

QUESTÃO nº 2 (5,0 pontos)

Respostas:

(2.1) as distintas configurações por ele adquiridas nos modelos de Estado denominados “liberal”, “social” e “regulador” (2,0 pontos)

- No Estado liberal: O surgimento do conceito de serviço público no direito francês, e qual a sua importância para a evolução do direito administrativo. A Escola do Serviço Público. A discussão sobre os contornos do conceito A importância da jurisprudência do Conselho de Estado para o direito administrativo. O serviço público e os poderes do Estado para a sua execução. Os poderes da administração. Princípios do serviço público. A origem da prestação de serviços públicos por particulares. Concessões de obras públicas.
- No Estado social: O alargamento das funções do Estado no constitucionalismo social. A administração prestadora de utilidades sociais. Impacto na organização administrativa: desconcentração e descentralização administrativa. A colaboração entre Estado e particulares na prestação de serviços públicos. Formas contratuais. O conceito de serviço público e a relação com os direitos fundamentais. Exigibilidade judicial de prestações de serviço público pelo cidadão.
- No Estado regulador: A “crise” do Estado Social. Limitação orçamentário-financeira e prestação direta de serviços públicos. Neoliberalismo e retirada do Estado da execução direta dos serviços públicos. Delegação a particulares e função reguladora. O modelo norte-americano de agências reguladoras.

(2.2) a configuração existente no direito positivo brasileiro atual, destacando as disposições normativas e jurisprudenciais que definem a matéria, as controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais que envolvem o atual modelo e as teses que atualmente prevalecem (3,0 pontos)

- O conceito de serviço público na Constituição de 1988. Atividade econômica e serviço público.
- Os princípios constitucionais aplicáveis, o art. 37
- Os setores de saúde, educação, cultura, esporte e lazer, ciência e tecnologia e meio ambiente configuram serviços públicos sociais, em relação aos quais a Constituição, ao mencionar que “são deveres do Estado e da Sociedade” e que são “livres à iniciativa privada”

- Fazer referência à existência de lei específica sobre a matéria, a chamada “Lei das Organizações Sociais”.
 - Fazer referência à existência de recente decisão do Supremo Tribunal Federal, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, na qual o tribunal reconhece a constitucionalidade da referida lei. Os parâmetros estabelecidos pela decisão para a prestação de serviços públicos sociais por particulares
-
- As teses que afirmam a existência de um conflito entre o modelo inspirado do direito administrativo francês e a nova configuração adotada a partir dos anos 90, capaz de suscitar a inconstitucionalidade das disposições da LOS especialmente por:
 - ofensa aos deveres de prestação de serviços públicos mencionados em virtude da a transferência de responsabilidade pela atuação do Estado para particulares;
 - potencial violação, pelo novo modelo das Lei das OS, à impessoalidade e aos princípios da legalidade e do concurso público na gestão de pessoal, pois prevê que a própria entidade, como condição para a celebração de contrato de gestão, fixará, por seu Conselho de Administração, a remuneração dos membros de sua diretoria, a estrutura de seus cargos e, através de regulamento, o plano de cargos, salários e benefícios de seus empregados
 - violação ao dever de licitação (CF, arts. 22, XXVII, 37, XXI, e 175), uma vez que, por serem destinatárias de recursos públicos, as OS’s não poderiam se furtar à observância da regra da licitação.
 - As teses doutrinárias que afirmam a constitucionalidade da Lei das Organizações Sociais e que foram adotadas majoritariamente pelo STF na decisão ADI:
 - A atuação do poder público no domínio econômico e social pode ocorrer fornecendo utilidades materiais aos beneficiários (intervenção direta) ou induzindo os particulares à execução de atividades de interesse públicos através da regulação, com coercitividade, ou através do fomento, pelo uso de incentivos e estímulos a comportamentos voluntários (intervenção indireta). Em ambos os casos, o cumprimento efetivo dos deveres constitucionais de atuação estará submetido ao que a doutrina contemporânea denomina de controle da Administração Pública sob o ângulo do resultado.
 - O marco legal das Organizações Sociais assume o caráter de a atividade de fomento público no domínio dos serviços sociais, intervenção indireta portanto, mediante cessão de recursos, bens e pessoal da Administração Pública para as entidades privadas, após a celebração de contrato de gestão.
 - O contrato de gestão possui natureza jurídica de “convênio”: conjugação de esforços com plena harmonia entre as posições subjetivas, que buscam um negócio verdadeiramente associativo, e não comutativo, para o atingimento de um objetivo comum aos interessados: a realização de serviços públicos.

- Em relação à dispensa de licitação, instituída pelo novo regime, trata-se da chamada “função regulatória da licitação”, através da qual a licitação é utilizada como mecanismo de indução de determinadas práticas sociais benéficas, fomentando a atuação de organizações sociais que já ostentem, à época da contratação, o título de qualificação, e que por isso sejam reconhecidamente colaboradoras do Poder Público no desempenho dos deveres constitucionais no campo dos serviços sociais.
- A dispensa da licitação não exige, porém, o administrador público da observância dos princípios constitucionais, de modo que a contratação direta deve observar critérios objetivos e impessoais, com publicidade de forma a permitir o acesso a todos os interessados.
- As organizações sociais integram o chamado “Terceiro Setor”, não fazendo parte do conceito constitucional de Administração Pública, razão pela qual não se submetem, em suas contratações com terceiros, ao dever de licitar. A exigência de licitação terminaria rompendo a lógica de flexibilidade do setor privado, que é a finalidade por detrás de todo o marco regulatório instituído pela Lei. No entanto, por receberem recursos públicos, bens públicos e servidores públicos, seu regime jurídico tem de ser minimamente informado pela incidência do núcleo essencial dos princípios da Administração Pública (CF, art. 37, caput), dentre os quais se destaca o princípio da impessoalidade, de modo que suas contratações devem observar o disposto em regulamento próprio, fixando regras objetivas e impessoais para o dispêndio de recursos públicos.