

# O renascimento da concessão e o sistema ferroviário

ARNOLDO WALD

Advogado — Professor catedrático de Direito  
Civil da UERJ

Nas últimas duas décadas, com o crescente movimento de privatização e a falta de recursos do Estado para atender às necessidades crescentes das coletividades, ressurgiu, em vários países do mundo, e já agora, até como instituição plurinacional, a concessão de obras públicas, que, tendo origens remotas, foi, no século passado, o instrumento jurídico-econômico da revolução industrial, permitindo a realização de relevantes obras públicas, com recursos dos particulares e gestão da iniciativa privada.

Efetivamente, no mundo inteiro e, inclusive no Brasil, a concessão permitiu a construção da rede ferroviária, de inúmeros portos e canais, do sistema de comunicações telegráficas e telefônicas e do fornecimento de energia elétrica e de gás.

Ocorreu, todavia, que, após a Segunda Guerra Mundial, a estatização crescente da economia, as necessidades de atendimento pelo poder público de situações economicamente onerosas, como as linhas pouco rentáveis, as rápidas transformações sofridas pelo mundo e a incerteza decorrente para os investidores, a inflação e a vedação das cláusulas monetárias de salvaguarda fizeram com que a concessão de obra pública perdesse parte de sua importância, uma vez realizadas e amortizadas as obras que, graças a ela, puderam ser construídas no fim do século passado e no início do nosso.

Na realidade, os serviços públicos passaram a ser, na maioria dos casos, prestados pelo próprio Estado, diretamente ou por intermédio das empresas públicas e das sociedades de economia mista, e as concessões de obras públicas foram desaparecendo gradativamente em nosso país, com o decurso dos respectivos prazos de vigência e em virtude de algumas desapropriações de empresas concessionárias, que ocorreram na década de 1960.

Uma reação construtiva surgiu, todavia, a partir do momento em que se reconheceu a dificuldade de onipresença do Estado e se suscitou dúvidas quanto à sua capacidade de administrador eficiente, no plano industrial ou mesmo na prestação de serviços. Ao mesmo tempo, a falência das grandes megalópolis, como a cidade de Nova Iorque, e o déficit crescente do *welfare state* ensejaram uma mudança de posição do próprio Estado, que passou a delegar, ou mesmo a devolver, à iniciativa privada, funções que não constituíam atribuições necessárias ou indispensáveis do Poder Público.

A hipertrofia do Estado e a necessidade de reduzir as suas dimensões para assegurar-se maior eficiência nas suas áreas próprias e específicas de atuação foram reconhecidas, já há longos anos, nos Estados Unidos, por numerosos autores e homens de negócios, como, por exemplo, o antigo Secretário da Fazenda, William Simon, nas suas obras *A Time of Truth* e *A Time for Action* e, na França, por pensadores, sociólogos e economistas, como Jean François Revel (*Le rejet de l'État* e *El Estado Megalómano*), Pierre Rosanvallon (*La Crise de l'État Providence*), Guy Soeman (*L'État Minimum*), Michel Crozier (*État Modeste, État Moderne*) e pelo antigo Ministro da Fazenda daquele país, Edouard Balladur, em obra recente (*Je crois en l'homme plus qu'en L'État*).

A idéia básica que domina toda essa literatura e a política dominante, atualmente, tanto na maioria dos países europeus como nos Estados Unidos, consiste na maior delegação aos particulares de funções que, sem serem essenciais, foram, aos poucos, sendo avocados pelo Estado e por ele executados, direta ou indiretamente.

Ao lado da privatização e da descentralização, a transferência da exploração dos serviços públicos aos particulares e a atribuição aos mesmos da realização de obras públicas a serem por eles exploradas, a fim de amortizar o investimento, constituem incontestáveis tendências do mundo contemporâneo. Em numerosas áreas, ao Estado não cabe atuar diretamente,

mas mandar fazer, a fim de reduzir custos e aumentar a eficiência e flexibilidade dos serviços, no próprio interesse da coletividade.

Justifica-se, assim, repensar a concessão de obra pública e reintroduzi-la como técnica jurídico-econômica válida e oportuna de gestão dos serviços públicos, pela qual a empresa privada realiza uma obra de interesse da coletividade, sendo remunerada pelos próprios usuários, numa fórmula de verdadeiro auto-financiamento, que tem sido recentemente desenvolvida e consagrada em várias legislações, como em seguida veremos.

As vantagens da concessão de obra pública são, entre outras, as seguintes:

a) não exigem empréstimos públicos, nem oneram o *deficit* do país, ensejando a realização de uma obra, em tese, sem custo para o Estado;

b) não dependem do crédito externo do país;

c) a gestão privada do empreendimento e os riscos assumidos pelos promotores dos projetos criam uma maior flexibilidade e um clima de confiança que facilitam a obtenção do crédito e da participação dos investidores em geral e, especialmente, dos institucionais.

Em relatório referente ao financiamento de empresas privadas para execução de serviços e obras públicas, Bernard Dewe Mathews, diretor do grupo financeiro Schroeder, teve o ensejo de afirmar que, exemplos concretos e conhecidos de projetos desenvolvidos nestas bases (de concessão de obras) incluem na Europa, a Ligação do Canal da Mancha e uma nova travessia para carros no Rio Tâmsa, em Dartford. Ambos serão construídos, financiados e administrados pelo setor privado. Outro exemplo é a travessia da ponte do *Leste em Hong Kong*. E muitos outros, ainda atualmente em fase de preparativos, incluindo o transporte de Massa Rápido de Singapura, o Metrô de Bangkok, uma segunda travessia de ponte em Sidnei; vários projetos de fornecimento de água, de eletricidade e projetos de estradas na Malásia, e de transporte e geração de energia na Turquia, assim como o projeto do trem de alta velocidade na Flórida.

O relatório esclarece que até recentemente, estes projetos teriam sido certamente financiados pelo Governo, através de proposta pública para o

contrato de construção. O que está em evidente contraste com o que está acontecendo atualmente, quando tais recursos podem ser fornecidos pelo setor privado sob o sistema de concessão, conferido pelo governo (através de concorrência ou negociação), para planejar, construir, financiar e administrar os meios por um determinado período de tempo. Esta situação proporciona às empreiteiras e aos financiadores, no mercado internacional, novos desafios e oportunidades, exigindo novos riscos e habilidades para superá-los.

O referido relatório, após ter salientado a importância crescente da privatização, em todos os países, nos quais se procura obter a eficiência decorrente dos lucros da comercialização e as vantagens fiscais, esclarece que já se ultrapassou a fase do contrato de entrega da obra pronta (*turnkey*), para exigir os projetos chamados de *BOT (Build, Operate, Transfer)*, cabendo assim, ao concessionário da obra pública construí-la, operar o serviço e, terminado o prazo contratual, continuar a explorá-lo, mediante novo contrato, ou entregar o serviço em bom estado ao Poder Público, ou a outro concessionário interessado em operar o empreendimento.

Entre as realizações mais recentes, que constituem o fruto da imaginação criadora das instituições privadas, em colaboração com o Poder Público, dando novo sentido à concessão no mundo hodierno, está o *eurotúnel* que vai ligar o continente europeu à Inglaterra, por baixo do Mancha, numa obra gigantesca que deverá ser realizada sem a utilização de recursos públicos. O eurotúnel constituirá uma obra autofinanciável, sendo um dos maiores projetos do século e tendo como base uma concessão a grupos privados, pelo prazo de 55 anos, em virtude de tratado que a França e a Inglaterra firmaram em 29-7-87. Devendo ser construído em sete anos, o túnel permitirá atravessar a Mancha em cerca de meia-hora, mediante duas vias construídas a 40 metros abaixo do solo. A obra está orçada, com os seus custos materiais e financeiros, em cerca de dez milhões de dólares e deverá ser construída e explorada por um consórcio franco-britânico composto por duas empresas, uma francesa e a outra inglesa, ambas com a mesma diretoria e o mesmo conselho de administração, sendo as suas ações vinculadas como "irmãos siameses", só podendo ser negociadas conjuntamente, de tal modo que os acionistas de ambas as empresas também serão necessariamente os mesmos.

Em seqüência ao projeto do eurotúnel, já estão sendo planejados as linhas de TGV que deverão unir Paris, Londres, Bruxelas e Colônia, ensejando, outrossim, sistemas especiais de conexões com as linhas aéreas. É possível que o sistema de concessão também seja utilizado no plano ferroviário em relação a este empreendimento que deverá terminar em 1993.

No direito brasileiro vigente, a concessão de serviço público é referida na Constituição, que obriga as empresas concessionárias a prestarem o serviço adequado, garantindo-lhes, em contrapartida, tarifas destinadas a assegurar a *justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços*, sujeitando-as, outrossim, à fiscalização permanente e impondo, ao poder concedente, a revisão periódica das tarifas para garantir o equilíbrio econômico e financeiro do empreendimento (art. 175 da Constituição Federal e art. 55 do DL 2.300, de 21-11-1986).

A Constituição prevê, outrossim, a elaboração de lei ordinária que disponha sobre o regime das empresas concessionárias de serviço público, mas essa lei, embora também já referida nas constituições anteriores, ainda não foi elaborada até o presente momento.

Existiram, todavia, sobre a matéria numerosos projetos que foram elaborados, seja pelo Poder Executivo, seja pelo Poder Legislativo, tendo os mesmos encontrado dificuldades de prosperar, em virtude da amplitude da matéria e do tratamento próprio aplicável aos diferentes tipos de concessão. Ainda em 1972, o Ministro Alfredo Buzaid solicitou uma minuta de anteprojeto, que foi elaborado, na ocasião, pelo Professor Temístocles Brandão Cavalcanti e, posteriormente, revisto pelo Professor Hely Lopes Meirelles, mas que não tratou de modo específico da concessão de obra, que é mais abrangente do que a concessão de serviço público, pois engloba não só a realização do serviço, mas também a construção das obras, o que pressupõe uma fixação de tarifas, que possa atender, simultaneamente, aos custos da construção e da manutenção, assim como aos encargos financeiros e a amortização do capital investido.

Em áreas específicas, tivemos uma legislação especial em matéria de concessão de serviços públicos, como ocorreu no tocante às águas e às telecomunicações, mas as normas vigentes não chegaram a estabelecer um sis-

tema geral de garantias adequadas para a atribuição de direitos e responsabilidades aos concessionários de obras. O que aconteceu foi que, praticamente, em todas as concessões ou, ao menos, na maioria substancial das mesmas, o concessionário passou a ser uma sociedade de economia mista ou uma empresa controlada, direta ou indiretamente, pelo Estado ou pela União Federal.

No tocante às concessões de obras, não havia legislação específica no plano federal até o ano passado, existindo, todavia, normas estaduais, que tratavam da matéria, como o Decreto-Lei paulista n.º 5, de 6-3-69, e a Lei estadual paulista n.º 95, de 29-12-72, que autorizaram a concessão de obras em favor do DERSA e de terceiros.

Pelo Decreto federal n.º 94.002, de 4 de fevereiro de 1987, ficou reformulada a concessão de obra no plano nacional, permitindo-se a sua utilização ampla no tocante às obras rodoviárias, mas podendo a mesma técnica ser estendida a outros tipos de atividade, no interesse público.

É importante que seja elaborada uma legislação específica sobre a matéria, destacando-se a concessão da obra da simples concessão do serviço público, fixando os princípios aplicáveis na matéria e conciliando os interesses públicos e privados na realização de grandes obras sob essa forma.

Na realidade, todos os serviços públicos que não estejam estreitamente vinculados à segurança nacional podem ser objeto de concessão. Do ponto de vista prático, a concessão de obra pode abranger os serviços públicos que sejam suscetíveis de ensejar a geração de tarifas adequadas, para, em médio ou longo prazo, garantir o auto-financiamento do empreendimento. Assim, as concessões podem abranger, entre outras tantas atividades, numa menção meramente exemplificativa, as seguintes:

a) a construção e exploração de estradas, ferrovias, portos, aeroportos, silos, armazéns gerais etc.;

b) a construção e exploração de instalações hidráulicas, de usinas de geração e linhas de transmissão de eletricidade, plantas para tratamento de água, tratamento de lixo etc.;

c) a construção e exploração de redes e estações de telecomunicações;

- d) a construção e exploração de hospitais e serviços comunitários;
- e) as obras de valorização de terras, inclusive de irrigação;
- f) a recuperação de alojamentos;
- g) os projetos de energia solar.

A conversão da dívida pode, eventualmente, ser utilizada, a fim de permitir a criação de empresa concessionária, que realizem os grandes projetos de obras públicas do governo, desde que seja assegurada a rentabilidade dos mesmos. Para tanto, algumas pequenas modificações legislativas e regulamentares seriam necessárias ou oportunas e facilitariam a drenagem dos recursos externos para este fim. Em determinadas hipóteses, a utilização da concessão pura se torna difícil por falta de rentabilidade imediata da operação ou por ser lenta a amortização do capital. Caberia, em tais casos, encontrar uma formulação mais sofisticada, a fim de evitar que as obras tenham que ser realizadas com recursos orçamentários ou por sociedades de economia mista, aumentando sempre o *deficit público* e a ingerência do Estado na sociedade.

Considerando-se que a concessão se aproxima do financiamento de um projeto, com a qual tem analogias, há hipóteses em que o projeto não oferece necessariamente, ao banqueiro ou ao público investidor, todas as garantias que permitam o auto-financiamento, sem qualquer margem de risco. Em tais casos, soluções complementares podem ser examinadas e estudadas dentro do campo da flexibilidade, oferecendo-se um leque de opções, das quais destacamos as seguintes, que podem ser dadas pelo Estado:

- a) garantias específicas para um fim determinado como, por exemplo, a garantia de tráfico mínimo;
- b) garantia parcial das obrigações assumidas pelo concessionário ou adiamento de parte dos recursos ao mesmo, em empréstimo a longo prazo;
- c) garantia de eventual refinanciamento;
- d) medidas tributárias, como a isenção do tributo sobre debêntures colocadas no mercado, pelo concessionário, para pagamento a longo prazo, inspirando-se nos *tax exempt bonds* norte-americanos, que financiaram numerosos equipamentos públicos nos Estados Unidos, contando, inclusive,

em determinados casos, com a garantia, por parte das municipalidades, de todo o capital mutuado (*municipal bonds*) ou, tão-somente, da receita prevista pela empresa concessionária (*revenue bonds*).

Tem sido salientado, recentemente, que as opções clássicas do passado estão, muitas vezes, ultrapassadas por novas fórmulas. Assim, o dilema tradicional para a realização de grandes obras era a escolha entre a sua execução por uma empresa privada, com flexibilidade, mas sujeita à tributação e não podendo contar com certos apoios do Poder Público, ou por empresa pública (ou sociedade mista que, no Brasil neste setor, é no fundo, no plano econômico, uma empresa pública) que tem as facilidades fiscais e de utilização de eventuais recursos públicos, mas não as necessárias velocidade e maleabilidade de questão.

A concessão, na sua nova perspectiva, abre o caminho para fórmulas mais sofisticadas, que possam aliar a gestão privada, a utilização parcial de garantias e/ou recursos públicos, as eventuais isenções tributárias e o atendimento do interesse público, numa obra realizada, sob o comando de empresa nacional, com recursos oriundos das fontes as mais diversas, inclusive, eventualmente, a participação acionária não votante de capitais estrangeiros, decorrente da conversão.

No momento em que se verifica a necessidade de modernizar as nossas estradas de ferro, abrindo novas linhas que vão permitir a internacionalização da economia brasileira e o aumento substancial das nossas exportações e preços competitivos, cabe seguir o exemplo de outros países, realizando, mediante concessões, um investimento que pode ser amortizado em prazos que não alcançam vinte anos.

O caminho trilhado no caso da Ferroeste ligando Cascavel e Guaruapuava e abrindo caminho para o Porto de Paranaguá, e da Ferrovia Leste—Oeste de Cuiabá a Santa Fé, oferece um exemplo do que poderá ser feito no tocante ao trem Bala, que corresponderá ao TGV, devendo transportar os passageiros em duas horas e meia entre o Rio e São Paulo, e para a Ferrovia Norte—Sul, espinha dorsal do Projeto Brasil Central. Também nestes dois últimos casos, a concessão poderá ser o instrumento da retomada do desenvolvimento do País, mediante uma política ferroviária coerente, dinâmica e eficiente.