

**5ª Seção – Conferências
e Debates**

***Section 5 – Conferences
and Debates***

EL DERECHO Y LA INFRAESTRUCTURA EN BRASIL

THE LAW AND THE INFRASTRUCTURE IN BRAZIL¹

AUGUSTO NEVES DAL POZZO

Profesor de Derecho Administrativo y de Fundamentos del Derecho Público en la Pontificia Universidad Católica de San Pablo (PUC-SP).
augusto@dalpozzo.com.br

Recibido em: 30.10.2018
Aprovado em: 04.12.2018

ÁREA DO DIREITO: Administrativo

RESUMEN: No es novedad que Brasil presenta cuellos de botella sectoriales que impiden su proyección económica y social. A pesar de que los años más recientes han mostrado evolución en los métodos de articulación entre los sectores público y privado, el país todavía carece de inversiones en infraestructura capaces de impulsar su desarrollo socioeconómico. Ante este cuadro, se discute de modo cada vez más enfático la necesidad del derecho de crear mecanismos que sean capaces de conferir seguridad jurídica al ambiente negociador que permea el mercado de infraestructuras. El presente ensayo analiza las transformaciones en los modelos de alianzas que ocurrieron en Brasil a lo largo de las últimas décadas y apunta las necesidades para el desarrollo adecuado de nuevos proyectos de infraestructura.

PALABRAS CLAVE: Infraestructura – Derecho brasileño – Concesión – Asociaciones público-privadas – Seguridad jurídica.

ABSTRACT: No wonder Brazil has sectoral bottlenecks that hamper its economic and social growth. Although recent years have shown evolution in the methods of articulation between the public and private sectors, the country still lacks investments in infrastructure capable of boosting its socioeconomic development. Faced with this situation, the need for the law to create mechanisms capable of conferring legal certainty to the negotiating environment that permeates the infrastructure market is discussed more emphatically. This essay analyzes the transformations in the alliance models that have occurred in Brazil in the last decades and points out the needs for the adequate development of new infrastructure projects.

KEYWORDS: Infrastructure – Brazilian law – Concession – Public-Private partnerships – Administration – Legal security.

-
1. Conferencia ministrada en 6 de septiembre de 2018 nas “Segundas Jornadas sobre Reglas Comunes para Inversiones y PPP en Infraestructura Europa y America Latina” – Buenos Aires – Argentina.

Brasil es un país de dimensiones continentales. Como lo enuncia su himno nacional: “es gigante por su propia naturaleza”. Y ese gigantismo territorial, aunque consiste en su principal riqueza, es también fuente de enormes dilemas en el sector de infraestructura. Brasil es aún un país en construcción, todavía es un país “por hacer”, y exactamente por esa característica, genera oportunidades increíbles para aquellos que se interesan en participar en esa construcción. Hay un proceso intenso de transformación, protagonizado por la sociedad brasileña. Una transformación que sea sana y que sea pautada por principios de transparencia y buena fe. Una transformación que está reescribiendo, con todas las dificultades que le son inherentes, la historia de un nuevo comportamiento entre el sector público y el sector privado.

Y esa transformación pasa, obviamente, por los sectores tradicionales de la infraestructura, pero tiene su camino inicial en la pavimentación no solamente de carreteras y la construcción de vías férreas, sino en el terreno fértil de la infraestructura social. Es por medio del desarrollo de proyectos de infraestructura, en las áreas de educación, salud y saneamiento básico, que Brasil conseguirá salir de una etapa de desarrollo, que atienda a los anhelos mínimos de la colectividad. Ese asunto, aunque imponga un enorme desafío, proporciona una serie de oportunidades de negocios que permiten, además de la obtención de resultados financieros concretos para los inversores, el engrandecimiento efectivo del espíritu público, por el ofrecimiento de un legado para la población pobre que todavía no salió de un estado de dificultades primarias.

En lo que se refiere a la educación, sector, que indudablemente, tiene la capacidad de transformar la realidad de las personas, los índices nacionales, comparados con otros del mundo, son muy insatisfactorios. La red pública de enseñanza es deficitaria, no solo en razón de la necesidad de más vacantes en las escuelas, sino también por su ineficiencia pedagógica. La complejidad del cuadro todavía se agrava teniendo en cuenta el dinamismo del mundo en el cual vivimos, en el que una revolución digital y de las informaciones se encuentra en curso. Un país que no da prioridad a la educación no tiene un mañana, pierde la esperanza de un futuro mejor. Sin creatividad e innovaciones disruptivas resulta imposible imaginar la superación de los obstáculos que está para venir, se hace ilusorio y distante pensar en el bienestar social.

Para que podamos tener un breve retrato del mercado de infraestructura en Brasil, estudios promovidos por la RADAR PPP, institución asociada a nuestra firma de abogacía, que elabora datos estadísticos de proyectos de infraestructura, demuestran que tenemos, actualmente, 1.247 proyectos de concesión y APPs en desarrollo. Si tenemos en cuenta, solamente, los contratos de asociación

público-privada, que serán analizados más adelante, verificamos que, en la actualidad, tenemos 103 contratos firmados y en ejecución. De ese universo de contratos, 51 fueron firmados en ámbito municipal, 48 en ámbito estadual, 3 en ámbito del Distrito Federal y solo 1 contrato en ejecución en ámbito del Gobierno Federal.

Entre los 103 contratos de APP, 23 fueron en el sector de residuos sólidos, 19 en saneamiento básico (agua y residuos), 11 en el área de la salud pública, 11 en iluminación pública, 9 en estadios deportivos, 7 en equipos urbanos, 4 en carreteras, 3 en viviendas, 3 en sistema de prisiones y solamente un contrato, en las áreas de educación, activos inmobiliarios, multinegocios, aeropuertos, cultura y tecnología.

Nos parece fundamental que se pueda ampliar el número de contratos de APP vigentes en Brasil, especialmente considerando las numerosas necesidades que tiene el país para desarrollar su infraestructura. Esperamos más crecimiento de proyectos en los próximos años, no solo por cuenta de la madurez del mercado, sino también por los avances que, paulatinamente, estamos encontrando tanto en la estabilización económica como en la institucional.

Adentrando en los aspectos jurídicos del sector de infraestructura, es preciso mencionar que Brasil tiene una historia relativamente reciente de contratos estructurados entre el sector público y el sector privado.

La primera ley, que trató el tema, fue promulgada el 13 de febrero de 1995 e instituyó los llamados *contratos de concesión de servicio público*. Esta inauguró un nuevo tipo de acuerdo entre el sector público y el sector privado, previendo contratos de largo plazo, con financiamiento y riesgo asumidos por el sector privado. En este modelo contractual, denominado *concesión común*, la tarifa del servicio público es pagada, normalmente, por el usuario, siendo posible que el Gobierno también participe en la remuneración del concesionario por medio de subsidios. También es posible que la remuneración del concesionario sea compuesta por ingresos alternativos o complementarios, resultantes de la explotación de los llamados servicios accesorios.

La participación del dinero público se hace necesaria, especialmente en sistemas como, por ejemplo, el de transporte público, en el cual la transferencia del costo real para los usuarios tornaría inviable la utilización del servicio, especialmente para la población de baja renta. La principal problemática jurídica, que se instauró en Brasil por cuenta de ese modelo contractual, por fuerza de la manera como el instituto fue definido en la ley, consistió en la interpretación, propuesta por muchos, de que el particular prestador del servicio asumiría todos los riesgos del contrato. Esta visión fue equivocada, pero demoró para que hubiese una

evolución doctrinaria en el sentido de que la lógica de ese modelo contractual impone, obligatoriamente, la distribución clara y objetiva de los riesgos entre el sector público y el privado.

El contrato de concesión común exige que su objetivo considere, necesariamente, la prestación dinámica de una actividad calificada como servicio público, la cual tiene características muy peculiares en el Derecho brasileño. El régimen del servicio público impone la necesaria *identificación* individual del usuario del servicio y la *cuantificación* de servicio que utilizará. Las tarifas, en la *concesión común*, son determinadas por el Poder Público en el contrato y, son obligatoriamente, corregidas por medio de la aplicación de reajuste anual. También el contrato está sujeto a proceso de revisión, cuando ocurren situaciones que vengán a afectar el equilibrio financiero del contrato.

Años más tarde, surge, en Brasil, el 30 de diciembre de 2004, la llamada *Ley de las Asociaciones Público-Privadas*, acrecentando dos nuevos modelos contractuales de *concesión*: las llamadas *concesión administrativa* y *concesión patrocinada*. Los requisitos exigidos por la legislación, para la tipificación de estos contratos, son diferentes de aquellos exigidos en la *concesión común*, especialmente en lo que se refiere a la obligatoriedad de la repartición objetiva y la consolidación de un sistema de garantías públicas para disminuir el riesgo de incumplimiento por el asociado público.

La *concesión administrativa* prevé que el pago de la contraprestación sea realizado, totalmente, por el Poder Público, por esto, la importancia de la garantía en este modelo contractual. Ya en la *concesión patrocinada*, el pago al concesionario es realizado, en parte, por el sector público, por medio de contraprestación y, de otra parte, por los usuarios de los servicios mediante tarifas cobradas directamente de ellos.

Por medio de una recientísima modificación en la ley de las asociaciones público-privadas, ocurrida el año pasado, se modificó la cuantía mínima de esos contratos de APP para diez millones de reales, algo en torno de dos millones y medio de dólares. Anteriormente, ese monto era del orden de veinte millones de reales. Esta modificación nos pareció benéfica, pues permitió que municipios menores pudiesen valerse de este modelo contractual para desarrollar sus proyectos.

Además de eso, los contratos de asociación público-privada en Brasil no pueden tener vigencia inferior a 05 años y no ser superiores a 35 años, incluyendo eventual prorrogación. Ellos tampoco pueden tener únicamente en su objeto el suministro de mano de obra, la instalación de equipos o la ejecución de obra pública. Estas actividades pueden ser realizadas de manera instrumental, siempre teniendo por finalidad la prestación de un servicio de calidad. Para el particular,

también hay la posibilidad de indicación de evaluadores de desempeño y vinculación de la remuneración a alcanzar esos índices. Todas estas definiciones serán determinadas por el sector público al tiempo de planeamiento del proyecto y siempre serán precedidas de licitación.

El régimen jurídico de las Asociaciones Público-Privadas, que regula los contratos de *concesión administrativa* y *patrocinada*, es muy complejo, lo que dificulta su implementación.

Nuestra firma de abogacía trabajó en la modelación de la primera asociación público-privada de Brasil en el sector de saneamiento básico y, en aquel tiempo, para que pudiésemos alinear las expectativas del sector público y garantizar la atractividad del proyecto en el mercado, tuvimos una tarea muy difícil. Aún no había decisiones, en nuestros tribunales administrativos y judiciales, acerca de la materia. La interpretación de la legislación todavía estaba en su etapa embrionaria, lo que abría, de un lado, mucho espacio para experimentación empírica, pero, de otro lado, sujetaba el proyecto a riesgos muy rigurosos de previsión y cuantificación.

Los resultados obtenidos de la asociación público-privada son extremadamente exitosos. La concesionaria fue adquirida recientemente por el Grupo canadiense Brookfield y, actualmente, se llama BRK Ambiental. Desde que la concesionaria privada comenzó a actuar en la ciudad de Río Claro, el índice de obstrucciones en las redes de cloacas se redujo en 46% y los retornos de residuos en más de 90%, sin contar las inversiones en la construcción de las estaciones de tratamiento de residuos que aumentaron en 80% el índice municipal de tratamiento de residuos. La empresa ostenta una preocupación consistente con la eficiencia de los servicios, la sostenibilidad, la ética y la protección del medio ambiente.

La superación de los obstáculos de la infraestructura en Brasil, bajo la perspectiva del Derecho, pasa necesariamente por la consolidación de modelos que den *seguridad jurídica* a los inversores y la necesaria *confianza legítima* de que el sector público y el sector privado cumplirán rigurosamente las obligaciones contractuales. Hay modelos de alta credibilidad consolidados en Brasil y que vienen mejorando la prestación de los servicios. Es fundamental que se estructure una pauta positiva para que ese espacio se transforme en enormes oportunidades para todos. Según nuestra visión, tenemos certeza de que ese proceso se inicia en ese exacto momento.

No obstante, para que podamos comprender, con claridad y didactismo los asuntos jurídicos más relevantes, que pueden dar la necesaria seguridad jurídica a los proyectos y, con eso, hacer con que se alcancen los resultados planeados por las partes, estructuré dos ejes fundamentales a ser recorridos, ellos son:

1. *Capacidad de planeamiento, formulación y gestión de proyectos de infraestructura*

2. *Relaciones transparentes entre el sector público y el privado*

Vamos a iniciar por la capacidad de planeamiento, formulación y gestión de proyectos de infraestructura.

El Gobierno Brasileño tiene una gran deficiencia en su planeamiento. Para estructurar un proyecto de concesión, o APP, es necesario tener enormes conocimientos técnicos de la numerosa y compleja legislación que regula la materia en Brasil y también contar con los servicios de profesionales con experiencia, quienes hayan vivenciado los problemas prácticos que surgen, inevitablemente, de la ejecución de esos proyectos.

Los proyectos deben atender a las necesidades del interés público y, también, ser muy atractivos para la iniciativa privada. El propósito de esto, un instrumento que se ha revelado como siendo extremadamente útil para la mejora de la calidad de esos estudios, es el llamado *Procedimiento de Manifestación de Interés – PMI*.

Este instrumento consiste en la posibilidad de que la iniciativa privada ofrezca estudios y proyectos al sector público. Estos proyectos son recibidos por el sector público y, en caso de que haya el entendimiento de que ellos atienden a las finalidades gubernamentales, son colocados en disputa, por medio de licitación, para cualquier persona que tenga interés en realizarlos.

Con eso, se obtiene un imprescindible perfeccionamiento del planeamiento gubernamental, mediante la elaboración de estudios profundizados que revelarán si:

- i) habrá viabilidad de delegación del servicio para el sector privado;
- ii) habrá ganancias de eficiencia en esa delegación;
- iii) los usuarios tendrán condiciones económicas para aguantar el pago de las tarifas;
- iv) el servicio será universalizado;
- v) la distribución de riesgos contractuales será adecuada;
- vi) los modelos financieros podrán ser estructurados en operaciones de *Project Finance*;
- vii) el modelo regulador elegido será adecuado;
- viii) habrá transparencia y ética en las reglas para licitaciones;
- ix) habrá posibilidades para modificaciones de cláusulas contractuales y de sus respectivos límites.

Recientemente, mi trabajo sobre Procedimiento de Manifestación de Interés (PMI) fue citado como una referencia en Brasil acerca del tema, en el estudio titulado “Structuring PPPs and Concession Projects in Brazil: Diagnosis of the Brazilian Model and Proposals for betterment”, realizado por el *Banco Nacional de Desarrollo Económico y Social* – BNDES y por la *International Finance Corporation* (IFC) del Banco Mundial.

No tenemos dudas de que, por la vía del planeamiento gubernamental adecuado, realizado en franca colaboración con el sector privado, será posible establecer un perfeccionamiento en los modelos de infraestructura, haciendo con que los resultados sean efectivos para el sector público y que den seguridad jurídica al sector privado, permitiéndose, finalmente, construir una sociedad mejor, con ganancias para toda la colectividad.

El régimen jurídico de los contratos, en Brasil, tiene peculiaridades que precisan ser tenidas en cuenta al tiempo de la estructuración del proyecto para que la ejecución contractual se realice armoniosamente. Además de la legislación de regencia, que consustancian los modelos contractuales típicos, es posible pensar en *modelos innovadores*, por medio del ejercicio de la competencia discrecional de las partes gubernamentales, siempre manteniéndose en las trincheras de la legalidad. Otro aspecto importante es la *legislación sectorial* que, muchas veces, es ignorada al tiempo de promoverse la estructuración de los proyectos. Para cada sector de la infraestructura, tenemos, en Brasil, una legislación sectorial. Si tratamos de saneamiento básico, por ejemplo, hay una ley que disciplina la materia en el ámbito federal. En caso de que estemos hablando de movilidad urbana, también hay legislación específica acerca del tema, sin contar los sectores más tradicionales, como energía y telecomunicaciones, que cuentan con un sistema normativo grandioso y complejo.

Otro aspecto importante de la modelación de proyectos de la infraestructura en Brasil consiste en la composición adecuada de la *matriz de riesgos* que involucran esos proyectos, su destinación y los mecanismos de mitigación. Hay parámetros internacionales, muy relevantes, para determinación de riesgos, no obstante, es fundamental que se tenga experiencia y comprensión de Brasil para que algunos riesgos, que son más evidentes en nuestro país, sean evaluados correctamente, de manera a dar una solución adecuada para su tratamiento.

Los riesgos, por ejemplo, resultantes de innovaciones tecnológicas deben ser objetivo de profunda investigación y cuidado en la fase de la modelación del proyecto, una vez que el riesgo de tecnología disruptiva puede modificar, radicalmente, cuanto fue concordado originalmente. Es fundamental que el modelo contractual ofrezca algunas válvulas de seguridad, considerándose los límites y

la rigidez del régimen jurídico que orienta a los contratos públicos en Brasil. Es fundamental que, durante la modelación, tales riesgos sean tenidos en cuenta, aún más tratándose de contratos de largo plazo en los cuales, necesariamente, las innovaciones tecnológicas y científicas irán a tener impactos en la ejecución contractual.

En lo que respecta a la ejecución de los contratos, la ineficacia reguladora y el largo transcurso de plazo, entre la situación que abale financieramente al contrato y la decisión gubernamental para su recomposición, pueden traer maleficios graves a la economía contractual. Por esto, es fundamental que el acompañamiento de la ejecución contractual sea hecho de manera muy próxima, evitándose que el contrato entre en situación de riesgo financiero. Hay numerosas estrategias jurídicas que pueden ser implementadas, de modo a asegurar la obtención de los resultados requeridos por los accionistas de la compañía. Con respecto a esto, se exige un comportamiento activo y muy de cerca.

El otro eje fundamental, para que se tenga estabilidad jurídica en los proyectos de infraestructura, concierne a la necesaria relación de *transparencia* y ética entre el poder público y el privado. Brasil vivió, en los últimos años, una verdadera revolución en su sistema de control de actos de corrupción, con algunas exageraciones en algunos puntos, es verdad, pero extremadamente importante y saludable para recuperar la confianza en las instituciones nacionales. Este movimiento obligó a las empresas a adecuarse a un nuevo orden, en el cual el sistema de *compliance* y los programas de integridad pueden ser instrumentos importantes, a ser utilizados por las empresas que actúan con el Poder Público, de manera a favorecer un ambiente de negocios ético y promisorio, en el que las reglas de juego sean respetadas, por todos sus *stakeholders*, sin favorecimientos y sin comportamientos ilícitos.

Fue acrecentada, al microsistema legal de responsabilidad, la llamada Ley Anticorrupción, promulgada en el año 2015, estableciéndose una serie de rigurosas sanciones para las empresas que realicen actos de corrupción, en la tentativa seria de frenar y extirpar comportamientos no idóneos de las compañías que se enfrenten contra la isonomía de tratamiento en licitaciones y contratos, y la circulación indebida de recursos públicos. Actualmente, hay muchísimos debates, en nuestro Congreso Nacional, acerca de otras adecuaciones legislativas, todas ellas en el sentido de dificultar relaciones de promiscuidad entre los agentes públicos y las empresas que se relacionan con ellos.

Es preciso realmente afirmar que Brasil viene dedicando todos sus esfuerzos en el sentido de perfeccionar su sistema anticorrupción, luchando por contrataciones públicas idóneas, el cual proteja contra los descuidos en la gestión de

los recursos públicos y que inaugure lo que se llama de nuevo mercado, con empresas limpias, adherentes a los sistemas de *compliance*, que sean transparentes y que puedan contribuir, decisivamente para una sociedad más justa y solidaria.

Frente a todas estas consideraciones, nos parece que Brasil comienza a adentrarse en una nueva fase de su vida republicana. Una fase en la que está perfeccionando su capacitación técnica para el desarrollo y la gestión de contratos de infraestructura, de manera a dar más *estabilidad jurídica* a los inversores, solidez en las relaciones entre *lo público y lo privado*, pautando esa relación por valores de *transparencia* y ética, con la *confianza legítima* de que todas las obligaciones asumidas serán incondicionalmente cumplidas, en verdadero espíritu de convergencia.

La actuación del abogado tiene un papel fundamental y estratégico en el tratamiento de esos asuntos, especialmente para promover la entrega de proyectos de infraestructura sólidos, que ofrezcan servicios eficientes e innovadores y que esos servicios puedan ser aclamados por la sociedad como un instrumento fundamental para el desarrollo económico y la mejora de la calidad de vida de las personas, en un ciclo altamente virtuoso y que dé, además de mucha satisfacción por el cumplimiento siempre deseable de una obligación pública, la convicción de que estamos construyendo una nación con bases sólidas, plenamente confiable, y ¡que ofrezca *seguridad jurídica* para aquellos que vengan a invertir en este maravilloso país.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Inovação, tecnologia e infraestrutura, de Patricia Peck Pinheiro e Diogo Mac Cord de Faria, *RDA* 5/251-267 (DTR\2018\14249); e
- A justiça, o pobre e a desburocratização, de Caetano Lagrasta Neto – *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos* 5/735-738 (DTR\2012\758).

CONFERÊNCIA DE ENCERRAMENTO DO PRIMEIRO DIA DO V FÓRUM NACIONAL DE INFRAESTRUTURA

FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO

Professor Titular de Direito Administrativo dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da Universidade de São Paulo, sendo atualmente Diretor da Faculdade. Doutor (1999) e Livre-Docente (2008) pela Universidade de São Paulo. Advogado. floriano@manesco.com.br

ÁREA DO DIREITO: Administrativo

O objetivo desta exposição é traçar um panorama da relação que se estabelece entre segurança jurídica, segurança das instituições jurídicas e infraestrutura.¹ O intuito é demarcar essa relação considerando que, apesar de sua enorme potencialidade, o Brasil apresenta inúmeros déficits de infraestrutura pelo prisma jurídico. Assim, a radiografia a ser feita não é generosa ou otimista, e se refere não à crise econômica que vivemos hoje, mas a um panorama maior: as mazelas verificadas no setor de infraestrutura.

O artigo parte de três premissas óbvias. Primeiro, nenhum país tem um desenvolvimento econômico consistente sem uma boa infraestrutura. Segundo, é impossível ter investimentos em Infraestrutura sem ter um ambiente de segurança jurídica que favoreça não só a implantação, mas a gestão de infraestruturas. E terceiro, não é possível ter um ambiente institucional que favoreça isso sem um compromisso efetivo, e não retórico, com a segurança jurídica.

Essas três premissas, quando desdobradas em reflexão jurídica, apresentam vários problemas e aspectos.

De início, é de se questionar por que a infraestrutura é tão sensível a esse ambiente de insegurança jurídica, enquanto em outros setores da atividade

1. Primeira Conferência de Encerramento do V Fórum Nacional de Infraestrutura, realizada na tarde de 04.10.2017, no “Plenário do Conselho” da OAB/SP, promovido pelo Instituto Brasileiro de Estudos da Infraestrutura – IBEJI em parceria com a OAB/SP.

econômica isso não é tão perceptível. Como um país consegue se desenvolver no setor agrário, no setor minerário, consegue ter até algum tipo de desempenho em inovação em outros setores de atividade econômica, e consegue ser tão atrasado em Infraestrutura?

Pois bem, de um lado, há um dado na economia e, mais do que isso, na própria verificação prática da construção jurídica: a infraestrutura – qualquer que seja o titular do seu domínio –, por definição, é um ativo público. A designação pública não aparece aqui no sentido de ser propriedade estatal, a questão é que só faz sentido ter infraestrutura para consagrar a propriedade a uma fruição de terceiros.

De outro lado, é fato que as infraestruturas como tal envolvem necessariamente investimentos elevados. Mais, envolvem um componente muito grande de intervenção na realidade econômica, na natureza. Daí um terceiro aspecto é que essas infraestruturas têm um tempo de implementação e de concretização bastante longo, com uma mobilização de recursos intensa e por longo tempo e, ao final, com um caráter de permanência. Um restaurante, uma casa de repasto, um hotel, podem até envolver um investimento alto, mas tendem a durar um certo tempo. Restaurantes abrem e fecham com alguma frequência. No setor de serviços, a mesma coisa. Em alguns setores, o tempo de maturação, de exploração do investimento, não de retorno, é curto. Já infraestruturas, por definição, demoram para ser implantadas para se pagarem precisam de longo do tempo na prestação de serviços para terceiros ou para serem base para superestruturas econômicas. Isso implica, necessariamente, decisões de longo prazo, decisões de investimentos intensos e aquilo que os economistas chamam de “elevados custos de formação” ou de “custos enterrados”.

Ademais, os investimentos em infraestrutura, por definição, têm baixa mobilidade, isto é, têm baixa capacidade de serem implantados e realocados de maneira rápida. Assim, um investimento como esse, base para outras atividades e cuja implantação organiza e coordena outros investimentos, depende totalmente do ambiente em que é efetivado. Não é possível haver a criação de um setor forte de infraestrutura sem oferecer para aqueles que querem atuar nesse setor um ambiente de mínima estabilidade e de mínima efetividade institucional para responder aos desafios que a infraestrutura em si mesmo já traz, em suas interfaces muito diversas. Por exemplo, a existência de uma ferrovia leva a uma organização de outros agentes econômicos (usuários). Isso também pode ser aplicado para uma infraestrutura de saneamento, de energia elétrica, de provimento de gás, enfim, tudo o que puder ser tratado como uma infraestrutura. Independentemente de o regime de exploração ser um regime publicístico, ou de o ator ou detentor dessa infraestrutura ser de natureza jurídica pública ou privada.

Sendo esse o ambiente da infraestrutura, há uma demanda bastante grande de certeza e previsibilidade jurídicas. Não é possível que um investimento de alto vulto e baixa mobilidade seja submetido a um grau elevado de incerteza. Se esse grau elevado de incerteza é percebido por aquele que tenha interesse em atuar no setor de infraestrutura, necessariamente esse agente vai transformar essa incerteza em custo e transferir para aquele investimento. Ou seja, o custo da instabilidade já em si um mal. Mas o pior é o fato de que, em alguns casos, a incerteza se coloca tão elevada que ela simplesmente desincentiva o investimento.

Esse cenário é ideal para a reflexão e, mais do que entender as dificuldades da infraestrutura pelas consequências, é preciso examinar as causas. Nos últimos anos, um debate recorrente tem sido aquele sobre as alternativas ao financiamento público de infraestruturas. Por que não existe investimento privado ou fonte privada de recursos alternativos ao BNDES (Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social)? Desde o início da crise fiscal a retração do BNDES no sistema de financiamento, essa reflexão aparece. Aventa-se que um sistema de taxa Selic não torna interessante criar fundos de investimento em infraestrutura, porque a taxa que o BNDES adota impede os investimentos. Ainda assim, raramente se questiona qual é o grau de segurança que um investidor tem para, por exemplo, adquirir uma debênture de uma empresa de saneamento, que a cada quatro anos tem que enfrentar um prefeito novo que se elege defendendo o fim da concessão. Qual a taxa a ser oferecida? Como criar um mercado de um fundo de investimento em infraestrutura quando se ignora se o contrato que baseia essa análise de risco vai ser respeitado?

De um lado, a relação de causa e consequência está que no Brasil, na prática, ainda não se acredita em segurança jurídica. De outro lado, como mencionado, toda infraestrutura é pública: ainda que não necessariamente de domínio público, sempre representa uma interface com o Poder Público. Assim, enquanto se imaginar que o Poder Público pode tudo em relação ao privado, qualquer alteração nesse cenário continuará impossível. Não há nenhuma possibilidade venturosa de desenvolvimento do país enquanto predominar a concepção de que o Estado é o *locus* da virtude e o mercado é o *locus* do vício. Para quem não acredita nisso, resta buscar alternativas.

Assim, é preciso enfrentar os pontos relevantes, seja na teoria, seja na prática. Na teoria, verifica-se um discurso quase esquizofrênico: todos os atores jurídicos, como juízes, promotores, agentes públicos e advogados são capazes de fazer um discurso emocionante de defesa da segurança jurídica, desde que respeitando a segurança jurídica cada um deles seja o vencedor. O desafio é defender a segurança jurídica quando ela lhe é desfavorável.