

ENTREVISTA

PROFESSORA MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, uma das maiores juristas do Direito Administrativo, é a entrevistada desta edição da Revista do TCEMG.

Aposentada como Procuradora do Estado de São Paulo, atualmente exerce a advocacia e é Professora Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), onde concluiu seu mestrado e doutorado e obteve a livre docência. Em vários períodos, foi chefe do Departamento de Direito do Estado da USP, tendo também se destacado por integrar a comissão de juristas que elaborou a lei de normas gerais de processo administrativo da União (Lei Federal n. 9.784/1999).

Com atividade acadêmica intensa, a professora é autora de mais de 85 artigos e livros, muitos deles adotados com frequência nos cursos de graduação e



pós-graduação em Direito. Entre suas principais obras, destacam-se *Direito Administrativo* (Ed. Atlas), *Dicrionariedade administrativa na Constituição de 1988* (Ed. Atlas) e *Temas polêmicos sobre licitações e contratos* (Ed. Malheiros).

Referência no estudo de diversos temas de direito administrativo, é com muita satisfação que recebemos as considerações de Di Pietro sobre temas emergentes e re-

emergentes no Direito Administrativo, tais como regime diferenciado de contratação na administração pública, princípio da supremacia do interesse público, poder normativo das agências reguladoras, entre outros.

REVISTA DO TCE — Em sua obra *Discrionariedade administrativa na Constituição de 1988*, V. Sa. afirma que o direito administrativo desenvolveu-se com base em duas ideias antagônicas: a da proteção aos direitos individuais perante o Estado — fundamento do princípio da legalidade — e a da necessidade de satisfação dos interesses públicos — o que determina a concessão de prerrogativas e privilégios à Administração Pública não apenas para limitar o exercício dos direitos individuais, mas também em prol do bem-estar coletivo. Como tratar essa dicotomia do direito administrativo?

MARIA SYLVIA Z. DI PIETRO: Esses dois aspectos do Direito Administrativo são realçados, praticamente, por todos os autores. Indubitavelmente, na maior parte dos temas do Direito Administrativo, há o lado dos direitos individuais e o da autoridade do Poder Público.

Por exemplo, em caso de desapropriação, há a pessoa que quer usufruir do seu direito de propriedade da maneira mais ampla possível (direito individual) e há o Poder Público que restringe esse direito em benefício do interesse público. Assim, a desapropriação afeta o direito individual de propriedade, mas em benefício do interesse geral.

Realmente, essa dicotomia existe, e o que se faz necessário é um equilíbrio entre ambos os lados. Normalmente, os limites tanto aos direitos do indivíduo quanto ao exercício da autoridade e das prerrogativas do Poder Público estão previstos no próprio ordenamento jurídico. Não é algo que a autoridade administrativa faça arbitrariamente, pois deve respeitar os limites impostos pela legislação, principalmente pela Constituição.

REVISTA DO TCE — O direito comunitário europeu tem influenciado fortemente o Direito Administrativo daquele continente, devido, em parte, à absorção de alguns institutos do direito privado levando vários autores estrangeiros a anunciar uma crise do Direito Administrativo. Como isso repercute na doutrina nacional?

MARIA SYLVIA Z. DI PIETRO: Hoje há uma tendência de falar em crise para tudo no Direito Administrativo: crise da legalidade, crise da supremacia do interesse público, crise do conceito do serviço público e a própria crise do Direito Administrativo. Há quem fale que ele vai desaparecer.

Em verdade, o Direito Administrativo tem-se desenvolvido muito, como se verifica pelo surgimento de inúmeros temas novos, como a improbidade administrativa, que surgiu com a atual Constituição, as parcerias com o terceiro setor, as parcerias público-privadas, a lei de processo administrativo, as ações coletivas em defesa do consumidor, novas formas de controle *etc.*

Eu não gosto de falar em crise. Acredito que o Direito Administrativo não está em crise. Talvez o que aconteça hoje seja o encontro de dois sistemas: o europeu continental, em que se insere o direito francês — no qual nós nos inspiramos — e o da *common law* — sistema norte-americano e inglês —, que possui também o Direito Administrativo, mas com algumas peculiaridades. Esse encontro de sistemas é uma decorrência do Tratado da União Europeia, de que participam países dos dois modelos, havendo, assim, influências recíprocas.

Desse modo, muitos institutos da *common law*, como as agências reguladoras, as parcerias público-privadas e a própria atividade de regulação estão influenciando os países do sistema europeu que fazem parte da União Europeia. Por conta da globalização esses institutos estão chegando não apenas no Brasil, mas em toda a América Latina, repercutindo nas doutrinas nacionais.

“ Eu não gosto de falar em crise. Acredito que o que acontece hoje seja o encontro de dois sistemas: o europeu continental [...] e o da *common law* [...] havendo, assim, influências recíprocas.”

REVISTA DO TCE — Além do encontro do sistema europeu continental e o anglo-saxão proporcionado pelo Tratado da União Europeia, verificamos ainda a forte influência exercida sobre o direito administrativo por institutos de direito privado, o que alguns chamam de “privatização do direito público”. Como V. Sa. enfrenta este fenômeno?

MARIA SYLVIA Z. DI PIETRO: Na realidade, houve primeiro um movimento de publicização do direito privado. Na metade do século passado, surgiu uma infinidade de obras salientando o avanço do Direito Público sobre o Direito Civil. Agora, estamos numa fase em que se fala da privatização do Direito Público. Alguns falam até de “fuga do Direito Administrativo”.

No entanto, a administração pública sempre usou um pouco do Direito Privado. Mesmo no Direito francês, onde se encontra praticamente a origem do Direito Administrativo, nunca se abandonou inteiramente o Direito Privado. Alguns autores falam, por exemplo, que existe o Direito Administrativo em *sentido estrito*, composto por normas só de Direito Público, e o Direito Administrativo em *sentido amplo*, que abrange também esse Direito Privado usado pela administração pública. Penso que está acontecendo o crescimento desse Direito Administrativo em *sentido amplo*: uma grande procura por parcerias com entidades privadas, por institutos do direito privado, pelas PPPs e pela volta da concessão do serviço público.

No entanto, o que procuro demonstrar — e esse foi o tema tratado na minha tese de livre-docência, Direito Privado na Administração Pública — é que sempre que a Administração Pública utiliza institutos do Direito Privado, este aparece parcialmente derogado pelo Direito Público. Essa história de fuga do Direito Administrativo é só uma expressão “de efeito”. Veja o seguinte exemplo: na concessão de serviço público, a concessionária é uma empresa privada que assume a gestão de um serviço público, mas o contrato que ela celebra com a Administração Pública é um contrato de Direito Administrativo e ela é controlada pelo poder concedente. Ela assume algumas prerrogativas próprias do poder público e também se sujeita a alguns princípios próprios da Administração Pública, como modicidade de tarifas, continuidade do serviço público *etc.*

Outro exemplo: as organizações sociais e as Oscips, que têm alguma parceria com o Poder Público, fogem do direito administrativo? Não fogem. Elas têm que assinar o contrato de gestão ou termo de parceria, regido por normas de direito público. E estão sujeitas ao controle, seja pelo Tribunal de Contas, seja pela própria Administração Pública. Não há como fugir do direito público.

“[...] sempre que administração Pública utiliza institutos do Direito Privado, este aparece parcialmente derogado pelo Direito Público. Essa história de fuga do Direito Administrativo é só uma expressão “de efeito”. ”

REVISTA DO TCE — Ao tratar do tema de parcerias na administração pública, V. Sa. critica os contratos de gestão com as organizações sociais referindo-se a eles como um exemplo de “privatização em sentido amplo”. Em geral, como V. Sa. observa o crescimento do terceiro setor?

MARIA SYLVIA Z. DI PIETRO: Não gosto do modelo das organizações sociais. Acredito que as organizações sociais, as Oscips e as entidades privadas que compõem o terceiro setor, podem até ser eficientes, mas o que é mais relevante é o controle efetivo, porque elas administram dinheiro público. Se não houver controle, não há fuga do direito público e, sim, do dinheiro público. E não creio que o controle seja sempre eficiente.

Penso que, ao procurar as parcerias com o terceiro setor, a intenção é a de fugir às regras do direito administrativo. Por exemplo, um hospital público, de natureza autárquica, como o Hospital das Clínicas, tem que fazer concurso público, licitação, sujeitar-se a todos os controles. No entanto, se o mesmo serviço, prestado no mesmo local, for gerido por uma entidade do terceiro setor, como uma fundação de apoio, não serão aplicadas as normas do direito público. Então, eu acho que isto é uma fuga intencional e de um regime constitucional.

Se a Constituição previu um regime de direito público para a Administração Pública, ela teve alguma intenção, ela quis proteger alguma coisa. Então, qual é o fundamento para admitir-se que uma entidade privada preste aquela mesma atividade, usando o mesmo dinheiro público, só que num regime de direito privado, sem observância daquelas normas protetoras?

Participei de uma comissão que preparou o anteprojeto de reforma administrativa. Nele colocamos uma parte para tratar do terceiro setor. Nós não chamamos de terceiro setor e sim de “entidades de colaboração”. Nós previmos que essas entidades se sujeitam ao regime da CLT, têm gestão privada, mas têm que ter regulamentos próprios sobre seleção de pessoal e sobre regime de contratação. Elas não teriam que se submeter à lei de licitações, por exemplo, mas teriam que ter um regulamento próprio aprovado pelo Poder Executivo, porque se existe uso de dinheiro público é preciso critérios objetivos que garantam igualdade de tratamento.

REVISTA DO TCE — O que justifica a aplicação do princípio da supremacia do interesse público? O que V. Sa. pensa sobre as críticas que ele tem recebido quanto ao seu “caráter autoritário”, supostamente incompatível com o Estado Democrático de Direito?

MARIA SYLVIA Z. DI PIETRO: Onde existe Estado, existe interesse público. É função do Estado atender ao bem comum, ao interesse de todos. Cada cidadão participa do interesse público, mesmo que este seja contra o seu interesse pessoal. Se é feita uma obra para proteger o meio ambiente,

“ Se a Constituição previu um regime de direito público para a Administração Pública, ela teve alguma intenção, ela quis proteger alguma coisa. Então, qual é o fundamento para admitir-se que uma entidade privada preste aquela mesma atividade, usando o mesmo dinheiro público, só que num regime de direito privado, sem observância daquelas normas protetoras? ”

pode-se falar que essa obra afeta o direito individual de propriedade; no entanto, há uma participação de todos no interesse (público) maior, no caso, a proteção do meio ambiente.

Não é verdade que o princípio da supremacia do interesse público impeça o exercício dos direitos fundamentais. Ele sempre conviveu com os direitos fundamentais. O Direito Administrativo começou a aparecer no fim do século XVIII, quando surgiu o liberalismo, que protegia os direitos individuais. Mas, na época do Estado social, em que mais se desenvolveu o princípio da supremacia do interesse público, surgiram novos direitos individuais nas áreas social e econômica, chamados de direitos individuais de segunda e de terceira gerações. Quero dizer, nunca houve impossibilidade de se exercerem os direitos individuais pelo fato de, em determinadas situações fundamentadas no ordenamento jurídico, o interesse público predominar sobre o direito individual.

Alguns autores exageram ao criticar o princípio da supremacia do interesse público, argumentando que os direitos humanos é que são prioritários e que aquele princípio impediria as pessoas de exercerem plenamente os seus direitos fundamentais. Esses autores estão exagerando o sentido do princípio para poderem criticá-lo e rebatê-lo, aparecendo como os salvadores dos direitos fundamentais. Não é possível afirmar que em qualquer situação de conflito entre interesse público e direito individual, aquele prevaleça sobre este, pois, se assim fosse, não existiria mais direito individual. Na realidade, prevalece o interesse público nos limites e formas previstos no ordenamento jurídico; na desapropriação, no tombamento, nas normas garantidoras da função social da propriedade, o direito individual cede ante o interesse público; mas isto ocorre porque a Constituição assim o prevê. A própria Constituição Federal tem inúmeros institutos que protegem o interesse público em detrimento do direito individual.

Alega-se que o princípio da supremacia do interesse público tem caráter autoritário. Na realidade, quando considerado abstratamente, o princípio da supremacia do interesse público dá a impressão de ser autoritário, porque o interesse público tem que prevalecer sobre o direito individual. No entanto, quando se pensa que cada cidadão participa do interesse público, essa crítica de autoritarismo perde grande parte de sua credibilidade. Além disso, se a administração pública impuser um sacrifício de direito, ela tem que garantir a indenização correspondente.

Outra crítica comum contra o princípio é a indeterminação do conceito de interesse público. A grande questão é se existe discricionariedade quando a lei emprega conceitos jurídicos indeterminados, como é o caso da expressão *interesse público*.

Fernando Sainz Moreno, autor espanhol, escreveu sobre os conceitos jurídicos indeterminados. Ele aponta que o interesse público, no sentido

“ Não é verdade que o princípio da supremacia do interesse público impeça o exercício dos direitos fundamentais. Ele sempre conviveu com os direitos fundamentais.”

político, é um conceito indeterminado, porque constitui objetivo do Estado atingir o bem comum. Mas, o que é bem comum? Outro conceito muito indeterminado. No caso concreto, quando a Administração Pública tem que decidir em benefício do interesse público, a indeterminação tende a desaparecer: se é feita uma desapropriação para proteger o meio ambiente, o interesse público é a proteção do meio ambiente; se é para construir um hospital, o interesse público diz respeito à saúde. Dessa forma, na aplicação ao caso concreto, aquele conceito indeterminado torna-se determinado, caracterizando o interesse público no sentido jurídico.

Existe uma corrente bem rigorosa, que tem sido adotada por parte da doutrina alemã, espanhola e brasileira, entre outras. Os seus seguidores acham que qualquer conceito jurídico, precisamente por ser jurídico, admite interpretação e que interpretação é função típica do Judiciário, concluindo que este sempre pode interpretar o conceito e dizer qual é a solução correta, inexistindo discricionariedade administrativa.

Meu entendimento acompanha um pouco a linha do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello e também de alguns autores alemães: quando se trata de conceito de valor — por exemplo, notório saber jurídico, utilidade pública, interesse social *etc.* — pode haver discricionariedade para a Administração Pública aplicá-lo no caso concreto. Nesse caso, em seu trabalho de interpretação, o juiz deve avaliar se a decisão adotada pela administração é aceitável, se é razoável diante da motivação adotada; em caso afirmativo, a interpretação do Judiciário não deve substituir a da Administração Pública.

Por isso se diz que a discricionariedade começa quando termina o trabalho de interpretação. Nesse ponto houve um avanço, porque, anteriormente, principalmente aqui no direito brasileiro, quando o juiz encontrava na lei um conceito indeterminado, principalmente um conceito de valor, ele não fazia nenhuma interpretação, alegando ser matéria de mérito, atinente à discricionariedade da Administração Pública. Hoje, o juiz, primeiramente, tem que interpretar para depois dizer se a solução da Administração está correta ou não.

No Direito Alemão, alguns autores, no caso de conceitos de valor, falam que a Administração dispõe de “certa margem de apreciação”. Não usam, nesse caso, a palavra *discricionariedade*. É aquela história da zona de certeza positiva e zona de certeza negativa. Entre ambas, remanesce uma “zona cinzenta”. Se o juiz chegar nessa zona cinzenta em que a motivação da Administração é adequada, ele não pode substituí-la.

O Professor Celso Antônio diz que na lei, na regra jurídica, um conceito pode parecer indeterminado, como ocorre com o de notório saber jurídico. É indeterminado, ninguém vai negar que é; mas, ao ser aplicado num caso concreto, para dizer que uma pessoa tem notório saber jurídico, a matéria de fato vai ajudar a chegar a uma conclusão.

“ [...] quando considerado abstratamente, o princípio da supremacia do interesse público dá a impressão de ser autoritário, porque o interesse público tem que prevalecer sobre o direito individual. No entanto, quando se pensa que cada cidadão participa do interesse público, essa crítica de autoritarismo perde grande parte de sua credibilidade.”

O currículo é a prova de que alguém realmente tem notório saber jurídico. Já houve um caso em que a nomeação de um juiz para Tribunal Federal, indicado pelo quinto constitucional, foi anulada por ação popular. Ele era formado há mais de 20 anos, tinha pouca experiência no exercício da advocacia, nenhum livro ou artigo publicado... Então, a matéria de fato comprovou, sem sombra de dúvida, que ele não tinha notório saber jurídico, chegando-se a uma zona de certeza negativa.

Mas, suponha-se que houvesse uma zona cinzenta: ele não é um grande jurista, mas tem o currículo respeitado, a decisão está adequadamente motivada em fatos comprovados. Aí reside a discricionariedade. Nessa situação, o Judiciário não poderá invalidar a nomeação do juiz.

Antigamente se dizia que o Judiciário não pode examinar o mérito. Mas hoje se entende que ele tem que examinar o mérito exatamente para verificar se a Administração Pública não exorbitou da sua competência discricionária. Se, com esse exame, baseado fundamentalmente na motivação do ato (hoje considerada obrigatória), o juiz verificar que a decisão foi lícita, ele não pode substituir-se à autoridade administrativa para substituir a sua decisão por outra que julgue mais oportuna ou conveniente. Por outras palavras, baseado em critérios não jurídicos, em critérios de oportunidade ou conveniência, o Judiciário não pode invalidar a decisão administrativa nem, muito menos, alterá-la segundo seus próprios critérios. Caso contrário, acabaria a Administração Pública. Chegaríamos ao governo dos juízes.

REVISTA DO TCE — É possível o controle judicial da discricionariedade administrativa? Quais são os limites a serem observados considerando-se a mitigação do princípio da legalidade?

MARIA SYLVIA Z. DI PIETRO: Quando se discute legalidade — princípio a que a Administração Pública se sujeita — é admissível o exame das decisões administrativas pelo Judiciário. Só que o conceito de legalidade evoluiu de uma legalidade em sentido estrito (significando obediência à lei, em sentido formal) para uma legalidade em sentido amplo (que abrange os atos normativos do próprio Poder Executivo, bem como os princípios e valores inseridos na Constituição, de forma implícita ou explícita). É uma legalidade que leva em conta o conteúdo material, o conteúdo de justiça da lei.

A ideia de legalidade em sentido amplo surgiu por influência do direito alemão, quando inseriu norma na Constituição de 1949 determinando que o Legislativo e o Executivo obedecessem à lei e ao Direito. Parece um pleonasma. Mas, quando se falou em Direito, o objetivo foi o de abranger não só a lei em sentido formal, a lei imposta pelo Poder Legislativo, mas também todos os princípios e os valores previstos no ordenamento jurídico. Mais tarde, essa previsão também apareceu na Constituição Espanhola e na Portuguesa. Além disso, os franceses distinguem princípios

“ [...] baseado em critérios não jurídicos, em critérios de oportunidade ou conveniência, o Judiciário não pode invalidar a decisão administrativa nem, muito menos, alterá-la segundo seus próprios critérios. Caso contrário, acabaria a Administração Pública. Chegaríamos ao governo dos juízes.”

de valor constitucional dos que não têm valor constitucional. Os primeiros, por terem fundamento na Constituição, se sobrepõem à lei. No direito brasileiro, a Constituição de 1988 é rica na previsão de princípios, já a partir do preâmbulo e dos quatro primeiros dispositivos, além de outros, esparsos, como os contidos no artigo 37, dirigidos especificamente à Administração Pública.

Então, quando se fala em legalidade em sentido amplo, não se abrange apenas a lei formal, mas também os valores, os princípios. Isso significa que a Administração Pública deve obediência não só à lei, em sentido estrito, mas a todos os princípios previstos de forma implícita ou explícita na Constituição. Na medida em que se ampliou a legalidade, restringiu-se a discricionariedade. Em consequência, aumentou a possibilidade de controle judicial sobre aspectos antes reservados à apreciação da Administração Pública. Esse controle da discricionariedade ficou facilitado pela exigência de motivação de todas as decisões administrativas.

REVISTA DO TCE — Para V. Sa., o Poder Público pode se utilizar da teoria da reserva do possível para justificar o descumprimento de um dever constitucional?

MARIA SYLVIA Z. DI PIETRO: O princípio da reserva do possível tem sido invocado pela Administração Pública em ações individuais e coletivas em que haja, direta ou indiretamente, interferência nas políticas públicas. A pessoa pede um medicamento, um tratamento ou exame médico, ou pede matrícula em uma escola. Ou então, o Ministério Público tenta obter, através do Judiciário, algo que interfere na opção do poder público ao elaborar o orçamento. Por exemplo, obrigar a destinação de recursos na área da saúde.

O princípio da reserva do possível pode ser invocado pela administração pública, mas desde que as razões de fato invocadas para fazê-lo correspondam à verdade. Se a administração tem os instrumentos para fazer transferências orçamentárias e, por conseguinte, usar os recursos necessários, não há como alegar a reserva do possível.

Somente se a entidade realmente não tem recursos, é que ela pode invocar esse princípio. Ou seja, se há uma impossibilidade de fato, não há como cumprir o impossível.

Até alguns anos atrás, era impensável que alguém impetrasse uma ação com o fim de obrigar uma autoridade pública a uma prestação positiva que implicasse interferência nas políticas públicas. Por exemplo, uma pessoa precisa fazer um exame ou tratamento médico e não tem dinheiro; por isso, ela ajuíza uma ação judicial para obrigar a Administração a custear seus gastos com saúde. O Executivo diria “não, eu não quero pagar este tratamento, prefiro usar o dinheiro para fazer outras coisas”. O Judiciário,

“ O princípio da reserva do possível pode ser invocado pela administração pública, mas desde que as razões de fato invocadas para fazê-lo correspondam à verdade. ”

antigamente, nada poderia fazer. Hoje, são frequentes as decisões judiciais julgando procedentes as ações desse tipo.

Em regra, não cabe ao Judiciário interferir em políticas públicas. Mas, nesse caso, não se pode dizer que haja interferência do Judiciário nas políticas do Executivo, pois o juiz está apenas garantindo um direito à saúde, que decorre da Constituição. Antes, as normas pertinentes aos serviços sociais do Estado eram consideradas meramente programáticas. Hoje, há o entendimento de que elas têm um mínimo de efetividade que decorre da própria Constituição e que, portanto, o seu cumprimento pode ser exigido judicialmente. E é tão grande o número de ações com pedidos desse tipo e é tão elevado o custo dessas ações para o poder público, que se pode afirmar que existe interferência indireta do Judiciário nas políticas públicas. Em todas essas situações, a invocação do princípio da reserva do possível não pode ser aceita quando se verifica desvio de poder, ou seja, mero intuito de fugir ao cumprimento da prestação positiva determinada pelo Judiciário.

REVISTA DO TCE — A propriedade privada recebe a proteção do Estado quando cumpre a sua função social, princípio a que está comumente associada. Todavia, para muitos autores, a exigência de cumprimento da função social alcança também a propriedade pública. V. Sa. acredita em uma função socioambiental da propriedade pública?

MARIA SYLVIA Z. DI PIETRO: Conforme defendi em minha tese de doutorado, a propriedade pública tem função social tanto quanto a propriedade privada, inclusive função sócio-ambiental.

Os bens de uso comum do povo e os de uso especial têm uma função pública que lhes é inerente. Embora eles tenham uma finalidade específica definida no Código Civil, eu defendo que o Estado pode dar-lhes outras utilidades, e normalmente dá tantas utilidades quantas forem compatíveis com a destinação do bem.

Quanto aos bens dominicais, que estão no domínio privado do Estado, entendo que lhes é aplicável, até mesmo, a desapropriação sancionatória. Ora, o Estado deve respeitar os princípios da função social de sua propriedade, sob pena de sujeitar-se à desapropriação para fins de reforma agrária. Só porque é bem do Estado, não se pode exigir o cumprimento de sua função social? Nesse caso, os princípios que se aplicam aos bens particulares e aos bens públicos são os mesmos.

REVISTA DO TCE — A Lei n. 12.462/11, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratação na Administração Pública para as obras e serviços necessários à realização dos eventos mundiais que o Brasil sediará a partir de 2013, inspirada em parte na experiência exitosa do regime de contratação utilizado pelas agências reguladoras e dos

“ Ora,
o Estado deve
respeitar os
princípios da
função social de sua
propriedade, sob
pena de sujeitar-se
à desapropriação
para fins de reforma
agrária. Só porque
é bem do Estado,
não se pode exigir o
cumprimento de sua
função social? ”

pregões, tem sido vista como “ponto de partida” para uma possível reforma na Lei n. 8.666/93. O que V. Sa. pensa sobre uma nova lei de licitações e sobre a necessidade de alterações ou mesmo de revogação da Lei n. 8.666/93?

MARIA SYLVIA Z. DI PIETRO: Eu comecei a achar que a Lei n. 8.666/93 deveria ser alterada assim que ela foi promulgada. Ela é excessivamente formalista. Naquela época se falava muito na moralidade das licitações... Hoje ficou mais do que provado que o formalismo da lei não contribuiu em nada para acabar com a corrupção. Uma licitação pode ser formalmente tida como perfeita, só que não se sabe quais as trocas, as coisas que “são feitas por trás”. Talvez seja a própria Lei n. 8.666/93 que leve as autoridades a procurarem “caminhos paralelos”. São muitas exigências. Não há liberdade alguma.

Além disso, a atual Lei de Licitações não fixa apenas normas gerais, conforme previsto na Constituição, ela extrapola muito, deixando pouca ou nenhuma liberdade para os Estados e Municípios legislarem.

A Lei de Licitações precisa ser alterada e esse novo modelo da Lei n. 12.462/11 seria um bom ponto de partida, pois trouxe inovações muito positivas, por exemplo, inversão da fase de habilitação e julgamento, proibição de divulgação prévia do orçamento estimado, maior abertura para negociação e contratos de eficiência.

Todas as tentativas para mudar a Lei n. 8.666/93 fracassaram. Então, se fosse aproveitada a lei do regime diferenciado, talvez ficasse mais fácil obter êxito. Quem sabe não se revoga o art. 1º da Lei n. 12.462/11 e pronto?

REVISTA DO TCE — O art. 6º da Lei n. 12.462/11 prevê que o orçamento estimado previamente para a contratação tornar-se-á público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas. Como V. Sa. avalia essa medida?

MARIA SYLVIA Z. DI PIETRO: Essa medida é ótima. No Decreto Lei 2300 não havia a exigência de divulgação do orçamento estimado e ninguém nunca criticou. Também a lei do pregão não exige.

Fala-se muito em superfaturamento. Acho que o superfaturamento começa dentro da própria Administração Pública com a elaboração desse orçamento estimado. Se ele não for conhecido previamente, cada licitante fará a sua própria pesquisa de preço e de mercado e apresentará o orçamento sem nenhuma influência por parte da Administração. Se o orçamento estimado é divulgado previamente à apresentação das propostas, os licitantes não vão fugir muito de seu conteúdo. O orçamento estimado é útil para a própria Administração Pública, para fins de avaliação das propostas.

“ [...] o superfaturamento começa dentro da própria Administração Pública com a elaboração desse orçamento estimado. Se ele não for conhecido previamente, cada licitante fará a sua própria pesquisa de preço e de mercado e apresentará o orçamento sem nenhuma influência por parte da Administração. ”

Defendo que a publicação, antes da apresentação das propostas, deve ser proibida.

REVISTA DO TCE — Como V. Sa. avalia a questão do poder normativo das agências reguladoras?

MARIA SYLVIA Z. DI PIETRO: O poder normativo das agências reguladoras já é uma realidade, já está institucionalizado. Eu tenho sérias restrições quanto a ele, realçando que existem limites para essa atividade normativa, pois as agências não podem invadir matéria de reserva de lei e não podem inovar juridicamente, impondo obrigações ou prevendo sanções que não estejam previstas em lei.

No entanto, há normas que as agências podem baixar. A lei utiliza conceitos indeterminados, mas que têm um conteúdo técnico. A agência pode defini-lo. A agência vai, por exemplo, na área de vigilância sanitária, ao tratar de produtos perigosos, dar uma lista de produtos perigosos... Seria o que alguns chamam de *discricionabilidade técnica*.

Eu acho que o papel mais apropriado da agência é o de resolver as situações concretas, pois existe, na regulação, uma atividade que é “estável” — que não muda muito, uma vez que está prevista em lei — e existem as situações concretas. As agências vão resolvendo as questões surgidas nos casos concretos e, para esse fim, normatizam. Trata-se de atos administrativos de efeitos concretos, que vão atingir situações determinadas, e não de atos normativos abstratos.

Quanto a estarem as agências cumprindo o seu papel, é preciso considerar que a própria justificativa para a existência da agência, ou uma das justificativas, é que ela vai tratar de um assunto específico que exige conhecimento de pessoas especializadas. Quanto a isso, acho que as agências reguladoras brasileiras não cumprem bem o seu papel, pois pessoas que não têm a qualificação técnica necessária acabam se estabelecendo nessas instituições, principalmente em postos de direção.

A deslegalização, defendida por alguns autores, não tem fundamento no direito brasileiro. A Constituição esgotou toda a competência normativa, prevendo cada tipo normativo e definindo a competência para praticá-lo.

Também falta um pouco de legitimidade democrática para as agências. Na medida em que elas podem baixar normas, falta no Direito brasileiro — ao contrário do estadunidense — algum procedimento de participação popular. Nos Estados Unidos, reconhece-se o poder normativo das agências reguladoras, mas elas devem possuir legitimidade democrática, com procedimentos de participação popular obrigatórios, sob pena de ilegalidade e invalidação, pelo Judiciário, por vício formal. No Brasil, há previsão de consultas e audiências públicas; porém, não são realizadas ou, quando realizadas, é apenas “pro forma”.

“ falta um pouco de legitimidade democrática para as agências. Na medida em que elas podem baixar normas, falta no Direito brasileiro [...] algum procedimento de participação popular. ”

Outro problema que temos no Brasil é a dificuldade de exigir do Judiciário o controle abstrato de um ato ou de um regulamento de agência reguladora. O Supremo entende que apenas se não houver nenhuma normatização que intermedeie o ato normativo e a Constituição, é que o Judiciário pode fazer o controle abstrato. Já a Corte Suprema dos Estados Unidos examina a validade dos regulamentos das agências sob o aspecto formal (obediência ao procedimento) e sob o material (respeito ao devido processo legal em sentido substantivo).

REVISTA DO TCE — Diante da necessidade de superação de paradigmas positivistas a partir do advento do Estado Democrático de Direito, quais são as tendências do Direito Administrativo?

MARIA SYLVIA Z. DI PIETRO: Com relação a essa expressão “Estado Democrático de Direito”, eu costumo realçar dois aspectos, que teriam vindo com esse modelo. Um, é a ideia de democracia participativa: tentar aumentar a participação do cidadão na gestão e no controle da Administração Pública. E, aí, a Constituição trouxe vários instrumentos — direito à informação, publicidade, direito de denunciar irregularidades. E o outro aspecto é exatamente o da legalidade em sentido amplo, que traz uma ideia de justiça material. Nós sempre fomos muito apegados à lei em sentido estrito, por isso talvez você esteja falando do positivismo, não é? E, com a superação disso é que nós podemos hoje falar na legalidade em sentido amplo — submissão da administração pública aos princípios, surgimento de novas formas de controle e ampliação dos controles já existentes sobre a discricionariedade da Administração.

A ideia de participação democratizou a administração pública, e a ideia de justiça material humanizou o direito administrativo, porque hoje existe muita preocupação com os direitos fundamentais. Se você for analisar a evolução do direito administrativo, que tem esses dois lados, prerrogativas e liberdade, conforme o regime que se adota, a balança pende ora para um lado, ora para o outro lado. Hoje há uma tendência a proteger os direitos fundamentais. Portanto, você veja, se comparar a Constituição atual com a anterior, a própria colocação do título referente aos direitos individuais mudou. Na Constituição anterior, era artigo cento e não sei quanto, na Constituição atual é logo no começo. Houve realmente uma preocupação grande em proteger os direitos fundamentais.

Essas foram as grandes mudanças trazidas por esse modelo de Estado Democrático de Direito. E isso, evidentemente, teve influência sobre o direito administrativo.

“ A ideia de participação democratizou a administração pública, e a ideia de justiça material humanizou o direito administrativo, porque hoje existe muita preocupação com os direitos fundamentais. ”

Por: Leonardo de Araújo Ferraz, Juliana Mara Marchesani, Diego Felipe Silva Abreu de Melo e Silvia Costa Pinto Ribeiro de Araújo.

* Agradecimento à Coordenadoria de Taquigrafia pela transcrição da entrevista.