

## PREFÁCIO

Há muito tempo no direito brasileiro, Celso Antônio Bandeira de Mello observa que a Administração Pública deve servir ao interesse público, conceito este que “só se justifica na medida em que se constitui em veículo de realização dos interesses das partes que o integram no presente e das que o integrarão no futuro”.<sup>1</sup> Com esta noção procura afirmar um dos pilares fundantes da democracia: de que o Estado não existe para servir a si mesmo, nem o interesse do Governo ou dos agentes públicos que exercem o poder devam ser, em razão da sua origem, considerados interesse público *per se*. O Estado e a Administração Pública servem ao cidadão, e nesta direção, nada mais certo do que serem aperfeiçoados tanto a possibilidade de controle social do Estado, quanto os meios de participação dos cidadãos na definição das políticas públicas e sua execução pela Administração Pública. É neste sentido que ora se apresenta esta obra notável do jurista gaúcho Bruno Miragem, intitulada “*A nova Administração Pública e o direito administrativo*”. Seguindo a trilha da renovadora doutrina brasileira de direito administrativo, a obra que ora se apresenta ao cenário editorial brasileiro pode ser definida a partir de duas de suas principais qualidades: o compromisso com a busca de métodos de realização efetiva do interesse público e do acesso do cidadão ao Estado, como destinatário dos serviços públicos tão necessários a uma vida digna; e também como participante ativo da atividade administrativa, na formulação, execução e controle dos resultados das políticas públicas desenvolvidas pela Administração.

Conheci Bruno Miragem por intermédio da minha querida amiga Claudia Lima Marques, que foi sua professora no Rio Grande do Sul, e com quem desenvolve uma virtuosa parceria acadêmica e profissional até hoje. Tive o prazer de dividir com Claudia e com ele um importante projeto, dos Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, que hoje se encontra já na sua 3.<sup>a</sup> edição.<sup>2</sup> Desde então, acompanho a destacada produção intelectual do autor, em campos diversos como o direito civil, o direito do consumidor, o direito constitucional e como, neste trabalho, o direito administrativo. Destacam-se em seus trabalhos a originalidade do pensamento e o compromisso com o interesse público. Atualmente, ao lado de

1. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, p. 52-53.
2. MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

uma intensa atividade acadêmica no Brasil e no exterior, e após ter ocupado relevantes funções públicas no Rio Grande do Sul por largo tempo, consolida exitosa carreira na advocacia privada.

A obra de Bruno Miragem está dividida em duas partes: na primeira, o autor examina as características do que denomina nova administração pública, a partir das transformações do Estado brasileiro pelas reformas do final do século passado, compondo uma fotografia desta realidade, sem perder de vista a perspectiva crítica sobre vários de seus aspectos. Para tanto examina o surgimento de novos conceitos no direito administrativo brasileiro, como o Estado regulador, o princípio da eficiência, as novas linhas acerca do poder de polícia administrativo e modelos de ação administrativa neste novo contexto, no que destaca o exame dos convênios e consórcios administrativos como instrumentos de cooperação dentre os membros da Federação e as parcerias público-privadas.

Na segunda parte, por sua vez, o autor busca examinar a força dos princípios constitucionais sobre a Administração Pública. Neste sentido vale destacar o título escolhido para designar a análise: “Sol lucet omnibus: *densidade jurídica e eficácia dos princípios constitucionais do direito administrativo*”. A expressão é feliz e correta: das grandes transformações do direito público brasileiro com o advento da Constituição de 1988, a afirmação e eficácia dos princípios constitucionais da Administração Pública são inegavelmente os grandes protagonistas da redefinição das relações entre o Estado e o Cidadão no contexto do Estado Democrático de Direito, e que permitem, como mais uma vez ensina Bandeira de Mello, a cada cidadão defender-se contra a violação da legalidade substancial pela atuação do Estado, considerando a afirmação do princípio da legalidade que vincula a ação da Administração Pública a partir da força normativa da Constituição.<sup>3</sup> É, a Constituição, o Sol que ilumina o direito administrativo, assim como o faz em relação a todas as outras disciplinas jurídicas, e a partir dela é que se originam os deveres fundamentais que vinculam a todos, inclusive, e principalmente, o Estado e seus agentes. Neste sentido vale trazer as lições de outro grande professor, José Afonso da Silva, que ao explicar o princípio da legalidade sob a ordem constitucional vigente, indica-o como legalidade democrática, “da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais”.<sup>4</sup>

A obra de Bruno Miragem apresenta-se com esta visão, trazendo subsídios valiosos para a discussão do direito administrativo brasileiro sob a égide da Cons-

3. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 185-186.

4. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 125.

tituição Democrática, seguindo o fecundo caminho dos mestres e anunciando tendências inovadoras de abertura do Estado ao cidadão. Em especial, por intermédio do aperfeiçoamento dos instrumentos de controle e participação ativa dos cidadãos no cotidiano da Administração Pública. Cumprimento, afinal, a Revista dos Tribunais, por apresentar ao cenário jurídico brasileiro mais esta renovadora obra.

Brasília, dezembro de 2010.

ANTONIO HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN

Ministro do Superior Tribunal de Justiça.  
Doutor em Direito (UFRGS); Mestre em Direito  
(University of Illinois)



## NOTA DO AUTOR À 2ª EDIÇÃO

O estudo do Direito Administrativo exige atenção aos movimentos pendulares a que se submetem as relações entre Estado, a sociedade e seus indivíduos. Ou, em outros termos, a delimitação de espaços entre o que é pertinente ao Estado e o que se deixa ao domínio exclusivo dos particulares. Contudo, as decisões fundamentais sobre este modelo de Estado e sua relação com a sociedade se dão fora do direito administrativo, em parte no âmbito da Política, e em parte na primeira estação pela qual ela se encontra com o Direito, por intermédio do direito constitucional.

Daí porque falar-se em *nova administração pública* é, antes de tudo, referir-se a uma nova concepção de administração pública, que decorre de decisões políticas fundamentais, e ao mesmo tempo, de uma nova perspectiva do Direito. Em nenhum outro momento da história, o Estado-Administração submeteu-se a tal nível de exposição e conhecimento público sobre aspectos de sua estrutura e funcionamento como hoje. Da mesma forma, os novos deveres de transparência e controle do Estado, e sua abordagem sob a perspectiva funcional do princípio da eficiência, definem que a Administração, a partir de uma noção de utilidade, não deve apenas avançar sobre a sociedade para tomar a si a realização de inúmeras atividades, adotando-as como novas tarefas públicas. É preciso que as realize bem. Eis o conceito de *serviço adequado*, expressão consagrada pelo direito brasileiro.

O princípio da eficiência, aliás, a despeito das inúmeras críticas que lhe foram e são endereçadas desde sua introdução expressa no direito brasileiro no final do último século, constitui-se hoje em um dos fundamentos jurídicos estruturais da Administração Pública brasileira. Aumenta sua densidade jurídica à medida que novos estudos doutrinários, a jurisprudência e novas leis, o tomam como fundamento para inúmeras decisões jurídicas. Existem, ainda, os que insistam em criticar sua autêntica juridicidade, ou mesmo nele encontrar um conteúdo ideológico que rejeitam. Todavia, é certo que a exigência da otimização de recursos, padronização de metas e resultados, responsabilidade fiscal, melhoria dos controles públicos, aumento dos espaços de colaboração e participação entre Estado e particular, e outros temas que orbitam em torno da noção de eficiência, são pautas obrigatórias do exercício da atividade administrativa. Inafastáveis, portanto, da noção contemporânea de gestão pública e, por conseguinte, do direito administrativo.

A tradução jurídica de alguns dos fundamentos e consequências desta nova realidade e seu impacto sob a forma de transformações do direito administrativo

brasileiro é, desde o princípio, o objetivo deste estudo. Observa-se, com satisfação, que estes temas despertaram o interesse do público especializado, conforme se percebe do rápido esgotamento da primeira edição.

Nesta segunda edição, destaque-se o exame, no tocante ao princípio da publicidade, da Lei 12.257/2011, conhecida como Lei de Acesso à Informação, e a introdução no direito legislado brasileiro da noção de *transparência ativa*. Ou seja, de que na sociedade da informação, para além da possibilidade de requerer e obter informações sobre os assuntos públicos se avança na construção de um dever de tornar disponível, e de modo facilitado, estas informações. Nesse ponto o direito exerce a função indutora de uma nova cultura de transparência, cuja implementação – vem demonstrando a experiência de aplicação da nova lei – enfrenta ainda obstáculos. Em relação aos demais capítulos do livro, operaram-se atualizações pontuais, de modo a torná-lo o mais claro possível na exposição dos assuntos que se propõe.

Que esta obra continue sendo útil na identificação e reflexão sobre as transformações e desafios do direito administrativo brasileiro atual. E que permaneça tendo a acolhida generosa do público especializado. É o que se espera.

Porto Alegre, janeiro de 2013.

O AUTOR

## NOTA DO AUTOR À 3ª EDIÇÃO

Com satisfação apresenta-se ao público especializado a terceira edição desta obra, cuja origem reside no exame dos desafios atuais do direito administrativo brasileiro, a partir das importantes transformações que sofreu, sobretudo, desde o final do século passado. O Direito, como se sabe, é fenômeno histórico, cuja permanência dos institutos se reputa por sua utilidade para a solução de conflitos e a realização de interesses legítimos dos cidadãos. O direito administrativo, afirmado nas vicissitudes de vida política e da necessidade de realização dos fins públicos pela atuação estatal, não é indiferente ao transcurso do tempo e às exigências da história. Na vida brasileira, à insuficiência do Estado no cumprimento de tarefas públicas soma-se sua ineficiência em muitos setores. Discute-se daí, com mais força, onde cabe a ação estatal e onde deve ser confiada aos particulares, segundo diretrizes cogentes, a realização dos interesses públicos. Isto porque a ação do Estado é necessária em muitas áreas, conveniente em tantas outras. Porém, atuação eficiente e eficaz, honrando as tarefas que lhe endereça a Constituição.

O domínio dos instrumentos de ação administrativa e sua disciplina jurídica desafiam todos os que atuam no direito administrativo. Aí, talvez, se encontrem razões para o êxito desta obra, e sua atenção cuidada e refletida pelos leitores e críticos: onde está o novo direito administrativo, que resulta de um novo perfil da administração pública. Por isso, aliás, justifica-se que a partir desta edição apresente-se rebatizada, por sugestão do gênio editorial da Thomson Reuters/Revista dos Tribunais. Vem agora intitulada simplesmente *Direito administrativo aplicado*, preservando como subtítulo a referência original das duas primeiras edições: *A nova administração pública e o direito administrativo*. É feliz a indicação editorial, que bem aqui identificou o direito administrativo vivo, em movimento e ação, assim, pois, *aplicado*. Contrapõe-se – e neste sentido é todo o espírito da obra – a um direito administrativo rematadamente teórico, sem visão de utilidade sobre seus instrumentos e formas.

No interstício entre a última edição e a atual, o legislador brasileiro foi pródigo na edição de normas de grande repercussão no direito administrativo. Duas delas relacionam-se indiretamente com temas objeto deste estudo. A saber, a Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013 – feita conhecer ao grande público como “Lei anticorrupção” – e a Lei 13.019, de 31 de julho de 2014, que dispôs sobre o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, retirando dos convênios parte de sua utilidade como ajuste para consecução

de atividades de interesse público. Todavia, como o impacto de ambas é lateral em relação aos temas sob enfoque desta obra, fez-se apenas a referência no momento oportuno, para as distinções devidas.

O mesmo não se diga, contudo, em relação à Lei 13.303, de 30 de junho de 2016, que dispôs sobre o estatuto jurídico das empresas estatais. Sem nenhuma dúvida, nesta lei reside uma das mais importantes transformações do modelo de gestão pública do início deste século. Completa-se, em relação à parte da administração indireta, e com ganhos significativos, a reforma administrativa dos estertores do século passado. Sociedades de economia mista e empresas públicas, cuja gestão padece, com agravamentos sensíveis, da ineficiência e relações de compadrio na escolha de seus dirigentes e acompanhamento de sua atuação, passam a contar com rígidos padrões para definição de sua estrutura, escolha de seus administradores, e controle da gestão. Buscam-se nas experiências bem sucedidas da gestão empresarial privada, articuladas pelo direito societário, instrumentos para a publicização e controle da gestão das empresas estatais.

Por esta razão, e também pelo fato de termos participado diretamente na concepção das normas pertinentes à primeira parte da lei, relativa à governança pública, optou-se por incluir na obra um capítulo específico, relativo a este novo modelo de governança das empresas estatais. No caso, o capítulo 6, da primeira parte, o qual se soma à sucessão de transformações que formam o perfil da nova administração pública, fio condutor desta obra.

Espera-se, mais uma vez, que esta obra continue granjeando o interesse dos estudiosos, profissionais e estudantes, e auxiliando a compreensão dos institutos principais do direito administrativo contemporâneo. E assim também, lançar a centelha da crítica e transformação das relações entre o Estado e o cidadão, visando a necessária eficácia da ação administrativa.

Porto Alegre, fevereiro de 2017.

O AUTOR



## SUMÁRIO

PREFÁCIO .....	11
NOTA DO AUTOR À 2ª EDIÇÃO.....	15
NOTA DO AUTOR À 3ª EDIÇÃO.....	17
INTRODUÇÃO .....	25

### PARTE I

#### QUID NOVI? – REDEFINIÇÃO DO ESPAÇO PÚBLICO E PARTICIPAÇÃO COMO NOVOS ELEMENTOS DA AÇÃO ADMINISTRATIVA

1. O ESTADO EFICIENTE E SEUS MITOS: DESAFIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO NO CONTEXTO DA ADMINISTRAÇÃO GERENCIAL.....	31
1.1 Introdução .....	31
1.2 A reforma do Estado e o papel do direito administrativo: quais fronteiras ainda estão por ultrapassar?.....	36
1.2.1 O direito administrativo e o Estado em rede.....	37
1.2.2 Menor intervenção significa a desresponsabilização do Estado-Adminis- tração? .....	40
1.3 Conteúdo jurídico do princípio da eficiência e os objetivos da administração pública gerencial.....	43
1.3.1 Conteúdo jurídico do princípio da eficiência .....	47
1.3.2 O princípio da eficiência e o novo perfil da Administração Pública .....	48
1.4 Os novos (velhos?) desafios do Estado brasileiro em face da Administração ge- rencial: interesse público, governança e participação .....	50
1.4.1 Leituras contemporâneas do conceito de interesse público .....	57
1.4.2 A governança e o direito administrativo .....	59
1.5 Conclusões do capítulo .....	62

2. UM NOVO PERFIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: BASES SISTEMÁTICAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO REGULATÓRIO.....	63
2.1 Introdução .....	63
2.2 Fundamentos do direito administrativo regulatório .....	68
2.2.1 Em busca de uma definição de regulação administrativa.....	72
2.2.1.1 Regulação administrativa e funções estatais .....	74
2.2.1.2 Regulação administrativa e interesse público .....	79
2.2.1.3 Regulação administrativa e princípio democrático .....	80
2.2.2 Princípios da administração pública e direito regulatório .....	84
2.2.2.1 Princípio da legalidade.....	85
2.2.2.2 Princípio da impessoalidade .....	86
2.2.2.3 Princípio da moralidade.....	87
2.2.2.4 Princípio da publicidade .....	88
2.2.2.5 Princípio da eficiência.....	90
2.3 Estruturas do direito administrativo regulatório.....	90
2.3.1 Regulação da atividade econômica: uma “nova” função do direito administrativo?.....	91
2.3.1.1 Regulação administrativa e a ordem constitucional econômica..	93
2.3.1.2 Regulação administrativa e discricionariedade técnica.....	96
2.3.2 Órgãos reguladores na estrutura da Administração Pública .....	98
2.3.2.1 Autonomia e gestão dos órgãos reguladores .....	100
2.3.2.2 Deficiências de atuação dos órgãos reguladores e desafios atuais da regulação administrativa .....	102
2.4 Conclusões do capítulo .....	106
3. MODELOS DE ABERTURA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM DIREÇÃO AO PARTICULAR: O CASO DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS .....	108
3.1 Introdução .....	108
3.2 O regime jurídico da parceria público-privada no direito brasileiro .....	113
3.2.1 A Parceria Público-Privada e a Lei de Concessões .....	115
3.2.2 A Parceria Público-Privada e a Lei de Licitações e Contratos Administrativos.....	119
3.3 Procedimento licitatório e contratação da parceria público-privada no direito brasileiro.....	120
3.3.1 Um procedimento licitatório especial?.....	121
3.3.2 Natureza e características do contrato administrativo da parceria público-privada.....	125
3.4 Conclusões do capítulo .....	130

4. MODELOS DE COOPERAÇÃO ENTRE ENTES ESTATAIS: CONVÊNIOS E CONSÓRCIOS ADMINISTRATIVOS COMO INSTRUMENTOS DO FEDERALISMO BRASILEIRO.....	132
4.1 Introdução .....	132
4.2 Convênios e consórcios públicos como instrumentos de gestão de serviços públicos.....	135
4.2.1 Posição dos convênios e consórcios no direito administrativo .....	137
4.2.2 Natureza do compromisso entre os partícipes .....	141
4.3 Os consórcios públicos como instrumentos do federalismo cooperativo .....	144
4.3.1 O federalismo cooperativo e colaboração entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios.....	145
4.3.2 Estrutura legal dos consórcios públicos e o contrato de programa.....	148
4.4 Conclusões do capítulo .....	151
5. PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVO E PROPRIEDADE PRIVADA.....	153
5.1 Introdução .....	153
5.2 Poder de polícia administrativo e sua evolução .....	156
5.2.1 Concepção clássica de polícia administrativa .....	158
5.2.2 Crise e transformação da concepção clássica de polícia administrativa...	160
5.2.3 Discricionariedade e exercício do poder de polícia.....	164
5.3 Intervenção do Estado na esfera privada e polícia administrativa .....	165
5.3.1 Compreensão jurídica da propriedade .....	166
5.3.2 A polícia administrativa e a intervenção na propriedade privada .....	173
5.4 Conclusões do capítulo .....	177
6. MODELOS DE ABERTURA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM DIREÇÃO AO PARTICULAR: A NOVA GOVERNANÇA DAS EMPRESAS ESTATAIS.....	178
6.1 Introdução .....	178
6.2 O perfil contemporâneo das empresas estatais e sua atuação no mercado.....	182
6.2.1 Empresa estatal, atividade econômica e interesse público .....	184
6.2.2 A função social da empresa estatal .....	186
6.3 A nova governança pública das empresas estatais.....	190
6.3.1 Estrutura e processo de governança pública das empresas estatais .....	192
6.3.2 Sentido e alcance do controle público das empresas estatais.....	196
6.4 Conclusões do capítulo .....	197

PARTE II  
*SOL LUCET OMNIBUS*: DENSIDADE JURÍDICA  
 E EFICÁCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS  
 DO DIREITO ADMINISTRATIVO

1. LEGALIDADE ADMINISTRATIVA: DE LIMITE FORMAL A CONCEITO SUBSTANCIAL.....	201
1.1 Introdução .....	201
1.2 Novas leituras sobre o princípio da legalidade.....	203
1.2.1 A reserva de lei .....	206
1.2.2 Legalidade administrativa, poder regulamentar e atividade regulatória ..	208
1.3 Funções do regulamento no direito brasileiro.....	210
1.3.1 Decreto regulamentar e decreto autônomo .....	213
1.3.2 Expansão da competência regulamentar e seu controle.....	220
1.4 Conclusões do capítulo .....	222
2. PROTEÇÃO DA CONFIANÇA: RECUPERANDO AS PAUTAS DA RELAÇÃO DE ADMINISTRAÇÃO.....	225
2.1 Introdução .....	225
2.2 A proteção da confiança no direito administrativo brasileiro.....	227
2.2.1 Proteção da confiança e segurança jurídica.....	229
2.2.2 Proteção da confiança e legalidade.....	233
2.2.3 Proteção da confiança e boa-fé.....	235
2.3 Situações jurídicas subjetivas dos administrados e proteção da confiança .....	238
2.3.1 Proteção da confiança e invalidade de ato administrativo .....	239
2.3.2 Proteção da confiança e revogação do ato administrativo.....	243
2.3.3 Proteção da confiança e atuação negocial da administração .....	247
2.4 Conclusões do capítulo .....	251
3. PRINCÍPIO DA MORALIDADE: PRESSUPOSTO ESSENCIAL DA AÇÃO ADMINISTRATIVA .....	253
3.1 Introdução .....	253
3.2 Princípio constitucional da moralidade administrativa .....	257
3.2.1 Moralidade e probidade .....	260
3.2.2 Moralidade, impessoalidade e imparcialidade.....	262

3.3	Alguns exemplos da eficácia jurídica do princípio da moralidade administrativa ..	265
3.3.1	Moralidade administrativa e proibição do nepotismo.....	266
3.3.2	Moralidade administrativa e publicidade governamental .....	271
3.4	Conclusões do capítulo .....	275
4.	PUBLICIDADE ADMINISTRATIVA: INFORMAÇÃO E PARTICIPAÇÃO SOCIAL NA AÇÃO ADMINISTRATIVA .....	276
4.1	Introdução .....	276
4.2	Conteúdo jurídico do princípio da publicidade no direito administrativo brasi- leiro .....	277
4.2.1	Publicidade e transparência .....	280
4.2.2	Publicidade e direito à informação.....	285
4.3	Aplicações do princípio da publicidade no direito administrativo .....	286
4.3.1	Princípio da publicidade e propaganda governamental .....	289
4.3.2	Princípio da publicidade e sigilo de dados na Administração Pública.....	291
4.4	Conclusões do capítulo .....	295
5.	O PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE COMO PROJEÇÃO DA IGUALDADE DE ACESSO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA .....	297
5.1	Introdução .....	297
5.2	Impessoalidade administrativa como meio de realização da finalidade pública ..	300
5.2.1	Impessoalidade e imparcialidade.....	302
5.2.2	Impessoalidade e eficiência .....	305
5.3	Eficácia do princípio da impessoalidade administrativa .....	307
5.3.1	Igualdade de acesso ao Estado .....	309
5.3.2	Igualdade na distribuição de benefícios e encargos .....	315
5.3.3	Impessoalidade como exigência de procedimento .....	319
5.4	Conclusões do capítulo .....	320
	<i>ULTIMA RATIO</i> : QUAIS OS CAMINHOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO NO ESTADO DE DIREITO CONTEMPORÂNEO? .....	323
	BIBLIOGRAFIA.....	327
	OUTRAS OBRAS DO AUTOR.....	347