**Qual é o papel do operador do direito na retomada dos investimentos em infraestrutura?**

É consenso na literatura econômica que o investimento em infraestrutura é um importante motor para o crescimento econômico. Por um lado, a construção de projetos dessa natureza faz aumentar a demanda por bens e serviços e gera empregos nos setores a eles relacionados. Por outro lado, quando as obras são concluídas, elas incrementam a eficiência na cadeia produtiva da economia, permitindo a geração de maiores lucros aos atores privados e aumentando a arrecadação estatal.

 Estradas e ferrovias de boa qualidade, por exemplo, tornam mais fácil, barato e rápido o transporte de mercadorias e pessoas, enquanto aeroportos e portos marítimos conectam empresas através das fronteiras internacionais, facilitando o comércio e o investimento. Para as próximas décadas da economia, em que a indústria 4.0 ocupará posição de destaque, será também essencial a garantia de uma infraestrutura de telecomunicações robusta, por meio da implementação da rede 5G.

O cenário atual da infraestrutura no país, no entanto, mostra que ainda há muito trabalho a ser feito nessa área. Segundo dados do “Índice de Competitividade Global” de 2019 (Relatório produzido pelo Fórum Econômico Mundial, que compara grau de competitividade econômica de países em diversos aspectos)[[1]](#footnote-1), o Brasil ocupa a 78ª posição entre os 140 países analisados em termos de infraestrutura. Estamos atrás de todos os países dos BRICS neste ranking: 42 posições atrás da China e 28 posições atrás da Rússia.

Ao mesmo tempo, nos destacamos por termos uma das maiores demandas por investimento em infraestrutura no mundo. De acordo com o “Global Infrastructure Outlook” de 2017[[2]](#footnote-2), estudo da Oxford Economics, que estima quanto cada país precisará investir nesse setor nas próximas décadas, o Brasil precisará aumentar em 80% o que atualmente aporta para projetos dessa natureza. O estudo indica que, se seguirmos com o crescimento econômico e demográfico atual, e não alterarmos nossa taxa de investimento, nosso déficit de infraestrutura chegará a níveis alarmantes em 2040.

Historicamente, quem realizou o investimento em infraestrutura no Brasil foi o Estado, sobretudo por meio da atuação do BNDES. Ocorre, no entanto, que o Estado se encontra, atualmente, em um momento de crise fiscal e de contingenciamento de gastos. Como não podemos mais depender apenas do financiamento público, a tendência atual é o maior protagonismo do investidor privado no mercado de infraestrutura brasileiro. Precisamos, então, garantir um ambiente atrativo para que empresas, bancos, fundos de investimento e fundos de pensão nacionais e estrangeiros encampem esses projetos.

Surge, então, uma pergunta relevante os operadores do direito: qual é o papel de advogados, promotores, procuradores e juízes nessa empreitada de retomada do investimento em infraestrutura? Como atrair investidores interacionais, em um contexto em que o Brasil, segundo as agências de *rating*, não possuí mais “grau de investimento”?

Para responder a essas indagações, precisamos, em primeiro lugar, pensar nos fatores que levam governos e, principalmente, os agentes privados a subinvestir em infraestrutura. Um ponto relevante, que precisa ser enfrentado, é o fato de que a infraestrutura geralmente envolve grandes investimentos iniciais e pode levar décadas para a obtenção de retornos financeiros. Além disso, as obras de infraestrutura usualmente envolvem grandes riscos, de natureza política, macroeconômica e ambiental, que podem impactar diretamente os resultados dos projetos.

Nesse contexto, cabe aos operadores do direito garantir que os projetos de infraestrutura serão viáveis sob o ponto de vista econômico e estáveis sob o ponto de vista jurídico. Somente assim é que os investidores terão segurança para aportar seus recursos nessas atividades e o Brasil se colocará no caminho necessário para um desenvolvimento econômico robusto.

Para alcançar esses fins, elenco algumas tarefas importantes para os operadores do direito no desempenho de suas atividades.

Em primeiro lugar, é preciso aprimorar as modelagens de projetos de infraestrutura, para garantir que esses contratos serão cumpridos de maneira eficiente e sustentável no decorrer de toda a sua execução. Como muitos desses projetos se dão por meio de parcerias entre a Administração Pública e os agentes privados, essas partes devem ser vistas não como antagonistas, mas como agentes em cooperação. O surgimento de desafios é natural em projetos de tamanha complexidade e eles deverão ser enfrentados de maneira negociada e consensual para garantir a continuidade da execução dos projetos.

Em um cenário de litígio entre as partes, uma boa notícia é a introdução de mecanismos alternativos de solução de conflitos em projetos de infraestrutura. Sobre esse aspecto, destaca-se o recém editado Decreto 10.025/2019, que regula a utilização da arbitragem no âmbito do setor portuário e de transportes rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, para dirimir litígios que envolvam a União ou as entidades da administração pública federal e concessionários.

É preciso também ter em mente que as relações jurídicas que se formam em empreendimentos de infraestrutura não são lineares ou bipolares, mas envolvem múltiplos atores, como o poder concedente, o concessionário (com eventuais acionistas nacionais e internacionais), financiadores, fornecedores de insumos, seguradoras, dentre tantos outros.

Diante dessa multipolaridade, os operadores do direito têm o papel de estabilizar essa cadeia de interações, garantindo a redução dos riscos para todas as partes envolvidas. Isso envolve, por exemplo, repensar as formas de oferecimento de garantias pelo setor público, assegurando maior confiança aos investidores.

Além disso, deve-se considerar que os investidores internacionais, sobretudo os fundos de pensão de países desenvolvidos, levam em conta os impactos sociais e ambientais na escolha dos seus investimentos. Como o Brasil não possui mais “grau de investimento”, o que diminui a atratividade dos nossos ativos, precisamos garantir o estrito cumprimento das normas nessas áreas, aumentando, assim, as chances de recebermos investimentos desses agentes nos nossos projetos.

Por fim, é preciso também fazer esforços para fortalecer a capacidade institucional dos entes públicos contratantes e das agências reguladoras, contribuindo com participações qualificadas em audiências públicas, por exemplo, para que as decisões tomadas nos diferentes setores da infraestrutura brasileira sejam juridicamente as mais corretas e, economicamente, as mais eficientes.

É insuficiente que tenhamos as melhores modelagens de *Project financing*, se o ambiente regulatório não fomenta de maneira devida o investimento privado. Chama atenção, nesse contexto, um setor da infraestrutura brasileira que merece uma reflexão mais detida sobre sua regulação: o transporte rodoviário coletivo interestadual e internacional de passageiros.

Esse setor vem sendo objeto de tentativas de mudança em seu marco regulatório há alguns anos, e, recentemente, o Governo Federal, por meio da Resolução 71/2019, do Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos, indicou que haverá mudanças substanciais no próximo período.

Essa proposta de alteração do marco regulatório evoca um debate de longa data desse setor: deve-se limitar a quantidade de autorizações outorgadas a operadores de transporte rodoviário interestadual de passageiros, considerando-se que o excesso de empresas operando o mesmo trecho pode ser economicamente inviável, ou, ao contrário, deve-se retirar os limites de quantidade de operadores por mercado, apostando que a livre concorrência garantirá a continuidade e a qualidade do serviço?

A calibragem desse difícil equilíbrio regulatório tem sido a meta da ANTT desde sua instituição. A Lei 10.233/2001, que criou a agência e estabeleceu as diretrizes principais para o transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, definiu, em seu art. 47-B, que “não haverá limite para o número de autorizações para o serviço regular de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, salvo no caso de inviabilidade operacional.”

A definição de inviabilidade operacional, por sua vez, pode ser encontrada no art. 42 da Resolução 4.770, de 25 de junho de 2015, como as “situações que configurem concorrência ruinosa ou restrições de infraestrutura.” A Resolução 4.770/2015/ANTT também determinou que deveriam ser conduzidos estudos técnicos para definir esses casos de concorrência ruinosa, estabelecendo, a quantidade viável de autorizatárias para operar cada mercado de maneira equilibrada.

No entanto, a proposta do Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos aponta em uma direção diferente daquela que vinha sendo adotada para a regulação do setor, definindo a inviabilidade operacional apenas em termos de “restrições de infraestrutura” ou de “impedimentos legais na utilização de espaços públicos”.

Caso essa política regulatória seja levada a cabo pela ANTT, não haveria mais a análise econômico-regulatória da quantidade de operadores viáveis em cada mercado nas outorgas de autorizações. Seria apenas analisado se determinado terminal rodoviário possui espaço para a entrada de um novo operador e se há algum óbice legal para a utilização de um espaço público. Isso representaria, na prática, uma abertura ampla e irrestrita do mercado de transporte rodoviário interestadual de passageiros.

É louvável a iniciativa do Governo para atrair mais investimentos para o transporte rodoviário interestadual de passageiros, dinamizando o setor. Todavia, a liberalização brusca nos termos propostos poderia gerar efeitos nocivos imprevistos.

Isso se dá porque esse setor – assim como o de distribuição de energia elétrica ou o fornecimento de água– tem características intrínsecas que fazem com que a produção de uma única empresa tenda a minimizar o custo do serviço prestado[[3]](#footnote-3). Como sua operação depende de altos investimentos iniciais, como aqueles voltados para a introdução das garagens e da infraestrutura fixa nos locais de prestação de serviço[[4]](#footnote-4) é mais eficiente que as operadoras de transporte não se sobreponham na prestação de serviços em uma mesma linha, ou tenham sua sobreposição controlada.

Uma absoluta liberalização no procedimento outorga das autorizações, sem qualquer tipo de análise concorrencial, pode gerar ineficiências preocupantes para as companhias do setor, e, em última instância, para toda a sociedade.

Caso haja a abertura irrestrita dos mercados, é razoável esperar que todas as empresas do setor busquem atuar apenas naqueles considerados os mais lucrativos, os grandes eixos que conectam as cidades mais populosas. O excesso de oferta nessas linhas e a possibilidade de práticas predatórias, tendencialmente, conduziriam à ruína econômica dessas companhias, gerando perdas inestimáveis de empregos.

Ao mesmo tempo, diminuiria o interesse dessas empresas pelos trechos menos rentáveis, que poderiam ficar desatendidos, prejudicando em grande medida os usuários dessas regiões. Esses mercados laterais têm uma grande importância no transporte interestadual, compreendendo a maior parte das linhas, e são relevantes propulsores da integração regional, por se conectarem com as linhas intermunicipais.

Por fim, é preciso também considerar as lições das experiências internacionais que retiraram a regulação do transporte rodoviário de maneira abrupta. Em muitos desses países, a consequência da adoção dessa mudança brusca foi a geração de monopólios no setor e aumento de preços das passagens, em prejuízo aos usuários.

É preciso ter cautela, portanto, com os efeitos ocultos de alterações nos marcos regulatórios da infraestrutura. Não se questiona a necessidade de dinamizar o ambiente normativo no setor de transporte rodoviário de passageiros, mas se adverte que isso deve ser feito em colaboração com a sociedade civil e com as empresas do setor, com as cautelas necessárias para que se atinjam os resultados prendidos, com segurança jurídica e investimentos consistentes ao longo do tempo.

Deve ser visto com bons olhos, nesse sentido, o trabalho que vem sendo feito pela ANTT, em conjunto com os interessados da sociedade, para reduzir suas Resoluções que não possuem utilidade – até o momento já foram revogadas 1.419 resoluções. A agência agendou a Audiência Pública nº 16/2019, que tem como objetivo colher sugestões e contribuições à minuta de Resolução que institui a Política de Redução do Fardo Regulatório no âmbito da ANTT.

A abertura do mercado de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros poderia seguir os mesmos passos, colhendo as contribuições técnicas dos interessados, para se seja feita de maneira ordenada e planejada.

É certo que essas propostas são apenas alguns dos passos a serem tomados e ainda há muito ainda a ser feito para garantir o grau de maturidade em infraestrutura que precisamos.

O Brasil, atualmente, encontra-se em um momento crucial de sua história, realizando reformas em seu arcabouço jurídico que têm impactos micro e macroeconômicos para aumentar o investimento privado. No entanto, se capacidade de infraestrutura não aumentar de acordo com esse potencial de crescimento econômico, ela poderá ser um empecilho fundamental para o progresso do país. É cada vez mais necessário, portanto, que os operadores do direito assumam suas tarefas nesse importante desafio e auxiliem os órgãos reguladores a tomar as melhores medidas para a retomada do investimento.

1. Disponível em: <<http://www3.weforum.org/docs/WEF_TheGlobalCompetitivenessReport2019.pdf>> Acesso em: 24/10/2019 [↑](#footnote-ref-1)
2. Disponívelem: <[https://cdn.gihub.org/outlook/live/methodology/Global+Infrastructure+Outlook+-+July+2017.pdf](https://cdn.gihub.org/outlook/live/methodology/Global%2BInfrastructure%2BOutlook%2B-%2BJuly%2B2017.pdf)> Acesso em: 24/10/2019 [↑](#footnote-ref-2)
3. TUROLLA, Frederico Araujo; OHIRA, Thelma Harumi; LIMA, Maria Fernanda Freire de. Concorrência, convergência e universalização no setor de telecomunicações no Brasil. 2011. Disponível em: <http://www.telcomp.org.br/site/wp-content/uploads/downloads/2011/12/20070913\_EstudoConverg%C3%AAncia\_Pezco.pdf> [↑](#footnote-ref-3)
4. LINHARES PIRES, José Cláudio; SERRÃO PICCININI, Maurício. A Regulação dos Setores de Infraestrutura no Brasil. BNDES. Disponível em: <<https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/11578/3/A%20Economia%20Brasileira%20nos%20Anos%2090_A%20Regula%C3%A7%C3%A3o%20dos%20Setores%20de%20Infra-estrutura%20no%20Brasil_P.pdf>> [↑](#footnote-ref-4)