

Entrevista: Sérgio Ferraz, especialista em Direito Administrativo

28/05/2023

O indivíduo tem legitimidade para pleitear do Estado tudo aquilo que ele queira, deve assumir o protagonismo de sua vida e acionar a Justiça sozinho ou coletivamente para exigir os seus direitos quando eles são negados ou negligenciados pela administração pública. O limite para suas demandas, entretanto, está no princípio da reserva do possível.



Essa é a resposta do advogado **Sérgio Ferraz**, 86 anos, um dos maiores

especialistas em Direito Administrativo do país, para uma pergunta inquietante: até onde vai a responsabilidade objetiva do Estado?

Autor de mais de 30 livros individuais e coletivos sobre a matéria e com 63 anos de advocacia, Ferraz concedeu entrevista à revista eletrônica **Consultor Jurídico** em que fala do cenário atual de pesquisa sobre Direito Administrativo, aborda os desafios trazidos pela modernidade para a pacificação dos conflitos e comenta equívocos da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

"Em muitas cidades do interior de qualquer estado do país, é impossível você fazer uma licitação seguindo todos os parâmetros da Lei 14.133. Você pode pensar: Por quê? Porque são municípios muito pequenos, não têm corpos técnicos inteiramente adequados e atualizados. Mas têm as necessidades."

Ferraz acredita que o espírito da nova lei deveria ser mais generalista e que as particularidades do regramento deveriam ser atendidas por regulamentos regionais, que atendessem à realidade de cada canto do país.

O jurista atualmente trabalha no segundo volume do seu *Tratado de Direito Administrativo*, cujo primeiro tomo já se esgotou. Mesmo afeito aos saberes clássicos, ele se mostra um entusiasta das possibilidades trazidas pela tecnologia, como o Direito relacionado às criptomoedas, e também está atento a problemas dos tempos modernos que exigem regulação, como a disseminação de fake news nas redes sociais.

Leia a seguir os principais trechos da entrevista:

ConJur — *Como o senhor avalia o atual estágio do Direito Administrativo brasileiro?*

Sérgio Ferraz — O Direito Administrativo no Brasil chega atrasado, como é normal. O Brasil é um país não hegemônico. Um país que nasce dependente e colonizado. Essa diferença, esse *delay* entre o que se passa no mundo e que se passa no

Brasil, com o progresso das comunicações, ele se estreitou um pouco, mas continua a existir.

A ciência continua correndo terrivelmente, o Direito, como ciência, precisa correr, mas os atores dessa transmissão de conhecimento às vezes não estão com o mesmo poder de velocidade de acompanhamento.

Nesse cenário, existem duas alternativas: encastelar-se no Direito Administrativo clássico ou partir de uma boa base de conhecimento para estudar coisas novas. Temos o Direito das criptomoedas, tem toda essa tecnologia de transmissão de dados, a problemática das fake news... Enfim, uma série de fenômenos novos para os quais o Direito tem de dar uma resposta. Porque o Direito é que harmoniza a sociedade com toda essa enxurrada de novos conhecimentos. Esses novos conhecimentos criam um caos, então eles precisam ser regulados para poderem ser utilizados sem conflitos sociais mais agudos.

Mas há ainda uma terceira opção, que realmente é a opção que eu sigo: tenho procurado não abandonar os conhecimentos clássicos que adquiri, não deixar de adquirir os novos conhecimentos e, na medida do possível, mostrar que o Direito Administrativo clássico tem muito a dar à adaptação do Direito Administrativo novo.

ConJur — *Que respostas o Direito Administrativo tem a dar para esses problemas surgidos com o avanço tecnológico?*
Sérgio Ferraz — Peguemos, por exemplo, a audiência recente do ministro da Justiça com os advogados do Twitter. Uma advogada, que mostrou ser muitíssimo bem preparada nessas tecnologias, fez a referência ao termo de utilização das ferramentas do Twitter em face das informações que recebem e das consequências das informações que, por exemplo, promovem mensagens de ódio.

Nosso ministro disse não se interessar pelo termo de permissão de uso baseado na concepção de que a liberdade de expressão tem de ser condicionada à ideia dos efeitos que o seu uso excessivo pode trazer para a realidade do dia a dia.

Ou se adota, por exemplo, a postura daquela advogada, que me pareceu, repito, muito bem preparada, e se diz: "O nosso instrumento é o termo de permissão de uso das ferramentas e pronto, é em cima disso que vamos trabalhar". É uma hipótese. A outra hipótese é dizer: "Olha, isso tudo está inserido em um conceito constitucional básico".

Existe um excesso do uso da liberdade de expressão, mas pensar em regular isso tem riscos. É necessário? É. Tem riscos? Tem. E quais são esses riscos? O risco fundamental pode se resumir em uma palavrinha: censura. E a censura é também alguma coisa que a Constituição rejeita, repele, não aceita. Então como regular a utilização da liberdade de expressão e de manifestação?

Os mecanismos de responsabilidade civil, por exemplo, da Lei de Imprensa antiga, respondem aos fenômenos das novas tecnologias? Não, porque as ferramentas atuais têm um poder de difusão e de penetração para o qual nem sempre a resposta clássica é suficiente, não dá atendimento. Então, o homem do Direito tem de saber que é preciso regular, sem fortalecer excessivamente o Estado. Porque o Estado tem uma vocação para ser autoritário. O poder gosta de ser exercido e quem tem o poder nas mãos gosta de exercê-lo.

ConJur — *As big techs têm um poder sem precedentes na história da humanidade, tanto no aspecto econômico quanto em influência. Diante desse poderio todo, qual a importância da regulamentação do lobby no Brasil?*

Sérgio Ferraz — O projeto de lei do lobby ainda não está transformado em lei, mas acredito que isso não vai demorar. O lobby sempre existiu. É absolutamente hipócrita rejeitar o lobby, dizer que ele é um pecado ou que, se não é um pecado, é uma ilicitude, que é uma expressão bem jurídica.

Uma ilicitude que gera uma improbidade, uma improbidade para a qual há uma lei específica, com penalidades e sanções muito pesadas, isso tudo existe, e mostra como às vezes é necessário mudar o modelo. O modelo tem de acompanhar a realidade. A realidade é que o lobby existe. O que temos, portanto, é de regular o lobby.

Essas *big techs* têm uma força extraordinária. Então, a regulação do lobby me parece uma boa, no sentido de oferecer alguns canais de utilização do profissional do lobby. Ela ainda é, ao meu ver, uma tentativa. O texto da lei, proposto como está, funciona? Eu acredito que sim. Funcionará bem. Acredito que no começo, inclusive, funcionará como fator de disciplina. Quando você cria uma lei com sanções para os desvios e para os excessos, você educa.

Eu não tenho a menor dúvida de que novamente o Direito Administrativo terá de se adaptar, terá de rever o conceito de improbidade, terá de ver que o lobby traz informações que são úteis para decisões das empresas e são úteis para as decisões da administração pública.

ConJur — *Qual a sua opinião sobre as recentes alterações na Lei de Improbidade?*

Sergio Ferraz — Eu caminho numa senda que eu sei que não é pacífica. Temos dois problemas que persistem e que só serão superados com a experimentação. O primeiro se fixa na intenção de provocar o dano, isso é essencial para que se possa invocar a figura da improbidade. O problema do dolo. A culpa no sentido clássico, lá do Direito Romano, ou seja, negligência, imperícia, imprudência. Nesses três ângulos de atuação, se daí derivasse prejuízo para a administração pública, então haveria a invocação da improbidade na forma dos artigos 7º ao 10 da Lei de Improbidade.

O novo texto diz que as coisas não são assim. Porque eram criados dois efeitos incríveis para a administração pública. O primeiro era o medo de decidir, que foi até apelidado de "apagão das canetas". Porque eu podia tomar uma decisão, podia fundamentá-la muito bem, mas ainda assim escapar algum dado.

Também existe o preceito da Lei Lins Miranda, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que diz que a ignorância do Direito não serve como escusa para aquele que praticou um ato ilícito. Isso significa o seguinte: conheça você ou não conheça o Direito, se você praticou um ato e o ato causou dano ou infringiu o direito de alguém, ou ameaçou o direito de alguém, você praticou um ilícito.

Já há toda uma construção doutrinária, sobretudo nos países de primeiro mundo, no sentido de atenuar essa regra, que é uma regra que vem do Direito Romano. Quer dizer, não interessa que você não conheça a lei, se você infringiu a lei, você entra na camisa de força da lei. Mas hoje em dia é impossível conhecer o Direito todo. É impossível.

Existe o risco de violar uma lei mesmo com os recursos da inteligência artificial. Mesmo tomando todos os cuidados. Ainda assim um algoritmo sem vergonha, e esse sem vergonha aí é meramente humorístico, empurra uma decisão ou uma sugestão que é inaceitável em face da lei, mas não aparece de maneira óbvia ou ostensiva, aparece na hora da aplicação, na sintonia fina da lei. Isso é um desafio terrível.

Aí entra exatamente a necessidade de, no Direito Administrativo, haver o entendimento de que a regra de que a ignorância da lei não serve como escudo deve ser entendida com moderação.

ConJur — *Em um artigo de 2019, o senhor afirmou que o dilema do gestor público brasileiro é cumprir a lei ou ser eficiente. Esse dilema continua atual?*

Sergio Ferraz — Não só continua atual como eu tenho a impressão de que ele é irremovível. Eu tenho a impressão de que, por mais que se aperfeiçoe a técnica legislativa, sempre haverá o momento da escolha de Sofia. E o momento da escolha de Sofia é uma angústia, esse conflito da eficiência contra a norma. Por quê? Porque a norma fala para a generalidade, e a gestão fala para a particularidade. A generalidade, por mais ampla que seja, não tem a menor condição de abarcar toda a particularidade da vida concreta.

Então alguém que integre um instrumento de controle pode interpretar que a minha decisão, que aparentemente está cumprindo a lei, não atentou para uma determinada visão que a lei propiciava e que eu deveria ter levado em conta. Isso nunca vai acabar.

ConJur — *A nova Lei de Licitações e Contratos atende às nossas necessidades atuais ou já nasce com alguns pontos superados?*

Sergio Ferraz — A Lei 14.133 é uma lei imensa, muitíssimo maior do que a 8.666, de caráter tipicamente regulamentar, porque uma lei deve dar a ossatura básica da disciplina de um determinado fenômeno, e o regulamento vai dar as minúcias de como você aplica a lei. A Lei 14.133 dá a ossatura e dá também os instrumentos. Ora, esses instrumentos têm muito a ver com a realidade da administração pública.

Em muitas cidades do interior de qualquer estado do país, é impossível fazer uma licitação seguindo todos os parâmetros da Lei 14.133. É impossível. Você pode pensar: Por quê? Porque são municípios muito pequenos, não têm corpos técnicos inteiramente adequados e atualizados, mas têm as necessidades. As necessidades são mais ou menos as mesmas, podem se tornar muito maiores em um município grande, mas as básicas são as mesmas, seja um município muito adiantado, seja um município muito atrasado.

Eu propus um anteprojeto de lei de licitação que tinha 20 artigos. Era uma lei de princípios gerais da licitação. E mandando tudo o mais não para o inferno, como a música do Roberto Carlos, mas sempre mandando tudo o mais para o regulamento. Os regulamentos é que seriam feitos de acordo com as necessidades e de acordo com as possibilidades desse Brasil enorme. Nesse país com realidades tão diferentes, a Lei 14.133 trouxe complicações.



Também trouxe novidades ótimas, por exemplo, o procedimento do diálogo competitivo. Muito interessante. Não é coisa nova, já existia antigamente, já existia havia mais de 50 anos em vários países, mas botar os competidores falando um contra o outro, um atacando o outro, talvez torne possível o aparecimento de melhores soluções.

A Lei 8.666 surgiu para evitar os ajustes, para captar a melhor proposta. As empresas aprenderam a agir criando subempresas, fazendo acordos secretos, acordos por debaixo da mesa. A Lei 14.133 aparece com o ideário idêntico, é preciso ter a melhor proposta. Aparece já com algumas regras para evitar exatamente esses mecanismos de deformação da boa proposta. Mas, do jeito que ela está, ela é um desafio, um desafio que levará ainda muito tempo, muitos anos para ser entendido completamente e mais anos ainda para ser aplicado.

ConJur — *Existe uma imensa quantidade de leis que o Supremo Tribunal Federal derruba porque são inconstitucionais ou porque violam competência privativa da União. E o senhor mencionou algumas vezes como o Brasil é heterogêneo. Nesse contexto, a União tem competências exclusivas demais?*

Sergio Ferraz — Há dois problemas que a pergunta comporta. Primeiro, o problema da atribuição de competências normativas. O segundo é a atribuição de recursos e, conseqüentemente, o sistema de tributação. Nos dois casos, houve um excesso de atribuição de competências à União.

Historicamente isso é explicável. Saía-se da ideia de uma ditadura militar e partia-se para a ideia de que aquele Congresso constituinte representava as aspirações e os desejos da cidadania brasileira. Partia-se da ideia de que o presidente que iria resultar do novo pacto fundamental seria uma figura imantada de todo esse ideário, de toda essa principiologia etc. O fato concreto é que as virtudes são muito corrosíveis, as virtudes cívicas, as virtudes institucionais, elas acabam sofrendo muito o impacto dos interesses ocasionais.

Era preciso que os constituintes de 1988 tivessem pensado um pouco mais neste continente chamado Brasil, que não é um Brasil uniforme, e tivessem atribuído competências normativas mais restritas para a União e mais amplas para os estados, com a margem também um pouco maior para os municípios no que se refere aos interesses tipicamente locais. Isso é um exemplo dos Estados Unidos. Os Estados Unidos têm a competência estadual para Direito Penal, para Direito Processual, e isso não significa uma inviabilidade de existência do país.

O presidente (*José*) Sarney dizia muito que seria inviável governar esse país sem uma concentração de receitas e poderes na União. Não é inviável coisa nenhuma, é só um problema de agir de acordo com aquilo que é combinado. Agora vamos combinar uma coisa que seja praticável. Ficou um excesso de competências normativas para a União, que precisa ser de alguma maneira estudado com muita delicadeza, porque a reformulação disso vai bater muito naquele núcleo duro que a própria Constituição prevê que não pode ser modificado, como estabelecer pontos de transição, e é para isso que o Direito existe, e é para isso que o Direito Administrativo, sobretudo, existe.

Isso é difícil. Há quantos anos discutimos a reforma tributária? É difícil, mas é imprescindível. Para darmos racionalidade ao nosso país, precisamos fazer realmente uma descentralização das competências normativas e uma reformulação das atribuições tributárias que a constituição de 1988 previu.

ConJur — *O senhor sempre defende o protagonismo do indivíduo na relação com o Estado, inclusive para demandar. Então qual é o limite da responsabilidade objetiva do Estado e de onde vai sair tanto dinheiro para indenizar as vítimas da má gestão se todas elas acionarem o Poder Judiciário?*

Sergio Ferraz — Eu sou uma pessoa que reforça o protagonismo do indivíduo porque, para mim, o indivíduo é uma realidade, o resto são construções intelectuais. A própria sociedade é uma construção. Então o Estado é uma construção, tudo isso são construções intelectuais. E são necessárias, imprescindíveis mesmo, como condição de sobrevivência até do indivíduo.

Existe um princípio que o Direito alemão construiu, sobretudo depois da guerra, porque isso que estamos tratando aqui a Alemanha teve de enfrentar com a sua ruína, com a derrocada do nazismo, e o Tribunal Constitucional contribuiu grandemente com um princípio que existe na cultura constitucional alemã e foi transposto para o Brasil, apesar de não estar previsto na nossa Constituição, que é o princípio da reserva do possível. Ou seja, o indivíduo pode reclamar de tudo, pode pedir tudo, tudo aquilo que lhe pareça justo. Mas a resposta tem de passar necessariamente pela consideração da reserva do possível.

Isso ficou muito agudo quando o Judiciário começou a conceder liminares para importação de remédios e de instrumentos terapêuticos caríssimos inexistentes no país, inexistentes inclusive não só na sua concepção final de produto, mas inexistentes até na tecnologia da produção. E isso prejudicava intensamente todos os usuários do SUS que precisavam de uma série de remédios que existem no país.



O indivíduo tem de ter o direito de reclamar do que queira. Eu continuo a dizer isso. O Estado tem o dever de lhe dar tudo, mas tem o dever também de assegurar à coletividade o mínimo existencial possível. Isso significa não despendar todos os recursos públicos para atendimento só de alguns ou de poucos. É preciso dosar. E essa dosagem é dramaticamente difícil de ser atendida, mas é imprescindível.

ConJur — *Qual foi o processo em que o senhor mais gostou de ter atuado nesses anos todos de advocacia?*

Sergio Ferraz — Foi um processo que me custou caro, e custou caro não em dinheiro, custou caro em experiência de vida. E não chegou ao patamar judicial, houve apenas a ameaça do patamar judicial. Em certo momento do governo (João) Figueiredo, quando se falava em grandes soluções energéticas, pensava-se nas hidrelétricas somente. Nesse cenário, surgiu a ideia da construção de Itaipu.

Só que a usina de Itaipu significava a extinção de um dos fenômenos naturais mais bonitos que existiram no Brasil, que eram as Sete Quedas do Iguaçu. Como todo jovem da época, eu via com grande rejeição tudo o que vinha dos estamentos militares e me lancei em uma campanha, até onde era possível fazer campanha de alguma coisa naquele momento, contrária à construção de Itaipu, dizendo que era um crime ecológico e que afetaria o clima brasileiro. Eu defendia que outras soluções teriam de ser exploradas, e consegui certa visualização na imprensa.

O presidente da Eletrobras, que era um engenheiro chamado Mário Bhering, foi me procurar. Ele queria me explicar as razões técnicas que impulsionavam fatalmente o Brasil à construção de Itaipu.

Ele foi extremamente gentil, colocou o projeto inteiramente à minha disposição. Eu fui ver o lado paraguaio e o lado brasileiro. Visitei as Sete Quedas fazendo praticamente uma despedida desse fenômeno.

Então ele me disse: "O senhor sabe que nós vivemos tempos específicos. Esse projeto será feito de qualquer maneira, quer o senhor goste, quer o senhor não goste. Mas eu entendo seus argumentos, entendo a sua revolta, entendo a sua irrisignação. Mas gostaríamos que a sua irrisignação se compusesse com as nossas necessidades. Então como fazer isso? O senhor tem alguma solução para propor?".

Eu sugeri uma declaração conjunta nos jornais. Essa declaração seria de Itaipu e minha, no sentido de que nós chegamos a uma composição que significava que eu desistia de continuar naquela minha cruzada, mas que, quando fosse possível o esvaziamento do nível de Itaipu por força da existência de novos recursos energéticos, de sorte a ressuscitar o panorama das Sete Quedas, a Itaipu Binacional se comprometeria a fazer isso.

Essa publicação saiu no *Globo*, no *Jornal do Brasil*, no *Estadão* e na *Folha de S.Paulo*. Se isso não tivesse ocorrido, eu iria ajuizar uma ação popular dizendo que a destruição da paisagem e do recurso natural de Sete Quedas era um crime de lesa-humanidade. Foi o processo que mais me agradou na vida.

Mas quero dizer que ele também me custou caro, porque eu era advogado da Light naquele momento. A empresa não gostou nada da minha cruzada, e realmente passei alguns maus bocados por causa daquilo. Mas valeu o preço.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2023-mai-28/entrevista-sergio-ferraz-especialista-direito-administrativo/>