

ABERTURA

Inovações em Direito Administrativo

O Direito Administrativo é tradicionalmente visto como um ramo ligado às questões de Estado ou da Administração Pública, embora, depois de 1988, já não seja mais assim.

A virada constitucional do Direito Administrativo acabou por dar a ele uma nova “missão” e aproximá-lo do cidadão como forma de defesa contra as ingerências do Estado.

Durante a aula, abordaremos questões que têm desafiado o Direito Administrativo. Questões que não havíamos nos preparados previamente para encontrar.

Parte dos administrativistas brasileiros são tradicionais. Outra parte, não mais. Esta segunda está rompendo com as velhas estruturas.

Direito Administrativo Tradicional vs. Novos Caminhos do D. Administrativo

“Teoria do Serviço Público”

Conceitos a serem revisados para a aula: Regimes de Concessão, Permissão, Delegação, PPP's.

“O Estado tem a seu cargo os serviços públicos a serem executados em prol da coletividade, desempenhando nesse caso uma gestão direta dessas atividades. Ocorre,

porém, que frequentemente delega a outras pessoas a prestação daqueles serviços, gerando, por conseguinte, o sistema da descentralização dos serviços. Quando se trata de pessoas integrantes da própria Administração, a descentralização enseja a delegação legal, ao contrário do que acontece quando a execução dos serviços é transferida a pessoas da iniciativa privada através de atos e contratos administrativos, hipótese que constitui a delegação negocial.

A delegação negocial – assim denominada por conter inegável aspecto de bilateralidade nas manifestações volitivas – se consuma através de negócios jurídicos celebrados entre o Poder Público e o particular (as concessões e as permissões de serviços públicos), os quais se caracterizam por receber, necessariamente, o influxo de normas de direito público, haja vista a finalidade a que se destinam: o atendimento a demandas (primárias ou secundárias) da coletividade ou do próprio Estado. (Manual de Direito Administrativo / José dos Santos Carvalho Filho. – 33. ed. – São Paulo: Atlas, 2019, p. 565)

A concessão e a permissão têm expressa referência constitucional. De fato, dispõe o art. 175 da Constituição Federal: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

A classificação básica divide as concessões de serviços públicos em duas categorias: (1º) concessões comuns; (2º) concessões especiais.

As concessões comuns são reguladas pela Lei nº 8.987, de 13.2.1995, e comportam duas modalidades: (1º) concessões de serviços públicos simples; (2º) concessões de serviços públicos precedidas da execução de obra pública. Sua característica consiste no fato de que o poder concedente não oferece qualquer contrapartida pecuniária ao concessionário; todos os recursos deste provêm das tarifas pagas pelos usuários.

De outro lado, as concessões especiais são reguladas pela Lei nº 11.079, de 30.12.2004, e também se subdividem em duas categorias: (1º) concessões patrocinadas; (2º) concessões administrativas. As concessões especiais são

caracterizadas pela circunstância de que o concessionário recebe determinada contraprestação pecuniária do concedente. Incide sobre elas o regime jurídico atualmente denominado de “parcerias público-privadas”. (CARVALHO FILHO, 2019, p. 566)

Exercício do Poder de Polícia

São atributos do poder de polícia a discricionariedade, a autoexecutoriedade e a coercibilidade. A professora Maria Sylvia ainda acrescenta a indelegabilidade do poder de polícia a pessoas jurídicas de direito privado.

Quanto à discricionariedade, cabe dizer que são as margens de atuação que a lei permite ao administrador público para o exercício de determinado ato. Assim, tratando-se de poder de polícia, em função de um de seus atributos ser a discricionariedade, cabe à Administração Pública a avaliação de conveniência e oportunidade quanto ao seu exercício e execução dentro das balizas fixadas pelo legislador. A regra é que o exercício do poder de polícia seja discricionário, mas a partir do momento em que a lei fixa todos os elementos necessários para a prática do ato administrativo pelo agente público, este estará vinculado ao disposto no ordenamento, caso ocorram os requisitos fixados.

Quanto à autoexecutoriedade, cabe dizer que esta é a prerrogativa da Administração Pública executar diretamente suas próprias decisões sem necessidade de se socorrer do Poder Judiciário. A autoexecutoriedade não necessariamente está presente em todos os atos do poder de polícia. Estará presente quando autorizada por lei ou quando for medida urgente.

O concurso para Promotor Público do Estado de São Paulo, aplicado por banca própria em 2017, afirmou em uma das alternativas de uma das questões da prova que: “a autoexecutoriedade, um dos atributos do poder de polícia, permite que a Administração ponha em execução as suas decisões sem precisar recorrer ao Poder Judiciário, independentemente de autorização legal.” Comentários: incorreta a

assertiva. Incorreta a assertiva porque, a autoexecutoriedade não ocorre em todo ato que emana do Poder de Polícia, mas sim quanto àqueles expressamente autorizados por lei ou nos urgentes.

Quanto à coercibilidade, cabe dizer que se trata de prerrogativa de os agentes estatais imporem de forma obrigatória ou forçada o cumprimento das medidas aplicadas em razão do poder de polícia.

Quanto à indelegabilidade, ressalte-se que o poder de polícia não pode ser transferido a pessoas jurídicas de direito privado. Isso porque o poder de polícia representa atividade típica de Estado, que deve ser titularizado pelo Poder Público com finalidade e exercícios calcados no interesse da coletividade.

O concurso para Promotor Público do Estado de São Paulo, aplicado por banca própria em 2017, afirmou em uma das alternativas de uma das questões da prova que: “o poder de polícia é indelegável a pessoas jurídicas de direito privado por envolver prerrogativas próprias do poder público, insuscetíveis de serem exigidas por particular sobre o outro.” Comentários: correta a assertiva. Correta a assertiva porque prevalece a indelegabilidade do poder de polícia à pessoa de direito privado, já que se trata de atividade típica de Estado (STF: ADI 1717 e REs 539.224 e 611.947), sobretudo em suas expressões sancionatórias.

Serviços Públicos

“A satisfação das necessidades humanas tem, basicamente, quatro principais sedes: (1) individual, pela qual o próprio interessado satisfaz a sua necessidade; (2) social graciosa: através da benemerência (ajudas da família, da instituições de caridade, religiosas, organizações não governamentais em geral; (3) social comercial: através do mercado, ou seja, das empresas, em iniciativa privada, ainda que sujeitas à regulação estatal; e (4) socioestatal, pela qual é o Estado, ente exponencial da sociedade, que empreende os meios técnicos e econômicos necessários à satisfação de necessidades humanas. Estes meios (empresas, serviços, bens...), quando levados a cabo pelo Estado, são geralmente acrescidos do adjetivo “públicos”.

Com a evolução da organização humana alcançando o advento do Estado, a este incumbiu a satisfação de uma série de necessidades humanas, satisfação esta vista não apenas subjetivamente – no interesse do sujeito diretamente beneficiado -, como também objetivamente, no sentido de que aquela satisfação individual também é essencial para a existência harmoniosa e sustentável do corpo social como um todo.

Essas atividades exercidas pelo Estado passaram a ser consideradas atividades públicas, serviços públicos, já que possuem regime jurídico próprio decorrente da relação jurídica típica existente entre Estado e cidadãos, com deveres e obrigações mútuos, grande parte deles de caráter constitucional.” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo – Rio de Janeiro: Forense, 2012, pag 360)

MARÇAL JUSTEN FILHO define, em sua doutrina, o que vem a ser, sob seu ponto de vista, o instituto de Serviço Público e, em seguida, destrincha o conceito para explica-lo de maneira minuciosa.

“Serviço público é uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, insuscetíveis de satisfação adequada mediante os mecanismos da livre iniciativa privada, destinada a pessoas indeterminadas, qualificada legislativamente e executada sob regime de direito público.

1º) Serviço público é uma atividade: o serviço público é uma atividade, o que significa a necessidade de estruturas humanas e materiais para atuação permanente e sistemática. Sem essas estruturas organizacionais não existe serviço público.

2º) Pública: a natureza funcional da atividade de serviço público e a indisponibilidade dos direitos fundamentais acarreta usualmente a atribuição da titularidade do serviço público ao Estado. Mas é possível a delegação do serviço público à prestação por particulares. Isso não desnatura a existência de um serviço público, o qual será executado por particulares delegados do Estado.

3º) Administrativa: o serviço público é uma atividade administrativa, o que exclui as atuações de natureza legislativa e jurisdicional. Prestar um serviço público não abrange compor jurisdicionalmente um litígio nem produzir uma lei.

4º) De satisfação concreta de necessidades: o serviço público é uma atividade administrativa, mas nem todas as competências administrativas são serviços públicos. O serviço público é a satisfação concreta de necessidades. Por isso, não abrange o exercício de competências políticas inerentes à organização política do Estado, que traduzam o monopólio estatal da violência e outras competências reflexas, que se relacionam à concepção de que "todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente" (CF/1988, art. 1.º, parágrafo único). Não se constituem em serviço público, por exemplo, as funções políticas do Chefe do Poder Executivo, a execução de sanções (inclusive penais), a fiscalização e arrecadação tributárias, os serviços de segurança pública (interna e externa).

5º) Individuais ou transindividuais: o serviço público produz a satisfação de necessidades individuais, homogêneas ou não, assim como a de interesses transindividuais (coletivas ou difusas).

Isso significa não adotar a concepção de que apenas existiriam serviços públicos quando fossem produzidas utilidades fruíveis individualmente pelo usuário. Reputa-se que existem serviços públicos fruíveis individualmente e outros cuja fruição se faz coletivamente. Varrer as ruas é um serviço público que não é fruível individualmente. Já o fornecimento doméstico de energia é um serviço público que atende interesses difusos, coletivos e individuais. Aliás, há forte tradição em classificar os serviços públicos em fruíveis *uti singuli* e *uti universi*, o que influencia, inclusive, a disciplina tributária. A questão da fruição individual ou coletiva da utilidade tem relevância para a disciplina da remuneração cabível, não como pressuposto da configuração do serviço público.

6º) Materiais ou imateriais: o serviço público traduz-se numa atuação comissiva, que gera inovações no mundo natural. Não se configura numa omissão estatal nem na imposição pelo Estado de vedações à conduta individual. A atividade de serviço público consiste num fazer, que pode eventualmente abranger também um

dar. Exterioriza-se na prestação de utilidades materiais ou imateriais. Quando o Estado fornece cestas básicas para carentes, está prestando um serviço público. Mas também está prestando serviço público quando fornece assistência psicológica a pessoas portadoras de moléstias mentais. Outro exemplo é o serviço de radiodifusão de sons e imagens. As atividades de rádio e de televisão se configuram como serviço público, sem que se traduzam na oferta de utilidades materiais.

7º) Vinculada diretamente a um direito fundamental: a atividade de serviço público é um instrumento de satisfação direta e imediata dos direitos fundamentais, relacionados à dignidade humana. O serviço público existe porque os direitos fundamentais não podem deixar de ser satisfeitos.

Isso não significa afirmar que o único modo de satisfazer os direitos fundamentais seja o serviço público, nem que este seja a única atividade estatal norteadada pela supremacia dos direitos fundamentais.

Todas as atividades estatais, mesmo as não administrativas, são um meio de promoção dos direitos fundamentais. Mas o serviço público é o desenvolvimento de atividades de fornecimento de utilidades necessárias, de modo direto e imediato, à satisfação dos direitos fundamentais. Isso significa que o serviço público é o meio de assegurar a existência digna do ser humano. É o serviço de atendimento a necessidades fundamentais e essenciais para a sobrevivência material e psicológica dos indivíduos.

Há um vínculo de natureza direta e imediata entre o serviço público e a satisfação de direitos fundamentais. Se esse vínculo não existir, será impossível reconhecer a existência de um serviço público.

A advertência é relevante porque há atividades estatais que não se orientam a promover, de modo direto e imediato, os direitos fundamentais. Essas atividades não são serviços públicos e, bem por isso, não estão sujeitas ao regime de direito público. O exemplo é a atividade econômica em sentido restrito, desenvolvida com recursos estatais e sob regime de direito privado.

8º) Insuscetíveis de satisfação adequada mediante os mecanismos da livre iniciativa privada: a qualificação de uma atividade como serviço público pressupõe o vínculo com os direitos fundamentais, mas esse não é um requisito suficiente. É indispensável a inadequação dos mecanismos da livre iniciativa privada para a satisfação das necessidades correspondentes.

Essa circunstância atribui cunho variável ao elenco dos serviços públicos e conduz à relatividade da disciplina nas diversas ordens jurídicas.

Assim, a produção e o fornecimento de alimentos e medicamentos são atividades diretamente relacionadas à satisfação de direitos fundamentais. No entanto, não são qualificadas como serviço público por se reputar que a atuação econômica privada é plenamente apta a produzir a sua satisfação de modo adequado.

Essa consideração importa admitir a possibilidade teórica do desaparecimento do serviço público. Tal se passará se o sistema econômico privado dispuser de condições para assegurar a satisfação dos direitos fundamentais de todos os integrantes da sociedade. Justamente por isso, o elenco de serviços públicos em uma sociedade economicamente desenvolvida tende a ser muito mais reduzido do que se passa em países com sistema econômico deficiente.

Essa ressalva conduz à possibilidade de coexistência de atividades com objeto similar desempenhadas sob regime de serviço público e de atividade econômica privada.

Nesse sentido, a Constituição assegura a exploração econômica, como atividade privada, dos serviços de saúde, previdência, assistência e educação ainda que imponha a existência de serviços públicos com idêntico objeto.

É um equívoco insuperável supor que toda e qualquer atividade, simplesmente porque direta e imediatamente necessária à satisfação de um direito fundamental, seja automaticamente um serviço público.

9º) Destinada a pessoas indeterminadas: o serviço público destina-se ao atendimento de necessidades de sujeitos indeterminados. Trata-se de um serviço ao

público em geral. Não é serviço público a atividade em que os benefícios não sejam oferecidos a um número indeterminado de potenciais beneficiários.

10º) Qualificada legislativamente: é relevante destacar que a incidência do regime de direito público depende de uma qualificação normativa específica e diferencial. Não existe serviço público sem ato estatal formal assim o reconhecendo afirmativa que não equivale a afirmar que o Estado disponha de ilimitada autonomia para qualificar como serviço público uma atividade irrelevante ou deixar de aplicar o regime de serviço público para atividades essenciais à satisfação dos direitos fundamentais.

11º) E executada sob regime de direito público: a atividade de serviço público é um meio de realizar fins indisponíveis para a comunidade. Os direitos fundamentais não podem deixar de ser realizados. Por isso, as atividades necessárias à sua satisfação direta e imediata são subordinadas ao regime de direito público. A atividade de serviço público é subordinada ao regime de direito público como consequência de sua natureza funcional.” (MARÇAL JUSTEN. Curso de Direito Administrativo. (livro eletrônico). 4ª ed. São Paulo. Ed: RT, 2016, pags 869-875)

Sobre a Lei de Liberdade Econômica – Lei 13.874/2019, mencionada pelo professor:

Art. 1º Fica instituída a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, que estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, nos termos do [inciso IV do caput do art. 1º](#), do [parágrafo único do art. 170](#) e do [caput do art. 174 da Constituição Federal](#).

Os novos caminhos do Direito Administrativo ainda são incógnitas. Este ramo do Direito está com seu tecido “esgarçado” e tem sofrido influxos das tecnologias e inovações *over the tops*, que passam por cima das regulações estatais. Tais inovações não atuam em Mercados ilegais, mas desregulados e, assim, inovam.