

Com a criação do instituto da prorrogação antecipada, tem sido recorrente diferenciá-la de outras duas espécies de prorrogação: a prorrogação ampliação de prazo e a prorrogação por reequilíbrio econômico-financeiro.

#### 5.3.1.1 Prorrogação Ampliação de Prazo, Especialmente na Lei 8.666/1993

(A prorrogação ampliação de prazo é uma figura típica da Lei 8.666/1993.) Na forma do art. 57, dentre hipóteses em que se admite a prorrogação, têm-se: (i) *projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual, os quais poderão ser prorrogados se houver interesse da Administração e desde que isso tenha sido previsto no ato convocatório* (inciso I); (ii) *aluguel de equipamentos e à utilização de programas de informática, podendo a duração estender-se pelo prazo de até 48 (quarenta e oito) meses após o início da vigência do contrato* (inciso III); e (iii) *hipóteses previstas nos incisos IX, XIX, XXVIII e XXXI do art. 24, cujos contratos poderão ter vigência por até 120 (cento e vinte) meses, caso haja interesse da administração* (inciso V).

Os mencionados incisos IX, XIX, XXVIII e XXXI do art. 24 aludem, respectivamente, às seguintes situações: (i) *quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional*; (ii) *para as compras de material de uso pelas Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante parecer de comissão instituída por decreto*; (iii) *para o fornecimento de bens e serviços, produzidos ou prestados no País, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional, mediante parecer de comissão especialmente designada pela autoridade máxima do órgão*; e (iv) *nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 4º, 5º e 20 da Lei nº 10.973/2004*<sup>117</sup>, observados os princípios gerais de contratação dela constantes.

Outras normas referem-se à prorrogação ampliação de prazo, a exemplo da Lei nº 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), que, no respectivo art. 99, estabelece o regime da extensão de prazo contratual<sup>118</sup>.

Em todas as hipóteses de prorrogação contratual apresentadas acima, o caráter de extensão do prazo original, com adiamento ou postergação do termo final inicialmente pactuado, sem nenhum outro conteúdo de alteração contratual, é o que define a respectiva singularidade: na prorrogação ampliação de prazo, não ocorre o término de uma relação jurídica anterior e tampouco se dá ensejo à formação de uma nova. Tal espécie tem o condão apenas de fazer “durar mais” uma relação contratual já existente. A esse respeito, nas palavras de Marçal Justen Filho<sup>119</sup>:

Trata-se de ato jurídico por meio do qual o termo final de uma relação jurídica é transferido para o futuro. Essa figura destina-se a impedir a extinção da vigência do vínculo. Nesse caso, a prorrogação amplia o prazo do vínculo que se encontra em curso, mantendo-o por período de tempo superior ao originalmente previsto. Portanto, nem se extingue a relação anterior, nem é instituída uma nova. As condições previstas para o vínculo original são mantidas, com eventuais alterações e adaptações.

Tal modalidade pressupõe a previsão expressa no edital que deu origem e no respectivo contrato, devendo, ainda, respeitar os limites legais estabelecidos. Face a essa obrigatoriedade, há quem se refira a essa espécie como *prorrogação contratual premial*<sup>120</sup> e *prorrogação prevista contratualmente*<sup>121</sup>, frisando o requisito pelos adjetivos justapostos (sanção premial ou requisitos previstos no contrato). Nesses casos, diferentemente das demais figuras de prorrogação contratual analisadas a seguir, a faculdade de se estender o prazo conferida pela lei não se subordina a finalidades especiais.

#### 5.3.1.2. Prorrogação por Reequilíbrio Econômico-financeiro, Especialmente nas Concessões de Serviço Público

Pelo regime da Lei 8.987/1995, além da prorrogação ampliação de prazo, será inerente aos contratos de concessão uma outra possibilidade de prorrogação contratual: aquela decorrente não do simples adiamento do termo final originalmente pactuado, com o intuito de evitar uma solução de continuidade na prestação de serviços públicos, mas adicionalmente enquanto ferramenta de reequilíbrio econômico-financeiro da concessão.

A esse respeito, vale observar que a Lei 8.997/1995 não estabeleceu expressamente o prazo máximo de execução das concessões. É um contrassenso, no entanto, uma concessão de serviço público por tempo indeterminado, na medida em que ou se traria insegurança demasiada ao delegatário, ante à possibilidade permanente de extinção do contrato a critério da administração, a qualquer tempo – incompatível, portanto, com as exigências de estabilidade nesse tipo de arranjo contratual –, ou se convolaria a concessão em verdadeira – e, como tal vedada – transferência ao particular da titularidade do poder público sobre esses serviços, já que implícito o caráter perpétuo do direito da concessionária nessa última situação.

A mera delegação da prestação dos serviços, conforme prevista pelo art. 175 da Constituição da República, pressupõe limitação temporal. Por isso, apesar do silêncio legal quanto a máximo temporal, a Lei nº 8.987/1995 incluiu nas definições das concessões de serviço público e de serviço público precedido da execução de obra pública o elemento da estipulação do prazo<sup>122</sup>. Para atender à estipulação do prazo, a lei ainda obrigou que a administração defina o prazo aplicável a cada concessão no instrumento convocatório<sup>123</sup> (e mesmo em ato anterior<sup>124</sup>), bem como no instrumento contratual<sup>125</sup>.

Sem embargo de previsões legais específicas do máximo temporal de contratos setoriais (a exemplo dos setores de portos e energia), a concepção de prazo contratual nos contratos de concessão difere de modo importante daquela relativa aos contratos administrativos regidos pela Lei nº 8.666/1993. Em primeiro lugar, esses últimos implicam dispêndios para a administração, de maneira que obrigam o estabelecimento *a priori* de recursos que os custeiem. Por essa razão é que o prazo desses contratos está vinculado ao respectivo crédito orçamentário. Ademais, a onerosidade do contrato administrativo regido pela Lei nº 8.666/93 fundamenta o limite não apenas de prazo para o contrato e suas prorrogações, como também das hipóteses – taxativas – em que a prorrogação é admitida.

Já à luz da Lei nº 8.987/1995, a remuneração tarifária das concessionárias desonera o poder público, e, mais do que isso, o prazo consiste em elemento definidor da economia da concessão. Em outras palavras, o prazo de delegação dos serviços por meio dos contratos de concessão, ao lado das tarifas e demais fatores pertinentes, fixa a equação econômico-financeira do contrato, notadamente em função da amortização e depreciação dos investimentos realizados pela concessionária, assim como da obtenção do retorno financeiro<sup>126</sup>. Há, assim, relação direta entre o prazo estabelecido e a análise dos riscos e a precificação pelo investidor privado que embasam a proposta econômica apresentada no momento da licitação (e que passa a incorporar o contrato).

Como bem aponta Di Pietro<sup>127</sup>, não é por outra razão que, se o contrato de concessão for extinto “antes do prazo estabelecido, conforme previsto no art. 35, incisos II a VI, da Lei nº 8.987, o concessionário fará jus à indenização ‘das parcelas dos investimentos vinculados e não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido’ (art. 36)”.

Por força dessa última característica, com relação ao prazo, especialmente marcante nos contratos de concessão, distingue-se da mera hipótese de ampliação ou extensão do termo final originalmente pactuado a figura da prorrogação por reequilíbrio econômico-financeiro. Se, de um lado, a prorrogação ampliação de prazo é medida excepcional, restrita a determinadas hipóteses e admitida apenas para atender ao interesse público em situações de inadmissibilidade de solução de continuidade, a prorrogação contratual pode visar, especialmente no âmbito dos contratos de concessão, a preservar o equilíbrio econômico-financeiro (sem embargo da extensão do tempo de prestação dos serviços públicos delegados).

Com efeito, há situações também em que a permanência ou renovação de um contrato de concessão, para além do termo previsto originalmente, pode ter por objetivo atender (com maior eficiência e menor ônus financeiro) não apenas às necessidades imediatas da administração pública no que se refere ao serviço público concedido, mas também ao reequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato administrativo, quando a materialização de um evento de risco contratualmente alocado à concessionária ou ao Poder Concedente acarrete um dever de recomposição.

Na falta de fixação exaustiva na lei dos mecanismos de recomposição da equação econômico-financeira do contrato, é amplamente utilizada – e admitida pela doutrina administrativista e jurisprudência dos órgãos de controle e regulação – a prorrogação como meio para restaurar o equilíbrio econômico-financeiro. Com efeito, a prorrogação com esse fim tende a ser a forma que melhor se coaduna com o interesse público, pois, se comparada ao incremento nas contrapartidas públicas ou tarifárias, ou diminuição ou revisão do escopo inicial dos investimentos, não importa qualquer sacrifício direto por parte seja do poder público, seja dos usuários.

Essa espécie de prorrogação, em que pese o possível caráter de renovação do conteúdo contratual, notadamente no que se refere ao escopo (passado ou futuro) dos investimentos a cargo da concessionária, não depende de qualquer autorização expressa legal, editalícia ou contratual. Nada obstante, a prorrogação por reequilíbrio deve estar vinculada e promover a mera extensão de prazo na exata medida do necessário para lograr o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. É dizer, este tipo de prorrogação pressupõe (i) a ocorrência de quebra do equilíbrio contratual, como consequência de evento cujo risco não seja atribuído à parte que o pleiteia;

e (ii) a extensão do prazo ao tempo estritamente necessário para que se restaure a relação entre encargos e contrapartidas disposta na formação do contrato.

### 5.3.2 Prorrogação Antecipada e Custo de Oportunidade

Em contraposição à prorrogação ampliação de prazo e à prorrogação por reequilíbrio econômico-financeiro, discutidas acima, a prorrogação antecipada contém uma nítida carga de renovação objetiva do contrato administrativo, quer dizer, por meio dela opera-se a contratação de uma nova relação entre encargos e contrapartidas, que pode até mesmo extinguir e substituir o arranjo anterior, muito especialmente quanto ao conteúdo contratual referente aos investimentos sob responsabilidade da concessionária. Desse modo, há extinção e inauguração de uma nova relação contratual entre as mesmas partes, ou, no mínimo, alteração muito relevante do seu conteúdo, mantendo-se a similaridade do objeto contratual inicial.

Como decorrência da renovação contratual, emergente de uma negociação regulada entre concessionária e Poder Concedente, a prorrogação antecipada depende de prévia autorização legal e prescinde de sua previsão específica no instrumento convocatório e contratual.

A renovação contratual emergente da repactuação do prazo de prestação dos serviços já estava prevista, como reconhece a doutrina<sup>129</sup>, pela Lei 8.666/1993. No inciso II do citado art. 57, a prorrogação na *prestação de serviços a serem executados de forma contínua* é admitida *por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses*. Nesses contratos, além das exigências constantes do § 2º ao art. 57 da Lei 8.666/1993 (justificativa por escrito do interesse na prorrogação e autorização prévia pela entidade competente), deve-se atender à *obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração*, bem como ao limite temporal total de *sessenta meses*.

A definição de *serviços a serem executados de forma contínua* é passível de elaborações. No âmbito da União, o Decreto nº 2.271/1997 apresenta uma relação não exaustiva desses serviços, ao passo que a Instrução Normativa nº 02/2008<sup>129</sup> da Secretária de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, autoriza e define a contratação desses serviços continuados. A esse respeito, Diógenes Gasparini<sup>130</sup> assinala a particularidade na definição, como sendo “*o que não pode sofrer solução de continuidade na prestação que se alonga no tempo, sob pena de causar prejuízos à Administração Pública que dele necessita. Por ser de necessidade perene para a Administração Pública, é atividade que não pode ter sua execução paralisada, sem acarretar-lhe danos. É, em suma, aquele serviço cuja continuidade da execução a Administração Pública não pode dispor, sob pena de comprometimento do interesse público*”. Do mesmo modo, Marçal Justen Filho<sup>131</sup> entende que a continuidade do serviço consiste na “*permanência da necessidade pública a ser satisfeita, ou seja, o dispositivo abrange os serviços destinados a atender necessidades públicas permanentes, cujo atendimento não exaure prestação semelhante no futuro*”.

O TCU já decidiu no sentido de que o enquadramento dos serviços como sendo de natureza contínua depende da apreciação da administração a respeito, conforme abaixo:

A doutrina qualifica como serviço continuado todo aquele destinado a atender necessidades públicas permanentes e cuja paralisação acarrete prejuízos ao andamento das atividades do órgão. A relação constante do § 1º do art. 1º do Decreto nº 2.271/97 não é exaustiva cabendo ao administrador, diante do caso concreto, enquadrar o serviço como continuado ou não<sup>132</sup>.

Diferentemente da hipótese dos serviços a serem executados de forma contínua, a prorrogação antecipada, em que pese se emprestar a ela efeito igualmente renovatório, opera-se anteriormente ao término do prazo contratual, implicando renovação do conteúdo contratual especialmente atinente ao escopo dos investimentos a cargo da concessionária. É aqui que se enquadram os casos de renovação dos arrendamentos portuários<sup>133</sup>, bem como dos projetos rodoviários e ferroviários qualificados no Programa de Parcerias de Investimentos – PPI (Lei 13.334/2016).

Da prorrogação ampliação de prazo, a prorrogação antecipada se aproxima no que respeita a um dos elementos contratuais aditados: o tempo. Com efeito, a adição de tempo na execução dos serviços delegados estende o período contratual original, ampliando o prazo da concessão. E, na medida em que tal extensão temporal guarda relação imediata com a necessidade de se amortizarem ou depreciarem os novos investimentos, a prorrogação antecipada tem também um componente de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, consistente não na sua recomposição *ex post* por eventos de risco materializados e alocados originalmente como responsabilidade do Poder Concedente, mas sim na sua manutenção *ex ante* aos novos investimentos a que a concessionária estará obrigada. É dizer, como a repactuação dos investimentos a cargo da concessionária implicará alterações relevantes na sua taxa de remuneração, a prorrogação antecipada, no seu aspecto procedimental, tratará de definir, sobretudo por meio da ampliação do prazo, as condições para que a relação entre encargos e vantagens da concessionária e seus acionistas não se altere na perspectiva econômico-financeira.

Na perspectiva econômica, a prorrogação antecipada apoia-se em necessidades da administração no que se refere a novas condições especialmente vantajosas, ou, mais precisamente, em escolhas que diminuam os custos de oportunidade presentes nas alternativas de contratação ou recontração de projetos de infraestrutura. Nesse sentido, a prorrogação antecipada tem como objeto a realização imediata de novos investimentos pelas concessionárias, sendo que esses investimentos, acaso transferidos para um ulterior momento, teriam custos de oportunidade extremamente relevantes e que podem ser sumarizados da seguinte maneira:

- a) alguns contratos de concessão têm termos finais que advirão apenas nas próximas décadas, de modo que novos investimentos setoriais teriam, em princípio, de aguardar o término desses contratos para poderem ser realizados pelo Poder Público ou seus novos concessionários em respeito aos atos jurídicos perfeitos e à segurança jurídica nos contratos firmados (custo da indisponibilidade da infraestrutura);
- b) nesses instrumentos, os investimentos ainda remanescentes, a cargo das concessionárias, ou não estão suficientemente bem disciplinados, autorizando sua realização de maneira não adequada às novas e atuais necessidades materiais no âmbito dos projetos, ou poderiam ser realizados apenas em momento futuro, com maior obsolescência das soluções passíveis de serem implementadas pelas concessionárias (custo da inadequação tecnológica);
- c) as atuais concessionárias, por já terem realizado investimentos no âmbito de seus contratos, incorrem em custos irrecuperáveis (*sunk-costs*). Esses custos irrecuperáveis têm, por definição, custos de oportunidade próximos a zero, uma vez que não apresentam possibilidades de uso alternativo, considerada sua imobilização. A taxa de remuneração regulatória, utilizada paramétrica e comparativamente para as revisões tarifárias e outras situações de reequilíbrio econômico-financeiro da concessão, a ser aplicada às concessionárias com investimentos imobilizados e ainda não integralmente amortizados ou depreciados, poderia conter, para fins de seu cálculo, um custo de oportunidade mais baixo do que aquele a ser definido em um eventual e próximo edital. Esse último deveria, ao contrário, ser mais realista e, por conseguinte, se preocupar com a atratividade de novos investidores (com múltiplas alternativas de uso de seus recursos financeiros), atentando, ainda, a um momento político e econômico do país refratário a imobilizações de capital (custo do capital próprio).

Admitindo-se tais custos de oportunidade, demonstrados por análises de impacto regulatório, a prorrogação antecipada, sob esse viés econômico, nada mais é do que um instrumento para assegurar à administração a melhor escolha pública quanto ao uso alternativo de uma concessão vigente, em atenção à disponibilidade da infraestrutura, à adequação ou atualidade tecnológica dos investimentos a cargo da concessionária e ao capital próprio necessário para custear no todo ou em parte tais investimentos. Postas essas premissas, acordam-se com o contratado novas obrigações anteriormente inexistentes, eventuais alterações dos parâmetros de qualidade, da natureza dos serviços, do padrão de segurança, entre outros, em contrapartida de prazo adicional ao avençado inicialmente, mas consistente com as necessidades de amortização ou depreciação dos investimentos acordados por ocasião da renovação.

## 5.4 Nova Lei de Portos

Sob esse pano de fundo, a Lei 12.815/2013, consistente na nova Lei de Portos, ao dispor sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários, previu a prorrogação antecipada nos seguintes termos:

Art. 57. Os contratos de arrendamento em vigor firmados sob a Lei n° 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, que possuam previsão expressa de prorrogação ainda não realizada, poderão ter sua prorrogação antecipada, a critério do poder concedente.

§ 1º A prorrogação antecipada de que trata o caput dependerá da aceitação expressa de obrigação de realizar investimentos, segundo plano elaborado pelo arrendatário e aprovado pelo poder concedente em até 60 (sessenta) dias.

§ 3º Caso, a critério do poder concedente, a antecipação das prorrogações de que trata o caput não seja efetivada, tal decisão não implica obrigatoriamente na recusa da prorrogação contratual prevista originalmente.

A Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP/PR), atualmente extinta e cujas funções foram incorporadas à configuração vigente do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (MT), e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ trataram de regulamentar a prorrogação antecipada nos termos da Lei 12.815/2013 por meio das seguintes normas:

- (a) Portaria SEP/PR n° 349, de 30 de setembro de 2014;
- (b) Resolução ANTAQ n° 5.408, de 17 de maio de 2017; e
- (c) Resolução ANTAQ n° 5.464, de 23 de junho de 2017.

#### 5.4.1 Regulação Setorial pelo MT e pela ANTAQ

A Portaria n° 349/SEP/PR buscou uniformizar e padronizar os critérios de análise dos pedidos de prorrogação antecipada de contratos de arrendamento portuário, bem como conferir publicidade e transparência ao procedimento. A mesma portaria também disciplina as competências da ANTAQ, SEP/PR (atual MT) e Autoridade Portuária no âmbito dos processos de prorrogação antecipada, aos requisitos de admissibilidade, aos critérios legais, o procedimento, às cláusulas essenciais do termo aditivo, e por fim, a forma de apresentação do projeto executivo por parte do arrendatário.

Com relação às competências voltadas ao procedimento de aprovação de prorrogação antecipada dos contratos de arrendamento portuário, caberá ao MT verificar os requisitos de admissibilidade dos pedidos, assim como analisar e deliberar sobre o plano de investimentos. A ele também foi atribuída a competência para celebrar os termos aditivos. Por sua vez, à ANTAQ caberá analisar e deliberar sobre os Estudos de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental – EVTEA e sobre o projeto executivo, o que inclui o exame da hígidez financeira da arrendatária do terminal portuário. Finalmente, para as Autoridades Portuárias foram atribuídas competências para aferir o cumprimento das obrigações vigentes, acompanhar a execução física do projeto executivo e subsidiar o MT e a ANTAQ com as análises, documentos e informações sobre a execução do projeto.

Neste último ponto, para aferição do cumprimento das obrigações contratuais, será necessário, segundo artigo 8°<sup>134</sup> da Portaria n° 349/SEP/PR, que a Autoridade Portuária elabore um relatório confirmando não apenas a adimplência financeira da arrendatária e de empresas do mesmo grupo, mas também a realização de investimentos, atendimento aos níveis mínimos de movimentação, melhorias implementadas pela arrendatária, qualidade e parâmetros de qualidade, penalidades aplicadas e atendimento às obrigações específicas relacionadas à prorrogação do contrato.

O plano de investimentos, por seu turno, corresponde à descrição simplificada dos investimentos pretendidos e da capacidade e desempenho esperado da arrendatária. Tal documento deverá ser elaborado em conformidade com as políticas e diretrizes normativas voltadas ao planejamento do setor portuário e com a vocação da área arrendada.

Já o EVTEA, que deverá ser apresentado para instruir o pleito, é referenciado por outra resolução, a qual o disciplina para inúmeras finalidades em matéria portuária (Resolução ANTAQ n° 3.220/2014). De toda forma, nos termos da Portaria n° 349/SEP/PR, o EVTEA, apesar de servir como parâmetro para definição do termo aditivo, não possui caráter vinculativo<sup>135</sup>, permitindo que sirva de instrumento de negociação entre o Poder Público e o arrendatário: diante das dificuldades que podem tornar inviável a realização de algumas obras, os investimentos originariamente previstos podem ser total ou parcialmente modificados.

Por fim, o projeto executivo, por força da Portaria n° 349/SEP/PR e da Portaria n° 499, de 05 de novembro de 2015, é documento imprescindível para viabilizar a prorrogação dos contratos de arrendamento portuário. O projeto executivo deve estar em conformidade com o plano de investimentos e o EVTEA, apresentando os investimentos futuros da arrendatária em relação a cada item das obras e serviços promovidos, o que permitirá sua adequada avaliação pela ANTAQ.

Após reunidos os documentos e as informações mencionadas, com exceção do Relatório, cuja responsabilidade é da Autoridade Portuária, o arrendatário poderá formular, perante o MT, o pedido de prorrogação antecipada do contrato de arrendamento. Ao receber a solicitação, o MT deverá verificar o cumprimento dos requisitos de admissibilidade, bem como deliberar, preliminarmente, acerca do plano de investimentos.

Caso a solicitação seja indeferida, é possível a interposição de pedido de reconsideração pelo arrendatário no prazo de 5 (cinco) dias. Caso a solicitação seja deferida, o processo será encaminhado à ANTAQ, a quem competirá analisar e deliberar sobre o EVTEA. Quando deferido o EVTEA pela ANTAQ, o processo será restituído ao MT para ratificação e aprovação do plano de investimentos e celebração do termo aditivo (artigo 14, § 5°, da Portaria n° 349/SEP/PR<sup>136</sup>). Tal instrumento conterá as obrigações de investimentos, de capacidade, de desempenho e de movimentação mínima, em conformidade com o plano de investimentos e seus prazos e o projeto executivo. Este último poderá ser apresentado no prazo de até 12 (doze) meses contados da data da assinatura do termo aditivo (artigo 19, caput, da Portaria n° 349/SEP/PR<sup>137</sup>). Posteriormente à sua conclusão, o documento deverá ser submetido à aprovação da ANTAQ (artigo 20 da Portaria n° 329/SEP/PR<sup>138</sup>).

Nos termos do artigo 17°<sup>139</sup>, caput e §2° e artigo 20°<sup>140</sup>, §2° da Portaria n° 349/SEP/PR, caso o projeto executivo estabeleça investimentos que sejam amortizados antes do término do prazo da prorrogação, é possível a promoção de futuros investimentos ou, alternativamente, do reequilíbrio econômico financeiro do contrato de arrendamento, nesse caso mediante pagamento de remuneração pelo arrendatário, em parcela única.

#### 5.4.2 Manual do Projeto Executivo

A Resolução n° 5.408/ANTAQ dispõe sobre o Manual de Análise e Fiscalização do Projeto Executivo em Arrendamentos Portuários. Decorre de recomendação do TCU, o qual, no Acórdão n° 2.200/2015, analisado abaixo, havia expressamente identificado o risco de cada Autoridade Portuária adotar procedimentos não-padronizados no exercício de fiscalização do cumprimento do projeto executivo e do quanto a execução com base nele efetivamente custou para o arrendatário. O manual do projeto executivo trata dos seguintes aspectos: (i) organização e apresentação do projeto executivo, (ii) detalhamento orçamentário, (iii) organização e apresentação do orçamento sintético, (iv) apresentação do cronograma físico-financeiro e (v) análise do projeto executivo. Em outras palavras, persegue-se a mitigação da assimetria informacional entre as autoridades que atuam na análise dos diversos documentos apresentados pela arrendatária no decorrer do procedimento de prorrogação antecipada.

Primeiramente, ao tratar da organização e apresentação do chamado orçamento sintético, como parte do projeto executivo que instruirá a estrutura do cronograma físico-financeiro, o manual do projeto executivo determina que nele deverão ser apresentados orçamentos para cada item de investimento do projeto. Portanto, os investimentos da arrendatária, sejam eles relacionados aos elementos de infraestrutura do projeto ou às obras e equipamentos a eles correspondentes, deverão estar expressamente discriminados no projeto executivo.

Do mesmo modo, ao dispor sobre a apresentação do cronograma físico-financeiro, o manual do projeto executivo impõe que sua elaboração esteja em conformidade com o fluxo de caixa que instruiu o EVTEA aprovado. Para tanto, a arrendatária apresentará a distribuição mensal dos investimentos em percentual de execução previsto para cada item do orçamento, bem como o cronograma para cada campanha de investimentos, o que se fará necessário caso haja grande intervalo entre a data dos investimentos propostos.

O projeto executivo será, por força do item 40.3 do manual do projeto executivo, analisado e aprovado pela ANTAQ em até 90 dias após a data de sua apresentação pela arrendatária. Admite-se, porém, projeto executivo parcial, pelo qual o início das obras se dá antes da apresentação do projeto executivo à ANTAQ, abrangendo ao menos os investimentos iniciais e obras a eles correspondentes. O projeto executivo parcial também deverá obedecer às diretrizes do manual, dado que seu caráter parcial se refere apenas à quantidade de itens de investimentos e não à incompletude dos elementos que o compõem.

#### 5.4.3 Manual do EVTEA

À vista do Acórdão 989 do TCU, a ANTAQ publicou em 23 de junho de 2017, a Resolução n° 5.464, que dispõe sobre o Manual de Procedimentos de Análise de Estudo de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental – EVTEA de Arrendamentos Portuários<sup>141</sup>. O manual do EVTEA introduz os critérios para a análise da adequação dos estudos de viabilidade, apresentando os parâmetros a serem observados pela equipe técnica da ANTAQ.

Especialmente com relação às prorrogações antecipadas, conforme previstas no artigo 57 da Lei de Portos, o manual do EVTEA dispõe tanto acerca dos aspectos procedimentais da análise do EVTEA, como também sobre a adequação de seu conteúdo às diretrizes estipuladas na legislação aplicável. No documento, tal EVTEA é indicado como sendo do “Tipo 2”. Em primeiro lugar, o EVTEA deverá descrever o motivo pelo qual se propõe a prorrogação antecipada. Em outras palavras, deve-se esclarecer se a prorrogação antecipada fundamenta-se em algum evento de desequilíbrio econômico-financeiro e, como tal, diverso da hipótese de implementação de novos investimentos e obras, a qual motiva a prorrogação antecipada.

Quanto à instrução processual, o manual do EVTEA determina que a análise e aprovação do EVTEA dependerá da manifestação preliminar do Poder Concedente sobre (i) a aderência do pedido às diretrizes do planejamento setorial, (ii) cumprimento dos requisitos de admissibilidade do EVTEA, conforme disposto no artigo 13 da Portaria n° 349/SEP/PR, (iii) aceitação do plano de investimentos, aprovado pelo MT, (iv) pertinência de eventos associados de desequilíbrio contratual e, ainda (v) atestado de cumprimento das obrigações contratuais vigentes, por meio de relatório circunstanciado.

De qualquer modo, o EVTEA deverá conter as informações relativas a três fluxos de caixa, quais sejam: (i) fluxo de caixa contratual, (ii) fluxo de caixa marginal e (iii) fluxo de caixa total. O fluxo de caixa contratual deverá simular o comportamento projetado da equação econômico-financeira do arrendamento portuário, nos termos originais, vigentes ao tempo da celebração do contrato, da relação entre encargos e contrapartidas da concessionária. Já o fluxo de caixa marginal deverá considerar somente os investimentos novos ao contrato, constante no plano de investimentos aprovado, igualando ao valor presente líquido do fluxo de caixa contratual com o fim de identificar as diferenças entre as taxas de remuneração da arrendatária nos dois cenários. Por fim, o fluxo de caixa total deverá considerar todos os investimentos do projeto previstos para o período da prorrogação, ainda que contidos no contrato originalmente pactuado.

Para fins do valor do arrendamento, o EVTEA deverá considerar a “variável de entrada” do modelo financeiro, adotando-se o valor originalmente previsto no contrato e devidamente atualizado para a data base

referente ao novo EVTEA. Tal valor deverá considerar tanto os valores correspondentes aos “custos operacionais”, devidamente atualizados, como também o “*pay-back* descontado” do projeto, isto é, o método indicativo do tempo necessário para a arrendatária recuperar o capital investido e obter o proveito financeiro do projeto.

Para a prorrogação antecipada, o “*pay-back* descontado” norteia-se pela data final de amortização dos novos investimentos, contabilizados a partir da data de início da prorrogação. Por essa razão, os prejuízos de investimentos não amortizados com relação ao período anterior à data referida no novo EVTEA não ensejarão a revisão da equação econômico-financeira, ainda que materializado um evento de desequilíbrio.

Ainda, em se tratando de EVTEA elaborado para fins de prorrogação antecipada de contrato de arrendamento, no qual não há eventos de desequilíbrio econômico-financeiro alheios à própria prorrogação, a análise técnica da ANTAQ deverá se ater apenas aos novos investimentos projetados pela arrendatária, de modo consistente com as diretrizes apontadas no manual do EVTEA.

## 5.5 O TCU sobre a Prorrogação Antecipada

O TCU, em duas oportunidades, avaliou a prorrogação antecipada, sendo que ambos os precedentes se referem à aplicação do instituto nos contratos de arrendamento portuário.

### 5.5.1 O Acórdão nº 2.200/2015

No primeiro, o Acórdão nº 2.200/2015, sob relatoria da Conselheira Ana Arraes, concluiu pela viabilidade de se prorrogarem antecipadamente, sob o regime da Lei 12.815/2013, os contratos de arrendamento portuário celebrados no período de vigência da antiga lei de portos (Lei 8.630/1998).

Partindo do relatório de acompanhamento realizado pela Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária, Hídrica e Ferroviária – SeinfraHidroferrovias, em avaliação dos procedimentos instituídos pela já extinta SEP/PR e pela ANTAQ para a prorrogação antecipada dos contratos de arrendamento portuário, o Acórdão nº 2.200/2015 discutiu se e em que medida o novo instituto implicaria violação à regra do procedimento licitatório, bem como ao princípio da isonomia. A questão foi proposta em função de a ausência do procedimento licitatório afastar, em tese, a igualdade de oportunidades, impedindo, ademais, que novas propostas e melhores condições fossem ofertadas por potenciais licitantes em benefício da coletividade e da Administração Pública.

O Acórdão nº 2.200/2015 adotou a orientação da unidade do Ministério Público Federal do TCU<sup>142</sup> e estabeleceu que a antecipação da prorrogação dos contratos de arrendamento portuário tem três fundamentos principais, quais sejam:

- (i) mecanismo de incentivo à realização de investimentos privados capaz de conferir eficiência aos serviços concedidos;

Segundo a Conselheira Ana Arraes, a prorrogação antecipada constitui um mecanismo de incentivo à realização de investimentos privados *imediatos*<sup>143</sup>. Sua finalidade é favorecer o aporte de capital, direcionar o foco para a eficiência e alterar o cenário de exploração dos serviços prestados, *verbis*:

“É de fácil percepção que o processo de prorrogação antecipada equivale a uma negociação de interesse mútuo. Do lado do arrendatário, o benefício é bem evidente: garantir prazo significativamente maior para a exploração do serviço portuário sem se submeter à concorrência com outras empresas via nova licitação. Em relação ao Poder Público, a contrapartida que lhe é desejável está centrada na alavancagem de investimentos”<sup>144</sup>.

- (ii) necessidade de definir parâmetros de eficiência e indicadores de desempenho;

O Acórdão nº 2.200/2015 também reforça que a prorrogação antecipada deverá ficar vinculada aos parâmetros de desempenho, capacidade, eficiência, custos ou melhorias de infraestrutura compatíveis com as políticas públicas estabelecidas. Isto é, a mera realização de investimentos não caracteriza automaticamente a eficiência e a redução de custos operacionais; pelo contrário, segundo o TCU, é imperativo o alinhamento qualificado das finalidades do setor e do plano de investimentos com as metas de desempenho<sup>145</sup>.

- (iii) complexidade do fluxo de caixa nos procedimentos de prorrogação antecipada;

Finalmente, o TCU determinou a necessidade de individualização das demonstrações contábeis, em razão da complexidade do fluxo de caixa nos procedimentos de prorrogação antecipada. Isto porque serão considerados, além das receitas e despesas discriminadas no plano de investimentos, as informações das

antigas operações, que serão mantidas na extensão do período contratual e ainda os números relacionados a eventos passados ainda não contabilizados (passíveis, em tese, de gerar reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos).

De um modo geral, o manual do projeto executivo e o manual do EVTEA, analisados acima, são respostas regulatórias para as recomendações do TCU, constantes do Acórdão n° 2.200/2015, que trouxe um debate importante acerca da viabilidade econômico-financeira sobre o tempo de prorrogação do ajuste, sugerindo, inclusive, os fatores e elementos imprescindíveis à manutenção da equação econômico-financeira do contrato:

"como compensação aos novos investimentos e aos eventuais aportes já realizados e ainda não incidentes na equação do ajuste, o contrato é estendido pelo prazo necessário ao balanceamento das despesas e receitas totais. A consideração de todos os elementos no fluxo de caixa total, submetidos a determinada taxa de desconto, indica o tempo de prorrogação do ajuste"<sup>146</sup>.

Portanto, segundo o TCU, a prorrogação antecipada dos contratos de concessão representa uma oportunidade de investimentos, modernização e aperfeiçoamento do setor. Sob esta perspectiva, possibilita-se uma avaliação retrospectiva e prospectiva para identificar as prioridades, ampliar e difundir práticas exitosas e revisar práticas insuficientes. Este diagnóstico reforça que a prorrogação antecipada dos contratos de concessão quando compatíveis às finalidades do setor, aos novos investimentos no curto prazo e às metas de desempenho constitui condição qualificadora ao interesse público e eficiência e continuidade na prestação dos serviços.

### 5.5.2 O Acórdão n° 9.896/2017

Em 17 de maio de 2017, no Acórdão n° 989, o TCU concluiu subsistirem lacunas normativas na legislação aplicável ao instituto da prorrogação antecipada dos contratos de arrendamentos portuários, previsto no artigo 57 da Lei de Portos.

As lacunas normativas, no olhar do TCU, correspondiam aos seguintes aspectos: (i) possibilidade de início das obras relacionadas ao plano de investimentos aprovado para fins da prorrogação antecipada dos contratos, antes da manifestação da ANTAQ sobre a adequação de projetos executivos das arrendatárias; (ii) ausência da regulamentação do procedimento de aprovação do EVTEA; (iii) ausência da regulamentação do procedimento de aprovação dos projetos executivos das arrendatárias, já em conformidade ao novo EVTEA e plano de investimentos; (iv) obrigatoriedade da elaboração de cronograma físico-financeiro dos projetos, à luz de novo plano executivo das arrendatárias; (v) ausência de competência fiscalizatória para supervisão dos procedimentos de aprovação dos projetos executivos e (vi) ausência de definição acerca da autorização para início e fiscalização das obras contempladas na prorrogação dos contratos de arrendamento.

No mesmo acórdão, o TCU determinou à ANTAQ e ao MT que definam os mecanismos relativos à fiscalização dos procedimentos de prorrogação antecipada firmados antes da data de julgamento, bem como os prazos e metas necessários para o cumprimento de cláusulas de termo aditivo que não contenham parâmetros estipulados. O TCU ainda impôs que o MT defina o campo de atuação das autoridades portuárias em relação aos procedimentos de prorrogação antecipada dos contratos, delineando a competência fiscalizatória da ANTAQ e das Autoridades Portuárias para tanto.

Em resposta ao TCU, a ANTAQ encaminhou em 26 de junho de 2017 o Ofício n° 220/2017/DG-ANTAQ. Nesse documento, a ANTAQ faz menção às Resoluções n° 5.408 e n° 5.464, por ela publicados, que aprovam, respectivamente, o manual do projeto executivo e o manual do EVTEA. Em suma, o Acórdão n° 989 coaduna-se com algumas das recomendações do Acórdão n° 2.200/2015 do TCU, que já havia determinado a uniformização do procedimento de análise e fiscalização dos projetos executivos apresentados pelas arrendatárias, bem como a padronização dos critérios adotados pelas Autoridades Portuárias com relação às prorrogações já aprovadas.

Novamente, em nenhum momento o TCU afasta a viabilidade jurídica da prorrogação antecipada, limitando-se a recomendar instrumentos regulatórios para a adequada aplicação do instituto.

## 5.6 A Prorrogação Antecipada na Lei 13.448/2017

Mesmo antes do advento da MP 752/2016, posteriormente convertida pela Lei 13.448/2017, a prorrogação dos contratos de concessão – sem a expressa qualificação de prorrogação antecipada – já era tratada pelo MT e pela Agência Nacional dos Transportes Terrestres – ANTT como um mecanismo fundamental de aceleração dos investimentos no setor ferroviário.

Em matéria de rodovias, ao contrário, mesmo após a edição da Lei 13.448/2017, a regulamentação específica sempre foi rarefeita, baseando-se quase que estritamente nos termos da própria lei, como será analisado adiante.

De toda forma, vale ressaltar que, na regulação específica do setor rodoviário, o instituto da prorrogação existe unicamente como mecanismo voltado a assegurar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, conforme previsto no artigo 24, VII da Lei n° 10.233, de 05 de junho de 2001, regulado pela Resolução n° 3.651, de 07 de abril de 2011 da ANTT.

#### 5.6.1 A Experiência Anterior no Setor Ferroviário

No contexto do extinto Programa de Investimento em Logística (PIL), a Portaria 399 do Ministério dos Transportes estabeleceu as diretrizes a serem observadas pela ANTT para a prorrogação dos contratos de concessão de ferrovias em decorrência da realização de novos investimentos na malha ferroviária. Em outras palavras, a prorrogação dos contratos de concessão ficou condicionada à ampliação da capacidade de transporte, segurança do transporte ferroviário e qualidade e eficiência da infraestrutura ferroviária. Para tanto, as concessionárias deveriam apresentar à ANTT, nos termos do artigo 1°, §3°, da Portaria 399, um plano de negócios contemplando os investimentos previamente determinados pela ANTT<sup>147</sup>. Ademais, segundo o art. 3° da Portaria 399, haveria ampliação do prazo contratual até o máximo permitido para garantia dos investimentos necessários ao atendimento à demanda e às condições técnico-administrativas e econômico-financeiras a serem definidas pela ANTT.

Posteriormente, a ANTT publicou a Resolução 4.975/2015, estipulando os procedimentos e as diretrizes para a repactuação das concessões ferroviárias no caso de manifestação de interesse da própria concessionária. Diante disso, a ANTT encaminharia termo de referência às concessionárias interessadas, que seriam responsáveis pelo preenchimento do termo e pela apresentação do plano de negócios, conforme os seguintes critérios: (i) metas e indicadores, e a indicação de investimentos; (ii) obrigações referentes à exploração da infraestrutura de transporte ferroviário e à prestação do serviço de transporte ferroviário; (iii) diretrizes para o cálculo do valor de outorga e (iv) diretrizes para elaboração de estudos técnicos por parte das concessionárias, necessários à elaboração do fluxo de caixa para avaliação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, em função da repactuação dos contratos de concessão de ferrovias no caso de pedido de prorrogação de prazo<sup>148</sup>.

Tanto a Portaria 399 quanto a Resolução 4.975/2015 apoiam-se em resoluções do Conselho Nacional de Desestatização, a saber, Resoluções n° 12/CND e n° 16/CND. Por meio delas, determinou-se que o instrumento contratual de prorrogação devesse conter, no mínimo: (i) prazo; (ii) obras ou serviços a serem executados; (iii) valores estimados; e (iv) pagamento da Tarifa Básica de Disponibilidade da Capacidade Operacional – TBDCO e a Tarifa Básica de Fruição – TBF. Ainda com base nessas resoluções, a falta de prorrogação dos contratos de concessão desencadearia a extinção das concessões. Nessa situação, seriam revertidos ao Poder Concedente todos os bens, direitos e privilégios transferidos à concessionária ou adquiridos no decorrer da outorga, necessários à continuidade dos serviços delegados. Tal reversão seria automática, com os bens em perfeitas condições de operacionalidade, utilização e manutenção e livres de quaisquer ônus ou encargos. Caso a reversão dos bens não ocorresse nestas condições, a concessionária indenizaria o Poder Concedente, podendo esse último executar as garantias oferecidas pela concessionária.

#### 5.6.2 Os Procedimentos da Lei 13.448/2017

A Lei 13.448/2017 define a prorrogação antecipada como alteração do prazo de vigência do contrato de parceria, quando expressamente admitida a prorrogação contratual no respectivo edital ou no instrumento contratual original, realizada a critério do órgão ou da entidade competente e de comum acordo com o contratado, produzindo efeitos antes do término da vigência do ajuste (art. 4º, II).

A definição é bastante incompleta, à luz do quanto analisamos acima. Pela expressão *prorrogação contratual* deve-se entender a prorrogação ampliação de prazo, pois nenhuma concessão vigente foi celebrada após a positivação da prorrogação antecipada. De modo mais relevante, a definição não previu, em nenhum momento, a repactuação do escopo dos investimentos a serem carreados pela concessionária, ponto que a Lei 13.448/2017 disciplinará apenas adiante.

Outro elemento destacado na definição legal da prorrogação antecipada é sua aplicação aos *contratos de parceria*, categoria que, conquanto utilizada por alguns administrativistas, apenas foi legalmente positivada pela Lei 13.334/2016, a qual converteu a Medida Provisória 727/2016 e criou o Programa de Parcerias de Investimentos – PPI.

O PPI é o principal plano de ação do atual governo federal para o setor de infraestrutura como um todo. Para o programa, são contratos de 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* (art. 1º, § 2º).

Sem nenhuma pretensão de reduzir à unidade tipos contratuais tão complexos e submetidos a regimes jurídicos inconciliáveis, os contratos de parceria tendem a estar enquadrados como contratos administrativos de longo prazo (acima de cinco anos de vigência), em cujo âmbito definem-se relevantes obrigações de investimento do contratado (particular) que dependem de certa estabilidade e tempo para serem amortizados ou depreciados e para proporcionar um adequado retorno financeiro ao parceiro privado.

Em transportes e logística, na esfera federal, as concessões comuns (setores de rodovias e ferrovias) e os arrendamentos de bem público (setor portuário) praticamente esgotam todos os arranjos contratuais de participação privada nos respectivos projetos. De toda forma, a Lei 13.448/2017 é bastante clara ao circunscrever seu âmbito de aplicação aos contratos de parcerias nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal. Ao prever paralelamente à prorrogação antecipada a figura da relicitação, é inegável que parte do contexto da mesma lei corresponde à crise financeira em que incorreram diversas concessões rodoviárias e aeroportuárias recentemente contratadas, mas, no que se refere especialmente à prorrogação antecipada, a motivação, como se discutiu acima, antecede a atual conjuntura e remete a necessidades setoriais mais antigas, atinentes à aceleração de investimentos e à dissipação de custos de oportunidade, notadamente no setor ferroviário.

Pela Lei 13.448/2017, a prorrogação antecipada dos contratos de parceria poderá ser solicitada tanto pelo Poder Concedente quanto pela concessionária, sujeitando-se à discricionariedade da entidade competente. A solicitação terá lugar contanto que o contrato de parceria não tenha sido anteriormente prorrogado, e o tempo adicionado deverá ser igual ou inferior ao prazo de prorrogação originalmente fixado ou admitido no contrato.

O art. 6º da Lei 13.448/2017 é bastante claro ao determinar que a prorrogação antecipada ocorre por meio da inclusão de investimentos não previstos no instrumento contratual vigente. Estão excluídos os contratos de parceria que, à época da solicitação da prorrogação antecipada, encontrarem-se temporalmente antes da metade ou acima de 90% do decurso do prazo originalmente pactuado. Além disso, o parceiro privado deverá atender:

- (i) *quanto à concessão rodoviária, a execução de, no mínimo, 80% das obras obrigatórias exigíveis entre o início da concessão e o encaminhamento da proposta de prorrogação antecipada, desconsideradas as hipóteses de inadimplemento contratual para as quais o contratado não tenha dado causa, conforme relatório elaborado pelo órgão ou pela entidade competente;*
- (ii) *quanto à concessão ferroviária, a prestação de serviço adequado, entendendo-se como tal o cumprimento, no período antecedente de cinco anos, contado da data da proposta de antecipação da prorrogação, das metas de produção e de segurança definidas no contrato, por três anos, ou das metas de segurança definidas no contrato, por quatro anos.*

Observa-se que, além da contratação de novo escopo de investimentos, o parceiro privado deve estar, desde logo, adimplente com determinadas obrigações contratuais, ao menos em parte.

A prorrogação antecipada será formalizada mediante termo aditivo ao contrato de parceria, contendo o novo cronograma de investimentos e mecanismos que desestimulem eventuais inexecuções ou atrasos por parte dos parceiros privados, tais como o desconto anual de reequilíbrio e o pagamento de outorga adicional. A assinatura do termo aditivo fica, porém, sujeita a três condicionantes:

- (i) em primeiro lugar, à realização da análise de impacto regulatório, claramente prevista no art. 8º da Lei 13.448/2017, a que se vem chamando, por lamentável neologismo, estudo de “vantajosidade”: previamente à celebração do termo aditivo, a entidade competente deve realizar estudo técnico que fundamente a vantagem da prorrogação do contrato de parceria em relação à realização de nova licitação.

Na prática, as entidades competentes recebem muitos subsídios das próprias concessionárias para os fins de tal estudo técnico, cabendo escrutinar os dados e análises apresentados. No conteúdo mínimo do estudo técnico, devem ser observados (i) o programa dos novos investimentos, quando previstos; (ii) as estimativas dos custos e das despesas operacionais; (iii) as estimativas de demanda; (iv) a modelagem econômico-financeira; (v) as diretrizes ambientais, quando exigíveis, observado o cronograma de investimentos; (vi) as considerações sobre as principais questões jurídicas e regulatórias existentes; e (vii) os valores devidos ao poder público pela prorrogação, quando for o caso.

- (ii) Em segundo lugar, à realização de consulta pública (em imprensa oficial e internet) de todo o processo da prorrogação antecipada, inclusive do mencionado estudo técnico (art. 10), por prazo não inferior a 45 dias. A ANTT tem observado, adicionalmente, a convocação de audiências públicas, as quais, diferentemente da consulta pública, são concentradas e orais, visando à apresentação verbal das propostas e respectivos embasamentos, bem como a colheita imediata das opiniões do público ouvinte e participante;
- (iii) Em terceiro e último lugar, ao exame prévio do TCU, o qual recairá inclusive sobre a análise de impacto regulatório, os documentos que comprovem as exigências legais para a prorrogação antecipada e a minuta do termo aditivo ao contrato de parceria.

Além das exigências gerais, as concessões ferroviárias ficam ainda sujeitas a requisitos específicos estabelecidos no art. 9º da Lei 13.448/2017, entre os quais destacam-se (a) os investimentos em nível de aumento da capacidade instalada e (b) a garantia de capacidade de transporte a terceiros, mediante direito de passagem, tráfego mútuo e exploração por operador ferroviário independente, sem prejuízo da remuneração da concessionária pela capacidade contratada.

Embora diversos procedimentos de prorrogação antecipada especialmente de concessões ferroviárias já estejam em curso, alguns em estágio bastante avançado (pós consulta pública), a Lei 13.448/2017 padece da falta de regulamentação infralegal. Em que pese os normativos do MT e da ANTT previamente à sua edição, especificamente aplicáveis para as concessões ferroviárias, é evidente que a Lei 13.448/2017 trouxe inovações e conceitos importantes e que não simplesmente se coadunam com aqueles normativos. Talvez em função da forte concentração das concessões ferroviárias – no fundo são poucos os contratos – é possível que a prática da prorrogação antecipada no setor fique ao sabor do experimentalismo, mas isso não excluirá a necessidade de se regular e detalhar o instituto não apenas para finalidades futuras, mas sobretudo para sua aplicação no presente ao setor rodoviário, onde a quantidade de contratos vigentes e em tese passíveis de prorrogação é muito mais relevante.

A verdade, entretanto, é que, no setor rodoviário, as concessionárias têm preferido se servir de outros instrumentos, especialmente a relicitação ou mesmo o chamado “abandono” do contrato de concessão: aqui se tem mostrado que os valores de outorga e a demanda efetiva não conferem viabilidade a nenhum investimento, quanto mais se novos. Está aí a medida provisória 800/2017 a confirmar a impressão...

## 5.7 Conclusões

---

A prorrogação antecipada dos contratos de concessão (e assemelhados, tais como o arrendamento de terminais portuários) em transportes e logística é novo instituto de direito administrativo que veio para ficar no ordenamento jurídico brasileiro. Sem embargo de seus requisitos específicos, variáveis de setor para setor, e conforme normas regulamentares editadas pelas agências reguladoras, formaliza-se mediante termo aditivo dos contratos vigentes, celebrado antes do advento do termo final originalmente pactuado, como resultado de um procedimento administrativo complexo pelo qual Poder Concedente e concessionária negociam e repactuam novas condições de prestação de serviços especialmente atinentes às obrigações de investimento a cargo do particular.

Na motivação administrativa da prorrogação antecipada, a análise de impacto regulatório entre as alternativas de uso das concessões vigentes discute, de modo importante, os custos de oportunidade presentes no adiamento, na tecnologia e na responsabilidade de investimentos estratégicos em infraestrutura, indicando as vantagens e desvantagens que podem recomendar, entre as opções disponíveis, a prorrogação antecipada como a melhor escolha pública para o caso concreto.

A identificação e quantificação dos custos de oportunidade – notadamente os referentes à indisponibilidade da infraestrutura, à atualidade e adequação tecnológica dos investimentos e ao custo do capital próprio – são as principais atividades que se esperam na aplicação da prorrogação antecipada, inclusive e especialmente dos operadores do direito. Querer abraçar o excessivo formalismo, e cerrar os afazeres a seus métodos e procedimentos anacrônicos, não expurgarão o instituto do mundo do direito, mas, ao contrário, retirarão do direito seu papel fundamental na utilização da prorrogação antecipada pela administração pública, qual seja, a elaboração de pautas estáveis para a legítima realização do interesse público. Um grande custo de oportunidade para o pensamento jurídico, a ser evitado.

## Referências

---

ANTAQ. Manual de Procedimentos de Análise de Estudo de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental - EVTEA de Arrendamentos Portuários. Gerência de Portos Organizados - GPO Superintendência de Outorgas - SOG. Novembro, 2016. Disponível em: <http://portal.antaq.gov.br/wp-content/uploads/2017/06/Manual-EVTEA.pdf>

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 29ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012. P. 743

COSTA, Alexandre Bernardino et al (organizadores). O Direito achado na rua: Introdução crítica ao direito à saúde. Brasília: CEAD/ UnB, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública. 8. Edição. São Paulo, Atlas, 2011.

FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho. O Prazo como elemento da economia contratual das concessões: as espécies de “prorrogação”. In: MOREIRA, Egon Bokmann. Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e taxa de

retorno: a lógica das concessões e parcerias. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017, v., p. 294.

JUSTEN FILHO, Marçal. "Prorrogação contratual": a propósito da Lei 13.448/2017. Disponível em: <https://jota.info/artigos/pro-rogacao-contratual-a-proposito-da-lei-13-4482017-12062017>. Acesso em: 29 de setembro de 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 499.

Revista de Direito Administrativo & Constitucional. Editora Fórum, out/dez.2011, ano 11, n° 46, p. 75-76).

SAADI, Mário e NETO, Raul Dias dos Santos. Prorrogação Antecipada de Prazo de Contratos de Concessão. Revista de Direito Administrativo Contemporâneo. Vol.27, ano 4, p.88. São Paulo. Ed. RT, nov-dez.2016.

SCHWIND, Rafael Wallbach. A prorrogação dos contratos de arrendamento portuário. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n° 106, dezembro de 2015, disponível em: <http://www.justen.com.br/informativo>. Acesso em: 29 de setembro de 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (orgs.). Contratos públicos e direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2015, pp. 19-38.

TCU: Plenário. Acórdão n° 2.200/2015. TC 024.882/2014-3, Conselheira Relatora Ana Arraes, p. 102.

---

<sup>104</sup> O autor agradece as contribuições de pesquisa elaboradas por Jéssica Suruagy Amaral Borges, Otavio Tonissi de Toledo Piza e Nathalia Myki Fukunaga.

<sup>105</sup> José Eduardo Faria aponta como uma das tendências (nem sempre ausentes de contradições entre si essas tendências, importa salientar) da ordem jurídica contemporânea: "Outra limitação estrutural do direito positivo e suas instituições judiciais diz respeito à incompatibilidade entre seu perfil arquitetônico e a crescente complexidade do mundo contemporâneo. Suas normas tradicionalmente padronizadoras, editadas com base nos princípios da impessoalidade, da generalidade, da abstração e do rigor semântico e organizadas sob a forma de um sistema unitário, lógico, fechado, hierarquizado, coerente e postulado como isento de lacunas e antinomias, são singelas demais para dar conta de uma pluralidade de situações sociais, econômicas, políticas e culturais cada vez mais diferenciadas. Seu formalismo excessivo impede a visão da complexidade socioeconômica e da crescente singularidade dos conflitos. Seus princípios gerais, suas regras e seus procedimentos já não conseguem regular e disciplinar, guardando a devida coerência sistêmica, fatos multifacetados e heterogêneos (Pluralismo Jurídico e Regulação (oito tendências do direito contemporâneo). In: O Direito achado na rua: Introdução crítica ao direito à saúde. Alexandre Bernardino Costa et al (organizadores) - Brasília: CEAD/UnB, 2009).

<sup>106</sup> Ver Jean Paul Rocha, A capacidade normativa de conjuntura no direito econômico: o déficit democrático da regulação financeira. Tese de Doutorado. São Paulo, USP, 2004 (disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-12022015-204835/pt-br.php>).

<sup>107</sup> Peter Häberle, Verfassungsgerichtsbarkeit in der offenen Gesellschaft. In: Ooyen, Robert Christian van; Möllers, Martin H. W. Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System. Wiesbaden: Springer, 2015, pp. 31-45.

<sup>108</sup> Embora a Lei 13.448/2017 seja também aplicável aos projetos aeroportuários, e que a infraestrutura relacionada a esses últimos também esteja diretamente relacionada a transportes e logística, este artigo não os analisará, por falta de regulamentação específica e experiência normativa referente à prorrogação antecipada no setor aeroportuário.

<sup>109</sup> Para Gustavo Justino de Oliveira e Danilo Leal Montes, a prorrogação antecipada dos contratos de concessão seria operada "mediante o estabelecimento de um conjunto de metas de qualidades e desempenho, ou, concomitante ou não, por meio de uma espécie de prorrogação onerosa, na qual o concessionário reverteria aos cofres públicos determinadas quantias" (Prorrogação das Concessões de Energia Elétrica: problemática e soluções. In: Revista de Direito Administrativo & Constitucional. Editora Fórum, out/dez. 2011, ano 11, n° 46, p. 75-76).

<sup>110</sup> GRAU, Eros. A Ordem Econômica na Constituição Federal de 1988: Interpretação e crítica. Editora Malheiros, 7ª Edição. Ano 2002, p.130-131.

<sup>111</sup> Processo Administrativo Sancionador CVM nº RJ 2013/6635, Diretora Relatora Luciana Dias, julgado em 26 de maio de 2015.

<sup>112</sup> O suposto princípio constitucional da obrigatoriedade da licitação já foi, aliás, fundamentamente desmentido em texto fundamental: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. Onde está o princípio universal da licitação? In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (orgs.). Contratos públicos e direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2015, pp. 19-38.

<sup>113</sup> O mencionado projeto de lei tramita na Câmara dos Deputados sob número PL 6621/2016 e já foi aprovado no Senado, sob o número PLS 52/2013.

<sup>114</sup> Disponível em <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Recommendation%20PR%20with%20cover.pdf> (acesso em 19 de agosto de 2017).

<sup>115</sup> Sob essa perspectiva, o STF, no âmbito do MS nº 24.785-1/DF e MS nº 26.250/DF, já se posicionou contrariamente a um direito líquido e certo do concessionário sobre a prorrogação de concessões, reconhecendo a esfera de discricionariedade da Administração Pública na dilação do prazo contratual: "(...) porque nenhum contratado, ainda que vencedor de licitação, tem o direito à imutabilidade do contrato ou à integralidade do contrato no tempo. Isso faz parte das chamadas cláusulas regulamentares que deixam a Administração Pública a alterar o contrato sponte sua unilateralmente, claro que arcando com

as consequências econômicas da sua decisão unilateral. Então, entendo que o caso não é de direito líquido e certo". (Min. Ayres Britto, in MS n° 24.785-1/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 08/09/2004, p.625).

- <sup>116</sup> SAADI, Mário e NETO, Raul Dias dos Santos. Prorrogação Antecipada de Prazo de Contratos de Concessão. Revista de Direito Administrativo Contemporâneo. Vol.27, ano 4, p.88. São Paulo. Ed. RT, nov-dez.2016.
- <sup>117</sup> A Lei n° 10.973/2004 dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, estabelecendo nos arts. 3º, 4º, 5º e 20 a previsão de contratos, convênios e parcerias estratégicas com órgão ou entidade da administração pública direta ou indireta ou pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos voltada à pesquisa básica ou aplicada de caráter científico ou tecnológico ou o desenvolvimento de novos produtos, serviços ou processos.
- <sup>118</sup> Art. 99. O prazo máximo da concessão será de vinte anos, podendo ser prorrogado, uma única vez, por igual período, desde que a concessionária tenha cumprido as condições da concessão e manifeste expresso interesse na prorrogação, pelo menos, trinta meses antes de sua expiração.
- <sup>119</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. "Prorrogação contratual": a propósito da Lei 13.448/2017. disponível em: <https://jota.info/artigos/prorrogacao-contratual-a-proposito-da-lei-13-4482017-12062017>. Acesso em: 29 de setembro de 2017.
- <sup>120</sup> FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho. O Prazo como elemento da economia contratual das concessões: as espécies de "prorrogação". In: MOREIRA, Egon Bokmann. Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e taxa de retorno: a lógica das concessões e parcerias. Belo Horizonte: Editora Forum, 2017, v., p. 294.
- <sup>121</sup> SCHWIND, Rafael Wallbach. A prorrogação dos contratos de arrendamento portuário. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n° 106, dezembro de 2015, disponível em: <http://www.justen.com.br/informativo>. Acesso em: 29 de setembro de 2017.
- <sup>122</sup> Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: (...) II - concessão de serviço público: 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; III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado; (...).
- <sup>123</sup> Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterá, especialmente:
- <sup>124</sup> Art. 5º O poder concedente publicará, previamente ao edital de licitação, ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo. I - o objeto, metas e prazo da concessão;
- <sup>125</sup> Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: I - ao objeto, à área e ao prazo da concessão; (...).
- <sup>126</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 29ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012. P. 743.
- <sup>127</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 131.
- <sup>128</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. "Prorrogação contratual": a propósito da Lei 13.448/2017. disponível em: <https://jota.info/artigos/prorrogacao-contratual-a-proposito-da-lei-13-4482017-12062017>. Acesso em: 29 de setembro de 2017.
- <sup>129</sup> "Art. 6: Os serviços continuados que podem ser contratados de terceiros pela Administração são aqueles que apoiam a realização das atividades essenciais ao cumprimento da missão institucional do órgão ou entidade, conforme dispõe o Decreto nº 2.271/97". "Serviços Continuados são aqueles cuja interrupção possa comprometer a continuidade das atividades da Administração e cuja necessidade de contratação deva estender-se por mais de um exercício financeiro e continuamente".
- <sup>130</sup> GASPARINI, Diógenes. Prazo e Prorrogação do Contrato de Serviço Continuado. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, n.14, jun./ago. 2002. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_14/dialogo-juridico-14-junho-agosto-2002-diogenes-gasparini.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_14/dialogo-juridico-14-junho-agosto-2002-diogenes-gasparini.pdf)>. Acesso em: 29 de setembro de 2017.
- <sup>131</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 499.
- <sup>132</sup> Acórdão 1382/2003-Primeira Câmara.
- <sup>133</sup> Nos termos do art. 57 da Lei nº 12.815/2013, "Os contratos de arrendamento em vigor firmados sob a Lei n° 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, que possuam previsão expressa de prorrogação ainda não realizada, poderão ter sua prorrogação antecipada, a critério do poder concedente."
- <sup>134</sup> Art. 8º O cumprimento das obrigações contratuais vigentes será atestado por meio de relatório circunstanciado elaborado pela Autoridade Portuária, o qual analisará, entre outros aspectos e, no que couber, informações relativas: I - ao atendimento dos níveis mínimos de movimentação; II - aos investimentos obrigatórios; III - às melhorias implementadas pela arrendatária; IV - à qualidade e aos parâmetros de desempenho; V - à adimplência financeira da arrendatária e das pessoas jurídicas, direta ou indiretamente, controladoras, controladas, coligadas ou de controlador comum com a arrendatária perante a Autoridade Portuária; VI - a penalidades aplicadas; VII - às obrigações específicas relacionadas à prorrogação do contrato; e VIII - à manutenção das condições de habilitação jurídica, qualificação técnica e econômica e regularidade fiscal, previdenciária e trabalhista. Parágrafo único. O relatório circunstanciado deverá ser encaminhado acompanhado dos seguintes documentos e

informações: I - cópia do processo administrativo referente ao procedimento licitatório do contrato de arrendamento, digitalizada com uso de componente que permita reconhecimento ótico de caracteres (OCR); II - cópia do contrato de arrendamento e respectivos termos aditivos, bem como dos comprovantes das respectivas publicações em diário oficial, digitalizada com uso de componente que permita reconhecimento ótico de caracteres (OCR); III - relação de procedimentos e processos judiciais e extrajudiciais relativos ao contrato de arrendamento, em tramitação ou com trânsito julgado, mas pendente de execução, nas esferas federal, estadual e municipal; e IV - informações comparativas relativas aos terminais congêneres.

Acesso disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=01/10/2014&jornal=1&pagina=2&totalArquivos=140>

<sup>135</sup> Art. 10. O Evtea observará: § 3º O Evtea não é vinculativo, mas, após aprovado pela Antaq, será utilizado para a definição de elementos do Termo Aditivo

<sup>136</sup> Art. 14. Na análise do Evtea, a Antaq deverá considerar o disposto no art. 11. § 5º Na hipótese de aprovação do Evtea, a Antaq restituirá o processo à SEP/PR, para ratificação da aprovação do Plano de Investimentos e celebração do Termo Aditivo, juntamente com declaração circunstanciada acerca da adimplência financeira da arrendatária e das pessoas jurídicas, direta ou indiretamente, controladoras, controladas, coligadas ou de controlador comum com a arrendatária perante a Agência Reguladora.

<sup>137</sup> Art. 19. A arrendatária deverá apresentar à SEP/PR, no prazo de até doze meses contados da data da assinatura do Termo Aditivo, Projeto Executivo referente ao Plano de Investimentos aprovado com a respectiva Anotação de Responsabilidade Técnica (ART) do profissional competente, na forma da regulamentação vigente

<sup>138</sup> Art. 20. A SEP/PR encaminhará o Projeto Executivo à Antaq, para análise e deliberação quanto à conformidade com o Plano de Investimentos aprovado e o Evtea, ouvida a Autoridade Portuária.

§ 1º A Antaq dará ciência à SEP/PR da análise e da deliberação de que trata o caput.

§ 2º Caso o investimento indicado no Projeto Executivo seja inferior ao previsto no Plano de Investimentos aprovado, a arrendatária deverá, alternativamente e a critério da SEP/PR, propor a reversão imediata do valor de investimento não contemplado no Projeto Executivo em Remuneração do Arrendamento, a ser paga em parcela única, ou a readequação do prazo do contrato de arrendamento, para efeitos de reequilíbrio econômico-financeiro.

§ 3º O investimento indicado no Projeto Executivo que ultrapassar o investimento previsto no Plano de Investimentos aprovado não ensejará recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

§ 4º A análise e deliberação da Antaq sobre o Projeto Executivo não exclui a responsabilidade exclusiva da arrendatária pela adequação e qualidade dos investimentos realizados, assim como pelo cumprimento das obrigações contratuais, regulamentares e legais.

<sup>139</sup> Art. 17. Nos casos em que os investimentos propostos no Plano de Investimentos não sejam suficientes para manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de arrendamento até o término da vigência contratual prorrogada constará no Termo Aditivo obrigação futura de investimentos a serem realizados, de modo a preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de arrendamento.

§ 2º Na hipótese prevista no caput, a arrendatária poderá, alternativamente e a critério da SEP/PR, propor o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de arrendamento na Remuneração do Arrendamento, em parcela única, ou no prazo do contrato de arrendamento.

<sup>140</sup> Art. 20. A SEP/PR encaminhará o Projeto Executivo à Antaq, para análise e deliberação quanto à conformidade com o Plano de Investimentos aprovado e o Evtea, ouvida a Autoridade Portuária.

§ 2º Caso o investimento indicado no Projeto Executivo seja inferior ao previsto no Plano de Investimentos aprovado, a arrendatária deverá, alternativamente e a critério da SEP/PR, propor a reversão imediata do valor de investimento não contemplado no Projeto Executivo em Remuneração do Arrendamento, a ser paga em parcela única, ou a readequação do prazo do contrato de arrendamento, para efeitos de reequilíbrio econômico-financeiro.

<sup>141</sup> O Manual EVTEA encontra-se disponibilizado no sítio eletrônico: <http://portal.antaq.gov.br/wp-content/uploads/2017/06/Manual-EVTEA.pdf>

<sup>142</sup> A Acórdão n° 2.200/2015 envolveu a participação da unidade do MPTCU, que fixou os seguintes entendimentos: "Voltando ao núcleo do tema, observa-se que a exegese do multicitado art.57 da Lei n° 12.815/2013 mostra-se compatível com o entendimento consolidado na doutrina e jurisprudência no sentido de que a prorrogação contratual não constitui direito adquirido do contratado, sendo decisão discricionária da Administração Pública, sujeita ao juízo de conveniência e oportunidade e às seguintes condições: (i) a possibilidade de prorrogação deve ter constado do edital de licitação e do termo do contrato original, a bem dos princípios da isonomia e da impessoalidade; e (ii) sua efetivação não é automática, pois demanda a demonstração prévia e inequívoca de que as condições do contrato em vigor permanecem vantajosas para a Administração, quando comparadas com o que se poderia obter no mercado por meio de nova licitação. (...)" (TCU: Plenário. Acórdão n° 2.200/2015. TC 024.882/2014-3, Conselheira Relatora Ana Arraes, p. 03).

<sup>143</sup> "O objetivo central do dispositivo legal [artigo 57 da Lei de Portos] é possibilitar a realização de investimentos privados imediatos nos arrendamentos, oferecendo como contrapartida ao particular a prorrogação antecipada do vínculo contratual, pelo tempo necessário à amortização desses novos aportes". (TCU: Plenário. Acórdão n° 2.200/2015. TC 024.882/2014-3, Conselheira Relatora Ana Arraes, p. 88).

<sup>144</sup> TCU: Plenário. Acórdão n° 2.200/2015. TC 024.882/2014-3, Conselheira Relatora Ana Arraes, p. 102.

<sup>145</sup> “Como destacado pela unidade instrutiva, o incremento da eficiência e a redução de custos não necessariamente são alcançados com a mera realização de investimentos, tampouco na mesma proporção destes. São necessárias despesas qualificadas, diretamente voltadas para a melhoria do desempenho, o que é possível por meio de um plano de investimentos alinhado aos macro-objetivos do setor” (TCU: Plenário. Acórdão n° 2.200/2015. TC 024.882/2014-3, Conselheira Relatora Ana Arraes, p. 97).

<sup>146</sup> TCU: Plenário. Acórdão n° 2.200/2015. TC 024.882/2014-3, Conselheira Relatora Ana Arraes, p. 99.

<sup>147</sup> Art. 1º. Estabelecer as diretrizes a serem seguidas pela Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT para prorrogação dos contratos de concessão de ferrovias em decorrência de Novos Investimentos em Concessões Existentes no âmbito do Programa de Investimento em Logística - 2015.

§ 3º. O concessionário deverá apresentar à ANTT Plano de Negócios contemplando os investimentos estabelecidos pela Agência e os necessários para o atendimento aos parâmetros de desempenho relacionados à prestação do serviço adequado (Portaria MT 399). Acesso disponível em: [http://www.lex.com.br/legis\\_27075492\\_PORTARIA\\_N\\_399\\_DE\\_17\\_DE\\_DEZEMBRO\\_DE\\_2015.aspx](http://www.lex.com.br/legis_27075492_PORTARIA_N_399_DE_17_DE_DEZEMBRO_DE_2015.aspx)

<sup>148</sup> Artigo 3º da Resolução n° 4975/2015. Acesso disponível em: <http://onibusbrasil.com/antt/resolucao.php?id=6207>

## CONCLUSÃO

Este livro teve como objetivo analisar a integração logística no Brasil sob as óticas jurídica, econômica e avaliar seu impacto sobre as organizações do país. É notório que a infraestrutura logística brasileira é insuficiente para as necessidades do Brasil, e o país encontra-se mal ranqueado nos parâmetros internacionais de qualidade da infraestrutura e competitividade.

O diagnóstico de cada um dos modos de transporte apresentado no primeiro capítulo nos mostra que a situação atual do setor no país é crítica para a competitividade das empresas brasileiras, que arcam com o chamado “custo Brasil”. Para que problemas como este sejam amenizados, a análise da governança nas instituições de transporte brasileiras no Capítulo 2 ressalta que é urgente revisitar a estrutura institucional do setor, de modo que seja possível realizar um planejamento estratégico integrado de longo prazo.

Outro ponto importante a ser considerado para o desenvolvimento do setor no país é o estabelecimento de um rigoroso processo de análise e alocação de riscos para atração de investidores, tendo em vista as dificuldades ainda enfrentadas pelo país e o novo ambiente que se desenha com relação às alternativas para o financiamento dos projetos, num cenário de redução do papel do BNDES, conforme observado no terceiro capítulo.

No Capítulo 4, a análise do Código de Defesa do Usuário de Serviços Públicos mostra que, apesar de alguns avanços e aspectos positivos, ele não possui elementos para enfrentar de modo efetivo o problema da distorção do nosso modelo de controle dos serviços públicos: a litigância individual, que tem se demonstrado muito mais efetiva e constante do que a regulação.

Por fim, o Capítulo 5 aponta que a prorrogação antecipada dos contratos de concessão em transportes e logística é instituto de direito administrativo que teve recentemente nova disciplina jurídica. A análise de impacto regulatório faz-se importante para entender os custos de oportunidade presentes no adiamento, na tecnologia e na responsabilidade de investimentos estratégicos em infraestrutura, indicando as vantagens e desvantagens que podem recomendar a prorrogação antecipada como a melhor opção para cada caso.

**FGV CERI**

CENTRO DE PESQUISAS  
EM REGULAÇÃO E  
INFRAESTRUTURA

**FGV EAESP**

ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO DE  
EMPRESAS E DE ECONOMIA FINANCEIRA

**FGV DIREITO RIO**



LETRACAPITAL

ISBN 978-85-7785-647-3



9 788577 856473



