

# PARCERIAS ENTRE ESTADO E PARTICULARES: CONQUISTAS E DESAFIOS

Carlos Ari Sundfeld\*

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Parcerias Empresariais; 3. Parcerias Contratuais.

## 1. Introdução

Para atender às necessidades de investimento e aos problemas crescentes de gestão em nossa sociedade cada vez mais complexa, o Direito oferece alguns arranjos interessantes de parceria entre o Estado e a iniciativa privada. Eles seguem duas fórmulas cujas características gerais já são clássicas: empresa ou contrato. O sucesso maior ou menor no seu uso depende em boa medida da qualidade das instituições jurídicas a que se conectam. Sem solidez jurídica não são viáveis empresas e contratos para empreendimentos sofisticados e de maturação longa.

Qual a avaliação que se pode fazer hoje no Brasil quanto às qualidades jurídicas das parcerias empresariais ou contratuais entre Estado e particulares?

## 2. Parcerias Empresariais

O regime jurídico da associação entre Estado e particular na constituição e manutenção de empresas varia bastante segundo o grau de participação de cada sócio. Há três figuras a considerar: empresas estatais, empresas semiestatais e empresas não estatais com capital público minoritário.

Empresas em que o Estado detém a maioria do capital votante sobre um remanescente de capital privado enquadram-se no gênero *empresa estatal*, da espécie sociedade de economia mista. São exemplos a PETROBRÁS, estatal federal do setor petrolífero, a ELETROBRÁS, estatal federal exploradora do serviço público de energia, e a SABESP, estatal do governo paulista que presta serviços municipais de saneamento. São empresas de capital aberto, com ações negociadas em bolsa e forte participação privada. Ao mesmo tempo, são consideradas entidades estatais, integrantes da administração pública indireta.

Seu regime vem de um delicado equilíbrio de soluções jurídicas. De um lado, essas empresas mistas são muito impactadas pelo direito das sociedades anônimas e pela *regulação do mercado de capitais, cujo objetivo geral é proteger os acionistas minoritários* e dar transparência para o mercado quanto à atuação empresarial.

\* Professor Fundador da FGV Direito São Paulo e Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, da qual foi criador. Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP. Autor do livro “Direito Administrativo para Céticos” (2ª. ed., 2014, Ed. Malheiros).

A evolução jurídica brasileira nesse campo foi notável a partir da edição da famosa Lei das S/A em 1976, do fortalecimento do regulador (a Comissão de Valores Mobiliários), que ocorreu por mudanças legislativas em 2002, e das práticas de governança corporativa impostas no Novo Mercado, por iniciativa da BMFBovespa. Todavia, ainda falta jurisprudência capaz de definir com mais clareza os limites do exercício do poder de acionista controlador pelo Estado – que, pela soma de poderes que tem, é um sócio majoritário não totalmente confiável. Em tese, esse problema pode ser enfrentado, nos casos em que a participação privada esteja concentrada, pelo mecanismo do acordo de acionista.<sup>1</sup> Essa foi a solução usada, no final da década de 1990, quando o governo mineiro vendeu em bloco uma participação relevante no capital da CEMIG. Mas houve conflito judicial posterior quanto à validade do acordo, sob o argumento de que o poder do Estado sobre suas empresas estatais não poderia ser condicionado ou limitado por acordo de acionistas. A discussão jurídica acabou inconclusa, mas de qualquer modo o precedente é negativo.

De outro lado, as sociedades de economia mista estão muito sujeitas ao direito público, que regula a influência e os controles públicos das autoridades do Estado sobre elas, e também limita e direciona a atuação empresarial, para fazer com que sejam realizados alguns fins públicos importantes. O direito público brasileiro aplicável às empresas estatais tem mudado bastante a partir do marco da Constituição de 1988. O sentido mais geral dessa mudança é positivo, pois aumentaram os controles sobre os negócios públicos. Todavia, um problema importante é que as regras de gestão pública, que são cada vez mais aplicadas às empresas estatais (ex.: dever de licitar e de fazer concurso público para admitir empregados), têm se mostrado pouco adaptadas às necessidades empresariais, o que vem impondo custos e incertezas sobre a atuação das sociedades de economia mista.<sup>2</sup> Assim, a sociedade de economia mista não tem parecido um modelo muito adequado para novas parcerias.

Por isso, nos últimos anos uma alternativa vem sendo testada no âmbito federal: a de o Poder Público, por meio de empresa estatal, ingressar como acionista minoritário relevante de empresa do setor privado, participar do seu controle pela via de um acordo de acionista e, por meio de contratos administrativos, associar-se a essa empresa para empreendimentos importantes. Caixa Econômica Federal e Telebrás já fizeram associações desse tipo. O resultado é uma empresa semiestatal, que celebra, sem licitação, contratos de prestação de serviços ou de fornecimento com a estatal que é sua sócia e, assim, tem garantia de mercado e de receita por prazo longo, em uma parceria estável.<sup>3</sup> Como o Poder Público é minoritário, além de a empresa não

<sup>1</sup> Carlos Ari Sundfeld, *A participação privada nas empresas estatais*, em Carlos Ari Sundfeld (coordenador), “Direito Administrativo Econômico”, São Paulo, Malheiros, 2000, pp. 264-285.

<sup>2</sup> Carlos Ari Sundfeld e Rodrigo Pagani de Souza, *Licitações nas Estatais: Levando a Natureza Empresarial a Sério*, em Carlos Ari Sundfeld (organizador), “Contratações Públicas e seu Controle”, São Paulo, Malheiros, 2013, pp. 79-101.

<sup>3</sup> Carlos Ari Sundfeld, Rodrigo Pagani de Souza e Henrique Motta Pinto, *Empresas semiestatais e sua contratação sem licitação*, em Carlos Ari Sundfeld (org.), “Contratações Públicas e seu Controle”, cit., pp. 102-129.

se sujeitar às regras de gestão pública, o acionista privado fica mais seguro. Ainda é cedo para avaliar esse tipo de iniciativa, que os órgãos de controle ainda veem com alguma desconfiança, pelo fato de envolverem contratos sem licitação. Mas pode ser um caminho interessante, tomados os devidos cuidados de transparência na fixação da política que leva a essas parcerias.

O modelo de empresas não estatais com capital público minoritário vem sendo desenvolvido há muitos anos pelo BNDES, que adquire participações em empresas do setor privado, para viabilizar sua reestruturação e expansão (casos mais recentes são os das empresas OI, de telecomunicações, e JBS, no setor de carne). A gestão da empresa é totalmente de direito privado. O regime jurídico aplicável na relação entre as partes (acionista público e acionista privado) é o da legislação societária comum (Lei das S/A e outras), que já alcançou sua maturidade. A previsibilidade da ação do parceiro público vem sendo assegurada pela qualidade da governança do BNDES, com seus mais de 60 anos de história.

Mas seria esse modelo replicável fora do BNDES?

O governo federal entendeu que sim, quando concebeu a privatização de aeroportos e impôs que a concessionária, resultante de licitação, seria uma empresa sob controle privado, mas com capital também subscrito pela União, por meio da INFRAERO. Outras empresas estatais e mesmo fundos de origem pública têm seguido esse caminho, para expandir negócios (caso da SABESP) ou para fazer investimentos (caso do FGTS, que criou um Fundo de Investimento para comprar participações societárias). O modelo jurídico não tem suscitado muitas dúvidas. Vem se reconhecendo grande discricionariedade para o Estado escolher seus parceiros, sem necessidade de licitação (salvo quando a parceria nasce junto com a outorga de concessão). O desafio é construir uma governança adequada para as decisões do parceiro público. Estamos começando a adquirir experiência quanto a isso.

A conclusão é que a fórmula empresarial tem sido resgatada nos últimos anos para viabilizar parcerias entre Estado e iniciativa privada, mas o tradicional modelo da empresa estatal está em baixa. Empresa não estatal com participação pública minoritária parece ser o novo caminho. A qualidade do relacionamento entre as partes vai depender muito da qualidade jurídica dos acordos de acionistas que se conseguem construir e das práticas desenvolvidas para a solução de conflitos. A adoção da arbitragem, viabilizada por uma lei de 1996 e em expansão no Brasil, surge como a opção natural.

Vale observar que, mais recentemente, vem sendo tentada uma solução mais leve, que, com alguma liberdade, pode-se denominar como “quase empresarial”. A ideia é que o Estado, usando direitos seus que tenham valor patrimonial (p.ex.: títulos representativos de direito adicional de construção em áreas urbanas), subscreva cotas de fundos de investimentos constituídos sob a regulação da Comissão de Valores Mobiliários, os quais se tornam veículos de associação com capitais de origem privada para empreendimentos de diversos tipos. Esses fundos tecnicamente não têm personalidade jurídica, ficando sua gestão a cargo de terceiros, atores do mercado financeiro. Mas têm patrimônio próprio (imóveis, ações de empresas) e travam relações jurídicas (contratos, p.ex.). Em suma, são “quase empresas”. A vantagem no

uso desses fundos pelo Estado está, por uma parte, em que eles podem ter agilidade para transacionar tanto com os bens que lhes são transferidos pelos cotistas como com as participações que adquiram. Por outra parte, esses fundos se sujeitam a um regime regulatório financeiro que já alcançou bom nível de confiabilidade, o que protege o patrimônio público, atrai parceiros privados e facilita a transação com as cotas.

Se alguma advertência mais geral se pode fazer sobre o uso dessas parcerias empresariais e quase-empresariais pela Administração é quanto à necessidade de muita transparência e clareza, seja na criação das políticas que vão ser executadas por meio dessas parcerias, seja na escolha dos parceiros e dos termos dos acordos a serem celebrados com eles, seja ainda no acompanhamento e avaliação do resultado dessas parcerias no médio e longo prazo. Há riscos nessas intimidades entre Estado e empresas escolhidas.

### 3. Parcerias Contratuais

O principal modo de estabelecer parcerias entre o Estado e empresas do setor privado para a realização de empreendimentos é a celebração de contratos.

Para viabilizá-los, uma Lei de Concessão foi editada (lei federal nº 8.987, de 1995), criando um regime geral, de aplicação nacional (isto é, à União, aos Estados e aos Municípios), para o contrato que hoje chamamos de *concessão comum*. O modelo básico desse contrato foi a concessão de serviço público. O que fez a Lei de Concessão foi, sem renegar as ideias tradicionais, modificá-las parcialmente, no que fosse útil para aumentar a segurança do concessionário e, assim, tornar mais atrativa a relação.

Tradicionalmente, o objeto desse tipo de contrato é a delegação, pelo Estado ao concessionário, da implantação ou gestão de empreendimento público, ficando os investimentos a cargo do concessionário, para serem recuperados com a posterior exploração, em geral por tarifas pagas pelos usuários finais. Segundo o modelo clássico, o concedente deveria ter extensos poderes para modificar as condições de implantação ou exploração do empreendimento, desde que respeitasse o equilíbrio econômico-financeiro e, assim, não impusesse prejuízos injustos ao concessionário. Essa premissa foi mantida pela Lei de Concessão, que, no entanto, inviabilizou na prática a chamada encampação pelo Estado, isto é, a extinção do contrato antes do prazo por razões de interesse público. A encampação passou a depender de dois requisitos de difícil realização: a autorização prévia, caso a caso, do Poder Legislativo, e o pagamento também prévio de indenização ao concessionário. Com isso, afastou o risco do puro e simples confisco dos investimentos do concessionário.

Ao lado da Lei de Concessão, temos no Brasil um número grande de leis setoriais editadas no âmbito federal, em telecomunicações, energia elétrica, petróleo, portos, saneamento, etc., todas prevendo negócios público-privados, com nomes variados: *concessões, arrendamentos, contratos de partilha*, ou mesmo *autorizações*.<sup>4</sup> Várias

<sup>4</sup> Ampliar em Carlos Ari Sundfeld, “Direito Administrativo Contratual”, coleção “Pareceres”, vol. II, 2013, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais.

dessas leis utilizam a Lei de Concessão como norma subsidiária de seus contratos; é o caso de energia elétrica e aeroportos, por exemplo. Outras têm seus próprios modelos de contrato, como no setor petrolífero e em telecomunicações. Mas, em termos gerais, há nessa legislação a orientação comum de buscar o equilíbrio entre os valores públicos e os interesses dos investidores e de obter relações jurídicas estáveis e seguras.

Quase uma década após a Lei de Concessão, que dispõe sobre a *concessão comum*, surgiu mais uma, que chamamos de Lei de Parceria Público-Privada - PPP (lei federal 11.079, de 2004).<sup>5</sup> A Lei de PPP criou dois novos tipos de concessão: a *concessão patrocinada* e a *concessão administrativa*. É uma espécie de lei de complementação à Lei de Concessão, pois o regime das concessões patrocinada e administrativa é, em boa parte, o mesmo da concessão comum.

Concessão administrativa é aquela em que todas as parcelas do preço devido ao concessionário serão pagas por um ente estatal, não por usuários pulverizados. Um exemplo seria a concessão administrativa para a empresa investir, construir e operar hospital público. Como na saúde pública os usuários não pagam pelos serviços, toda a remuneração do concessionário tem de vir do Estado.

Além da concessão administrativa, a Lei de PPP prevê a concessão patrocinada, que é aquela em que o concessionário é remunerado por um misto de tarifa cobrada dos usuários e de preço pago pelo Estado. É instrumento útil para empreendimentos rodoviários novos, por exemplo, em que, nos primeiros anos, a receita de tarifa seja insuficiente para pagar o concessionário. Aí o contrato prevê uma complementação pelo Estado. Como dito, há um misto de recebimento de tarifa de usuários com pagamentos feitos por entes estatais.

O que há de semelhante entre essas novas concessões PPP (administrativas ou patrocinadas) e as antigas concessões (comuns) de serviço público é que, em todas elas, o concessionário faz investimentos iniciais para implantar um serviço ou infraestrutura, os quais serão amortizados a seguir, no curso de um prazo longo, sendo a remuneração uma contrapartida pelas utilidades que o serviço ou infraestrutura propiciam. O regime jurídico comum a todos esses contratos tem a ver com a necessidade de assegurar segurança ao investidor no decorrer de um período dilatado; do contrário, ele não faria investimento algum.

Nas concessões PPP, como os pagamentos vêm diretamente de entes estatais, é preciso muita prudência na decisão de contratar, pois os negócios vão onerar o orçamento público de muitos anos futuros. Assim, a lei brasileira de PPP tem regras fortes para limitar e controlar esse endividamento, em nome da responsabilidade fiscal. A sobredita norma foi prudente, restritiva, impedindo que ocorresse a disseminação muito ampla ou rápida dessas contratações, que poderia colocar em risco o equilíbrio orçamentário, que tem sido prioridade nacional nos últimos vinte anos.

E o que se pode dizer da aplicação concreta do sistema nesses quase vinte anos? A avaliação é, por um lado, bastante positiva. Novos empreendimentos surgiram com essa base e não têm ocorrido crises muito graves em seu funcionamento.

<sup>5</sup> Ampliar em Carlos Ari Sunfeld (coordenador), "Parcerias Público-Privadas", 2ª. ed., 2011, S.Paulo, Malheiros.

Com base direta na Lei de Concessão, alguns dos mais importantes Estados da federação – São Paulo, Paraná e Rio Grande do Sul, p.ex. – implantaram grandes programas de concessão de suas estradas, melhorando bastante suas malhas rodoviárias. Mas, como é natural, na execução dos contratos surgiram conflitos envolvendo o concessionário. Por vezes, conflitos com os usuários, insatisfeitos com a obrigação de pagar tarifas (pedágios). Outras vezes, conflitos com o concedente, que se recusava a cumprir o ajustado (reduzindo unilateralmente o pedágio, por exemplo). Muitas ações judiciais foram propostas e, no geral, a Justiça optou pela segurança, mantendo a relação nos termos previstos no contrato.<sup>6</sup>

A constatação, portanto, é que a Lei de Concessão foi capaz tanto de gerar alguns importantes projetos de parceria entre o Estado e o setor empresarial, como de oferecer alguma segurança jurídica, para sua continuidade no longo prazo.

A aplicação da Lei de PPP evoluiu positivamente, nesses anos de aplicação. No caso brasileiro, já temos boas experiências nos Estados, como a da Linha 4 do Metrô de São Paulo e em vários estádios construídos para a Copa do Mundo de 2014. Houve muita desconfiança, e também críticas de inconstitucionalidade no meio jurídico, quando da edição da lei. Todavia, esses anos de aplicação vêm mostrando que se trata de instrumento importante e consistente, que pode ajudar a administração pública a se capacitar para atender às suas inúmeras obrigações.

Além das características intrínsecas à legislação, um elemento institucional foi introduzido para fortalecer o programa de negócios público-privados: incumbir agências reguladoras autônomas de celebrar ou administrar esses ajustes. No nível federal, essas agências são separadas por setores: telecomunicações, energia elétrica, petróleo, portos, aviação civil, transportes terrestres, etc.<sup>7</sup> No nível dos Estados, a tendência tem sido a criação de agências multisetoriais. Embora haja certa heterogeneidade entre as várias agências, seja no âmbito federal como dos Estados, elas trouxeram mais profissionalismo à análise de questões contratuais e regulatórias e, em muitos casos, conseguem atuar com alguma autonomia, estando seus dirigentes protegidos por exercerem mandatos com prazo certo.

Além disso, na tomada de decisões, as agências reguladoras foram obrigadas, por suas leis de criação, a realizar processos administrativos (consultas públicas para edição de regulamentos, processos sancionadores, processos públicos para revisão de tarifas, etc.). Nesse trabalho, elas obedecem às Leis de Processo Administrativo, que foram surgindo contemporaneamente à criação das agências. A Lei de Processo Administrativo do Estado de São Paulo é de 1998 (Lei Estadual nº 10.177) e se aplica às entidades desse Estado, inclusive às suas agências reguladoras. A Lei Federal de Processo Administrativo (Lei nº 9.784), que tem de ser observada pelas várias agências da Administração Federal, é de

<sup>6</sup> Como exemplo, veja-se TJSP, 11ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível 9071957-93.2009.8.26.000, rel. Des. Oscild de Lima Jr., j. 14.5.12; e TRF-4, 4ª. Turma, Apelação 0010436-16.2003.404.7000/PR, j. 3.2.2010.

<sup>7</sup> Carlos Ari Sunfeld, *Introdução às Agências Reguladoras*, em Carlos Ari Sunfeld (coord.), "Direito Administrativo Econômico", cit., pp. 17-38.

1999. O conjunto dessas normas, federais e estaduais, forma uma legislação consistente, que incorporou e consolidou a tradição do direito administrativo, que já vinha se desenvolvendo regularmente no Brasil há décadas, em temas como a exigência de motivação de atos administrativos, o direito à defesa administrativa ampla e prévia para acusados de infração, o recurso administrativo, a estabilização de atos administrativos pela passagem do tempo, impedindo sua invalidação, etc.<sup>8</sup>

As agências reguladoras autônomas disciplinam a atividade empresarial em setores sensíveis como energia elétrica, petróleo, telecomunicações, concorrência, saneamento, água e saúde suplementar. Pelo ângulo jurídico abstrato, sua criação foi uma conquista institucional quase surpreendente, com efeito transformador em nosso direito público. Pelo ângulo econômico, elas são o segredo tanto do equilíbrio dos setores sensíveis, como da viabilidade dos complexos projetos de parceria público-privada de que o Brasil precisa.

O que elas têm de especial? A *expertise* técnica, a transparência e a ampla autonomia para deixar os políticos à distância. Agências têm de decidir segundo as melhores regras de processo administrativo. Devem elaborar estudos técnicos de diversos tipos para embasar decisões e fazer consulta pública sobre minutas de regulamento e de edital, divulgando as críticas e discutindo publicamente razões e divergências. Por lei, são obrigadas a motivar formalmente cada um dos seus atos. No interior das agências, os assuntos não podem ser distribuídos segundo o gosto de autoridades ou interessados, mas sempre pelas regras de competência.

O Poder Executivo, especialmente nos níveis mais altos, segue outro sistema decisório, bem menos formal. Estudos técnicos, se é que existem, não são divulgados. Minutas são debatidas só internamente e com pessoas escolhidas por critério discricionário. Divergências e contribuições permanecem em sigilo. Os assuntos podem mudar de mãos segundo a intensidade das pressões. O grande público só fica sabendo do resultado pelo diário oficial.

Comparado a essas práticas, o sistema das agências foi, portanto, um grande avanço jurídico. Mas, talvez pelo ceticismo generalizado para tudo que é estatal, bem pouca gente no Brasil parece acreditar nas agências e nesses avanços. Indiferente, a opinião pública simplesmente não liga para elas.

Assim, o mundo político fica bem livre para sabotá-las quando conveniente. Políticos tendem a tratar qualquer assunto como simples jogo de poder: tudo é negociável, e ganha quem angaria mais apoio. Para eles, não existe técnica. E as coisas ficam mais fáceis se também não existirem regras. A abulia da opinião pública tem permitido que, mesmo contrariando as promessas legais, o Poder Executivo, com seu estilo mais solto, vá assumindo decisões regulatórias importantes. Até quando vamos seguir esse caminho?

Há alguns anos, em um caso envolvendo a Agência de Transportes Aquaviários - ANTAQ, a Presidência da República editou uma problemática

<sup>8</sup> Ampliar em Carlos Ari Sundfeld e Guillermo Andrés Muñoz (coordenadores), "As Leis de Processo Administrativo", 2000, S.Paulo, Malheiros.

orientação. Uma empresa, insatisfeita com certa decisão regulatória, recorrera ao Ministro dos Transportes, que não tem ascendência hierárquica sobre a agência. Indo o assunto ao Presidente, este, ao invés de aproveitar a oportunidade para reforçar o compromisso com a autonomia das agências, preferiu a tese de que o Executivo é mais importante, mais legítimo, tem um amplo e vago poder para fixar políticas, além da última palavra em qualquer assunto. O tom estava dado.

Recentemente, essa linha de orientação vem desestabilizando a ANEEL e o setor elétrico. A modelagem dos leilões para compra de energia elétrica de novos empreendimentos de geração, por exemplo, tem sofrido a interferência do Ministério das Minas e Energia. Por meio de portarias, este vem assumindo a fixação de regras que vão muito além das simples diretrizes que a legislação prevê. Com isso, perdem espaço a agência e o processo decisório mais técnico e transparente.

Outro caso é ainda mais expressivo. Nas concessões de geração de energia outorgadas por leilões no início dos anos 2000, a responsabilidade pela obtenção das licenças ambientais ficou com as concessionárias. Mas houve grande demora nos trâmites de licenciamento ambiental. Passados bem mais de 10 anos, muitas licenças ainda não saíram. E os empreendimentos continuam na estaca zero. As concessionárias foram então à ANEEL requerendo a dilação do prazo das concessões. A ANEEL reconheceu expressamente sua própria competência para o caso e deu razão às concessionárias. Mas algo aconteceu fora dos autos e a agência preferiu remeter o assunto ao Ministério das Minas e Energia, que não era competente na matéria. E aí o Ministério decidiu em sentido diametralmente oposto ao da agência.

A fragilização das agências na prática do dia a dia e a reversão política de suas deliberações são um caminho muito perigoso. Em primeiro lugar porque o fortalecimento do estado de direito no Brasil exige a observância, pelos próprios organismos estatais, das regras jurídicas. Além disso, porque o modelo de agências pretendia justamente imunizar a regulação frente ao jogo político. Tal imunidade foi avaliada como necessária para a tomada de decisões melhores, mais embasadas tecnicamente e ao mesmo tempo legitimadas pela ampla transparência e participação dos interessados. Mas tudo isso ficará desmoralizado e perdido se o Executivo tiver um poder de intervenção ditado pelas necessidades da política.

A experiência desses longos anos já demonstrou que as agências funcionam melhor que o Executivo. De início, elas foram acusadas de capturáveis pelos agentes regulados, de significarem a terceirização do poder das autoridades eleitas ou de instrumentos do capital contra os consumidores. Mas, contrariando as suspeitas iniciais, elas têm demonstrado atuar sob um processo administrativo formal com oportunidade de participação para os interessados e nível razoável de transparência. O contraste com a forma de decidir do restante da administração pública fala por si.

Quando as agências reguladoras são desestabilizadas, o que se está sabotando são valores como esses. Para atrair novos investimentos, celebrar bons contratos de parceria público-privada, ter uma relação adequada entre estado e regulados, enfim, para acelerar e manter nosso desenvolvimento, nenhum caminho pode passar ao largo do novo direito público, de que as agências autônomas são uma peça não desprezível.

Os grandes empreendimentos de logística – aeroportos, portos, rodovias e ferrovias – dependem sempre do Estado: de sua iniciativa, de sua regulação ou de seu apoio. Se os investimentos são insuficientes, o Estado está falhando.

Diminuir essa dependência, abrindo espaço para a ação privada, foi uma saída que, com altos e baixos, e nomes variados (privatização, desregulação, PPP ou concessão), os governos brasileiros buscaram nos últimos 20 anos. E mesmo assim os investimentos são relativamente poucos, não alcançam o volume de que o país precisa e que as autoridades dizem procurar. Qual a razão?

O problema central é a permanente incerteza. É difícil saber a linha de nossos governos; no setor portuário, por exemplo. É sempre algo indefinido, entre a abertura e o monopólio, o estatista e o privatista, mais para cá ou lá, segundo o momento. Ademais, apesar do consenso retórico quanto à importância do planejamento de longo prazo, ninguém quer muito compromisso com regras claras, detalhadas, impessoais e estáveis.

O Plano de Investimentos em Logística - PIL, que o governo federal lançou em 2012, é só um *power point*, não um programa com valor jurídico. Desde então, as mais altas autoridades, inclusive a própria Presidente da República, vêm escolhendo projetos, criando exigências para editais de licitação, bolando cláusulas de contrato e linhas de financiamento. Tudo isso caso a caso, com algum improviso, discricionariedade e muito bastidor.

Há um claro déficit jurídico nesse método. Afora outros riscos, a falta de programas precisos e vinculantes deixa o próprio Estado e os investidores sem verdadeira orientação para o futuro. A Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, por exemplo, manifestou surpresa quando o PIL foi lançado, afetando o esforço regulatório para consolidar as práticas em concessão rodoviária.

Indefinição é o que se está vivendo também nos aeroportos. O governo fez duas licitações e concedeu cinco aeroportos, um deles o do Galeão, no Rio de Janeiro. E o que vai acontecer daqui em diante? Teremos um novo aeroporto em São Paulo? Será uma concessão, com prévia licitação? O governo vai liberar as autorizações de aeroporto, sem licitação? Quais as condições? É inútil procurar as respostas em algum documento oficial com valor jurídico. Nesse ambiente, é bem difícil evitar os desvios e a paralisia.

Todos deviam aprender com a história recente do setor de telecomunicações. Em 1997, com a Lei Geral de Telecomunicações, criou-se uma política clara e consistente, que se mantém razoavelmente estável: liberdade de iniciativa, ampla competição, atualização e desenvolvimento constantes, direitos e obrigações bem definidos, regulação autônoma. Sem surpresas, é o setor mais estruturado, que mais cresceu nesses anos. Não espanta que esteja relativamente distante das crises setoriais, ao contrário de energia elétrica e petróleo, em que interferências casuísticas tornaram dramática a situação.

Em infraestrutura, as autoridades frequentemente evitam as vinculações jurídicas, não valorizam como deviam o império da lei, preferindo manter o máximo de espaço para o dia a dia das pressões e negociações. Mesmo depois de assinar

contratos e tomar decisões, querem estar livres para atender conveniências (deixando de homologar reajustes de tarifa em ano eleitoral, p.ex.).

O Brasil conta com legislação e prática jurídica com alguma maturidade quanto aos negócios público-privados. Com isso, esses negócios podem se constituir em alternativa relevante e efetiva para a ampliação dos investimentos, que é um desafio crucial do desenvolvimento econômico e social do País. O que falta é valorizar mais as instituições e o direito.