

Arnoldo Wald  
Marçal Justen Filho  
Cesar Augusto Guimarães Pereira  
organizadores

# O DIREITO ADMINISTRATIVO NA ATUALIDADE

Estudos em homenagem ao centenário  
de **Hely Lopes Meirelles**  
(1917-2017)



**O DIREITO ADMINISTRATIVO NA ATUALIDADE**  
*Estudos em homenagem ao centenário de*  
**HELY LOPES MEIRELLES (1917-2017)**  
*Defensor do Estado de Direito*

© ARNOLDO WALD, MARÇAL JUSTEN FILHO e  
CESAR AUGUSTO GUIMARÃES PEREIRA (Orgs.)

*Direitos reservados desta edição por*  
**MALHEIROS EDITORES LTDA.**  
*Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171*  
*CEP 04531-940 – São Paulo – SP*  
*Tel.: (11) 3078-7205 – Fax: (11) 3168-5495*  
*URL: [www.malheiroseditores.com.br](http://www.malheiroseditores.com.br)*  
*e-mail: [malheiroseditores@terra.com.br](mailto:malheiroseditores@terra.com.br)*

*Composição: PC Editorial Ltda.*

*Capa*

*Criação: Vânia Lúcia Amato*  
*Arte: PC Editorial Ltda.*

Impresso no Brasil  
*Printed in Brazil*  
08.2017

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**

D598 O direito administrativo na atualidade : estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017) defensor do estado de direito / Arnaldo Wald, Marçal Justen Filho, Cesar Augusto Guimarães Pereira (organizadores) ; prefácio do Ministro Gilmar Ferreira Mendes. – São Paulo : Malheiros, 2017. 1208 p. ; 23 cm.

Inclui bibliografia.  
ISBN 978-85-392-0381-9

1. Direito administrativo - Brasil. 2. Administração pública. I. Wald, Arnold. II. Justen Filho, Marçal. III. Pereira, Cesar Augusto Guimarães. IV. Mendes, Gilmar Ferreira. V. Meirelles, Hely Lopes.

CDU 342.9(81)  
CDD 342.8106

**Índice para catálogo sistemático:**

1. Direito administrativo : Brasil 342.9(81)  
(Bibliotecária responsável: Sabrina Leal Araujo – CRB 10/1507)

**O MUNDO QUE HELY NÃO VIU:  
GOVERNANÇA DEMOCRÁTICA E FRAGMENTAÇÃO  
DO DIREITO ADMINISTRATIVO.  
DIÁLOGO ENTRE A TEORIA SISTÊMICA  
DE HELY E OS PARADIGMAS ATUAIS  
DO DIREITO ADMINISTRATIVO**

MARCOS A. PEREZ

1. *Hely e suas contribuições à sistematização do direito administrativo brasileiro.*
2. *A redemocratização do País, a globalização econômica e os novos paradigmas do direito administrativo.*
3. *O mundo que Hely não viu: 3.1 Diálogo e participação – 3.2 Intervenção e regulação econômica, fomento e concessões – 3.3 Transparência – 3.4 Controle e racionalidade decisória.*
4. *Dialogando com Hely.*
5. *Fragmentação ou ressystematização.*

**1. *Hely e suas contribuições à sistematização do direito administrativo brasileiro***

Quando, em 1986, ainda estudante, eu comecei a trabalhar com o direito administrativo e, um pouco mais tarde, já como advogado, utilizava o livro *Direito Administrativo Brasileiro* de Hely Lopes Meirelles como se fosse um código, uma compilação legal. Muitas vezes eu revisito esses meus dias iniciais na profissão de advogado, para tentar entender os motivos que me levavam – e que seguramente levaram muitos outros profissionais – a encarar o que Hely dizia como se lei fosse.

Tento explicar o que acontecia por meio da força da doutrina ou da teoria, enquanto fonte do direito administrativo no Brasil,<sup>1</sup> especialmente nessa época em que a Constituição/1988 ainda estava em sua gestação, ou nos primeiros anos que se seguiram à sua promulgação.

Mas essa explicação não me satisfaz plenamente. Afinal, muitos outros doutrinadores havia; toda uma geração de administrativistas que escreveram suas obras a partir dos anos 1950 ainda vivia e produzia seus escritos,<sup>2</sup> mas seguramente ninguém se arriscaria, como muito eu fiz com a obra de Hely, a lê-los e interpretá-los como se ditassem um conjunto de normas.

Arrastando essa dúvida, recentemente conversei como um velho amigo, com quem convivo desde então, o qual conseguiu enfim me mostrar a peça que faltava para que eu

1. Cf. Fernando Dias Menezes de Almeida, *Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil*, São Paulo, Quartier Latin, 2015, pp. 106-107.

2. Dentre muitos outros, posso citar Caio Tácito, Seabra Fagundes, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, José Cretella Jr., Lafayette Pondé, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho.

compreendesse plenamente a importância de Hely para o direito administrativo brasileiro: Hely foi um sistematizador.

Ora, a partir das necessidades que sentia diante do exercício da função de magistrado e com um talento inequívoco para isso, Hely recortava, colava e ordenava. Conciliava a parca produção legislativa e jurisprudencial brasileira em matéria de direito administrativo com a doutrina nacional e estrangeira e, assim, manejava tudo com clareza e didatismo. Melhor dizendo: Hely recortava os fragmentos da legislação e da jurisprudência em matéria administrativa e os sistematizava com a cola da doutrina nacional e estrangeira. O resultado era melhor e mais claro do que o que tínhamos de fato em nossa legislação, pois, ao manejar o ordenamento jurídico positivo, Hely lhe dava a coerência sistêmica necessária para sua aplicação prática, na ambição de tornar o direito administrativo um “instrumento de trabalho”.<sup>3</sup>

Daí a força de sua doutrina! No sistema jurídico recortado por Hely as estruturas da Administração Pública e seus poderes eram coerentes: “disciplina”, “hierarquia”, “polícia” e “autoridade pública” eram expressões decorrentes de uma lógica de organização do Estado. O mesmo acontecia com o serviço público e com o poder de polícia; com os atos e contratos administrativos; com a Administração indireta, parastatal e com os servidores públicos. Ainda que lhes faltasse regulamentação precisa e coerente, Hely explicava, sistematizava e lhes dava sentido.

Hely, sob a inspiração de Hauriou,<sup>4</sup> assentou o direito administrativo brasileiro sob a pedra angular da autoridade pública, construindo-o como um direito de prerrogativas estatais e de poderes exorbitantes, e recortava o ordenamento legal e regulamentar de modo a torná-lo sistematicamente coerente com esses pressupostos.

## **2. A redemocratização do País, a globalização econômica e os novos paradigmas do direito administrativo**

De certo modo, a sensação de coerência ou de segurança que tínhamos em relação ao direito administrativo – que era reforçada a partir da leitura das lições sistematizadoras de Hely – começou a acabar com a promulgação da Constituição/1988.

A Constituição/1988, embalada pelos ventos da redemocratização do País, renovou uma agenda iniciada nos anos 1950 e interrompida pelo golpe militar de 1964,<sup>5</sup> relativa à reforma da Administração Pública no Brasil. Referida agenda tinha dois objetivos básicos: (1) de um lado, a ampliação das funções socioeconômicas do Estado; (2) de outro, a ampliação dos mecanismos republicanos de controle da Administração.

Observe-se que já em seu art. 3º, ao estabelecer os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, o Texto Fundamental de 1988 destacou um conjunto de objetivos

3. Cf. Fernando Dias Menezes de Almeida, *Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil*, cit., p. 254.

4. Cf. Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, Ed. RT, 1991, p. 91. [V. 42ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2016.]

5. Sobre esse tema, com mais profundidade e crítica, vale consultar Luiz Carlos Bresser-Pereira, “Burocracia pública e Estado no Brasil”, *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado* 11, Salvador, 2007, disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-11-SETEMBRO-2007-BRESSER%20PEEREIRA.pdf> (acesso em 5.6.2017).

que perpassa necessariamente toda a atividade da Administração: (i) liberdade, justiça e solidariedade; (ii) desenvolvimento nacional; (iii) erradicação da pobreza e redução das desigualdades; (iv) promoção do bem de todos e a igualdade na mais ampla acepção.

Não é demais dizer que, mesmo que nada mais estatuísse a CF, o referido art. 3º, por si só e logo de início, imporia à Administração a realização concreta de um número imenso de ações afirmativas, de atuações concretas, de prestações ou funções voltadas à realização dos objetivos enunciados.

Mas a Constituição não para por aí. Seu texto é repleto de programas a serem concretizados pela Administração: tais como a função social da propriedade (art. 5º, XIV) e as reformas agrária e urbana (arts. 182 e 184); a conservação do meio ambiente (art. 23, VI, e art. 225); o registro e a proteção de patentes e o estímulo à inovação tecnológica (art. 5º, XXIX, art. 23, V, e art. 218); a defesa do consumidor e da livre concorrência (art. 5º, XXXII, e art. 170, IV); os direitos sociais à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao transporte, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção da maternidade e da infância, à assistência aos desamparados (art. 6º), todos concretizados por meio de serviços atribuídos ao Estado (*e.g.*, arts. 194, 196, 201, 203, 205, 215).

E não é só. No plano da intervenção na economia a Constituição ainda cria programas relativos à implantação e à manutenção de serviços públicos industriais e comerciais nacionais, dentre os quais: ferrovias; transporte aéreo e aeroportos; energia; telecomunicações; correios (todos previstos no art. 21), além de preconizar a possibilidade da criação de empresas estatais para a intervenção direta em mercados ou setores econômicos considerados essenciais (art. 173, *caput* e § 1º) e da edição de políticas de fomento (art. 174). Como se isso não bastasse, a Administração regula e emite a moeda (art. 21, VII) e regula os mercados em geral, na perspectiva de adequá-los aos valores e interesses republicanos defendidos pela Constituição (art. 174).

Se, por um lado, é inequívoco o incremento da agenda socioeconômica a cargo da Administração, observe-se que também não resta dúvida sobre o fato de o constituinte/1988 ter ampliado em muito os controles das distintas e numerosas atividades que deveriam vir a ser desempenhadas pela Administração.

Nesse plano de raciocínio encontram-se: o direito de receber informação dos órgãos públicos (art. 5º, XXXIII); o direito de petição (art. 5º, XXXIV); a inafastabilidade da jurisdição e sua duração razoável (art. 5º, XXXV e LXXVIII); o devido processo legal e o contraditório (art. 5º, LIV e LV); e todos os chamados remédios constitucionais: *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança, mandado de injunção e ação popular (art. 5º, LXVIII e ss.). Nesse mesmo sentido tem-se a autonomização dos órgãos de controle, como o Ministério Público (art. 127, *caput* e § 1º), que no Brasil possui função correcional da Administração Pública, e os Tribunais de Contas (art. 71), órgãos de fiscalização externa, ligados ao Legislativo, mas com funções extremamente amplas e, em grande parte, coincidentes com as atribuições do Ministério Público.

Fato é que se assiste a partir de 1988 a vários movimentos institucionais: (1) de um lado, há uma intensa produção legislativa, como já era de se esperar, a tentar realizar os programas constitucionais;<sup>6</sup> (2) de outro há um reposicionamento do Judiciário, pressionado

6. Aos poucos se vai notar que essa produção legislativa, ainda que volumosa, não enfrenta muitos temas importantes, acaba tendo um apego excessivo a normas genéricas, com baixo grau de concretude,

pela sua clientela a tomar atitudes em relação à execução pela Administração da vasta pauta que a Constituição deflagrou e, conseqüentemente, a um crescente avanço sobre a discricionariedade administrativa; (3) por fim, há um intenso empoderamento dos chamados órgãos independentes ou autônomos de controle, que, utilizando-se ou não do Judiciário, colocam em prática, cada vez com menos limite, os largos e genéricos poderes que a Constituição lhes conferiu, na tentativa de assumir para si a tarefa de organizar tanto as prioridades como os meios de execução e os objetivos da pauta delegada para a Administração Pública.

Como salientam Floriano de Azevedo Marques Neto e Juliana Bonacorsi de Palma:

Desde a promulgação da Constituição/1988 o Brasil vivencia um movimento de “ampliação do controle da Administração Pública”. (...) instituições foram criadas com a única e exclusiva finalidade de verificar a lisura nos gastos orçamentários e checar a legalidade no exercício das competências públicas (...) instituições já consolidadas no panorama político brasileiro foram reconfiguradas praticamente por completo para efetivar com maior força o ideal de controle (...) em prol da probidade administrativa, do interesse público, da ética pública e de outros valores tão relevantes quanto juridicamente indeterminados, são compiladas impressões em forma de instrumentos jurídicos, para satisfazer em grau máximo o ideal de controle.<sup>7</sup>

Ocorre, então, uma desenfreada pulverização do direito administrativo, que passa a ser pautado por uma legislação fragmentada ou dispersa, extensa, assistemática e excessivamente principiológica;<sup>8</sup> por um Judiciário pressionado por distintos grupos de interesse; e, afinal, por órgãos autônomos (como, por exemplo, os Tribunais de Contas e o Ministério Público), também fragmentados em função de sua estrutura federativa, mas principalmente sedentos pelo exercício do poder político.<sup>9</sup>

Mesmo a doutrina, que durante tempos conseguiu, por meio da interpretação – como acima se disse –, ligar os fragmentos de uma legislação parca e falha na perspectiva de formação de um sistema jurídico de direito administrativo, já não consegue mais desempenhar esse papel, dado o grau de especialização que a cada novo diploma legal se requer, dado o fenômeno da “concorrência normativa”<sup>10</sup> e a impossibilidade de responder com teorias universalizantes, como a da autoridade pública ou a do serviço público, qual a razão de existir do direito administrativo, qual eixo em torno do qual o mesmo gravitaria, seja enquanto um sistema de normas, seja como um regime jurídico exorbitante.

À fragmentação junta-se a complexidade da sociedade: com a multiplicação dos grupos organizados de interesse, com a explosão das redes sociais; sobrecarga da segurança e a

acaba, muitas vezes, preferindo normatizar por meio de princípios do que de regras – mas esse é um outro problema, do qual não cuidaremos, infelizmente, aqui, por se desviar demais dos objetivos do presente ensaio.

7. Floriano de Azevedo Marques Neto e Juliana Bonacorsi de Palma, “Os sete impasses do controle da Administração Pública no Brasil”, in Marcos Augusto Perez e Rodrigo Pagani de Souza (orgs.), *Controle da Administração Pública*, Belo Horizonte, Fórum, 2017, pp. 21-22.

8. Cf. Carlos Ari Sunfeld, *Direito Administrativo para Céticos*, 2ª ed., 2ª tir., São Paulo, Malheiros Editores, 2017, pp. 173 e 189.

9. Cf. Floriano de Azevedo Marques Neto e Juliana Bonacorsi de Palma, “Os sete impasses do controle da Administração Pública no Brasil”, cit., in Marcos Augusto Perez e Rodrigo Pagani de Souza (orgs.), *Controle da Administração Pública*, p. 25.

10. Cf. Carlos Ari Sunfeld, *Direito Administrativo para Céticos*, cit., 2ª ed., 2ª tir., p. 253.

complexidade da economia; com a globalização, a desindustrialização, a preponderância do chamado capitalismo financeiro e suas constantes crises; e, por fim, a complexidade criada pelo incrível progresso dos meios de comunicação e da tecnologia da informação. Como diz Bauman em referência direta a Castells:

(...) o mundo se une hoje numa série de redes sobrepostas: de bolsas de valores, canais de televisão, computadores e Estados. As redes são locais de “fluxo” – de poder, capital, informação –, um processo não mais essencialmente sujeito a coerções espaciais e temporais. A experiência dos usuários da Internet dá a essa definição o arcabouço cognitivo essencial. Vivemos, diz Castells, numa sociedade de classes sem classes, num “cassino eletrônico global” no qual o capital e o poder escapam para o hiperespaço da pura circulação e já não estão incorporados às classes “capitalista” e “dirigente”.<sup>11</sup>

Enfim, a redemocratização brasileira e o fato de neste mesmo período, a partir da década de 1980, o mundo ter se alterado tão profunda e rapidamente produziram um largo cardápio de mudanças no direito administrativo brasileiro.

### 3. O mundo que Hely não viu

Hely nos deixou em 1990, e as últimas edição de seu *Direito Administrativo Brasileiro*, ainda sem as atualizações que vieram posteriormente a fazer seus revisores, deram-se em 1989 e 1991 (esta, obviamente, póstuma), e já repercutiam os primeiros ecos da Constituição/1988 e da modernização do direito administrativo mundo afora.<sup>12</sup>

A partir de então, muitos fatores já existentes ou supervenientes passaram a induzir o direito administrativo à mudança. Na verdade, induziam-nos a uma grande viagem que ainda não teve fim e que compreende não um caminho retilíneo à frente, mas avanços, recuos, desvios e superações.

#### 3.1 Diálogo e participação

Um desses fatores decorre da já mencionada pauta constitucional de direitos dos administrados (pessoas físicas e jurídicas que se relacionam com a Administração), por um lado, e de funções positivas, ações afirmativas e atividades prestacionais a serem executadas pela Administração Pública, por outro. De fato, essa pauta constitucional vai catalisar a mobilização de grupos de interesse, os quais vão amplificar o volume das críticas sobre a ineficiência e, por vezes, sobre a omissão da Administração em concretizá-la. Outra crítica, diretamente a esta relacionada e igualmente amplificada pela ação dos grupos de interesse, é a de que haveria excessivo distanciamento entre a Administração e as necessidades concretas da sociedade e do mercado, distanciamento, este, que seria um dos fatores de ineficiência da máquina estatal.

Essas críticas vão pressionar o legislador e o administrador público à criação e ao incremento de instrumentos de participação e diálogo, voltados justamente a possibilitar que

11. Zygmunt Bauman, *Em Busca da Política*, Rio de Janeiro, Zahar, 2012 (versão Kindle, pos. 896-901).

12. Para o presente estudo utilizamos duas edições do *Direito Administrativo Brasileiro*: a primeira, anterior à Constituição/1988, 12ª ed., de 1986, e a segunda, posterior a 1988, 16ª ed., de 1991.

os administrados possam diretamente influenciar na formação da vontade e das políticas públicas, bem como colaborar no seu planejamento e na sua execução.

Como disse em outra oportunidade:

Dentro desse novo modelo, com vistas voltadas à eficiência das múltiplas atividades administrativas inerentes ao Estado de Bem-Estar, encontram-se, em permanente referência, os institutos de participação popular na Administração Pública. Instrumentos de colaboração entre a sociedade e a Administração, de abertura da Administração e, afinal, de busca de consentimento e adesão dos administrados, cada vez mais necessária para a plena realização dos objetivos da função administrativa.

(...).

No terreno específico do direito administrativo, os institutos de participação popular podem ser considerados instrumentos necessários à efetivação do objetivo primacial do Estado de Direito, isto é, são ferramentas voltadas à efetividade dos direitos fundamentais. Nesse sentido, os institutos de participação popular destinam-se ao aperfeiçoamento dos controles sobre as atividades desenvolvidas pela Administração Pública.<sup>13</sup>

A partir desse impulso, a Constituição e a legislação vão criar, em distintas situações, a possibilidade e, muitas vezes, a obrigatoriedade do emprego de audiências públicas ou consultas públicas, dentre outros mecanismos de participação, diálogo ou estreitamento das distâncias que tradicionalmente existiam entre a Administração e a sociedade. O emprego desses mecanismos geralmente vai se dar como forma de instrução da decisão administrativa (como ocorre em alguns processos de tomada de decisão que exigem relatórios de impacto e integram a participação ao procedimento voltado à medição deste impacto), mas também não é incomum que a função desses mecanismos esteja voltada ao auxílio da Administração no controle das atividades que realiza diretamente ou delega (por meio de concessão, por exemplo) a terceiros.

### 3.2 *Intervenção e regulação econômica, fomento e concessões*

De outra sorte, há muitos fatores de mudança associados ao ambiente econômico – que também sofreu grandes modificações desde a edição da Constituição/1988 –, eis que fortemente dominado pela globalização e pelo liberalismo financeiro.

Ora, a chamada globalização econômica<sup>14</sup> passou a reclamar maior competitividade e maior produtividade dos atores econômicos locais caso estes desejassem sobreviver e prosperar. Ocorre que uma parte significativa dessa competitividade depende de maior eficiência da Administração na prestação de serviços públicos; bem como na aceleração da implantação, ampliação ou modernização de infraestruturas públicas voltadas a dar suporte e proporcionar maior produtividade e competitividade à iniciativa privada. De fato, não há economia que se torne produtiva, competitiva e, conseqüentemente, se desenvolva no mundo atual sem que a Administração direta ou indiretamente proveja e regule uma série de atividades, tais como telecomunicações; energia; rodovias, portos, aeroportos, ferrovias – entre muitas outras.

13. Marcos Augusto Perez, *Administração Pública Democrática: Institutos de Participação Popular na Administração Pública*, Belo Horizonte, Fórum, 2004, pp. 54 e 66.

14. Para a compreensão do fenômeno da globalização econômica, bem como para uma análise crítica de suas conseqüências, v.: Joseph E. Stiglitz, *Globalization and its Discontents*, Nova York, Norton, 2002.

No Brasil e mundo afora passam a se multiplicar os mecanismos de fomento econômico,<sup>15</sup> tais como os favores fiscais, o apoio financeiro ou creditício, os subsídios a atividades estratégicas ou inovadoras, o direcionamento de compras – entre outras muitas formas de apoio ou ajuda governamentais. Dessa forma, uma atividade estatal até então solenemente ignorada pelo direito administrativo passa a ocupar grande espaço na legislação e nos orçamentos públicos e, conseqüentemente, a chamar a atenção dos tratadistas e estudiosos do direito administrativo.<sup>16</sup>

Multiplicam-se, além disso, formas de atração do capital privado para a realização de investimentos em serviços e infraestruturas públicas. Há uma explosão contratual: concessões de variados tipos são realizadas, parcerias público-privadas/PPPs no sentido mais amplo da expressão passam a ser consideradas prioritárias para que a Administração possa, com maior rapidez possível, eliminar o déficit prestacional existente, seja na implantação, seja na modernização ou na ampliação de serviços e infraestrutura públicos.

Para que se faça mínima ideia da difusão das chamadas PPPs ao redor do mundo, vale verificar os números relativos tão somente a alguns setores: serviços educacionais; saneamento e limpeza pública; saúde e transporte coletivo. Na Grã-Bretanha, talvez o País que mais experiência desenvolveu em torno das PPPs, noticia-se atualmente 116 projetos na área de saúde; 166 em serviços de educação; além de muitas dezenas nas áreas de transporte, habitação, limpeza urbana, iluminação de ruas e corpo de bombeiros.<sup>17</sup> Outros Países europeus, como França e Portugal, também se têm utilizado da PPP para serviços públicos, tais como hospitais, assistência médica, museus, teatros e educação infantil.<sup>18</sup> A Índia é outro exemplo de intensa utilização das PPPs com projetos na área de educação e desenvolvimento habitacional urbano,<sup>19</sup> o mesmo ocorrendo com a Austrália em projetos de construção de novas escolas, serviços de saúde, hospitais e saneamento,<sup>20</sup> e, já no continente americano, com o Canadá em setores como tratamento de água, resíduos sólidos, habitação e transporte público.<sup>21</sup>

No Brasil, além das formas gerais de concessão reguladas pela Lei 8.987/1995 (atualmente denominada concessão comum, ou concessão de serviço público precedida ou

15. Cf.: Didier Linotte e Raphaël Romi, *Services Publics et Droit Public Économique*, Paris, Éditions du Juris-Classeur, 2003, pp. 485-521; e Cass R. Sunstein e Richard H. Thaler, *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, Nova York, Penguin Books, 2009, pp. 105-228.

16. Cf. Floriano de Azevedo Marques Neto, “Noções gerais sobre o fomento estatal”, in Maria Sylvia Zanella Di Pietro (org.), *Funções Administrativas do Estado, Tratado de Direito Administrativo*, vol. 4, São Paulo, Ed. RT, 2015, pp. 405-428.

17. The European PPP Expertise Centre, *PPP Units and Related Institutional Framework*, junho/2012, disponível em [http://www.eib.org/epec/resources/publications/epec\\_uk\\_england\\_public\\_en.pdf](http://www.eib.org/epec/resources/publications/epec_uk_england_public_en.pdf) (acesso em 15.2.2016).

18. Cf.: Olivier Raymundie, *Gestión Déléguée des Services Publics en France et en Europe*, Paris, Le Moniteur, 1995, pp. 66 e 89; e Diogo Freitas do Amaral et al., *Estudos sobre Concessões*, Coimbra, Livraria Almedina, 2002, p. 51.

19. Disponível em [http://mhupa.gov.in/User\\_Panel/UserView.aspx?TypeID=1414](http://mhupa.gov.in/User_Panel/UserView.aspx?TypeID=1414) e [http://mhrd.gov.in/model\\_school](http://mhrd.gov.in/model_school) (acesso em 27.4.2017).

20. “NSW Projects – Projects which have been awarded”, *NSW Government – The Treasury*, disponível em [http://www.treasury.nsw.gov.au/ppp/nsw\\_projects](http://www.treasury.nsw.gov.au/ppp/nsw_projects) (acesso em 15.2.2016).

21. Project Map, *PPP Canada* (disponível em <http://www.p3canada.ca/en/about-p3s/project-map/?q2=D0BBFAE6-2DBA-4808-A96B-7AB6A3ABD65A> (acesso em 16.2.2016).

não de obra pública) e pela Lei 11.079/2002 (concessão patrocinada e concessão administrativa), criaram-se diversas outras formas específicas de concessão, setoriais, como ocorre, por exemplo, com a concessão de TV a cabo (Lei 8.977/1995); a concessão de serviços de telecomunicações (Lei 9.472/1997); a concessão de serviços de energia elétrica (Lei 9.427/1996); o arrendamento portuário (Lei 10.233/2001 e Lei 12.815/2013); a concessão florestal (Lei 11.284/2006); o contrato de programa (Lei 11.107/2005); e a franquia postal (Lei 11.668/2008). Hoje há centenas e centenas de contratos de delegação de gestão ou concessão celebrados no Brasil, em todos os níveis da Federação.

Além disso, no terreno das parcerias em sentido amplo, o Brasil ainda vai criar as chamadas empresas “semiestatais”,<sup>22</sup> companhias em que o Estado participa como acionista minoritário e que são formadas com dois objetivos básicos: (1) buscar a ajuda ou a parceria ativa da iniciativa privada para o desenvolvimento de setores de apoio à Administração (exemplo disso ocorre nos serviços de correios, regulados pela Lei 12.490/2011) ou (2) fomentar a iniciativa privada a investir em setores estratégicos, mediante partilha do risco de capital (o que tem ocorrido mais amiúde nas parcerias dos setores de aeroportos e elétrico).

No intuito de que esse novo ambiente de cooperação entre o setor público e a iniciativa privada se forme sem a criação de assimetrias econômicas que desviem essas atividades do interesse público, uma outra atividade até então pouco cuidada e estudada pelo direito administrativo passa a assumir grande relevância: a regulação econômica.

Nesse caso, por meio da produção de normas, o Legislativo ou a Administração (esta agindo, algumas vezes, através das chamadas agências reguladoras independentes<sup>23</sup>) voltam-se a condicionar o exercício da liberdade de iniciativa empresarial, inclusive na prestação de serviços públicos, à observância de uma série de objetivos de ordem pública,<sup>24</sup> tais como: a preservação do livre mercado e a defesa dos direitos do consumidor; o incremento da competição de mercado, inclusive na prestação de serviços públicos, impulsionando a livre formação dos preços e tarifas e a maior qualidade dos produtos e serviços oferecidos ao público; a preservação do meio ambiente; a proteção da saúde; a redução de desigualdades econômicas, raciais, de gênero – entre outras.

Observe-se que a influência do processo de globalização econômica no desenvolvimento da regulação também se dá diante da necessidade de conformação dos diferentes mercados locais às práticas correntes nas economias mais desenvolvidas, de modo a impedir que a baixa intensidade normativa local crie uma espécie de *dumping* ou, melhor dizendo, que assimetrias regulatórias favoreçam as economias menos reguladas em detrimento das mais reguladas.<sup>25</sup> Isso explica a grande pressão das economias mais desenvolvidas sobre as economias menos desenvolvidas pelo avanço da regulação local da proteção do meio

22. A denominação é usada por Carlos Ari Sundfeld e Rodrigo Pagani de Souza no artigo “Empresas semiestatais”, *Revista de Direito Público da Economia/RDPE* 36/75-99, Ano 9, Belo Horizonte, Fórum, outubro-dezembro/2011.

23. Cf. Odete Medauar, *O Direito Administrativo em Evolução*, Brasília, Gazeta Jurídica, 2017, pp. 330-344.

24. Cf. Marcos Augusto Perez, *O Risco no Contrato de Concessão de Serviço Público*, Belo Horizonte, Fórum, 2006, pp. 85-89.

25. Cf. Marc Landy e Loren Cass, “U.S. environmental regulation in a more competitive world”, in. Pietro S. Nivola (org.), *Comparative Disadvantages? Social Regulations and the Global Economy*, Washington D.C., Brookings Institution Press, 1997, pp. 203-241.

ambiente, que geralmente impõe maiores custos à produção; da regulação concorrencial, especialmente nos aspectos *antidumping*; e, por fim, das normas anticorrupção. Tudo com o objetivo de que, tanto quanto possível, o ambiente global dos negócios seja pautado por normas uniformes.

A nova onda ainda se utiliza, porém de forma subsidiária, da intervenção estatal direta. O Estado continua a poder intervir subsidiariamente na economia por meio da criação de empresas sob seu controle, e efetivamente o faz. Mas há um cerco cada vez mais estreito em torno dessa forma de intervenção, tornando-a tão cercada de cuidados especiais e controles<sup>26</sup> que se acaba por priorizar as formas de intervenção indireta: a regulação e o fomento, em detrimento da criação de empresas controladas pelo Estado.

### 3.3 *Transparência*

Nos últimos anos a celeridade do desenvolvimento tecnológico, especialmente dos meios de comunicação e das tecnologias da informação, gerou a possibilidade concreta de uma interação muito maior do que sempre existiu entre os administradores públicos e os administrados.

Além disso, o mundo do consumo e da informação digitais fez com que a sociedade se acostumassem e passassem a exigir uma velocidade muito grande na resposta de suas demandas. Em suma, o consumidor – que, com alguns toques em seu telefone móvel, consegue não só todas as informações relativas ao mais novo lançamento da *Apple*, mas adquiri-lo, para que seja entregue em algumas horas em sua casa, ou o que consegue em segundos baixar em seu *Kindle* o novo livro de seu autor preferido, assim que lançado – não tem qualquer tolerância com a lentidão e com a falta de informação na satisfação de suas demandas: vivemos, enquanto consumidores, no mundo e na era do “aprendizado rápido”.<sup>27</sup>

O transporte dessa realidade virtual do consumo para o plano das relações políticas entre o Estado e a sociedade deve ser visto com certas reservas; afinal, o individualismo e a solidão do consumo são em grande medida incompatíveis com a necessidade de formação de um espaço social para a deliberação dos temas políticos. Observe-se que a deliberação política é naturalmente coletiva; compartilhada com pessoas e grupos que possuem diferentes opiniões e tendências; obviamente negociada e, assim sendo, não gera, normalmente, satisfação imediata. Ao contrário disso, o convívio coletivo impõe muitas vezes restrições à vontade individual, restrições de ordem ética, legal ou relacionadas ao processo de deliberação democrático, centrado na vontade da maioria: os desejos imediatos do cidadão não necessariamente serão encontrados na vontade da lei ou nas políticas do Estado, uma vez que são necessariamente filtrados ou mediados pelas instituições deliberativas.<sup>28</sup>

Porém, ainda que não se possa identificar toda a relação do Estado com a sociedade como uma relação de consumo, há que se reconhecer que o cidadão-consumidor contemporâneo não possui qualquer tolerância para com a ineficiência e a lentidão da Administração, ainda mais quando estas vêm cercadas pelo segredo ou pela opacidade.

26. Cf. Alexandre Santos de Aragão, *Empresas Estatais*, Rio de Janeiro, Forense, 2017, pp. 315-378.

27. Cf. Zygmunt Bauman, *A Ética é Possível num Mundo de Consumidores?*, Rio de Janeiro, Zahar, 2011 (versão *Kindle*, pos. 2.340).

28. Cf. Cass R. Sunstein, *Republic.com 2.0*, Princeton, Princeton University Press, 2007, p. 33.

Há cada vez menos espaço, reitere-se, para o sigilo e para a falta de informação, hoje vistos não só como elementos associados à ineficiência da atuação administrativa, na perspectiva do cidadão-consumidor, mas como fatores causadores de uma indesejável zona de sombras nas relações entre a sociedade e o Estado, sombras que incentivariam a corrupção e a manutenção de relações impróprias entre agentes públicos e segmentos privilegiados da sociedade e principalmente do mercado.

É assim que a legislação brasileira e a de outros Países vêm consagrando a transparência em duas acepções básicas: (i) a transparência passiva, consubstanciada no direito do administrado de obter perante a Administração, em prazo razoável, informações que sejam de seu interesse direto ou do interesse coletivo e difuso; (ii) a transparência ativa, correspondente ao dever da Administração de realizar ações afirmativas voltadas à comunicação pública das políticas, dos programas e dos gastos públicos, de modo a incentivar a consciência política e a cidadania ativa.<sup>29</sup>

### 3.4 *Controle e racionalidade decisória*

Outros vetores da transformação, além de dialogar em termos de influência com os já citados, têm especial relação com a inflação das tarefas constantes da agenda administrativa.

É que, ao estender sua atuação para um domínio gigantesco de funções (já mencionei aqui, exemplificativamente, serviços de saúde, previdência, educação, cultura, segurança pública, correios, telecomunicações, energia, saneamento, transportes, a intervenção direta e indireta na economia – entre muitas outras atribuições estatais), a Administração passa a se defrontar com a multiplicação das formas de controle.

A complexidade desse tema traz desafios muito grandes para o direito administrativo, que, acostumado a tratar o controle a partir da ótica da estrita legalidade ou, caso se prefira, da legalidade formal ou externa, passa a enfrentar a necessidade crescente de contenção do abuso de poder em seus diferentes modos de manifestação em domínios de atuação dos mais variados. Aparentemente, os modos de controle tradicionais precisam também se transformar, se ampliar e se adaptar aos novos ventos que impulsionam a Administração.

Atividades como o fomento ou como a regulação não se amoldam perfeitamente ao controle formal de legalidade, exigindo formas de controle especiais, que conjugam a racionalidade processual (na geração das decisões), controle de legalidade material ou interna (a partir de elementos mais abrangentes como o motivo e a finalidade, que, na medida em que se ampliam, acabam por realizar um controle sobre a conveniência e a oportunidade das decisões de caráter discricionário) e controle de resultados (sem implicações imediatas sobre a validade das decisões tomadas).

Mesmo em relação ao tradicional controle de legalidade há uma ampliação conceitual. Da legalidade agora participam os princípios gerais de direito administrativo. Moralidade, bom governo, razoabilidade e proporcionalidade passam a ser diretrizes importantes para a verificação da legalidade dos novos tempos, vista em grande angular. A legalidade interna

29. Cf. Irène Bouhadana, "Transparency and open government: which possible convergence?", in Irène Bouhadana, William Gilles e Russel Weaver (orgs.), *Transparency in the Open Government Era*, Paris, Les Éditions IMODEV, 2015, pp. 5-13.

das decisões, mais notadamente o motivo e a finalidade, passa a ser conjugada com mais acuidade, de modo a se examinar em que medida o administrador conseguiu expressar os fundamentos e os objetivos de suas decisões; se nesse caminho de construção da decisão administrativa os fundamentos se compatibilizam com os objetivos; se não há um erro evidente de fundamentação, tanto do ponto de vista fático quanto do ponto de vista jurídico; se há concatenação lógica entre os fatos e o direito estruturadores da decisão; e, por fim, se houve um compromisso efetivo da autoridade administrativa na busca da verdade material, inclusive do ponto de vista de sua sustentabilidade técnica, enquanto fundamento para a decisão tomada.<sup>30</sup>

Particularmente no Brasil um fenômeno se soma a esse movimento de transformação e ampliação do controle: a majoração da autonomia de órgãos de controle externo e interno da Administração, como ocorre com o Ministério Público, os Tribunais de Contas e as Controladorias ou Corregedorias administrativas. Com isso, dissemina-se, de modo consciente ou inconsciente, o conflito entre diferentes organismos estatais, na medida em que são fortalecidos órgãos de características *sui generis* em relação ao tradicional princípio da separação de Poderes, órgãos, em verdade, exteriores à própria separação e que, embora munidos do poder de controlar, são mal controlados, uma vez que não participam do sistema de freios e contrapesos inerente ao referido princípio constitucional. Sem freios e contrapesos, e com uma série de prerrogativas excessivamente genéricas e imprecisas, não é preciso ir muito distante para se imaginar que esses órgãos de controle tendam ao cotidiano abuso de poder. De qualquer sorte, não há dúvida de que esse *empoderamento* dos órgãos de controle autônomos brasileiros faz parte do movimento de alargamento geral dos mecanismos de controle sobre a Administração.

A inflação das funções administrativas faz surgir, ainda, o interesse crescente pelo modo de produção ou, melhor dizendo, pela maior racionalidade das decisões administrativas. Os processos decisórios ou processos administrativos não contenciosos passam, então, a ser normatizados e estudados, na medida em que se entende que a uniformidade procedimental, a admissão do contraditório (aqui expresso nos mecanismos de diálogo e de participação dos administrados na formação da decisão) e a maior dedicação das autoridades administrativas à fundamentação de suas decisões tendem a gerar maior eficiência e menor contestação jurisdicional.

Como esclarece Odete Medauar:

Na concepção atual, o processo administrativo configura não apenas meio de atendimento de requisitos de validade do ato administrativo; além disso, propicia o conhecimento do que ocorre antes que o ato faça repercutir, sobre os indivíduos, os seus efeitos, permitindo verificar, por conseguinte, como se realiza a tomada de decisões, e assim contribui para conferir-lhe maior grau de objetividade. Em contraponto à visão estática da atividade administrativa (...) focaliza o ato no seu "formar-se" e nos seus vínculos instrumentais.<sup>31</sup>

Nesse contexto, edita-se no Brasil a Lei 9.784/1999, influenciada por uma série de diplomas legais estrangeiros, dentre os quais é importante citar a lei norte-americana (APA)

30. Cf. Marcos Augusto Perez, "Controle da discricionariedade administrativa", in Marcos Augusto Perez e Rodrigo Pagani de Souza (orgs.), *Controle da Administração Pública*, Belo Horizonte, Fórum, 2017, pp. 74-80.

31. Odete Medauar, *O Direito Administrativo em Evolução*, cit., p. 289.

de 1946; as leis espanholas de 1958, 1992 e 1999; as leis alemãs de 1976 e 1996; a lei italiana de 1990 – entre muitas outras.

Importante dizer, por fim, que todos esses vetores da transformação do direito administrativo mutuamente se influenciam, não são fenômenos isolados. Diálogo, participação, transparência, intensificação do controle, valorização dos processos decisórios e o incremento de parcerias e intervenções estatais na economia são parte de um mesmo movimento transformador, que aproximam a sociedade, os agentes econômicos (o mercado) e o Estado, movimento que rompe o muro que teoricamente isolava esses atores e tenta buscar por meio da interação regulada dos mesmos ou, caso se prefira, da governança democrática a concretização dos objetivos constitucionais mencionados na parte inaugural deste artigo e, enfim, a satisfação do interesse público.

#### 4. *Dialogando com Hely*

Muito embora não tenha presenciado todo esse movimento transformador do direito administrativo no Brasil posteriormente à edição da Constituição/1988, Hely já antevia alguns traços que esboçavam esse devir.

Talvez um dos pontos em que Hely mais caminhou neste sentido tenha sido na compreensão da importância que assumiriam atualmente a finalidade e a motivação como elementos de controle dos atos administrativos. Hely – neste caso não sozinho, é bem verdade, pois muito se apoiava nos ensinamentos de Caio Tácito e de Seabra Fagundes – tentava aprofundar a aplicação da teoria do desvio de poder, no caso do princípio da finalidade, e da clássica tese francesa dos “motivos determinantes”, para destacar o motivo como um dos elementos formadores da “legalidade interna” dos atos administrativos. Dizia: “O que o princípio da finalidade veda é a prática de ato administrativo sem interesse público ou conveniência para a Administração, visando unicamente a satisfazer interesses privados, por favoritismo ou perseguição dos agentes governamentais, sob a forma de desvio de finalidade”.<sup>32</sup> E completava:

Pela motivação, o administrador público justifica a sua ação administrativa, indicando os fatos que ensejam o ato e os preceitos jurídicos que autorizam a sua prática.<sup>33</sup>

Em 1981, em seus celebrados *Estudos e Pareceres*, Hely, moderníssimo, avança na aplicação dos *motivos determinantes* e do *desvio de finalidade* em desapropriações, ampliando de maneira clara o campo do controle da invalidade dos atos administrativos. No estudo de um caso concreto, constatando que havia erro evidente de fundamentação de fato e de direito em determinados decretos de utilidade pública para fins de desapropriação Hely diz:

Essa realidade fática e jurídica invalida totalmente os decretos expropriatórios (...) tornando nula a declaração de utilidade pública (por falta de embasamento legal válido).<sup>34</sup>

32. Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, cit., 16ª ed., p. 81.

33. Idem, p. 175.

34. Hely Lopes Meirelles, *Estudos e Pareceres de Direito Público*, vol. VII, São Paulo, Ed. RT, 1983, p. 302.

Porém, ante a falta de um apoio maior na legislação e na doutrina brasileiras da época, Hely – até de forma contraditória – isentava os atos discricionários tanto do dever de motivação quanto, decorrentemente, de controle por meio da falta de motivo. Dizia: “Claro está que, nos atos oriundos do poder discricionário, a justificação será dispensável, bastando apenas evidenciar a competência para o exercício desse poder e a conformação do ato com o interesse público (...)”.<sup>35</sup> Nesse ponto, o futuro desenvolvimento do tema vai claramente contrariar as concepções de Hely, na medida em que se passa a admitir que um dos mais importantes meios de controle da discricionariedade administrativa é justamente a observância dos deveres de motivação e, como já se disse, de os fundamentos da decisão administrativa possuírem consistência fática, técnica e jurídica, de modo a se compatibilizarem os fundamentos com os objetivos do ato e se concatenar logicamente os fatos e o direito estruturadores da decisão, sem erros evidentes ou substanciais de fato ou de direito.

Outro ponto bastante interessante dos escritos de Hely, na perspectiva da discussão proposta neste artigo, encontra-se no reconhecimento da importância do processo administrativo, enquanto figura jurídica que possibilita a racionalidade, a legitimação e o controle prévio das decisões administrativas. Nesse ponto Hely não ignora a existência do processo e do procedimento administrativos. Para ele, “processo é o conjunto de atos coordenados para a obtenção de decisão sobre uma controvérsia no âmbito judicial ou administrativo (...)”,<sup>36</sup> enquanto o procedimento administrativo “é a sucessão ordenada de operações que propiciam a formação de um ato final objetivado pela Administração. É o *iter* legal a ser percorrido pelos agentes públicos para a obtenção dos efeitos regulares de um ato administrativo principal”.<sup>37</sup>

Se há o reconhecimento da figura do processo como caminho a ser percorrido para a tomada de determinada decisão, há, entretanto, claro afastamento da ideia de um processo decisório não contencioso, o que se nota tanto pela vinculação do conceito de processo ao de “controvérsia” ou lide, como acima demonstrado, como também por meio da classificação que realiza dos tipos de processos administrativos: “(...) permitimo-nos dividir os processos administrativos em quatro modalidades (...): processo de expediente; processo de outorga, processo de controle e processo punitivo”.<sup>38</sup> Os chamados processos de expediente aproximam-se, de certo modo, do que atualmente se denomina processos não contenciosos, mas, na fala de Hely, se dão “por provocação do interessado ou por determinação interna da Administração (...) não geram, nem alteram, nem suprimem direitos dos administrados, da Administração ou de seus servidores”.<sup>39</sup>

Hely reconheceu a figura do processo administrativo e lhe deu grande importância, especialmente em seus últimos escritos, mas não chegou a desenvolvê-la a ponto de traçar seu desenvolvimento futuro. Na verdade, Hely reconhece o caráter inicial dos seus estudos, no que era acompanhado por toda a doutrina nacional que lhe era contemporânea:

A verdade é que, entre nós, o processo administrativo não tem merecido os estudos teóricos necessários à sua compreensão doutrinária e à sistematização metodológica que, naturalmente, informaria a legislação e aprimoraria os julgamentos internos da Administração.<sup>40</sup>

35. Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, cit., 16ª ed., p. 175.

36. *Idem*, p. 578.

37. *Idem*, p. 133.

38. *Idem*, p. 585.

39. *Idem*, p. 585.

40. *Idem*, p. 579.

Quanto à transparência administrativa, outra matéria extremamente importante no direito administrativo atual, Hely não chega a cuidar do tema com essa denominação. Segue a doutrina tradicional e a literalidade do texto constitucional para cuidar do *princípio da publicidade*. Embora revele uma visão estreita sobre a publicidade: “Publicidade é a divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos”<sup>41</sup> – na 12ª edição de seu *Mandado de Segurança*<sup>42</sup> passa a tratar do *habeas data*, reconhecendo que o instituto, previsto como um dos remédios constitucionais para a defesa dos direitos fundamentais, teria sido inspirado no chamado *FOIA/Freedom of Information Act*, de 1974), justamente a lei norte-americana que notoriamente vem influenciar boa parte da legislação editada mundo afora, mais recentemente, sobre a transparência e o direito à informação, inclusive a Lei 12.527/2011, brasileira. O que prova que também nesse tema Hely se encontrava com “antenas ligadas”, atento aos desdobramentos que ocorreriam no futuro.

Ainda no tocante às questões tangentes ao controle da Administração, Hely vai tratar dos Tribunais de Contas e vai claramente constatar uma tendência de ampliação de seu espectro de atuação, conformando-os como órgãos *sui generis* que executam funções independentes e, ao mesmo tempo, auxiliam o Legislativo. Diz:

No controle externo da administração financeira e orçamentária é que se inserem as principais atribuições de nossos Tribunais de Contas, como órgãos independentes, mas auxiliares dos Legislativos e colaboradores dos Executivos.<sup>43</sup>

De qualquer sorte, já enxergava certa tendência dos Tribunais de Contas ao abuso de poder e veiculava uma clara preocupação com esse excesso. É o que o leva, em 1989, por exemplo, às seguintes afirmações:

O acórdão do Tribunal de Contas, neste e em todos os casos em que considere ilegítima a contratação de obra, compra ou serviço pela Administração centralizada, descentralizada ou autárquica, seja inicial ou decorrente de aditamento, não tem eficácia de título executivo contra o particular contratado, nos termos do § 3º do art. 71 da Constituição da República. É assim porque as decisões dos Tribunais de Contas (...) no que concerne à imputação de débito ou multa só podem afetar particulares que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao Erário Público, relativamente a “bens ou valores de que tenham gestão” (cf. art. 71, II) (...). De qualquer modo, a decisão (...) ao examinar as contas (...) não poderia constituir a Consulente em débito, mormente por quantia líquida e certa, já que a Consulente não foi parte no processo (...) não teve oportunidade de exercer os direitos ao “contraditório” e à “ampla defesa” que a Constituição da República garante (...).<sup>44</sup>

O abuso de poder é absolutamente claro no caso analisado, e Hely importava-se em construir uma interpretação do texto constitucional que impedisse o exercício excessivo

41. Idem, p. 81.

42. Hely Lopes Meirelles, *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data*, 12ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1989, p. 183. [V. Hely Lopes Meirelles, Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*, 37ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2016.]

43. Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, cit., 16ª ed., p. 599.

44. Hely Lopes Meirelles, *Estudos e Pareceres de Direito Público*, vol. XI, São Paulo, Ed. RT, 1991, p. 221.

das prerrogativas das Cortes de Contas em geral quando estas viessem a atuar na análise de contratos.

Sem a mesma preocupação crítica, Hely também cuidou, no longínquo 1976, muito antes da vigência da Constituição/1988, da ampliação dos poderes autônomos do Ministério Público, tese que viria a se consagrar no atual Texto Magno e que, como já se disse, influenciaria fortemente a conformação atual do controle da Administração:

De nossa parte, inclinamo-nos para a solução encontrada pelo constituinte/1946, porquanto entendemos, com Wilson Accioli, que o Ministério Público deve permanecer equidistante dos Poderes do Estado (...) o simples fato de a Constituição se ocupar do Ministério Público, traçando diretrizes para a sua organização e concedendo garantias a seus membros, lhe dá foros de instituição estatal, desvinculada dos três Poderes (...).<sup>45</sup>

No terreno da intervenção estatal na economia, Hely reconhecia os instrumentos básicos que hoje são usados. Havia em seus escritos clara predileção pelo estudo das formas diretas de intervenção, provavelmente por força da época em que foram elaborados, e não havia qualquer reconhecimento da atividade de fomento ou de planejamento como funções a serem desempenhadas pela Administração. Porém Hely já reconhecia a importância da regulação econômica, como derivação da função de polícia administrativa:

Modernamente se tem distinguido a “polícia administrativa geral” da “polícia administrativa especial”, sendo aquela a que cuida genericamente da segurança, da salubridade e da moralidade públicas, e esta de setores específicos da atividade humana que afetem bens de interesse coletivo, tais como a construção, a indústria de alimentos, o comércio de medicamentos, o uso das águas, a exploração das florestas e das minas, para as quais há restrições próprias e regime jurídico peculiar.<sup>46</sup>

Ainda encarando os fundamentos da intervenção do Estado na economia como modalidade usual de exercício da função administrativa de polícia, Hely reforçava que:

A competência para intervir na propriedade e atuar no domínio econômico não se distribui igualmente entre as entidades estatais (...). Aos Estados e Municípios só cabem as medidas de polícia administrativa, de condicionamento do uso da propriedade ao bem-estar social e de ordenamento das atividades econômicas, nos limites das normas federais.<sup>47</sup>

Observe-se que, de modo muito interessante, Hely partia da ideia de que os fundamentos que possui o Estado para intervir na propriedade são exatamente os mesmos que, em gênero, lhe autorizam a intervir no mercado ou, melhor dizendo, no domínio econômico. A partir disso, Hely prenuncia a relevância da repressão ao abuso do poder econômico, enquanto tarefa da Administração:

O domínio econômico, como todo domínio, gera poder para os seus detentores. Esse “poder econômico” há de ser utilizado normalmente para assegurar a todos existência digna, conforme

45. Hely Lopes Meirelles, *Estudos e Pareceres de Direito Público*, vol. IV, São Paulo, Ed. RT, 1981, p. 342.

46. Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, cit., 16ª ed., p. 110.

47. Idem, p. 495.

ditames da justiça social (...). Quando o uso desborda em abuso, a própria Constituição impõe a sua repressão (...).<sup>48</sup>

Em mais uma antecipação das atuais tendências de transformação no âmbito específico da intervenção econômica, Hely ainda tratou da função administrativa de preservação do meio ambiente. É comovente ver como Hely, como lhe era usual, esforçou-se na sistematização do tema, atribuindo-lhe conceitos e tecendo ligações com os temas tradicionais do direito administrativo, para lhe dar um sentido jurídico mais amplo do que a escassa legislação da época fazia: “A proteção ambiental” – escrevia Hely – “visa à preservação da Natureza em todos os elementos essenciais à vida humana e à manutenção do equilíbrio ecológico, diante do ímpeto predatório das Nações civilizadas que, em nome do desenvolvimento, devastam florestas, exaurem o solo, exterminam a fauna, poluem as águas e o ar (...). Viu-se, assim, o Estado Moderno, na contingência de preservar o ‘meio ambiente’ para assegurar a sobrevivência das gerações futuras (...)”.<sup>49</sup> Embora genéricas, suas lições são ainda hoje de absoluta contemporaneidade.

Dois pontos derradeiros chamam a atenção nos escritos de Hely, ambos em pareceres do início da década de 1980. Um deles é a admissão da participação acionária minoritária do Estado em empresas privadas e a sustentação da ideia de que essa participação não torna a empresa objeto desse investimento uma integrante da Administração indireta. Por meio desse estudo, Hely acaba por antever um fenômeno que vai se disseminar muito mais à frente: a participação de entes estatais no capital de empresas como forma de fomento, ou, melhor, como forma de indução da economia ou de intervenção econômica indireta:

O Poder Público não pode impor normas administrativas a uma sociedade anônima que não esteja sob o seu controle nos termos da legislação específica das sociedades anônimas.<sup>50</sup>

Por fim, em outro parecer, Hely celebrava a edição do Decreto 84.701/1980, da chamada desburocratização, que, em seu comentário, promovia uma “simplificação documental”,<sup>51</sup> antecipando outra tendência mais recente: a de simplificação administrativa.

A bem da verdade, seria possível avançar ainda muito na pesquisa sobre a obra de Hely, ver como seu pensamento evoluiu de seus primeiros escritos até os últimos; ver como seus atualizadores imprimiram, ou não, um tom pessoal ao contínuo e valioso trabalho de revisão de sua obra; notar se esses atualizadores conseguiram preservar o instinto de abertura para o futuro que a obra de Hely possuía e, mais ainda, sua função sistematizadora.

Meu foco, entretanto, na exiguidade deste espaço, foi um diálogo com o Hely tardio, nos momentos finais de sua vida, contemporaneamente à chamada “transição democrática” do País e ao início da vigência da Constituição/1988, que tanto impulsionou, como já demonstrei acima, as transformações do direito administrativo entre nós.

Um diálogo que permitiu, ao menos como um esboço, como um traçado de linhas, revelar que o pensamento de Hely, ao mesmo tempo em que tentava influenciar a realidade

48. Idem, p. 539.

49. Idem, p. 493.

50. Hely Lopes Meirelles, *Estudos e Pareceres de Direito Público*, cit., vol. VII, p. 225.

51. Hely Lopes Meirelles, *Estudos e Pareceres de Direito Público*, vol. VI, São Paulo, Ed. RT, 1982, p. 12.

jurídica daquele momento histórico, era fortemente influenciado pelas inovações constitucionais e, principalmente, pelo vento forte que, em todas as partes do Planeta, impulsionava o direito administrativo para a mudança.

### 5. *Fragmentação ou ressystematização*

Mas a reflexão feita ao longo deste artigo conduz a uma questão final: é desejável que o processo de fragmentação do direito administrativo no Brasil tenha continuidade?

De certo modo, muito do esforço feito por Hely no sentido da sistematização e da aplicação prática do direito administrativo se contrapõe à atual tendência de fragmentação desse ramo jurídico.

Minha resposta é enfaticamente negativa. Impossível dar segurança jurídica ao aplicador do Direito e ao administrado com o grau de fragmentação que hoje existe no direito administrativo brasileiro. Contemporaneamente, essa fragmentação dificulta até mesmo o conhecimento puro e simples da legislação, quanto mais sua interpretação, se não sistêmica, ao menos coerente.

Alguns administradores públicos agem, por vezes, fundados em processos decisórios altamente sofisticados, procurando com grande seriedade fundamentos de todos os tipos para a decisão administrativa, ao mesmo tempo em que há uma profusão de decisões tomadas, Brasil afora, sem qualquer respaldo fático ou jurídico, apegadas à ideia antiga e superada de que a discricionariedade da Administração lhe faculta decidir sem motivar.

Não se faz um uso uniforme das possibilidades de diálogo ou de participação, que para alguns não só são indesejáveis, como se traduziriam em perigosa aproximação da Administração com interesses privados, supostamente pecaminosos por sua própria natureza.

O processo administrativo, regra em alguns órgãos, inclusive nos processos não contenciosos, é simplesmente ignorado na grande maioria das vezes, deixando o administrado à mercê de decisões arbitrárias, desproporcionais, ou sem que sejam precedidas de análise de custo-benefício.

Os órgãos de controle não raro possuem concepções diversas sobre um mesmo tema, e não somente se decidem diferentemente as mesmas causas, o que faz com que o comportamento de um administrador público considerado, por exemplo, legal em Minas Gerais seja considerado ilegal no Rio de Janeiro, ou vice-versa, como também se permite que o mesmo órgão de controle modifique suas concepções, passando a tratar como ilegal um comportamento que anteriormente considerava legal, sem qualquer preocupação com a coerência (ínsita a qualquer sistema de precedentes) ou com a segurança jurídica.

Esses são meros exemplos – muitos outros poderiam ser pontuados – das dificuldades geradas pela excessiva fragmentação do direito administrativo entre nós. De qualquer sorte, parecem-me suficientes para que eu me manifeste em favor da ressystematização.

Fundamental que, sob inspiração de Hely – o jurista homenageado por esta obra –, o direito administrativo brasileiro tente se transformar em um terreno de maior segurança jurídica, de maior coerência, de maior sistematicidade e, conseqüentemente, de melhor utilização prática; que se tente, enfim, reduzir o grau de fragmentação hoje existente. Como cumprir essa missão é uma questão a que não responderei aqui, mas que deve futuramente

engajar todos que entre nós desejam o aprofundamento das liberdades públicas e o cumprimento dos desígnios que a Constituição impõe ao direito administrativo contemporâneo.

### **Bibliografia**

- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil*. São Paulo, Quartier Latin, 2015.
- AMARAL, Diogo Freitas do, et al. *Estudos sobre Concessões*. Coimbra, Livraria Almedina, 2002.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais*. Rio de Janeiro, Forense, 2017.
- BAUMAN, Zygmunt. *A Ética é Possível num Mundo de Consumidores?*. Rio de Janeiro, Zahar, 2011 (versão Kindle).
- \_\_\_\_\_. *Em Busca da Política*. Rio de Janeiro, Zahar, 2012 (versão Kindle).
- BOUHADANA, Irène. "Transparency and open government: which possible convergence?". In: BOUHADANA, Irène, GILLES, William, e WEAVER, Russel (orgs.). *Transparency in the Open Government Era*. Paris, Les Éditions IMODEV, 2015 (pp. 5-13).
- BOUHADANA, Irène, GILLES, William, e WEAVER, Russel (orgs.). *Transparency in the Open Government Era*. Paris, Les Éditions IMODEV, 2015.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. "Burocracia pública e Estado no Brasil". *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado* 11. Salvador, 2007 (disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-11-SETEMBRO-2007-BRESSER%20PEEREIRA.pdf>, acesso em 5.6.2017).
- CASS, Loren, e LANDY, Marc "U.S. environmental regulation in a more competitive world. In: NIVOLA, Pietro S. (org.). *Comparative Disadvantages? Social Regulations and the Global Economy*. Washington D.C., Brookings Institution Press, 1997 (pp. 203-241).
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). *Funções Administrativas do Estado, Tratado de Direito Administrativo*. vol. 4. São Paulo, Ed. RT, 2015.
- GILLES, William, BOUHADANA, Irène, e WEAVER, Russel (orgs.). *Transparency in the Open Government Era*. Paris, Les Éditions IMODEV, 2015.
- LANDY, Marc, e CASS, Loren. "U.S. environmental regulation in a more competitive world". In: NIVOLA, Pietro S. (org.). *Comparative Disadvantages? Social Regulations and the Global Economy*. Washington D.C., Brookings Institution Press, 1997 (pp. 203-241).
- LINOTTE, Didier, e ROMI, Raphaël. *Services Publics et Droit Public Economique*. Paris, Éditions du Juris-Classeur, 2003.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. "Noções gerais sobre o fomento estatal". In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). *Funções Administrativas do Estado, Tratado de Direito Administrativo*. vol. 4. São Paulo, Ed. RT, 2015.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, e PALMA, Juliana Bonacorsi de. "Os sete impasses do controle da Administração Pública no Brasil". In: PEREZ, Marcos Augusto, e SOUZA, Rodrigo Pagani de (orgs.). *Controle da Administração Pública*. Belo Horizonte, Fórum, 2017.
- MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. Brasília, Gazeta Jurídica, 2017.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 12ª ed. São Paulo, Ed. RT, 1986; 16ª ed. São Paulo, Ed. RT, 1991; 42ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2016.
- \_\_\_\_\_. *Estudos e Pareceres de Direito Público*. vol. IV. São Paulo, Ed. RT, 1981; vol. VI. São Paulo, Ed. RT, 1982; vol. VII. São Paulo, Ed. RT, 1983; vol. XI. São Paulo, Ed. RT, 1991.
- \_\_\_\_\_. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data*. 12ª ed. São Paulo, Ed. RT, 1989.
- \_\_\_\_\_. *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 37ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2016.

- NIVOLA, Pietro S. (org.). *Comparative Disadvantages? Social Regulations and the Global Economy*. Washington D.C., Brookings Institution Press, 1997.
- PEREZ, Marcos Augusto. *Administração Pública Democrática: Institutos de Participação Popular na Administração Pública*. Belo Horizonte, Fórum, 2004.
- . “Controle da discricionariedade administrativa”. In: PEREZ, Marcos Augusto, e SOUZA, Rodrigo Pagani de (orgs.). *Controle da Administração Pública*. Belo Horizonte, Fórum, 2017.
- . *O Risco no Contrato de Concessão de Serviço Público*. Belo Horizonte, Fórum, 2006.
- PEREZ, Marcos Augusto, e SOUZA, Rodrigo Pagani de (orgs.). *Controle da Administração Pública*. Belo Horizonte, Fórum, 2017.
- RAYMUNDIE, Olivier. *Gestión Déléguée des Services Publics en France et en Europe*. Paris, Le Moniteur, 1995.
- ROMI, Raphaël, e LINOTTE, Didier. *Services Publics et Droit Public Economique*. Paris, Éditions du Juris-Classeur, 2003.
- SOUZA, Rodrigo Pagani de, e PEREZ, Marcos Augusto (orgs.). *Controle da Administração Pública*. Belo Horizonte, Fórum, 2017.
- SOUZA, Rodrigo Pagani de, e SUNDFELD, Carlos Ari. “Empresas semiestatais”. *Revista de Direito Público da Economia/RDPE* 36/75-99. Ano 9. Belo Horizonte, Fórum, outubro/dezembro/2011.
- STIGLITZ, Joseph E. *Globalization and its Discontents*. Nova York, Norton, 2002.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2ª ed., 2ª tir. São Paulo, Malheiros Editores, 2017.
- SUNDFELD, Carlos Ari, e SOUZA, Rodrigo Pagani de. “Empresas semiestatais”. *Revista de Direito Público da Economia/RDPE* 36/75-99. Ano 9. Belo Horizonte, Fórum, outubro/dezembro/2011.
- SUNSTEIN, Cass R.. *Republic.com 2.0*. Princeton, Princeton University Press, 2007.
- SUNSTEIN, Cass R., e THALER, Richard H. *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*. Nova York, Penguin Books, 2009.
- THALER, Richard H., e SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*. Nova York, Penguin Books, 2009.
- THE EUROPEAN PPP EXPERTISE CENTRE. *PPP Units and Related Institutional Framework*. Junho/2012. Disponível em [http://www.eib.org/epec/resources/publications/epec\\_uk\\_england\\_public\\_en.pdf](http://www.eib.org/epec/resources/publications/epec_uk_england_public_en.pdf) (acesso em 15.2.2016).
- WEAVER, Russel, BOUHADANA, Irène, e GILLES, William (orgs.). *Transparency in the Open Government Era*. Paris, Les Éditions IMODEV, 2015.