

Recebido em: 09/11/2021

Aprovado em 16/12/2021

INVESTIMENTOS CRUZADOS EM CONTRATOS DE INFRAESTRUTURA: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA SISTÊMICA DE REDES

*THE CROSS-INVESTMENTS IN INFRASTRUCTURE
CONTRACTS: AN ANALYSIS FROM A SYSTEMIC NETWORK
PERSPECTIVE*

Natália Resende Andrade Ávila

*Procuradora Federal. Consultora Jurídica do Ministério da Infraestrutura.
Doutoranda no PTARH/UnB, com foco em Regulação de Infraestrutura de Redes.*

Rafael Véras

*Professor do LLM em Infraestrutura e Regulação da FGV Direito Rio. Doutorando e
Mestre em Direito da Regulação pela FGV Direito Rio.*

SUMÁRIO: Introdução. 1. Relativização dos mitos a propósito do regime jurídico dos contratos de concessão. 2. Dos investimentos cruzados sob a ótica sistêmica de redes. 3. Conclusão. Referências.

RESUMO: O presente ensaio cuida dos denominados “investimentos cruzados”, assim considerados como aqueles em que o concessionário ou arrendatário pode vir a realizar “obrigações de investimentos” em outros projetos que não os que lhe foram delegados. O novo instituto desafia algumas concepções rígidas de um direito administrativo de outrora, dentre as quais, o dever irrestrito de licitar; a relatividade dos efeitos contratuais; a vinculação das fontes de financiamento da concessão ao mesmo projeto. Pretendemos endereçar algumas interpretações jurídicas a propósito desta novel engenharia contratual, especialmente no que toca à sua validade e ao seu raciocínio econômico. Para tanto, o artigo aborda, em um primeiro momento, a desmitificação do entendimento de que os contratos administrativos teriam efeitos apenas interpartes e, numa segunda parte, os investimentos cruzados sob a ótica sistêmica de redes, que deve nortear os setores de logística. Por fim, algumas reflexões são trazidas acerca de balizas necessárias no âmbito de tais investimentos, a serem alicerçadas em decisões racionais e consequencialistas.

PALAVRAS-CHAVE: Contratos de concessão. Investimentos cruzados. Infraestrutura de redes. Regulação de Redes. Sistemas Econômico, Político e Jurídico. Integração.

ABSTRACT: This essay deals with the so-called “cross-investments”, which are “investment obligations” performed by the concessionaire in projects outside its delegation. The new institute challenges some rigid conceptions of administrative law, such as unrestricted duty to bid; relativity of contractual effects; linking of the sources of financing of the concession to the same project. The article intends to discuss some legal interpretations of this contractual engineering, especially its basis and economic reasoning. Firstly, the understanding that administrative contracts would not have effects only inter-parties is discussed, and section two shows the cross-investments under the systemic view of networks, which should guide the logistics sectors. Finally, some reflections about the necessary guidelines in the scope of such investments, based on rational and consequentialist decisions, are presented and discussed.

KEYWORDS: Concession Contracts. Cross-Investments. Network Industry. Network Regulation. Economic, Political and Legal Systems. Integration.

INTRODUÇÃO

Em 5 de junho de 2017, foi promulgada a Lei nº 13.448, fruto da conversão da Medida Provisória nº 752, de 24 de novembro de 2016, que estabelece diretrizes gerais para prorrogação e para a relicitação dos denominados “contratos de parceria”, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal. Tal diploma, para além de disciplinar os novidadeiros institutos da relicitação e da prorrogação antecipada, teve por racional implementar nos contratos de infraestrutura um regime jurídico lastreado na incompletude e na assimetria de informações intrínsecas a esses ajustes.

Para tanto, tal diploma pretende efetivar as diretrizes traçadas pelo Programa de Parceria de Investimentos (PPI), dentre as quais, para o que aqui importa, destacam-se as de “garantir a expansão com qualidade da infraestrutura pública, com tarifas adequadas” e de “fortalecer políticas nacionais de integração dos diferentes modais de transporte de pessoas e bens, em conformidade com as políticas de desenvolvimento nacional, regional e urbano” (art. 2º, II e V, da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016).

Como se pode observar, a Lei nº 13.448/2017 intenta nortear a regulação veiculada por intermédio de pactos concessórios – trazendo previsibilidade e estabilidade às novas modelagens. Mais que isso, ela consagra o entendimento de acordo com o qual a regulação dos setores de infraestrutura predica uma regulação holística e sistêmica.

É sob tal perspectiva que tem lugar o seu art. 25, § 1º, segundo o qual o poder público, de comum acordo com o parceiro privado, busca soluções para todo o sistema, podendo “adotar medidas diferenciadas por contrato ou por trecho ferroviário que considerem a reconfiguração de malhas”, admitida, ainda, “a previsão de investimentos pelos contratados em malha própria ou naquelas de interesse da administração pública”.

Em sentido semelhante, mas com o escopo ampliado para o setor rodoviário, além do ferroviário, o art. 30, § 2º, aduz que valores decorrentes de compensações de haveres e deveres de natureza não tributária, incluindo multas, “poderão ser utilizados para o investimento, diretamente pelos respectivos concessionários e subconcessionários, em malha própria ou naquelas de interesse da administração pública”.

Ainda no âmbito do setor de infraestrutura de transportes, um pouco depois da publicação da MP nº 752/16, o Decreto nº 9.048, de 10 de maio de 2017, ao alterar o Decreto nº 8.033, de 27 de junho de 2013, que regulamenta a Lei de Portos (Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013), trouxe também para o setor portuário uma lógica análoga ao dispor, no art. 42-

A, que o poder concedente poderá autorizar, nos casos de arrendamento portuário, “investimentos, fora da área arrendada, na infraestrutura comum do porto organizado, desde que haja anuência da administração do porto”.

Cuida-se, em todos os casos, dos denominados “investimentos cruzados”, assim considerados como aqueles em que o concessionário ou arrendatário pode vir a realizar “obrigações de investimentos” em outros projetos que não os que lhe foram delegados.

Temos para nós que o novo instituto desafia algumas concepções rígidas de um direito administrativo de outrora, dentre as quais, o dever irrestrito de licitar; a relatividade dos efeitos contratuais; a vinculação das fontes de financiamento da concessão ao mesmo projeto. Eis o objeto do nosso ensaio. Pretendemos endereçar algumas interpretações jurídicas a propósito deste novel instituto, especialmente no que toca à sua validade e ao seu raciocínio econômico.

Para tanto, num primeiro momento, pretendemos desmitificar o entendimento de que os contratos administrativos teriam efeitos apenas interpartes e, num segundo momento, analisaremos os investimentos cruzados sob a ótica sistêmica de redes, que deve nortear os setores de logística, com reflexões, ao fim, sobre algumas balizas a serem observadas em tais investimentos.

1. RELATIVIZAÇÃO DOS MITOS A PROPÓSITO DO REGIME JURÍDICO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO

No Brasil, o regime jurídico dos contratos em que o poder público é parte foi forjado a partir da transposição acrítica de ensinamentos doutrinários legatários da Europa Continental. Seguiu daí a consagração do entendimento segundo o qual o contrato administrativo deveria ser disciplinado por um regime jurídico único, permeado de prerrogativas publicísticas.

Tal entendimento importou no que Marques Neto (2010) designou, com muita felicidade, de “Maldição do Regime Único”. É dizer, tal maldição teve lugar, por intermédio da tentativa de, a partir da apartação entre Direito Público e Direito Privado, atribuir a todos os institutos do Direito Público um regime jurídico único, pautado na ideia de supremacia do interesse público. De acordo com o autor, isso se deu: (i) em razão de uma necessidade metodológica, que tem de ver com a afirmação do Direito Administrativo, bem como da necessidade vivida no fim do século XIX de demarcar seus lindes em relação a outros ramos do direito; (ii) em decorrência da influência do Direito Administrativo Francês, em que a segregação entre o regime comum e administrativo era necessária à dualidade de jurisdição; e (iii) em razão da influência corporativa das mais

distintas origens e propósitos, que sempre tendem a unificar o tratamento jurídico dos institutos e a rejeitar modificações de regimes.

Esses paradigmas, há muito, vêm apresentando anomalias. A profusão de subsistemas regulados (rodovias, portos, saneamento, ferrovias, aeroportos) é um exemplo saliente disso. Cada subsistema regulado apresenta um arsenal regulatório endógeno (contratual) e exógeno (decorrente da agência reguladora setorial) que, juntos, endereçam o regime de contratação, no âmbito desses setores.

Não há que se falar em unicidade de regimes jurídicos contratuais, mas no desenho de regulações contratualizadas customizadas, que visam a corrigir falhas de mercado setoriais, reduzir a assimetria de informações entre as partes e, por conseguinte, as suas condutas de oportunidades.

Ademais disso, os contratos de infraestrutura passam a se submeter a relações jurídicas horizontalizadas entre os particulares e poder público. A referida tendência da atuação consensual da Administração Pública fora, há muito, observada por Moreira Neto (2011), quando leciona que “o antagonismo já propiciou, durante boa parte da história, o progresso da humanidade, mas, por outro lado, fomentou o acontecimento de guerras – duas quentes e uma fria”. E conclui, em passagem lapidar, que, por essa razão, “a coordenação, por possibilitar uma convergência de expressões do poder, aumenta o grau de confiança do Administrado no Estado; daí o surgimento do princípio do Consenso, que se traduz no primado da concertação sobre a imposição”.

Tal princípio se manifesta, para o aqui importa, na redução da dicotomia público/privado. Nesse quadrante, conforme lecionam Palma e Schirato (2009), “o dogma da existência de uma espécie de avença própria e exclusiva da Administração Pública passa a ser atenuado, entendendo-se mais e mais ser possível a adoção de instrumentos privados”, como, por exemplo, “a negociação durante o processo de formação da avença (conforme permitido pela legislação da licitação na modalidade de pregão, por exemplo), a arbitragem como mecanismo lícito de solução de disputas etc”.

A “privatização” do contrato de concessão é um movimento sem volta. As prerrogativas publicísticas passam a ter de conviver com mecanismos típicos de direito privado, tendo como manifestação saliente dessa característica a negociação de suas obrigações.

Nesse quadrante, é de se destacar a própria Lei nº 13.448/2017, na qual se estabelece um regime jurídico para a relicitação e para a prorrogação antecipada de contratos de concessão – institutos que nada mais são do que instrumentos de renegociação dos contratos de concessão. No mesmo sentido, no setor de concessão de aeroportos, digna de nota é a Medida

Provisória nº 779, de 19 de maio de 2017, convertida na Lei Federal nº 13.499, de 26 de outubro de 2017, por intermédio da qual se renegociou o pagamento de outorgas¹.

Nesse sentido, são precisos os ensinamentos de Schunck (2013), em robusta tese de doutoramento sobre o tema, para quem, em contratos de longo prazo “não apenas o devedor da obrigação possui deveres, mas igualmente o credor, que deve colaborar o tempo todo para o cumprimento da obrigação e agir de modo a permitir a completa realização do programa contratual”. Cuida-se de uma espécie de “obrigação de contratar”², ou, melhor dizendo, de “recontratar”.

Segue daí um dos fundamentos dos investimentos cruzados: a abertura dos contratos de concessão à consensualidade, a partir da qual poder concedente e concessionários se veem autorizados a negociar novas obrigações de investimentos.

Acontece que o novel instituto parte da premissa de acordo no qual os investimentos cruzados serão realizados em outros ativos que não na própria concessão, o que poderia importar no desvirtuamento do objeto licitado. Esse entendimento é açodado, e, como tal, improcedente.

Em primeiro lugar, porquanto, no âmbito da teoria geral dos contratos, quando se trata de previsão de investimentos pelos contratados, seja no próprio contrato seja em malha de interesse da administração ou na infraestrutura comum do porto organizado, o que se está a disciplinar, no sentido estritamente técnico e tal como consta nos arts. 304 e seguintes do Código Civil, é uma forma de cumprimento de uma ou mais obrigações.

Como bem explana Venosa (2008), o pagamento deve ser visto nas obrigações de dar, fazer e não fazer. Por exemplo, ensina o citado autor,

1 No setor das concessões rodoviárias federais, tentou-se endereçar renegociação similar, por intermédio da Medida Provisória nº 800/2017 – a qual veio a perder sua eficácia pela ausência de apreciação.

2 Cuida-se de racional similar ao que se passa na aplicação da *Essential Facilities Doctrine*. Como sabemos, tal teoria teve lugar pela primeira vez no caso *Terminal Railroad*, julgado em 1912 pela Suprema Corte, mas o julgamento que fixou as bases que até hoje presidem a Teoria foi o MCI contra AT & T, realizado pelo Sétimo Circuito da Justiça dos EUA, em que esta teve que dar acesso à sua rede de telefonia fixa (*a facility*), da qual tinha o monopólio, para aquela prestar os seus serviços de telefonia interurbana em concorrência com a própria AT & T, que também os prestava. *MCI Communications Corp. v. AT & T*. (708 F.2d 1081, 1132 (7th Cir.), cert. *Denied*, 464 U.S. 891 (1983)). Dessa teoria decorre o direito a um *duty to contract* («dever de contratar»). Esta definição é, no entanto, importante, porque o direito deste país não equiparou o direito de acesso ao *right to pass*, que seria equivalente à nossa servidão administrativa. (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços públicos e concorrência. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 59-123, abr./jun. 2003).

paga-se, na compra e venda, quando se entrega a coisa vendida; paga-se, na obrigação de fazer, quando se termina a obra ou a atividade encomendada³.

Eventual investimento a ser realizado em malha de interesse da administração ou na infraestrutura comum do porto organizado constituirá contrapartida da concessionária (obrigação de fazer), que poderá substituir a outorga (obrigação de pagar) advinda, por exemplo, de um processo de prorrogação antecipada, retroalimentando positivamente os respectivos setores.

Cuida-se, portanto, de formas de cumprimento de obrigações contratuais que possibilitam a realização de investimentos cruzados, nos termos do § 1º do art. 25, do § 2º do art. 30, ambos da Lei nº 13.448/2017, e do art. 42-A do Decreto nº 9.048/2017, a fim de solucionar entraves logísticos, modernizar o desenho regulatório e desenvolver a infraestrutura dos setores ferroviário, rodoviário e portuário.

Conclusão semelhante chegou o Supremo Tribunal Federal, quando da apreciação da ADI nº 5991, que discutiu a validade constitucional do inciso II do § 2º do art. 6º, dos §§ 1º, 3º, 4º e 5º do art. 25 e do § 2º do art. 30 da Lei nº 13.448/2017.

Como ressaltou a Ministra Relatora Carmem Lucia, por ocasião do julgamento da medida cautelar pleiteada pela Procuradoria-Geral da República, “[a] imutabilidade do objeto da concessão não impede alterações no contrato para adequar-se às necessidades econômicas e sociais decorrentes da dinâmica do serviço público concedido e do longo prazo contratual estabelecido”, sendo necessário observar “o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e os princípios constitucionais pertinentes”.

Também o Ministro Gilmar Mendes, no julgamento da aludida cautelar, afirmou que, uma vez que o contrato de concessão é um acordo bilateral que opera no interesse da administração pública, “nada impede que, de forma acessória à obrigação principal de prestação adequada do serviço dentro da malha licitada, sejam também pactuadas obrigações não diretamente relacionadas ao empreendimento”.

Já no julgamento do mérito, a Ministra Relatora confirmou os termos da medida cautelar indeferida, votando no sentido de julgar improcedente a ação, e destacou que “no investimento cruzado, não se tem alteração do objeto da concessão, mas da alteração contratual para adequar-se às necessidades mutáveis do interesse público”.

3 Segundo o referido autor: “[v]ulgarmente, quando nos assoma a noção de pagamento, logo imaginamos o cumprimento de uma obrigação em dinheiro. Isto é, corriqueiramente, até entre nós mesmos, técnicos do direito, imperceptivelmente ligamos o pagamento a uma transferência em dinheiro. Nada impede que continuemos a racionar assim. Contudo, o termo pagamento, no sentido estritamente técnico e tal como está nos arts. 304 ss. (arts. 930 ss.) do Código, é toda forma de cumprimento da obrigação. Trata-se das solutio, solução do velho direito. A obrigação, a dívida solve-se, resolve-se, paga-se”. Em sentido semelhante: RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: parte geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 124.

É de se ressaltar que os investimentos cruzados, uma vez executados pela concessionária/arrendatária, não serão incorporados à concessão/arrendamento, não desfigurando, em razão disso, seu objeto originalmente pactuado.

Outrossim, não constitui demasia relembrar que a licitação é um processo cuja condução se destina à obtenção, por parte da Administração, da proposta que lhe seja mais vantajosa quando esta pretende adquirir bens e serviços no mercado, ou ainda dispor de determinados bens.

Exatamente por não constituir um fim que nela se esgota, senão meio para a consecução das finalidades jurídicas mencionadas, que a própria legislação a excepciona, seja quando a competição entre os interessados que entabularão a relação jurídica com a Administração não se mostra viável, seja quando, apesar de viável a competição, em algumas circunstâncias previamente fixadas na legislação a licitação não se mostra conveniente.

A decisão proferida pela 4ª Vara Federal Cível de Vitória, em 26.07.2018, no âmbito da Ação Civil Pública nº 5006063-63.2018.4.02.5001/ES, apresenta de forma muito clara a problemática quando se trata de investimento cruzado:

Pois bem. Em um primeiro momento há que se distinguir duas hipóteses diferentes entre si. A primeira é a contrapartida econômica consistente não somente em construção de um bem (EFVM ou FICO), mas também a concessão de sua operação, sem licitação. **A segunda, de uma contrapartida econômica que consistisse em apenas construção de um bem** (esse bem poderia ser tanto a expansão da EFVM, quanto a construção da FICO) **e que, depois de pronto, seria entregue à União, se incorporando ao ativo do país.**

(...)

Vejamos as hipóteses separadamente.

Acerca da primeira hipótese, não somente construção de ferrovia, mas também concessão de operação dela (como contrapartida econômica pela prorrogação da concessão da EFVM), haveria vícios graves de origem constitucional caso fosse levada adiante. É que, como bem destacou o autor, a concessão de serviços públicos como dispõe a CF em seu art. 175 precisa ser precedida de licitação. Nesse último caso, a CF, aparentando dar maior ênfase, utiliza o termo sempre. Pela importância do tema, vale novamente a transcrição:

(...)

No caso concreto, todavia, a União tratou de afastar essa hipótese (concessão sem licitação), noticiando que, após a construção, o bem voltará ao patrimônio público para ser licitado em sua concessão de serviço (Evento 15 – pet. 01 – pg. 27), o que coincide com as notícias veiculadas por boa parte da imprensa especializada.

Nesse sentido, a União esvaziou os fatos trazidos pelo autor no que tange à concessão de serviços públicos sem licitação, uma vez que isso não se dará.

Além do mais, no estágio em que o processo administrativo de prorrogação antecipada se encontra (elaboração de estudo técnico prévio), ainda não é possível afirmar o que pretende crer o autor. Assim, não há elementos para deferir tutela de urgência quanto a esse ponto. Quanto à segunda hipótese (somente a construção de bem como contrapartida econômica sem sua concessão para operação), vejamos o que diz o citado art. 37, XXI, da CF/88 quanto a construção de obra que será incorporada ao ativo público:

(...)

Como a própria norma constitucional afirmou, a licitação é a regra, só havendo possibilidades de contratação direta nos termos da lei. E essa estabeleceu alguns casos em que a licitação é dispensada e outros em que ela é inexigível. Estão nos arts. 24 e 25 da lei 8666/93.

Nesse contexto de exceções legais à regra de licitação, a lei 13448/2017 criou a possibilidade do investimento cruzado ou apenas investimento (como é denominado na lei) quando admitiu que a contrapartida econômica da prorrogação antecipada pudesse ser consistente em obrigação de fazer, de modo a alavancar soluções para os graves problemas de logística do país.

Evidentemente não se trata de hipótese de dispensa ou inexigibilidade, mas, tão quanto essas, admite guarida na exceção constitucional vista acima, de que as licitações são obrigatórias, ressalvadas as hipóteses legais. **Como se verá a seguir, o sistema ferroviário brasileiro exige que o intérprete da lei compreenda as particularidades que permitem o enquadramento da lei 13448/2017 como uma das hipóteses de investimento cruzado não vedada pela CF/88.**

(Grifou-se)

Não se pode impor, portanto, ao poder público, tal preceito como um limite ao estabelecimento de uma modelagem econômico-financeira, que considera a unidade finalística de uma rede de infraestruturas e gera incentivos para o funcionamento do sistema de logística como um todo, tema que será desenvolvido no próximo tópico.

Cuida-se de uma engenharia contratual que, no limite, visa a endereçar a impossibilidade fática de aporte de recursos públicos em ativos específicos e importantes à sociedade.

Ademais, já se encontra superado o entendimento de que os negócios jurídicos só produziram efeitos entre as partes. Trata-se de uma manifestação da “Teoria da Eficácia Externa do Crédito”, segundo a qual terceiros estranhos ao contrato devem suportar os efeitos e as limitações dele decorrentes, como um exemplo de exceção ao princípio da “relatividade dos contratos”⁴.

Os pactos concessionários, ao serem celebrados no âmbito de um sistema, compõem um plexo interligado de relações contratuais (o contrato de concessão, os contratos privados celebrados pelos concessionários, o contrato de financiamento, os contratos celebrados com os usuários).

Cuida-se de contratos coligados. Trata-se de uma sofisticação contemporânea para o desenvolvimento de atividades econômicas, por meio das redes de negócios como “*modes of organising economic activities that bind formally independent firms who are more or less economically dependent upon one another through stable relationships and a complex reciprocity that is more co-operative than competitive in form*” (Teubner, p. 17).

Assim, os contratos de concessão devem ser considerados como uma parte de um sistema, que, como tal, faz parte de uma engenharia de retroalimentação de incentivos. E isso não importa, per se, numa violação do dever de licitar. Afinal, de novo, a licitação é um meio, e não um fim em si.

2 DOS INVESTIMENTOS CRUZADOS SOB A ÓTICA SISTÊMICA DE REDES

As normas que tratam dos investimentos cruzados no âmbito do setor de infraestrutura de transportes autorizam o poder público a pensar seus contratos de parceria sob a perspectiva de solucionar questões operacionais e logísticas de uma forma sistêmica.

Para além das normas autorizadoras, cabe compreender a lógica que as acompanha. A regulação, segundo Marques Neto (2011), serve de elemento de

⁴ Nesse sentido, confira-se o Enunciado 21, da I Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal: 21 - Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito.

integração entre os sistemas econômico, político e jurídico, sendo isso possível “a partir da identificação de subsistemas regulados, entendidos como o conjunto integrado pelos usuários (consumidores), pelo ente regulador, pelos bens e processos”, os quais, “de forma articulada e inter-relacionada, concorrem para o funcionamento e reprodução de uma dada atividade econômica (no âmbito e em torno da qual se estrutura este subsistema)”.

De acordo com Newbery (1999), o problema enfrentado por investidores/concessionários e consumidores/usuários se concentra no desenvolvimento de instituições que equilibrem interesses e poderes. O desenho regulatório referente às regras para a fixação de preços/tarifas, nesse contexto, é apenas uma parte da agenda de infraestruturas de rede, que trazem consigo a ideia de sistemas.

Como explica Moss (2005), as redes são compostas de links que conectam os nós. Há uma série de configurações possíveis, de acordo com a autora, como por exemplo: (i) rede “estrela” com um hub central, que poderia representar (a) sistema referente aos transportes aéreos, sendo o nó central o aeroporto hub e os nós externos aeroportos menores ou (b) sistema local de distribuição de eletricidade, sendo o nó central o gerador, os nós externos os consumidores e as ligações as linhas de distribuição (Figura 1); (ii) duas redes “estrelas” conectadas através de uma linha de tronco, em que se observa o fluxo de operações entre dois sistemas de distribuição (Figura 2).

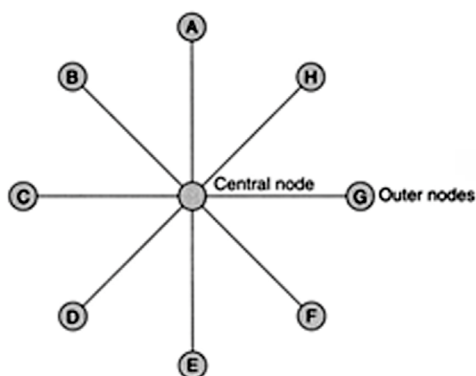


Figura 1: Rede “estrela”. Fonte: Moss (2005).

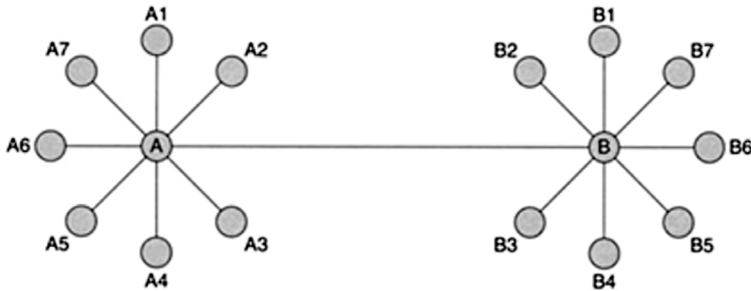


Figura 2: Duas redes “estrelas” conectadas através de uma linha de tronco. Fonte: Moss (2005).

De acordo com Kwoka e White (2005), as ferrovias estão entre os primeiros exemplos de uma indústria de redes na economia dos Estados Unidos. De acordo com a Figura 3, em que se observa um sistema de transporte ferroviário, os pontos A, B e C representam os pontos de origem, a partir dos quais as cargas são armazenadas em uma instalação portuária (denominada T1), para, em seguida, serem transportadas a um segundo terminal T2, oportunidade em que são distribuídas aos destinos finais X, Y e Z.



Figura 3: Modelo de rede ferroviária. Fonte: Kwoka e White (2005).

Importa, ainda, observar se a rede é unidirecional ou bidirecional. Segundo Moss (2005), as redes unidirecionais, como representa o sistema elétrico, podem indicar economias de escala particularmente fortes. Em uma rede bidirecional, por seu turno, como se verifica no transporte aéreo, os nós externos podem receber e iniciar operações que fluem de um lado para o outro entre quaisquer dos nós externos através do nó central.

Nos sistemas supracitados, há uma composição logística que afeta diretamente os diversos serviços prestados aos usuários, a depender da sua interação. Como destaca Moss (2005), uma vez que há um número limitado de rotas possíveis através da rede, as restrições de capacidade podem criar gargalos, consubstanciados em interrupções ou atrasos no serviço.

As políticas públicas concernentes às infraestruturas de rede, nesse sentido, refletirão inevitavelmente características políticas e culturais da sociedade, podendo a estrutura e a regulação dos correspondentes projetos variar ao longo do tempo em resposta às mudanças de circunstâncias (Newbery, 1999). Tais políticas públicas, assim, podem responder a mudanças, como ressalta o autor: no equilíbrio do poder político, no poder relativo aos grupos de interesse, na tecnologia, nos riscos (por exemplo, de interrupções de fornecimento), na competição internacional ou nas necessidades de investimento, este último um dos principais pilares que moveu a construção da Lei nº 13.448/2017.

Como bem explana Marques Neto (2011), ao exercer a regulação, deve-se “perseguir a combinação entre a garantia das condições de exploração econômica e a implementação dos objetivos de ordem pública”, fazendo com que “o Estado tenha que combinar o equilíbrio sistêmico com a promoção de políticas públicas”.

O pagamento por determinado serviço público significa, no limite, “dizer a quem a coletividade decide imputar (alocar) os custos de uma sociedade mais solidária (se pensada a lógica da universalização)” e, ainda, “mais coesa (se pensada a importância do acesso e da efetiva fruição dos serviços essenciais para a dignidade humana) e menos desigual (se cogitada da alocação dos ônus mediante critérios distributivos)” (Marques Neto, 2004).

Conforme menciona Schwind (2010), “a forma de organização e remuneração dos serviços públicos sempre envolve alguma discussão de ordem distributiva”, destacando o autor que “a forma de alocação dos ônus da prestação de um serviço público não é neutra do ponto de vista distributivo”.

Na esfera da infraestrutura de transportes, a noção de sistema foi trazida, para além dos normativos já citados, pela Lei nº 12.379, de 6 de janeiro de 2011, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Viação (SNV), sua composição, objetivos e critérios de implantação, em consonância com os incisos XII e XXI do art. 21 da Constituição Federal.

De acordo com seu art. 2º, o SNV é constituído pela infraestrutura física e operacional dos vários modos de transporte de pessoas e bens, sob jurisdição dos diferentes entes da Federação. Ainda, são objetivos do Sistema Nacional de Viação (SNV), do qual fazem parte o Subsistema Rodoviário

Federal, o Subsistema Ferroviário Federal, o Subsistema Aquaviário Federal e o Subsistema Aeroviário Federal⁵, assegurar a unidade nacional e a integração regional; garantir a malha viária estratégica necessária à segurança do território nacional; promover a integração física com os sistemas viários dos países limítrofes; atender aos grandes fluxos de mercadorias em regime de eficiência, por meio de corredores estratégicos de exportação e abastecimento; e prover meios e facilidades para o transporte de passageiros e cargas, em âmbito interestadual e internacional.

Segundo o art. 7º da Lei nº 12.379/2011, a União poderá aplicar recursos financeiros no SFV, qualquer que seja o regime de administração adotado, sendo vedada a aplicação de tais recursos em obra ou serviço que, nos termos do respectivo contrato ou outro instrumento de delegação, constitua responsabilidade de qualquer das demais partes envolvidas.

A leitura do referido artigo deve se dar sob dois prismas: o primeiro no sentido de conferir a garantia de que não sejam aplicados recursos da União para obras já inseridas, por exemplo, em contratos de concessão; e o segundo com o olhar dos objetivos supracitados do SFV, que carregam intrinsecamente uma lógica de sistema.

É dizer, os investimentos cruzados se inserem em uma ótica sistêmica de redes, decorrente do próprio Sistema Federal de Viação, que possibilita ao poder público incentivar e investir, por meio do contrato de concessão, em soluções aos gargalos existentes.

Consoante aduz Marques Neto (2011), “[o]s subsistemas jurídicos não prescindem da produção de normas legais”, como são, quanto aos investimentos cruzados no âmbito da infraestrutura de transportes, as autorizações legais mencionadas ao longo do presente ensaio. Contudo, continua o referido autor, “cada vez mais a textura normativa das leis é aberta, franqueando largas margens de preenchimento do conteúdo normativo em âmbito infralegal, ou seja, no ambiente de cada subsistema regulado”.

A regulação estatal, assim, não pode ser meramente reativa ou ordenadora, havendo de ser proativa e planejadora, como bem ressalta Marques Neto (2011). Alerta, no entanto, o autor que tais características devem ser pautadas por vetores de equilíbrio, ponderação e responsabilidade.

Nesse sentido, entendemos relevante traçar algumas balizas para que o intento das normas sobre os investimentos cruzados e da lógica

5 Em relação ao setor aéreo, cabe mencionar que o Fundo Nacional de Aviação Civil (FNAC) traz também consigo a ideia de rede, uma vez que os valores devidos como contrapartida à União em razão das outorgas de infraestrutura aeroportuária compõem os recursos do Fundo e podem ser utilizados no desenvolvimento e no fomento do setor de aviação civil e das infraestruturas aeroportuária e aeronáutica civil (art. 63, §§1º e 2º, da Lei nº 12.462/2011). Ou seja, a outorga auferida em um contrato de concessão poderá, mediante o FNAC, ser utilizada para o desenvolvimento da infraestrutura de outro aeroporto.

que as acompanha sejam observados de forma adequada, a fim de que um importante mecanismo de propulsão das infraestruturas de rede não seja utilizado desproporcionalmente.

Como exemplo, destacam-se os seguintes trechos do voto do Ministro Relator Bruno Dantas, nos autos de acompanhamento dos atos e procedimentos preparatórios para a prorrogação antecipada do contrato de concessão da Estrada de Ferro Carajás (EFC), TC 018.841/2019-8:

493. Se por um lado, não vislumbro óbice, ao menos em tese, à utilização desse dispositivo legal para aquisição de determinado insumo relevante para o atingimento dos objetivos maiores da política de transportes, por outro lado, reputo que essa alternativa implica um desafio maior do poder público no sentido de garantir que todo o ciclo do investimento seja cumprido.

494. A Lei 13.448/2017 tem, entre os seus objetivos, a ampliação dos investimentos em infraestrutura e o imperativo de resolver os entraves logísticos do país. Portanto, os objetivos legais serão satisfeitos com a efetiva implantação dos empreendimentos e não com a mera aquisição de materiais e insumos.

495. Assim, de nada adiantaria o Poder Concedente direcionar recursos para a aquisição de materiais, se as demais “amarras” a que está submetida a administração inviabilizarem a sua implantação. Podemos citar as restrições orçamentárias e financeiras, as deficiências dos projetos, dificuldades nas liberações das frentes de trabalhos, dentre tantas outras dificuldades frequentemente observadas nas obras públicas neste país.

496. Além disso, o Poder Público precisará estabelecer procedimentos a fim de se assegurar do atendimento das especificações técnicas, do rastreamento, da garantia, da guarda do material, da compatibilização dos seus preços com os de mercado, da forma de contabilização desses dispêndios, enfim, uma série de aspectos que não foram informados nesta oportunidade.




497. Finalmente, a escolha de empreendimentos a serem objeto desse investimento deve ser cautelosa, para que não ocorra inviabilidade prática de sua implantação. A título ilustrativo, a Ferrovia Transnordestina mencionada na nota técnica do MInfra possui um longo histórico de irregularidades apuradas por este Tribunal.

498. Reproduzindo, mais uma vez, a explanação do eminente ministro Gilmar Ferreira Mendes, na ADI 5.991, “é importante que o aplicador da política pública desenhada seja rigidamente controlado e fiscalizado, a fim de se garantir que a assunção dos compromissos de investimento em malha de interesse da Administração Pública seja opção tão ou mais vantajosa do que o recolhimento de outorga ou do que qualquer outra contraprestação que poderia ser imposta em favor do Poder Público” (ADI 5.991).

499. Portanto, proponho que este Tribunal informe ao Poder Concedente que não há óbice em direcionar recursos do saldo livre do fluxo de caixa (valor de outorga) da modelagem econômico-financeira à aquisição de trilhos pela concessionária, e à sua entrega à Valec, para aplicação em sua malha ou em outra de interesse da administração, desde que, previamente à celebração do termo aditivo, o Poder Concedente discipline, detalhadamente, a forma de implementação desta nova diretriz, afastando os riscos de desvio dos princípios que nortearam a autorização legal em apreço.

Nesse contexto, apenas a título de reflexão sobre o tema, elencamos, na Tabela 1, adiante, alguns critérios a serem observados quando se tratar de investimentos cruzados, sob duas óticas: (i) do contrato de concessão a partir do qual partirão tais investimentos; e (ii) do sistema em que se encontra inserido.

Tabela 1: Alguns critérios a serem observados quando se tratar de investimentos cruzados.

Investimento cruzado	Contrato de concessão	Sistema
		
Natureza	Residual	Ativo do Estado
Objeto	Não pode ser incorporado	Justificativas técnicas para a sua escolha
Fiscalização da execução	Previsões claras de obrigações e penalidades correlatas	Ator responsável pelo recebimento do ativo

Em primeiro lugar, é imprescindível que o contrato de concessão tenha seu objeto preservado. Dessa forma, sob a ótica do contrato de

concessão, a natureza dos investimentos cruzados será residual, ou seja, os investimentos a serem realizados dentro do objeto concedido devem necessariamente ser priorizados.

Ainda, os investimentos cruzados configuram-se como ativo do Estado, fruto de uma obrigação advinda do contrato, mas que a ele não pode se incorporar, sob pena da sua desnaturação. Neste ponto, sob a ótica do sistema, é primordial que a escolha do que será objeto de investimento cruzado se pautem em critérios técnicos, com o devido embasamento, considerando a lógica de redes, sobretudo: (i) a importância do projeto para o sistema no qual se insere; e (ii) sua funcionalidade.

Poderiam, nesse sentido, ser coletados dados que comprovem a interdependência logística, bem como as externalidades positivas que serão produzidas pelos investimentos cruzados, a partir de análises de política pública que exponham as consequências sistêmicas do aporte de recursos em outras malhas ou infraestruturas que não integram o objeto do contrato, inclusive no que toca aos efeitos concorrenciais entre setores forjados a partir de uma assimetria regulatória.

Outro critério essencial é a forma de fiscalização quanto à execução do investimento cruzado, que deve estar bem delineada no contrato, com previsões claras das obrigações, partes responsáveis e uma adequada gradação de penalidades no caso de descumprimentos. Ademais, da perspectiva do sistema, é importante verificar quem do poder público será o responsável por receber o ativo, após sua conclusão, uma vez que será relevante que esse órgão/entidade também acompanhe a execução dos investimentos.

Importante ressaltar que tais critérios trazem, como mencionado, reflexões iniciais sobre o tema, as quais certamente merecem aprofundamento, principalmente quando analisadas no âmbito do caso concreto e de suas particularidades. No caso das prorrogações antecipadas, por exemplo, poderiam ser acrescidos os custos de transação entre relicitar o ativo e estabelecer a prorrogação antecipada e os investimentos cruzados.

Sabe-se que, na moderna regulação dos serviços públicos, como bem destaca Ortiz (2003), distinguem-se o regime legal teórico e a prática regulatória, sendo que o regime legal não define com precisão soluções definitivas sobre os múltiplos conflitos que a realidade impõe.

Como ensina Marques Neto (2011), “cada subsistema regulatório se apresenta como uma forma distinta de engate entre os sistemas jurídico, político, econômico e social”, sendo necessário que o “operador do direito enfrente o desafio de compreendê-los e operá-los não apenas a partir do conhecimento geral do sistema jurídico”. De acordo com o autor, “é necessário, pois, conhecer não apenas a floresta e suas principais árvores,

mas também ter a noção da sua importância para o meio-ambiente como um todo e, além disso, reunir conhecimentos sobre cada um dos ecossistemas nela contidos”.

3 CONCLUSÃO

O direito não dá conta da realidade. Os ensinamentos doutrinários de outrora não podem servir para impor limites ao direito. Os contratos de infraestrutura bem retratam tal sistemática. Mais do que uma relação jurídica permeada por prerrogativas publicísticas, os módulos concessórios veiculam um sistema de incentivos.

Busca-se engendrar um arranjo jurídico-econômico que reduza a assimetria de informações entre as partes, informando jogos repetitivos de soma zero, que são tendentes à cooperação. É que, em relações de longo prazo, as incertezas e a incompletude que permeiam tais ajustes importam em práticas cooperativas entre o poder concedente e concessionário. É, justamente, a partir de tais quadrantes, que devem ser interpretados os “investimentos cruzados” de que tratam a Lei nº 13.448/2017 e o Decreto nº 9.048/2017.

No caso das prorrogações antecipadas, estabelece-se, por intermédio de tal instituto, uma possibilidade de renegociação que se utiliza da variável “prazo” (que reflete o VLP do ativo) tendo como contrapartida o adimplemento de novas obrigações de investimento pelo concessionário. Acontece que tal modalidade de “novação”, por assim dizer, é um tanto mais sofisticada.

Sob a ótica sistêmica de redes, esse mecanismo é vocacionado a produzir externalidades positivas à rede de transporte logístico. É disso que trata o novel instituto. Cuida-se de expediente, criado no âmbito dos citados normativos, e que teve a sua constitucionalidade referendada pelo STF. E, mais que isso, que está em consonância com a ideia de regulação enquanto elemento de integração entre os sistemas econômico, político e jurídico, característico dos setores em questão.

Claro que tal instituto não se configura como um “cheque em branco” para o poder público. Há de se estabelecer peais ao desvio de finalidade, para que sejam obstados investimentos que estejam dissociados do interesse público, a lastrear políticas de “governo”, e não de “estado”. Diante do que temos para nós que tais investimentos terão de estar alicerçados em decisões racionais e consequencialistas, que considerem sua natureza e objeto, observando, a título de reflexão para próximos estudos:

(i) a importância do projeto para o sistema no qual se insere e sua funcionalidade, utilizando-se, por exemplo, de dados que comprovem a

interdependência logística, bem como as externalidades positivas que serão produzidas pelos investimentos cruzados; e

(ii) a forma de fiscalização quanto à execução do investimento cruzado, sob o prisma do contrato de concessão (obrigações e sanções bem estabelecidas) e do sistema (órgão/entidade responsável pelo ativo após sua conclusão).

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Tribunal de Contas da União*. TC 018.841/2019-8. Autos de acompanhamento dos atos e procedimentos preparatórios para a prorrogação antecipada do contrato de concessão da Estrada de Ferro Carajás (EFC). Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/processo/*/NUMEROSOMENTENUMEROS%253A1884120198/DTAUTUACAOORDENACAO%2520desc%252C%2520NUMEROCOMZEROS%2520desc/0/%2520. Acesso em: 5 set. 2021.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal (Plenário)*. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.991 Distrito Federal. Relatora Min. Cármen Lúcia. Medida cautelar indeferida. Direito administrativo. Setor ferroviário. Prorrogação antecipada dos contratos de concessão. Alegada inconstitucionalidade do § 2º do inc. II do art. 6º, dos §§ 1º, 3º, 4º e 5º do art. 25 e do § 2º do art. 30 da Lei n. 13.448, de 5.6.2017. Ação direta julgada improcedente. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5522428>. Acesso em: 5 set. 2021.

BRASIL. 4ª *Vara Federal Cível de Vitória*. Ação Civil Pública nº 5006063-63.2018.4.02.5001/ES. Autor: Estado do Espírito Santo. Réu: União - Advocacia Geral da União. Indeferidos os pedidos de tutela de urgência (art. 300 do CPC/15), cautelar e de evidência (art. 311, I, do CPC/15) formulados pelo Estado do Espírito Santo.

KWOKA, John E.; WHITE, Lawrence J. Freight railroads. In: *Network access, regulation and antitrust*. American Antitrust Institute. London and New York: Routledge, 2005, p. 76-85.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessão de serviço público sem ônus para o usuário*. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme Costa (Org.). *Direito Público: estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 331-351.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Do Contrato Administrativo à Administração Contratual*. Governet. Boletim de Licitações e Contratos, v. 64, p. 726-732, 2010.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação estatal e autorregulação na economia contemporânea*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, v. 9, n. 33, p. 79/91, jan/mar., 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O direito administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva*. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, v. 11, n. 45, p. 13-37, jul./set., 2011.

MOSS, Diana L. (Org.). *Network access, regulation and antitrust*. American Antitrust Institute. London and New York: Routledge, 2005.

NEWBERY, David M. *Privatization, Restructuring, and Regulation of Network Utilities*. The Walras-Pareto Lectures. The MIT Press Cambridge, Massachusetts, London, England, 1999.

PALMA, Juliana Bonacorsi de; SCHIRATO, Vitor Rhein. *Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao Direito*. Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, n. 27, out./dez., 2009.

ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Público Económico: Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*. Madrid: Editorial Cordillera, 2003, p. 629.

SCHUNCK, Giuliana Bonanno. *Contratos de longo prazo e o dever de cooperação (tese)*. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.

SCHWIND, Rafael Wallbach. *Remuneração do particular nas concessões e parcerias público-privadas. (dissertação)*. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010. p. 43.

TEUBNER, Gunther. *Network as connected contracts*. United Kingdom: Bloomsbury Publishing PLC, 2011, Trad. Michelle Everson. p. 17.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Editora Atlas, 2008. p. 170.