

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.

Ademais, uma externalidade negativa do grande avanço dos últimos 30 anos da defesa dos interesses difusos foi piorar esse cenário de insegurança jurídica. No período, houve uma união do desprezo à segurança jurídica, que sempre existiu no Direito Público, com a colonização do Direito Privado pelos vícios do Direito Público. Um cenário desafiador que ficou ainda mais difícil.

E o fato é que também raramente se acredita em instituições. Não se trata de crítica externa, mas o Brasil não foi construído em torno de instituições. O nosso legado é de um Estado que veio antes da sociedade e que, desafortunadamente, estava tentando se organizar quando a Coroa Portuguesa veio para o Brasil. Então, passa a ser mais importante ser amigo do rei do que propriamente cumprir a lei. Basta imaginar o sentimento de um comerciante no Rio de Janeiro que tinha construído um patrimônio e uma bela casa, quando, em 1808, esta amanhece marcada como requisitada pela Coroa para um nobre de punhos de renda vir morar nela. Afinal, precisava-se albergar uma corte que vinha do além-mar. Além da retórica, o respeito pelas instituições nunca existiu. E, até hoje, o Brasil é um país que é o oposto simétrico da China. A China é um país que se declara comunista, mas acredita piamente no capitalismo. O Brasil se declara capitalista, e por aqui ninguém acredita no capitalismo. Portanto, necessário vencer essas resistências para mudar esse cenário.

Estabelecidas essas premissas e esse cenário, vejamos quais são os problemas jurídicos que devem ser combatidos, o que chamo de as “Sete Mazelas da Insegurança Jurídica”.

O primeiro problema, já entrevisto, é o da não vinculatividade do contrato com o Poder Público. A ideia de contratos não vinculantes ao Poder Público por questões de interesse nacional, interesse público, ou da mutabilidade ampla, é uma ideia extremamente perniciosa por dois motivos. De um lado, se o pacto não vincula, a preocupação em fazer um bom pacto é nenhuma. Basta consertar quando os problemas surgirem. De outro lado, se a outra parte sabe que o contrato não vincula o Poder Público, ela defende que tampouco está vinculada. Isso leva, em regra, nos contratos de empreitada ou de concessão, a uma lógica de que ninguém confia no pacto. O particular se preocupa em alterar o contrato, assim que firmado, e o Poder Público não se importa porque, ao sabor da conjuntura, faz uso das suas prerrogativas exorbitantes. Da vinculatividade do contrato, seja para o Poder Público, para o investidor privado, seja para o EPCista que constrói infraestrutura, depende a segurança jurídica para contratar investimentos de maturação de 30 anos e com implantação de cinco ou dez anos. Isso não significa, porém, ignorar a mutabilidade do contrato. Decerto, não é de se esperar que um contrato preveja todas as imprevisões, ainda assim, o pacto inicial deve vincular.

A segunda mazela a ser enfrentada é a da cláusula “katchanga” ou, segundo a formulação de um ex-governador do Paraná, a fórmula segundo a qual: “Não existe direito adquirido contra o interesse público. E quem diz o interesse é público é o governante”. Ou seja, qualquer que seja a alternativa, o Poder Público sempre vence. Essa ideia de que, em prol do interesse público, qualquer documento ou vínculo jurídico é desconsiderável, porém, é uma ideia que traz prejuízos para o próprio coletivo e para o Poder Público. Se a partir dessa cláusula “katchanga”, a qualquer tempo se invoca a cláusula do interesse público, desfaz-se o que se fez, como se pode atrair investimento? Chega a ser quase uma insani- dade investir em ambiente de insegurança. Ou, ainda, essa cláusula pode servir como ameaça, de que não será utilizada se houver um contubérnio, um acerto. Essa segunda questão é a negação da segurança jurídica: ela condiciona a segurança e a lealdade às instituições ao voluntarismo político. Qualquer prefeito de cidade do interior faz um belo discurso de direito público para dizer que a concessão feita há dez anos deve ser extinta porque não é de interesse público. E por que não é de interesse público? Porque, segundo ele, acabar com a concessão foi um dos pontos da sua campanha eleitoral. Nesse caso existe até métrica para dizer que não é do interesse público. No entanto, o desfazimento do contrato não deveria sequer ser pauta, ou se fosse pauta deveria ser reprimido diante do fato de que contratos são feitos para serem honrados. A segunda mazela, portanto, é enfrentar os limites dessa submissão absoluta dos direitos contratados do pacto à cláusula do interesse público. Não se trata de uma defesa neoliberal, de interesses privatísticos, mas o fato é que essa cláusula não é utilizada em países que prezam pela segurança jurídica. Nem a França ousa fazer uma cláusula de interesse público como essa. No Direito Francês, conhecido por ser muito preservador de um regime de prerrogativas especiais para o Poder Público, pela questão de duplicidade de jurisdição que lhe é própria, não se defende uma cláusula nesse sentido.

Terceira mazela, que ganhou muito foro nos anos mais próximos e ganha mais incentivo com os recorrentes escândalos de corrupção, é a ideia de que todo mau negócio firmado pelo Poder Público é, per se, ilícito. Ainda que ele não tenha sido gerado por corrupção, fraude, vício de vontade, cartel ou nada. Um contrato que se revele ao fim e ao cabo de um certo tempo ruim economicamente para o Poder Público passa a ser considerado ilícito. Por exemplo, a discussão no Estado de São Paulo, de se invalidar termos de aditamento de reequilíbrio de contratos livre e regularmente firmados pelo Poder Público, porque se viu depois que a demanda da estrada não era aquela estimada, portanto, o equilíbrio, a posteriori, tornou-se mais vantajoso para o particular. O Poder Público invalida o contrato não porque houve corrupção, fraude ou coisa que o valha, mas porque depois

verificou que a fórmula adotada não era a melhor para ele. Ou, um outro exemplo, uma obra por preço global foi questionada pelo Tribunal de Contas da União (TCU), que exigiu a devolução de um valor de diferença pelos serviços executados a menor do que estava estimado quando se fez o preço global. A ponte estava lá, tecnicamente adequada, mas a mensuração do tabuleiro de concreto demonstrava que a solução de engenharia do construtor no preço global era mais barata do que aquela inicialmente estimada. E o TCU determinava a devolução desse valor. Em meio à discussão se preço global deve ser medido ou não, o contratado respondeu ao TCU que então deveria ser feita a aferição concreta do quanto efetivamente gasto, a solução de engenharia empregada, o aterro feito a mais, bem como mais serviço de terraplenagem necessária e diminuir a área de tabuleiro de concreto. Ao que o TCU respondeu que a terraplenagem era risco do contrato, o preço era global e apenas o concreto economizado deveria ser devolvido. Algo é absolutamente inacreditável. A sucessão desses casos torna um ato de desatino o investimento em estrutura, qualquer que seja o regime ou o modelo contratual.

O quarto problema pode ser chamado de “hiperproteção da hipossuficiência”. Ao ter, não uma proteção em si, mas uma exasperação da proteção do hipossuficiente, tem-se um país em que o vencedor é sempre perdedor. O banco é sempre o perdedor daquele que ele financia. Porque, afinal de contas, o sujeito que fez um financiamento para comprar um carro comprometeu 30% da sua renda com a prestação do carro. Mas ele tomou o financiamento, ele não foi induzido a erro, ele sabia da taxa e comprou o carro e desfrutou dele. Só que 30%, coitado do sujeito, é muito dinheiro. Enquanto isso, em outros países, como os Estados Unidos, por exemplo, não há sequer cogitação de que o sujeito não vai perder a casa porque não pagou a hipoteca. Assim funciona o sistema hipotecário americano. Não pagou, perdeu a casa. Pode-se argumentar que o sujeito é um coitado, tem família e acabará na rua. De fato, não estou dizendo que temos que nos entregar ao capitalismo mais vil, mas a hiperproteção no capitalismo leva a ser um país que desincentiva o investimento em infraestrutura, porque se tudo der muito certo o sujeito vai ser um pulha porque ganhou muito dinheiro. E, afinal de contas, para alguém ganhar, outros têm que deixar na mesa, é do jogo. Ou, então, assumamos que nós não somos um país capitalista. Outros modelos, outros países mostram que isso é possível.

Quinto tema é o problema do risco judiciário. Principalmente nas questões de infraestrutura, o Brasil é um País em que o Judiciário tarda e falha ou, quando não tarda, sempre falha. Primeiro que a dirimção do conflito é decidida muito demoradamente, a ponto em que o conflito praticamente desaparece e não há mais interesse em prosseguir. Ou, quando a decisão é rápida, ela normalmente é falha, prezando pelas formas mais confortáveis. Isso também tem um problema. Essa

relação, verificável muitas vezes nos casos envolvendo infraestrutura e investimentos públicos, lembra a anedota, pré-estatuto CLT, do coronel no Nordeste, em que a escravidão tinha formalmente acabado, mas a exploração dos colonos se mantinha. Quando confrontado pelos colonos em razão do salário atrasado, o coronel respondia: “Vá procurar seus direitos”. Fácil, pois o juiz da comarca era sobrinho do Consul. O Poder Público faz isso constantemente. Quando o particular argumenta que cumpriu o projeto, adimpliu seus objetivos, mas que necessita do reequilíbrio, ou mesmo de pagamento, a tendência é o Poder Público indicar o caminho do Judiciário. Os casos citados até aqui indicam que o Judiciário não é “sobrinho do governador”, mas é mais deferente do que o sobrinho. O Judiciário fazendário é mais nefasto à segurança jurídica do que o governante arbitrário. Portanto, um risco judiciário nesse patamar obsta a busca por desenvolvimento em infraestrutura. Os juízes não fazem isso por serem más pessoas. Agem com a convicção de que defender o Poder Público acima de tudo é defender o cidadão e a sociedade. Quando, na verdade, é o inverso. Ao agirem assim, defendem o administrador leniente, o administrador incompetente, o administrador covarde, e pior, criam terreno fértil para o administrador corrupto. Porque o administrador que recomenda ao particular recorrer ao Judiciário também diz que há soluções mais fáceis, que possui um apaniguado num hotel esperando uma mala para que as coisas se resolvam. O Judiciário acaba colaborando com esse ambiente, embora resista a dizer.

Sexto ponto é que, em tempos de exasperação de princípios, não existe direito adquirido. A cláusula constitucional diz que a lei não pode atingir o direito adquirido (art. 5º, XXXVI). A lei não pode, mas os princípios sim, porque os princípios são anteriores e maiores que a lei. E, afinal de contas, eles são aqueles que o juiz conseguir perquirir na sua Constituição, pois, afinal de contas, cada juiz tem a sua. Essa é uma estabilidade que permite ao juiz decidir qualquer questão sem ter que motivar, porque basta sacar um princípio obscuro e se facilita a própria vida, em vez de buscar uma lei e dizer por que ela é aplicável, com um escrutínio de validade e hermenêutica necessários. O princípio dispensa isso, constroem-se três ou quatro argumentos, que podem vir de formulações de livro de autoajuda, e adiante. Assim, o sexto problema é que, em tempos de princípios, não existe direito adquirido. Se não existe direito adquirido, tampouco existe segurança jurídica na prática.

Último ponto, fruto do crescimento dos mecanismos institucionais de controle, é a fragmentação de competências e competição de reputações. Um exemplo é a incerteza do guichê na área ambiental. Não faz nenhum sentido que, sob o pálio de reforçar a proteção ao meio ambiente, nenhum investidor saiba ao certo qual autoridade licencia o quê. Um caso notório ocorreu em São Paulo há

dez anos. Certa feita, um empreendedor desejava fazer um investimento vultoso e tinha problemas para obter o licenciamento ambiental. Depois de tentar fazer todos os relatórios e estudos, ele foi ao órgão ambiental, que lhe disse: “O seu empreendimento, tecnicamente, é licenciável, mas é muito ousado. Então recomendamos que procure o Ministério Público, negocia com ele e faça um TAC. Eu não vou pôr o meu nome a risco”. E o sujeito foi. Ele tinha um empreendimento, segundo o órgão ambiental, licenciável, mas apresentou para o Ministério Público, que não gostou, propôs mudanças e então aceitou fazer um TAC ambiental, desde que ele aumentasse as contrapartidas já indicadas no relatório de impacto. Ele ampliou em mais de R\$ 50 milhões as contrapartidas e as implementou. Pois bem, bastou começar um empreendimento para um outro órgão do Ministério Público entrar em juízo para invalidar o TAC do próprio Ministério Público. Obteve liminar e paralisou o empreendimento. E com isso se desconhece o interlocutor: não é uma discussão de licenciar na autoridade federal, ambiental, municipal (o que já em si é caótico). A questão é ignorar se a autoridade, que a lei diz que licencia, tem autoridade para licenciar em última instância! O mesmo ocorre hoje, no Brasil, nos acordos de leniência. Os países que entraram depois para cumprir acordo de leniência e delações premiadas no Brasil estão concluindo seus acordos e estão dando-lhes efetividade. Mas no Brasil não se sabe exatamente quem firmava o acordo de leniência, o que é vexatório, e num cenário de múltiplos guichês que todos disputam reputação de quem dá a última palavra, não existe segurança jurídica.

Enfim, esse é o cenário pouco otimista que pretendia apresentar, a partir do qual é possível ter um diagnóstico e pensar em soluções para os investimentos em infraestrutura no Brasil. Mais do que financistas, agentes públicos, investidores privados, o nó górdio do atraso do Brasil em infraestrutura está no mundo jurídico. Apesar das boas intenções, e dos esforços, esse quadro jurídico é o principal responsável pelo atraso institucional do Brasil no tema.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A alternativa nacional e o setor de infraestrutura, de Roberto Mangabeira Unger – *RDAI* 1/ 23-37 (DTR\2017\1436); e
- Perspectivas do direito da infraestrutura com o surgimento das novas tecnologias (inovações) disruptivas, de André Saddy – *RDAI* 6/23-47 (DTR\2018\19347).

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

CARLOS ARI SUNDFELD

Professor Titular da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito SP, da qual foi um dos fundadores. Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, criada em 1993, que mantém a Escola de Formação Pública – EFP, em parceria com a FGV Direito SP. Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, da qual foi professor no doutorado, mestrado e graduação (1983-2013).
carlos@sundfeld.adv.br

ÁREA DO DIREITO: Administrativo

Queria dizer da minha alegria por estar com todos vocês, muito obrigado pelo convite.¹ Eu fiz uma opção, no início da década de 1990 – já faz bastante tempo, portanto – por aquilo que veio depois se chamar Direito Administrativo Econômico. Naquele momento, o Brasil passava por um grande desafio, semelhante ao atual, que é o de enfrentar os seus dilemas cotidianos, suas crises fiscais e outras questões, e dar alguma resposta para o desafio do desenvolvimento econômico. A opção que o Brasil seguiu, e não abandonou depois, foi de não adotar o modelo de investimentos diretamente estatal, por meio de empresa estatal, como o fundamental para infraestrutura, e apostar naquilo que hoje a legislação chama genericamente de “parcerias de investimento”. Esse caminho, acho eu, tem como marco simbólico a edição da Lei dos Portos, em 1993, agora já revogada e substituída por uma nova Lei dos Portos. Naquele momento, começa uma opção pelas parcerias de investimento do Estado com o setor privado. Isso não se alterou fundamentalmente com o passar dos anos: houve dificuldades setoriais, houve algum tipo de viés em alguns períodos, mas o compromisso se manteve nos diferentes governos, que é ainda o compromisso do governo atual e algo que acabou

-
1. Segunda 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.

sendo absorvido também no âmbito dos estados e municípios. O Governo do Estado de São Paulo, por exemplo, muito cedo apostou nesse modelo, de maneira que posso dizer que, do ponto de vista da opção estrutural, para o caminho da parceria com o setor privado, manteve-se a coerência. E, feito um balanço, nós fomos bem-sucedidos. Nós encontramos um caminho importante para romper o impasse que tinha sido gerado pela crise fiscal na metade da década de 1980 e que até hoje nós não superamos. Foi um bom caminho.

Mas como a gente avança? Temos uma série de problemas. Por exemplo, em certo momento, houve uma percepção de que um dos grandes problemas era a inaplicabilidade dos modelos de parceria de investimento ao setor social. Foi aí que trabalhamos essa questão juridicamente, em 2003, e disso resultou a legislação de PPP. A lei teve impacto importante, apesar de menor do que nós gostaríamos até hoje, especialmente em setores sociais. Também alguns erros de aplicação, como os estádios da Copa do Mundo. De qualquer modo, temos alguns empreendimentos de PPP importantes na área social, com em hospitais e em saneamento. Então a importância do modelo é econômica, mas também social. Mais recentemente, na transição do Governo Dilma para o Governo Michel Temer, também nos envolvemos numa tentativa do ex-Ministro da Fazenda Joaquim Levy de elaborar soluções para problemas nas parcerias de investimento. Criamos o projeto de lei do “PPP Mais”, que viria a ser a origem do Programa de Parcerias de Investimento (PPI) e tem produzido alguns efeitos importantes. Então, o que posso dizer sobre os problemas atuais? Se eu tentar resumir a diferença do momento atual e o dos momentos anteriores, eu diria que a questão mais desafiadora que nós temos hoje é que não é uma reforma jurídica que nós temos que fazer. Já foi. Por exemplo, para telecomunicações, foi muito importante criar um instrumento, uma figura nova que o Direito brasileiro não tinha, a agência reguladora. Nós fomos bem-sucedidos em relação a isso, o modelo funcionou durante um bom período, teve um impacto importante. Naquele momento, faltava um instrumento, faltava um mecanismo, faltava uma instituição. Nós a criamos juridicamente. PPP, a mesma coisa. Nós já tínhamos a Lei de Concessão, de 1995, que foi importante, mas era um instrumento que precisava ser reconstruído, e nós construímos dois novos tipos contratuais.

Então, eu diria que uma parte dos desafios que nós enfrentamos, até razoavelmente bem, no decorrer desses 20 e tantos anos de programa de parceria de investimento foi criar novos instrumentos que o Direito brasileiro não tinha na área de regulação, na área de infraestrutura – instrumentos contratuais e instrumentos, digamos, mais organizacionais. Certamente um dos mais importantes de todos foi a autorização no campo das telecomunicações, uma invenção muito sofisticada

juridicamente, muito bem-sucedida e é responsável pela estabilidade jurídica do setor de telecomunicações durante um bom pedaço desse período de 20 anos. Bom, eu acho que há um diagnóstico comum a muitas pessoas de que o problema não é mais a falta de instrumentos, setoriais, ou relativos à infraestrutura. A questão não é mais essa. Claro que algumas criações de instrumentos setoriais podem ser importantes, podem melhorar aqui e ali as coisas e destravar certos óbices que estão ocorrendo para o desenvolvimento da infraestrutura. Mas o problema maior é o que nós podemos chamar de crise de instabilidade no Direito Público brasileiro. Quer dizer, não é possível você gerar confiança para pessoas que farão investimentos de altíssimo valor para recuperá-los em longo prazo, não é possível se você não der estabilidade. Toma-se uma decisão na administração pública, mas aquela decisão é contestada com eficácia logo depois, e aí não se sabe como será o desfecho do caso. A autoridade que tem que decidir não sabe se aquela decisão que ela está tomando garante um mínimo de estabilidade sequer para si, porque aí tem a questão da responsabilidade da pessoa.

Fatores de instabilidade afetam a administração pública em geral no Brasil, não só os setores de infraestrutura. Esse diagnóstico é terrível de um lado, mas é bom do outro. Ele é terrível porque diz assim: “Bom, o problema é sistêmico”. Bom, tem esse lado angustiante de nós apontarmos para algo que parece muito complexo, tão abrangente que não há nada que nós possamos fazer, assim, pontual, que faça a diferença. De um lado, isso gera uma certa frustração, quer dizer, não tem uma resposta tão fácil. Então, o quê que a gente faz, vamos embora? Não. Existe solução, mas nós temos que olhar mais largamente para o problema. Esse é o lado bom, nós temos um diagnóstico, vamos tentar enfrentar as dificuldades existentes. Uma das respostas foi tentar propor reformas gerais da administração pública. Então, alguns anos atrás, nós nos envolvemos na discussão sobre se deveríamos propor uma lei de reorganização da administração pública brasileira. Trabalhamos um ano e meio nisso, pessoas de direito administrativo, autoridades, ministros. Entregamos para então ministra da Casa Civil, Dilma Rousseff, mas o fato é que não adiantou nada. Aquilo parou no meio do caminho.

E aí, mais recentemente, nós temos defendido outras coisas. Alguns poucos anos atrás nós, depois de conversar e fazer uma espécie de pesquisa com os nossos colegas de área, concluímos que havia alguns paradigmas do direito administrativo que estavam criando instabilidade e que era possível corrigir, ou pelo menos influenciar por uma lei, para uma mudança profunda. E foi assim que surgiu um projeto de lei que já foi aprovado no Senado Federal e está em votação agora na Câmara dos Deputados. É um projeto de lei de modernização da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a famosa Lei de Introdução do

Código Civil. O que esse projeto de lei tem, com o que ele procura mexer e o que isso tem a ver com infraestrutura? Ele toca em algumas coisas que se desarranjaram no Brasil. Uma delas é a Teoria das Invalididades, se eu fosse usar uma expressão clássica da Teoria do Direito Administrativo.

Por exemplo, não está estabelecida no Brasil uma regra que seja respeitada pela generalidade do mundo jurídico público brasileiro a ideia de que a validade de um ato ou contrato tem que ser examinada à luz das orientações jurídicas que vigoravam à data da sua edição. Pelo contrário. Hoje, o paradigma prevalecente é que você pratica um ato administrativo, expede uma licença ambiental, celebra um contrato, faz um TAC e a discussão sobre a validade daquele contrato, daquele TAC, daquele ato poderá ser proposta dali a sete anos, dali a 12 anos, dali a 19 anos, e os elementos que vão impactar na discussão sobre se foi válido ou não válido não são as orientações jurídicas, interpretação jurídica, da época da edição do ato de celebração. São as novas que se tiver construído ou que se pretenda construir para o futuro.

Então eu derrubo interpretações que foram levadas em consideração à época da edição. Por exemplo, como faz licitação? Quais são as exigências de habilitação técnica em licitação? Tem divergências sobre isso, e muda, inclusive, a orientação. Pois bem, há licitações de concessão feitas com certos requisitos de habilitação técnica que foram considerados válidos à época, à luz das orientações gerais, existentes, consolidadas por Tribunais de Conta, administração, doutrina etc. Depois, com o tempo, alguém começa a contestar. E aí, bom já que estamos contestando esse tipo de critério, vamos ver o contrato de concessão que veio de uma licitação com habilitação técnica como essa e a proposta de nulidade do contrato dizendo que a licitação não foi válida porque a habilitação adotou critérios que, segundo uma nova interpretação da legislação não são admissíveis.

Bom, então a ideia de que a invalidade não é examinada à luz dos padrões jurídicos da época, mas novos padrões que vêm no futuro, está estabelecida no direito público brasileiro. Quer dizer, não se estabiliza o ato de acordo com as orientações da época. Não é nem um problema de mudança de contratos decorrentes de novas leis ou novas normas e a discussão sobre o quanto há de direito adquirido. Isso é uma falha da Teoria das Invalididades no Brasil. Esse é um dos temas que o projeto de lei que pretende incluir dez artigos novos na Lei de Introdução para tratar de insegurança jurídica na aplicação e na interpretação do Direito Público trabalha, para estabelecer um paradigma no Brasil. A ideia de que só se discute validade de ato à luz das normas, isto é, orientações, que vigoravam à época. Não dá para se discutir invalidade à luz de orientações novas, não faz sentido. Bom, então tem vários dispositivos que procuram concretizar esta ideia.

É uma ideia nova? Não, a Lei de Processo Administrativo Federal já a traz. Só que ela está numa lei restrita, para uma aplicação restrita.

Em matéria de infraestrutura é vital: o tempo inteiro, contratos e atos ligados aos grandes investimentos em infraestrutura são rediscutidos quanto à sua validade porque se construiu uma nova visão a respeito das normas jurídicas que vigiam na época. Veja, aqui não vai nenhuma tentativa, nesse projeto de lei, de impedir a evolução das orientações, não tem nada a ver com isso. E isso tem um impacto em matéria de infraestrutura. Por quê? Porque a regulação é conflito. Por exemplo, A Netflix está entrando agora, tomando todo o mercado. Tem um monte de grupos que perdem com a entrada da Netflix, certo? E eles reagem. É normal, regulação é assim. O que não dá é querer regular retroativamente a Netflix com base em interpretações principiológicas. E é isso o que nós estamos vivendo. Então, por mais incrível que pareça, lidar com a Teoria das Invalidades é vital para Infraestrutura. É difícil convencer as pessoas. Não é só uma questão de aumentar os recursos para o BNDES emprestar, porque as pessoas não vão tomar esses empréstimos. Os investidores internacionais não entram por conta disso.

Além disso, tem uma questão de incentivos perversos que nós estamos dando para a judicialização e nós temos que ter maneira de resolver. Em 1985, editou-se uma lei que dá possibilidade de questionar qualquer coisa se tem interesse direto por meio da Ação Civil Pública. O que aconteceu? Um monte de Ação Civil Pública nesses últimos 33 anos, um belo incentivo à judicialização. Foi ruim de um lado? Não, foi bom, porque muitos interesses represados foram levados à justiça, então teve um impacto positivo, judicialização, democratização de debate, foi bom. Mas nós incentivamos nesse caso a judicialização, assim como nós incentivamos o debate interno da administração pública, o papel dos controladores externos, tipo Tribunal de Contas. Qual é o problema quando você aumenta os incentivos de questionamento de alguma coisa? Você aumenta a instabilidade.

De um lado é um preço a pagar, mas você tem que ter um antídoto para os excessos. Porque tem situações em que isso permite ataques especulativos. Querem um exemplo? Foi um desafio imenso a privatização do Governo Fernando Henrique até que o governo conseguisse se organizar para enfrentar esses ataques especulativos, ações judiciais propostas em todo Brasil. Houve, inclusive, algumas reformas normativas para tentar limitar o ajuizamento de ações, algumas malsucedidas, mas foram importantes para tentar acabar com ataque especulativo. Pois bem, o que eu estou querendo dizer? Nós demos bons incentivos para democratização do debate sobre as coisas públicas. Isso foi bom, tem efeitos positivos, mas nós demos oportunidade a ataques especulativos cerrados. Nós

precisamos encontrar alguma maneira de impedir que estes ataques desestabilizem a gestão pública. O que não dá é ficar numa guerra permanente.

Vamos estabilizar, vamos procurar instrumentos para estabilizar. E aí tem várias coisas no projeto de lei nesse sentido, a principal que eu quero destacar, talvez a mais impactante, é a criação da Ação Direta de Validade de Atos, de Contratos, de Processos Administrativos no regime da Ação Civil Pública. A Ação Civil Pública hoje só serve para contestar a validade das coisas e pleitear responsabilização. E ela tem que passar a servir também para o seu contrário quando houver uma grave situação de instabilidade. E isso pode envolver questionamento de licença, questionamento de preços, projeto de lei, fala, inclusive, de questionamento de valores. E a Ação Civil Pública – isso se aplicaria aqui – tem efeitos *erga omnes*. Em suma, é a mesma solução que levou à reforma constitucional para criação da Ação Direta de Constitucionalidade aplicada agora ao âmbito do direito administrativo, para validade dos atos, contratos, processos de interesse geral. “Ah, é para impedir o controle judicial?”. Pelo contrário, é para apressar o controle judicial, para concentrar o controle judicial e dar ao Judiciário a oportunidade para decidir.

A Ação Direta de Constitucionalidade foi fundamental no Brasil em matéria de infraestrutura num caso, de 2001, da crise energética causada pela falta de água – o famoso “apagão”. O Governo concebeu lá uma solução regulatória, que foi o racionamento e outras medidas, editou-se uma lei a respeito disso e começaram os ataques especulativos em todo o Brasil. Que simplesmente iam colocar em xeque o plano, e o Brasil ia ficar sem solução. O Supremo, serenamente, decidiu e disse: “É constitucional, vai aplicar, acabou”. Percebem? É a mesma coisa, só que agora aplicada no plano do direito administrativo mais largamente do que apenas para o setor de infraestrutura.

Para terminar aqui, só falando uma coisa que parece trivial, mas é central. O Brasil está vivendo um apagão das canetas burocráticas na administração pública, especialmente em matéria de infraestrutura. Ninguém decide mais nada, porque o risco para o agente é brutal. Prova disso são as tentativas de superar esse apagão das canetas por meio de novas leis. Então o governo está tentando resolver a crise do setor de rodovia, por exemplo, com sucessivas leis de caso concreto para permitir devolução de licitação, renegociação da licitação, acordos específicos de TACs. Vai editando um atrás do outro. É uma tentativa de vencer a paralisia burocrática causada pelos riscos. Portanto, se eu obtiver uma solução legislativa isso vai ser superado. Essa tem sido uma aposta reiterada. Então nós passamos a conviver com um fenômeno interessante: a gestão legislativa dos contratos. Mas que até agora não solucionou nada, essa que é a boa verdade,

lamentavelmente. A lei nunca consegue, até pelas complicações de aprovação legislativa, dar essa segurança completa, porque sempre restará um nível de deliberação concreta para ser feita no âmbito administrativo. E aí volta de novo o problema da instabilidade. Um setor em que isso é chocante é o setor de telecomunicações. A Anatel parou e o setor de telecomunicações parou. As empresas estão com dinheiro para investir, mas não investem. Tenta editar lei para autorizar acordo e não consegue fazer. Tenta acabar consensualmente com as concessões, mudar para autorização, e não consegue fazer. Então, como não resolve nada disso, ninguém vai assinar, decidir nada. É preciso introduzir uma regra geral no direito brasileiro de proteção para os agentes públicos que decidem. Não é possível continuar nessa situação de instabilidade da situação pessoal. E essa regra está na Lei de Introdução. Essa é uma síntese muito singela da proposta. O impacto dela em Infraestrutura é imenso. Ao ser editada, ela muda repentinamente as coisas? Não, mas faz parte de um movimento necessário, condição *sine qua non* para superar o nosso atual impasse em matéria de infraestrutura. Então fica aqui uma conclamação otimista à luta. Temos que defender as reformas difíceis, e essa é uma delas. Obrigado.

PESQUISA DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A alternativa nacional e o setor de infraestrutura, de Roberto Mangabeira Unger – *RDAI* 1/23-37 (DTR\2017\1436).

6ª Seção – Entrevista

Section 6 – Interview