

**INSTITUTO VALE DO CRICARÉ
FACULDADE VALE DO CRICARÉ
CURSO DE DIREITO**

**TENDÊNCIAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO NO ORDENAMENTO
BRASILEIRO**

ADRIANA VIEIRA PEREIRA

SÃO MATEUS

2018

ADRIANA VIEIRA PEREIRA

**TENDÊNCIAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO NO ORDENAMENTO
BRASILEIRO**

Monografia apresentada como pré-requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito, da Faculdade Vale do Cricaré, elaborado sob a orientação do Prof. Samuel Davi Gonçalves Mendonça.

SÃO MATEUS

ADRIANA VIEIRA PEREIRA

**TENDÊNCIAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO NO ORDENAMENTO
BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharelado em Direito.

Aprovada em _____ de _____ de 2018.

BANCA EXAMINADORA

**Prof. Samuel Davi Gonçalves Mendonça
FACULDADE VALE DO CRICARÉ
ORIENTADOR**

**Prof.
FACULDADE VALE DO CRICARÉ**

**Prof.
FACULDADE VALE DO CRICARÉ**

Quero agradecer primeiramente à Deus,
pela força e coragem me dada durante
toda esta longa caminhada.

A todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigada.

“A imaginação tem todos os poderes: ela faz a beleza, a justiça, e a felicidade, que são os maiores poderes do mundo.”

Blaise Pascal

RESUMO

O presente trabalho se arvora em apresentar, ainda que ligeiramente temas que estão na ordem do dia, sendo ou em vias de serem aplicados no Direito Administrativo Contemporâneo no Brasil. Daí, nota-se que, carente de um Código Administrativo, ou graças a isso, o Direito Administrativo depende da inflação legislativa a exemplo de leis de licitações, serviços públicos, processo administrativo, intervenção na propriedade, servidores públicos, concessões e etc. Aliado a isso, o Direito Administrativo vive da jurisprudência, notadamente dos tribunais superiores, que tem relativizado o direito de greve, proibindo a greve de certas categorias de servidores públicos como é o caso do integrantes das forças policias, assim como tem entendido que o excesso de prazo do processo administrativo disciplinar para caracterizar nulidade deve passar pelo crivo do princípio *pas de nullité sans grief*, assim como ocorre no processo civil e penal. Logo, a Doutrina do Direito Administrativo tem sido fundamental para o desenvolvimento de importante via jurídica, enfatizando fenômenos como a juridicidade que tem prevalecido sobre a legalidade estrita, em certos casos, já que há que se observar a força dos princípios. Nessa linha também emerge o fenômeno da agencificação com a proliferação de agências reguladoras, prevalecendo um Estado muito mais regulador do que executor. Urge, um Direito Administrativo da democracia participativa, provocando uma mudança paradigmática da atividade administrativa monológica, ou seja, sem a participação do particular, para a dialógica, na qual, tanto a Administração, quanto o cidadão que é o primeiro, ultimo e principal destinatário da atividade Estatal devem compartilhar ideias para o bem de todos, o que não somente cumpre uma lógica sistêmica, mas ao fim e ao cabo, realiza Direitos Fundamentais de participação, de índole constitucional relacionados à dignidade humana. O método para realização deste trabalho foi o da pesquisa bibliográfica, sendo baseado na doutrina e na jurisprudência pátria.

Palavras-chave: Legalidade estrita. Juridicidade. Democracia participativa. Administração dialógica .

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 A NOÇÃO DE DEMOCRACIA E A VISÃO PRINCIPIOLÓGICA.....	11
1.1 AFETAÇÃO DO CONCEITO DE LEGALIDADE ESTRITA	13
1.2 LEGITIMIDADE E JURIDICIDADE	19
2 A PROCESSUALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO E A CRISE DA NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO.....	24
2.1 A OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NA DECISÃO ADMINISTRATIVA	28
2.2 A PRESSÃO PARA DIMINUIÇÃO DO ROL DE SERVIÇOS PÚBLICOS	29
2.3 O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE ADMINISTRATIVA.....	32
2.4 A AGENCIFICAÇÃO	33
3 O DIREITO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÂNEO.....	38
3.1 RELATIVIZAÇÃO DAS REGRAS DE DIREITO PÚBLICO	38
3.2 FORMAS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE PROBLEMAS DA ADMINISTRAÇÃO	40
3.3 A ADMINISTRAÇÃO DIALÓGICA	43
CONSIDERAÇÕES FINAIS	46
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	49

INTRODUÇÃO

O Direito Administrativo existe a vários séculos, é reconhecida a sua autonomia, tem doutrina própria e princípios específicos, goza de disciplinas autônomas nas Universidades e Faculdades de Direito, tem destacados e brilhantes mestres, porém não possui um Código Administrativo para dar-lhe segurança jurídica, certeza e determinação, clareza e precisão, resultando em eficiência, conformação e limite.

Será que esse ramo ficou obsoleto, deixou de crescer e se desenvolver para romper os paradigmas clássicos e tradicionais, não os bons, mas aqueles que amarram o desenvolvimento da pessoa humana, do Estado e da própria atividade administrativa?

A hipótese mais provável é que não, sobretudo em função dos estudiosos e das próprias demandas encartadas pela sociedade, pois quem não muda e se adapta, tende a deixar de ser importante e desaparecer, o que não é o caso do amado Direito Administrativo, que viva para sempre.

Logo, objetiva-se conhecer, mesmo que de passagem, pelos mais novos institutos que a doutrina pátria, certamente inspirada do que há de mais contemporâneo no mundo, os quais devem ser aplicados e deverão impactar os novos rumos do Direito Administrativo.

Para tanto, o primeiro capítulo deverá enfrentar a urgente temática da visão principiológica na atividade administrativa, que o terreno onde ruge a legalidade estrita, soberana e absoluta.

Mas será que essa legalidade está afetada? Dado que emerge das cinzas a legitimidade e a juridicidade, tal como fenix, pois o Direito Administrativo também deve passar pelo filtro constitucional. Então este capítulo é fundamental para o entendimento de todo Direito Administrativo atual.

Por sua vez, o segundo capítulo, ingressando em temas mais técnicos visará entender o que a doutrina tem clamado como sendo a processualização do Direito Administrativo, respondendo se há realmente uma crise da noção de serviço público, pois mesmo com as privatizações e a iniciativa privada cada vez mais presente, a sociedade não usufruir de excelentes serviços que podem nem existir mais.

Por fim, o terceiro e derradeiro capítulo terá a missão de trazer a tona importantíssimos temas do contratos administrativos e sua natureza privada, a

possibilidade de soluções não adversariais no âmbito administrativo, sobretudo em face da, ainda prevalecente, legalidade estrita, e ao final entender como a administração com maior participação do administrando poderá mudar os rumos da atividade administrativa.

Portanto, trata-se de uma pesquisa, fundamentalmente bibliográfica, isto é, lança-se mão da doutrina pátria, sobretudo no que se refere ao Direito Administrativo, passando levemente pelo Direito Constitucional.

Contando com as mais diversas fontes legislativas, inclusive do texto Constitucional, sempre buscando trazer à tona os importantes julgados dos tribunais, notadamente do Supremo Tribunal Federal.

1 A NOÇÃO DE DEMOCRACIA E A VISÃO PRINCIPOLÓGICA

Primeiramente vale registrar que andou bem o constituinte ao, antes de caminhar, traçar sua rota ou seu plano de voo na direção de construir um novo Estado, ou seja, instituir a República Federativa do Brasil.

É certo que o preâmbulo, na visão da corrente majoritária da doutrina e também o excelso Supremo Tribunal Federal que o vê apenas como mecanismo de interpretação constitucional, não podendo sequer ser lançado mão para fundamentar uma ação do controle concentrado de constitucionalidade.

Porém, também é verossímil que o preâmbulo sinaliza que valores serão buscado e o espírito que contagiou a revolução que fez nasce o poder constituinte originário.

Assim, dentre esses valores, notadamente não se poderia faltar a identidade do Estado que se buscava erigir, de forma que acertadamente se pensou num Estado Democrático de Direito, senão vejamos:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Daí, antes de ser um Estado puramente de Direito, o Estado Brasileiro é um Estado Democrático de Direito.

Logo, ser um Estado Democrático significa que não bastam leis que regulem as relações entre as pessoas e entre essas e os poderes públicos, mas o conteúdo da lei deve respeitar os ditames da Constituição e sua finalidade deve ser a pessoa humana.

Não é por outra razão que o artigo 1º da Constituição Federal de 1988 ao elencar as balizas nas quais o Brasil se estruturou, traz a Democracia como valor supremo:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Veja-se que a democracia está atrelada ao conceito de Estado Democrático de Direito, identidade da na República, mas não só isso, seu conteúdo certamente está inserido no conceito contemporâneo de soberania, cidade, sem falar que inexiste dignidade da pessoa humana sem democracia, bem como deixa claro o sentido democrático nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, brilhando ainda mais com a liberdade de ideias num clima de pluralismo político e por fim, para não pairar qualquer dúvida, a democracia é conceituada na observação de que todo poder emana do povo.

Assim, no âmbito do Direito Administrativo, pode-se observar atuação direta do princípio do Estado Democrático na construção do princípio que a doutrina chama pedra de toque do regime administrativo que é o princípio da supremacia do interesse público:

[...] O princípio da supremacia do interesse público é um princípio implícito. Embora não se encontre enunciado no texto constitucional, ele é decorrência das instituições adotadas no Brasil. Com efeito, por força do regime democrático e do sistema representativo, presume-se que toda atuação do Estado seja pautada pelo interesse público, cuja determinação deve ser extraída da Constituição e das leis, manifestações da vontade geral. Assim sendo, lógico é que a atuação do Estado subordine os interesses privados [...] (ALEXANDRINO e PAULO, 2014, p. 188).

Corroborando com a ideia de mudança de paradigma do Estado de Direito para o Estado Democrático de Direito, vale destacar as lições de Marcelo Novelino (2016, p. 247 e 248):

[...] A fim de destacar a mudança de paradigma de Estado, que antes associado à ideia de “império da lei” (Estado de direito) passa a ter na supremacia da constituição sua característica nuclear (Estado Constitucional), há quem prefira a designação Estado constitucional democrático. No Estado Constitucional, a constituição é a norma mais elevada, não apenas sob o ponto de vista formal, mas também substancial. Dentre as principais características desse modelo de Estado estão: I) consagração de institutos de democracia direta e indireta que introduzem o povo no governo do Estado, tais como plebiscito, referendo e iniciativa popular (CF, art. 14, I a III); II) preocupação com a efetividade e dimensão material dos direitos fundamentais, assegurados mediante a jurisdição constitucional; III) limitação do Poder Legislativo, não apenas no aspecto formal (modo de produção do direito), mas também no âmbito material, fiscalizando a compatibilidade do conteúdo das leis com os valores

consagrados na Constituição; IV) imposição constitucional não apenas de limites, mas também de deveres ao legislador; V) aplicação direta da constituição com o reconhecimento definitivo de sua força normativa; VI) ampliação do conceito meramente formal de democracia (participação popular, vontade da maioria, realização de eleições periódicas, alternância no Poder) para uma dimensão substancial, como decorrência do reconhecimento da força normativa e vinculante dos direitos fundamentais, os quais devem ser usufruídos por todos, inclusive pelas minorias perante a vontade popular (pluralismo, proteção das minorias, papel contramajoritário do Poder Judiciário... [...]).

Portanto, como a Administração Pública deve buscar o interesse público, as regras devem ser observadas com proeminência dos princípios, acima de tudo o princípio democrático que assegura a participação popular, a transparência, a moralidade, a publicidade e demais valores consagrados constitucionalmente.

1.1 AFETAÇÃO DO CONCEITO DE LEGALIDADE ESTRITA

A legalidade sempre reinou absoluta como princípio no Direito Administrativo e também em diversos ramos do Direito, inclusive sempre foi a melhor opção do administrador no momento de tomar suas decisões e no âmbito do Poder Judiciário foi a melhor alternativa e dar segurança jurídica aos jurisdicionados.

Sobre o princípio da legalidade escrevem Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (2009, p. 881):

[...] A Constituição consagra, no art. 37, a ideia de que a Administração Pública está submetida, entre outros, ao princípio da legalidade, que abrange o postulado da supremacia da lei e o princípio da reserva legal. A supremacia da lei expressa a vinculação da Administração ao Direito, o postulado de que o ato administrativo que contraria legal é inválido. O princípio da reserva legal exige que qualquer intervenção na esfera individual (restrições ao direito de liberdade ou ao direito de propriedade) seja autorizada por lei. Esse princípio está sintetizado, na Constituição (art. 5º, II), pela seguinte fórmula: "Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" [...].

Daí sempre se ensinou que o cidadão comum pode fazer tudo o que a lei permite e tudo que a lei não proíbe, mas o administrador público somente pode fazer o que a lei expressamente autoriza ou ordena.

Ocorre que a legalidade de hoje não é mais a legalidade de antigamente, de décadas e séculos atrás, devendo conviver com novos institutos que visam a adequar o Direito às novas realidades e anseios sociais.

A doutrina mais contemporânea então vai identificar que o conceito de legalidade estrita foi afetado, dando ensejo à discussão de novos conceitos, como a exemplo da legitimidade e juridicidade, compatíveis com as complexas relações jurídicas travadas pela Administração Pública e com os princípios e os valores que fundamentam o Estado Democrático de Direito (BALTAR NETO e TORRES, 2017, p. 46).

Então não se quer dizer que a legalidade está superada, muito pelo contrário, há expressa previsão constitucional da observância da legalidade e disso o administrador não se pode escapar.

Vale, contudo observar que não se deve confundir o princípio da legalidade administrativa com o princípio da reserva legal, o qual impõe a necessidade de Lei para determinada atuação estatal como por exemplo, a exigência de que lei para regulamentação de determinada matéria, conforme ensina Fernanda Marinela (2017, p. 75):

[...] Também não se pode confundir princípio da legalidade, que significa submissão à Constituição e às leis, com princípio da reserva de lei, que se limita à forma de regulamentação de determinadas matérias, para a qual a Constituição indica uma espécie normativa específica, por exemplo, a relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa é matéria reservada à lei complementar (art. 7º, I, da CF). Em resumo, reserva de lei significa preservar a matéria “X” a ser disciplinada pela espécie normativa “Y”. Dizendo de outra forma, consiste na escolha da espécie normativa para uma determinada matéria [...].

Assim, o princípio da legalidade é previsto expressamente no artigo 5º, inciso II da Constituição da República, conforme asseveram Fernando Ferreira Baltar Neto e Ronny Charles Lopes de Torres (2017, p. 60);

[...] É inicialmente manifestado pelo constituinte, quando estabelece, no art. 5º, inc. II, da CF, que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. No direito privado, de acordo com este princípio, ao particular é permitido fazer tudo o que a lei não proíbe. No âmbito do Direito Administrativo, pela doutrina tradicional, existe uma dupla subordinação da ação do administrador, em função do que estabelece a lei, de forma que ele só pode agir nos moldes e limites estabelecidos pela legislação [...].

Outros autores além de traduzirem o conteúdo constitucional do princípio, verificado como limite a atuação do administrador, bem como somam conhecimento, trazendo a tona uma dupla função subordinante da legalidade.

Vale então verificar essa dupla subordinação:

[...] Tal subordinação pode ser identificada por duas vertentes: o da vinculação negativa (negative bindung), segundo a qual a legalidade representaria uma limitação para a atuação do administrador, e o da vinculação positiva (positive bindung), segundo o qual a atuação dos agentes públicos depende de autorização legal [...] (BALTAR NETO e TORRES, 2017, p. 60).

Dessa maneira, a legalidade é uma segurança necessária para frear o arbítrio do Estado, proteção contra o excesso de discricionariedade, abusos de poder, desvios de poder e desvios de finalidade.

A legalidade traça o horizonte de previsibilidade do ato administrativo, dando tranquilidade ao administrador e aos administrados que podem ter o mínimo de razoabilidade de planejamento de suas vidas.

A legalidade protege a probidade e afasta o déspota, realizando o interesse da coletividade no anseio de que o administrador seja coerente e zeloso nos negócios públicos.

A legalidade significa um dos maiores avanços do antigo Estado Absolutista para o Estado de Direito. Ocorre que além de Estado de Direito, o momento atual exige um Estado Democrático de Direito.

É então possível para a doutrina uma construção do conteúdo da legalidade estrita:

[...] Essa concepção de legalidade administrativa nasceu com o pensamento inspirador do Estado Liberal, influenciado pela preocupação com as arbitrariedades do período absolutista, do que resultou a ideia de restringir a atuação administrativa à mera execução das regras dispostas pelos representantes do povo. Assim, a legalidade estrita surgiu como um instrumento de proteção, um princípio limitador à atuação do Poder Público, a qual seria possível, apenas, dentro dos limites determinados pelas normas aprovadas pelos representantes do Povo [...] (BALTAR NETO e TORRES, 2017, p. 60).

A par desse conceito de legalidade estrita, o que realmente significou um avanço nas relações dos particulares com o Estado e maior segurança jurídica nas tratativas, o mundo convive com novos modelos de Estado, basta trazer a tona que as Constituições do México já em 1917 e a Constituição Alemã de Weimar de 1919, deixaram transparecer o Estado Social, uma espécie de superação do modelo clássico liberal, exigindo uma mudança de postura do Estado e certamente implicando em avanços que vão além da legalidade estrita.

Esses avanços na legalidade vão além dos casos excepcionais elencados na Constituição Federal, conforme lembrança da doutrina:

[...] Celso A. B. de Mello observa que a vigência do princípio da legalidade pode sofrer restrições excepcionais, admitidas pela própria Constituição, nas situações de: a) medidas provisórias, b) decretação do estado de defesa; c) decretação do estado de sítio [...] (BALTAR NETO e TORRES, 2017, p. 62).

Sobre a primeira excepcionalidade à legalidade estrita citada pela doutrina trata-se de espécie normativa elencada no rol do artigo 59 da Constituição Federal, mas que é produzida pelo Poder Executivo em vez do Poder Legislativo.

A respeito da medida provisória, vale as lições de Marcelo Novelino (2016, p. 625):

[...] introduzidas no direito positivo brasileiro pela Constituição de 1988 (CF, art. 62) em substituição ao antigo decreto-lei, as medidas provisórias configuram uma “categoria especial de atos primários emanados do Poder Executivo, que se revestem de força, eficácia e valor de lei. Celso Antônio Bandeira de Mello (1996) enumera as características que diferenciam as medidas provisórias das leis, a saber: I) órgão competente (Chefe do Poder Executivo); II) caráter excepcional e efêmero; III) precariedade, pois podem ser rejeitadas a qualquer momento pelo Congresso Nacional; IV) perda de eficácia desde o início (*ex tunc*); e V) relevância e urgência [...].

É uma espécie normativa imprópria pois não é fruto do trabalho do Poder Legislativo e sim do Executivo, havendo no Brasil do uso excessivo das medidas provisórias.

Já sobre o estado de sítio e o estado de defesa, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (2009, p.1383):

[...] Intimamente relacionada com a estabilidade e a defesa do Estado de Direito é a chamada organização constitucional dos períodos de crise, que outra coisa não é senão uma tentativa, até certo ponto utópica ou, talvez, desesperada dos regimes democráticos para conjurar os seus abalos políticos com um mínimo de sacrifício aos direitos e garantias constitucionais. Por isso todos reconhecem que, ao fim e ao cabo, essa legalidade excepcional, em que pesem os seus custos, mais ou menos elevados, vem a se constituir em importante instrumento de preservação do Estado de Direito e das suas instituições [...].

Um outro grande exemplo desses avanços da legalidade é a constatação de que os direitos sociais podem ser implementados por decisões judiciais, ou seja, as políticas públicas estão sendo, em muitos casos, sendo implementadas por decisões

judiciais que ordenam a prestação de serviços sociais como educação, saúde, medicamentos, cirurgias, internações e tratamentos médicos.

Veja-se a exemplo o precedente do Supremo Tribunal Federal que destacou prevalecer em certos casos, a segurança jurídica em detrimento da legalidade estrita:

[...] DECISÃO: Trata-se de mandado de segurança, com pedido de medida liminar, impetrado com o objetivo de questionar a validade jurídica de deliberação emanada da Segunda Câmara do E. Tribunal de Contas da União consubstanciada no Acórdão nº 5325/2010, em julgamento que considerou "(...) ilegal a concessão de pensão civil a Marildes Santana da Costa" e, conseqüentemente, negou "registro ao respectivo ato".

Embora a pensão houvesse sido concedida à impetrante em 18/05/2004, o E. Tribunal de Contas da União somente veio a apreciar-lhe a legalidade em 14/09/2010, ou seja, mais de 06 (seis) anos e 03 (três) meses após o deferimento administrativo de tal benefício.

Entendo, em juízo de estrita deliberação, que se reveste de plausibilidade jurídica a pretensão que a ora impetrante formulou nesta sede mandamental.

Impressiona-me, ao menos para efeito de formulação de um juízo de caráter estritamente delibatório, a alegação de ofensa ao postulado da segurança jurídica.

A fluência de tão longo período de tempo culmina por consolidar justas expectativas no espírito dos administrados (ou dos servidores públicos ou, ainda, dos pensionistas) e, também, por incutir, neles, a confiança da plena regularidade dos atos estatais praticados, não se justificando - ante a aparência de direito que legitimamente resulta de tais circunstâncias - a ruptura abrupta da situação de estabilidade em que se mantinham, até então, as relações de direito público entre o agente estatal (ou o seu pensionista), de um lado, e o Poder Público, de outro.

Na realidade, os postulados da segurança jurídica, da boa-fé objetiva e da proteção da confiança, enquanto expressões do Estado Democrático de Direito, mostram-se impregnados de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, mesmo as de direito público (RTJ 191/922, Rel. p/ o acórdão Min. GILMAR MENDES), em ordem a preservar situações administrativas já consolidadas no passado (MS 27.826-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO - MS 27.962-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

É importante referir, neste ponto, em face de sua extrema pertinência, a aguda observação de J. J. GOMES CANOTILHO ("Direito Constitucional e Teoria da Constituição", p. 250, 1998, Almedina):

"Estes dois princípios - segurança jurídica e protecção da confiança - andam estreitamente associados a ponto de alguns autores considerarem o princípio da protecção de confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexionada com elementos objectivos da ordem jurídica - garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito - enquanto a protecção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos. A segurança e a protecção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da protecção da confiança são exigíveis perante

'qualquer acto' de 'qualquer poder' - legislativo, executivo e judicial." (grifei) [...] (Trecho da decisão em Mandado de Segurança número 25805 do STF, Min. Celso de Mello, julgado em 07 de maio de 2012).

Outro exemplo que demonstra um avanço que vai além da legalidade estrita está no campo da ação civil pública, instituto manejado pelo Ministério Público para que o Poder Judiciário construa presídios adequados, por exemplo.

Tanto é verdade que a doutrina destaca princípios outros que interferem na legalidade, mas que visam atender as novas demandas do Povo, conforme se observa na seguinte constatação:

[...] A doutrina de Alexandre Mazza ensina que a possibilidade de controle, pelo Poder Judiciário, da legitimidade dos atos praticados pela Administração Pública, fundamenta a percepção de existência do princípio da sindicabilidade, fundamentado na premissa constitucional de que "a lei não excluirá da apreciação do judiciário lesão ou ameaça a direito. A doutrina de Raquel Carvalho suscita, ainda, o princípio da constitucionalidade, como uma evolução da noção clássica de legalidade (anterior à juridicidade), que permitiu o controle da atividade administrativa, em razão das normas constitucionais estabelecidas (BALTAR NETO e TORRES, 2017. p. 61).

Logo, em apreço os princípios constitucionais, dentre os quais o controle judicial do atos administrativos e o acesso à justiça, o Poder Judiciário não somente poderá, mas deverá controlar os atos do Poder Público, dentre os quais, os atos administrativos, já que tanto o direito privado, quanto o direito público deve obediência ao filtro constitucional e essa tem objetivos de assegurar os direitos individuais, coletivos e sociais aos detentores legítimos do poder: o povo.

Vale observar que esse avanço de pensamento é perfeitamente condizente com as normas programáticas estabelecidas na Constituição Federal:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II - garantir o desenvolvimento nacional;
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Portanto, a própria Constituição reconhece que não se está diante de uma sociedade livre, justa e solidária, nem há desenvolvimento nacional, aliás, reconhece a pobreza existe e a marginalização, bem como o preconceito no seio social.

Mas, traça um caminho que todos devem buscar para reverter essa triste realidade e isso só é possível com a eficiência administrativa, sua eficácia jurídica e social, o que exige ir além da legalidade estrita, buscando novos valores consentâneos com o panorama constitucional.

1.2 LEGITIMIDADE E JURIDICIDADE

Com a mudança de paradigmas do Estado Liberal para o Estado Social, não basta apenas que a Administração Pública cumpra o princípio da legalidade, as novas demandas exigem maiores atingimentos dos atos administrativos.

Essa atuação administrativa deve se pautar na esteira do princípio da indisponibilidade do interesse público, conforme asseveram Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2014, p. 190):

[...] O princípio da indisponibilidade do interesse público é um dos dois pilares do denominado regime-jurídico-administrativo (o outro é o princípio da supremacia do interesse público). Dele derivam todas as restrições especiais impostas à atividade administrativa. Tais restrições decorrem, exatamente, do fato de não se a administração pública “dona” da coisa pública, e sim mera gestora de bens e interesses alheios (público, isto é, do povo) [...].

Como desdobramento do princípio da indisponibilidade do interesse público, a doutrina brasileira seguindo a doutrina italiana leciona que é duas vértices de tal princípio, um chamado de interesse público primário e o outro de interesse público secundário.

Vale então as lições de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2014, p. 191) sobre o interesse público primário e o secundário:

[...] A abrangência do princípio da indisponibilidade do interesse público faz oportuna a referência a um ponto trabalhado pela doutrina italiana, concernente à distinção entre interesses públicos primários e interesses públicos secundários. Os interesses públicos primários são os interesses diretos do povo, os interesses gerais imediatos. Já os interesses públicos secundários são os interesses imediatos do Estado na qualidade de pessoa jurídica, titular de direitos e obrigações. Esses interesses secundários são identificados pela doutrina, em regra, como interesses meramente patrimoniais, em que o Estado busca aumentar sua riqueza, ampliando receitas ou evitando gastos. Também são mencionados como manifestação de interesses secundários os atos internos de gestão administrativa, ou seja, as atividades-meio da administração, que existem para fortalece-la

como organismo, mas que só se justificam se forem instrumentos para que esse organismo atue em prol dos interesses primários. Em qualquer hipótese, o interesse público secundário só é legítimo quando não é contrário ao interesse público primário. Caso algum interesse público secundário seja contrário aos interesses públicos primários, nem mesmo poderá ser considerado interesse público, mas apenas um interesse administrativo ou governamental ilegítimo [...].

Assim, atualmente se exige a finalidade pelo interesse público primário, ou seja, esse interesse é um requisito que torna a atuação administrativa legítima.

Nesse contexto surge o conceito de Legitimidade, uma forma de atenuação da legalidade, mas uma exigência de maior comprometimento da Administração Pública com os fins da busca pela supremacia e do interesse público primário.

Vale inicialmente trazer à tona o conceito de Legitimidade:

[...] O avanço democrático do modelo de Estado e o enfraquecimento do positivismo tornaram insuficiente o raciocínio segundo o qual bastaria que a conduta administrativa fosse legal. Assim, passou-se a permitir o controle do ato administrativo, mesmo quando a conduta fosse aparentemente compatível com a lei [...] (BALTAR NETO e TORRES, 2017, p. 61).

Veja-se que o ato administrativo deve ser compatível com a lei, mas também com o princípio do Estado Democrático de Direito conforme regulado na Constituição da República.

A doutrina identifica no surgimento da legitimidade uma certa mutação da legalidade:

[...] Esse avanço está relacionado à mutação da noção clássica de legalidade para uma ideia de legitimidade, que exige também a obediência à moralidade e à finalidade pública. Tal concepção permite uma maior amplitude ao controle do ato administrativo pelo Poder Judiciário e aos princípios que regem a Administração Pública, como a moralidade. Sob esse aspecto, o avanço da legalidade, para o conceito de legitimidade, amplia a vinculação negativa, que não se dá mais, apenas, em relação à Lei, mas às normas jurídicas pertinentes (Lei + princípios) [...] (BALTAR NETO e TORRES, 2017, p. 61).

Dessa forma, a valorização dos princípios, sobretudo dos princípios constitucionais é uma exigência atual no Direito Administrativo, até por que há necessidade que a ordem jurídica forneça maior efetividade na prestação de direitos à sociedade.

Vale então fazer uma distinção entre a noção de legalidade e o novo conceito de legitimidade, conforme aludem Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2014, p. 195):

[...] Algumas vezes, os autores falam em atuação legal (conforme a letra da lei) e legítima (conforme os princípios jurídicos). Note-se, entretanto, que essa distinção entre os referidos vocábulos não é rígida, isto é, podem perfeitamente ser empregadas as palavras “legalidade” e “legitimidade” como sinônimas. Fica, apenas, o registro: em alguns casos, a doutrina usa essas palavras como sentidos distintos, legalidade significando “compatibilidade com a lei”, com um texto legal determinado”, e legitimidade significando “compatibilidade com princípios jurídicos, ou, de forma mais ampla, como o ordenamento jurídico globalmente considerado” [...].

Por outro lado, os avanços devem transpassar a legalidade, possibilitando que a Administração Pública não fique engessada em leis arcaicas e normas infrutíferas no sentido de efetividade jurídica e social, ou seja, permita a ao administrador ser fiel ao Estado Democrático.

Nesse sentido urge o conceito de juridicidade, conforme alude a doutrina pátria:

[...] A exigência de que a lei predetermine de forma completa e absoluta toda a atuação da Administração é incompatível com a realidade posta, sendo indispensável a existência de uma margem decisória importante de ponderação e concretização das normas constitucionais [...] (BALTAR NETO e TORRES, 2017, p. 61).

A doutrina então admite que o administrador deve respeitar a legalidade, mas esta não poderá sacrificar a atuação administrativa que concretiza valores constitucionalmente consagrados, de modo que a administração pública deve atuar com liberdade suficiente para conquistar os anseios traçados pelo poder constituinte.

A doutrina traz exemplos desse novo comportamento da Administração Pública, nas lições de Fernando Ferreira Baltar Neto e Ronny Charles Lopes de Torres (2017, p. 61 e 62) que lançam suas vozes com fundamento na doutrina mais contemporânea, a qual vale trazer a lume:

[...] Raquel Carvalho explica com maestria que o desenvolvimento de técnicas de gestão pública, a desburocratização, a execução de políticas públicas, o uso preferencial de processos convencionais e a garantia de estabilização mínima das relações jurídicas surgiram como valor fundamental para modificar essa base filosófica, que lastreou a limitação estatal através da legalidade, fazendo com que, nesse contexto, a doutrina começasse a utilizar a noção de juridicidade [...].

Assim, a noção de juridicidade liberdade a Administração Pública da legalidade perversa que burocratizou durante muito tempo os serviços públicos e a atuação administrativa, primando pela execução de políticas públicas, cada vez mais voltadas para satisfação dos administrados.

Os autores demonstram a maior amplitude da visão da juridicidade em relação a legalidade estrita:

[...] A juridicidade é apresentada como um conceito maior, que extrapola a compreensão tradicional da legalidade estrita, pois vincula a Administração Pública ao ordenamento jurídico como um todo (formado não apenas pelas leis, mas também pela Constituição e pelos princípios jurídicos), permitindo uma margem maior de autonomia, dentro dos limites apresentados pelo ordenamento constitucional para satisfação das diretrizes apresentadas por ele [...] (BALTAR NETO e TORRES, 2017, p. 62).

Verifica-se ênfase na perspectiva sistêmica, cujo centro irradiador de vontades e ordens é a Constituição Federal e uma finalidade que exige maior dedicação em prol dos destinatários de toda função administrativa que é a coletividade e seu bem-estar.

Não se quer dizer que o princípio da legalidade deve ser afastado, mas é salutar que ele exista e conviva com os demais, sendo aplicado em conjunto, no caso concreto, conforme lembra o grande Hely Lopes Meirelles (2016, p.52), quando fala dos métodos de interpretação do Direito Administrativo:

[...] Hoje, inclusive em face de posicionamentos do STF, os princípios constitucionais (...) deve presidir e orientar a interpretação do Direito Administrativo, como seus fundamentos constitutivos e normativos, não podendo ocorrer contradição entre a norma e os princípios. A norma deve adequar-se aos princípios. Nesse processo interpretativo, conforme o caso, um princípio (ou mais) pode preponderar ou prevalecer sobre outro (ou outros), caso em que este será afastado, mas não eliminado do sistema. O afastamento de um princípio implica perda de efetividade da regra que lhe dá concreção, no caso concreto [...].

Por fim, a doutrina na linha de pensamento de Fernando Ferreira Baltar Neto e Ronny Charles Lopes de Torres (2017, p. 62) destaca o avanço no conceito de legalidade e ainda faz uma comparação da legalidade estrita, perante os novos conceitos de legitimidade e juridicidade, enfatizando este último:

[...] Nesse aspecto, o avanço da legalidade, para o conceito de juridicidade, amplia a vinculação positiva, que não se dá mais, apenas, em relação à Lei, mas às normas jurídicas pertinentes (leis + princípios), não mais aceitando a ideia de Administração vinculada estrita e exclusivamente às regras prefixadas nas leis, mas sim ao próprio Direito. Portanto, podemos identificar, ao menos, três fases no conceito de legalidade administrativa: Legalidade estrita: atuação do administrador vinculada aos limites estabelecidos pela Lei; Legitimidade: Atuação do administrador vinculada não apenas aos limites legais, mas também à moralidade e à finalidade pública; Juridicidade: Atuação do administrador vinculada aos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico como um todo [...].

Portanto, não se pode abandonar o conceito de legalidade, ou seja, uma atuação limitada na lei, mas atualmente este novo cenário de necessidades da coletividade exige uma atuação dentro da legitimidade, isto é atuação administrativa regida pela moralidade e buscando o interesse público, além do que deve a Administração Pública agir, considerando o arcabouço legal, mas seguir, sobretudo o sistema constitucional como um todo.

2 A PROCESSUALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO E A CRISE DA NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

Um dos temas mais badalados quando se fala em serviços públicos é o princípio da continuidade dos serviços públicos.

Assim, é interessante se discutir se é válida a interrupção do serviço público por razões de ordem técnica se houver prévio aviso, inclusive por meio de rádio.

Então, Márcio André Lopes Cavalcante (2018, p. 237) começa a enfrentar o problema informando que os serviços públicos são considerados essenciais ou necessários à coletividade. Daí, por que eles não devem ser interrompidos. Tal noção traduz o princípio da continuidade dos serviços públicos.

Outros autores como Fernando Baltar Neto e Ronny Torres Lopes (2017, p. 48 e 49), falam numa verdadeira crise da noção de serviço público:

[...] A ampliação das atividades exercidas pelo Estado, em prol da comunidade, o fomento à participação de parte da sociedade civil na execução de serviços sociais e a transferência de serviços públicos econômicos para a iniciativa privada (privatização) geram dilemas em relação ao conceito de serviço público e o pertinente regime jurídico. Di Pietro observa que a pretensa crise da noção de serviço público decorre da pressão para diminuir o rol desses serviços, notadamente em relação àqueles de natureza econômica. Tal movimento, influenciado pelo direito comunitário europeu, tende a adotar o raciocínio de que a existência de serviços públicos excluídos do Estado é contrária à livre iniciativa e, por outro lado, a prestação pelo Estado (mesmo que não exclusiva), através de suas estatais, prejudica a livre concorrência. Os defensores desse raciocínio cobram, então, a privatização dos serviços públicos [...].

O grande problema a ser ressaltado é que os serviços públicos que já foram privatizados geram custos para o Estado com o sistema de regulação, não trouxeram grandes avanços para o cidadão, a exemplo da telefonia, implicando em mais recursos dispensados pelo cidadão, que além da excessiva carga tributária, tem de pagar por péssimos serviços, tendo a sensação de pagar duas ou mais vezes por essa ineficiência.

Os autores prosseguem na análise, argumentando que a crise do serviço público, no Brasil, é atenuada pelo tratamento constitucional da matéria:

[...] A citada autora observa que a consequência de privatizar uma atividade pública é a sua obrigatoriedade de prestação, condição natural à livre iniciativa. Ademais, a atividade particular não é protegida pelos princípios comuns ao serviço público como: generalidade, continuidade e modicidade.

Nada obstante, no caso do Brasil, esse quadro de crise não é patente, pois a própria Constituição já indica um rol de atividades as quais, mesmo de natureza econômica, competem exclusivamente ao Poder Público, embora este possa delegar a prestação de tais serviços a terceiros [...] (BALTA NETO e TORRES, 2017, p. 49).

Dito isso, volta-se então ao caso específico da continuidade do serviço público e sua possibilidade de interrupção.

Somado a isso, a Lei nº 8.987/95 dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos. Em seu artigo 6º, esse diploma legal afirma que a concessão ou a permissão deverá ser feita com a prestação de um serviço adequado. Logo, na visão da legislação, serviço adequado é aquele prestado com regularidade, continuidade, eficiência, segurança, dentre outras características, conforme estatui o artigo 6º, § 1º da referida legislação (CAVALCANTE, 2018, p. 237).

A noção de serviço adequado decorre de expressa previsão legal, conforme notamos, além de outros direitos e deveres do usuário e regras aplicáveis ao serviço público:

LEI Nº 8.987, DE 13 DE FEVEREIRO DE 1995.

Art. 1º As concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, por esta Lei, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos.

Parágrafo único. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão a revisão e as adaptações necessárias de sua legislação às prescrições desta Lei, buscando atender as peculiaridades das diversas modalidades dos seus serviços.

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I - poder concedente: a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão;

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;

IV - permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

Art. 3º As concessões e permissões sujeitar-se-ão à fiscalização pelo poder concedente responsável pela delegação, com a cooperação dos usuários.

Art. 4º A concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será formalizada mediante contrato, que deverá observar os termos desta Lei, das normas pertinentes e do edital de licitação.

Art. 5º O poder concedente publicará, previamente ao edital de licitação, ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo.

Capítulo II DO SERVIÇO ADEQUADO

Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

§ 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

§ 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

- I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações;
- e,
- II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

Capítulo III DOS DIREITOS E OBRIGAÇÕES DOS USUÁRIOS

Art. 7º. Sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários:

- I - receber serviço adequado;
- II - receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos;
- ~~III - obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha, observadas as normas do poder concedente;~~
- III - obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviços, quando for o caso, observadas as normas do poder concedente. (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)
- IV - levar ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado;
- V - comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço;
- VI - contribuir para a permanência das boas condições dos bens públicos através dos quais lhes são prestados os serviços.

Art. 7º-A. As concessionárias de serviços públicos, de direito público e privado, nos Estados e no Distrito Federal, são obrigadas a oferecer ao consumidor e ao usuário, dentro do mês de vencimento, o mínimo de seis datas opcionais para escolherem os dias de vencimento de seus débitos. (Incluído pela Lei nº 9.791, de 1999)

Parágrafo único. (VETADO) (Incluído pela Lei nº 9.791, de 1999) [...] (sitio do Planalto, 2018).

Assim, para cumprir a exigência do serviço adequado, ele não poderá ter interrupções, deverá ser prestado continuamente. Todavia, há exceção, pois a própria lei de serviços públicos traz situações excepcionais, nas quais é possível a interrupção do serviço público nos casos de emergência (mesmo sem aviso prévio) e

por razões técnicas ou de segurança das instalações, desde que o usuário seja previamente avisado, ou ainda poderá ser interrompido por causa de inadimplemento do usuário, desde que seja previamente avisado (CAVALCANTE, 2018, p. 237).

Márcio André Lopes Cavalcante (2018, p. 237) então elabora um problema hipotético, imaginando que uma empresa concessionária de energia elétrica comunica, por meio de aviso divulgado em três rádios do Município que, dentro de alguns dias, haveria interrupção do fornecimento de energia elétrica por algumas horas em razão da necessidade de serviços técnicos.

Considerando que o consumidor não ouviu o comunicado e sentiu-se prejudicado com a interrupção, de modo que ingressou com a ação de indenização contra a concessionária.

Daí, o juiz julgou procedente o pedido argumentando que a concessionária não cumpriu seu dever legal de prévio aviso, conforme determina o artigo 6º, § 3º da Lei 8.987/95, pois segundo sustentou o magistrado, a divulgação através da rádio não é garantia de que todos os consumidores tenham tomado ciência do desligamento, já que nem todos escutam rádio frequentemente ou mesmo estavam ouvindo no momento da divulgação (CAVALCANTE, 2018, p. 237 e 238):

Resta então saber se o juiz, nesta hipótese agiu corretamente, sendo que à luz do STJ ele não agiu de forma correta:

[...] A divulgação da suspensão no fornecimento de serviço de energia elétrica por meio de emissoras de rádio, dias antes da interrupção, satisfaz a exigência de aviso prévio, prevista no art. 6º, § 3º, da Lei nº 8.987/95. STJ. 1ª Turma. REsp 1.270.339-SC, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 15/12/2016 (Info 598). Segundo entendeu o STJ, a Lei 8.987/95 não explicita a forma como deva ocorrer o aviso de interrupção do fornecimento do serviço, razão pela qual a divulgação em emissora de rádio com cobertura no Município dias antes da suspensão satisfaz a exigência prevista na lei. O rádio é um dos meios mais populares e o de maior alcance público, e por estas razões há que se reconhecer a ocorrência de aviso prévio válido e apto a produzir efeitos. Em sendo assim, não houve descumprimento legal por parte da concessionária. Assim, considerando que a concessionária atendeu o requisito legal de avisar previamente os consumidores do desligamento temporário da energia elétrica, por motivo de ordem técnica, não há motivo para condená-la a pagar indenização por danos morais [...] (CAVALCANTE, 2018, p. 238).

Daí o princípio da continuidade do serviço público não se mostra absoluto, havendo hipótese legal, mas excepcional de interrupção.

Portanto, além de não ser absoluto, o serviço público é essencial, somente excepcionalmente deve ser interrompido e deve ser prestado de forma adequada, fornecendo ao cidadão o melhor que o Estado tem.

O pensamento dos tribunais superiores e da doutrina é no sentido de que, houve prévio aviso para a interrupção, logo cumpriu-se a lei e tratou-se o cidadão consumidor do serviço com respeito.

O que não se admite é que o cidadão seja objeto da prestação, seja deixado em segundo plano e tem péssimos serviços colocados a sua disposição, inclusive serviços que coloque em risco a integridade física e a vida do cidadão.

O que não pode também é o servidor público ou as concessionárias agirem como se estivessem fazendo um favor para o cidadão, exige-se respeito e profissionalismo, o que houve por parte da prestadora de serviços de energia elétrica, no caso concreto, dada as peculiaridades do caso, a razoabilidade e a proporcionalidade.

2.1 A OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NA DECISÃO ADMINISTRATIVA

Nesse ponto vale discutir a aplicação da Súmula 592 do STJ no processo administrativo disciplinar.

A Súmula 592 do Superior Tribunal de Justiça assevera que: “ O excesso de prazo para a conclusão do processo administrativo disciplinar só causa nulidade se houver demonstração de prejuízo à defesa”, tendo sido aprovada em 13 de setembro de 2017 (CAVALCANTE, 2018, p. 220).

A partir daí, Márcio André Lopes Cavalcante (2018, p. 220), passa a sintetizar as fases do processo administrativo disciplinar, conforme previsto na Lei 8.112/90:

[...] o processo administrativo disciplinar dos servidores públicos federais encontra-se previsto nos arts. 143 a 182 da Lei nº 8.112/90. O processo administrativo disciplinar (em sentido amplo) divide-se em: sindicância; processo administrativo disciplinar propriamente dito (PAD). Fases do PAD. O processo disciplinar desenvolve-se nas seguintes fases: I – instauração, com a publicação do ato que constitui a comissão; II – inquérito administrativo, que compreende instrução, defesa e relatório; III – julgamento. Prazo de duração do PAD. No âmbito federal, o prazo de duração do PAD é de 60 dias, prorrogáveis por mais 60 dias, até a elaboração do relatório. Nesse sentido: Art. 152. O prazo para a conclusão

do processo disciplinar não excederá 60 (sessenta) dias, contados da data de publicação do ato que constituir a comissão, admitida a sua prorrogação por igual prazo, quando as circunstâncias o exigirem. Depois disso, a autoridade julgadora terá 20 dias para proferir sua decisão (art. 167) [...].

Dessa maneira, tanto o Superior Tribunal de Justiça, quanto o Supremo Tribunal Federal entendem que o excesso de prazo para a conclusão do processo administrativo disciplinar não gera, por si só, qualquer nulidade no procedimento.

O excesso de prazo só terá força para invalidar o procedimento administrativo quando ficar demonstrado que houve fundado e evidenciado prejuízo para a defesa do acusado.

Se não ficar demonstrado o prejuízo, não há que se falar em nulidade do processo, aplicando assim, o princípio *pas de nullité sans grief* (não há nulidade sem prejuízo) (CAVALCANTE, 2018, p. 220 e 221).

Vale ainda observar que no âmbito federal, a Lei nº. 8.112/90 é expressa nesse sentido: “ art. 169. (...) § 1º O julgamento fora do prazo legal não implica nulidade do processo.

Daí, a súmula 592 do STJ ser aplicável não apenas nos processos administrativos disciplinares de servidores públicos federais, mas se estende a regra aos servidores públicos estaduais e municipais (CAVALCANTE , 2018, p. 221).

Portanto, como bem lembram Fernando Baltar Neto e Ronny Lopes Torres (2017, p. 48), conforme determinado pela Constituição, nos dias atuais, é essencial o respeito pelo Devido Processo Legal, indo junto os seus corolários da ampla defesa e do contraditório, e isso nas demandas relacionadas a direitos dos administrados, discutidas no âmbito do processo administrativo.

2.2 A PRESSÃO PARA DIMINUIÇÃO DO ROL DE SERVIÇOS PÚBLICOS

O grande Hely Lopes Meirelles, em sua obra, conjunta com José Emmanuel Burle Filho e Carla Rosado Burle (2016, p. 416 a 420), após reconhecer a dificuldade pela falta de uniformidade, conceitua o serviço público como todo aquele serviço que é prestado pela Administração ou por seus delegados, debaixo de normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado.

Esses serviços, levando-se em conta a essencialidade, a adequação, a finalidade e os destinatários, podem ser classificados em: públicos e de utilidade pública; próprios e impróprios do Estado; administrativos e industriais; *uti universi* e *uti singuli*.

A partir daí os autores falam da previsão constitucional sobre o serviço público e da própria existência da Administração Pública, vocacionada a prestação dos serviços públicos:

[...] A Constituição Federal dispõe expressamente que incumbe ao Poder Público, na forma da lei, a prestação de serviços públicos. Dessa forma, a lei disporá sobre o regime de delegação, os direitos dos usuários, a política tarifária, a obrigação de manter serviço adequado e as reclamações relativas à prestação (arts. 175, parágrafo único, e 37, § 3º). A Constituição insere, ainda, o conceito de serviço relevante, como o de saúde (art. 197). Atendendo a essa orientação, o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) considera como direito básico do usuário a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral (art. 6º) e, em complemento, obriga o Poder Público ou seus delegados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e contínuos, dispondo sobre os meios para o cumprimento daquelas obrigações e a reparação dos danos (art. 22 e parágrafo único). A atribuição primordial da Administração Pública é oferecer utilidades aos administrados, não se justificando sua presença senão para prestar serviços à coletividade. Esses serviços podem ser essenciais ou apenas úteis à comunidade, daí a necessária distinção entre serviços públicos e serviços de utilidade pública; mas, em sentido amplo e genérico, quando aludimos a serviço público, abrangemos ambas as categorias [...] (MEIRELLES, BURLE e BURLE, 2016, p. 416 e 417).

Logo, pelas palavras dos autores, diminuindo o rol de serviços públicos, diminui a estrutura da administração pública, não havendo certeza de melhoria na qualidade, nem no cumprimento das leis, tampouco na economia a ser realizada, somente que passará para a iniciativa privada que, diferentemente do Estado, busca primordialmente o lucro.

Nesse contexto, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2016, p. 142 a 143) fala da pretensa crise na noção de serviço público, sendo que essa ideia adveio do artigo 86 do Tratado de Roma, de 1957, no item 2, que ao se referir a serviço público, preferiu utilizar a expressão serviços de interesse econômico geral.

Daí, a autora prossegue, lançando mão da doutrina de Vital Moreira, para enfatizar que a expressão utilizada pelo Tratado de Roma causa uma mudança radical na noção que até então se tem de serviço público, pois no próprio direito francês, quando da substituição da expressão serviço público por serviço de interesse econômico geral trouxe profundas repercussões, conforme se verifica:

[...] a) A mercadorização dos serviços públicos, que passaram a ser prestações disponíveis no mercado por um preço, muitas vezes em concorrência; b) A conseqüente transformação dos utentes de serviços públicos em consumidores ou clientes; c) A liberdade de escolha de fornecedor ou prestador, passando o serviço público a ser uma figura subsidiária do mercado, no caso de o interessado não encontrar neste condições de fornecimento adequadas [...] (DI PIETRO, 2016, p. 143).

Ocorre que Di Pietro (2016, p. 143), aduz que, no Brasil, não existe essa justificativa para se apregoar uma crise da noção de serviço público, dado que o país não se encontra vinculado a qualquer tratado que estipule semelhantes às impostas à União Européia. A autora prefere falar em liberação de serviços para a iniciativa privada:

[...] o que tem ocorrido é uma parcial liberalização de serviços públicos no âmbito da legislação ordinária, como ocorreu com a Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472, de 16-7-97), que, em nenhum momento utiliza a expressão serviço público, preferindo falar em serviços de interesse coletivo e serviços de interesse restrito, estes últimos submetidos aos princípios constitucionais da ordem econômica, abertos à livre iniciativa e à competição [...].

Vale ressaltar que essa privatização dos serviços de telefonia não trouxe muitas vantagens ao consumidor, dado os frequentes problemas de falta de sinais de comunicação, além de cobranças arbitrárias da prestação de serviços, o que tem gerado muitas ações judiciais.

Di Pietro (2016, p. 144) ainda acrescenta a tentativa da iniciativa privada em acabar com certos monopólios do Estado:

[...] Tenta-se acabar com os monopólios estatais (no âmbito da energia elétrica, dos correios, das telecomunicações, da exploração de minas e jazidas) e tenta-se introduzir a ideia de competição na prestação de serviços públicos. Além disso, a mercadorização dos serviços públicos, referida por Vital Moreira, também se verifica quando, em determinadas concessões, o critério de julgamento, na licitação, é o da maior oferta pela outorga do serviço, que acaba por onerar o usuário, como o acréscimo no valor da tarifa [...].

Tem-se aí uma tentativa de diminuir o rol de serviços públicos, já que não se consegue, pelo menos por enquanto, mitigar a noção de serviço público.

Entretanto, Maria Sylvia (2016, p. 144), chega a conclusão que não há se falar em crise na noção de serviço público no Brasil, arrematando que:

[...] Mas esses avanços não permitem falar ainda em crise na noção de serviço público no direito brasileiro. A Constituição prevê determinadas atividades como exclusivas do Estado, permitindo que sejam desempenhadas diretamente ou mediante concessão, permissão ou autorização. E atribui ao Estado o dever de prestar determinados serviços sociais não exclusivos do Estado (especialmente nas áreas da saúde e da educação). Nesses casos, a atividade é prestada sob regime jurídico total ou parcialmente público, a gestão fica a cargo da própria Administração Pública direta ou indireta ou de empresas privadas que atuam sob delegação do Estado. Continuam a aplicar-se os princípios da prestação de serviços públicos. A responsabilidade rege-se por norma de direito público (art. 37, §6º, da Constituição). Por esse motivo, não há razão, por ora, para alterar o conceito de serviço público...nem nos elementos da definição [...].

Portanto, na própria visão da doutrina, por enquanto, não se deve mudar a noção de serviço público, porém, há uma pressão para diminuir, cada vez mais, a participação do Estado na prática de serviços públicos.

2.3 O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE ADMINISTRATIVA

A doutrina administrativista, na visão de Raquel Carvalho (apud BALTAR NETO e TORRES, 2017, p. 49), diz que a palavra subsidiariedade quer dizer subsídio, ou aquilo que tem relação com a utilização de recursos para ajudar a assegurar alguma coisa.

Os subsídios geralmente constituíam uma espécie de complemento ao financiamento principal, destinados excepcionalmente, pelos súditos do rei para completar os recursos necessários para arcar com guerras, por exemplo.

Aponta-se daí, que o princípio da subsidiariedade teria origens no pensamento de Aristóteles ou ainda na doutrina social da Igreja Católica:

[...] o princípio da subsidiariedade se encontraria implícito na Encíclica Rerum Novarum, do Papa Leão XIII, escrita em 1891, coincidindo historicamente com o período em que o pensamento liberal já se encontrava em crise e ganhava força o discurso socialista de intervenção, estatal. O objetivo, então, foi apontar a necessidade de equilíbrio entre a liberdade da iniciativa privada e a necessidade de intervenção estatal. Nessa esteira, exigia-se uma atuação ativa do Estado, para resolução dos problemas causados pelo liberalismo, ao mesmo tempo em que se contrapunha às ideias socialistas mais radicais como solução adequada para o quadro de crise. Sobre esse enfoque, Silvio Rocha lembra que o texto religioso, usando o raciocínio de elevação da dignidade da pessoa humana como a peça chave de toda a doutrina social da igreja, defendia a propriedade privada da revolução socialista e o operário da exploração do liberalismo econômico [...] (BALTAR NETO e BARROS, 2017, p. 50).

Os autores explicam que outros documentos da Igreja Católica voltaram a se manifestar pelo princípio da subsidiariedade, como a Encíclica *Quadragesimo anno*, do Papa Pio XI, em 1931, tendo a ideia de que o ente maior, somente deveria ajudar a coletividade nas matérias que não possam ser assumidas adequadamente pelos grupos sociais menores (BALTAR NETO, TORRES, 2017, p. 50).

Além disso, tal princípio da subsidiariedade tem como núcleo a própria natureza humana, ligado aos valores éticos e o direito de autodeterminação do ser humano, reconhecendo que a dignidade da pessoa humana está acima do Estado, conforme lições de Silva Torres (apud BALTAR NETO e TORRES, 2017, p. 50).

Por esse princípio então, de acordo com Di Pietro (BALTAR NETO e TORRES, 2017, p. 51), em matéria de serviço público, o Estado somente prestaria serviços públicos e atividades que o particular não pode desenvolver ou significa que o Estado deve ajudar o particular quando a iniciativa privada for insuficiente.

Logo, o princípio da subsidiariedade no Direito Administrativo deve consubstanciar-se numa limitação do poder do Estado em prol da dignidade da pessoa humana.

2.4 A AGENCIFICAÇÃO

Esse fenômeno é descrito com a criação de agências reguladoras com natureza de autarquias de regime especial, tendo a função atribuída por lei para regular certas atividades.

Nas últimas décadas a estratégia do Estado Brasileiro foi e é de diminuir a atividade pública feita diretamente pelo Estado, passando para a atividade privada. O Estado então fica na regulação e não no exercício do serviço público propriamente dito.

Um exemplo disso é na área da saúde, pois o Estado com seu aparato não consegue atender a demanda da população e assim cumprir o dever do Estado em prestar serviços públicos.

Vale lembrar que a prestação de serviços públicos é uma exigência que os autores atribuem a segunda dimensão dos Direitos Fundamentais.

Daí, se numa primeira dimensão dos Direitos Fundamentais, o Estado teve que ficar distante do cidadão, e isso no sentido de não interferir na sua vida privada,

justamente em prol da autonomia da vontade, do liberalismo econômico e de outros valores construídos e alcançados nas revoluções, sobretudo na Revolução Francesa.

Por outro lado, a partir do início do século XX, com as Constituições do México de 1917 e de Weimar, na Alemanha, em 1919, bem como a partir da quebra da bolsa de Nova Iorque, nos EUA em 1929, os Estados passaram a reconhecer os direitos prestacionais ou positivos, pois implicam na prestação de serviços de saúde, educação, lazer, previdência, assistência, emprego e etc.

A Constituição Federal de 1988 não foi diferente e expressamente trouxe esses direitos sociais ou prestacionais:

CAPÍTULO II

DOS DIREITOS SOCIAIS

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015)

Vale notar que esses direitos não são dados pelo Estado, mas significam uma conquista do cidadão ao longo do tempo, muitas pessoas foram mortas, perderam a liberdade para que hoje, os povos gozassem de tais garantias.

Tanto que o próprio legislador constituinte reconhece que na República Federativa do Brasil se tem plena igualdade, há solidariedade e desenvolvimento, aliás reconhecem que apenas se planeja para alcançar tais metas.

Assim, os direitos sociais se somam a toda estrutura do Estado para que tais objetivos fundamentais sejam alcançados e então, não se terá uma Constituição fundada em promessas, mas sim na realização de direitos inerentes à dignidade humana para todo cidadão, sem qualquer distinção, conforme se verifica:

[...] Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação [...] (sitio do Planalto, 2018).

Daí, sobre os direitos sociais a doutrina assegura que o Capítulo II da Constituição inaugura trazendo a locução: direitos sociais, cuja terminologia é difícil de ser determinada, dado que é plurissignificativa. Então, o seu sentido irá variar a depender do contexto em que for empregada.

Surge dessa questão a enorme dificuldade de se delimitar uma linha conceitual para o que sejam os direitos sociais, mas se chega a conclusão óbvia que se trata de espécie de direito produto da vida em sociedade, nos termos utilizados por Uadi Lammêgo Bulos (2012, p. 430).

Nesse contexto, os direitos sociais constituem liberdades ou prestações positivas, precisamente porque têm por escopo beneficiar os hipossuficientes, assegurando-lhes situações de vantagens, direta ou indireta, a partir da realização da igualdade real.

Disso incumbe aos Poderes Públicos agir para melhorar a vida humana, evitando tiranias, arbitrariedades, injustiças e abusos de poder. Os direitos sociais também funcionam para garantir que certas situações, incorporadas em definitivo ao patrimônio humano, sejam preservadas.

Nesse aspecto, incluem-se a qualidade de vida, a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a moradia, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados. Por isso, atuam como meio para alcançar um fim, ou seja, para o exercício de incontáveis direitos humanos fundamentais, conforme ensina Uadi Lammêgo Bulos (2012, p. 421).

Porém, o que se tem observado a partir das últimas décadas é que o Estado tem passado para a iniciativa privada a realização dos serviços públicos.

Dessa maneira, o Estado Brasileiro somente vai intervir na atividade econômica em casos excepcionais de relevante interesse público e imperativos da segurança nacional, bem como os serviços públicos são prestados por meio de concessionárias e permissionárias, ficando o Estado com o papel regulador:

[...] Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

§ 3º A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

§ 4º - lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

§ 1º A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

§ 2º A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.

§ 3º O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros.

§ 4º As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei.

Art. 175. 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.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado [...] (sítio do Planalto, 2018).

Nesse cenário surgem, desenvolvem e se proliferam as agências reguladoras, cujo avanço é denominado de agencificação.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2016, p. 576 e 577) cita algumas agências reguladoras como a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL); a Agência Nacional do Petróleo (ANP); a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL); a

Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA); a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), dentre outras.

Em seguida, autora assevera que, a Agência Reguladora, em sentido amplo, seria para o direito brasileiro, qualquer órgão da Administração Direta ou entidade da Administração Indireta com função de regular a matéria específica que lhe está afeta (DI PIETRO, 2016, p. 575).

3 O DIREITO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÂNEO

O Direito Administrativo contemporâneo no Brasil é marcado por proliferação de leis, sem existir um Código Administrativo há muito tempo reclamado pela doutrina, o que enfatiza os casuísmos, insegurança jurídica e a necessidade de se recorrer a jurisprudência para dirimir certas questões, bem como da doutrina para interpretar e entender os diversos institutos criados ou aperfeiçoados diariamente.

3.1 RELATIVIZAÇÃO DAS REGRAS DE DIREITO PÚBLICO

O tema desse item passa pelo entendimento do que vem a ser o contrato administrativo e o contrato de direito privado firmado pela administração.

Inicialmente então vale trazer as diferenças entre tais contratos, sendo que, enquanto o contrato administrativo registra a presença da Administração em um dos polos da relação contratual (regra); sua finalidade ser pública imediata ou direta; é regido por normas de direito público, aplicando-se o direito privado de modo supletivo; ter a presença obrigatória de cláusulas exorbitantes, as quais estarão presentes na relação contratual mesmo que não estejam expressas no instrumento contratual.

Por sua vez, o contrato privado da administração tem a presença da Administração em um dos polos da relação contratual (regra); sua finalidade é pública mediata ou indireta; é regido predominantemente por normas de direito privado, parcialmente derogadas por normas de direito público; e não é obrigatória a presença de cláusulas exorbitantes, que somente existirão se constarem expressamente do instrumento do contrato, conforme ensinamento Ricardo Alexandre e João de Deus (2017, p. 426).

Vale aqui, registrar algumas das características dos contratos administrativos, a presença da Administração Pública nessa qualidade, a finalidade pública, o procedimento legal a bilateralidade, a consensualidade, a formalidade, onerosidade, a comutatividade, o caráter sinalagmático, a natureza de contrato de adesão, a presença de cláusulas exorbitantes, a mutabilidade e o caráter *intuitu personae* (pessoalidade), merecendo está última um melhor esclarecimento, conforme ensinam Ricardo Alexandre e João de Deus (2017, p. 426 e 427):

[...] caráter intuitu personae (pessoalidade) – os contratos administrativos são firmados levando em consideração as características pessoais do contratado. Por isso, em regra, é vedada a subcontratação total ou parcial do objeto contratado, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, cuja desobediência é motivo para rescisão contratual (art. 78, VI, Lei 8.666/1993). Todavia, a regra anterior é excepcionada pelo art. 72 da mesma lei, que prevê a possibilidade de subcontratação de partes de obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração. A possibilidade de subcontratação é bastante criticada pela doutrina, uma vez que permite que uma empresa que não participou da licitação por via indireta acabe contratando com o Poder Público, o que ofende o princípio da licitação previsto no art. 37, XXI, da Constituição Federal. A propósito, o TCU tem jurisprudência consolidada no sentido de que somente é admitida a subcontratação parcial quando prevista no edital e no contrato, estando neles estabelecidos os limites admissíveis e sendo responsável pela subcontratante o cumprimento integral do contrato (AC-1941-42/06-P, Sessão 18.10.2006 – Grupo I, classe V, rel. Min. Marcos Bemquerer). Portanto, a subcontratação total do objeto do contrato administrativo não é admitida por ofender o princípio da licitação, bem como também é proibida a subcontratação não prevista no edital e no contrato. Ainda a respeito do tema, o TCU consolidou o entendimento de que afronta a Lei de Licitações a Constituição Federal a substituição mediante sub-rogação, nos contratos administrativos, da figura contratada ou divisão das responsabilidades por ela assumidas, ainda que de forma solidária (AC-2085-49/04-P, Sessão 15.12.2004, Grupo I, Classe V, rel. Min. Adilson Motta) [...].

Conforme observa a doutrina, contudo, tem-se admitido como regra que os contratos administrativos são firmados por pessoas jurídicas de direito público. Tal ideia toma como fundamento o entendimento de que somente as pessoas de direito público teriam, nas suas relações com terceiros, prerrogativas típicas do regime jurídico público, fundamento para a existência, nos contratos administrativos, das denominadas cláusulas exorbitantes.

Porém, há casos excepcionais em que tal regra vem sendo relativizada pela jurisprudência, tendo em vista a prestação, por pessoas jurídicas de direito privado, de serviços públicos essenciais de competência exclusiva e obrigatória do Estado.

A hipótese mais marcante é o caso da Empresa Brasileira de Correios e Telegrafos (ETC): pessoa jurídica de direito privado, cuja possibilidade de firmar contratos regidos predominantemente pelo direito público foi reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça.

O caso concreto se referia a um contrato firmado com uma empreiteira, cujo objeto era a construção de duas agências dos Correios. Nas palavras do Tribunal, “à luz do art. 37, XXI, da Constituição Federal, a natureza do vínculo jurídico entre a ECT e as empresas recorrentes é de Direito Administrativo, sendo certo que a

questão *sub judice* não envolve Direito Privado, tampouco de relação de consumo”.(REsp 527. 137/PR, 1ª Turma, rel. Min. Luz Fux, Informativo do STJ 208, maio 2004) (ALEXANDRE, DEUS, 2017, p. 423 e 424).

3.2 FORMAS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE PROBLEMAS DA ADMINISTRAÇÃO

Um importante tema que adentra na seara da solução de problemas através das formas consensuais é o exercício do direito de greve por parte dos servidores públicos, notadamente daqueles que atuam na atividade de segurança pública.

Dessa maneira, Márcio André Lopes Cavalcanti (2018, p. 162) analisa que para determinadas categorias de servidores públicos, a greve é proibida, a exemplo dos policiais militares, pois a Constituição Federal proíbe expressamente que eles, assim como os Bombeiros Militares e os militares das Forças Armadas façam greve, nos termos do artigo 142, § 3º, inciso IV, combinado com o artigo 42, § 1º.

Nesse mesmo sentido, apesar de não haver uma proibição expressa na CF/88, o STF decidiu que os policiais civis não podem fazer greve. Além disso, o Supremo afirmou que nenhum servidor público que trabalhe diretamente na área da segurança pública pode fazer greve, conforme vemos nas lições de Márcio André Lopes Cavalcante (2018, p. 163):

[...] o exercício do direito de greve, sob qualquer forma ou modalidade, é vedado aos policiais civis e todos os servidores públicos que atuem diretamente na área de segurança pública. STF. Plenário. ARE 654432/GO, Rel. orig. Min. Edson Fachin, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes. Julgado em 4/4/2017 (repercussão geral) (Info 860). A carreira policial, disciplinada pelo art. 144 da CF/88, tem como função exercer a segurança pública, garantindo a “preservação da ordem e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. A carreira policial é o braço armado do Estado para realizar a segurança pública e as Forças Armadas são o braço armado do Estado para garantir a segurança nacional. Diante da relevância de suas funções e considerando que se trata de uma atividade que não pode ser exercida pela iniciativa privada, considera-se que a atividade policial é uma “carreira de Estado”. A atividade policial diferencia-se, contudo, de outras atividades essenciais, como educação e saúde, porque ela não pode ser exercida por particulares. A segurança pública é, portanto, atividade privativa do Estado. Vale ressaltar que, diante de suas peculiaridades, a Constituição disciplinou as carreiras policiais de forma diferenciada, tratando delas em um capítulo específico, distinto do capítulo dos servidores públicos [...].

Logo, não é possível compatibilizar que o braço armado do Estado, quem exerce essa atividade tão específica e diferenciada, faça greve, pois isso colocaria em risco a segurança pública, a ordem social e a paz no seio da comunidade. Os integrantes das carreiras policiais possuem o dever de fazer intervenções e prisões em flagrante, sendo isso inconciliável com o exercício do direito de greve.

Como já afirmado, não há possibilidade de nenhum outro órgão da iniciativa privada suprir a atividade desempenhada pela polícia. Se esta entra em greve, não há como sua função ser substituída (CAVALCANTE, 2018, p.163).

Vale ainda ressaltar que a atividade policial, além de ser de suma importância por si só para a sociedade, se for paralisada, afetará também as atribuições do Ministério Público e do próprio Poder Judiciário.

Assim, a greve não é um direito absoluto e, neste caso, deverá ser feito um sopesamento entre o direito de greve e o direito de todas as pessoas à segurança pública e à manutenção da ordem pública e da paz social. Então, neste caso, há obviamente uma prevalência do interesse público e social sobre o interesse individual de uma categoria.

Por essa razão, se fundamenta que, em nome da segurança pública, os policiais não podem fazer greve (CAVALCANTE, 2018, p. 163). Logo, além dos integrantes das Forças Armadas, não podem fazer greve os membros das seguintes Forças Policiais:

[...] DA SEGURANÇA PÚBLICA

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;

III - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

§ 2º A polícia rodoviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 3º A polícia ferroviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

§ 5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

§ 6º As polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

§ 7º A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.

§ 8º Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei.

§ 9º A remuneração dos servidores policiais integrantes dos órgãos relacionados neste artigo será fixada na forma do § 4º do art. 39. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 10. A segurança viária, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do seu patrimônio nas vias públicas: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 82, de 2014)

I - compreende a educação, engenharia e fiscalização de trânsito, além de outras atividades previstas em lei, que assegurem ao cidadão o direito à mobilidade urbana eficiente; e (Incluído pela Emenda Constitucional nº 82, de 2014)

II - compete, no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, aos respectivos órgãos ou entidades executivos e seus agentes de trânsito, estruturados em Carreira, na forma da lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 82, de 2014) [...] (sitio do Planalto, 2018).

Embora os policiais não possam fazer greve por esse entendimento atual do STF, todavia, podem fazer reivindicações, inclusive através de mediação com o Poder Público, conforme observa Márcio André Lopes Cavalcante (2018, p. 164 e 165):

[...] pensando nisso, o STF afirmou, como alternativa, que o sindicato dos policiais possa acionar o Poder Judiciário para que seja feita mediação com o Poder Público, nos termos do art. 165 do CPC: “Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição”. Nesta mediação, os integrantes das carreiras policiais serão representados pelos respectivos órgãos classistas (ex.: sindicatos, no caso da polícia civil, federal etc; associações, no caso de polícia militar) e o Poder Público é obrigado a participar. Sobre esse tópico, o STF fixou a seguinte tese: “ É obrigatória a participação do Poder Público em mediação instaurada pelos órgãos classistas das carreiras de segurança pública, nos termos do art. 165 do CPC, para vocalização dos interesses da categoria. STF. Plenário, ARE 654432/GO, Rel. orig. Min Edson Fachin, red. p/ o ac.

Min. Alexandre de Moraes, julgado em 5/4/2017 (repercussão geral) (Info 860). [...].

Por fim, vale então ressaltar esse avanço na Administração Pública, podendo certamente usufruir dos meios consensuais para resolução de problemas, o que tem tomado utilizado como instrumento para desafogar os processos judiciais.

3.3 A ADMINISTRAÇÃO DIALÓGICA

A doutrina trabalha com o conceito de Administração Pública monológica, na qual, nas atividades administrativas, os particulares não podem interferir ou participar e com a noção de Administração Pública Dialógica, uma tendência atual na qual, os particulares podem e devem interferir nas atividades, inclusive participar.

O fundamento que se pode extrair dessa Administração Pública Dialógica, em primeiro lugar é o teor do artigo 37 da CF/88:

[...] CAPÍTULO VII

DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Seção I

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

III - o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período;

IV - durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira;

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

VI - é garantido ao servidor público civil o direito à livre associação sindical;
VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;
IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público [...] (sitio do Planalto, 2018).

Veja-se que do princípio da publicidade já se nota que a razão do cidadão, enquanto consumidor do serviço ou mesmo apenas na condição de particular só há sentido em falar em publicidade se o particular puder, de alguma forma, participar, interferir, controlar, fiscalizar.

Por outro lado, a legalidade implica numa conduta conforme a lei e também conforme os princípios, a exemplo da proporcionalidade, razoabilidade, dignidade da pessoa humana, boa-fé, daí, há urgência nesse caráter dialógico, pois decorrer do direito de participação, de informação, de cooperação que se extrai da própria Constituição Federal.

A propósito, o fundamento constitucional mais relevante é o Estado Democrático, onde o cidadão tem o direito de participar dos destinos do Estado, o qual é praticado pelas atividades administrativas, além do que, em observância ao princípio irradiador da dignidade da pessoa humana, o particular que é um cidadão, uma pessoa humana, não poderá ser simplesmente tratado como um objeto da atividade administrativa, mas sim um fim e razão de ser da mesma, conforme se observa do artigo 1º da Carta Política:

[...] Dos Princípios Fundamentais

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição [...] (sitio do Planalto, 2018).

Logo, se todo poder emana do povo, emana do povo também o poder conferido ao administrador público para levar ao fim e ao cabo as atividades administrativas, o que impõe, em regra, a Administração Pública dialógica.

Assim, a doutrina diferencia a administração pública dialógica da administração pública monológica, informando que, enquanto a primeira é uma tendência identificada em algumas atividades administrativas, notadamente na prestação de serviços públicos e nas contratações de grandes empreendimentos, que consiste na abertura de diálogo com os administrados, permitindo que eles colaborem para o aperfeiçoamento ou a legitimação da atividade administrativa; já a segunda, isto é a monológica é mais clássica ou tradicional, na qual os particulares não têm oportunidade de interferir, preventivamente, colaborando para a realização da atividade administrativa (BALTAR NETO e TORRES, 2017, p. 53).

Fernando Ferreira Baltar Neto e Ronny Charles Lopes de Torres (2017, p. 53), exemplificam algumas situações de administração pública dialógica:

[...] Em uma concepção de administração pública dialógica, os particulares podem atuar para colaborar com o aperfeiçoamento da atividade administrativa (ex: no planejamento de um grande empreendimento) ou também para a defesa de legítimos interesses próprios ou metaindividuais (ex: discussões sobre orçamento participativo ou com comunidades afetadas pela futura construção de uma Usina Hidrelétrica) [...].

Dessa maneira, a doutrina leciona (BALTAR NETO e TORRES, 2017, p.53) que essa mudança de paradigma está relacionada, também, à evolução de democracia participativa, à processualização do direito administrativo e à utilização de formas consensuais para resolução de problemas da Administração.

Nesse sentido, o envolvimento de particulares pode, então, ampliar a legitimidade da atuação administrativa, aperfeiçoá-la ou mesmo prevenir futuros conflitos, trazendo benefícios dessa evolução de um modelo autoritário clássico e isolado da atuação administrativa, para um modelo de diálogo, mais eficiente, legitimado e adequado às exigências de um Estado Democrático de Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ser um Estado Democrático significa que não bastam leis que regulem as relações entre as pessoas e entre essas e os poderes públicos, mas o conteúdo da lei deve respeitar os ditames da Constituição e sua finalidade deve ser a pessoa humana.

Não é por outra razão que o artigo 1º da Constituição Federal de 1988 ao elencar as balizas nas quais o Brasil se estruturou, traz a Democracia como valor supremo.

Daí, democracia está atrelada ao conceito de Estado Democrático de Direito, identidade da na República, mas não só isso, seu conteúdo certamente está inserido no conceito contemporâneo de soberania, cidade, sem falar que inexiste dignidade da pessoa humana sem democracia, bem como deixa claro o sentido democrático nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, brilhando ainda mais com a liberdade de ideias num clima de pluralismo político e por fim, para não pairar qualquer dúvida, a democracia é conceituada na observação de que todo poder emana do povo.

Logo, no âmbito do Direito Administrativo, pode-se observar atuação direta do princípio do Estado Democrático na construção do princípio que a doutrina chama pedra de toque do regime administrativo que é o princípio da supremacia do interesse público:

Dessa maneira, a legalidade é uma segurança necessária para frear o arbítrio do Estado, proteção contra o excesso de discricionariedade, abusos de poder, desvios de poder e desvios de finalidade.

A legalidade traça o horizonte de previsibilidade do ato administrativo, dando tranquilidade ao administrador e aos administrados que podem ter o mínimo de razoabilidade de planejamento de suas vidas.

A legalidade protege a probidade e afasta o déspota, realizando o interesse da coletividade no anseio de que o administrador seja coerente e zeloso nos negócios públicos.

A legalidade significa um dos maiores avanços do antigo Estado Absolutista para o Estado de Direito. Ocorre que além de Estado de Direito, o momento atual exige um Estado Democrático de Direito.

Assim, a noção de juridicidade liberdade a Administração Pública da legalidade perversa que burocratizou durante muito tempo os serviços públicos e a atuação administrativa, primando pela execução de políticas públicas, cada vez mais voltadas para satisfação dos administrados.

Verifica-se ênfase na perspectiva sistêmica, cujo centro irradiador de vontades e ordens é a Constituição Federal e uma finalidade que exige maior dedicação em prol dos destinatários de toda função administrativa que é a coletividade e seu bem-estar.

Não se quer dizer que o princípio da legalidade deve ser afastado, mas é salutar que ele exista e conviva com os demais, sendo aplicado em conjunto, no caso concreto.

Os novos tempos exigem novas ideias, novos planejamentos, novas atitudes, inclusive da Administração Pública que conforme ficou verificado, assim tem se portanto, em certos casos, havendo muito que avançar.

Mas já se pode notar na relativização do princípio da continuidade do serviço público sem esquecer-se do dever de prestar um serviço adequado. Também se nota esse avanço no reconhecimento do devido processo legal administrativo, aplicando-se seus corolários do contraditório, da ampla defesa e da duração razoável.

Nesse mesmo sentido é a relativização do conceito de contrato administrativo, pois de certo modo, e em determinados casos é cediço que a Administração Pública atua como particular, a exemplo da locação.

Constata-se uma relativização do serviço público e uma proliferação de agências reguladoras, concentrando-se o Estado na tarefa maior de fiscalizar e deixando, cada vez mais, a atividade executória para outros entes com condições mais especializadas, mas ocorre que a sociedade não sentiu esses benefícios tão sonhados em melhorias de prestações de serviços, é uma promessa de futuro.

Não obstante, emerge um comportamento da Administração Pública, sendo exigida a se adaptar às soluções não adversariais de conflitos a exemplo da conciliação e mediação, a exemplo do que já se faz no processo civil e também no processo penal com a transação penal, talvez com a relativização da legalidade estrita em prol da juridicidade inerente ao respeito pela ordem constitucional, dotada de princípios, essa exigência se concretize.

Finalmente, um dos maiores avanços é o caráter dialógico da atividade administrativa que rompendo com o tradicional monólogo comportamento, consiga ser mais eficiente, não somente alcançando resultados planejados, mas torne a atividade mais prazerosa, bem como realiza os primados do Estado Democrático e da dignidade humana, já que com a participação do particular, daquele cidadão que é o destinatário final e razão de ser da atividade administrativa, a Carta Política deixe de ser uma caixa de promessas para enfim ser uma realidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João. **Direito administrativo**. 3. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

ALEXANDRINO, Marcelo, PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 22. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

BALTAZAR, Fernando Ferreira; TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Direito administrativo**. 7. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodium, 2017.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco, COELHO, Inocêncio Mártires, MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição federal anotada**. 10. ed. rev. atual. e refor. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 32. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

CAVALCANTE, Mário André Lopes. **Principais julgados do STF e STJ comentados**. 32. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zenella. **Direito administrativo**. 29. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE, José Emmanuel Filho; BURLE, Carla Rosa. **Direito administrativo**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

STJ.JUS. **Julgados stf** . Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br> >. Acesso em: 13 jun. 2018

PLANALTO. **Constituição** **federal** . Disponível em:
< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em: 15 jun. 2018

PLANALTO. **Processo** **administrativo** **fiscal** . Disponível em:
< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d70235cons.htm >. Acesso em: 18 mai. 2018.