

## 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.<sup>1</sup> 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).

