

Entrevista: Sebastião Tojal, advogado

O Brasil tem em seu ordenamento jurídico regras suficientemente claras para adequar a maior parte de seus desafios no campo do desenvolvimento social e econômico. Não são necessárias novas leis. "A verdade é que as leis já existem. Antes de mais nada, precisamos lê-las", afirma o advogado **Sebastião**



Conhecedor profundo do tema da regulação no Brasil, Tojal

foi responsável por colocar nas livrarias, no mês passado, o livro [Direito e Infraestrutura: 20 anos da Lei 10.233/2001](#). Organizado por ele e por seu sócio **Jorge Henrique de Souza**, a obra é dividida em dois volumes independentes. O primeiro trata de portos e transporte aquaviário. O segundo, de rodovias e ferrovias.

Com a justificativa de comemorar a lei que criou a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), os 37 artigos escritos por mais de 50 especialistas trazem um [estudo minucioso da regulação no país](#), sob o ponto de vista da infraestrutura, e pontuam os desafios para o futuro.

Divulgação



Divulgação

Nesta entrevista, Tojal também aborda erros, acertos e aponta caminhos para aperfeiçoar o setor de regulação no Brasil e fala sobre o papel do estado e do Direito nesta caminhada. "O papel do Direito deve ser justamente o de fomentar o desenvolvimento", defende. Para o especialista, juízes e autoridades administrativas têm de observar a vida à sua volta para tomar decisões.

"É preciso que haja preocupação com os resultados decorrentes da decisão — e não apenas da decisão administrativa regulatória, mas também da decisão judicial. As decisões precisam ter compromisso com a realidade. É necessário fazer a pergunta: Quais são os efeitos concretos que produzirão determinadas opções regulatórias, judiciais, normativas, na vida das pessoas?"

Leia a entrevista

ConJur — Qual a importância da Lei 10.233 para o desenvolvimento do país?

Sebastião Tojal — Não apenas a lei que criou a Antaq e a ANTT, mas todo o conjunto normativo responsável pela regulação de vários serviços, como energia e saneamento, trouxe enorme contribuição ao estabelecer uma ação regulatória absolutamente inédita para o Brasil depois que o país, na esteira da Constituição de 1988, passou a delegar para o setor privado a prestação de serviços que antes era incumbência do Estado. A lei, especificamente, permitiu grande desenvolvimento do setor portuário, por exemplo, ao viabilizar investimentos e dar novo tratamento a uma regulação que era muito dispersa, baseada em contratos. Houve avanços também no setor ferroviário. E o processo ainda não se concluiu porque estamos, agora, votando o novo marco do transporte ferroviário. Esse marco faz parte do processo que se iniciou justamente com a Lei 10.233, que criou a ANTT.

ConJur — Podemos dizer que o Brasil atingiu a maturidade no que diz respeito à regulação?

Tojal — Os avanços são inequívocos, mas há um caminho longo ainda a ser percorrido. Especialmente pela necessidade de a agência regulatória ter real qualidade, ter a preocupação em prover o sistema que regula de segurança jurídica, de previsibilidade de expectativas. Isso ainda precisa ser alcançado. É necessário, por exemplo, aprimorar o sistema de avaliação de resultados. Aliás, a razão de nós, eu e o Jorge Henrique de Souza, termos organizado esse trabalho sobre Direito e Infraestrutura, pautado na Lei 10.233, foi o de destacar o avanço experimentado e descortinar as grandes questões que estão por vir e demandam aprimoramento. Então, avançamos. Mas ainda não atingimos um estado de amadurecimento pleno.

ConJur — O que é necessário aprimorar?

Tojal — O processo de avaliação, por exemplo. A análise do impacto regulatório e a análise do resultado regulatório, que começam a ser experimentados entre nós, mas ainda de forma muito incipiente. Sem informação, não apenas a ação regulatória, mas nenhum processo de normatização logrará êxito. É preciso ter informação acerca das demandas que justificam uma ação regulatória e, depois, ter a possibilidade de avaliar os resultados. Até para voltar atrás, se for o caso. Nesse ponto, indubitavelmente, a experiência no exterior é muito mais avançada e pode nos inspirar. A própria eleição de temas a serem regulados pressupõe que o agente regulador tenha as informações necessárias. Atualmente, por vezes, a regulação de assuntos e operações em que o próprio mercado acomoda uma disciplina de oferta de bens e serviços, assim como de valores praticados, pode provocar distorções que, apesar de parecerem benéficas em determinado momento, em longo prazo podem se mostrar nefastas. Quer dizer: como e no que regular? Essa resposta só é possível obter a partir da utilização desses instrumentos. De nada adianta tê-los previstos no arcabouço normativo se não há condições de efetivamente utilizá-los. O mais importante hoje é aprimorar a qualidade na nossa regulação mirando a experiência que conhecemos do que se pratica no exterior.

ConJur — O senhor diria que, hoje, há segurança jurídica suficiente para que empresas invistam em projetos de infraestrutura que demandam, além de investimentos muito altos, retorno a longo prazo?

Tojal — Diria que não. E talvez essa seja a mais importante das inúmeras constatações que os diferentes artigos reunidos no livro trazem. Não temos um ambiente de previsibilidade. Tomamos decisões que, não raro, mais afugentam o investidor do que o desafiam a vir para o país investir em ações importantes para o nosso desenvolvimento. Falo da nossa infraestrutura. Não temos segurança jurídica. Somos surpreendidos a todo momento com sinalizações muito distintas e isso contribui inclusive para o nosso "custo Brasil". Portanto, é um dos pontos, se não o mais importante, em que precisamos avançar.

ConJur — De onde vêm as sinalizações distintas que o senhor cita? Vêm do ordenamento jurídico, do campo legislativo ou administrativo, ou do Poder Judiciário?

Tojal — O Poder Judiciário não tem atuado de maneira desmedida em relação aos contratos dos setores regulados. Hoje a Justiça exerce uma autocontenção justamente para prestigiar o exercício da competência regulatória das agências. Essa postura é fundamental porque a agência cuida de questões extremamente técnicas, não se justificando que o Judiciário possa se imiscuir nesse campo regulatório, dada a especificidade do tema. É de extrema importância que as agências confirmem meios para maior e mais qualidade do seu agir e também da participação social no processo regulatório, com vistas a se obter a regulação mais adequada possível. Claro que o prestígio à competência funcional das agências não pode ser utilizado como razão para o não enfrentamento de questões sensíveis que são levadas ao Poder Judiciário. Não é isso que defendo. Mas é importante que nesse processo *self restrained* a Justiça se reconheça que há um campo de ação que cabe às agências. Creio que, nessa questão, estamos encontrando o ponto de equilíbrio.

ConJur — O senhor citou a necessidade de maior participação social nas decisões sobre regulação. Como se daria?

Tojal — É preciso ouvir o setor regulado, os tomadores dos serviços, os diferentes segmentos que precisam ter palavra no processo de regulação. Por meio de audiências públicas, por exemplo. Mas o tratamento dessa questão ainda não atingiu um ponto que efetivamente satisfaça a exigência, que inclusive é de sede constitucional.

ConJur — O arcabouço normativo da regulação no Brasil conversa com o que há de moderno no mundo?

Tojal — Temos um conjunto de leis que traz princípios que precisam ser traduzidos em mecanismos concretos. Mas, mais do que isso, esses mecanismos têm que ser efetivamente implementados. As agências precisam efetivamente explorar a independência que a lei lhes confere, ouvir a sociedade — porque, em última análise, é a tomadora dos serviços que ela regula —, buscar qualidade no seu processo regulatório, seja na busca das informações, seja no exame dos resultados da ação regulatória. Esses vetores são sumamente importantes para aprimorar a regulação no Brasil.

ConJur — O país que tem algumas características bem próprias. No trabalho de orientação jurídica que o senhor faz em projetos de infraestrutura, já teve de explicar algo para investidores estrangeiros que é muito descolado da realidade em que eles vivem? Como, por exemplo, explicar que há determinadas áreas no país em que o Estado simplesmente não entra?

Tojal — Sim, e exatamente nestes termos. Quando falamos de saneamento básico, por exemplo, isso é algo absolutamente concreto: espaços territoriais aos quais o acesso só é possível desde que haja pactos autorizativos, não com o Estado, mas com um poder paralelo. É muito interessante quando a lei — e aqui me refiro ao marco do saneamento — fixa meta de cobertura próxima dos 100% em um período de mais ou menos de dez anos. As dificuldades estruturais são imensas, a começar pelo fato de que não há a possibilidade de efetivamente avançar sobre espaços físicos onde a ausência do Estado é um fato. Portanto, as metas que precisam ser cumpridas acabam não se mostrando viáveis. Isso não é de difícil explicação apenas para o investidor estrangeiro, mas também entre nós. A perplexidade é a mesma. Como pensar em serviços públicos absolutamente essenciais que não chegam a certas comunidades? E não me refiro a 100, 200 pessoas. Falo de milhares de pessoas. A plena prestação de serviços essenciais demanda um grau de desenvolvimento do Estado brasileiro que, lamentavelmente, ainda não atingimos.

ConJur — Em 2018, foi editada a Lei 13.448, que tinha por objetivo modernizar as relações de concessão de contratos de parcerias. Atingiu o objetivo?

Tojal — Essa lei é uma evidência de que houve avanços. Chegou a ser questionada por meio de ADI no Supremo Tribunal Federal e foi julgada constitucional em dezembro passado, contribuindo para a segurança jurídica dos contratos de concessão, especialmente em relação às regras de prorrogação dos contratos do setor ferroviário. O STF, em decisão de relatoria da ministra Cármen Lúcia, reconheceu a constitucionalidade dos requisitos estabelecidos na lei para prorrogação das concessões públicas. O voto da ministra destaca a competência do poder público de realizar os estudos necessários para apurar a vantagem da prorrogação e o estabelecimento de novas obrigações contratuais em razão do prolongamento da própria vigência das outorgas, inclusive no que se refere a investimentos cruzados, esses decorrentes das alterações próprias do interesse público. O único a divergir do voto da relatora foi o ministro Edson Fachin. Por essa decisão, o STF reconheceu que o artigo 175 da Constituição comporta interpretações que ampliam os horizontes dos negócios jurídicos-administrativos no Brasil. Portanto, superou-se a rigidez de leituras absolutamente tradicionais. Ao mesmo tempo, no entanto, há sinalizações preocupantes como o início do julgamento de ADI 2.946, de 2003, que examina a constitucionalidade do artigo 27 da Lei de Concessões, Lei 8987/95 que cuida das transferências de concessões ou do controle societário da concessionária desde que previamente autorizadas pelo poder concedente. E passado tanto tempo! Falamos de 1995, impugnada em um de seus dispositivos por uma ação de 2003 e que começa a ser julgada agora, com resultado parcial de dois votos a um no sentido de não se permitir as transferências de concessões, exceto se for feita nova licitação. É verdade que o julgamento será reiniciado por força do pedido de destaque formulado.

ConJur — Isso gera certa insegurança, não?

Tojal — Sim. Mesmo que o julgamento deva ser reiniciado do seu início, é evidente que a sinalização feita gera enorme incerteza. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro [LINDB], especialmente nas normas que cuidam do Direito Público, artigos 20 a 30, observa expressamente que é preciso levar em conta as consequências práticas das decisões, inclusive judiciais. É preciso que haja preocupação com os resultados decorrentes da decisão — e não apenas da decisão administrativa regulatória, mas também da decisão judicial. As decisões precisam ter compromisso com a realidade. Creio que precisamos ter como norte para o desenvolvimento do tema regulatório nos próximos anos, dos marcos que cuidam das delegações de prestação de serviços a particulares, justamente essa preocupação de revestir as decisões de consequentialidade. Questionar: quais são os efeitos concretos que produzirá determinada opção regulatória, judicial, normativa, na vida das pessoas? Algo que me parece óbvio, mas que, no entanto, foi preciso que um texto normativo expressamente cuidasse do tema para que, de alguma maneira, começássemos a atentar para essas circunstâncias. E é preciso que os agentes públicos se imbuíam desse espírito.

ConJur — Há muitos ruídos sobre a competência para a fiscalização das concessões, aqueles conflitos habituais entre TCU, agências reguladoras e outros órgãos da Administração?

Tojal — No campo da fiscalização, há hoje um pluralismo institucional muito grande no Brasil e não no sentido positivo da expressão. Uma sobreposição de órgãos incumbidos de fiscalização: Ministério Público, tribunais de contas, da União e estaduais, CGU, e assim por diante. O interessante é que há — e aqui eu vou me referir especificamente ao TCU — uma viva disputa de poder entre o Tribunal de Contas e as agências reguladoras. Há decisões do TCU que claramente desbordam dos limites constitucionais de suas atribuições para se imiscuir naquilo que é competência da agência reguladora. Mas isso tem um sentido claro: é disputa de poder.

ConJur — Falta uma lei mais clara fixando competências?

Tojal — Não creio que mais uma lei venha a resolver isso. No Brasil, temos o péssimo hábito de acreditar que a lei sempre resolverá os problemas. O que nós estamos percebendo é que as leis vão se sucedendo e os problemas vão se somando, não encontram um vetor que pacifique a convivência desses órgãos. A verdade é que as leis já existem. Antes de mais nada, precisamos lê-las. É disso que se cuida, de maneira bastante simplória, mas, no entanto, muito verdadeira. Nós precisamos conhecer a nossa Constituição antes de mais nada. A Constituição não comporta dúvidas sobre essa ação supostamente fiscalizatória do TCU, que na prática é uma usurpação de atribuições das agências reguladoras.

ConJur — O senhor tem exemplos dessa usurpação?

Tojal — Por exemplo, o Tribunal de Contas pretender entrar no mérito de decisões produzidas no âmbito de arbitragens no contexto de uma determinada agência. Não tem o menor nexo. Isso ofende a letra da lei, ofende o bom senso, investe contra o sistema normativo. No final do dia, há um inequívoco comprometimento da segurança jurídica, cujos efeitos concretos passam pelo desestímulo de investimentos, especialmente do capital estrangeiro. Vivemos hoje uma brutal crise fiscal e precisamos de investimentos privados. Mas se não houver estímulo, o fomento que passe, antes de mais nada, por um grau de previsibilidade da resposta institucional no Brasil, não haverá mágica que dê conta desse problema. Então, existe um choque de competências que, necessariamente, deságua no Poder Judiciário. E o tempo do Judiciário não é o tempo econômico, por óbvio. Assim, decidimos pela paralisia. Paralisia de decisões, de investimentos.

ConJur — No evento de lançamento do livro, o CEO da Santos Brasil, Antônio Carlos Sepúlveda, disse que o setor gosta é de lei velha. Isso é previsibilidade, não?

Tojal — A expressão dele é ótima porque é visão de um técnico que comanda uma grande empresa arrendatária de terminais portuários públicos. A inflação legislativa é ruim para a regulação, ruim para a economia. Precisamos é de ações regulatórias baseadas nos documentos que já temos e que possam ser experimentados na sua essência. Eu me lembro que participei de um debate no início dos anos 1990 cujo tema central era a revisão da Lei Orgânica da Saúde. Mas a lei acabara de ser sancionada, dois anos antes. Essa volúpia por regular, normatizar, induz a uma visão absolutamente distorcida da realidade. Nesse quadro, a observação do Antônio Carlos é importante porque traz o olhar do empreendedor, do executivo que está preocupado, sim, com as consequências práticas de suas decisões.

ConJur — O Direito, por meio das decisões e das leis, tem de funcionar como agente motor da segurança jurídica...

Tojal — Justamente! O Direito tem um papel e a palavra Direito, aqui, é apropriada porque não se trata apenas de regras jurídicas. Mas de todo o conjunto que compreende a noção de Direito, que tem um papel importante no desenvolvimento econômico e social. É possível verificar isso nas primeiras linhas da Constituição, que é fundamentalmente um projeto de construção de uma nova ordem econômica e social, e que disponibiliza meios para tanto. O papel do Direito deve ser justamente o de fomentar o desenvolvimento. Temos diferentes instrumentos possíveis para estimular com sanções premiais, fomentar e veicular políticas públicas. Esse é o sentido moderno de legalidade. Legalidade é um mecanismo de transformação, de desenvolvimento, de aprimoramento estrutural das relações. Não podemos conspirar contra isso, porque no limite é conspirar contra a Constituição, contra os princípios constitucionais. E se há um documento que precisa ser prestigiado do começo ao fim é a Constituição Federal. Todo esse conjunto de aspectos traduz exatamente isso: o que queremos com a ação regulatória? Queremos o alcance de metas, queremos — para ficar nos termos da Antaq e da ANTT — resolver gargalos logísticos extremamente importantes, reduzir o custo-Brasil. Para isso, há de haver um engajamento de todos os setores. De novo, não precisamos de novas leis, precisamos aplicar as que já existem em um ambiente civilizatório.

ConJur — Além de regras claras de regulação, ter um plano de desestatização mais agressivo pode ajudar no desenvolvimento?

Tojal — Como ponto de partida, eu diria o seguinte: nenhuma solução tem um valor absoluto intrínseco. Desestatizar não necessariamente conduzirá a melhores resultados. Preservar o controle do Estado sobre as empresas de saneamento, por exemplo, pode não significar um obstáculo intransponível ao cumprimento de metas. Os valores variam muito em função das circunstâncias. Dito isto, é evidente que o Estado brasileiro vive uma crise fiscal importante. Estamos assistindo pilares fundamentais de responsabilidade fiscal serem solenemente ignorados, pilares que foram importantes para colocar o país novamente nos trilhos da estabilidade econômica. Diante desse quadro, a iniciativa privada poderá contribuir enormemente. Para isso, é preciso que todas as cautelas de que falamos ao longo dessa entrevista sejam observadas. Para que efetivamente a parceria público-privada promova os resultados desejados. De nada adiantará simplesmente transferir, mediante licitação, o controle de uma empresa estatal para mãos privadas. Isso, por si só, não produzirá os efeitos desejados. É necessário que, junto com essa estratégia, tenhamos, por exemplo, modelagens adequadamente feitas. O BNDES tem um papel importante. É preciso também pensar como financiar determinados serviços que se pagam única e exclusivamente pela tarifa. Citemos como exemplo novamente o saneamento. Como remunerar adequadamente investimentos na área sanitária em rincões desse país que são absolutamente pobres? Vamos invocar o mecanismo dos financiamentos cruzados, mas será essa a melhor forma? Enfrentar nossas questões cruciais para o desenvolvimento requer, primeiro, uma visão absolutamente desapaixonada; segundo, consequencialista; terceiro, global. Porque, do contrário, será uma mera profissão de fé.

ConJur — De onde viemos e para onde ainda podemos avançar no campo regulatório?

Tojal — Nas primeiras concessões, a medida da eficiência da prestação do serviço concessionário era aferida fundamentalmente a partir de dois vetores: produção e segurança. Avançamos neste aspecto. Há um evidente aperfeiçoamento das regras de medição da eficiência da prestação de serviços. Por exemplo, eu citaria a inserção de cláusulas de estímulo à melhoria da prestação do serviço, cláusulas de natureza premial, e não apenas penal, de regulação. O setor aeroportuário é um ótimo exemplo, inclusive com métricas que consideram a satisfação dos usuários — daí a importância da participação social. Creio que o próximo passo será justamente o aprofundamento de práticas sociais e o aprimoramento da governança das concessionárias, dado que, por exemplo, o aspecto ambiental que compõe o ESG já se encontra mais avançado. Com isso, teremos uma melhoria substancial no padrão de relação entre os órgãos públicos e as concessionárias e entre as concessionárias e seus usuários.

Date Created

07/11/2021