

6ª Seção – Entrevista

Section 6 – Interview

ENTREVISTA COM FLORIANO PEIXOTO DE AZEVEDO MARQUES NETO¹

AUGUSTO NEVES DAL POZZO

Professor da PUC-SP.
augusto@dalpozzo.com.br

RICARDO MARCONDES MARTINS

Professor da PUC-SP.
ricmarconde@uol.com.br

*Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura (RDAI) – Nossa primeira pergunta é a mais pessoal. Conte-nos um pouco sobre a escolha do Direito? Da advocacia? Do Direito Público? E do magistério?*²

Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto – Na minha escolha pelo direito, eu acho que o principal fator de influência foi o meu pai. Ele era Procurador do Município, uma pessoa sempre estudiosa, aquele tipo de procurador que era muito cioso, com um forte senso de serviço público. Hoje teria 93 anos. Ele era daquela escola clássica dos advogados da Prefeitura de São Paulo... do Meirelles Teixeira [José Horácio], Oswaldo Aranha [Bandeira de Mello]. Meu pai era mais velho quando nasci, e, para vocês terem uma ideia, a Lúcia Valle [Figueiredo] fora caloura dele na Procuradoria. Para além de ser procurador, era um cara que gostava muito de estudar, fez cursos de especialização na PUC, onde era graduado, e tinha muitos livros. Então, isso sempre me encantou muito. Não era uma pessoa exuberante, mas era uma pessoa que gostava muito do estudo, E ele trabalhava na área de licitações e isso explica um pouco meu interesse inicial. E tinha também primos. A família dos Azevedo Marques é muito marcada pelo mundo do Direito. Tios e primos, tio-avô Desembargador. Então, essa presença do Direito

-
1. 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.
 2. Entrevista concedida em São Paulo, em 30.08.2018 e 14.09.2018.

no ambiente da família, principalmente do meu pai em particular, me levou a ter uma inclinação para o mundo do Direito.

E no Direito Público, eu acho que são duas influências: a primeira, meu pai como Procurador, seus livros de Direito Público, do Oswaldo Aranha [Bandeira de Mello], Celso Antônio [Bandeira de Mello], Themístocles [Brandão Cavalcanti], meu pai tinha uma coleção do Themístocles. Então, isso me influenciou. E a outra questão é que eu fui meio que levado para a área do Direito Público porque eu sempre gostei muito da política. Também na família, o tema “política” se discutia muito. Meu pai não era muito ligado à disputa eleitoral, mas era muito preocupado com a política. Em almoços de família discutia-se isso. Meu avô, pai do meu pai, foi Vereador em Campinas, meu bisavô líder político em Santo Antônio do Pinhal. Enfim, a família tinha uma tradição na política, e no debate político – estamos falando aí dos anos 1970, ditadura, era um debate que se presenciava, eu, como criança, ouvia, começava a dar os meus palpites, ler o jornal, discutir as notícias, era uma coisa presente e eu fui muito tocado. Acho que fui tocado primeiro pela política, mais do que pelo Direito. Minha escolha de fazer Direito foi muito precoce. Eu estudei no ensino fundamental em escola alemã e no ensino médio meus pais me abriram opções de escolha de escola, e eu fui ver, conhecer as escolas, ser entrevistado, e escolhi uma escola que estava então começando e tinha um viés que me interessou. E, na entrevista, o orientador pedagógico me perguntou o que eu queria fazer da vida. Falei: “Quero, não. Eu vou fazer Direito no Largo São Francisco!”. Isso na oitava série do ginásio. Eu tinha isso já, embora meu pai fosse formado na PUC, eu queria fazer São Francisco, e não por conta da qualidade do ensino, mas basicamente por conta da aura do Largo de São Francisco, da política. Tinha um primo, seis, sete anos mais velho que tinha recém-entrado na Faculdade, e eu via aquilo e me encantava... Então, não sei precisar quando, deu-se minha escolha pelo Direito, mas foi muito precoce.

Quando eu entro na Faculdade, o magistério não era um horizonte, não era uma coisa que eu tivesse dentro dos meus objetivos. Mas trabalhar com o Direito e essa inclinação pela política eu já tinha. E brinco sempre que eu entrei na faculdade, primeiro, querendo ser Presidente do XI [Centro Acadêmico XI] e, depois, me formar bacharel. Por sorte, perdi a eleição, se não teria ido para a política. A afeição pelo magistério começa na Faculdade. Começa no primeiro ano, a partir de dois professores que me influenciaram muito: o Dalmo [de Abreu Dallari] e o Tercio [Sampaio Ferraz Júnior], professores do primeiro ano. O Dalmo, por eu perceber que aquilo tudo que eu gostava no mundo da política, era também jurídico. Ele lecionava Teoria Geral do Estado. As aulas do Dalmo me impressionavam, muito didáticas. E essa passagem da política, do Estado, para o Direito, me

influenciou muito. E houve, também, um conselho, logo nas primeiras aulas, do Prof. Dalmo. Ele disse: “Olha, vocês vão ter aqui boas aulas, os melhores professores, mas não deixem de frequentar o pátio, de participar dos debates, de participar da política, porque isso vai formá-los melhor do que ficar só na sala”. E o Tércio com, digamos assim, não só o brilho dele, o didatismo, mas com uma aula muito acima da minha capacidade de cognição, que me incentivou brutalmente a estudar. Algo assim: “Eu não posso ser tão ignorante e não entender o que ele está falando”. Conversava com os colegas e via que não era só eu. O grau de sofisticação do raciocínio, para o primeiro ano, era muito grande, mas ao mesmo tempo muito didático. Então, ao longo das aulas, a gente vai se envolvendo num processo de quase sedução, para dizer: “você é capaz, você consegue, já estou entendendo... uau! E isso, logo no primeiro ano, me tentou para o magistério, e para o estudo acadêmico. E eu levei o meu itinerário na Faculdade tentando conciliar as três demandas, sempre muito ambicioso em termos de tempo: o estudo – eu fui um aluno bastante bom, com boas médias, não tive uma recuperação, dava conta do riscado; a política – vivi intensamente a questão política, fui Vice-Presidente do XI, fui representante da Congregação, do DCE etc.; e o viés acadêmico, pesquisa. E, nesse terceiro ponto, que foi fundamental para minha inclinação, para a vida acadêmica, e não apenas para o magistério, no meu segundo para o terceiro ano, o Prof. Dalmo, como Diretor da Faculdade, com muita obstinação, conseguiu algo que na época não existia, que era, dentro da área de humanidades, abrir uma linha de Direito na FAPESP, para iniciação científica. E isso foi muito importante, porque o Direito não tinha bolsa de iniciação científica na FAPESP, o Direito era um negócio meio à parte da FAPESP. E, quando houve essa abertura, teve uma grande divulgação disso, eu me apliquei para uma bolsa: teve lá uns 40 projetos, e eu ganhei uma das poucas bolsas de iniciação científica. Aí eu tive, ao longo do segundo semestre do terceiro ano e no quarto ano, uma bolsa de iniciação científica, que me foi extremamente importante para entrar na atividade acadêmica. Fui orientado pelo Prof. Ricardo Lewandowski, que, na época, era Associado de Teoria Geral do Estado, e contei com um apoio muito grande do José Eduardo Faria, que me ajudou muito, foi um verdadeiro co-orientador. Meu trabalho de iniciação científica era uma análise de como os países da América Latina tinham saído dos regimes ditatoriais e voltado para a institucionalidade, a reconstitucionalização deles. Aí eu comparei nesse trabalho o processo no Brasil, no Chile e na Argentina, que tiveram processos diferentes. Não vou entrar no detalhe, mas é muito interessante a percepção. Era um viés de Teoria Geral do Estado, onde eu estava e fiquei por um bom tempo, de Direito Constitucional, um pouquinho de Direito Administrativo, mas mais o Direito Constitucional e a Ciência Política. Aí eu fui mordido pela mosca da Academia. Daí

para o magistério, foi um pulo. Sempre gostei de falar, de me apresentar, então o magistério foi quase como um convite inevitável. Então, essa é minha trajetória, digamos assim, básica nessa inflexão.

Aí tem um outro episódio da minha vida que a sorte bateu na porta, foi muito rico para essa, vamos dizer, inflexão no Direito Público e na Advocacia. Quando eu estava nas férias do primeiro para o segundo ano da faculdade, eu já circulava lá no porão, estávamos em férias, eu estava lá pelo XI de Agosto, era dezembro de 1986, tinha acabado de ter eleição para Governador e para os Deputados Constituintes. E aí eu estou por lá, calouro, jovem, e havia uma organização que tinha sido criada, chamada “Plenário pró participação popular na Constituinte”, criada pela Comissão de Justiça e Paz, por uma série de entidades, a OAB apoiava, para tentar fomentar a participação popular no processo constituinte, donde resultou uma Emenda, patrocinada pelo Plenário, o dispositivo constitucional de iniciativa popular no processo legislativo. Essa entidade buscou na Faculdade alguém que pudesse ser estagiário para acompanhar os processos da Constituinte e ajudar na tramitação das emendas, envolvia toda uma coleta de assinaturas. Claro, na parte jurídica havia grandes nomes que estavam ajudando, o Comparato [Fábio Konder], o Dalmo, talvez acho que até o Celso Antônio tenha ajudado bastante, eram os “cardeais”. Mas precisavam de um estagiário. Pagava pouco – eu, sempre fui de classe média, não precisava trabalhar para viver, morava com meus pais –, pagava muito pouco, e tinha lá uma dedicação, mas tinha um grande atrativo: mensalmente tinha que ir à Brasília acompanhar o trabalho dos Constituintes. A entidade custeava um ônibus leito e um hotelzinho bem simples, mas tinha esse acompanhamento. Os diretores do XI, as pessoas lá, todos estavam encaixados no estágio, e aí me perguntaram: “calouro, você não quer isso aqui?” Pois é, ganhava quase nada, mas não titubeei e topei. Isso me permitiu acompanhar o processo constituinte, tanto aqui de São Paulo, as reuniões, as coletas de assinatura, como ir para Brasília acompanhar vários episódios da Constituinte, a abertura da Constituinte. Tem uma foto minha no dia da abertura da Constituinte, assisti lá ao discurso do Moreira Alves, que era o marco de transição do velho para o novo Direito, aquele discurso é muito preciso nesse ponto. A partir disso, eu tive um conhecimento do parlamento. Por força dessa minha atuação, quando estava para acabar a minha bolsa da FAPESP, eu fui convidado para trabalhar na Câmara Municipal de São Paulo, na elaboração da Lei Orgânica. Tinha lá um grupo de três relatores da Lei Orgânica e me convidaram para ser secretário dos trabalhos, um cargo que não exigia ser formado em Direito, mas precisava ter um conhecimento jurídico. E aí aceitei trabalhar na Câmara Municipal no processo da Constituinte ao longo no final 1989 e anos

1990, que foi quando foi editada a Lei Orgânica de São Paulo. E vi também esse processo, com a experiência que eu tinha da constituinte – foi por isso que me convidaram –, e eu acompanhei o processo da lei orgânica. No final dessa Constituinte Municipal, o cargo ia ser extinto – porque era um cargo temporário, para o processo constituinte –, houve uma mudança na liderança do Governo – na época, o Governo Luiza Erundina. O líder, que era o hoje Professor do IRE Pedro Dallari, saiu para ser candidato a Deputado, e o relator com quem eu trabalhava. Chico Whitaker (Ferreira) se tornou líder do governo. E aí eu tive uma experiência, no final de 1990, 1991, na liderança do governo, aí como chefe da assessoria jurídica da liderança do governo, que é por onde passam todos os projetos, toda a dinâmica do governo. No governo Erundina, que era minoria no Parlamento, e eu fiquei lá até o final de 1991, quando comecei a ver que a minha experiência dentro desse ambiente institucional tinha dado o que tinha para dar. Não queria mais fazer política, estava muito desiludido com algumas coisas e, nesse entretempo, alguns amigos antigos tinham montado um escritório e me convidado. Nós já tínhamos montando um escritório, como todo escritório que começa, com dedicação *part-time*, fazendo tudo, de trabalhista a família. Acho que a gente só não fez Direito Penal, mas o resto fazia o que viesse. Tínhamos alugado um pequeno escritório na Rua Tabatinguera, cada um fazia seus turnos e cumpria seus objetivos. Aí, tendo achado que minha tarefa já tinha terminado, eu propus para meus sócios: “eu ganho “x” – era o equivalente a dois mil dólares, no dinheiro de hoje, ainda morava com meus pais –, se vocês me garantirem, numa vaquinha, metade disso, eu saio daqui e faço tudo no escritório, cafezinho, atendendo cliente, vou ao fórum... Eu fui o primeiro dos sócios a fazer dedicação integral ao escritório. Todos os sócios, na época, tinham um viés de Direito Público, só que aí, nossa atuação principal era servidor, a carteira de direito público no começo dos anos 1990 era advocacia de servidor. Então, a gente tinha ações de professores da rede municipal, da rede estadual, servidores municipais, técnicos da receita federal, o que tivesse de servidor, aquelas ações que num período de inflação eram muito frequentes, Cada mudança legal, adicional, reajuste etc., a gente advogava muito nessa área, uma advocacia de massa na área de direito público. A partir daí o escritório foi crescendo e foi cada vez mais se concentrando nas áreas de direito público.

E é interessante – e eu já engato em outro tema –, quando eu me formo, em 1990, e converso com meus amigos sobre o que cada um ia fazer. Na época, todo mundo queria direito tributário, societário. Eu falei: “não, eu vou trabalhar com Direito Administrativo”. As pessoas olhavam para mim e diziam: “O que você vai fazer nessa área?... não dava dinheiro (risos)”. Mas eu gosto, eu estudei isso, e aí

foi a coincidência, de novo, fortuita, que o escritório começou a trabalhar nessa área, começam a surgir umas empresinhas que forneciam para o Estado, merenda etc., e eu tendo essa experiência da Câmara, conhecia a legislação municipal, direito municipal... Nós vamos crescendo nessa área, quando em 1995, 1996, você tem uma grande mudança com o Governo Fernando Henrique Cardoso, com a entrada da Lei de Concessões, a Lei 8.666, que hoje é uma lei antiga, mas quando ela veio foi uma novidade. Aí, então, eu saí pelo interior de São Paulo dando curso sobre a Lei de Licitações para Prefeituras, contadores municipais, juntavam lá meia dúzia e, com isso, ficava conhecido na cidade. Assim, foi crescendo e a gente estava bem posicionado. No começo, nos grandes escritórios de *full service*, o Direito Administrativo era feito pelo pessoal do fiscal, de tributário, que conhecia processo administrativo. Naquele tempo, o último que tinha lidado com concessões tinha morrido nos anos 1970 (risos), concessão era um negócio dos anos 1930, que desaparece nos anos 1950, 1960 e 1970. E aí estamos posicionados numa advocacia do Direito Administrativo, o que nos permitiu surfar nessa onda da mudança do padrão de atuação do Estado, ampliação, processo administrativo, todas essas questões que surgiram.

Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura (RDAI) – Em 1993 V. Sa. publicou seu primeiro livro, intitulado O Poder Judiciário e a modernização do Estado³. Após 25 anos, como V. Sa. vê o Judiciário hoje? O Sr. vê com bons olhos o afastamento pelo Judiciário da interpretação literal e do legalismo, como faz quando se utiliza da ponderação?

Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto – Foi uma publicação, eu tenho um exemplar, é um livro que é difícil achar, fruto de uma pesquisa que eu desenvolvi com financiamento do Molisv, que era uma agência de pesquisa, hoje acho que nem existe mais, da Itália, e eles estavam fazendo um trabalho de identificação, principalmente no tema dos conflitos agrários, dos gargalos do Poder Judiciário no mundo. Daí eles contrataram algumas pessoas, economistas, alguns da área jurídica, e eu fui selecionado para fazer isso. E eu fiz um trabalho, dentro do conjunto, de análise das dificuldades estruturais do Poder Judiciário. Isso muito antes do CNJ. O Judiciário vinha implementando as inovações da Constituição de 1988 – a publicação é de 1993, eu desenvolvi esse trabalho em 1991, 1992. Esse estudo, é uma parte do relatório que fiz analisando quais eram os pontos do Judiciário brasileiro que precisavam ser objeto de revisão, para facilitar a agilidade, a democratização, o acesso ao judiciário.

3. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *O Poder Judiciário e a modernização do Estado*. Campinas: ABRA/MOSLIV, 1993.

O afastamento do legalismo. Eu acho que isso é um processo inevitável, e não só no Judiciário brasileiro. Para mim, não há muita opção, porque o grande tema é que a matéria prima “lei”, hoje, é muito diferente do que nós tínhamos há 30, 40 anos. Os conflitos são mais complexos, a lei é mais aberta e a margem de aplicação da lei, a começar pela Constituição, é gigante. Agora, isso não quer dizer que eu não veja esse processo com preocupação. Eu tenho uma enorme preocupação que o Judiciário se arvore como um locutor do que seja a vontade da maioria, do que sejam bons propósitos, em substituição ao Legislativo. Então, eu me considero um legalista, mas acho que fora do parâmetro da lei, o que a gente pode estar inaugurando é um regime de sábios, muito fragmentário, e que vai nos levar a uma situação de um direito arbitrário, arbitrário não no sentido de violento, mas no sentido de que cada juiz vai ter uma concepção. Em sacrifício da segurança jurídica. Há formas de lidar com isso. Pode-se exigir que o juiz tenha, correspondente ao poder de interpretação, que é crescente o ônus argumentativo de analisar as consequências da sua decisão. Acho que não dá para decidir como você quiser pelos argumentos que você bem queira. Aí não estamos dizendo que não deva ter parâmetros. São dois pilares: o ônus argumentativo e o caráter vinculante da sua argumentação. Não dá para usar dois pesos e duas medidas. Eu gosto do Augusto, eu decido de uma forma; eu não gosto do Ricardo, então a mesma causa, eu decido de outra forma, sem ter um compromisso com a minha decisão anterior. Em suma, eu vejo como algo que pode ser positivo, mas que tenho preocupações.

Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura (RDAI) – Em 2002, V. Sa. publicou a obra Regulação estatal e interesses públicos⁴, fruto de sua tese de doutorado, defendida em 1999, na USP. Nela, o senhor propõe um conceito de interesse público. Este é muitas vezes utilizado pelo Estado como uma “expressão mágica”. Existe um conceito técnico, objetivo, de interesse público? V. Sa. afirma uma crise da dicotomia público/privado. Ela perdeu o sentido? Como resolver um conflito de interesses públicos? Qual é o “novo paradigma” do Direito Administrativo?

Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto – Essa aqui dá um tratado! Posso só contar uma historinha? Esse trabalho, eu acho que, de todos os meus trabalhos, talvez esse seja o mais denso, e o que eu mais tenho orgulho. Ele está esgotado, e estou devendo uma segunda edição, mas eu não quero soltar só uma reimpressão. Estou revisitando esses temas, muitos anos depois, 20 anos depois.

4. MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

A definição de interesse público: eu acho muito difícil fazer uma definição positiva de interesse público; é possível fazer uma definição por contraste. A diferença é que eu rejeito que interesse público seja uma ideia única, diante do caso concreto, e obtida a partir da locução do Estado. Eu acho mais simples fazer uma definição a partir do contraste com os interesses particularísticos, que são aqueles interesses que são subjetivamente titularizados por um indivíduo, uma pessoa jurídica, um grupo de pessoas, mas que não tem qualquer ressonância nos interesses da coletividade. O que está fora disso? Interesses que são apropriáveis por parcela da população, mas que são transcendentais à coletividade. Exemplo: quando você tem um conflito entre população desassistida por moradia e a preservação ambiental, em ambos os casos existem interesses que transcendem os interesses meramente particularísticos daquelas pessoas – por exemplo, habitação, dar um lugar para as pessoas habitarem é algo que interessa muito mais que ao beneficiário, mas também interessa a toda coletividade preservar o meio ambiente. Ali nós temos um conflito de interesses, todos dotados, a meu ver, do *status* de interesses públicos, que têm que ser compostos em uma situação concreta. A mesma coisa vale, eu dou esse exemplo no livro, quando você tem uma desapropriação: o interesse do sujeito manter o vínculo afetivo na casa dele é particularístico; o interesse da desapropriação é um interesse que transcende esse interesse particularístico, ainda que ele colha desigualmente os indivíduos. O sujeito que vai ser desapropriado da casa, que era do pai, que era dele, que tem um afeto, é um perdedor, mas a coletividade toda vai se beneficiar, mesmo que lhe não vá utilizar aquilo para o hospital, para a creche, como membro da coletividade, é bom que você tenha creche para as pessoas que precisam de creche. Então, para mim, o conceito de interesse público, o conceito dogmático, é inviável, mas é possível você delinear uma fronteira que exclui os interesses particularísticos, os interesses, poderíamos dizer, mesquinhos, interesses que são exclusivamente titularizados por um indivíduo ou um grupo de indivíduos.

Quando eu falo da crise, da dicotomia, eu me refiro muito mais à uma crise epistemológica. Isso às vezes tomam como um equívoco. Não que eu ache que o Estado deva atender interesses dos privados. Aliás, muito pelo contrário: acho que o Estado brasileiro, no seu legado patrimonialista, escravista, padece por atender muito o interesse privado e menos os interesses gerais. Mas o que eu digo da crise epistemológica da dicotomia, é que eu não consigo ter um contraste que separe de maneira cabal interesses públicos e interesses privados, porque muitas vezes eles coincidem, e isso é o natural. Cada um vai ter um benefício maior ou menor... Veja, para dar um exemplo, o interesse de você remunerar bem o servidor, é do servidor, mas também é da coletividade, porque eu vou ter melhor nível

dos servidores. Óbvio, quem paga tributo vai ser, de certa forma, sempre quem vai custear isso. Então, eu apenas acho que é mais complexo do que simplesmente você enxergar uma dicotomia clara, mas que muitas vezes é apropriada pela má-fé do gestor, porque aí ele se arvora com um poder plenipotenciário de dizer o interesse público, impondo sua vontade. Meu medo é que isso pode ser a porta de entrada do arbítrio: “Não existe direito adquirido contra o interesse público; o interesse público sou eu que digo”. Bom, se é assim, acabou o Estado de Direito. Então, meu ponto é de não acreditar que exista uma dicotomia clara.

E aí vem a pergunta mais importante: como vamos identificar o interesse público? Como isso é resolvido? A meu ver, hoje – eu me impacto muito com os textos dos últimos anos do Sabino Cassese –, é você criando espaços de decisão para que o conflito apareça e se chegue a uma discussão mais transparente possível, que ele chama de “arena pública”. E aí, se a gente for traduzir para o Direito Administrativo, é o Direito Administrativo processualizado, é o Direito Administrativo da consulta pública, da audiência pública, do dever de motivar. Eu não decido assim porque é de interesse público, eu decido assim porque é de interesse público por isso, isso e isso, porque as outras alternativas que escrutino não são tão consentâneas com o interesse da coletividade. Para a doutrina, acho que é um campo muito fértil. Para o gestor, eu confesso que é muito trabalhoso. Eu sou Diretor da Faculdade hoje e sei o quanto isso dá trabalho! Mas não tem muito jeito, porque os conflitos são muito complexos, a gente não pode mais pensar em separações muito demarcadas. A suma divisão não é mais como era antigamente.

E eu acho que o Direito Administrativo hoje é o Direito Administrativo da participação, do processo, da composição de interesses, da proporcionalidade, fundamentalmente da motivação que, na linha do que o Professor Celso Antônio [Bandeira de Mello] sempre defendeu, não é meramente uma desculpa formal, mas que pondere os fundamentos, que é uma forma de você dizer: “eu não estou atendendo interesses particularísticos; eu estou atendendo interesses coletivos que são consagrados como interesses públicos, e os mais relevantes, porque outros, também de caráter público, nesse caso, perdem importância. Acho que existem inúmeros exemplos que a gente pode dar. E eu acho que essa transparência, isso é um dado muito importante, contribui para expurgar do ambiente estatal o interesse particularístico travestido de interesse público. Podemos ter uma política de fomento à empresa, desde que ela seja transparente e universal. É diferente de eu atender a empresa do Augusto porque me fez um favor, ou porque ele é meu amigo, e justificar: “é de interesse público defender a advocacia Dal Pozzo”. Isso é uma locução vazia. Outra coisa é explicitar os interesses a que aquela contratação atende e me expor à crítica e à contestação. Um pouco desse

debate é apenas um debate que, a meu ver, é muito abstrato. Na prática, ninguém quer a prevalência dos interesses privados, porque se for para isso não precisa de Estado. Há 500 anos, o Estado brasileiro atende os interesses particularísticos sob o pálio do interesse público. Ao longo da história, é isso que a gente assistiu. Tudo feito travestido de interesse público. Então, eu não sou um antagonista do interesse público. O que realmente faço é apontar que essa locução tem que ser atingida dentro do processo dialógico da gestão, da explicitação dos interesses e do arbitramento do conflito. Daí eu preferir prevalência dos interesses públicos à ideia de supremacia de um interesse público único.

Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura (RDAI) – V. Sa. deu um parecer sobre a constitucionalidade do Projeto de Lei 1.071/99, que resultou na Lei Federal 11.107/2005⁵. V. Sa. afirma que com a lei o conceito de consórcio público, até então conhecido, em que pessoas da mesma natureza se unem em prol de interesses comuns, teria sido afastado pelo direito positivo. Há quem considere que hoje subsistem dois conceitos de consórcio público. O Senhor mantém a posição? Possibilitar que competências privativas possam ser desempenhadas por outras entidades, ainda que em conjunto, por acordo político não fere a forma federativa petrificada na Constituição?

Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto – Primeiro, vamos fazer uma nota: o entendimento do Hely [Lopes Meirelles] sobre consórcios públicos mudou ao longo tempo. Há um parecer próximo da morte dele, nos anos 1980, que está nos Estudos e Pareceres dele, ele muda essa concepção original. Mas isso é irrelevante. Tradicionalmente, passou-se a repercutir a visão, que ele defendia durante boa parte da vida, de que consórcio público não tinha personalidade jurídica, fazendo uma transposição do conceito de consórcio na Lei das S.A. Segunda questão, ela toca uma posição doutrinária minha, que não é uníssona no Direito Administrativo. Nós, no Direito Administrativo, nos acostumamos a ter um peso da doutrina muito grande. Não por outro motivo, mas pelo fato de o Direito Administrativo brasileiro, embora fosse um Direito sempre baseado na legalidade, era de baixa legiferação. Se vocês pegarem qualquer *vade mecum* de Direito Administrativo, e abrir em índice, vão ver que quase todas as leis são dos anos 1990, pós-Constituição de 1988. E nós, administrativistas, tivemos uma grande dificuldade – que a geração nova de vocês lida com mais facilidade –, de ver a lei muitas vezes desprezando questões doutrinárias. A lei não deve diferenciar a doutrina, é o contrário. Dou um exemplo, que ainda não foi endereçado

5. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo Marques. Os consórcios públicos. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 3, jul.-ago.-set. 2005. Disponível em: [http://www.direitodoestado.com.br]. Acesso em: 29.07.2018.

na doutrina, mas vale um bom artigo: nós nos acostumamos com a interpretação, ensinada brilhantemente pelo Eros [Roberto Grau] e pelo Celso Antônio [Bandeira de Mello], da separação entre atividade econômica e serviço público. Divisão doutrinária, muito bem-feita, muito lógica. A Lei das Estatais botou à baixo essa divisão doutrinária. Essa lei regulamenta o art. 173 [da CF], atividade econômica, e afirma ser aplicável à estatal prestadora de serviço público. De fato, a Lei 3.305 diz isso no art. 1º. Como é que lidamos com isso? É lei, posso fazer a crítica técnica, mas é lei. Temos que lidar com isso. Não dá para só dizer: o legislador é um néscio. Pode não ser o mais preparado tecnicamente, mas ele é o legislador. Se tiverem inconstitucionalidades, o Supremo vai declarar inconstitucional; mas enquanto não tiver, a lei terá desdito a doutrina. E teremos que reescrever nossos livros.

Bom, nessa questão do consórcio público. Eu acho que o federalismo cooperativo é a saída para o impasse federativo no Brasil. Por que ele é um impasse? Sou crítico, não à autonomia que foi dada aos entes federativos, mas à forma como a Constituição a equacionou. Esse modelo de listar competências explícitas para a União, listar competências do Município a partir de um conceito contemporaneamente dúbio de interesse local (em razão da metropolização), e deixar a residual para os Estados, é uma fórmula leva à paralisia. Vários temas são mal resolvidos. O urbanismo ficou durante décadas parado porque não tinha lei nacional, de direito civil, até vir o Estatuto da Cidade; Saneamento – vocês conhecem o problema melhor que eu –, é o caso mais grave, os entes ficam brigando para saber quem não vai prestar o serviço; todo mundo briga e ninguém assume. E o País décadas atrasado nisso. Então, eu acho que o federalismo cooperativo é uma solução. E a ideia da Lei de Consórcios Públicos me pareceu boa, porque sem retirar a autonomia do ente, franqueia aos entes que, no exercício da sua autonomia, resolvam alocá-la a uma pessoa jurídica interfederativa. Por que ela não é, a meu ver, aviltante da cláusula pétrea? Porque a lei jamais poderia vir e dizer: “isso é de competência de um e de outro”. Isso está na Constituição. O que a lei diz é o seguinte: “olha, se vocês quiserem, por manifestação do órgão legislativo – o grande óbice para os consórcios públicos são as aprovações legislativas –, vocês podem fazer esse exercício, alocuem num ente e racionalizem isso”. De modo que não veja inconstitucionalidade no ente autônomo, no exercício da sua autonomia de organização, decidir por seus entes legislativo e executivo, alocar uma competência sua para ser exercida por ente multifederativo. Ver isso inconstitucional é abraçar uma concepção estante, ultrapassado e ineficiente de competência.

Hoje – e aí a última pergunta –, passados 15 anos da Lei de Consórcios, eu tenho uma crítica dizendo o seguinte: talvez tenhamos errado no mecanismo

institucional e tenhamos subestimado o problema político de fazer a conciliação de interesses. Como modelo, eu continuo achando um modelo muito interessante. Tanto é interessante que você tem o modelo constitucional para a saúde, que pode não ser o melhor, mas, mal ou bem, permitiu que o pior acontecesse na saúde. O que seria sem o sistema único de saúde? E vejam o que hoje se fala em termos de educação e segurança públicas: sistema único de segurança pública, sistema único de educação, FUNDEB. Porque não tem jeito. E veja: não é retirar a competência dos outros entes; é fazer com que o pessoal concerte. O grande problema que eu identifico na nossa Constituição é que nós temos, em alguns setores, uma fragmentação de competências sem ninguém para arbitrar quem faz. E aí é paralisante. E se há uma país que não pode ficar paralisado institucionalmente é o Brasil, pelo tanto que temos que fazer. Uma alternativa seria termos um Conselho Nacional de Estado, mas isso requer mudança constitucional.

Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura (RDAI) – Em 2012, V. Sa. publicou a obra Telecomunicações: doutrina, jurisprudência, legislação e regulação setorial, em coautoria com Milene Louise-Renee⁶. A Lei Geral de Telecomunicações foi bastante polêmica ao atribuir o regime privado aos serviços públicos de telecomunicação. Como o senhor vê hoje o tema dos serviços públicos? A atribuição de um regime próximo ao regime da atividade econômica, de modo paralelo ao que ocorreu na Europa, é juridicamente possível no Brasil, sem reforma constitucional?

Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto – Acho que sim, já escrevi sobre isso. Eu tenho, diferentemente da maioria da doutrina, uma leitura da Constituição, do art. 21 casado com o art. 175, que entende duas coisas. Primeira: que a atribuição constitutiva de uma atividade como serviço público pela Constituição imputa ao Estado um dever de prover e uma obrigação de disciplinar esse provimento da forma mais eficiente para conseguir atender ao compromisso que o constituinte lhe imputou. Segunda: como você tem, no inciso XI, pós-emenda, e no inciso XII a previsão de que compete à União prestar serviço público diretamente, mediante concessão, permissão e autorização, e o art. 175 diz que a delegação será feita – delegação que eu entendo como “faça em meu nome” – por concessão ou permissão, algum sentido temos que dar à locução “autorização”. Tradicionalmente no Direito Administrativo, salvo uma ou outra situação excepcional, concebe autorização como um instrumento franqueador de acesso a uma

6. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo Marques; COSCIONE, Milene Louise Renee. *Telecomunicações: doutrina, jurisprudência, legislação e regulação setorial*. São Paulo: Saraiva, 2011.

atividade que o Estado regula. Uma coisa é dizer: “Ricardo, pode dar aula”. Outro é pedir: “Ricardo, você pode dar a aula em meu lugar, amanhã à tarde”. Uma coisa é eu estar te delegando, fazendo um pedido, te outorgando um mandato para fazer em meu nome; outra coisa é dizer, “olha, se você quiser, pode dar aula no período vespertino, se os alunos quiserem assistir, é franqueado dar uma aula lá no tema da sua especialidade”. Então, eu entendo, diferentemente da doutrina, que não há uma reserva. O que há, quando há uma atividade de serviço público? Há uma derrogação parcial do regime de livre-iniciativa, que autoriza que você possa até excluir o acesso do particular, quando, por exemplo, uma atividade para ser prestada em serviço público com caráter universal exclua a presença de um privado, ou que condicione a atuação do particular, dado o preenchimento de uma série de requisitos, à submissão do poder regulador estatal. Por que eu entendo isso? Porque a meu ver nosso Texto Constitucional não abraçou uma figura da *publicatio* como uma área de reserva absoluta da atividade como atividade estatal, principalmente – isso é um pouco mais complexo, estou tentando resumir –, e aí é uma questão conceitual, naqueles serviços públicos de natureza econômica pode haver prestação sem necessariamente atribuição de poder extroverso estatal. Para mim, há uma diferença entre o serviço público jurisdicional – a jurisdição judiciária necessariamente tem que ter poder extroverso, que é o monopólio da força, tanto é que a arbitragem depende da jurisdição judiciária para executar, mesmo privada – e os serviços de natureza puramente econômica, que são serviços que não dependem de uma transferência, que, a meu ver, é constitucionalmente muito limitada, de poder extroverso estatal. Para prestar serviços de telecomunicação você não precisa ter poder de polícia, autoridade, imposição etc., é um negócio franqueado. Para além disso, eu tenho uma leitura do art. 22 que é a seguinte: o *caput* do 22 fala que “compete à União” e lista uma série de atividades, algumas classicamente tidas como serviços públicos – portos, transporte etc. – e outras que não só não são áreas reservadas, como são franqueadas a qualquer particular. Por exemplo, serviço de estatística. Como eu leio isso? É obrigatório que a União tenha um serviço público de estatística, o que não interdita que o IBOPE, o Datafolha faça pesquisa, estatística, projeções, que a FIPE, que é privada, faça projeções inflacionárias. Então, eu vejo, nessa minha leitura, uma preocupação mais com o serviço público como um dever do Estado, de oferecer a todo o cidadão em condições de acesso, com modicidade, assegurar que o cidadão tenha, do que uma prerrogativa econômica estatal. Porque, senão, a gente pode ficar naquela armadilha que eu falava agora do saneamento, que fica se defendendo quem é o dono da atividade interdita ao privado e ninguém cobra o dever de prestar. O que nós precisamos é da prestação de serviços públicos de qualidade e com acesso universal.

A Lei Geral de Telecomunicações foi precursora nisso. Mas, depois de todos esses anos, mostra a necessidade dessa dinâmica. Dou um exemplo: quando ela foi editada – o modelo segue o mesmo –, reservou-se para o regime puramente de serviço público a telefonia fixa. O tempo e a evolução tecnológica levaram a que essa atividade não fosse mais relevante. Hoje, não tem nenhum sentido ser serviço público. Ninguém mais quer telefone fixo. E outras prestações, que foram deixadas ao regime privado, tornaram-se essenciais. Como o acesso de internet banda larga. O que isso deveria ter implicado já há muito tempo? Que o Governo definisse: “essa atividade será prestada em serviço público, porque eu quero universalizar o acesso, vou botar um modelo aqui que autoriza – pode ter prestadores em outros regimes, mas autoriza – que o coração disso seja prestado em regime público, porque a dinâmica da tecnologia levou a isso. E hoje não só é uma questão de comodidade. A banda larga é fundamental para o ensino à distância, vai ser cada vez mais fundamental para os serviços de saúde – hoje, você vai ao médico, não leva mais aquele monte de exames, apenas uma senha, tendo uma internet decente, ele vê o seu raio-X. Imagine isso difundido no sistema único de saúde. É fundamental que a unidade básica de saúde lá do interior tenha uma banda larga. Para que o médico possa acessar a central de diagnósticos na capital ou coisa que o valha, sem ter problema. Então, veja, a lei, para mim, é muito positiva, e esse foi um debate que acabou perpassando vários outros setores. A Lei Geral de Telecomunicações, depois na Lei de Portos, no setor de transportes. Mais recentemente, tivemos o tema do Uber, que é ainda um debate se é serviço público ou não, embora no tema do Uber a gente tenha uma longa discussão para saber se o serviço individual de passageiros é ou não um serviço público. Então, eu acho que a Lei Geral foi precursora, mas mesmo ela – não ela, a lei, mas sua aplicação apresenta falhas. O Estado brasileiro perdeu o *timing*, o tempo, de fazer uma melhoria nisso, e hoje a gente padece com esse ponto.

Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura (RDAI) – V. Sa. foi um dos pioneiros das PPPs. no Brasil. Antes da Lei Federal de 11.079/04, salvo engano, já defendida a possibilidade de concessões integral ou parcialmente remuneradas pelo poder concedente. Nesse sentido, a seu ver, a Lei das PPPs era formalmente desnecessária?

Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto – A minha relação com a PPP é dupla. Primeiro, ela é fruto da prática da advocacia. Nós, aqui no escritório, no ano 2000, ganhamos um processo licitatório para fazer, para a Prefeitura de São Paulo, em consórcio com outras entidades, uma modelagem de concessão de resíduos sólidos domiciliares. A coleta de lixo domiciliar é que é um serviço público municipal, não há dúvida. É divisível, também não há dúvida – não falo da varrição, falo da coleta domiciliar. Mas tem um problema estrutural. Se você for

cobrar individualmente o usuário, é mais caro o processo de cobrança do que o serviço em si. Pelas experiências que foram tentadas em Curitiba, em Fortaleza, não é possível o gari pesar o lixo. O negócio torna-se, técnica e economicamente, inviável. Aí nós fomos tentando desenvolver um mecanismo pelo qual a Prefeitura cobrasse uma taxa para isso. Isso era possível, mas foi muito questionado. Juridicamente sobreviveu. A lei foi mudada, baixando a alíquota para zero, mas não sumiu. A concessão foi concebida com a delegação para o concessionário da prestação do serviço, com recebimento de um valor pago ao Município sem precisar individualizar o consumo. Propusemos várias soluções para isso, uma das soluções era a declaração da faixa da incidência da taxa. E criamos a figura do usuário único, que era uma abstração de um usuário que substituiu o usuário individual. Mas por que nós criamos isso? Porque o art. 11 da Lei 8.987/1995 permitia que, além da receita tarifária, fosse cobrada uma receita alternativa. A construção jurídica foi simples: “alternativa” é aquela que não é tarifária. Você tem uma “alternativa” que não é complementar, não é acessória, é alternativa, é uma substituição. O fato é que esse modelo foi feito e se tornou a primeira PPP, antes da Lei de PPPs. Veio o processo eleitoral de 2004 para sucessão da Prefeita, candidata na eleição. A concessão veio para o centro do debate eleitoral apanhou como gente grande. Mas sobreviveu e, após quase vinte anos, está para terminar.

Aí, em outro paralelo, academicamente, eu tinha dialogado com o Carlos Ari [Sundfeld], que no final do Governo Fernando Henrique [Cardoso] foi demandado a conceber um modelo de concessão que pudesse admitir a hipótese de você ter subsídios, pensando no modelo de Portugal, pensando no modelo Europeu. O objetivo ali era fundamentalmente ter alternativas para a modicidade tarifária. Em alguns casos, você delegar ao particular é interessante, mas não dá para você remunerar-lo só com tarifa, pois a tarifa passa a ser socialmente excludente. O Carlos Ari tinha feito um trabalho, se não me engano, para o BID nesse sentido, um estudo. E nós começamos a dialogar. Aí o que acontece é que vira o Governo, o Governo Fernando Henrique não levou o projeto a diante. Assume o Governo Lula e, por coincidência, quem vai exercer um cargo no Ministério do Planejamento foi o Fernando Haddad, que tinha sido Secretário de Finanças da Marta Suplicy. Ele conhecia o modelo do usuário único da Prefeitura, que ele tinha acompanhado, principalmente pelo lado da taxa. Nossa contraparte na Prefeitura foi o Professor [Luís Fernando] Massonetto, da Faculdade de Direito [da USP], assessor do Fernando Haddad. O Haddad encontra lá no Ministério do Planejamento esse estudo feito lá para o Banco Mundial pelo Carlos Ari. Revisita o projeto e constata “aqui tem um modelo interessante”. A lógica era a seguinte: academicamente, podia não ser necessário, mas, diante da resistência que teve,

ele viu naquilo algo necessário, quando o objetivo original era poder subsidiar a tarifa e fazer a concessão patrocinada. Daí, fez um projeto, meio que colagem do que estava nas preocupações, e, nesse momento, manda ao Congresso. Paralelamente quem estava coordenando a unidade de PPP do Planejamento era o Damian Fiocca, amigo de muito tempo, do movimento estudantil. Damian pediu a indicação de um advogado e eu falei: “ah, tem um ótimo profissional que trabalhou comigo e está voltando dos EUA”, o Maurício Portugal. E então eu indiquei Maurício para ser consultor jurídico da unidade de PPP do Governo Federal. E o Maurício foi para lá e logo caiu para ele coordenar o projeto da Lei de PPP. E então eu o apoiei para o projeto ir para o Congresso. Quando o projeto vai para o Congresso, ainda não era perfeito era um projeto possível. O Governo tinha pressa em fazer andar. Então, se não me engano, é aprovado na Câmara, e quando chega no Senado, o Senador Tasso Jereissati bloqueou. O assessor do senador Tasso Jereissati era o Samuel Pêsoa, que vai pedir um apoio justo para o Carlos Ari (risos). O círculo se fecha. Foi esse o envolvimento do projeto de Lei de PPP. Respondendo objetivamente à sua pergunta, ela podia até não ser, no nosso consenso acadêmico, necessária ou imprescindível, mas no cenário nacional ela foi uma lei, digamos assim, pertinente. E eu tenho também críticas à experiência das PPPs: houve projetos muito interessantes e teve projetos que foram bastante malsucedidos, mas é o que nós temos hoje.

Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura (RDAI) – Em 2011, V. Sa. coordenou um livro sobre as PPPs, Estudos sobre a lei das parcerias público-privadas, em conjunto com Vitor Rhein Schirato⁷. Em 2015, V. Sa. publicou uma monografia sobre o tema, intitulada Concessões, reimpresso no ano seguinte, fruto de sua tese apresentada no Concurso para Professor Titular da Universidade São Paulo⁸. Existe um núcleo conceitual de concessão que a diferencia do contrato administrativo? Há um conceito de concessão? Quais são os principais problemas que a Administração Pública enfrenta na modelagem de concessões? O direito pode auxiliar a resolvê-los?

Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto – Primeira coisa: no Direito brasileiro, estou convencido disso, fiz uma tese de titularidade, concessão é um gênero muito mais amplo que concessão de serviço público, embora nós tenhamos o hábito de tomar a concessão de serviço público como gênero. E isso não é apenas na doutrina, mas no Direito positivo nós temos vários recursos ao mecanismo de

7. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo Marques; SCHIRATO, Vitor Rhein. *Estudos sobre a lei das parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum; 2011.

8. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo Marques. *Concessões*. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

concessão. Há uma diferença substancial entre a concessão e o contrato administrativo típico: o contrato administrativo típico, é um contrato bilateral, sinalagmático, contraprestacional; a concessão é um contrato muito mais complexo, cujo seu cerne é o Estado recorrendo ao particular para delegar ao particular fazer algo em seu nome, explorar um bem, explorar uma atividade, explorar uma jazida, explorar um serviço público, explorar uma atividade que não é tratada como serviço público. Então, eu tenho atentado para isso. E meu trabalho sobre concessões tem o título de “concessões” porque tenta abarcar o núcleo identitário e os diferentes regimes sobre esse aspecto geral. Dentro da espécie concessão de serviço público, nós temos concessão de serviço público em geral – seja regida pela Lei 8.987/95, seja concessão patrocinada da Lei 11.079/05– e temos uma miríade de outros regimes de concessão de serviço público tratadas por leis específicas. Há a concessão de telecomunicações, a concessão de radiodifusão, a concessão de transporte aéreo de passageiros, que são regimes daquilo que nós identificamos como serviço público, concessão de serviço público, e que tem o regime legal diferente um pouco da Lei 8.987/95. E, a par disso, temos outros regimes de concessão que têm lei própria, por exemplo a concessão do gás canalizado, do transporte de gás que ninguém na doutrina, me parece, defende que é um serviço público pelo art. 177, e que tem uma lei de concessão. E o núcleo identitário é essa delegação.

Bom, qual é o grande problema de a Administração fazer uma concessão? São dois problemas: o primeiro, nós temos ainda um caminho de aprendizado na concessão. Muitas vezes se modela, prepara-se, uma concessão pensando em um contrato administrativo. São coisas diferentes. Segundo: a concessão, por definição, é um contrato de longo prazo, que exige, portanto, a necessidade de um grande planejamento, de uma grande maturação, e muitas vezes a concessão quer ser feita dentro do tempo político de um governo. E aí não dá, porque você acaba não planejando, não preparando diferentes estudos, não analisa o impacto orçamentário daqui a cinco anos. O governante quer resolver o problema imediato e diz que fez concessão, ou porque você tem um viés ideológico mais para o privado ou porque você quer obter um resultado rápido. E aí dá problema.

Como o Direito pode auxiliar a resolvê-los? Acho que de duas formas: cumpre aos atores jurídicos – procuradores, membros da advocacia pública, advogados privados – fazer essa “catequese” da concessão, dos conceitos, da boa prática. De outro lado, cumpre que seja um compromisso de todos evitar que saia o projeto de concessão que não tenha os pressupostos mínimos de planejamento, de estudo, de análise... O contrato de concessão tem que ser muito pensado, você está prevendo regras, procedimentos, critérios que vão ter vigência por dez, 15 anos

Você tem concessões de rodovias em São Paulo vencendo o prazo de 20 anos, estão acabando, cumpriram um ciclo, e, olha, contratos lá de 1996, muitos deles excessivamente simples, porque não tinha cultura nenhuma. Já acumulamos muito: compare uma concessão do DER de 1996 e as últimas etapas de concessão federal de 2015. A gente avançou muito, mas tem um aprendizado ainda a fazer.

Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura (RDAI) – Em 2005, V. Sa. publicou a monografia Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico, reimpressa em 2009⁹. Nela defende a necessidade de assegurar uma maior autonomia a esses entes, de modo a imunizá-los da influência política. Tornou-se comum a crítica de que as Agências reguladoras são, comumente, capturadas pelos regulados. Como o senhor vê o assunto? Não é necessário um controle da Administração Direta para impedir que a Agência atue em prol de interesses alheios ao “interesse público”?

Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto – Primeiro, a gente tem que ter um pouco de cuidado, porque na literatura a construção da teoria da captura é uma construção ultraliberal, que é usada para dizer que não tem que ter regulação estatal. Aqui no Brasil se usa muito a captura como um antídoto ao mercado, mas o pensamento neoclássico é um pensamento que usa a captura para dizer: “olha, é melhor o mercado se autorregular, porque quando você tem regulação estatal, para os americanos é agência, você tem uma chance de abdução dos interesses gerais pelos privados mais fortes, pela indústria, e, com isso, você acaba tendo uma perversão da concorrência. Eu não sou, embora seja tido como tal, muito adepto do pensamento neoclássico. Mas, aqui, na literatura, eu mesmo trabalho com isso, nós trabalhamos com um conceito mais amplo de captura. E aí existem várias patologias nessa captura. A captura pelo mercado talvez seja a mais assanhada. E por que ela se desenvolve? Basicamente porque a atuação do regulador é a atuação de dialogar permanentemente com os agentes regulados: seja com a indústria, seja com algo que a doutrina estuda, setores da indústria não diretamente regulados, mas interessados no setor. Por exemplo, em certos setores, a indústria de equipamentos, ela é influente e muitas vezes pressiona o regulador para que a regulação lhe reserve mercados. Eu me lembro de uma discussão do final dos anos 1990, quando celular estava migrando para 2G: conforme a faixa de radiofrequência que a Anatel designasse, tinha uma outra tecnologia vencedora. Imagine, um mercado de 100 milhões de celulares, não era um fabricante; era uma tecnologia, tinha um grupo de fabricantes de uma tecnologia e um grupo

9. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

de fabricantes de outra. A decisão, supostamente técnica, era influenciada e pressionada por esses interesses.

Existe, sim, mecanismos importantes para reduzir a captura pelo mercado, podemos até desenvolvê-los, e existem também mecanismos importantes para evitar a captura política, seja pelo Estado, seja pelos partidos, seja pelos mecanismos que eu acho que também são patológicos. Um erro é colocar um órgão técnico dentro do arranjo de divisão política do poder. Quais são esses mecanismos, principalmente? Primeiro, eu acho fundamental exigir que a decisão das agências seja técnica e motivada. O Governo tem trabalhado há muito tempo com a difusão de análise de impacto regulatório, a transparência dos pressupostos. Segundo mecanismo: eu acho que é importante ter o monitoramento da atuação da agência com periodicidade de relatórios. Eu sou muito crítico ao poder de intrusão de um órgão como o Tribunal de Contas definindo as pautas, definindo as decisões. Mas, por exemplo, fazer análise de consistência de resultado das pautas regulatórias eu acho fundamental. A sociedade tem que saber se, por exemplo, no setor aéreo, a cobrança da bagagem resultou ou não em redução da tarifa. Não era essa a justificativa? Não foi esse o estudo? Ok, o regulador pode fazer isso, precisamos saber: tivemos a cobrança das bagagens, como ficou o comportamento das tarifas? É importante o Tribunal de Contas fazer uma análise disso e divulgar. Dizer: “o racional da medida não foi compatível com a prática, recomendo que revise essa norma”. Se a agência foi capturada – não sei – pelas companhias aéreas, que se faça uma crítica. Se você tem um relatório consistente, tal, não precisa interferir, determinar a suspensão da regra. Basta dizer: “o resultado é pífio, não caiu; aumentou, tem uma patologia regulatória aí”. “Ah, não, mas aumentou o diesel 500%, poderia ter aumentado mais”. Então, vamos lá... aumentou o diesel da aviação, não aumentou... há mecanismos que podem coibir isso. Eu não acho totalmente ruim, como no modelo americano, não todos os membros, mas um ou outro membro das Agências, vir do mercado, desde que ele se descontamine de onde ele vem e que ele não volte imediatamente, que não seja um cara que fique pulando. Não pretendo isso, mas acumulei uma experiência em telecomunicações. Imagine que fosse querer cumprir meu *munus* público, em vez de ser Diretor da Faculdade, ser regulador da Anatel. Eu acho que poderia contribuir. O que não dá é para meu escritório continuar trabalhando para companhias telefônicas. Aí eu seria fiscalizado com muito mais rigor... tranquilamente, mas ia exercer lá, cumprindo meu mandato, ia voltar, cumprir minha quarentena, fazer um ano sabático e voltava para a vida.

Então, acho que o modelo de agências, com todos os percalços funcionou muito bem. Se agência se levar a sério, ela é um bom instrumento de regulação

estatal, e eu defendo a regulação estatal. Tenha a seguinte posição: acho que regulação estatal é que nem antibiótico, tem que ter, só não pode usar muito, porque se o fizer ele vicia a bactéria e mata o doente, mas tem que ter. Eu não sou liberal no sentido de que o mercado resolve tudo. A agência, se for bem modelada e bem controlada, é um foco técnico de exercício de uma boa regulação. Muito melhor, por exemplo, que uma decisão política de um Ministro. Tem que decidir politicamente, mas nem sempre as decisões são políticas. E esse meu esforço do livro das agências reguladoras. Foi um livro que fez muito sentido quando foi publicado, porque ele tentava desbastar um pouco as dúvidas, nós estávamos, ali, no começo das agências. Talvez hoje, se eu tivesse tempo, revisitaria esse livro, porque teve muita coisa que se produziu desde então. Eu diria que literatura, hoje, é 3.0; meu livrinho é um livro 1.0., que naquele momento foi bastante organizador do debate, mas hoje está superado. Nós estamos avançando, aprendendo nesse ambiente.

Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura (RDAI) – Em 2009, V. Sa publicou a monografia Bens públicos: função social e exploração econômica, o regime jurídico das utilidades públicas¹⁰, fruto de sua tese de livre-docência defendida em 2008 na USP. A afetação do bem ao uso público é uma forma autônoma de aquisição de propriedade? Bens privados podem se sujeitar a utilidades públicas? O que diferencia o regime jurídico dos bens públicos do regime jurídico das utilidades públicas?

Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto – Primeiro, eu trabalhei nesse livro, por ocasião da livre-docência, porque achava que esse era um tema que tinha um mau tratamento pelos administrativistas. Eis um tema que poucos gostam de tratar. Todos os manuais tratam desse tema de maneira muito superficial e me incomodava profundamente que um tema nosso fosse tratado pelos civilistas. E tratado muito mal. O que o Código Civil tem a ver com o que é bem público? E aí fui fazer um estudo monográfico, fui aprofundar isso. Tem vários achados da pesquisa lá. Primeiro é a importância que eu dou à afetação. Pode afetação transformar um bem em bem público. Afetação mais do que isso, ela pode, inclusive, deslocar um bem público da alçada de titularidade de um ente para outro, como ocorreu, a jurisprudência demonstra, com a Ponte dos Remédios em São Paulo e a Marginal do Rio Tietê. Foram obras feitas pelo Estado para ser uma rota rodoviária estadual, mas ao longo do tempo foi se incorporando ao viário municipal. E hoje é um bem tratado como um bem público municipal. Portanto, a afetação é

10. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica, o regime das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

um meio de aquisição do domínio público. Outro ponto de divergência é que eu sou crítico à afetação eterna imutável. Acho que os fatos podem mudar. Vejam a discussão que houve em São Paulo há dez ou 15 anos atrás. A Prefeitura queria incorporar o obelisco ao Parque do Ibirapuera. Para isso ela iria deslocar a Avenida Pedro Álvares Cabral de onde ela é para todo o lado de lá. E levar o Parque até o obelisco, para as pessoas poderem acessar. Que ia acontecer ali? Desafetava-se uma via pública e reafetava-se uma parte que é parque e virava via e a via virava parque. Eu brinco que, se a afetação fosse eterna, o aterro do Flamengo não poderia existir, porque era mar, afetado como bem da União. E o Estado pôs abaixo o morro e o bem público transformou aquele trecho do mar em Municipal.

Por que “utilidades públicas”? Porque é um outro achado que é dissociar a natureza do bem público do ativo físico que o suporta. Ou seja: um bem público pode ter várias utilidades decorrentes de várias afetações. Você tem aqui na [Av.] Paulista um bem público que é para circulação de veículos e pessoas; você tem uma afetação para uma ciclovia; no subsolo tem redes inúmeras de serviços públicos. Esse bem tem várias utilidades, que, na medida em que são convergentes, todas são admitidas. Quando elas deixam de ser convergentes, tem que ter um critério de prioridade da afetação. A ágora pública de manifestação é secundária em relação à circulação de veículos; episodicamente, pode ser prejudicial, mas se quiserem fazer permanentemente uma via de manifestação e parque, como é aos domingos, desafetou de ser via para circulação de veículos.

E essa colocação de utilidade pública foi feita por mim na perspectiva de enriquecer o estudo, porque eu achava que o estudo era muito simplificador e não colhia as inúmeras situações que calhavam no tema. Aí eu, estudando, vi que a única pessoa que fez um esforço mais sofisticado foi o Celso Antônio [Bandeira de Mello] quando ele fala das afetações primárias e secundárias, mas os administrativistas, por falta de tempo e interesse, não trabalharam esse conceito. Então, um pouco do esforço nesse livro é de mostrar a sofisticação do tema e mostrar a complexidade, tentando dar soluções de combinação das diferentes utilidades públicas, porque a realidade dos bens públicos ou privados, hoje, é uma realidade que admite a multiplicidade de utilizações.

Quanto à sua pergunta sobre a possibilidade de um bem privado ser afetado à utilidade pública, a resposta é simples. Pode sim e é isso que acontece na servidão administrativa. A servidão, em prol do interesse público, torna aquele bem afetado ao serviço público, ainda que ele siga sendo predominantemente privado.

Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura (RDAI) – V. Sa. foi autor do anteprojeto de lei que resultou na Lei Federal 13.655/2018, lei que alterou a Lei de Introdução ao Direito Brasileiro. O anteprojeto foi realizado em parceria com o Carlos Ari

Sundfeld. Poderia nos contar um pouco dos antecedentes da redação final? A União pode editar normas gerais de direito administrativo? Servidores que atuam por culpa leve ou média não devem ser responsabilizados? A possibilidade de celebração de acordos sobre responsabilização não gera perigos de deturpação, num cenário de grande corrupção?

Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto – A história do Anteprojeto, que, depois, deu origem ao projeto e futuramente à LINDB começa por volta de 2008, 2009, quando eu e o Carlos Ari integramos uma Comissão instituída pelo Governo Federal para fazer uma proposta de um novo texto para suceder o Decreto-lei 200[1967], uma lei sobre a organização da Administração Pública. Foi uma Comissão presidida pela Professora Maria Sylvia [Zanella Di Pietro], integrada pelo Marçal [Justen Filho], Sérgio de Andréa [Ferreira], o saudoso Almiro [do Couto e Silva], a Professora Maria Coeli [Simões Pires], o Carlos Ari [Sundfeld] e o Paulo Modesto. A gente desenvolveu esse trabalho, foi um trabalho muito bem feito que um dia precisamos recuperar. E aí quando nós estávamos na reta final, nos últimos meses, já consolidando, o pessoal do Ministério do Planejamento nos procurou e disse: “olha, nós vimos aqui a primeira versão de vocês, está muito interessante, muito bom, mas nós vimos que vocês não estão tratando de nada do tema do controle,; e o Decreto-lei 200, que a gente vai revogar, tem lá umas disposições sobre o controle; e temos tido uma série de discussões sobre o problema do controle interno, do controle externo, então queríamos recomendar a vocês que fizessem alguma proposta, não de detalhe, mas de revisão daquela principiologia do controle”. Aí, coube a mim e ao Carlos Ari fazermos algumas sugestões, e fizemos lá meia dúzia de artigos disciplinando o exercício do controle. Não era exatamente o texto que está na LINDB. Discutimos na Comissão, houve longos debates e resultou o texto que se consolidou no Anteprojeto. Quando esse anteprojeto foi entregue para o Governo e posto em Consulta Pública, esses artigos se transformaram no centro do debate. E o típico caso de que não só “rabo mordeu o cachorro”, mas “o rabo comeu todo o cachorro”. Foi tamanha a resistência, tamanha a reação aos quatro ou cinco artigos que tratavam do controle, que o anteprojeto foi arquivado, nem seguiu para o Congresso. E, aí, nós, que não tínhamos muito essa percepção, confesso, vimos que existia um tema, um tema importante, que do lado do Poder Executivo era um tema sério e do lado dos órgãos de controle era um tema-tabu. Isso gerou em mim e no Carlos Ari a preocupação acadêmica de olhar o assunto do controle, como ele estava se desenvolvendo, como estava apresentando ganhos e vantagens, como ele estava apresentando disfuncionalidades. Isso gerou uma série de artigos, reflexões e grupos de pesquisa. Carlos Ari passou a pesquisar

isso na Fundação Getúlio Vargas, eu comecei a pesquisar isso aqui no Observatório do Controle, que é um grupo de pesquisa aqui da USP. Nós começamos a trabalhar isso academicamente. Desse trabalho, surgiram alguns trabalhos de mestrado e doutorado, e foi se criando uma produção. Nesse contexto, tem um artigo meu *Os sete desafios do controle*¹¹. Tem aquele *Direito administrativo bipolar*¹², que está no livro de contratos. O Carlos Ari publicou dois ou três ensaios que depois ele reuniu no *Direito administrativos para céticos*¹³, o André Rosilho fez a tese de Doutorado dele¹⁴. Enfim, foram vários textos. E nós começamos a refletir sobre quais seriam as grandes questões que colocavam para o Direito Público, não mais o controle em si, mas o Direito público um desafio, digamos, epistemológico de um contexto transformador, da realidade transformada do Direito público. Dentro dessa reflexão, nós percebemos que havia uma série de questões, de desafios que o operador do Direito público enfrentava no dia a dia, e que não eram mais compatíveis com o modelo de aplicação do Direito tradicional, que estava refletido na antiga Lei de Introdução ao Código Civil, hoje Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Por exemplo, as discussões que surgiram na aplicação do Direito pelo Judiciário, direito aplicado com princípios. O Carlos Ari discutia se princípio é preguiça, no sentido de que uma coisa é aplicar o princípio da legalidade, que é um princípio objetivo: descumpriu a lei, feriu a legalidade e o ato é nulo. Diferente é aplicar o princípio da eficiência, o princípio da moralidade, que não deixam de ser importantes como critérios de aferição da higidez da Administração pública. Mas princípios abertos e com alta carga valorativa trazem o risco de o juiz desfazer tudo que está feito pela Administração Pública, desconsiderar tudo que está produzido porque feriu o princípio da eficiência, em concepção que muitas vezes não é revelada pelo aplicador do direito.

11. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Os sete impasses do controle da Administração Pública no Brasil. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Controle da Administração Pública* (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 21-38.
12. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A bipolaridade do Direito Administrativo e sua superação. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. *Contratos públicos e direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 353-415.
13. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
14. ROSILHO, André Janjácómo. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. 2016. Tese. (Doutorado em Direito0) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

A partir daí a gente começou a fazer alguns exercícios de solução. Tem que haver algum ônus argumentativo para quem decide baseado em princípios, tem que explicar pelo menos como é que ele conseguiu o racional que aquilo é imoral. Outra discussão muito importante diz com o fato de que muitas vezes o Judiciário invalida um ato da Administração e deixa para a Administração resolver como vai desfazer. Torna nula, por exemplo, numa contratação emergencial de coleta de lixo e no dia seguinte não tem coleta de lixo. E todos esses temas que no fundo foram endereçados. E desses exercícios surgiram soluções normativas: a ideia muito torpedeada e que acabou vetada da ação declaratória de validade de ato. Então, tivemos a ideia de levar o anteprojeto a algum parlamentar que se dispusesse a patrocinar. E, para nossa surpresa e sorte, o primeiro nome que nos veio foi o do Senador [Antônio Augusto Junho] Anastasia, Professor de Direito Administrativo, com quem nós fomos conversar, e ele adorou a ideia. Fez três ou quatro ajustes, chamou o assessor dele, o Professor Flávio [Henrique] Unes [Pereira], para dar um apoio e fazer uma exposição de motivos, e encampou o projeto. Em paralelo, eu o Carlos Ari, começamos a oferecer esse projeto para debate. Fizemos, sem muita organicidade, vários debates. Debates na PGR, debatemos o Ministério Público de São Paulo, debatemos no Ministério Público do Paraná, debatemos com pessoas da advocacia pública, debatemos duas vezes na Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, primeiro num *workshop*, depois num Congresso que eles fazem todo ano. E fomos colhendo contribuições, palpites. Expusemos isso no Tribunal de Contas. E o projeto foi andando. Então, a história do projeto é essa.

A tramitação gerou, para nós, duas surpresas: a primeira, que nós imaginávamos ser muito mais dificultosa, é que, embora tenha havido discussão sobre o projeto no Senado e na Câmara, ela foi relativamente tranquila. Houve, sim, audiências públicas, outras vezes em discussão com, primeiro, a relatora no Senado, depois o relator na Câmara. Houve alterações, mas muito pontuais. A segunda foi a reação absolutamente surpreendente depois que o projeto foi aprovado. Eu reputo que essa reação se deu por duas ordens de fatores, que hoje estão mais claros. Primeiro foi que atores muito importantes se aperceberam que tinham se desapercebido do projeto. Foi muito surpreendente, para vocês terem uma ideia de como isso se deu: um dos principais polos de resistência foi no Ministério Público, a Procuradoria Geral da República. Esse projeto foi discutido em 2017 no Conselho Nacional do Ministério Público e foi incluído na pauta legislativa prioritária do CNMP, com recomendação de aprovação. Nós, inclusive, levamos isso para a Presidência da República, levamos isso para o debate, dizendo: “olha, não foi um projeto secreto”. Se toda a classe do Ministério Público não discutiu em

Congresso, não é culpa nossa, mas isso foi levado e foi adotado com viés de aprovação. O Presidente da República, pelo seu Ministro da Casa Civil, apresentou o projeto do Senador Anastasia no Conselho de Desenvolvimento, como um dos três projetos da pauta legislativa prioritária do Governo. O projeto foi discutido e elogiado pelos membros do Conselho, onde existe não só empresários, mas sindicalistas etc. Primeira vertente: algumas pessoas estranharam, não conheciam o projeto. Não foi por falta de transparência. A segunda vertente, eu acho que foi muito mais por susto e desconhecimento. Tanto é assim que o órgão mais veemente e crítico ao projeto, que foi o TCU, é hoje – no monitoramento da implantação da LINDB – o órgão que mais está trabalhando com a aplicação da LINDB. Já teve fundamentação de julgado baseado nela. Já teve súmula para definir o que é o erro grosseiro, estão fazendo uns seminários internos. Ou seja, hoje reconhecem que não era tão ruim, tão brutal a ameaça. Tem alguns resistentes ainda, mas isso é normal. A surpresa se deu pelo grau de amplitude da crítica e o debate que surgiu. Esse projeto, antes de virar lei, teve um grande mérito: estabeleceu, na ordem pública, uma discussão muito relevante, que fez emergir uma série de reflexões que estavam sufocadas. Eu brinco: nós conseguimos dividir as organizações Globo; oito minutos do *Jornal Nacional* criticando o projeto e o editorial do jornal *O Globo* apoiando o projeto. O *Jornal Nacional* noticiou em dois dias, quatro minutos em um dia, três minutos e meio em outro dia, o que para o *Jornal Nacional* é uma eternidade. E o veículo escrito da Organização Globo defendeu no editorial, assim como o editorial do *Estadão* também foi favorável. E, de outro lado, houve uma grande mobilização, muito interessante, como contraponto, a favor do projeto. No mundo jurídico, um conjunto de apoios muito significativo que se traduziu num parecer assinado por quase 30 juristas. No mundo econômico, no mundo econômico até com mais unanimidade. Fizemos artigos de jornal e públicos defendendo o projeto economistas como Bresser-Pereira, Bernard Appy, Marcos Lisboa, Samuel Pessoa, Ana Carla Abrão, Delfim Netto, Mailson da Nóbrega. Eu nunca havia visto eles falarem a mesma coisa sobre qualquer coisa. Isso demonstrou que, de certa forma, os pontos que estavam endereçados pelo projeto de lei têm uma relevância para sociedade, para o mundo econômico, para o mundo jurídico. Essa é a história.

Ái vem as questões específicas que vocês fazem. A União pode editar normas gerais de Direito Administrativo? Nós temos que qualificar o que são normas gerais de Direito Administrativo. Se tivéssemos falando de normas gerais de contrato administrativo, não tenho dúvida. Eu acho que pode, na medida em que o que a LINDB traz não são normas de concretude vinculante da atividade de cada ente; são normas de interpretação, normas processuais. O próprio Supremo já disse,

e decisões do STJ também, que normas processuais da União, pela competência que ela tem de editar normas sobre processo, são aplicáveis a Estados e Municípios quando não houver manifestação de lei processual específica de cada esfera. É dizer: a União não pode impor ao Estado um prazo de decisão, isso seria adentrar na rotina administrativa. Mas ela pode, por exemplo, editar normas sobre transparência, como é a Lei de Transparência, que ninguém discutiu sua constitucionalidade. Então, como norma processual – e como eu tenho dito, normas de uma pauta hermenêutica – me parece que essa é uma norma de caráter nacional.

Os servidores que atuam com culpa leve ou média não devem ser responsabilizados? De novo, qualifiquemos o que é responsabilidade. A responsabilidade civil pode, a Constituição diz, no art. 37, § 6º, se tiver culpa, vai responder na exata medida da culpa, ele pode ser, inclusive, condenado no ressarcimento ou ao terceiro afetado ou à própria Administração. O que nós estamos falando é uma responsabilização por ilícito, uma responsabilização punitiva, na seara da Lei de Improbidade ou da Lei Anticorrupção. E aí me parece que existe um grau de diferença entre o sujeito ter a conduta subjetivamente censurável e a conduta culposa, aí tem uma diferença. Tanto tem uma diferença que o próprio Supremo fez, independentemente do que nós pensemos sobre o mérito da decisão, uma distinção relacionada à conduta subjetiva dolosa para fins de prescrição na ação de ressarcimento. O Supremo decidiu que é imprescritível se o sujeito agiu com dolo; logo, ela é prescritível se agiu com culpa, inclusive para fins de ressarcimento. Então, o que nós estamos falando no art. 28 da LINDB é que o agente público tem que ser responsabilizado pela conduta ou subjetivamente censurável ou inescusável. O que não dá para acontecer é o Procurador Ricardo ser acusado de ímprobo porque deu um parecer do qual o juiz ou promotor divergem. Agora, se o Doutor Ricardo deu um parecer porque recebeu propina do advogado da outra parte. Se estava agindo com dolo, deve ser punido. Se, contudo, eu divirjo do entendimento do Ricardo, exposto num parecer fundamentado, com doutrina, jurisprudência, não posso querer responsabilizá-lo por entender algo diversos de mim. No debate que se seguiu, disse: “isso aqui é nada mais nada menos o que os juízes e os promotores defenderam quando o projeto de lei de abuso de autoridade estava tramitando, é não ter crime de hermenêutica”. Por que o advogado público pode cometer crime de hermenêutica e o juiz e o promotor não? É a mesma coisa que se está falando! É divergência de interpretação, não pode ser punida. Praticou abuso porque ele entendeu de forma diferente. Por que o advogado público pode ser e o juiz não pode ser punido? Não pode.

A possibilidade de celebração de acordos de responsabilização gerarem perigos de deturpação em um cenário de grande corrupção? Eu acho que não, pelo

contrário, e explico o porquê. A previsão que está no artigo 26 procurou, primeiro, sanear o déficit de legalidade. Os acordos translativos já eram possíveis, sempre se buscando uma analogia com a Lei de Ação Civil Pública. Se a Administração pode transacionar, assim como o MP pode transacionar, qualquer ente pode, enfim. O que a lei fez? Ela saneou esse déficit de legalidade e colocou algumas balizas importantes para evitar desvios. Primeiro: não tem acordo sem manifestação do órgão de consultoria jurídica. A Procuradoria, a Advocacia Pública tem que se manifestar. Segundo: não tem eficácia se não tiver sido publicado. Terceiro: tem conteúdo mínimo, está no § 1º. Então, qualquer ato ou negócio jurídico pode ser deturpado e dar origem à corrupção. Pode, mas por isso você não permitir que se firmem contratos, pratiquem atos ou acordos não dá. O que a lei fez foi dizer: “pode e tem que seguir isso aqui”. Como se evita corrupção? Controlando, fiscalizando. Claro, pode surgir, amanhã ou depois, um promotor venal que aceite propina para fazer um acordo de delação premiada leniente. Vão acabar com a delação premiada? Claro que não. Essa é a resposta.

Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura (RDAI) – V. Sa. ministra na USP um curso sobre contratos administrativos. Sobre esse tema, formulamos as seguintes questões. A compreensão dos contratos administrativos aproxima-se mais da teoria do ato administrativo (validade, extinção, modificação) ou da teoria privada dos contratos (vícios de consentimento etc.)? Como o senhor vê as parcerias com o terceiro setor? A desproporcionalidade entre a atuação da administração (recursos públicos, cessão de bens) e a atuação privada (não cobrança de lucro) acarreta a invalidade do fomento?

Florian Peixoto de Azevedo Marques Neto – Eu tenho aqui não um, mas dois cursos, um é uma matéria eletiva na Graduação, de contratos administrativos. O outro curso na Pós-Graduação sobre desafios contemporâneos do contrato administrativo. Por que eu fiz menção aos dois cursos? Porque no curso da graduação eu me aproximo da teoria tradicional do contrato administrativo, construção e exposição dessa teoria, e na pós-graduação eu desconstruo essa teoria. Como eu vejo isso? Respondendo à pergunta de vocês, a nossa teoria do contrato administrativo obviamente se abebera da fonte francesa e se aproxima daquele modelo que tem por base o ato administrativo, que é o modelo bipartido: o núcleo negocial, o núcleo regulamentar e o contrato híbrido. A minha leitura sobre isso, e essa era uma explicação que visava, na origem, superar a discussão sobre o contrato vinculante à Administração, contrapondo-se à tese do Oswaldo Aranha [Bandeira de Mello], de origem germanófila, segundo a qual não pode haver contrato administrativo porque a Administração não pode dispor livremente e o contrato tem que ter liberdade entre as partes. E a teoria francesa assume algum

tipo de base negocial, mas tem também uma preservação do poder de império do Estado. No modelo brasileiro, essa concepção se mostrou nefasta, porque ela transformou o contrato administrativo em um “não contrato”, que ninguém cumpre, nem o particular. Ninguém tem deferência ao contratado. A lógica da dinâmica desse contrato se tornou uma lógica absolutamente nefasta. A Administração não se acautela para fazer um contrato que preserve o interesse público, porque ela pode a qualquer tempo o mudar. E o particular firma o contrato sem nenhum tipo de compromisso, o que faz com que ele tenha total liberdade para não cumprir o contrato e nada acontece. Hoje, nós, administrativistas, temos, depois de fazer essa grande limpeza da corrupção, um encontro marcado com a reversão do modelo do contrato administrativo. Posso até falar quais as linhas mestras desse modelo, mas nós temos efetivamente que parar para pensar em um modelo de contrato que preserve o Poder Público e faça as partes cumprirem. Isso envolve desde obrigar que o contrato seja planejado, tenha objeto bem definido, com margens de alterabilidade muito pequenas, em situações muito episódicas, excepcionais, e, de outro lado, consequências sérias para quem descumpra. Não é possível que um particular descumpra um contrato e nada aconteça. Não é possível que a Administração firme um contrato que ela já sabe de antemão que não vai ter recursos. Porque, no fim do dia, quem perde é aquele que pode assumir o risco integral, que é o Estado, é o erário, é a sociedade. Esse modelo, que funcionou na França nos séculos XIX e XX, que entre nós foi difundido, precisa ser revisto. Por exemplo, mutabilidade unilateral do contrato administrativo nós sempre estudamos, defendemos e ensinamos aos nossos alunos que era para preservar o interesse público. Mas há estudos demonstrado que ela interessava muito mais ao particular do que ao interesse público. E temos que fazer esse debate de maneira muito franca, porque, senão, nós estamos dizendo uma coisa e fazendo outra. Óbvio, toda essa construção patrimonialista em torno dos contratos públicos se deu manejando, de maneira oportunista, tanto o lado político como o lado do contratado, as lacunas do contrato administrativo. Então, se você tem que recorrer ao contrato, que recorra ao contrato sabendo que está fazendo um contrato. Essa é a grande questão. Enfim, respondendo à sua pergunta, eu ensino para os meus alunos de graduação aquilo que é a teoria prevalecente, mas me permito fazer uma reflexão com os alunos de pós para onde devemos ir.

Parcerias com Terceiro Setor. Eu diria para vocês que parcerias com o Terceiro Setor podem ser extremamente eficientes, e podem viciar e fazer muito mal ao serviço público. Eu não sou nem um adesista, de dizer que o modelo de contratação com o Terceiro Setor é sempre solução para tudo, e, também, não sou um talibã para dizer que isso é o fim do mundo. Tem modelos que deram certo e tem

modelos que são esculachadamente venais. Então, de maneira muito concreta, é preciso saber o que, em que termos e com quem você vai fazer uma parceria. Não é tudo que pode ser objeto dessas parcerias, não é em qualquer condição e também não é com qualquer um. Existem Organizações da sociedade civil que são absolutamente inaceitáveis. São mera burla à vedação do nepotismo. Mas há uma miríade de organizações sociais sérias. O SUS em São Paulo é sustentado, e bem, pelas OSs.

Fomento foi um tema esquecido, pouco abordado e que nos últimos anos tornou-se uma vedete, pelo menos aqui entre os meus alunos, uma vedete do Direito Administrativo. Eu tenho nesse momento quatro teses tratando de abordagens diferentes do fomento e já argui trabalhos orientados por outros professores aqui e em outras tantas faculdades. Então esse é um tema que tem interessado. Do ponto de vista jurídico, é um tema complexo e que tem uma, digamos assim, enorme carência de estudos aprofundados. Além disso, o fomento no Brasil se aproxima da doação. E é doação por um simples motivo: você não tem fomento, em lugar nenhum sério do mundo, sem meta, métrica e término. Tem que entender o que você quer atingir com o fomento de maneira muito clara e aferível. Você tem que ter instrumentos para medir periodicamente se está atingindo ou não. Fomento é um incentivo que tem começo, meio e fim. Fomento no Brasil é eterno. Não existe caso no mundo de uma Zona Franca de Manaus. Qual é o objetivo da Zona Franca de Manaus? É permanente? Noventa anos? Você criou algum *cluster* local, desenvolveu alguma tecnologia? Transferiu *know-how*, capacitou a população? Não, você está exatamente na mesma situação que estava há 30 anos e com uma maior dependência da economia regional. Tem situações que você diz assim: “eu quero desenvolver a tecnologia nacional”. Sabe qual é a chance que você tem de um gaiato qualquer, um engenheiro mecânico brasileiro, desenvolver uma motocicleta brasileira? Zero! Porque se o cara for muito bom, trabalhador, estudioso, ele nunca vai conseguir concorrer com a motocicleta chinesa, japonesa, montada na Zona Franca, sem imposto. Não faz nem bicicleta. A indústria de bicicleta nacional quebrou, porque não compensa, por causa da Zona Franca. Tudo bem, a Zona Franca de Manaus conseguiu ter um incremento de renda, do IDH, mas têm estudos que mostram que se você desse metade do que foi gasto em renúncia fiscal para a população, o IDH cresceria mais. Então, insisto, a vida é dialética: fomento pode ser muito útil. Aí tem uma agravante, que não é jurídica, mas é importante. É muito difícil política séria de fomento em um regime democrático. Funcionou na Coreia, no Japão, mas com regimes autocráticos, porque a racionalidade é impositiva. Vai ter fomento para a indústria de cadeira e não vai ter fomento para a indústria de óculos. Por quê? Porque racionalmente

tem interesse fazer fomento em cadeira que dá para desenvolver; óculos, a tecnologia já está madura, nós não vamos conseguir correr atrás. Na Ditadura, se o sujeito vem que fabrica óculos vem pedir subsídio, não vai ter. Em um regime democrático, como é que se evita que o Parlamento fale: ah, se pode ter de cadeira, pode ter de óculos. No regime democrático é difícil. Agora, pode existir fomento? Pode! É importante? Sim, muitas vezes é uma forma até melhor de conseguir atingir o objetivo público, desde que você tenha regime claro, metas, métrica e saída, um prazo ao final do ou a atividade vingou ou perdeu.

Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura (RDAI) – Há fundamento constitucional e legal para a exigência de submissão dos editais de licitação e dos estudos técnicos, nas parcerias de investimento, à prévia aprovação pelos Tribunais de Contas? Até que ponto se deve usar a arbitragem nos contratos de parceria de investimento, para garantir solução mais técnica e mais rápida dos conflitos? Deixar a escolha do julgador ao crivo do empresário e do agente público não é perigoso? E a mediação nos contratos públicos que tenham por objeto concessão e parcerias público-privadas? Ela é eficaz, considerando que o mediador não deve fazer propostas?

Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto – Pela ordem. Fundamento legal. Eu acho que não dá para ter mecanismos que submetem a condição de aprovação como condição sine qua non para o administrador prosseguir no programa; ou seja, a introdução do Tribunal de Contas como uma fase mandatória e impeditiva, a meu ver, padece de constitucionalidade, inclusive porque o Supremo reiteradas vezes decidiu que a intrusão de um órgão vinculado ao Legislativo, no agir administrativo, seria violação à tripartição de poderes. Agora, é útil você ter a oportunidade de a Corte de Contas falar, desde que ela faça isso sem obstar a Administração, sem ter prazo eterno para liberar, e tenha algum compromisso com relação ao que ela fala. O que não dá é para ter a situação de hoje: se condiciona à aprovação prévia e o órgão de controle não se condiciona à sua aprovação prévia, depois ele desdiz o que decidiu antes. Isso é um sistema feito para não funcionar. E não vai funcionar como tem sido demonstrado.

O segundo tema, arbitragem nos contratos de parceria de investimentos. Ricardo, você sabe que eu divirjo de você nesse sentido. Eu acho que ou a matéria é indisponível e não pode ser contratada ou ela é contratada e, portanto, ela é disponível e pode ser objeto de arbitragem. É o meu entendimento. Ninguém vai fazer arbitragem sobre poder de polícia, até porque não vai contratar poder de polícia. Então, se o sujeito me aplicou uma multa, não vou submeter a multa de trânsito à arbitragem porque isso não é uma matéria contratual. Agora, se você tem uma parceria, se o objeto é lícito para contratar, pode ter arbitragem. Onde está a vantagem e onde eu não vejo a desvantagem? A vantagem não é

propriamente que a arbitragem é, em si, mais rápida. Ela só é mais rápida por uma circunstância única: porque não tem duplo grau. Mas ela é muitas vezes muito longa. A diferença é que o escrutínio possível numa arbitragem é impossível no Judiciário. Você pega um contrato de infraestrutura, um contrato de obra, um conflito entre um epecista e um investidor privado em uma central hidrelétrica. Há questões complexas, há prazos, licença ambiental etc. Na minha experiência de árbitro, você vai ter dois ou três dias de audiência. Quando um juiz, no nosso sistema judicial, pode dedicar dois dias, três dias para uma só causa? Você pega um contrato de óleo e gás, com a Shell de um lado e a ANP, poder público, do outro, vão escolher árbitros que entendam do mercado de óleo e gás. Quantos juízes podemos imaginar que sejam conhecedores do setor de óleo e gás? Eu trabalho há 15 anos com esse setor e não conheço tudo. Então, você tem um grau de aderência de especialidade e um grau de escrutínio que em contratos complexos melhora a decisão. Por que eu não vejo problema nisso? Porque não há evidência dos árbitros serem parciais ou imparciais diferente do juiz. Se nós tivéssemos uma escolha dos árbitros como um critério de invalidação da decisão, eu tenho comigo que as próprias Varas da Fazenda Pública explodiriam em arguição de suspeição. Por quê? Porque quando você tem um número “x” de Varas da Fazenda Pública, esses juízes se especializam em ações fazendárias, e, portanto, têm um viés de gostar daquela matéria. Não há uma disposição ampla da máquina jurisdicional para você decidir. Em São Paulo, você pode até dizer que haja. São 28 juízes, mas em outras comarcas você tem três, quatro juízes da Fazenda. O que vai acontecer é que o escrutínio, e aí, sim, o Poder Público quando se dispõe a uma arbitragem tem que fazer o escrutínio absolutamente rigoroso dos árbitros que são escolhidos por ele e pelas partes. No começo se via com muita prevenção, porque quem fazia arbitragem eram arbitralistas vindos do Direito Privado, um universo muito pequeno. Hoje, até isso é relativo. Por exemplo: tem vários desembargadores aposentados que se especializaram em assuntos das Câmaras de Direito Público, das Varas da Fazenda, que hoje funcionam como árbitros. É a Fazenda que escolhe. A Prefeitura é parte na arbitragem, vai escolher o árbitro. A escolha do árbitro não é predicante, em si, de uma parcialidade. Não é o seu caso, mas no começo muita gente achava, e eu vivi isso na pele, que a arbitragem era composta, normalmente num tribunal de três, por árbitros que defendiam as partes e um Presidente que ia decidir a causa. Raríssimas vezes, com árbitros experientes, o Tribunal decide dividido. E é frequentíssimo, portanto, que o árbitro indicado por uma das partes vote contra a parte que o indicou. Porque ali a coisa está posta ao escrutínio, e todos os árbitros, ou quem se dispõe a ser árbitro, tem interesse de ter o seu nome referenciado. A pior coisa para um árbitro é figurar como árbitro parcial, porque provavelmente não vai ser confiável para

uma próxima arbitragem. Então, eu não vejo essa preocupação, nem da decisão ser feita fora da jurisdição judiciária, nem de haver a indicação dos árbitros. Com o tempo, nós vamos criando uma seleção natural desse mercado de arbitragem que vai dissipar toda preocupação. Isso tem sido um avanço. Por exemplo, o Estado de São Paulo teve a maior experiência, até por imposição de contratos com órgãos multilaterais, com a arbitragem. E foi enfrentando esse tema. Já ganhou e já perdeu arbitragens. E agora no âmbito da União começou a haver a atuação da União em arbitragem, a ANP, a ANTT já estão em algumas arbitragens. E aí o que vai acontecer? Na Procuradoria Geral do Estado de São Paulo e na AGU começam a se criar times especializados em lidar com isso.

Mediação. Eu acho que esse é um instrumento importante, mas também não é apanágio para todos os males. Contratos que têm muitas controvérsias técnicas, a mediação pode ser um mecanismo de resolver problemas, embora a mediação não tenha poder decisório. Temos que ver com um pouco de calma, porque se a mediação for só uma fase que estorva as partes, toma tempo e não resolve nada. Mas em alguns casos a mediação é importante. Alguns divergem de mim, eu tenho uma posição que é polêmica. Assim como eu acho que árbitros têm que ter formação jurídica, ainda que se possa admitir um árbitro técnico, mas dois com formação jurídica, eu acho que mediadores não devem ter formação jurídica. A mediação funciona quando ela é feita no âmbito técnico, não jurídico. É muito difícil as partes acatarem uma interpretação jurídica, conhecendo como funciona a dinâmica da hermenêutica. Mas, tecnicamente, um bom mediador pode chegar a uma solução técnica que convença às partes, discutindo tecnicamente. O sujeito é um especialista em túnel, é uma autoridade. Ele diz: “espera aí, em que faculdade você estudou, isso aqui não vai dar certo, vai cair, vai sair mais caro, por “A + B”. Uma vez eu estava numa arbitragem e tinha uma testemunha arrolada por mim, Professor universitário, era uma questão econômica. O laudo dele era muito bom, eu tinha muita expectativa, ele era uma autoridade, seria uma testemunha técnica importante. Ele sentou na frente dos árbitros, e eles começara a argui-lo. O depoimento começou a ser catastrófico, ele começou a ficar nervoso, ele não conseguia de expressar. Eu sabia que ele tinha entendido a questão, que ele tinha compreendido. O sujeito falava tudo ao contrário, comecei a pensar: “meu Deus, perdi a causa”. Ao fundo havia um quadro. Ele se virou e disse: “posso escrever?” Pegou o pincel atômico e começou a escrever. A forma de expressão dele era pela escrita, fez uma formulinha, começou a dar aula (risos). Porque a questão técnica dá para resolver por mediação, muitas vezes superar um impasse. Mas outras questões não são resolvíveis. Então, eu acho que ela é eficaz. Acho até que o mediador pode sugerir coisas. O que não pode é querer, ele,

decidir, porque a decisão do mediador, por definição, não é vinculante às partes, ele nem pode ser muito incisivo. Mas, em questões técnicas, de contratos complexos, muitas vezes isso resolve.

Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura (RDAI) – Sobre as empresas estatais, há duas posições na doutrina: há aqueles que dão ênfase ao aspecto empresarial e aqueles que dão ênfase ao aspecto estatal. O Senhor considera que as empresas estatais podem agir como um empresário privado em busca de lucro? O “interesse público” restringe para elas a realização de negócios? O senhor considera constitucional a não incidência do direito público às empresas estatais prestadoras de serviço público? Empresas estatais podem obter concessão de serviço público? O regime da concessão se aplica a elas? Podem participar de licitação para obter a outorga?

Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto – Eu vou responder à quarta pergunta porque facilita a resposta das outras. Eu tenho comigo, e uso isso para explicar aos meus alunos, que você tem dois regimes públicos. Você tem um regime público que incide sobre a natureza do capital e do controle, que é o regime público de gestão. E você tem um regime público atinente à atividade. Só se submete ao regime público de gestão pessoas jurídicas de direito público ou pessoas jurídicas de direito privado submetidas ao poder público naquilo que a lei as sujeitam a um regime especial. Quanto ao regime da atividade, ela pode recair inclusive sobre empresas privadas, porque a concessionária de serviço público não tem liberdade de precificação, como tem a empresa privada que atua no mercado, que não é um mercado regulado. Então aí, as suas perguntas cruzam essas duas dimensões.

Do ponto de vista da primeira pergunta, é importante saber o que nós estamos entendendo por lucro. Se a gente entender o lucro como o superávit de geração da atividade, que é um excedente passível de ser reinvestido em prol do serviço, eu acho que elas têm e devem perseguir isso, até para que se esse reinvestimento cumpra finalidades de interesse público não econômicas, por exemplo, a universalização de um serviço. Quando você tem uma atividade econômica sujeita a um regime especial, que é compromisso de um ente público prestar, você tem mecanismos de financiamento de subsídio cruzado, subsídio cruzado se traduz em lucro, que vai ser reaplicado para cobrir déficits de atividades que não são economicamente interessantes. Saneamento: gera o excedente de quem recebe água tratada e tem renda para pagar na tarifa um excedente. Esse excedente, esse lucro, aplico para levar saneamento para quem não tem. Esse lucro, enquanto resultado positivo do negócio, pode e deve existir. Lucro para ser distribuído por interesse secundário do Estado, aí eu já vejo mais problema, porque aí você está usando a empresa estatal para explorar uma atividade econômica e gerar excedente para o Poder Público. Não que isso seja ruim. Em algumas situações pode ser bom,

mas não tem que ser o objetivo principal, porque o mecanismo para arrecadação de excedentes da sociedade pelo Estado é o tributo, que é mais justo. Quando você adota um modelo de sociedade de economia mista, aí você tem que equilibrar o interesse do acionista e o interesse do controlador público. Acho que a Lei das Estatais encontrou um bom ponto para isso, que é ter a missão de interesse público, que tem que ser perseguida prioritariamente, e o que sai dessa missão é colocada para atividade econômica de quem queira ser acionista, que sabe que essa empresa não é uma empresa puramente privada, que vai buscar lucro como única finalidade. Essa missão, a meu ver, pela Constituição, tem que ser absolutamente aderente à razão que gerou a produção legislativa que autorizou a criação. Vou dar o exemplo clássico: a Petrobras é uma empresa de economia mista. Ela tem que atingir os objetivos que estão na origem da lei que a criou, ou das leis que alteraram o objeto da Petrobrás: desenvolver tecnologia, explorar as reservas da União, atingir a maior expansão da rede de gás, são missões. Não faz parte dessa missão fazer equilíbrio macroeconômico, subsidiar gasolina para não aumentar a inflação. Aí nós temos um outro problema, porque a missão de uma companhia de petróleo é garantir a soberania nacional sobre as reservas de petróleo, tecnologia, capital e não fazer equilíbrio macroeconômico, para isso tem o Banco Central, o COPOM. Então, essa primeira pergunta – se as empresas estatais podem agir como empresários privados em busca de lucro –, como empresário privado, não. Podem ter lucro como excedente? Podem e, em muitos casos, devem. Pode buscar meramente o lucro? A meu ver, não, porque não faz sentido. Se a atividade é para buscar meramente o lucro, o Estado não tem que estar nela. Eu defendo, e não é também consenso, que o Estado tem e deve atuar na economia sempre que isso for necessário para pauta de interesse público, não como agente econômico. Se é para ser agente econômico, desculpe-me, deixa para o mercado, que faz melhor, e cobre tributo.

O interesse público restringe a elas a realização de negócios? Sim. Restringe naquilo que é área dela, porque ela tem que buscar aquilo. E restringe – aí, sim, é uma leitura que faço da ordem constitucional –, não dá para o Estado ir buscar a lógica de atuação no mercado como o empresário privado age. Ou seja: se você pensar como empresário privado, o Estado acaba acumulando toda a economia, porque ele vai verticalizando, vai crescendo. Então, porque eu tenho um banco de desenvolvimento de softwares; a partir dele, vou ter uma indústria de desenvolvimento de computadores, vai ter excedente de computador, eu vou ter uma rede de varejo para vender computador e aí vou ter toda a cadeia econômica na minha mão. O que é importante? É importante ter um banco para atuar no crédito em condições mais subsidiadas ou um banco para habitação. “Ah, mas o Itaú

está atuando no mercado de cartões”. Ora, você é um banco público para atuar no mercado de microcrédito. É uma limitação horizontal. E há uma limitação vertical, porque ele não pode agir fora daquilo que é o interesse público entendido como qual a missão que a lei definiu para justificar a sua atuação.

Considero constitucional a não incidência do direito público às empresas estatais prestadoras de serviço público? Depende do serviço público. A doutrina, durante muito tempo, fazia o corte entre atividade econômica e serviço público, porque até pouco tempo, quando era serviço público, era prestado em regime de monopólio ou de exclusividade. Quando as leis passaram a permitir que o mercado de serviço público tivesse competição – e independentemente de gostarmos ou não, têm leis que preveem isso –, aí você tem que ter algum tipo de contraponto de redução da incidência pública para permitir que a empresa estatal atue.

Isso já leva a outra questão: se ela está atuando no setor elétrico, o setor elétrico tem mecanismos de competição, então é provável que ela tenha que ter alguma flexibilidade para poder disputar com as empresas privadas, se não a empresa estatal irá sumir. Eu acho que a Lei das Estatais operou de duas formas, apesar de ter críticas a algumas coisas dela: primeiro, ela, ao cumprir o mandamento constitucional de ter uma legislação do art. 173, § 1º, falou, no seu art. 1º, que aquela lei – e, portanto, o regime do art. 173 – aplica-se à estatal que atua em serviço público e em atividade econômica. Portanto, até que o Supremo diga que isso é inconstitucional, ela acabou com aquela fronteira, pois ela disse que o artigo 173, que a doutrina sempre apontou como atividade econômica, aplica-se também à estatal que atua em mercado de serviço público. E segundo, ela tentou equacionar o equilíbrio entre a missão de interesse público e a atuação no mundo privado. Se ela vai conseguir, vamos ver o que Lei 13.303/2016 produz de efeitos concretos agora que ela passa a ser plenamente vigente. Tenho dúvidas, vamos esperar e torcer para que ela melhore a governança das empresas estatais.

Podem obter concessão de serviço público? No meu livro de concessões, eu digo o seguinte: quando a empresa estatal atua como mero destacamento organizacional do ente público titular do serviço público, não se trata de concessão, é uma concessão imprópria, está ocorrendo uma delegação, que pode ser feita mandatoriamente por decreto ou ser pactuada por um contrato de programa, por exemplo. Se essa empresa estatal atua em mercados que não são ou do seu titular ou são mercados que seu titular abre para atividades de privados, sem necessariamente ser concessão, aí ela está se candidatando à concessionária. Mas, nesse caso, ela disputa com os outros. Exemplo primeiro: quando a companhia estadual, sociedade de economia mista, sai para disputar concessões de outros estados, uma companhia estadual, teoricamente, disputando uma concessão fora do

Estado, está se equiparando aos privados. Agora, se você tem uma companhia municipal de ônibus para explorar o serviço de transporte coletivo de passageiros, não é concessão. Eu tenho o entendimento, que eu sustento no meu livro, que a concessão é a delegação de uma atividade que é própria do Estado a terceiros, para fazer em seu nome, privados ou públicos. Agora, se o Estado está delegando isso por atribuição de desconcentração administrativa, aí estamos falando de outra coisa, você pode chamar de concessão, mas não tem a lógica dessa atribuição delegativa.

Elas podem participar de licitação? Podem, nesse contexto em que ela está atuando como agente econômico.

Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura (RDAI) – Vivemos um momento histórico de grande polarização política. V. Sa. considera possível uma Ciência do Direito? As inclinações políticas e a atividade profissional do cientista não acabam, de alguma forma, interferindo em suas interpretações?

Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto – Essa é uma boa reflexão. Acho que a gente está vivendo aqui um momento histórico de certa radicalização política. Ele é ruim, porque tende a gerar processos irracionais. O debate político respeitoso, que considere a adversidade como um fato, que seja racional, acho positivo. Acho que o operador do Direito, o cientista do Direito, tem que fazer uma divisão entre a sua pertença ideológica e as suas convicções políticas. A política sempre produz uma ideologia, mas ela é a ideologia aplicada a projeto de poder, à aspiração do poder, partidário ou não. Ela é a tradução de um cabedal de concepções ideológica que se traduz nas disputas pela *polis*, pelo espaço de poder, o que é muito bom, mas que aí eu acho que tem que ser dividido. Eu não consigo falar de todos esses temas por que eu passei aqui livre da minha ideologia. Qual a minha ideologia? Eu sou uma pessoa que professa uma ideologia que confia na economia de mercado, mas acha que o Estado é necessário e que a intervenção estatal deve ser residual e subsidiária, mas necessária. Isso é ideológico. É uma convicção que tenho, como eu penso meu mundo ideal. Isso eu acumulei ao longo da minha vida, da minha leitura, das minhas experiências, dos meus sucessos e insucessos. Eu tenho uma leitura ideológica da ordem econômica. Posso até usar o racional para justificar: tem a livre iniciativa, olho o art. 170, e não vejo nenhum princípio que não possa ser atingido na perspectiva da liberdade econômica, mas eu olho o art. 174 e vejo uma função que o Estado não pode renunciar, de regular. Então, eu não sou nem um liberal puro, no sentido do *laissez faire*, *laissez passer*, tipo que crê mercado resolve tudo. E também não sou uma pessoa que acha que a intervenção estatal é sempre possível e válida. É ideológico? É, e eu moldo a minha concepção a partir dessa pertença ideológica. É complicado quando começo

a defender minhas convicções em função do grupo que me é afeiçoado. Ai é um problema. Vou dar um exemplo: “se o PT fez concessão, concessão é bom; se o PT brigou com as concessões, concessão é ruim; se o PT não fez privatização, privatização é ruim; se o PT fez PPP, PPP é bacana”. Aí, estou subjugando minhas concepções jurídicas... Hoje, eu tenho concepções ideológicas, mas me emancipei de ter vinculações partidárias. Não tenho amores por partido “A”, “B” ou “C”. Sou criticado por ser liberal e também por ser intervencionista. Bom, paciência, mas é como eu penso. Mas acho que a política é válida. A radicalização está saindo um pouco do mundo jurídico, está obliterando, obscurecendo o discernimento das pessoas. Isso é ruim!

O que o cientista tem que fazer? Tem que ter uma honestidade de pressupostos. Esse é o ponto: ele nunca vai ser isento da sua ideologia, mas ele tem que ter absolutamente transparente no seu pressuposto e tem que ser claro na sua construção. O que eu rejeito são as soluções de autoridade declaratória – é assim porque assim tem que ser – e tudo aquilo que bloqueia o raciocínio, bloqueia a crítica – dizendo “assim é, assim tem que continuar sendo”. Se há uma característica que, digamos assim, marca a minha trajetória, é que eu sempre questiono até mesmo o que eu falo. Porque se não, não avança. Quando eu começo um curso de pós, eu sempre digo para os alunos: “olha, vamos ter o curso aqui no semestre, essa é a proposta, mas eu quero contar uma coisa para vocês: a minha função aqui é fazer vocês saírem com mais dúvidas do que com certas. Se eu conseguir isso, serei feliz. Sabe por quê? Porque se você sai com dúvidas, você vai buscar a sua solução para responder as dúvidas, você sai melhor do que entrou”. Agora, se você ditar a lição, o aluno não avançará, não pensará por si. Claro, na Graduação, tem que ter um pouco mais de cuidado, pois tem que passar um conteúdo para jovens que ainda não dominam conceitos. Você tem que dar os conceitos. Eu acho que isso é o conhecimento. Portanto, tenho absoluta satisfação do debate público. Fulano escreveu um artigo divergente... que bacana, se o artigo é legal, eu vou escrever um para replicar. Se você pegar o diálogo entre Duguit e Hauriou, eles se respeitavam. Depois, o diálogo do pupilo, do Jêze com o Duguit. E é isso: acho que se a academia se hermetiza, ela fica amesquinhada na reprodução. Queria um dia chegar à condição do Canotilho de reescrever o que eu escrevi. Mas acho que isso é seriedade acadêmica. Você não está errado por pensar divergente de mim. Posso dizer que você está falhando porque nesse ponto seu raciocínio falha, e eu te mostro... você não está percebendo isso e isso. Agora, essa isenção, essa neutralidade ideológica, não adianta, a gente não vai conseguir. Há um livro do Paul Ricoeur que é muito interessante. Por mais que você se desvencilhe das pertencas da

contemporaneidade, você é sempre o acúmulo do que você abeberou, desde a sua professora do ensino fundamental até o seu professor da Faculdade que te impressionou. A gente é isso. Claro, eu sou filho de um Procurador municipal, meu pai tinha uma visão de servidor público, eu fui alguém que me construí fora do serviço público mas na minha vida sempre foi muito importante ver o lado do servidor dedicado, e ver o desafio do outro lado, como isso se constrói. O mundo do mercado não é puro e o mundo do Estado também não é isento de interesses. E assim as coisas vão avançando.

Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura (RDAI) – Como o senhor vê o ensino no Direito atualmente? Parecemos vivenciar uma crise no uso do vernáculo e no aprofundamento teórico. Como lidar com isso?

Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto – Eu vejo isso de maneira muito pragmática, não só como professor, mas, agora, também como quem é responsável por dirigir uma instituição de ensino. É verdade que as gerações que vêm são tão desconhecedoras do vernáculo como nós somos analfabetos digitais. O que nós temos que nos aperceber é que, a cada ano, nós pegamos uma geração que é alfabetizada em uma linguagem que não é a nossa, estamos, aqui, mais ou menos na faixa de 40 a 50 anos, somos da mesma geração. Os nossos alunos de graduação hoje não foram alfabetizados como nós. Estamos diante de uma muito próxima crise de padrão cognitivo, que é sem precedentes, porque os nossos alunos não têm capacidade para aguentar uma hora, uma hora e meia de aula narrada. O que nos embobecía como alunos, ouvir uma aula do Celso Antônio, do José Eduardo Faria, do Tercio, encantados, eles não conseguem. Assim como você não consegue navegar na internet como eles. Nós vamos ter que rapidamente criar canais de comunicação que os engaje e que sejam cognoscíveis por eles. É mais fácil nós, velhos, viciados na linguagem narrativa, fazer uma inflexão para a linguagem deles do que eles aprenderem a nossa. Um homem de 60 anos não aprende mandarim! É outra linguagem, outro código, outra forma de estruturação do pensamento. E aí é o desengajamento. Não por desinteresse, mas porque eles não têm *link* cognitivo. Eu fiz uma experiência há dois anos, agora isso ficou um pouco mais difícil na Diretoria, mas eu vou retomar. Eu dei um curso muito interessante para alunos de terceiro ano, chamado “Funções Administrativas”. Aqui na nossa grade a gente começa [Direito] Administrativo no terceiro ano. Foi proposital, essa matéria eletiva, porque eu peguei os alunos que não tinham tido Direito administrativo, estavam tendo em paralelo. O Curso era sobre funções administrativas. Qual a proposta? A proposta era apresentar as grandes atividades administrativas para os alunos: poder de polícia, serviço público, fomento, intervenção direta, regulação. Apresentar assim

conceitualmente. Eu botei um curso que durante dez minutos eu dava uma introdução e aí fiz um sistema de *role playing*. Montei um conjunto de casos reais, tipo ciclovia do Haddad, multa na Marginal, vacinação... casos, material de notícias de jornal. Dividi a classe em seis grupos e em cada aula a gente discutia um tema, e os grupos iam rodando. Hoje você é serviço público, você é poder de polícia, você é regulação, você é intervenção direta, você é fomento. Resolvam esse problema com essa função. Apresentei as funções rudimentarmente e ia girando, cada aula um dava uma solução. Os caras se engajaram, começaram a dominar as ferramentas, nas primeiras aulas, eu dei casos mais tranquilos e eles patinavam, confundiam poder de polícia com serviço público, mas depois foram pegando o ferramental, e íamos fazendo a discussão. Como você quer reduzir a velocidade por fomento? Foram se engajando na discussão e saíram animadíssimos, com ideias muito boas. Hoje, nós temos que reinventar, pensar como vai fazer, porque não pode deixar de dar conceito. Como a gente opera no Direito sem conceito? Não dá, é ferramenta. Mas tem que inventar um jeito de engajar o cara. Acho que a gente vai ter que fazer esse negócio, discutir casos. E não é só botar *power point*, *wi-fi* na sala, é preciso engajar os alunos. Eu percebo que eles são hiperlinkados, fazem associações com velocidade exponencial, e não têm nenhum problema de fonte. Hoje, o Professor [Alessandro Serafin] Octaviani [Luis] comentava que foi dar um curso com o Professor [José Tadeu] De Chiara, um Professor de Econômico de mais de 60 anos. Ele dizia: “Impressionante, Floriano, o De Chiara conhece as leis de cor, o texto da lei”. O Octaviani é um sujeito mais jovem que eu. E eu perguntei ao De Chiara, disse ele: “Como você consegue?” E ele respondeu: “Alessandro, eu comecei a dar aula antes do computador, eu não gostava de levar papel e comecei a gravar as coisas na cabeça”. A geração dele não tinha problema nenhum com texto de lei, por exemplo. Hoje, os alunos não têm paciência com texto escrito. Vamos ter que reinventar. Eles são analfabetos? Pode ser. Mas como você faz para o cara para verter o texto para a língua culta se ele só escreve pelo WhatsApp? Isso nós temos que reinventar. É um outro código. Não é começar a fazer petição por WhatsApp. Por exemplo: eu estou com um pessoal aqui estudando inteligência artificial aplicada ao direito. A advocacia não vai acabar, mas a advocacia de massa está acabando. Nos Estados Unidos está acabando. Então, a gente tem uma crise. Eu só discordo da pergunta no sentido de que não é uma crise do vernáculo; é uma crise do código de entendimento, código de expressão, e o método de pensar. Com toda a franqueza, quem vai assumir a tarefa e fazer a mudança, sob pena de o negócio colapsar, é a nossa geração; os mais velhos, esquece, não vão conseguir. Os Professores dos 30 aos 50 anos são os que têm que fazer isso, porque os que vêm depois, a cabeça já mudou.

Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura (RDAI) – Qual a sua mensagem para os estudantes e pesquisadores do direito administrativo?

Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto – Acho que são três mensagens. A primeira mensagem: vocês estão na crista da onda. Eu não tenho dúvida. O Direito das próximas décadas é o Direito Administrativo. regulatório, atuação do Estado, os mecanismos de contenção e viabilização da atuação do Poder Público. Eu acho que nós colonizamos o Direito Civil. A função social do contrato, somos nós dando as regras do lado de lá. Então, se vocês gostam do Direito Administrativo, bem-vindos, vocês estão na crista da onda! Eu fui acusado, acusado numa boa, de querer acabar com o Direito Administrativo. Tinha, e tenho, uma relação muito fraterna com a Professora Maria Sylvia [Zanella Di Pietro]. Eu disse para ela: “Não, Maria Sylvia, meu projeto é um projeto de poder, eu quero colonizar as outras áreas, só que eu tenho que quebrar os muros”. E é o que está acontecendo. A segunda mensagem, decorrente da primeira, tem o mundo para pesquisar. Quem quer um tema para pesquisa, pense na regulamentação, na disciplina, no regime jurídico dos acordos e transações em matéria sancionatória, leniência, delação premiada. Isso é um mundo que surgiu e que, agora, está carente de disciplina. Que é isso? Direito Administrativo. Como é que eu rego a discricionariedade do promotor que está negociando uma delação premiada? Isso é discricionariedade administrativa. Hoje, há um mundo por pesquisar. Vocês trouxeram numa pergunta o fomento. O fomento é um tema de Direito Administrativo, estudamos como uma das atividades administrativas, mas não tem produção, está começando agora. Outro tema: a LINDB. A quantidade de coisas que tem para refletir. Eu brincava outro dia: eu tenho duas certezas em relação à LINDB. Primeiro, o Direito não vai ser igual como era antigamente, antes da LINDB e depois da LINDB; segundo: eu não tenho ideia aonde vai dar. Cada artigo dá quatrocentas discussões, é um mundo por pesquisar. Então, a primeira mensagem é: você está no lugar certo. Segunda mensagem: tem um mundo por fazer... sem jogar fora o que foi feito. E a terceira mensagem: vale muito a pena! (risos). Bem-vindo porque é muito legal!

