

SAFIRA ORÇATTO MERELLES DO PRADO

**O CONTROLE JUDICIAL DOS SERVIÇOS PÚBLICOS SOB A PERSPECTIVA DE
CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Dissertação de Mestrado apresentada no Curso de Pós Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Paraná, como requisito para obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof^o. Dr. Clèmerson Merlin Clève.

CURITIBA

2007

SAFIRA ORÇATTO MERELLES DO PRADO

**O CONTROLE JUDICIAL DOS SERVIÇOS PÚBLICOS SOB A PERSPECTIVA DE
CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Dissertação de Mestrado aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito do Estado, no Curso de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela Comissão formada pelos seguintes professores:

Orientador: _____

Prof^o. Dr. Clèmerson Merlin Clève

Prof^o. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho

Prof^o. Dr. Paulo Ricardo Schier

Para a querida Alessandra Ferreira Martins,
in memoriam.

“É preciso, pois, ensinar o povo brasileiro, para que com a aprendizagem possamos garantir a nossa liberdade plena, fundamental para a existência digna. Não ensinar a ser livre, porque a liberdade é traço da natureza humana, mas ensinar a escolher, a exigir, a questionar e a participar, vivendo plenamente a liberdade que nos é ínsita.”

Fabiana Cássia Dupim Souza

SUMÁRIO

RESUMO	vi
RIASSUNTO	vii
INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I – DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	4
1.1 BREVES CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	4
1.2 O REGIME JURÍDICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	10
1.3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....	34
CAPÍTULO II – SERVIÇO PÚBLICO: INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	48
2.1 SERVIÇO PÚBLICO E A RECONFIGURAÇÃO DO ESTADO.....	48
2.2 O SERVIÇO PÚBLICO COMO GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	64
CAPÍTULO III – O CONTROLE JUDICIAL DOS SERVIÇOS PÚBLICOS.....	96
3.1 CONTROLE E LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO.....	96
3.2 A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL ACERCA DA RELEVÂNCIA ECONÔMICA DOS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS.....	130
CONCLUSÕES	150
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	152

RESUMO

A Constituição de 1988 destaca-se em matéria de direitos fundamentais por ter enumerado um extenso rol de direitos, assim como impõe ao Estado o cumprimento de determinados objetivos, enunciados em seu artigo 3º. Além disso, o texto constitucional avultou o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Brasileiro. Deste modo, o Serviço Público deveria ser utilizado como instrumento de concretização de direitos fundamentais, em atendimento aos ditames presentes no texto constitucional. Mas o que se verifica a partir da realidade brasileira é a omissão dos Poderes Legislativo e Executivo quanto à necessidade de implementar os direitos fundamentais. Também pudera, é possível constatar o desinteresse destes representantes em viabilizar o acesso a estes direitos. O que se pretende é manter grande parte dos brasileiros como massa de manobra. E, sob o argumento da falta de recursos, no final da década de 80, o Estado Brasileiro imergiu no processo de reforma, resultando no aumento das tarifas dos serviços públicos. Conseqüentemente, inviabilizou-se a grande parte dos brasileiros o acesso a serviços considerados como componentes da noção de mínimo existencial. Ante a falta de concretização de direitos fundamentais, constata-se cada vez mais a necessidade do Poder Judiciário intervir na formulação de políticas públicas, embora não tenha sido eleito para este fim.

Palavras chave: controle judicial, serviço público, direitos fundamentais.

RIASSUNTO

La costituzione di 1988 è distinta in sostanza dei diritti fondamentali per l'enumerazione del rotolo vasto dei diritti, così come impone al dichiarare l'adempimento dell'obiettivo risoluto, enunciato in relativo articolo 3°. Inoltre, il testo costituzionale ha distaccato la dignità della persona come assestamento del stato brasiliano. In questo modo, il servizio pubblico dovrebbe essere usato come strumento del realizzazione dei diritti fondamentali, a disposizione ai regali dei ditames nel testo costituzionale. Ma che cosa è verificato dalla realtà brasiliana è l'omissione loro legislative e dell'esecutivo quanto alla necessità per effettuare i diritti di base. Inoltre può, è possibile provare il più disinteresse di questi rappresentanti nel rendere possibile l'accesso a questi diritti. Che cosa se intende è mantenere la parte grande dei brasiliani come massa di manovra. Inoltre, sotto la discussione della mancanza di risorse, nella conclusione della decade di 80, il stato brasiliano ha immerso nel processo della riforma del stato, con conseguente aumento delle tariffe dei servizi pubblici. Di conseguenza, è stato reso a parte grande impraticabile dei brasiliani l'accesso i servizi considerati come componente della nozione del minimo existencial. Prima della mancanza di realizzazione dei diritti di fondamentali, ogni volta è il più provato la necessità dell'giudiziario al intervine nel formularization della politica pubblica, nondimeno non è stato di scegliere a questo fine.

Chiave di parole: controllo giudiziario, servizio pubblico, diritti fondamentali.

AGRADECIMENTOS:

Concluir um curso de mestrado, em uma das melhores instituições públicas deste país, é uma dádiva. Mas isto não teria sido alcançado sem a colaboração de algumas pessoas que passo a agradecer:

Primeiramente, à Lourdes Orçatto do Prado, Amadeu Merelles do Prado e Sueli Alves, por tudo, ontem, hoje e sempre;

Para as que moram longe, Mayumi Yoshimura e Tereza Orçatto;

Ao meu caríssimo orientador, prof^o Dr.^o Clémerson Merlin Clève, pela generosidade em ter me acolhido, primeiramente como aluna ouvinte e em seguida como orientanda. Afinal de contas, quantos gostariam de estar no meu lugar? Muito obrigada professor, por todas as suas lições!

Ao prof.^o Celso Ludwig, por ter permitido assistir as suas aulas como aluna ouvinte, fundamentais para a aprovação no processo de seleção do mestrado;

Aos colegas de mestrado (e de sofrimento), pelo companheirismo: Heloísa Krol, Michele Akel e José Carlos Cal Garcia (suas folhinhas amarelas foram muito inspiradoras!);

Aos meus colegas de escritório Márcia Ferreira e Ricardo Kleine, pelo apoio incondicional;

Aos meus fantásticos coordenadores, que agüentaram com muita paciência todas as “crises” da professora-mestranda: Fabrízio Mancini, André Peixoto, Fábio Kampmam e Fábio Teixeira;

Às amigas do coração: Adriana Inomata, Lílian Graciano, Nelissa Mendes, Cinthia Souza, Sonia de Oliveira, Lisiane Stremel, Penélope Bozza, Carolina Fontes Vieira, Daniela Muszkopf,;

Às amigas de coração e de magistério: Luciane Moessa, Alessandra Mattos, Adriana Estigara e Angélica Eufrásio;

Aos meus alunos da UNC, Facear e Radial;

Por fim, um agradecimento especial à mistura de “pai-padrinho-professor”: prof. Romeu Bacellar, muito obrigada!

INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 inaugurou uma nova ordem jurídica, enumerando uma série de direitos fundamentais sociais como o direito à saúde, à educação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à seguridade social. Além do reconhecimento destes direitos, o texto constitucional impôs ao Estado, a partir do artigo 3º, o dever de atingir diversos objetivos, dentre os quais é importante destacar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional e a erradicação da pobreza, da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais.

Para que estes objetivos sejam atingidos, pressupõe-se a concretização de direitos fundamentais. Entre as políticas públicas utilizadas para tal fim, destaca-se o serviço público.

O serviço público constitui-se em um dos principais instrumentos de concretização de direitos fundamentais. Mais do que isso, com a Constituição de 1988, passou a estar intrinsecamente relacionado à dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Brasileiro consubstanciado no artigo 1º do nosso texto constitucional.

Embora os avanços corroborados em termos constitucionais, a realidade brasileira não evoluiu da forma almejada pela Assembléia Constituinte de 1988. A maior parte da arrecadação de tributos, que deveria ser destinada à promoção de serviços públicos, passou a ser “desviada” para o pagamento da dívida externa.

No final da década de 80, na tentativa de resolver o problema da falta de recursos públicos, o Estado Brasileiro imergiu em um processo de reforma, utilizando-se, precipuamente, das privatizações para diminuir o tamanho do aparelhamento estatal, até então considerado como deficitário.

Com isso, ocorreu um aumento das tarifas dos serviços públicos. E ainda, o Estado Brasileiro, em sua feição reguladora, não vem conseguindo conciliar o lucro perseguido pelas concessionárias com a razão de existência daquele instrumento, qual seja, o de concretizar direitos fundamentais proporcionando ao cidadão uma vida digna.

Destarte, as políticas públicas elaboradas pelo Legislativo e Executivo não proporcionam a efetivação do rol de direitos presentes em nosso texto constitucional.

Também pudera, é possível constatar a partir da nossa realidade o desinteresse destes representantes em viabilizar o acesso aos serviços públicos. O que se pretende é manter grande parte dos brasileiros como massa de manobra, velando-se pelas práticas habituais, como a troca de votos por uma consulta médica, por uma cesta básica.

Em razão deste círculo vicioso, em que se preconiza a massificação do eleitorado, aliado ao fato de que nunca atingimos as benesses do Estado de Bem Estar Social, constata-se cada vez mais a necessidade do Poder Judiciário intervir na formulação de políticas públicas, embora não tenha sido eleito para este fim.

E é este o tema do nosso trabalho: verificar até que ponto o Poder Judiciário pode impor ao Estado a prestação de serviços públicos, com o intuito de concretizar os direitos fundamentais consubstanciados no nosso texto constitucional, em razão negligência do Legislativo e Executivo.

Antes de partir para a análise do tema propriamente dito, o primeiro capítulo foi destinado ao estudo do regime jurídico dos direitos fundamentais, em especial no concernente à: aplicabilidade imediata, perspectiva formal e material, dimensão objetiva e subjetiva, bem como a resolução de conflitos entre direitos fundamentais. Em relação aos direitos sociais, foi analisada a questão do caráter programático das normas que recepcionam estes direitos, o caráter subjetivo do direito à prestações, além de algumas considerações sobre a discussão relacionada à eficácia horizontal.

O segundo capítulo foi destinado a traçar um panorama de como o serviço público vem sendo utilizado (ou pelo menos, deveria ser utilizado) como instrumento de concretização de direitos fundamentais. Para tanto, foram analisados alguns aspectos da reforma do Estado no Brasil e também o arcabouço jurídico em relação aos serviços públicos que entendemos como relacionados ao mínimo existencial: saúde, educação, saneamento básico e energia elétrica.

O tema central do trabalho foi desenvolvido no terceiro capítulo, em que se procurou constatar se omissão ou a negligência em relação à prestação de um serviço público deve ser tratada como um ato político ou administrativo.

Em seguida, buscamos trazer à discussão os principais argumentos, favoráveis ou não, em relação ao ativismo judicial, para finalmente analisarmos o comportamento do Poder Judiciário em relação à imposição de prestação de serviços públicos.

O que se pretendeu com o presente trabalho foi de se chegar a uma conclusão (ainda que não definitiva, mas fundamentada) acerca do debate que envolve o tema, levando-se em consideração a realidade brasileira.

CAPÍTULO I – DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

1.1 BREVES CONSIDERAÇÕES INICIAIS.

Direitos fundamentais, direitos naturais, direitos humanos, direitos humanos fundamentais ou ainda, direitos fundamentais do homem. Tais expressões, por vezes, são utilizadas como se fossem sinônimas. Entretanto, a doutrina chama a atenção para a diversidade de conteúdo acerca dos termos mencionados.

CANOTILHO diferencia as expressões “direitos do homem” de “direitos fundamentais”. A primeira “são os direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente”.¹

Perez LUÑO propõe uma definição de direitos humanos como sendo:

(...)un conjunto de facultades e instituciones que, a cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.²

Para o autor, este conceito tem como propósito abarcar as duas principais perspectivas dos direitos humanos, quais sejam, a exigência jusfundamentalista, bem como, a positivação e proteção que proporcionam o seu exercício³.

Vieira de ANDRADE visualiza os direitos fundamentais sob uma dimensão ampla, que abarcaria três perspectivas: a filosófica jusnaturalista; a universalista ou internacionalista e a estatal ou constitucional. Na primeira, os direitos fundamentais são vislumbrados “enquanto direitos de todos os homens, em todos os tempos e em todos os lugares”. A perspectiva universalista diferencia-se da jusnaturalista na medida em que os direitos dos homens presentes em todos os lugares condicionam-se

¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 393.

² LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion**, p. 48.

³ Op . cit., p. 51.

a um certo tempo. Por fim, a perspectiva constitucional refere-se aos “direitos dos homens (cidadãos), num determinado tempo e lugar, isto é, num Estado concreto”.⁴

José Afonso da SILVA adota a expressão “direitos fundamentais do homem”.

E explica:

No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.⁵

A outra divergência versa sobre a relação entre direitos naturais e direitos humanos. Ingo SARLET afirma com base nos ensinamentos de Norberto BOBBIO, que:

A consideração de que o termo ‘direitos humanos’ pode ser equiparado ao de ‘direitos naturais’ não nos parece correta, uma vez que a própria positivação em normas de direito internacional, de acordo com a lúcida lição de Bobbio, já revelou, de forma incontestável, a dimensão histórica e relativa dos direitos humanos, que assim se desprenderam – ao menos em parte (mesmo para os defensores de um jusnaturalismo) – da idéia de um direito natural.⁶

Deste modo, para o doutrinador gaúcho, os direitos naturais são aqueles atribuídos aos homens pelo simples fato de serem humanos. Se positivados na esfera estatal, passam a ser direitos fundamentais; se a abrangência for internacional, se está diante de direitos humanos. Conclui o autor que os direitos naturais estão relacionados à condição humana, mas não são direitos positivados.⁷

A partir desta relação entre direitos naturais, direitos humanos e direitos fundamentais é possível chegar a seguinte conclusão: todo direito humano é direito natural (o que os diferencia é a positivação). No entanto, nem todo direito fundamental

⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, p.11

⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 178.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 36.

é um direito humano. A fundamentação é simples: nem todos os direitos positivados pelo sistema constitucional estão relacionados à natureza humana. SARLET cita como exemplo, o direito ao terço de férias e ao salário mínimo consubstanciados pela Constituição Brasileira⁸. Os referidos direitos são fundamentais, mas não são humanos e nem naturais, pois não guardam uma relação com o homem enquanto ser humano.

Por esta razão, não adotaremos a expressão “direitos humanos fundamentais”, mas sim as expressões “direitos fundamentais” para designar os direitos positivados pelos textos constitucionais e “direitos humanos” para referir-se aos direitos acolhidos pelas declarações internacionais.

Nesta esteira, é de suma importância as mais diversas declarações que contribuíram para o acolhimento, por boa parte dos Estados Nacionais, de direitos fundamentais em seus ordenamentos jurídicos. É o caso da Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia (12.1.1776) e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (27.8.1789).⁹

As declarações de direitos enumeradas foram frutos da derrocada do Estado Absolutista ocasionada, basicamente, pelas Revoluções Americana e Francesa. A partir deste momento histórico, vários Estados acolheram em suas Constituições alguns princípios universais e imutáveis¹⁰, como vida, liberdade, igualdade e propriedade. Estes são os denominados direitos fundamentais de primeira geração¹¹, que impuseram ao Estado Liberal uma verdadeira abstenção.

⁷ Id.

⁸ Ibid, p. 37

⁹ José Afonso da SILVA nos ensina que a Declaração de Direitos da Virgínia é a primeira declaração de direitos fundamentais da modernidade, influenciando até mesmo a Declaração de Independência americana, já que num primeiro momento, este documento não continha qualquer menção a garantia de direitos. Somente com as emendas ao texto é que passou a enumerar e garantir diversos direitos fundamentais (as famosas “10 emendas” de Thomas Jefferson e James Madison). O autor se contrapõe a afirmação de boa parte dos historiadores de que a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão recebeu influência da Declaração da Virgínia: “Na verdade, não foi assim, pois os revolucionários franceses já vinham preparando o advento do Estado Liberal ao longo de todo século XVIII. As fontes filosóficas e ideológicas das declarações de direitos americanas como a francesa são européias, como bem assinalou Mirkine Guetzévitch, admitindo que os franceses de 1789 somente tomaram de empréstimo a técnica das declarações americanas (...)”. *Curso...*, p. 157.

¹⁰ CORBARI, Ana Rosália. **Os direitos e garantias fundamentais no Brasil**: a distância entre previsão constitucional e concretização na sociedade, p. 8.

¹¹ Ou dimensões, como prefere Ingo SARLET, ao afirmar que o vocábulo “geração” pode dar ensejo à idéia de superação, o que não ocorre em relação aos direitos fundamentais, posto que as dimensões de direitos estão umbilicalmente relacionadas. *A eficácia...*, p.54-55

Neste contexto, os direitos consagrados pelos textos constitucionais estavam interligados ao homem enquanto ser individualmente considerado. Daí a preocupação com a liberdade de consciência, de culto, de reunião.¹²

Com o dinamismo histórico, a humanidade passa a conviver com uma série de transformações, principalmente nas relações entre capital e trabalho. O marco referencial deste momento foi a Revolução Industrial, que fez surgir novas necessidades.

A abstenção do Estado Liberal, guardião dos chamados direitos negativos, já não atendia mais as exigências deste modelo histórico. “A idéia, ínsita ao Estado liberal, da separação Estado-sociedade é reavaliada, dando surgimento à compreensão de que o Estado deve prover para que a sociedade logre recuperar as suas angústias estruturais.”¹³ Consequentemente, várias manifestações surgiram em prol dos chamados direitos sociais, sendo que muitos foram incluídos nos textos constitucionais.

Os direitos sociais ou os direitos fundamentais de segunda geração, tais como Saúde, Assistência Social, Educação e Trabalho, passaram a delinear uma nova concepção de Estado, de um Estado interventor na economia e de prestador de serviços públicos, com o intuito de concretizar os direitos fundamentais positivados na Constituição.

Com o Pós-Guerra e a preocupação a partir da metade do séc. XX pelo meio ambiente, os direitos fundamentais de terceira geração revelam-se como protetores, não do homem enquanto ser individualizado, mas enquanto ser pertencente à coletividade. Deste modo, a titularidade destes direitos é difusa ou coletiva¹⁴. Neste rol podemos enumerar o direito à paz, à solidariedade, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento sustentável, ao meio ambiente.¹⁵

¹² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**, p. 109.

¹³ *Ibid*, p. 110.

¹⁴ Justamente por se tratar de titularidade cuja dimensão é coletiva, CANOTILHO batiza esta geração de direitos fundamentais como sendo de “direitos dos povos”. *Direito Constitucional...*, p. 386.

¹⁵ Neste sentido é a jurisprudência do STF, acolhendo o direito ao meio ambiente como direito fundamental de terceira geração: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - ESTAÇÃO ECOLÓGICA - RESERVA FLORESTAL NA SERRA DO MAR - PATRIMÔNIO NACIONAL (CF, ART. 225, PAR.4.) - LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA QUE AFETA O CONTEUDO ECONOMICO DO DIREITO DE PROPRIEDADE - DIREITO DO PROPRIETARIO A INDENIZAÇÃO - DEVER ESTATAL DE RESSARCIR OS PREJUÍZOS DE ORDEM PATRIMONIAL SOFRIDOS PELO PARTICULAR - RE NÃO CONHECIDO. - Incumbe ao Poder Público o dever constitucional de proteger a flora e de adotar as necessárias medidas que visem a coibir praticas lesivas ao equilíbrio ambiental. Esse encargo, contudo, não exo-

Para Paulo BONAVIDES, há ainda uma quarta geração de direitos fundamentais, pautados na questão da globalização política, inserindo nesta geração o direito à democracia, ao pluralismo e à informação.¹⁶

André Ramos TAVARES preconiza que a quarta dimensão de direitos tutela certos grupos sociais: idosos, crianças e os afrodescendentes. Entretanto, afirma que a tutela a estes grupos já existe a partir das dimensões anteriores, da mesma forma que o direito à participação democrática está inserido nos clássicos direitos políticos de primeira geração.¹⁷

Por outro lado, SARLET concorda com a proposta formulada por BONAVIDES, ao afirmar que:

...os direitos contra a manipulação genética, mudança de sexo, etc., como integrando a quarta geração, oferece a nítida vantagem de constituir, de fato, uma nova fase no reconhecimento dos direitos fundamentais, qualitativamente diversa das anteriores, já que não se cuida apenas de vestir com roupagem nova reivindicações deduzidas, em sua maior parte, dos clássicos direitos de liberdade.¹⁸

Independentemente da classificação dos direitos fundamentais em três ou em quatro gerações, a Constituição Federal de 1988 inaugura uma nova ordem jurídica enumerando um extenso rol de direitos. Clèmerson Merlin CLÈVE denomina este fenômeno de viragem paradigmática dos direitos fundamentais.¹⁹

Com efeito, no Brasil, antes do texto constitucional de 1988, tínhamos um Direito Constitucional voltado para as razões de Estado. Neste contexto, o estudo do Direito Constitucional era relegado a uma simples categorização disciplinar e que,

nera o Estado da obrigação de indenizar os proprietários cujos imóveis venham a ser afetados, em sua potencialidade econômica, pelas limitações impostas pela Administração Pública. (...) - **direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: a consagração constitucional de um típico direito de terceira geração** (CF, art. 225, caput). RE 134297/SP. Relator Min. Celso de Mello. 1ªT. DJ 22/09/1995, grifo nosso.

¹⁶ Para o autor, os direitos de 4ª geração viabilizariam uma sociedade futura mais aberta, abarcando todas as relações de convivência em um contexto de universalidade. **Curso de Direito Constitucional**, p.571. Neste diapasão, CANOTILHO descreve o que seriam as quatro gerações de direitos fundamentais: “a primeira seria a dos direitos de liberdade, os direitos das revoluções francesa e americana; a segunda seria a dos direitos democráticos de participação política; a terceira seria a dos direitos sociais e dos trabalhadores; a quarta a dos direitos dos povos.” *Direito Constitucional...*, p. 386.

¹⁷ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**, p.415.

¹⁸ *A eficácia...*, p. 61.

por vezes, em termos interpretativos, sucumbia ao Direito Civil.²⁰ Tal fenómeno explicava-se na medida em que a Constituição era apenas o instrumento que organizava o Estado. Neste discurso, o ente estatal assumia o foco da dogmática constitucional.²¹

Com o advento da Constituição de 1988 ocorreu a inversão de paradigma. E esta, antes interpretada sob o viés das razões de Estado, passa a ser analisada a partir de uma visão emancipatória. Esta nova dogmática constitucional procura interpretar o novo texto a partir dos direitos fundamentais, mesmo porque, pela primeira vez na história brasileira, o texto constitucional inicia-se com a garantia de direitos fundamentais, para só depois reger a organização do Estado. Importante asseverar que a Constituição de 1988 inova ao alargar a extensão dos direitos e garantias, não se limitando, apenas aos direitos individuais, como fazia a Constituição anterior.²²

Em razão disto, segundo Clèmerson Merlin CLÈVE:

O foco desta dogmática não é o Estado, mas, antes, a pessoa humana exigente de bem estar físico, moral e psíquico. Esta dogmática distingue-se da primeira, pois não é positivista, embora respeite de modo integral a normatividade constitucional, emergindo de um compromisso principialista e personalizador para afirmar, alto e bom som, que o direito Constitucional realiza-se, verdadeiramente, na transformação dos princípios constitucionais, dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e dos direitos fundamentais em verdadeiros dados inscritos em nossa realidade constitucional.²³

Sob esta nova perspectiva, o estudo do Direito Constitucional passa a ser valorizado. Todo o sistema jurídico passa a ser interpretado a partir da Constituição. Esta passa a ser vislumbrada como um “filtro” em que todas as normas do sistema devem passar para serem aplicadas. E esta “filtragem” tem como pressuposto a preeminência normativa da Constituição.²⁴

¹⁹ **O controle de constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais**, p. 391.

²⁰ Em razão do fato do texto constitucional desta época tratar-se apenas de uma constituição semântica, nos termos das lições de Karl LOEWENSTEIN, **Teoria de la Constitución**, p. 218.

²¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**, p. 18.

²² PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**, p. 37.

²³ *A eficácia dos direitos sociais...*, p. 18.

²⁴ Paulo Ricardo SCHIER nos ensina que a filtragem constitucional não pode ser projetada para qualquer concepção de sistema constitucional. Deve-se ter como pressuposto a Constituição enquanto

Este é, ainda que sucintamente, o contexto que se insere o estudo do presente capítulo: dentro da perspectiva emancipatória que preconiza a concretização dos direitos fundamentais, sendo o Estado o meio para a obtenção deste fim. Neste ponto, é importante compreender a sistemática normativa atribuída aos direitos fundamentais pela Assembléia Constituinte de 1988. É o que se pretende a seguir.

1.2 O REGIME JURÍDICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

1.2.1 A questão da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais: o parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal.

Nos termos do § 1º do art. 5º da CF: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” O questionamento doutrinário sobre o dispositivo versa sobre o seu grau de eficácia, mais precisamente, se possui eficácia suficiente para incutir em todas as normas garantidoras de direitos fundamentais a aplicabilidade necessária para a concretização dos referidos direitos.

Constata-se que a discussão acerca da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais insere-se no tema atinente à aplicabilidade das normas constitucionais.

No âmbito nacional, o jurista mais lembrado no tocante ao temário é o prof. José Afonso da SILVA, para quem todas as normas constitucionais têm eficácia, ainda que seja mínima. A esta eficácia mínima o autor atribui à nomenclatura de “eficácia paralisante” ou negativa. É “paralisante” na medida em que a norma constitucional paralisa a legislação e os atos administrativos que vão de encontro ao seu comando normativo.²⁵ Deste modo, qualquer norma constitucional pode ser utilizada como parâmetro para revogar leis anteriores ao seu advento, ou ainda, como supe-

um sistema aberto de regras e princípios, “que permitirá pensar o Direito Constitucional em sua perspectiva jurídico-normativa em diálogo com as realidades social, política e econômica. Então, com a filtragem constitucional fala-se da preeminência normativa da Constituição pressupondo uma teoria da norma constitucional que compreenda a sua dimensão normativo-linguística e também material”.

Filtragem Constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica, p. 106.

²⁵ **Aplicabilidade das normas constitucionais**, p. 82.

dâneo para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos administrativos supervenientes.²⁶

Para o jurista, o que diferencia as normas constitucionais é a possibilidade de produção de efeitos positivos, possibilitando o exercício do direito resguardado pela própria norma. Consequentemente, o jurista classifica as normas constitucionais como sendo de eficácia plena, contida e limitada.²⁷ As primeiras são normas de aplicabilidade direta, integral, sem a necessidade de qualquer intervenção legislativa, pois já produzem todos os seus efeitos (sejam eles positivos ou negativos).²⁸

As normas de eficácia contida são normas de aplicabilidade imediata, produzindo todos os seus efeitos. No entanto, a própria Constituição autoriza que os efeitos positivos destas normas possam vir a ser restringidos pelo legislador.²⁹ É o que ocorreu, por exemplo, com o advento da Lei 9.296/96, que restringiu a quebra de sigilo em comunicações telefônicas (art. 5º, XII da CF).

Por fim, a norma de eficácia limitada tem aplicabilidade mediata, reduzida. Por si só, apresentam apenas efeitos negativos. Para que seus efeitos positivos venham a lume, necessitam de integração legislativa. Subdividem-se em normas de princípios institutivos, que se caracterizam por indicarem uma nova legislação que lhe atribuirá eficácia positiva; ou ainda, normas programáticas, que impõem ao Estado a promoção de projetos de desenvolvimento.³⁰

Levando-se em conta a distinção entre os efeitos negativos e positivos, a interpretação sobre o §1º do art. 5º da CF gera controvérsias no âmbito doutrinário. Flávia PIOVESAN afirma que o preceito contido no §1º do art. 5º da CF tem por finalidade assegurar a força vinculante dos direitos fundamentais, com o objetivo de tor-

²⁶ Nos ensinamentos de Paulo Ricardo SCHIER, esta dimensão negativa é uma decorrência da preeminência normativa da Constituição. Deste modo, impõe-se a nulificação (negação) de toda ordem infraconstitucional que não estiver de acordo com o pacto constituinte e não sendo possível aplicar a interpretação conforme. “Assim, o sentido da negação manifesta-se apenas quando, sob qualquer hipótese, não puder prevalecer o sentido de afirmação e realização”. Op. cit., p. 103.

²⁷ A adoção desta classificação no presente trabalho não exclui outras, como por exemplo, a do prof. Luis Roberto BARROSO em: normas constitucionais de organização (responsáveis pela organização do poder político); normas constitucionais definidoras de direito (cuja finalidade é arrolar direitos fundamentais individuais); normas programáticas (traçam as finalidades a serem alcançadas pelo Estado). **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**, p. 90.

²⁸ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade...*, p. 82

²⁹ Id.

³⁰ Ibid., p. 150

nar possível a exigência destes direitos em relação ao Legislativo, Executivo e Judiciário.³¹

Deste modo, a aplicabilidade imediata impõe aos Poderes Públicos a tarefa de promover a concretização dos direitos e garantias fundamentais. A eficácia vinculante dos direitos fundamentais passa a tornar questionável a ampla discricionariedade dos Poderes Públicos na referida tarefa de concretização.³²

Com entendimento oposto, há os que defendem a inviabilidade do §1º do art. 5º da CF de erradiar a eficácia imediata para todas as normas de direitos fundamentais. Nestes termos é a lição do prof. Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO:

A aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais tem por limite a natureza das coisas. Isto é, não pode ter aplicação imediata, diga o que disser a Constituição, uma norma incompleta. E a melhor prova disso é que a Constituição, que no art. 5º, §2º, afirma solenemente a aplicação imediata das normas de definidoras de direitos e garantias fundamentais, prevê no mesmo art. 5º, LXXI, um mandado de injunção para o caso em que direitos, liberdades e prerrogativas fundamentais inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania não podem ser exercidos por falta de norma regulamentadora...

Em conclusão, somente podem ter aplicação imediata normas completas, suficientemente precisas na sua hipótese e no seu dispositivo, para que possam ter a plenitude da eficácia.³³

E também há os que defendem que a aplicabilidade imediata do mencionado dispositivo restringe-se apenas aos direitos fundamentais enumerados pelo art. 5º. Neste ponto, é instigante a proposta formulada por João Pedro GEBRAN NETO, ao afirmar que no momento em que “restringe” o alcance do mencionado dispositivo, está estendendo os seus efeitos com relação à eficácia. Afirma o autor que a sua interpretação é aparentemente restritiva, posto que esta “restrição” tem o condão de viabilizar os direitos arrolados pelo art. 5º do nosso texto constitucional, independen-

³¹ *Proteção Judicial...*, p. 92.

³² *Id.*

³³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**, p. 312.

temente da propositura de qualquer medida judicial³⁴, com o fito de se buscar a intervenção legislativa, ante a aplicabilidade imediata. Para o restante do catálogo, pondera que:

Resta deixar bem claro que as opções aqui assumidas não enfraquecem em nada os demais direitos fundamentais, cujo gozo e fruição continuaram a depender exclusivamente de sua densidade normativa, forma de positivação e dos princípios da máxima efetividade e força normativa da constituição. Aquilo que até hoje a doutrina mais avançada produziu, acerca dos direitos fundamentais não-catalogados continua valendo. Apenas para os direitos catalogados, que possuem uma força especial, é que se reserva uma forma especial de interpretação, aplicação e concretização.³⁵

O autor ainda apresenta duas fundamentações para corroborar o seu entendimento: a primeira refere-se à técnica legislativa, posto que os parágrafos devem referir-se aos artigos a que estão atrelados, ante a disposição topográfica destes; a segunda propugna que a interpretação extensiva “resulta numa verdadeira negação de validade do dispositivo constitucional.”³⁶

Para José Afonso da SILVA, “a Constituição é expressa sobre o assunto, quando estatui que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata.”³⁷ No entanto, o mesmo autor pondera que a própria Constituição atribui a algumas normas constitucionais a dependência de intervenção legislativa:

Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos econômicos e sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada, de princípios programáticos e de aplicabilidade indireta, mas são tão jurídicos como as outras e exercem relevante função, porque, quanto mais se aperfeiçoam e adquirem

³⁴ Segundo o autor, apenas aos direitos fora do catálogo “estará reservado o mandado de injunção o papel (diga-se ineficaz) que o STF lhe atribuiu.” **A aplicação imediata dos Direitos e Garantias Individuais:** a busca de uma exegese emancipatória, p.176.

³⁵ Op. cit., p. 163-4;

³⁶ Ibid., p. 158.

eficácia mais ampla, mais se tornam garantias da democracia e do efetivo exercício dos demais direitos fundamentais.³⁸

CANOTILHO ao comentar o art. 18 da Constituição Portuguesa que versa sobre a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, afirma que:

...os direitos, liberdades e garantias são regras e princípios jurídicos, imediatamente eficazes e actuais, por via directa da Constituição e não através da *auctoritas interpositio* do legislador. Não são simples *norma normarum* mas *norma normata*, isto é, não são meras normas para a produção de outras normas, mas sim normas directamente reguladoras de relações jurídico-materiais.³⁹

Entretanto, pondera o jurista português, que em que pese a “aplicabilidade qualificada” das normas de direitos fundamentais, isso não significa que os direitos preconizados nos dispositivos transformem-se, automaticamente, em direitos subjetivos, concretos e definitivos, não dispensando, portanto, intervenção legislativa.⁴⁰

Jorge MIRANDA, também ao comentar o dispositivo da Constituição Portuguesa, nos ensina que o sentido da norma em comento é o de:

a) salientar o carácter preceptivo, e não programático, das normas sobre direitos, liberdades e garantias; b) afirmar que estes direitos se fundam na Constituição e na lei; sublinhar (na expressão bem conhecida da doutrina alemã) que não são os direitos fundamentais que se movem no âmbito da lei, mas a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais.⁴¹

O referido autor, utilizando a sua classificação⁴² acerca da aplicabilidade das normas constitucionais, considera que ao se tratar de uma norma “exequível por si mesma”, o enunciado do art. 18 impinge a “imediata invocação dos direitos por força

³⁷ **Curso de Direito Constitucional...** p. 180.

³⁸ Id.

³⁹ *Direito Constitucional...*, p. 438.

⁴⁰ Id.

⁴¹ **Manual de Direito Constitucional.** Tomo IV, p. 282.

⁴² Para um maior aprofundamento acerca da classificação proposta por Jorge MIRANDA, vide: **Manual de Direito Constitucional.** Tomo II, p. 246-256.

da Constituição, ainda que haja falta ou insuficiência da lei”.⁴³ Assevera que na ocorrência de regulamentação, esta apenas estabelecerá a instrumentalização para o exercício dos direitos e delimitação entre os mesmos.⁴⁴

Entretanto, se a norma “não é exeqüível por si mesma”, o sentido do dispositivo contido no art. 18 vem a ser a imposição ao legislador de confeccionar regulamentação necessária para concretizar os direitos fundamentais. Ante a omissão em relação à implementação destas medidas, deverá ocorrer o controle de constitucionalidade por omissão.⁴⁵

Ingo SARLET apresenta um posicionamento que procura conciliar a divergência entre os que advogam a necessidade de intervenção legislativa para a concretização de direitos fundamentais e os que preconizam que a fruição destes direitos independe do legislador. O autor interpreta o art. 5º, §1º da CF como sendo uma norma de caráter eminentemente principiológico – um mandado de otimização – impondo ao poder público o dever de atribuir a “maior eficácia possível aos direitos fundamentais”⁴⁶. Consequentemente, a aplicabilidade imediata deverá ser auferida a partir do caso concreto, em razão do seu caráter principiológico.

Ainda, acredita que é possível atribuir ao preceito em exame o efeito de gerar uma presunção em favor da aplicabilidade imediata das normas garantidoras de direitos fundamentais; este seria um *plus* imanente às normas de direitos fundamentais, “que tem por finalidade justamente a de ressaltar sua aplicabilidade imediata independentemente de qualquer medida concretizadora”⁴⁷.

Conclui que as normas de direitos fundamentais possuem maior eficácia e aplicabilidade, sendo que estes adjetivos não estão adstritos apenas e tão somente ao catálogo de direitos fundamentais. No entanto, mesmo dentre as normas de direitos fundamentais, reconhece que poderá haver uma gradação referente à aplicabilidade e a eficácia destas, dependendo da forma como foram positivadas pelo texto constitucional⁴⁸.

⁴³ **Op. cit.**, Tomo IV, p. 284.

⁴⁴ *Id.*

⁴⁵ *Id.*

⁴⁶ *Eficácia...*, p. 285

⁴⁷ *Ibid*, p. 286.

⁴⁸ *Id.*

Pelo o exposto, o que se constata é que, pelo menos no âmbito doutrinário, há um consenso de que as normas de eficácia plena são diretamente aplicáveis, seja pela sua natureza jurídica, seja pela eficácia atribuída pelo art. 5º, §1º da C.F. Geralmente, as normas de eficácia plena trazem consigo os chamados direitos de defesa, que em sua maioria englobam os direitos individuais. Estes direitos traduzem-se em grande parte, numa abstenção por parte do Estado. Para Luis Roberto BARROSO, os direitos individuais vêm recebendo uma “razoável” proteção por parte do Poder Judiciário, e enumera alguns exemplos de controle judicial, como a guarda e garantia da propriedade, a inexigibilidade de tributo ante a inobservância do princípio da anterioridade e o relaxamento de prisão ilegal.⁴⁹

A grande questão verifica-se na eficácia referente as normas limitadas, e em especial, as normas programáticas. Estas normas trazem em seu bojo tarefas a serem cumpridas pelo Estado, notadamente, a concretização de direitos sociais. A característica marcante destes direitos é a forma de concretização: necessitam de prestações do Estado. Daí a discussão: e se o legislador não regulamenta estes programas? E se a Administração Pública não promove as políticas públicas necessárias para o cumprimento desta regulamentação? Pode o cidadão exigir, via Poder Judiciário, esta prestação? Estas questões serão examinadas no item 1.3.1.

1.2.2 Os direitos fundamentais sob o aspecto material e formal: os parágrafos 2º e 3º do art. 5º da Constituição Federal.

O Poder Constituinte Originário, ao consagrar o §2º do art. 5º da Constituição da República⁵⁰, estabelece uma cláusula de abertura, possibilitando a inserção de novos direitos ao regime jurídico dos direitos fundamentais.

Por uma simples interpretação do referido enunciado, é possível identificar a existência de direitos fundamentais sob duas perspectivas: a formal e a material. A partir desta dualidade, identificam-se três espécies de direitos fundamentais: direito

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**, p. 142.

fundamental em sentido formal e material, direito fundamental em sentido formal e direito fundamental em sentido material. O que se discute neste ponto é de como definir a materialidade de um direito fundamental, ou seja, quais seriam os requisitos necessários para atribuir materialidade a um direito a ponto de incluí-lo no regime jurídico dos direitos fundamentais, mesmo não estando expresso na Constituição.

CANOTILHO, ao interpretar a cláusula de abertura da Constituição Portuguesa (art. 16^a/1), afirma que a “orientação tendencial de princípio é a de considerar como direitos extraconstitucionais materialmente fundamentais os direitos equiparáveis pelo seu objecto e importância aos diversos tipos de direitos formalmente fundamentais”.⁵¹ Dentro desta perspectiva, conceitua os direitos fundamentais materiais como sendo “os direitos subjectivamente conformadores de um espaço de liberdade de decisão e de auto-realização, servindo simultaneamente para assegurar ou garantir a defesa desta subjectividade pessoal.”⁵²

Vieira de ANDRADE vincula a materialidade dos direitos fundamentais ao princípio da dignidade da pessoa humana. Afirma o jurista que o referido princípio é a base de todo o ordenamento jurídico:

Realmente, o princípio da dignidade da pessoa humana está na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados, quer dos direitos e liberdades tradicionais, quer dos direitos de participação política, quer dos direitos dos trabalhadores e direitos a prestações sociais.⁵³

O autor destaca que a vinculação dos direitos a este princípio pode ocorrer em diferentes graus. Deste modo, alguns direitos espelham a dignidade em um primeiro grau, como é o caso do direito à vida e à liberdade física. Outros direitos podem decorrer destes que explicitam a dignidade em “primeiro grau”, ou seja, apresentam-se de forma a externar a dignidade da pessoa humana, mas em segundo grau, como é o caso do direito à manifestação, habitação, férias, Saúde e etc⁵⁴.

⁵⁰ §2º do art. 5º da CF: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

⁵¹ Op. cit., p. 403.

⁵² Ibid, p. 406.

⁵³ Op. cit., p. 102.

⁵⁴ Id.

No Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana foi recepcionado pela Constituição Brasileira sob a forma de fundamento da organização política do Estado Democrático Brasileiro. Segundo Carmem Lúcia Antunes ROCHA, a recepção da dignidade humana enquanto fundamento do Estado Brasileiro significa que o Estado existe para o homem enquanto “sujeito de dignidade, de razão digna e supremamente posta acima de todos os bens e coisas, inclusive do próprio Estado.”⁵⁵

Deduz-se que, a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, é possível vislumbrar o Estado como um instrumento, cujo fim é o de suprir as necessidades do homem, concebidas por meio de direitos fundamentais. Importante destacar que a dignidade humana também deve ser conjugada com a noção de cidadania, evitando-se que o individualismo prevaleça de forma desmedida em relação a interesses de cunho coletivo.⁵⁶

Ao se adotar a dignidade da pessoa humana como pressuposto para a concessão de materialidade a um direito, é possível constatar a existência de direitos material e formalmente constitucionais, que são aqueles fundados no referido princípio e que estão expressamente arrolados no texto constitucional.

Há ainda direitos formalmente constitucionais, pois, em que pesem o fato de estarem arrolados no texto constitucional, não guardam uma relação direta com a dignidade humana. E por fim, há os direitos que não estão arrolados no catálogo constitucional, mas que, em razão de estarem intimamente interligados à dignidade da pessoa humana, são considerados como direitos materialmente fundamentais e por isso, inserem-se no regime jurídico dos direitos fundamentais.

Neste diapasão, Vieira de ANDRADE cita como exemplo os direitos da personalidade, que estão positivados no Código Civil Português. Segundo o autor, seriam direitos naturais fundamentais presentes em legislação ordinária, posto que estes “direitos constituem posições subjectivas, universais e permanentes, directamente ligadas à dignidade dos homens e mostram uma analogia flagrante com direitos constitucionais, como o direito à integridade moral e física (...).”⁵⁷

SARLET discorda da exemplificação proposta por Vieira de ANDRADE. Para o jurista gaúcho, os direitos da personalidade nada mais são do que deduções rela-

⁵⁵ **O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social**, p. 34.

⁵⁶ *Id.*

⁵⁷ *Op. cit.*, p. 87-88.

cionadas ao direito de liberdade e da dignidade da pessoa humana. São, portanto, direitos implícitos, em razão do fundamento decorrer de direitos já presentes no texto constitucional.

Entretanto, SARLET não descarta a possibilidade da legislação infraconstitucional trazer ao ordenamento jurídico, direitos fundamentais não previstos pela Constituição. Mas enfatiza que a função primordial da legislação infraconstitucional é concretizar e regulamentar os direitos fundamentais previstos na Constituição. É o caso do direito a alimentos (decorrência do direito à vida com dignidade), regulamentado no âmbito constitucional.⁵⁸

Além dos direitos implícitos, SARLET interpreta a expressão “direitos fundamentais decorrentes do regime e dos princípios” como sendo aqueles direitos que não estão presentes no catálogo de direitos fundamentais (Título II), mas que estão relacionados aos princípios fundamentais presentes no Título I da nossa Constituição. Ou seja, estes “direitos decorrentes” devem demonstrar uma vinculação, uma “relação de sintonia (importância equiparada) com os direitos do catálogo”⁵⁹, para que possam fazer parte do regime jurídico de direitos fundamentais.

Outra questão que ainda causa celeumas na doutrina é a da recepção pelo nosso ordenamento jurídico dos tratados de direitos humanos.

Flávia PIOVESAN nos ensina que há duas teorias sobre a aplicabilidade dos tratados internacionais: a monista e a dualista. Pela primeira, os tratados internacionais são recepcionados automaticamente, a partir da ratificação, enquanto que pela teoria dualista é necessária a recepção legislativa⁶⁰ (que deve ocorrer por meio de Decreto Legislativo, nos termos do art. 49, I da Constituição).

A autora sustenta a tese de que o Direito Brasileiro adota um sistema misto e justifica ao afirmar que se adota a teoria monista em relação aos tratados de direitos humanos, pela necessidade de serem recepcionados imediatamente, nos termos do art. 5º § 1º da Constituição. Por outro lado, em relação aos demais tratados internacionais, aplica-se a teoria dualista, com a necessidade de recepção legislativa.⁶¹

⁵⁸ *A eficácia...* p. 102-4.

⁵⁹ *Ibid*, p.108.

⁶⁰ **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**, p. 85-6.

⁶¹ *Ibid.*, p. 86.

Para o STF, além da necessidade de recepção legislativa, é necessário que o Presidente da República elabore um decreto para que o tratado seja efetivado, produzindo efeitos como se fosse a promulgação de uma lei ordinária. Aliás, é nesta categoria que os tratados eram recepcionados.⁶² Este era o entendimento da Corte Suprema antes da entrada em vigor do § 3º do art. 5º da Constituição, cuja redação é a seguinte: “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

Para Flávia PIOVESAN, o §3º do art. 5º vem a reforçar o §1º, qual seja, de que os tratados sobre direitos humanos tem aplicabilidade imediata e status de norma constitucional.⁶³

Com entendimento diverso, André Ramos TAVARES entende que a inserção do §3º do art. 5º não tem o condão de estabelecer a recepção automática dos tratados de direitos humanos na seara constitucional. Defende que a interpretação adequada acerca do dispositivo é de impor ao Congresso Nacional a tarefa de recepcionar os tratados de direitos humanos por meio de processo legislativo destina-

⁶² “(...) É na Constituição da República - e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas - que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro. O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe - enquanto Chefe de Estado que é - da competência para promulgá-los mediante decreto. O iter procedimental de incorporação dos tratados internacionais - superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado - conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. (...)

Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico (“lex posterior derogat priori”) ou, quando cabível, do critério da especialidade.(...)” Trechos da ementa da ADI nº 1480/ DF, em que foi Relator o Ministro Celso de Mello. Julgamento em 04/09/1997. Disponível em <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>. Acesso em 24 de fevereiro de 2007.

do às emendas constitucionais. Consequentemente, o Congresso Nacional não teria como optar pela recepção do tratado como emenda constitucional ou como lei infra-constitucional.⁶⁴

Alega o autor que o tratado deverá ser recepcionado como emenda constitucional se todo o seu teor versar sobre direitos humanos. Caso contrário, apenas os dispositivos que versam sobre o tema é que deverão ser recepcionados desta forma.⁶⁵

SARLET entende como desnecessária a inserção do §3º, nos moldes como foi redigido. Segundo o autor, o que o enunciado deveria conter seria uma disposição no sentido de corroborar expressamente a recepção automática dos tratados internacionais sobre direitos humanos, bem como atribuir o status de norma constitucional.⁶⁶

Recentemente o STF manifestou-se sobre o novo parágrafo 3º do artigo 5º, e ainda, apresentou novo entendimento à sistemática do parágrafo 2º do mesmo dispositivo. A manifestação ocorreu por meio do Recurso Extraordinário nº 466.343-1 SP, de relatoria do Ministro Cezar Peluso. No citado recurso, foi recolocada a discussão a respeito dos efeitos jurídicos do Pacto de São José da Costa Rica no ordenamento jurídico brasileiro, mais propriamente em relação à (im)possibilidade de prisão do depositário infiel.

A jurisprudência da Corte, até então, era de que o Pacto de São José, em que pese tratar-se de um tratado sobre direitos humanos, foi recepcionado como lei ordinária. Por conseguinte, aplicando-se as regras de antinomia, o entendimento era de que o tratado não revogava as disposições do Decreto Lei 911/69, posto que este se trata de uma regulamentação especial, enquanto que o Pacto de São José é regulamentação geral.⁶⁷

A mudança de entendimento, ou mais propriamente, a abertura de um precedente, pode ser mensurada pelo voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes⁶⁸ no

⁶³ *Direitos Humanos...* p. 87.

⁶⁴ Op. cit., p. 469.

⁶⁵ Id.

⁶⁶ *A eficácia...* p. 160.

⁶⁷ Conferir neste sentido o RE nº 206.482-3 SP, de relatoria do então Ministro Maurício Correa.

⁶⁸ Até o presente momento, este foi único voto disponibilizado na íntegra (<http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=215768&tip=UN¶m=prisão%20depositário>) , apesar do próprio Relator e dos Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa,

recurso em comento, em que defende uma mudança de entendimento pela Corte, condizente com a nova realidade constitucional, que pressupõe um “Estado Constitucional Cooperativo”, nos termos dos ensinamentos de Peter HABERLE.

Nesta nova concepção, não é possível admitir um ente estatal voltado para si mesmo, mas que sirva de parâmetro para outros Estados Constitucionais que fazem parte de uma determinada comunidade, passando a ser de suma importância o tema relacionado a direitos humanos/fundamentais.

MENDES passa a defender um novo entendimento, com a finalidade de garantir um lugar especial às normas de tratados que versam sobre direitos humanos, como já ocorre em outros países:

Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de *supralegalidade* aos tratados e convenções de direito humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de *supralegalidade*.

Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.⁶⁹

Ao defender a supralegalidade dos tratados sobre direitos humanos, o Pacto de São José da Costa Rica passa a produzir efeitos no sentido de “paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.”⁷⁰ Refere-se o julgador aos artigos 1287 do Código de 1916 e art. 652 do Novo Código Civil (ambos com redações semelhantes). E ainda, menciona que o Decreto Lei 911/69 também tem a sua eficácia jurídica paralisada, ante os efeitos jurídi-

Carlos Britto, Marco Aurélio e Carmem Lúcia já terem se manifestado, no sentido de indeferir o Recurso Extraordinário interposto por uma Instituição Bancária.

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário nº 466343. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=215768&tip=UN¶m=prisão%20depositário>, p. 21.

⁷⁰ Op. cit., p. 28.

cos supralegais do Pacto recepcionado pelo ordenamento brasileiro. Portanto, a prisão de depositário em alienação fiduciária deixa de ter fundamentação legal⁷¹.

Segue o Ministro ao afirmar que a supralegalidade do tratado não impede que o mesmo seja recepcionado como emenda ao texto constitucional, nos termos do § 3º do art. 5º da nossa Constituição, “esvaziando”, portanto, a discussão sobre o status constitucional dos tratados de direitos humanos. Ainda sobre o novo dispositivo, pondera que:

Em termos práticos, trata-se de uma declaração eloqüente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais.

Não se pode negar, por outro lado, que a reforma também acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico.⁷²

Por todo o exposto, e possível constatar que o §2º do art. 5º da nossa Constituição trata-se de uma cláusula de abertura, possibilitando a inserção de novos direitos que passarão a fazer parte do regime jurídico dos direitos fundamentais. O §3º do art. 5º veio dirimir as dúvidas com referência ao status do tratado no ordenamento jurídico: será qualificado como emenda à Constituição somente se aprovado em cada uma das casas do Congresso, em dois turnos e com aprovação de 3/5. Caso contrário, poderá ser recepcionado pelo ordenamento jurídico, mas como norma supralegal, nos termos do novo entendimento professado pelo STF.

Se antes havia dúvidas sobre a aplicabilidade imediata dos tratados Internacionais de direitos humanos, com a inserção do §3º no art. 5º, a interpretação não pode ser outra: há necessidade de recepção legislativa para que o Tratado passe a produzir efeitos no ordenamento jurídico brasileiro.

De forma diversa do que o esposado pela douta jurista Flávia PIOVESAN, em vez de fortalecer a aplicabilidade imediata dos tratados de direitos humanos, o

⁷¹ Id.

⁷² Ibid., p. 10-11.

§3º do art. 5º veio dirimir as dúvidas em relação ao status do tratado no ordenamento brasileiro.

Por conseguinte, verifica-se a pertinência do entendimento de SARLET sobre o referido dispositivo, a ponto de classificá-lo como “desnecessário”. Poderíamos a partir dos ensinamentos do jurista defender o posicionamento de que a Emenda Constitucional nº. 45, que trouxe o artigo objeto de análise para o ordenamento brasileiro, é inconstitucional, em razão de dificultar a aplicabilidade, em termos constitucionais, dos tratados de direitos humanos ratificados pelo chefe de Estado Brasileiro. Como bem elucidado pelo jurista gaúcho, o novo dispositivo deveria de forma expressa atribuir aplicabilidade imediata aos referidos textos internacionais, bem como, de forma automática, atribuir status de norma constitucional.

1.2.3 A perspectiva objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais.

A visualização dos direitos fundamentais, sob as perspectivas objetiva e subjetiva, é fruto de intenso debate no âmbito do Direito Constitucional Contemporâneo.

A dimensão objetiva corresponde aos direitos fundamentais como valores básicos de uma ordem constitucional; expressa valores comunitários, revelando-os, definindo os seus limites.⁷³

Por outro lado, a perspectiva subjetiva é vislumbrada a partir do ser enquanto indivíduo. Esta dimensão permite ao titular de um determinado direito a adoção de um comportamento ou poder de “produzir efeitos sobre certas relações jurídicas”.⁷⁴

Destarte, CANOTILHO nos ensina que uma norma de direito fundamental que consagra um direito subjetivo estabelece uma relação trilateral entre o titular, o destinatário e o objeto do direito. Na medida em que surge o direito subjetivo do titular, ao destinatário surge a obrigação do cumprimento de uma tarefa (comissiva ou não) em relação a um determinado objeto.⁷⁵ Vieira de ANDRADE parte da idéia de

⁷³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit., p.161.

⁷⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 152.

⁷⁵ *Direito Constitucional...*, p. 1240.

que o direito subjetivo “implica um poder de vontade própria para a realização de interesses que também são reconhecidos como próprios do respectivo titular.”⁷⁶

Para Jorge Reis NOVAIS, os direitos subjetivos decorrem da feição objetiva:

Dir-se-á que da própria existência de um direito subjectivo (em sentido lato) e, designadamente, de um direito dirigido ao Estado, resulta sempre uma dimensão objectiva, uma vez que na relação jurídica em que o direito se integra é sempre possível abstrair das referências subjectivas e relacionais.⁷⁷

Com efeito, nos ensina o autor que há normas de direitos fundamentais que inserem-se na perspectiva objetiva, mas não na subjetiva. Deste modo, seria possível impor ao Estado um determinado dever, independentemente de titularização individual, ou ainda, sem que este dever assumia feições subjetivas. Para o autor, isto implica em uma “primazia lógico-jurídica” da dimensão objetiva de direitos fundamentais. E completa:

O direito subjetivo só surge quando ao particular é reconhecida uma pretensão qualificada ao cumprimento daquele dever normativamente exigido ao Estado, quando, na concepção *kelseniana*, através da *actio*, se coloca a ordem jurídica ao dispor do titular do interesse, dando-lhe, nessa medida, a faculdade de participar extraordinariamente na formação da vontade estatal mediante o acto administrativo ou a sentença judicial.⁷⁸

De forma diversa, ALEXY afirma que um dever de proteção estatal meramente objetivo é insuficiente. Deste modo, defende que, em dúvida, deve o intérprete optar por uma presunção subjetiva. A subjetividade tenderia a garantir uma possibilidade maior de efetivação⁷⁹.

Esta presunção defendida por ALEXY, Reis NOVAIS avalia com reservas, na medida em que a “existência de uma verdadeira acção popular de garantia de todas as situações de vantagem objectivamente concedidas, surge o risco da própria

⁷⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit., p. 163.

⁷⁷ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**, p. 68.

⁷⁸ Op. cit., p. 71.

⁷⁹ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**, p. 173 e seguintes.

paralisa da justiça administrativa ou constitucional.”⁸⁰ Ao se considerar a presunção subjetiva sem reservas, a compensação viria na restrição do acesso ao tribunais, o que de nada adiantaria.⁸¹

Mesmo porque, Reis NOVAIS defende que a determinação sobre a judiciabilidade de um direito subjetivo compete ao legislador, em relação as normas de direitos fundamentais objeto de relativa indeterminação. No entanto, ante a omissão legislativa, ou ainda, diante de normas constitucionais “auto-suficientes”, o Poder Judiciário poderá “recorrer directamente à norma de direito fundamental para reconhecer, na ausência de decisão do legislador, a existência de subjetivo público(...)”⁸²

Pablo VERDU, com base nas lições do constitucionalista suíço MÜLLER, destaca a importância de se conjugar as perspectivas objetiva e subjetiva com o intuito de se garantir a plena eficácia dos direitos fundamentais; merecem destaque no contexto constitucional não apenas enquanto fatores de ordem dentro do contexto social, mas também, enquanto garantia do desenvolvimento social de cada um.⁸³

Para Paulo BONAVIDES, os direitos de primeira geração traduzem-se como atributos interligados à pessoa, cuja característica marcante é a subjetividade. Outrossim, o autor pontifica que os direitos sociais também possuem esta característica, sendo “tão justiciáveis quanto à primeira”; explica que seu posicionamento está calcado na aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, ressaltando a mudança de posicionamento acerca do tema, já que na maior parte dos sistemas jurídicos prevalecia o entendimento de que apenas os direitos negativos são justiciáveis ante a aplicabilidade imediata⁸⁴.

É justamente a discussão sobre a subjetividade/justiciabilidade dos direitos sociais que será analisado no item 1.3.1.

⁸⁰ Ibid., p. 97

⁸¹ Id.

⁸² Ibid., p.120.

⁸³ VERDU, Pablo Lucas. **El sentido constitucional: aproximacion al estudio del sentir constitucional como modo de integracion política**, p. 174.

⁸⁴ *Curso...*, p. 565

1.2.4 Restrição dos e colisões entre direitos fundamentais.

A Constituição Brasileira é um sistema normativo aberto de regras e princípios.⁸⁵ Deste modo, os direitos fundamentais são enunciados em nosso texto constitucional por meio destas espécies de normas, que podem colidir entre si, ou ainda, sofrer restrições por parte do legislador. O estudo relativo ao temário foi primeiramente desenvolvido por Ronald DWORKIN⁸⁶ e em seguida por Robert ALEXY⁸⁷.

Pela premissa de uma sistemática lógico-estrutural, DWORKIN identifica os princípios como considerações relacionadas à moral, sendo que estes se constituem em exigências de justiça e equidade. Outrossim, os princípios apresentam-se como instrumentos para busca de uma decisão hábil a solucionar um determinado conflito de interesses. Portanto, indicam o caminho a ser trilhado para buscar uma solução e por isso lhes são atribuídos um caráter “*prima facie*”. Por outro lado, as regras trazem comandos definitivos, o que significa que estas normas fixam antecipadamente a solução para um determinado caso concreto⁸⁸.

Ainda é possível identificar a diferença entre as espécies normativas⁸⁹ quando há conflitos entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens ou valores constitucionalmente protegidos. Caso a colisão ocorra a partir de normas

⁸⁵ Para CANOTILHO, “ (1)é um sistema jurídico porque é um sistema dinâmico de normas; (2) é um sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica (Caliess), traduzida na disponibilidade e <<capacidade de aprendizagem>> das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da <<verdade>> e da <<justiça>>; (3) é um sistema normativo, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas é feita através de normas; (4) é um sistema de regras e princípios , pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a forma de regras.” *Direito Constitucional...*, p. 1145.

⁸⁶ Principalmente por meio da obra “**Levando os direitos a sério.**”

⁸⁷ Op. cit., p. 81 e seguintes.

⁸⁸ Op. cit., p.40 e seguintes.

⁸⁹ CANOTILHO enumera de forma didática os principais critérios para diferenciar regras de princípios: “a) *Grau de abstracção*: os *princípios* são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as *regras* possuem uma abstracção relativamente reduzida; b) *Grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto; os *princípios* por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa; c) *Carácter de fundamentalidade* no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de direito); d) <<*Proximidade*>> da *idéia de direito*: os *princípios* são <<standards>> juridicamente vinculantes radicados nas exigências de <<justiça>> (Dworkin) ou na <<idéia de direito>> (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional; f) *Natureza normogénica*: os princípios são fundamentos de regras, isto é,

principiológicas, prevalecerá o princípio de maior peso ou importância ante a situação em concreto. Já a dimensão das regras relaciona-se à validade, aplicando-se a lógica do “tudo ou nada” (regra posterior revoga anterior; regra especial revoga geral; regra hierarquicamente superior revoga inferior)⁹⁰.

A partir de uma distinção qualificativa entre regras e princípios, ALEXY sustenta que os últimos são normas que devem ser concretizadas na maior medida possível, dentro de parâmetros jurídicos e fáticos já existentes; por concretizarem-se sob diferentes medidas, são denominados de mandados ou imperativos de otimização.⁹¹ De forma diversa, as regras são normas que podem ou não ser cumpridas, em razão da declaração de invalidade de uma delas, ou ainda, pela inserção de uma cláusula de exceção.⁹²

Como delineado, os direitos fundamentais podem apresentar-se sob a forma de princípios ou de regras. Se os direitos fundamentais apresentarem-se como princípios, a sistemática para a solução de colisão⁹³ já foi mencionada: a partir de uma situação em concreto, o princípio mais “leve” deve ceder à medida de peso atribuída ao outro princípio.

A ponderação está pautada na chamada teoria externa dos limites dos direitos fundamentais. Por esta teorização, os direitos fundamentais são princípios, que veiculam comandos apenas *prima facie*, portanto, restringíveis a partir de uma dada situação⁹⁴. Esta cedência que ocorre entre os direitos fundamentais, a partir de uma

são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.” *Direito Constitucional...*, p.1146-47, itálico do autor.

⁹⁰ DWORKIN, Ronald. Op. cit., p. 39 e seguintes.

⁹¹ Op. cit., p. 86.

⁹² Ibid., p.87-8.

⁹³ Além da colisão entre direitos fundamentais, a doutrina arrola uma outra espécie de limitação entre direitos, a chamada concorrência. Tal fenômeno ocorre quando o comportamento do titular afeta o âmbito de proteção de vários direitos. É o caso do direito à formação de partidos políticos que está em “contato” com a liberdade de expressão e a liberdade de associação. CANOTILHO, J.J. Gomes. Op. cit., p. 1253.

⁹⁴ De forma oposta, para a teoria interna, os direitos fundamentais não são passíveis de restrição. Deste modo, a partir do caso concreto, o intérprete deverá identificar o conteúdo juridicamente estabelecido pelo constituinte e adequá-lo a questão de fato; por conseguinte, não há que se falar em ponderação de direitos fundamentais, mas apenas e tão somente em adequação. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios, p. 141. Ao comentar a teoria interna, BOROWSKI assinala: “En el caso de derechos no limitables, el procedimiento de aplicación jurídica cumple la tarea de verificar si el contenido aparente del derecho es también su contenido verdadero. (...) Primero se examina si, a la luz del caso concreto, el ámbito del contenido aparente del derecho há sido afectado. En caso afirmativo, deve decidirse si el contenido aparente del derecho también vale como contenido verdadero. La diferencia fundamental consiste, sin embar-

situação em concreto, decorre de limitações inerentes aos direitos fundamentais, batizados pela doutrina como “limites imanentes”.

GAVARA DE CARA nos ensina que os limites imanentes são os que estão vinculados de forma inseparável aos direitos fundamentais, não os superando ou ainda, não exorbitando do seu conteúdo jurídico. Conclusivamente, a imanência está relacionada ao fato de que os direitos fundamentais comportam em si mesmos determinados limites.⁹⁵

O doutrinador faz uma distinção entre limites “imanentes” e “exmanentes”. Os primeiros são limites não escritos, mas inseridos na estrutura interna dos direitos fundamentais, enquanto que os “exmanentes” são os limites delineados de forma expressa pelo texto constitucional.⁹⁶

Ainda com relação aos limites imanentes, Vieira de ANDRADE os caracteriza como sendo:

Limites máximos de conteúdo que se podem equiparar aos limites do *objeto*, isto é, aos que resultam da especificidade do bem que cada direito fundamental visa proteger, ou melhor, da parcela da realidade incluída na respectiva hipótese normativa (a imprensa, o domicílio, a fé, a família, a propriedade, a profissão).⁹⁷

Para Jorge Reis NOVAIS não há que se falar em limites imanentes em abstrato e a priori; segundo o autor, o que justifica a cedência entre direitos fundamentais a partir de uma dada situação é a “reserva geral imanente de ponderação”. E completa:

Porém, ao contrário do que se poderia erroneamente inferir desta qualificação, quando os poderes constituídos, fundamentados nessa reserva, procedem à harmonização ou compatibilização de bens, no sentido da solução das colisões entre os interesses de liberdade e os interesses que se lhes

go, em que el contenido aparente no comprende ninguna posicion normativa, sino solamente un fenómeno por dilucidar em términos del reconocimiento de lo jurídicamente debido.” **La estructura de los derechos fundamentales**, p.69.

⁹⁵ **Derechos fundamentales y desarrollo legislativo**: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn, p. 183.

⁹⁶ *Ibid*, p. 274.

⁹⁷ *Op. cit.*, p. 215. Itálico do autor.

opõem ou podem vir a opor nos casos concretos, não procedem à mera declaração de limites já existentes, mas determinam, de uma maneira geral constitutivamente, de entre várias hipóteses de solução ao seu dispor, o se, o como e o quanto da eventual cedência (restrição) dos direitos fundamentais.⁹⁸

O modo como a ponderação de direitos ocorrerá no caso concreto deve pautar-se nos critérios já estabelecidos pelo princípio da proporcionalidade⁹⁹, quais sejam necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

Pelo subprincípio da necessidade, a medida a ser tomada no caso concreto deve ser indispensável “para a conservação do próprio direito ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa.”¹⁰⁰ Pela adequação, os meios utilizados devem estar de acordo com a finalidade a ser adotada¹⁰¹; e por fim, a proporcionalidade em sentido estrito reflete na necessidade de utilização de medidas que resguardem todos os direitos envolvidos em uma situação concreta. Isto porque, uma determinada medida pode ser necessária e adequada para resguardar um direito, mas poderá ser desproporcional, por afetar demasiadamente o núcleo normativo do outro direito.¹⁰²

ALEXY, com base na proporcionalidade em sentido estrito, formulou uma lei de ponderação segundo a qual “cuanto mayor es el grado de la no-satisfacción de um principio, tanto mayor tiene que ser la importância de la satisfacción del outro”.¹⁰³

Ainda dentro do temário relacionado à restrição de direitos fundamentais, um outro ponto comumente abordado é o que versa sobre a intervenção (restrição) legislativa.

⁹⁸ Op. cit., p. 570-1.

⁹⁹ Como nos ensina Suzana de Toledo de Barros (**O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**, p. 70-3), a nomenclatura “proporcionalidade” foi atribuída pela doutrina alemã, que a usa de forma indiferente para discriminar o que a doutrina americana entende por razoabilidade. Em razão disto, não é raro encontrarmos a utilização destas expressões como se fossem sinônimas. Ou ainda, há doutrinadores que preferem integrar a proporcionalidade ao conteúdo jurídico da razoabilidade. É o caso dos professores Luis Roberto Barroso (**Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional**, p. 72-3) e Maria Sylvia Zanella Di Pietro (**Direito Administrativo**, p. 95).

¹⁰⁰ BARROS, Suzana de Toledo. Op. cit., p. 79.

¹⁰¹ Ibid, p. 76.

¹⁰² Ibid, p. 82-3.

¹⁰³ Op. cit., p. 161.

Acerca do tópico, CANOTILHO nos ensina que esta intervenção legislativa pode ocorrer no sentido de proporcionar o desenvolvimento de direitos fundamentais, seja através de normas de conformação - são aquelas que completam disposições constitucionais carentes de regulamentação - seja através de normas concretizadoras, que tem por objetivo mediar a concretização de direitos que, a bem da verdade, não necessitam de intervenção legislativa.¹⁰⁴

A intervenção legislativa pode vir a restringir direitos fundamentais a partir de normas restritivas da própria Constituição, ou seja, o Poder Constituinte Originário restringe direitos fundamentais por meio de regras constitucionais, ou ainda, autoriza o legislador infraconstitucional a fazê-lo.¹⁰⁵

Quando o legislador constitucional restringe direitos fundamentais por meio de regras, significa que já elaborou um juízo de ponderação “entre bens e interesses potencialmente conflitantes”.¹⁰⁶

Reis NOVAIS diferencia as restrições em sentido *lato* – qualquer comportamento estatal que afete de forma desvantajosa um direito fundamental – e em sentido estrito – alteração legislativa geral e abstrata. O autor ainda menciona uma outra categoria de restrição, a intervenção restritiva, em que a partir dela altera-se a dimensão individual/subjetiva do direito fundamental, mas permanece inalterada a norma objetiva.¹⁰⁷

Em relação às restrições delegadas ao legislador infraconstitucional, é importante destacar que não se trata de um “cheque em branco” emitido pelo legislador constitucional; ou seja, esta restrição deverá proteger o núcleo essencial dos direitos fundamentais, tendo como parâmetro novamente o princípio da proporcionalidade, como bem nos ensina Vieira de ANDRADE:

O poder de restrição é um poder excepcional, não apenas porque necessita de ser autorizado, mas também porque não se justifica em regra (como regra). O legislador tem, por isso, de se basear (nas situações excepcionais

¹⁰⁴ Op. cit., p. 1250.

¹⁰⁵ Id. Ainda com relação a classificação acerca das restrições, ALEXY a estrutura da seguinte forma: restrições diretamente constitucionais, podendo ser expressas ou tácitas (que decorrem da necessidade de conciliação entre direitos ou bens constitucionalmente protegidos); restrições indiretamente constitucionais, que são aquelas delegadas pelo constituinte ao legislador. Op. cit., p. 278-281.

¹⁰⁶ NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., p. 577.

¹⁰⁷ Ibid., p. 193-4.

ou casos especiais em que a restrição se torne necessária) num outro valor constitucional que imponha o sacrifício do direito fundamental. Se esse valor não existir ou não exigir tanto quanto o legislador alega, então a restrição não é legítima e viola o conteúdo essencial do preceito constitucional que prevê o direito fundamental em causa. Não se trata aqui de um limite abstracto fixo, de uma proibição absoluta, mas de uma proibição relativa, referida a um conteúdo essencial *elástico* e só em concreto determinável. Neste sentido, o conteúdo essencial dos preceitos relativos aos direitos, liberdades e garantias começa onde acaba a possibilidade (legitimidade) da sua restrição.¹⁰⁸

Deste modo, caso o legislador adote postura no sentido de inviabilizar o exercício de um direito fundamental, seja pela restrição total deste direito, seja pela restrição parcial que afete o núcleo essencial, a norma infraconstitucional deverá ser declarada como inconstitucional, nos parâmetros definidos pelo princípio da proporcionalidade.

Constata-se, portanto, que a restrição de direitos fundamentais pressupõe necessariamente a reserva de lei e a utilização dos imperativos da razoabilidade e da proporcionalidade, a fim de que o núcleo essencial do direito fundamental seja garantido. Têm-se aqui dois instrumentais vislumbrados pela doutrina como sendo os “limites dos limites”.

A referida expressão foi difundida pela doutrina alemã, ainda no contexto da Constituição de Bonn, para caracterizar as balizas normativas que restringem as limitações dos direitos fundamentais por parte do Estado:

Embora não haja consenso sobre quais são os limites dos limites dos direitos fundamentais, esta expressão é largamente empregada na doutrina europeia para designar as várias restrições que as ordens constitucionais prescrevem como condições de legitimidade da atividade legislativa na seara dos direitos fundamentais. No constitucionalismo germânico, por exemplo, costumam ser apontados como limites dos limites o princípio da proporcionalidade e do respeito ao conteúdo essencial, o princípio da reserva legal, a proibição de que as leis restritivas versem sobre um só caso, e o co-

¹⁰⁸ Op. cit., p. 239. Itálico do autor.

mendo no sentido de que as lei mencione o direito fundamental restringido.¹⁰⁹

A Constituição Portuguesa, ao contrário da brasileira, traz expressamente uma disposição sobre as regras atinentes às limitações de direitos fundamentais¹¹⁰. Entretanto, a omissão do texto constitucional brasileiro não pode significar que o legislador tem liberdade para restringir direitos. Os limites dos limites, em que pesem não estarem consubstanciados no texto constitucional, tratam-se de curadores dos direitos e liberdades constitucionais, devendo, portanto, serem compreendidos de forma inseparável dos próprios direitos fundamentais.¹¹¹

Outra baliza que deve ser observada pelo legislador, presente na Constituição Portuguesa¹¹², mas não no texto constitucional brasileiro, refere-se ao princípio da vedação de retrocesso.

Tal princípio se constata mediante uma lei regulamentadora, que ao instituir um determinado direito, não poderá ser revogada tendo em vista o fato de que o direito garantido passou a fazer parte do patrimônio jurídico da cidadania.¹¹³ Por conseguinte, o legislador passa a sofrer esta limitação, no sentido de não poder extinguir “um direito ou uma garantia, especialmente os de cunho social, sob pena de promover um retrocesso, abolindo um direito fundado na Constituição.”¹¹⁴

No contexto português, esclarece Cristina QUEIROZ que o referido princípio impede o legislador de eliminar prestações sociais, ou ainda, o proíbe de eliminá-las sem qualquer alternativa ou compensação:

Uma vez dimanada pelo Estado a legislação concretizadora do direito fundamental social, que se apresenta face a esse direito como ‘lei de protecção’ (Schutzgesetz), a acção do Estado, que se consubstanciava num ‘de-

¹⁰⁹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Op. cit., p. 298.

¹¹⁰ Art. 18.2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

¹¹¹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Op. cit., p. 301.

¹¹² 18. 3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

¹¹³ BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional...* p. 152.

¹¹⁴ BARROSO, Luis Roberto. Op. cit, p. 152-3.

ver de legislar', transforma-se num dever mais abrangente: o de não eliminar ou revogar esta lei.¹¹⁵

Em que pese no texto constitucional brasileiro não constar nenhuma disposição expressa sobre o referido tema, a vedação de retrocesso é reconhecida como um princípio implícito a ser observado pelo legislador brasileiro. Os argumentos de defesa desta assertiva estão presentes na própria Constituição Brasileira: nos fundamentos constitucionais do princípio do Estado democrático e social de direito, do princípio da dignidade da pessoa humana e ainda, do princípio da máxima efetividade das normas garantidoras de direitos fundamentais.¹¹⁶

É evidente que se o legislador não observar o princípio da vedação de retrocesso, caracterizar-se-á uma inconstitucionalidade, passível de controle judicial. A vedação de retrocesso, portanto, inibe o legislador a oportunizar o retorno de uma omissão inconstitucional.¹¹⁷

1.3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.

1.3.1 Direitos sociais: a questão do caráter programático e do direito subjetivo às prestações;

Para José Afonso da SILVA, direitos sociais são:

... as prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.¹¹⁸

Os direitos fundamentais sociais enquadram-se na categoria de direitos prestacionais, por exigirem do Estado “o provimento de condições materiais, servi-

¹¹⁵ **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais**, p.79-80.

¹¹⁶ SARLET, Ingo W. *A eficácia...* p. 455-6.

¹¹⁷ BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional...* p. 153.

¹¹⁸ *Curso...*, p. 285.

ços e instituições capazes de suprir bens e interesses pertinentes à situação econômica, social e cultural dos indivíduos.”¹¹⁹

Esta dimensão prestacional é constatável na medida em que o Estado deve atuar positivamente¹²⁰ para concretizar os direitos sociais. Num primeiro momento, o Estado-legislador deverá regulamentar a forma como os direitos sociais serão implementados, para em seguida o Estado-administrador criar as políticas públicas para a consecução da regulamentação. E ainda, como veremos adiante, incumbe ao Estado-juiz a tarefa de apreciar as demandas que visam a concretização dos direitos sociais.¹²¹

Antes de analisarmos o papel do Estado-legislador em relação aos direitos sociais, é relevante verificarmos as formas como estes direitos foram colhidos pelos textos constitucionais. Para isso, nos utilizaremos das lições de CANOTILHO, que formula quatro modelos de positivação de direitos sociais. O primeiro deles refere-se às “normas sociais” como sendo normas programáticas.

Como já mencionado anteriormente, as normas programáticas são aquelas que impõem ao Estado o cumprimento de determinados objetivos. Além disso, “as normas programáticas, transportando princípios conformadores e dinamizadores da Constituição, são susceptíveis de ser trazidas à colação no momento de concretização”.¹²²

Os direitos fundamentais sociais também podem ser estatuídos por meio de normas de organização. Assim como as normas programáticas, as organizatórias também impõem ao legislador a realização de direitos sociais.¹²³

A constitucionalização dos direitos sociais como garantias institucionais é uma terceira possibilidade de positivação:

¹¹⁹ MELLO, Cláudio Ari. **Os Direitos Sociais e a Teoria Discursiva do Direito**, p. 246.

¹²⁰ A partir da relação jurídica do indivíduo com o Estado, JELLINEK formulou a teoria do *status*, que compõe-se do *status subjectionis*, *status negativus*, *status positivus* e *status activus*. O primeiro refere-se à situação de subordinação do indivíduo frente ao Estado; o *status negativus* abrange a esfera de liberdade do indivíduo, que pressupõe uma abstenção estatal. É no *status positivus* que JELLINEK enquadra os direitos sociais, ante a necessidade de prestações estatais; por fim, completa a sua teoria com o *status activus*, que consiste na possibilidade do cidadão participar na formação da vontade política, por meio do voto. Apud ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**, p.247-266.

¹²¹ O papel do Estado-administrador será analisado no capítulo 2, assim como o papel do Estado-juiz será analisado no capítulo 3 deste trabalho.

¹²² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional...*, p. 473

¹²³ Id.

A constitucionalização das garantias institucionais traduzir-se-ia numa imposição dirigida ao legislador, obrigando-o, por um lado, a respeitar a essência da instituição e, por outro lado, a protegê-la tendo em atenção os dados sociais, econômicos e políticos (ex.: medidas protetoras da família, da Saúde pública, da administração local). Não se trata, porém, ainda, do reconhecimento de direitos subjectivos, embora as garantias institucionais sejam elementos importantes da interpretação da lei e da Constituição no âmbito dos direitos sociais.¹²⁴

Por fim, os direitos sociais podem ser positivados enquanto direitos subjectivos públicos. Neste ponto, o autor português chama a atenção para os efeitos de se atribuir uma dimensão subjectiva aos direitos fundamentais sociais, ou de considerá-los como simples imposições constitucionais.

A maioria dos direitos fundamentais sociais foi albergada nos ordenamentos jurídicos por meio de normas programáticas, ou seja, por normas que necessariamente dependem do legislador infraconstitucional para a produção de todos os seus efeitos jurídicos. Em razão desta necessidade de interposição legislativa, alguns afirmam que os direitos sociais não são direitos, tendo em vista o fato de que a omissão “dos órgãos competentes para a concretização destas imposições não se ligam quaisquer sanções jurídicas, mas apenas efeitos políticos”.¹²⁵

A respeito da produção de efeitos meramente políticos com relação ao descumprimento de concretização por parte do legislador, Cláudio Ari de MELLO completa:

Essa doutrina admite que os direitos sociais constitucionalizados imponham um dever de editar as leis e implementar as medidas administrativas necessárias para a satisfação dos direitos, mas trata-se de um dever meramente político, que deve ser cobrado do Estado mediante métodos e argumentos políticos e nas instâncias políticas da sociedade, sobretudo nos parlamentos.¹²⁶

¹²⁴ Id.

¹²⁵ Id.

Entretanto, este posicionamento vem mudando. Com a inauguração de uma nova ordem jurídica em 1988, iniciaram-se novos e diversos estudos relativos a efetivação dos direitos sociais. E estes estudos causaram reflexos nos tribunais brasileiros que até então negavam a qualificação de direitos subjetivos aos direitos sociais, justamente pelo fato da positivação ter ocorrido via norma programática.

Dentre os juristas preocupados com a efetivação do texto constitucional de 1988, destaca-se Clémerson Merlin CLÈVE, para quem todas as normas constitucionais produzem “eficácia jurídica de vinculação”, quer sob uma perspectiva negativa, quer sob uma perspectiva positiva.

Em relação ao aspecto negativo, a decorrência seria a possibilidade de “exigir uma abstenção ou respeito à limites”. Com relação à perspectiva positiva:

- (i) informam o sentido da Constituição, definindo a direção do atuar do operador jurídico no momento da interpretação e da integração da Constituição;
- (ii) condicionam o legislador, reclamando a concretização (realização) de suas imposições; se nem sempre podem autorizar a substituição do legislador pelo juiz, podem, por vezes, autorizar o desencadear de medidas jurídicas ou políticas voltadas para a cobrança do implemento, pelo legislador, do seu dever de legislar.¹²⁷

Para Luis Roberto BARROSO, sob o ângulo subjetivo, as normas programáticas conferem ao cidadão de imediato o direito a:

- (A) opor-se judicialmente ao cumprimento de regras ou à sujeição a atos que o atinjam, se forem contrários ao sentido do preceptivo constitucional;
- (B) obter, nas prestações jurisdicionais, interpretação e decisão orientadas no mesmo sentido e direção apontados por estas normas, sempre que estejam em pauta os interesses constitucionais por ela protegidos.¹²⁸

Importante trazer à discussão uma diferenciação feita pela doutrina relacionada aos direitos prestacionais, entre direitos originários e direitos derivados:

¹²⁶ MELLO, Cláudio Ari. **Os direitos fundamentais sociais e o conceito de direito subjetivo**, p. 120.

¹²⁷ **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**, p. 321.

¹²⁸ *O direito constitucional...*, p. 117.

Os direitos prestacionais originários seriam aqueles que permitem desde logo ao intérprete encontrar na disposição constitucional uma dimensão subjetiva forte. Portanto, são direitos desde logo usufruíveis pelo cidadão e que, por isso, podem, mesmo sem regulamentação, ser reclamados perante o Poder Judiciário. Outros, ao contrário, são direitos prestacionais derivados, porque no campo constitucional, produzem uma dimensão subjetiva fraca, que demanda, portanto atuação do legislador.¹²⁹

Cristina QUEIROZ alega que é usual afirmar que os direitos fundamentais sociais não legitimam pretensões jurídicas originárias; mas determinam no tocante as chamadas prestações existenciais o dever do Estado de prestar determinadas prestações, ou ainda, “direitos de quota-parte” (*derivative Teilhaberechte*), que podem até mesmo ter como base os direitos de defesa, tais como o “direito de igual acesso, obtenção e utilização” e o “direito de participação” ou de “igual cota-parte”, em relação à escolas, transporte coletivo e serviços de Saúde.¹³⁰

É inegável, portanto, a subjetividade dos direitos sociais, seja em relação aos direitos originários, seja em relação aos direitos derivados (em que pese a subjetividade mais “fraca”). Aliás, a consequência mais importante de se atribuir subjetividade a um determinado direito é a justiciabilidade, isto é, a possibilidade do seu titular de invocá-lo em juízo, traduzindo-se em uma “acção, uma ‘actividade positiva’, que expressa um ‘dever de prestação’.”¹³¹

Em relação aos direitos sociais originários, como decorrência da subjetividade constatável em grau máximo, o cidadão poderá pleitear em juízo a prestação de forma imediata. Por outro lado, sobre os direitos derivados, em razão da subjetividade fraca, a prestação não poderá ser pleiteada de imediato, ante a necessidade de intervenção legislativa. Mas esta intervenção poderá ser requerida via Poder Judiciário.

¹²⁹ CLÈVE, Clémerson Merlin. **Desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais**, p. 297. No contexto português, Vieira de ANDRADE admite que a maioria das normas de direitos sociais depende de intervenção legislativa. No entanto, o jurista preconiza que na falta de lei os preceitos são diretamente aplicáveis, “na medida em que com base neles o juiz pode, pelo menos, declarar o conteúdo e os limites do direito individual, sendo pensável até a condenação concreta do Estado à prática do acto omitido indispensável à plena realização desse direito.” Op. cit., p. 258-259.

¹³⁰ **Direitos fundamentais sociais**: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade, p.91-2.

Para Flávia PIOVESAN compete aos órgãos jurisdicionais, no desenvolvimento desta tarefa, a interpretação dos preceitos constitucionais em relação ao caso concreto, sempre de acordo com o princípio da efetividade ótima e ainda “densificar os preceitos constitucionais consagradores de direitos fundamentais de forma a possibilitar a sua aplicação imediata, nos casos de ausência de leis concretizadoras.”¹³²

A jurista nos ensina que o legislador deverá proceder, em prazo razoável, a elaboração da regulamentação necessária para concretizar os direitos fundamentais, sob pena de inconstitucionalidade por omissão.¹³³

A omissão inconstitucional, no nosso ordenamento jurídico, é analisada pelo Poder Judiciário sob a forma concentrada, por meio da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão, cujos legitimados para a propositura da medida estão arrolados no artigo 103 da Constituição. O Supremo Tribunal Federal é o responsável pelo julgamento desta medida judicial. No entanto, infelizmente, os efeitos da decisão atribuídos pela mais alta Corte não passam de um mero “lembrete” encaminhado ao Poder Legislativo, que sem a possibilidade de sofrer qualquer sanção, simplesmente ignora a decisão judicial.¹³⁴

Além da forma concentrada de controle de constitucionalidade, a Constituinte também previu a possibilidade de qualquer cidadão procurar o Poder Judiciário, no sentido de buscar a viabilização da intervenção legislativa necessária para a concretização dos direitos fundamentais sociais. O instrumento jurídico criado foi o Mandado de Injunção.

Ao retomarmos os ensinamentos da prof^a Flávia PIOVESAN, constata-se que a jurista defende a tese de que ao conceder a ordem de Injunção, o Poder Judiciário deverá:

¹³¹ QUEIROZ, Cristina. Op. cit., p. 144-5.

¹³² *Proteção judicial...*, p.91.

¹³³ Op. cit., p. 90

¹³⁴ “O reconhecimento formal, em sede de ação direta, mediante decisão da Suprema Corte, de que o Poder Público incorreu em inadimplemento de obrigação fixada no texto da própria Constituição, somente autoriza o STF a dirigir-lhe mera comunicação, ainda que em caráter admonitório, para cientificá-lo de que se acha em mora constitucional, ressalvado o caráter mandamental dessa mesma decisão, quando se tratar, excepcionalmente, de órgão administrativo, hipótese em que este terá que cumprir a determinação da Corte, ‘em trinta dias’ (CF, art. 103, § 2º).” Trecho do voto proferido pelo Ministro Relator Celso de Mello na ADI por omissão nº 1484/DF, DJ. 28/08/2001.

a) elaborar a norma regulamentadora faltante, suprimindo, deste modo, a omissão do legislador; b) declarar inconstitucional a omissão e dar ciência ao órgão competente para a adoção das providências necessárias à realização da norma constitucional e c) tornar viável, no caso concreto, o exercício de direito, liberdade ou prerrogativa constitucional que se encontrar obstado por faltar norma regulamentadora.¹³⁵

Para Clèmerson Merlin CLÈVE, a viabilização do exercício do direito constitucional só pode ocorrer quando for juridicamente possível. Mas em qualquer caso, o Judiciário deverá cientificar o órgão Legislativo ou Executivo omissos, para que adotem as providências necessárias.¹³⁶

Por fim, inevitável não mencionar o entendimento doutrinário de Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO, que restringe a aplicação do Mandado de Injunção. Segundo o autor, a parte final do dispositivo (artigo 5º, LXXI), quando menciona “inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”, refere-se aos:

(..) direitos, liberdades e prerrogativas diretamente vinculados ao status de nacional (os do art. 5º, cujo caput reconhece aos brasileiros determinados direitos fundamentais, ou que possam ser deduzidos do Cap. III do Tít. II, capítulo este relativos à nacionalidade), ao cidadão, quer dizer, o nacional politicamente ativo que, como integrante do povo, o soberano na democracia, tem a participação no governo, como direito de voto, e a ilegitimidade (são os direitos, liberdades e prerrogativas que podem ser deduzidos do Cap. IV do Tít. II – capítulo sobre os ‘direitos políticos’).¹³⁷

Destarte, segundo o autor, os direitos sociais não estão no campo de proteção do Mandado de Injunção. Conclui que o alcance desta garantia constitucional é idêntico ao da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão.¹³⁸

E por incrível que pareça, este é o entendimento corroborado pelo Supremo Tribunal Federal: houve uma equiparação de efeitos entre a decisão da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por omissão e do Mandado de Injunção. Deste modo, em ambos, ao assinalar a omissão inconstitucional, o Judiciário apenas notifica o

¹³⁵ *Proteção judicial...*, p. 130.

¹³⁶ *A fiscalização abstrata...*, p. 255.

¹³⁷ **Op. cit.**, p. 321.

órgão Legislativo faltante, sem, contudo, impor qualquer sanção pelo descumprimento da decisão judicial.

Mas, acreditar é preciso. Por isso, espera-se que com a nova formação da Corte Constitucional este entendimento seja alterado, viabilizando-se a efetivação dos direitos subjetivos sociais por meio dos instrumentos processuais trazidos pela Constituinte de 1988.

1.3.2 A eficácia horizontal dos direitos fundamentais sociais.

Um dos temas mais instigantes no âmbito doutrinário, sem sombra de dúvidas, é o que versa sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais¹³⁹. Como decorrência da feição objetiva dos mencionados direitos, verifica-se que as normas constitucionais que os albergam produzem uma eficácia irradiante, condicionando a interpretação das normas infraconstitucionais, bem como, estabelecendo diretrizes hermenêuticas para o legislador, para o administrador público e o magistrado.¹⁴⁰

Mas não é só isso: a partir das normas constitucionais garantidoras de direitos fundamentais, a eficácia irradiante passa a produzir efeitos também nas relações entre particulares. Isto porque, os direitos fundamentais vistos como centro do ordenamento jurídico, impõem uma releitura de todo o ordenamento jurídico, em especial no tocante ao direito privado.¹⁴¹

Deste modo, em razão desta eficácia irradiante, não restam dúvidas de que os particulares também estão vinculados aos direitos fundamentais¹⁴². Resta saber em que medida ocorre esta vinculação.

Basicamente, há duas teorias que servem para fundamentar a discussão sobre o temário.¹⁴³ Para a teoria da eficácia imediata, os particulares estão direta-

¹³⁸ Id.

¹³⁹ Tendo em vista o fato de que o presente trabalho versa sobre a eficácia vertical dos direitos fundamentais, teceremos algumas brevíssimas considerações sobre a eficácia horizontal, de longe, insuficientes para dirimir ou ainda, suscitar novas controvérsias sobre o tema.

¹⁴⁰ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**, p.124.

¹⁴¹ Mais propriamente, encontramos-nos no contexto da chamada constitucionalização do direito Civil. Um dos expoentes acerca do temário é o prof. Luiz Edson FACHIN, para quem a constitucionalização do Direito Privado representa uma verdadeira “virada de Copérnico”. Para maior aprofundamento, vide a obra **“Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo”**, p. 317 e seguintes.

¹⁴² Embora a Constituição Brasileira não traga um dispositivo expresse, nos moldes da Constituição Portuguesa, há dispositivos que impõem a vinculação dos particulares à direitos fundamentais, em especial o art. 7º do texto constitucional brasileiro.

mente vinculados às normas constitucionais de direitos fundamentais. Jane Reis Gonçalves PEREIRA nos ensina que pela referida teoria, há uma incidência “*erga omnes*” dos direitos fundamentais nas relações privadas, a ponto dos referidos direitos assumirem uma condição de direitos subjetivos.¹⁴⁴

Por outro lado, pela teoria mediata, para que os direitos fundamentais produzam efeitos jurídicos, seria necessária uma intervenção legislativa, mais precisamente por meio de normas decorrentes do Direito Privado. Pelas lições de Vieira de ANDRADE, a teoria mediata procura “defender uma margem de liberdade de acção para os particulares, tentando evitar que através de um intervencionismo asfíxiante ou de um igualitarismo extremo se afecte o sentimento de liberdade, a iniciativa e a capacidade de realização dos indivíduos concretos.”¹⁴⁵

Daniel SARMENTO nos traz uma síntese da argumentação elaborada para refutar a tese da aplicação imediata:

(a) esta vinculação direta compromete em demasia a autonomia privada; (b) ela é antidemocrática, pois comporta em atribuição de poderes excessivos ao juiz, em detrimento do legislador, que é quem deve ponderar os direitos e interesses constitucionais em jogo nos litígios privados; (c) ela gera insegurança jurídica, na medida em que enseja que os conflitos privados sejam solucionados com base em princípios constitucionais vagos e abstratos, cuja aplicação é muitas vezes imprevisível; e (d) ela põe em risco a autonomia e identidade do Direito Privado, permitindo a sua ‘colonização’ pelo Direito Constitucional.¹⁴⁶

Em que pese a referida argumentação, no âmbito doutrinário brasileiro o entendimento que prepondera é o da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais

¹⁴³ A doutrina também faz menção a teoria dos deveres de proteção, relacionando-a à vinculação do Estado em relação aos direitos fundamentais, cujo pressuposto não parte apenas de uma simples abstenção, mas também em uma atuação positiva por parte do ente estatal. Esta forma de atuação relaciona-se ao dever do legislador de promover a normatização necessária para concretização de direitos, bem como, do magistrado em efetivar uma hermenêutica constitucional em relação as normas de direito Civil. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Op. cit., p. 469.

¹⁴⁴ Ibid, p. 466-67.

¹⁴⁵ Op. cit., p. 283.

¹⁴⁶ Op. cit., p. 239.

nas relações entre particulares, tese esta defendida inclusive pelo próprio Daniel SARMENTO¹⁴⁷.

Jane Reis Gonçalves PEREIRA também compartilha do entendimento de Daniel SARMENTO, a ponto de afirmar que se a proteção constitucional da autonomia privada servir de óbice para a aplicação imediata dos direitos fundamentais, ocorreria a implementação de uma regra abstrata de preferência. Segundo a autora, ao vincular os particulares aos direitos fundamentais, não se está “amesquinhando” a autonomia privada, mas sim a colocando no mesmo plano dos demais direitos em colisão.¹⁴⁸

Outrossim, a autora afirma que os direitos fundamentais também não poderão incidir de forma absoluta e incondicionada nas relações entre particulares. O intérprete deverá harmonizar os diversos bens constitucionalmente protegidos.¹⁴⁹

No momento em que verifica a vinculação de direitos fundamentais em um caso concreto, ocorre uma restrição da autonomia daquele agente que até então impunha a sua vontade à outra parte. Ou ainda, poderíamos afirmar que ocorre uma ponderação entre o princípio da autonomia da vontade e o direito fundamental correspondente à situação em concreto. A questão que a doutrina discute neste ponto é de saber se em todas as relações entre particulares haverá a vinculação de direitos fundamentais, com posterior restrição do princípio da autonomia da vontade.

A partir do entendimento de Vieira de ANDRADE, só haverá aplicação direta dos direitos fundamentais se um dos particulares da relação jurídica corresponder a uma pessoa coletiva ou individual que detenha poderes especiais em relação a outros indivíduos. Desta forma, nos ensina o autor, que a restrição da autonomia da vontade é justificada na ocorrência de uma desigualdade entre os participantes da

¹⁴⁷ Ibid, p. 237. Este também é o posicionamento de Wilson STEINMETZ, *in A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 295; de André Ramos TAVARES, *in Curso de Direito Constitucional*, p. 440-43; e de Ingo SARLET, *in Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, p.67-8. Por outro lado, Virgílio Afonso da SILVA defende que a aplicação dos direitos fundamentais entre particulares deve ocorrer de forma indireta, por meio do legislador de direito privado; no entanto, afirma que quando a intervenção legislativa não ocorrer, os efeitos poderão ser diretos. *In A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais na relação entre particulares*, p. 28.

¹⁴⁸ Op.cit., p. 488.

¹⁴⁹ Ibid., p. 491.

relação jurídica. Esta desigualdade não precisa ser necessariamente jurídica, bastando apresentar-se de forma inequívoca e objetiva.¹⁵⁰

O autor completa o desenvolvimento de sua teorização ao pontificar que há grupos que exercem poder econômico e social em relação a indivíduos não-membros (como por exemplo a relação entre consumidores e uma empresa monopolista). Entretanto, nos ensina que este “poder social” e a “desigualdade” não podem ser utilizados como parâmetros em abstrato para determinar quais as entidades que seriam sujeitos passivos de direitos fundamentais; esta identificação só pode ocorrer mediante uma dada situação em concreto.¹⁵¹

De modo diverso é o entendimento de Daniel SARMENTO, para quem existe sempre a vinculação de direitos fundamentais, independentemente da existência ou não de desigualdade entre os particulares. Segundo o autor, não são apenas os grandes grupos econômicos que devem se submeter aos direitos fundamentais, mas também o cidadão comum nas relações vislumbradas como paritárias.¹⁵²

Aliás, segundo o autor, esta desigualdade fática influenciará na proteção da autonomia da vontade; ou seja, quanto maior o grau de desigualdade, maior a restrição da autonomia da vontade: “a desigualdade material justifica a ampliação da proteção dos direitos fundamentais na esfera privada, porque se parte da premissa de que a assimetria de poder prejudica o exercício da autonomia privada das partes mais débeis.”¹⁵³

SARMENTO completa a sua linha de raciocínio ao nos ensinar que a essencialidade do bem também é um critério importante a ser levado em conta no momento da ponderação: “quanto mais o bem envolvido na relação jurídica em discussão

¹⁵⁰ Op. cit., p. 285. Entretanto, assevera o autor que mesmo entre iguais a regra da liberdade comporta uma restrição: a dignidade da pessoa humana. Isto porque, mesmo em uma situação de igualdade entre as partes, ninguém pode ser tratado como se não fosse um ser humano: “a dignidade humana, enquanto conteúdo essencial absoluto do direito, nunca pode ser afectada – esta é a garantia mínima que se pode retirar da Constituição”. Ibid, p. 293.

¹⁵¹ Ibid., p. 286.

¹⁵² Op. cit., p. 247. Neste mesmo sentido as lições de Ingo SARLET, para quem “o fato é que cada vez mais encontramos menos relações entre particulares caracterizadas por uma tendencial igualdade, o que não afasta, como já demonstramos, a vinculação direta de todos os particulares, ainda que não se enquadrem na categoria dos que exercem uma parcela de poder social. *Direitos fundamentais e direito privado*, p. 95.

¹⁵³ Ibid, p. 262.

for considerado essencial para a vida humana, maior será a proteção do direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada.”¹⁵⁴

Desigualdade entre as partes e bem jurídico tutelado são *standards* a serem observados a partir de um caso concreto. Deste modo, assiste razão CANOTILHO para quem é inviável advogar a existência de soluções uniformes.¹⁵⁵

Mais controverso ainda é de se verificar se os particulares estão vinculados a todos os direitos fundamentais, e em especial aos direitos fundamentais sociais¹⁵⁶. Em relação aos direitos sociais trabalhistas, presentes no art. 7º da Constituição, não há discussão, posto que foram expressamente destinados aos particulares. A grande questão volta-se para a possibilidade de um cidadão exigir de um outro uma determinada prestação social, relacionada ao art. 6º da Constituição. Destarte, o direito subjetivo que o cidadão tem perante o Estado em relação a estas prestações estende-se aos particulares? Talvez em razão da complexidade, não são todos os autores que analisam a controvérsia.

Para Ingo SARLET, a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas deve ocorrer tanto em relação aos chamados direitos de cunho defensivo, quanto em relação aos direitos prestacionais. Entretanto, pondera que em relação a estes últimos o destinatário imediato é o Estado.¹⁵⁷

Daniel SARMENTO advoga a tese de que o Estado não é o único destinatário das normas de direitos sociais prestacionais; o ente estatal é o destinatário primário enquanto que incumbe à sociedade um dever secundário, ante o princípio da solidariedade.¹⁵⁸ A conseqüência é de que a eficácia horizontal dos direitos prestacionais serve como supedâneo para fundamentar a constitucionalidade das leis que

¹⁵⁴ Ibid, p. 267.

¹⁵⁵ *Direito Constitucional...* p. 1273.

¹⁵⁶ Em relação os direitos individuais, há um consenso doutrinário pela vinculação imediata dos direitos fundamentais, tendo em vista o caráter de mera abstenção imposto por tal direito (abstenção esta refutada por Daniel SARMENTO, para quem os direitos individuais também possuem uma feição positiva, sendo esta também vinculativa aos particulares, Op. cit., p.259). Já com relação aos direitos transindividuais não há um consenso, embora Wilson STEINMETZ defenda o entendimento de que a aplicabilidade neste caso é indireta, em razão do texto constitucional sempre apontar uma mediação estatal no tocante a estes direitos. Op. cit., p. 285.

¹⁵⁷ *Direitos fundamentais e direito privado...* p. 96.

¹⁵⁸ Op. cit., p. 295.

limitam a autonomia da vontade, ou ainda, que criam a obrigação do particular de fornecer determinadas prestações.¹⁵⁹

Segundo o autor, a jurisprudência brasileira vem encaminhando-se no sentido de decisões mais progressistas acerca do tema¹⁶⁰. Mas ressalta a necessidade de estipulação de *standards* para a resolução de casos concretos, dentre eles, o impacto econômico para o agente privado: “a dimensão do ônus econômico imposto ao particular é um dos dados da ponderação, porque a aplicação dos direitos fundamentais na esfera privada não pode importar em restrições desproporcionais à esfera subjetiva de quem quer que seja.”¹⁶¹

Para Wilson STEINMETZ, não há que se falar em vinculação dos particulares aos direitos prestacionais, em especial os do art. 6º¹⁶², tendo em vista o fato de que o destinatário desta norma é o Estado. Assevera o autor que os particulares não estão obrigados a criar escolas, construir hospitais... enfim, não estão vinculados às prestações exigidas constitucionalmente, tendo em vista o fato de que a realização de políticas públicas é tarefa destinada ao Estado.¹⁶³

Entretanto, o autor não descarta a possibilidade de o particular atuar de forma conjunta com o Estado para a realização das prestações sociais. Mas uma imposição neste sentido violaria o princípio da livre iniciativa e da iniciativa privada, ante os altos custos operacionais para a consecução¹⁶⁴.

¹⁵⁹ Ibid, p. 298. Para o autor, é possível invocar o princípio da vedação de retrocesso para impossibilitar que um ato legislativo imponha um retorno no tocante à concretização de um direito prestacional na esfera privada: “Neste sentido, poder-se-ia bloquear, por exemplo, uma tentativa de revogação da lei que proibiu que as escolas privadas afastem, durante o período letivo, seus alunos inadimplentes, ou da norma, prevista no Estatuto da Cidade, que garantiu o usucapião coletivo, favorecendo o direito da moradia das populações carentes.” Ibid, p. 299.

¹⁶⁰ FUNCIONARIO CONTRATADO PELA C.L.T. PENA DE SUSPENSAO. ASSISTENCIA MEDICO-HOSPITALAR. MEDIDA LIMINAR CONCEDIDA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DESPROVIDO. Agravo. Concessão de liminar obrigando empresa a prestar assistência medica e hospitalar a empregada afastada da mesma por motivo de Saúde. A suspensão, pela empresa/empregadora, colocou em risco a vida da empregada. Saúde é um direito social a todos garantido, como prevê o disposto no artigo 6º, da Carta da Republica. Manutenção do "decisum". Conhecimento e improviamento do recurso. (TJRJ, AI 1998.002.09845, Relator Desembargador Raul Celso Lins e Silva, 17ª Câmara Cível, julgamento 24/02/1999). Decisão retirada da página 304 da já referida obra de Daniel Sarmiento.

¹⁶¹ Ibid, p. 306.

¹⁶² Em relação ao art. 7º, o autor entende que a destinação da referida norma é primariamente do particular, assim como as disposições presentes nos artigos 8º ao 11. Op. cit., p. 279-80.

¹⁶³ Ibid., 279.

¹⁶⁴ Id.

Pelas breves colocações referidas, é possível concluir que há vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. De um lado, a vinculação ocorrerá de forma imediata, em relação aos direitos fundamentais de defesa, quando estes exigirem apenas uma abstenção por parte do particular. De forma diversa é a vinculação em relação aos direitos prestacionais. Em que pese o princípio da solidariedade, este não poderá fundamentar a imposição a um particular do cumprimento de um “dever” prestacional.

Como bem asseverado por STEINMETZ, as normas de direitos prestacionais vinculam primariamente o Estado e em relação a este o cidadão possui um direito subjetivo. Não há que se falar em direito subjetivo em relação ao particular. Apenas de forma excepcional poderá ser atribuída uma imposição, desde que observados: a não violação do princípio constitucional da livre iniciativa; e o princípio da legalidade. Consequentemente, a vinculação dos particulares com relação às prestações sociais é mediata.

CAPÍTULO II - SERVIÇO PÚBLICO: INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.

2.1 SERVIÇO PÚBLICO E A RECONFIGURAÇÃO DO ESTADO;

2.1.1 A noção de Serviço Público.

A noção¹⁶⁵ de serviço público surgiu primeiramente na França, mais precisamente a partir dos estudos da Escola Francesa de serviço público, cujos expoentes foram Leon DUGUIT e Gaston JÈZE. Para o primeiro, a concepção de serviço público abrangia todas as atividades estatais, constatáveis a partir da realidade.¹⁶⁶

Gaston JÈZE reduziu a noção proposta por DUGUIT, ao afirmar que o serviço público são atividades exercidas pelo Estado sob o regime jurídico de Direito Público, cujo rol é determinado a partir de uma decisão política do Estado. Deste modo, vinculou o serviço público como o eixo central do Direito Administrativo, em razão do regime jurídico de Direito Público, voltado para o interesse da coletividade.¹⁶⁷

A partir da noção francesa de serviço público apresentada, Maurice HAURIOU combateu os expoentes referidos, ao defender que antes de se discutir a noção de serviço público é necessário partir da noção de prerrogativa pública, denominada por ele de *puissance publique*. HAURIOU procurou identificar as atividades estatais a partir do poder de império e não do serviço público, tendo em vista o fato de que aquele é o instrumental necessário para a concretização deste¹⁶⁸.

Ainda no contexto francês, a noção de serviço público foi utilizada para determinar a competência para o julgamento de causas. Ou seja, se a demanda versasse sobre serviço público, a competência para o julgamento seria do Conselho de

¹⁶⁵ A doutrina costuma abordar o tema sob a denominação “conceito de serviço público”. Entretanto, neste ponto, adotaremos o entendimento de Eros GRAU, ao afirmar que conceito é atemporal, e que portanto, não é possível vislumbrar um conceito de Serviço Público, justamente em razão da temporalidade que é inerente a este objeto. Em razão disso, a partir de SARTRE, o autor afirma que: “(...)parece-me, hoje, que a questão da indeterminação dos conceitos se resolve na historicidade das noções – lá onde a doutrina brasileira erroneamente pensa que há conceito indeterminado há, na verdade, noção. E a noção jurídica deve ser definida como idéia que se desenvolve a si mesma por contradições e superações sucessivas e que é, pois, homogênea ao desenvolvimento das coisas.” GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**, p. 134-5.

¹⁶⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**, p. 78-86.

¹⁶⁷ Ibid, p. 86-90.

¹⁶⁸ Ibid, p. 90-95.

Estado Francês. Este entendimento foi consolidado após o *arret Blanco*¹⁶⁹, em que se passou a vincular a responsabilidade do Estado ao serviço público.

Todavia, nos ensina a prof^a Odete MEDAUAR, que na França a identificação do serviço público passou a sofrer modificações no início do século XX, em razão dos particulares passarem a prestá-lo, no mais das vezes, sob o regime jurídico de Direito Privado. Mas, ainda no século XX (mais precisamente década de 50), em razão da forte intervenção estatal na economia, a discussão sobre a crise do serviço público perdeu a relevância, tendo em vista o fato do Estado ter retomado dos particulares a prestação desta atividade.¹⁷⁰

No Brasil, a doutrina espelhou-se na concepção francesa de serviço público, mas precisamente nas lições de JÈZE, ao identificá-lo a partir de duas concepções: o substrato material, relacionado à prestação de utilidade destinada à consecução do interesse público; e ainda, o substrato formal, relacionado ao regime jurídico de direito público.

Neste ínterim, Celso Antonio Bandeira de MELLO identifica serviço público como:

(...) toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça às vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo¹⁷¹.

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO acrescenta à identificação do serviço público o substrato subjetivo, qual seja, de que o serviço público é de incumbência do

¹⁶⁹ Que versou sobre um pedido de indenização pleiteado pelo pai da menina Agnes Blanco, por ter sido atropelada por um vagão de manufatura de tabaco, serviço este prestado Estado em 1873. Após um conflito de jurisdição negativa, o Tribunal de Conflitos decidiu pela jurisdição administrativa, inclusive derogando as normas de Direito Privado ao estipular o serviço público como critério delimitador do Direito Administrativo.

¹⁷⁰ MEDAUAR, Odete. Ainda existe Serviço Público? In: TORRES, Heleno Taveira. **Serviços Públicos e Direito Tributário**, p. 32-3.

¹⁷¹ **Curso de Direito Administrativo**. 17ª ed, p. 620.

Estado, sendo de sua responsabilidade também a gestão, que pode ocorrer de forma direta ou indireta.¹⁷²

Deste modo, tem-se que o serviço público pode ser identificado basicamente por meio de três elementos: o material, por tratar-se de uma prestação relacionada ao interesse social; subjetivo, em razão da titularidade pertencer ao Estado; e formal, no tocante à submissão ao regime jurídico de Direito Público.

Dos três elementos, a grande discussão é realmente a que versa sobre a delimitação das prestações materiais aptas a serem qualificadas como serviço público, ou seja, da identificação do substrato material.

Para Eros GRAU, a atividade só poderá ser considerada serviço público se estiver necessariamente vinculada a um interesse social. Deste modo, se apenas o interesse coletivo estiver presente, tratar-se-á apenas de uma atividade econômica em sentido estrito. Segundo o autor: “Interesse coletivo não é interesse social. Este está ligado à coesão social, aferido no plano do Estado, plano da universalidade. Os interesses coletivos são auferidos no plano da sociedade civil, expressando particularismos, interesses corporativos”.¹⁷³

Neste ponto, também de suma relevância as lições de Marçal JUSTEN FILHO, ao definir serviço público como sendo “atividade material pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou

¹⁷² **Direito Administrativo.** 19ª ed., p. 114. Paulo MODESTO acrescenta que esta titularidade deve ser exclusiva, a fim de caracterizarmos uma atividade como serviço público. Para o autor, as atividades de educação e saúde, por exemplo, não são serviço público, mas sim Serviços de Relevância Pública. Com efeito, estas atividades podem ser exercidas tanto pelo Estado quanto por pessoas privadas, submetendo-se a um regime jurídico variável dependendo do prestador. Embora este regime jurídico seja variável, segundo o autor, há obrigação por parte do prestador de fornecer a atividade de forma regular, módica, acessível e impessoal. E completa os seus ensinamentos ao afirmar que em que pese estas atividades serem compatíveis com a iniciativa privada (não havendo delegação, mas apenas autorização), sujeitam-se à intensa fiscalização por parte do Poder Público. **Reforma do Estado, Formas de prestação de Serviços ao Público e Parcerias Público-Privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de “Serviço Público”, “Serviços de Relevância Pública” e “Serviços de Exploração Econômica” para as Parcerias Público-Privadas**, p. 467. De modo diverso é o entendimento de Eros GRAU, que classifica os Serviços Públicos em privativos e não privativos. Em relação aos primeiros, a titularidade é dos entes políticos, portanto, há submissão ao regime jurídico de Direito Público. Em relação aos não privativos, o autor entendia que se aplicava o regime jurídico de Direito Privado, ao ser prestado por particulares. Entretanto, GRAU mudou o seu entendimento e passou a defender a tese de que mesmo nos casos em que a iniciativa privada esteja prestando estas atividades, será serviço público. Nas palavras do autor: “Há, portanto, Serviço Público mesmo nas hipóteses de prestação dos serviços de educação e saúde pelo setor privado.” Op. cit., p. 124.

¹⁷³ Op. cit., p. 129.

imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, destinada a pessoas indeterminadas e executada sob regime de direito público.”¹⁷⁴

Para o autor, além da satisfação de necessidades coletivas, o serviço público deve necessariamente estar vinculado à concretização de um direito fundamental. Adverte que se este vínculo não existir, não há que se falar em serviço público.¹⁷⁵

Pelo fato de estar umbilicalmente relacionado à concretização de direitos fundamentais, é que determinada atividade pode ser qualificada como sendo serviço público. A consequência jurídica é a de que a titularidade desta atividade será do Estado, sendo desenvolvida a partir de um regime jurídico de Direito Público. Portanto, o serviço só será público porque está relacionado à concretização de direitos fundamentais, e não porque a titularidade pertence ao Estado.¹⁷⁶

Neste mesmo diapasão, Pedro GONÇALVES nos ensina que no momento em que o legislador define uma atividade como serviço público, necessariamente “as notas que materializam a idéia de serviço público já estão lá; isto é, a actividade em causa já é de interesse geral, já satisfaz certas necessidades colectivas básicas. Ou seja, *há um serviço público objectivo prévio ao serviço público subjectivo.*”¹⁷⁷

No contexto brasileiro, a Constituição de 1988 trouxe um elenco de serviços públicos, enumerados basicamente no artigo 21, cuja titularidade é da União; artigo 25 – gás canalizado – titularidade dos Estados - membros e art. 30, V – serviços de interesse local, incluído o transporte coletivo – de titularidade dos Municípios.

Além da enumeração constitucional, outras atividades poderão vir a serem consideradas como serviço público, por determinação legislativa. Entretanto, ao possibilitar que novas atividades venham a ser submetidas ao regime de Direito Público, o legislador encontrará como limite “o interesse público, de acordo com os princípios e fundamentos do Estado Democrático de Direito, verificada a situação concreta, o momento histórico”¹⁷⁸. Joana Paula BATISTA defende que nestes casos, a titularidade destas atividades não poderá ser exclusiva do Estado, “sob pena de invasão

¹⁷⁴ **Curso de Direito Administrativo**, p. 478.

¹⁷⁵ *Ibid*, p. 480.

¹⁷⁶ *Ibid*, p. 482-3.

¹⁷⁷ GONÇALVES, Pedro. **A concessão de Serviços Públicos**: uma aplicação da técnica concessória, p. 33. *Itálico do original.*

¹⁷⁸ BATISTA, Joana Paula. **Remuneração dos Serviços Públicos**, p. 32.

em esfera de atuação própria dos particulares, com mácula ao princípio da livre iniciativa”.¹⁷⁹

Entretanto, com a Reforma do Estado, verificou-se a despublicização de atividades, com a conseqüente alteração do texto constitucional. A finalidade era propiciar que a iniciativa privada passasse a exercê-las sob a forma de atividade econômica em sentido estrito. Deste modo, é possível constatar uma variação dos elementos que fazem parte da noção de serviço público. E é isto que se buscará analisar a seguir.

2.1.2 A Reforma do Estado Brasileiro e as conseqüências com relação à noção de Serviço Público;

O Estado Bem Estar caracterizou-se pela intervenção na economia, assumindo funções que até então eram prestadas pela iniciativa privada. Na área social, passou a prestar serviços públicos de forma direta e em sua concepção protecionista, a regulamentação aumentou continuamente.¹⁸⁰

A faceta de “Estado - empresário” foi impulsionada, basicamente, em razão de três justificativas: falta de interesse da iniciativa privada em determinadas áreas; alto custo de projetos e ainda, a segurança nacional em relação a setores considerados estratégicos. Neste caso, foi implementada a política de monopólios estatais.

A vertente providencial foi evocada mundialmente como conseqüência das duas Grandes Guerras Mundiais que assolaram o século XX. A necessidade da população pela prestação de serviços públicos era premente. Desta forma, diversas empresas estatais foram criadas com esta finalidade. Jorge Rubem Folena de OLIVEIRA destaca o aumento das funções estatais neste período histórico, com a difusão do *Welfare State*:

... cumpre realçar que a ação estatal passou a contemplar tanto os serviços públicos propriamente ditos, como também, e principalmente a partir daí, os

¹⁷⁹ Ibid, p. 28.

¹⁸⁰ CASTRO, Paulo Rabello de. A Reengenharia do Estado Brasileiro: rumo ao sociocapitalismo. In: SOUZA, Hamilton Dias de; CASTRO, Paulo Rabello de. **A Reengenharia do Estado Brasileiro**, p.50.

serviços peculiares da atividade econômica empresarial: empreendimentos comerciais e industriais.”¹⁸¹

A vocação intervencionista do Estado se completou no campo das regulamentações. Por lei, seja em sentido amplo ou em sentido estrito, “o Estado-protecionista concede, estipula, proíbe, obriga e redistribui.”¹⁸²

John KEYNES, considerado como o grande teórico do Estado Social, defendia a intervenção estatal na economia com a finalidade de geração de desenvolvimento e estabilidade social e econômica. Com a crise de 1929, elaborou a chamada “equação keynesiana”, uma teoria que buscou dar solução a um Estado que sofria dos “males” da alta taxa de desemprego. Duas idéias foram marcantes nesta teorização formulada por Keynes: a necessidade do Estado incentivar os investimentos e a sua intervenção, por meio de políticas fiscais e de controle da taxas de juros, para aumentar a abertura de novos postos de trabalho e a propensão ao consumo. De forma simplificada, esta é a equação keynesiana.¹⁸³

KEYNES também propôs um verdadeiro pacto social entre as classes mais abastadas e as subalternas, com a nítida intenção de implementar uma verdadeira redistribuição de renda no plano social.¹⁸⁴ Toda a teorização proposta por KEYNES serviu de fundamento para o Estado Social executar as mais diversas políticas públicas, com ênfase na intervenção estatal na economia, na prestação direta de serviços públicos e na regulamentação incisiva em determinados setores.

Para CANOTILHO e Vital MOREIRA, o Estado Social tinha em sua base antropológica comum:

O homem como pessoa, como cidadão e como trabalhador, o que aponta não apenas para o reconhecimento da dignidade humana e da autonomia individual perante o Estado (...). Mas também para a inserção do homem li-

¹⁸¹ OLIVEIRA, Jorge Rubem Folea de. O Estado empresário. O fim de uma era. **Revista de Informação Legislativa**, p.299.

¹⁸² CASTRO, Paulo Rabello de. Op. cit., p.56.

¹⁸³ KEYNES, John Maynard. **A teoria geral do emprego, do juro e da moeda**, p.53

¹⁸⁴ Este pacto consistia na aceitação, pelas classes mais abastadas, da redistribuição de parte do lucro com a finalidade de se buscar a paz social, tendo como conseqüência a regularidade na produção, garantia de recuperação dos investimentos e a aceitação dos representantes das classes subalternas, ou seja, os partidos políticos e os sindicatos. KEYNES, John Maynard. Op. cit.,p. 53-55.

vire num processo democraticamente comunicativo e para a garantia existencial do indivíduo nos planos econômico, social e cultural.¹⁸⁵

Vivian Cristina LIMA, fazendo referência à teoria da filtragem constitucional proposta por Paulo Ricardo SCHIER, definiu o alcance institucional atingido pelo Estado Social:

No plano constitucional ocidental, esse Estado Social encontrou satisfação através de toda uma plêiade de direitos alcançados à categoria de normas constitucionais geradoras de direitos públicos subjetivos, orientando a elaboração de programas de governo e disciplinando, sobretudo, a interpretação do direito a partir de uma releitura pautada pelo filtro da constituição.¹⁸⁶

Com o aumento quantitativo das atribuições do Estado Social, a sua estrutura cresceu na mesma proporção. Como forma de manutenção do controle de todo o aparato e regulamentação, o modelo burocrático de Administração Pública consolidou-se no Estado Social.¹⁸⁷

A implantação de um Estado Social, em terras brasileiras, não passou de uma mera tentativa. Lênio Luiz STRECK destaca que nos países de modernidade tardia¹⁸⁸, dentre eles o Brasil, o assim denominado *Welfare State* não passou de um

¹⁸⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos de Direito Constitucional**, p.352.

¹⁸⁶ LIMA, Vivian Cristina. **Administração Pública Contemporânea**: o usuário de serviço público e a dignidade da pessoa humana, p. 18.

¹⁸⁷ O modelo de aparelhamento estatal organizado burocraticamente é composto por diversos órgãos, estabelecidos em uma estrutura composta também por cargos. Estes, por sua vez, distribuem-se por meio de quadros de carreira. A hierarquia é estabelecida desta forma no modelo burocrático, o que facilita o autocontrole da Administração. Nas palavras de Weber: “os princípios da hierarquia dos postos e dos níveis de autoridades significam um sistema firmemente ordenado de mando e subordinação, no qual há uma supervisão dos postos inferiores pelos superiores.” (**Ensaio de Sociologia**, p.230.) O outro pilar do modelo burocrático é a procedimentalização, o que possibilita um controle de meio dos atos da Administração, calcado no princípio da legalidade. A institucionalização de procedimentos traz como consequência a previsibilidade, que orienta o cidadão em sua formação de condutas. Para Romeu Felipe BACELLAR FILHO: “A procedimentalização do agir administrativo, isto é, a fixação de regras para o modo como a Administração deve atuar na sociedade e resolver os conflitos configura, assim, condição indispensável para a concretização da democracia. Sem a fixação do procedimento administrativo, impossibilita-se qualquer relação estável entre Administração e cidadãos, onde cada um saiba até onde vai o poder do outro e como este poder será exercido”. **Processo Administrativo Disciplinar**, p.130.

¹⁸⁸ O autor defende também a adoção de uma “Teoria da Constituição Adequada a Países de Modernidade Tardia”, que nada mais é do que uma teoria constitucional adequada aos países periféricos, com a finalidade última de implementar as promessas da modernidade. STRECK, Lênio Luiz. **Juris-**

simulacro, onde as promessas da modernidade continuam descumpridas. Mesmo assim, acredita na possibilidade da construção de políticas públicas a partir do Pacto Constituinte de 1988.¹⁸⁹

A tentativa de implementação do Estado Social no Brasil se deu por meio da criação de empresas públicas, instrumentos utilizados pelo Estado para intervenção direta na economia e prestação de serviços públicos. Antes mesmo de entrar em vigor o Decreto Lei nº 200/67¹⁹⁰, várias empresas estatais já haviam sido constituídas.¹⁹¹

Em que pese os fatores apresentados, como condicionantes para a criação de empresas estatais, não tardou para que as conseqüências do aumento desordenado do aparelhamento estatal brasileiro surgissem: “inflação crescente e desequilíbrio orçamentário crônico erodiram paulatinamente a capacidade do Estado de prestar serviços.”¹⁹² Ainda, fatores do contexto mundial também contribuíram para a falência do setor público no Brasil, como é o caso da Crise do Petróleo de 1973.

Belmiro Valverde Jobim CASTOR ilustra de forma concisa a maneira como se alastrou a crise na estrutura administrativa do Estado Brasileiro:

O clientelismo inchou de maneira desordenada os quadros humanos do Estado; o corporativismo criou privilégios injustificáveis para alguns extratos de funcionários das estatais à custa do contribuinte como os generosos fundos de pensões e de seguridade, o populismo aposentou precocemente milhões

dição Constitucional e Hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais sociais no Brasil, p.276.

¹⁸⁹ Ibid., p.278.

¹⁹⁰ O Decreto Lei n. 200/67 é considerado como o marco legislativo que implementou a descentralização da Administração Pública no Brasil. A partir deste momento, as empresas estatais já criadas passaram a fazer parte da Administração Indireta, sob a forma de Empresas Públicas ou Sociedades de Economia Mista. As primeiras são constituídas integralmente por recursos da pessoa de direito público que a criou e podem adotar qualquer forma societária, inclusive a unipessoal, permitida apenas para elas. Já as Sociedades de Economia Mista surgem como uma conjugação de recursos públicos e particulares com a maioria do capital votante pertencente ao Estado. Quanto à forma societária, só é possível adoção da forma de sociedade anônima.

¹⁹¹ Dentre elas, destaca-se: Banco do Brasil, em 1808; Instituto de Resseguros Nacional (IRB), em 1939; a Companhia Siderúrgica Nacional (CSN), em 1941; a Companhia Vale do Rio Doce, em 1943; a Companhia Hidrelétrica do São Francisco, em 1945; a Fábrica Nacional de Motores, em 1946; a PETROBRÁS, em 1953, a NOVACAP, em 1956; a RFFSA, em 1957; a ELETROBRÁS, em 1961; a EMBRATUR, em 1966. Na década seguinte foram criadas a Caixa Econômica Federal, em 1970, e a EMBRATEL, em 1972.

¹⁹² CASTOR, Belmiro Valverde Jobim. Fundamentos para um novo modelo do setor público no Brasil. In: SOUZA, Hamilton Dias de; CASTRO, Paulo Rabello de. **A Reengenharia do Estado Brasileiro.**, p.147.

de pessoas graças às leis de favorecimento ou a simples ausência de controle previdenciário; e a corrupção disseminada em todos os níveis gerou uma relação espúria entre o Estado contratador e comprador de um lado e seus fornecedores e empreiteiros de obras de outro. A soma dessas patologias encareceu brutalmente o custeio estatal sem contribuir para a ampliação dos serviços essenciais.¹⁹³

Já no final da década de 70 do século XX, o Estado Social começou a entrar em crise. O aumento das funções estatais acabou por comprometer a qualidade da prestação dos serviços públicos, além de trazer como consequência o agigantamento da estrutura administrativa estatal. Os déficits das contas públicas chegaram a níveis exorbitantes.

Outros fatores também contribuíram para a crise deste modelo estatal. O fenômeno da globalização impôs um processo de rompimento de barreiras geográficas, políticas, econômicas, sociais e culturais¹⁹⁴, em que a perspectiva local já não assume a mesma importância.

Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO e Paulo Rabello de CASTRO afirmam que a globalização do final do século XX ultrapassa todas as experiências históricas, sendo a mais ampla e diversificada, implementando a Revolução das Comunicações:

As comunicações emergem do intercâmbio: de produtos, de serviços, de dados, de imagens, até de sentimentos. Comunicar-se é abrir-se. Uma 'abertura' tem vários significados, mas o mais comum e talvez mais poderoso é o comércio. Indivíduos trocam, regiões intercambiam, países comerciam. O comércio florescente é manifestação da liberdade humana, por isso terá sido tão controlado pelos poderes políticos nas várias passagens da história. No século XX conhecemos o protecionismo, antônimo da abertura comercial, cujo apogeu nos anos 30 teve seus catastróficos resultados na Segunda Guerra Mundial.¹⁹⁵

¹⁹³ CASTOR, Belmiro Valverde Jobim. Op. cit., p.148.

¹⁹⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; CASTRO, Paulo Rabello de. **O futuro do Estado: do pluralismo à desmonopolização do poder**, p.52.

¹⁹⁵ Id.

Além da globalização, logo após a Segunda Grande Guerra Mundial, o neoliberalismo serviu de reação ao intervencionismo e ao caráter prestacional do Estado de Bem Estar.¹⁹⁶ No entanto, tal concepção consolidou-se efetivamente com o final da Guerra Fria e com a queda do Comunismo Soviético. Desta forma, desapareceram os motivos que serviam de sustentáculo para manutenção do Estado Social, já que ele servia de contraponto à política soviética.

A teorização proposta por Friedrich HAYEK, a partir de sua obra “O Caminho para Servidão”, serviu de mote propulsor para a criação de um movimento neoliberal, combativo às premissas do Estado de Bem Estar. Ele afirmava que se o capitalismo continuasse financiando este modelo estatal, permaneceria uma profunda relação de dependência do cidadão em relação ao Estado. Aquele não buscaria mais o emprego. A consequência imediata seria a falência do sistema.¹⁹⁷

Francis FUKUYAMA endossa a tese neoliberal ao afirmar que:

... a democracia liberal continua a ser a única aspiração política coerente que se espalha por diferentes regiões e culturas em todo o mundo. Além disso, os princípios liberais na economia – o <<mercado livre>> - alastraram e conseguiram produzir níveis de prosperidade material sem precedentes, tanto nos países industrializados como naqueles que, no final da segunda guerra, faziam parte do empobrecido Terceiro Mundo.¹⁹⁸

Para Vivian Cristina LIMA, o neoliberalismo serve de fundamento para o desprezo à justiça social e impõe uma desigualdade material entre os homens, impedindo a identidade de tratamento e impondo a necessidade de se adotar medidas afirmativas para a satisfação dos princípios da igualdade e liberdade.¹⁹⁹

¹⁹⁶Entretanto, nesta época o capitalismo intervencionista estava no auge. Por isso é que as idéias de HAYEK não pareciam muito verossímeis. Ele defendia que o novo igualitarismo deste período, promovido pelo Estado de Bem Estar destruía a liberdade dos cidadãos e a vitalidade da concorrência, da qual dependia a prosperidade de todos. Enfim, a desigualdade era necessária. ANDERSON, Perry. **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático**, p.10.

¹⁹⁷ HAYEK, Friederich A. **Direito, Legislação e Liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política**, p.3.

¹⁹⁸ FUKUYAMA, Francis. **O fim da história e o último homem**, p.15

¹⁹⁹ LIMA, Vivian Cristina. Op. cit., p.33.

Desta forma, as políticas neoliberais em diversos países acabaram por implementar uma nova concepção estatal, a regulatória²⁰⁰, transferindo para a iniciativa privada a execução de atividades econômicas, bem como a prestação de serviços públicos.

Com a reassunção de suas atividades, ou seja, as de caráter econômico, a iniciativa privada passa a ser novamente a propulsora da economia. Este declínio da intervenção do Estado na economia tem como pressuposto a consagração do princípio da subsidiariedade. Com efeito, este princípio foi usado como parâmetro para a redefinição das atividades do Estado, da conformação do seu papel com o da iniciativa privada no final do século XX.

Silvia Faber TORRES sintetiza em poucas palavras o momento de reconfiguração do Estado, com a concretização do princípio da subsidiariedade:

A subsidiariedade, portanto, regula a intervenção estatal na economia, cabendo-lhe fixar pautas que orientem uma relação harmônica entre a ordem econômica espontânea e a ação do Estado, a qual, saliente-se, não é por ela vedada, mas limitada à correção de distorções em nome do bem comum e da promoção da justiça. Ela inverte, de fato, a tendência à economia dirigida e à planificação há muito prevalentes e afasta, ainda, o Estado de atividades comerciais e industriais que, ao lado dos serviços públicos *strictu sensu*, foram intensamente assumidas nas últimas décadas.²⁰¹

Paulo Rabello de CASTRO afirma que o princípio da subsidiariedade significou em muitos casos, tornar subsidiária a ação dos governos locais à ação dos próprios cidadãos, assim como subsidiária a ação do governo central em relação às demais esferas do poder.²⁰²

²⁰⁰ O instituto da regulação tem sua origem na Inglaterra, mas foi nos Estados Unidos que se consolidou como instituto jurídico. Neste país, a regulação das chamadas *public utilities* começou na segunda metade do século XIX, com a criação de diversas agências e edição de vários marcos legais. No restante dos países, a regulação ganhou ênfase com a Reforma do Estado no final da década de 80. MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências Reguladoras**, p.55.

²⁰¹ TORRES, Silvia Faber. **O Princípio da Subsidiariedade no direito Público Contemporâneo.**, p.152.

²⁰² CASTRO, Paulo Rabello de. Op. cit., p.65.

Além destas tendências decorrentes do princípio aludido, destaca-se também a idéia de reestruturação do aparelho estatal por meio das privatizações, calcadas em motivos financeiros, políticos e jurídicos.²⁰³

No âmbito financeiro, verifica-se a necessidade de diminuição de gastos públicos com empresas estatais deficitárias. Juridicamente, busca-se a implementação de formas de gestão privada dos serviços públicos, sem os rigorosos controles impostos à administração pública.

Os motivos políticos estão permeados pela presença da ideologia neoliberal, que propugna pela substituição do Estado pela iniciativa privada, em razão da maior aptidão desta última em gerir as atividades econômicas. Marcel BURSZTYN afirma que em relação a este aspecto:

...cabe assinalar que a 'revolução neoliberal', ainda que na aparência se valha do desmantelamento de Estado, busca, na verdade, a conquista do mesmo, como forma de viabilizar a construção de um outro Estado: onde o mercado substitua as formas de mediação entre os diferentes atores sociais; onde o econômico substitua o social; onde a concorrência substitua a cooperação; onde o Eu substitua o nós.²⁰⁴

No Brasil, a Constituição de 1988 reafirmou os contornos do novo papel do Estado: limitou a sua intervenção direta no domínio econômico segundo os imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo e outorgou às empresas públicas e sociedades de economia mista o mesmo tratamento dispensado às entidades privadas²⁰⁵.

Em relação ao serviço público, a Constituição Federal em sua versão original reafirmou o dever do Poder Público de prestá-los, além de possibilitar que os particulares o façam, sob o regime de concessão ou permissão (art.175). No entanto, a redação original de alguns dispositivos constitucionais impunha o regime de monopólio

²⁰³ LINHARES, Marcel Queiroz. **O Estado social e o princípio da subsidiariedade: reflexos sobre o conceito de Serviço Público**, p. 219.

²⁰⁴ BURSZTYN, Marcel. **Introdução à crítica da razão desestatizante**, p. 155.

²⁰⁵ "Nessa perspectiva o programa de privatização questiona o papel do Estado de bem estar, redimensiona as intervenções do Estado, evocando uma limitação de seu papel na busca da redefinição da fronteira entre as atividades públicas e privadas". RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Sociedade de Economia Mista & Empresa Privada: estrutura e função**, p. 158.

em relação a algumas destas atividades (como por exemplo, às telecomunicações)²⁰⁶.

Na década seguinte a da promulgação da nova Constituição da República, acompanha-se o início da Reforma do Estado no Brasil, com a Medida Provisória nº 155/90, logo convertida na Lei 8031/90, consolidando-se o Programa Nacional de Desestatização Brasileiro. Esta Lei, por sua vez, sofreu diversas adaptações por Medidas Provisórias, resultando na sua revogação e substituição pela Lei 9491/97.

Após as privatizações foram criadas as agências reguladoras com a finalidade de controlar e regulamentar a prestação de serviços públicos e o exercício de algumas atividades econômicas que até então o Estado exercia diretamente.

Com as privatizações, a regulação aumenta a cada instante. Isto porque, quando os serviços eram prestados diretamente pelo Estado, dificilmente o próprio iria limitar, restringir a sua atividade. Com a delegação dos serviços públicos, o ente estatal se vê na obrigação de normatizar este novo meio prestacional, até mesmo como forma garantir a sua legitimidade perante a população.²⁰⁷

A partir desta transferência, o Estado buscou assumir o seu novo papel, o de regulador, fiscalizando, regulamentando e até mesmo mediando conflitos referentes às atividades prestadas pela iniciativa privada. Para isso foram criadas as agências reguladoras.²⁰⁸

Com a Reforma Aparelho do Estado, buscou-se o redimensionamento da máquina administrativa, voltando o ente estatal para o exercício de suas funções

²⁰⁶ A redação original era: "Art.21 – Compete à União: XI – explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob o controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União;". Conseqüentemente, verifica-se que o serviço de telefonia foi mantido sob a titularidade estatal, entretanto, a iniciativa privada passou a prestá-lo sob duas formas: ou como concessionários, em que se aplica o integralmente o regime jurídico de Direito Público, ou sob a forma de autorização, em que se aplica o regime jurídico de Direito Privado. Sob esta última perspectiva, a atividade não é considerada como serviço público, mas sim, atividade econômica em sentido estrito. Verifica-se, portanto, que em razão do jogo de forças sociais neste momento histórico, ocorreu uma diminuição do campo de atividades consideradas como serviços públicos. GRAU, Eros. Op. cit., p. 136.

²⁰⁷ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. Op. cit., p.52.

²⁰⁸ Que no âmbito federal são as seguintes: ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica), ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações), ANP (Agência Nacional do Petróleo), ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), ANS (Agência Nacional de Saúde), ANA (Agência Nacional de Águas), ANTT (Agência Nacional de Transportes Terrestres), ANTAQ (Agência Nacional de Transportes Aquaviários) e ANCINE (Agência Nacional de Cinema).

típicas²⁰⁹, de forma mais eficiente, e resguardando também ao cidadão maiores possibilidades de participar das decisões que envolvam os interesses do Estado.

Entretanto, em vez de se buscar a implementação de um verdadeiro Estado Social, associado a mecanismos que coíbam o desvirtuamento da administração burocrática, preferiu-se o desmantelamento estatal e a adoção de políticas que no mais das vezes acabam por tornar mais miseráveis os que já o são.

Adriana da Costa Ricardo SCHIER descreve a forma como deveria ocorrer a Reforma em nosso país:

Em vez de se reestruturar o Estado para que pudesse vir a ser uma instituição que efetivamente assegurasse os mínimos direitos capazes de garantir a sobrevivência digna dos cidadãos, preferiu-se, mais uma vez, na história, conceder tal tarefa ao mercado, à iniciativa privada. Optou-se, então, pela diminuição do Estado em relação ao atendimento de demandas sociais. Contudo, sem embargo de seu enfraquecimento em relação às preocupações sociais, o Estado torna-se mais 'forte' em outros aspectos, sendo altamente repressivo com os movimentos sociais e estando sempre pronto a garantir o livre mercado, salvando, se necessário for, instituições privadas.²¹⁰

Outras conseqüências são vislumbráveis em especial a mutação dos elementos que compõem a noção de serviço público, trazendo como conseqüência di-

²⁰⁹ Para o idealizador da Reforma do Estado, Bresser PEREIRA, as atividades típicas devem ser exercidas por meio de monopólio, como por exemplo, as funções de legislar e de julgar, a arrecadação de impostos, o poder de polícia. Outras atividades como implementação da educação, saúde, previdência social, são vistas como atividades exclusivas do Estado em razão dos recursos orçamentários que envolvem, mas que não são essencialmente monopolistas. Por tais motivos, essas atividades deverão ser exercidas por entidades públicas não estatais, sem fins lucrativos, voltadas para o interesse público, mas que não fazem parte da Administração Pública. Segundo o autor supra citado, "a reforma do Estado nesta área não implica em privatização, mas em 'publicização' - ou seja, em transferência para o setor público não estatal" (**A reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle**, p. 25). A terceira área de atuação do Estado - a produção de bens e serviços para o mercado - deve sofrer o processo de privatização, visto que não há mais justificativas para a manutenção das empresas estatais, pois "ficou definitivamente claro que a atividade empresarial não é própria do Estado, já que pode ser muito melhor e mais eficientemente controlado pelo mercado do que pela administração." (Op. cit, p. 24). A chamadas atividades auxiliares, também denominadas de atividades meio do Estado, como limpeza, vigilância, transporte, serviços técnicos de informática, deverão ser terceirizadas, devendo haver licitação pública já que a contratação se dará com terceiros. A partir da distinção das áreas de atuação do Estado e da reestruturação setorial, a reforma prevista pela Emenda Constitucional nº 19, procurou dinamizar a Administração Pública brasileira, transformando-a de burocrática em gerencial.

reta a alteração de seu regime jurídico, o que vem ocasionando uma verdadeira fuga do direito público para o privado.²¹¹

Como bem assinala Dinorá Adelaide Musseti GROTTI:

O que houve foi o declínio da noção tradicional que passou a mostrar-se em dissonância com a realidade, em face da mudança de condições sociais traduzidas em vários procedimentos do Estado pós-liberal. Assim, a chamada crise refletia apenas a inadequação de uma teoria específica à extensão das prestações estatais, realizadas sob modos muito variados.²¹²

Destarte, a autora completa os seus ensinamentos ao ponderar que a tão propalada crise do serviço público²¹³, a bem da verdade, não se refere a este, mas se encontra no responsável pela sua prestação, ou seja, no Estado. O que se encontra em crise é o chamado Estado de Bem Estar, que procurou ofertar o serviço público em nome do desenvolvimento e promoção social de todos.²¹⁴

No contexto pós – reforma, em razão da delegação de serviços públicos à iniciativa privada, cada vez mais o cidadão é visualizado como um cliente do Estado,

²¹⁰ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Administração Pública: apontamentos sobre os modelos de gestão e tendências atuais**, p.43.

²¹¹ ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública, p.355.

²¹² **Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988**, p. 60.

²¹³ Embora não desconsidere o fato do Serviço Público ter proporcionado um grande desenvolvimento social, ARIÑO ORTIZ pondera que: “El servicio público es merecedor de un gran elogio ya que fue un instrumento de progreso y también de socialización de todos. Pero su ciclo há terminado. Cumplió su misión y hoy – como dice JOSÉ LUIS VILLAR – hay que hacerle un digno entierro. Es inútil empeñarse en embalsamarlo, como intentam los franceses, por si de esta forma pudiéramos mantenerlo vivo. La situación hoy es outra, casi la inversa. Son los hechos los que mandan, más que la ideología o la política y hoy han cambiado radicalmente los presupuestos económicos y sociales – también los políticos y culturales – sobre los cuales esta institución nació y se desarrolló felizmente.” **Principios de Derecho Público Económico: Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica**, p. 600. Em contraposição ao pensamento de ARIÑO ORTIZ, e levando em conta a realidade latino-americana, ponderava o saudoso Jorge Luis SALOMONI: “Ahora bien, el principio que subyace en la argumentación explicitada es el de la contradicción entre el tradicional concepto de servicio público y el libre mercado. Pero, ¿ existe contradicción entre esos términos? La contradicción es clara si se la plantea: Globalización igual Mercado igual Neoliberalismo. Se identifica la globalización, que constituye um hecho, - uma serie de hechos - , com la ideología que pretende ser exclusiva: el neoliberalismo. *El concepto de igualdad de la sociedad ya no se daría por la intervención del Estado sino por las reglas del mercado.* Pero esta igualdad no será de bienes y servicios, sino de seguridad. Con ello se justifica que existirá una parte de la sociedad que podrá integrarse al mercado. Para ellos no existirán mecanismos institucionales de igualdad económica y social. *Esto es lo que la concepción de Ariño no dice.* Y ello porque se oculta la concepción filosófico política de la cual se parte.” **Teoría General de Los Servicios Públicos**, p. 330-1, itálico do original.

²¹⁴ GROTTI, Dinorá Adelaide Musseti. Op. cit., p. 61.

levando-se em conta apenas o prisma do usuário enquanto consumidor.²¹⁵ Isto porque a orientação da gestão dos serviços públicos para o lucro vem gerando graves violações aos direitos fundamentais do cidadão. Tal orientação vem importando na mudança da adequação, continuidade, igualdade, eficiência, modicidade tarifária, enfim, da qualidade do serviço público²¹⁶.

Aliás, neste íterim alerta Alexandre Santos de ARAGÃO:

A inserção da concorrência, que é a principal modificação que o regime jurídico dos serviços públicos sofre no Estado contemporâneo, não pode, contudo, ser generalizada ou feita sem cautelas, já que em um setor em que há serviço público em razão da sua importância para a coesão social dificilmente apenas a concorrência dará conta das necessidades coletivas envolvidas, tendo em vista, por exemplo, a assimetria informacional existente entre regulador e prestador do serviço público, a tendência dos agentes em concorrência a agirem mais para as parcelas mais lucrativas do mercado e o fato de o monopólio natural permanecer inevitável em uma série de atividades, havendo sempre subsetores ou até setores inteiros de serviços públicos sem pluralidade de agentes econômicos atuando.²¹⁷

Não é diferente o entendimento de Cristiane DERANI acerca da relação “cliente-usuário” e o prestador do serviço público:

O serviço público pode mudar de prestador mas não de destinatário. Usuário, cliente, consumidor; estas diferenças terminológicas não são neutras. Hoje, muitas empresas de serviço público consideram ter clientes e não usuários. O cliente só é consumidor quando paga o bem ou a prestação. Ora, certos serviços públicos são essenciais e devem ser acessíveis, mesmo em caso de insolvência. Uma tal função exige da parte das empresas um comportamento particular que ultrapassa as relações com simples clientes.²¹⁸

²¹⁵ LIMA, Vivian Cristina. Op.cit., p.43.

²¹⁶ Tais princípios são as bases do regime jurídico de Direito Público aplicável aos serviços públicos. A mutabilidade, continuidade e a igualdade são os princípios conhecidos como as Leis de Rolland, ilustre administrativista francês que as idealizou.

²¹⁷ Op. cit., p. 260.

²¹⁸ DERANI, Cristiane. **Privatização e Serviços Públicos**: as ações do Estado na produção econômica, p. 76.

Verifica-se a necessidade de um modelo próprio de serviços públicos, condizentes com a realidade brasileira²¹⁹. Este é, portanto, o maior desafio da atual configuração do Estado Brasileiro, que um dia tentou ser Estado de Bem Estar e que no momento busca ser regulador e gerencial: conciliar o lucro almejado pela iniciativa privada com a concretização dos direitos fundamentais consagrados pelo texto constitucional de 1988. Como não vem conseguindo, assume relevância o papel do Poder Judiciário, no sentido de impor aos Poderes elaboradores das políticas públicas a realização dos ditames constitucionais.

2.2 O SERVIÇO PÚBLICO COMO GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:

Neste item, procurar-se-á demonstrar a tentativa de concretização de direitos fundamentais, por parte do Poder Público, utilizando-se do serviço público como instrumento. Para tanto, serão abordados alguns serviços públicos em espécie, quais sejam: a educação, a saúde, a energia elétrica e o saneamento básico.

A eleição para a abordagem destes serviços se deu por uma razão muito simples: os dois primeiros consubstanciam direitos fundamentais sociais, presentes no art. 6º do nosso texto constitucional. E ainda, ambos constituem-se como instrumentos para a realização de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil: a dignidade da pessoa humana.

A educação surge como um fator determinante para a implementação da cidadania, que está umbilicalmente relacionada à dignidade. Onde não há educação, não há a participação social, preponderando a inércia de uma massa disforme de inconsciência. Portanto, não há cidadania e nem dignidade.²²⁰

Sem saúde não há vida, o mais importante bem jurídico a ser tutelado pelo Poder Público. E como será demonstrado, ainda é longo o caminho a ser percorrido até a universalização deste serviço. É revoltante a forma como é ultrajada a dignidade das pessoas que aguardam um internamento nas portas dos hospitais públicos.

²¹⁹ Como alerta Vivian Cristina LIMA: “O Estado subsidiário brasileiro não pode ser semelhante ao Estado subsidiário europeu, até porque, em diversas regiões da Europa, há muito que a discussão sobre o mínimo existencial foi assegurada e ultrapassada.” **O novo conceito de Serviço Público**, p. 545.

No mais das vezes, sobrevivem apenas os que têm condições de pagar pelo internamento.

Energia elétrica e saneamento básico também são prestações materiais necessárias para garantir o mínimo necessário para que um cidadão possa sobreviver de forma digna. Em relação à energia elétrica, no magistério de Mauro Roberto Gomes de MATTOS, “é um bem de uso vital à qualquer pessoa, e não meramente facultativo como se pensava anteriormente. É indispensável a sobrevivência digna de qualquer ser humano ou a manutenção e desenvolvimento de qualquer atividade econômica sempre que dela se faça uso”.²²¹

Da mesma forma, constata-se uma imbricação entre o serviço de saneamento básico e a dignidade da pessoa humana, na medida em que aquele também garante o direito à vida, por estar relacionado às políticas públicas voltadas à saúde. Como nos ensina Eduardo Coral VIEGAS:

O Saneamento Básico é condição mínima de reconhecimento da dignidade da pessoa humana. Sem água tratada e escoamento sanitário nenhuma família pode-se constituir adequadamente, nenhuma criança tem assegurado o seu direito a um desenvolvimento integral, em condições dignas e de liberdade. A falta ou deficiência significativa na prestação desse serviço público essencial gera doenças evitáveis, morte, baixo padrão de qualidade de vida; enfim, sem ao menos o ser humano sair de casa de banho tomado e com sua sede saciada, que oportunidades de vida terá nos grupamentos sociais?²²²

2.2.1 Educação;

“Talvez seja mesmo simplista apontar a educação como a única solução para problemas tão diversos, que envolvem interesses e realidades muito divergentes, como são aqueles que o povo brasileiro tem para enfrentar. Todavia, se não é esta a solução para todos os problemas, sem dúvida é o começo da viabilização da tão sonhada discussão conjunta entre toda a sociedade sobre eles.”

Fabiana Cássia Dupim Souza.

²²⁰ SOUZA, Fabiana Cássia Dupim. **Educação e Dignidade: a Libertação como direito**, p.233.

²²¹ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Da crise de Energia Elétrica e a prestação do consumidor dos serviços públicos privatizados**, p. 163.

²²² VIEGAS, Eduardo Coral. **Saneamento Básico, Mercantilização e Privatização da Água**, p. 40-1;

A educação é o direito fundamental social, de cunho prestacional, que tem como pilares a cidadania e a dignidade da pessoa humana. É um serviço público que deve ser prestado pelo Estado, independentemente de qualquer contraprestação, pois sem educação não há a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; não há desenvolvimento nacional e muito menos a erradicação da pobreza e da marginalização. Sem educação não é possível a promoção do bem de todos sem qualquer tipo de preconceito.²²³

Embora trate-se de um dever do Estado, não há interesse em universalizar o serviço público de educação. A razão é a mais simples: a educação liberta, proporcionando a efetivação da cidadania sob o viés material²²⁴.

Essa resistência em universalizar a educação, Pedro DEMO atribui à nomenclatura de “processo de produção de ignorância”, enumerando as principais características desta sistemática: não realização de políticas públicas; manutenção do paternalismo estatal, por assim destinar aos pobres simples “migalhas” capazes de mantê-los nas mãos das elites; manipulação cultural e dos meios de comunicação; inviabilização do associativismo.²²⁵

O autor completa a sua teorização ao afirmar que:

O sistema não teme o pobre que tem fome. Teme o pobre que sabe pensar. O que mais favorece o neoliberalismo não é a miséria material das massas, mas sua ignorância. Esta ignorância as conduz a esperar a solução do próprio sistema, consolidando sua condição de massa de manobra. A função central da educação de teor reconstrutivo político é desfazer a condição de massa de manobra, como bem queria Paulo Freire.²²⁶

²²³ Estes são os objetivos da Republica Federativa do Brasil, esculpidos no art. 3º da Constituição de 1988.

²²⁴ A inexistência de escola, a falta de vaga ou a falta de transporte escolar ainda são os principais motivos de afastamento dos bancos escolares, conforme demonstram os dados estatísticos colhidos pelo IBGE: “ Na faixa etária de a 14 anos de idade, o percentual de crianças e adolescentes que tinham a inexistência de escola perto de casa, falta de vaga ou de transporte escolar como motivo para não freqüentar escola foi mais elevado nas Regiões Norte (20,9%) e Centro-Oeste (19,0%) e menor na Região Sul (8,4%). No grupo de menos de 7 anos de idade, o maior valor desse indicador foi o da Região Sul (21,1%) e o mais baixo, da Região Norte (14,2%). Na faixa etária de 15 a 17 anos, os resultados regionais foram mais baixos e ficaram próximos, variando de 4,4% a 6,7%.” **Aspectos complementares de educação e acesso a transferências de rendas de programas sociais**, p. 26.

²²⁵ DEMO, Pedro. **Conhecimento e aprendizagem: atualidade de Paulo Freire**, p. 317-18.

²²⁶ Op. cit., p. 320.

Deste modo, a educação serve de instrumental necessário para a realização da cidadania material, ou seja, com a educação o indivíduo passa a tomar consciência do seu papel no processo democrático, exercendo “os direitos que decorrem da situação de peça ativa da realidade que o circunda”.²²⁷ Sem educação não há cidadania, ou no máximo, esta é vislumbrável apenas sob o aspecto formal, notadamente, no momento do exercício do direito/dever de votar.

Preocupado em acabar com o círculo vicioso do “processo de produção de ignorância”, a Constituinte imputou ao Estado o dever de prestar o serviço público de educação, calcado na igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; na liberdade de aprender e ensinar a partir de um pluralismo de idéias; na gratuidade do ensino público; na valorização dos educadores, a partir da instituição de planos de carreira e piso salarial; na gestão democrática que proporcione a garantia do padrão de qualidade do serviço público de educação.²²⁸

A finalidade, constante no art. 205 do texto constitucional federal, é de proporcionar ao indivíduo as condições necessárias para o exercício da cidadania e para o mercado de trabalho.²²⁹

Por conseguinte, a Constituição impõe ao Estado o dever de proporcionar o ensino fundamental de forma gratuita para todos, incluindo aqueles que não tiveram acesso na idade apropriada. Aliás, o próprio texto constitucional elevou o ensino fundamental obrigatório gratuito à categoria de direito público subjetivo (§1º do art. 208). Este enunciado comporta as mais diversas conseqüências jurídicas.

A partir de uma simples interpretação literal, poderíamos imaginar que o direito subjetivo à educação comportaria apenas e tão somente a oferta gratuita do ensino fundamental. Mas uma interpretação extensiva faz-se necessária, em homenagem aos fundamentos da República Federativa do Brasil, quais sejam, a cidadania,

²²⁷ SOUZA, Fabiana Cássia Dupim. **Op. cit.**, p. 232.

²²⁸ Idéias centrais retiradas do texto do art. 206 da Constituição de 1988.

²²⁹ Nesse ponto, a Constituinte de 1988 procurou agradar os dois lados que debatem sobre os fins da educação. De um lado, a corrente civil democrática que encara a educação como um processo de formação da cidadania. Por esta vertente, o propósito educacional deve ser o de proporcionar as classes menos abastadas a tomada da consciência, permitindo o engajamento em movimentos sociais, com o conseqüente alcance da liberdade e da igualdade. Por outro lado, a visão produtivista preconiza a educação escolar como uma preparação para o mercado de trabalho. Segundo Paul SINGER, esta visão “promove o aumento da produtividade, que seria o fator mais importante para elevar o produto social e dessa maneira eliminar a pobreza”. Esta visão produtivista nasceu a partir da crítica neoliberal aos serviços sociais do Estado, atacando o paternalismo, a ineficiência e o corporativismo estatais. SINGER, Paul. **Poder, política e educação**, p. 5-8.

dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Deste modo, ante os fundamentos apresentados, o direito subjetivo à educação comporta a matrícula na rede básica de ensino, que compreende não apenas o ensino fundamental, mas também a educação infantil²³⁰, a educação especial, o ensino fundamental para jovens e adultos e o ensino médio. Sem o acesso a estas prestações materiais, o indivíduo vê-se excluído, renegado à margem da sociedade, o que é inadmissível em um Estado Democrático de Direito que preconiza a participação política livre, a atuação profissional e consecução de segurança individual e coletiva de forma pacífica.²³¹

Importante asseverar que não adianta o Estado garantir a matrícula se os indivíduos não possuem as condições necessárias para freqüentar a escola, ou mesmo as condições necessárias para o aprendizado. Como assinala a doutrina, o direito subjetivo à educação também compreende o direito à merenda escolar e a assistência à saúde, o direito ao material escolar e ao transporte.

O oferecimento de merenda escolar objetiva manter na escola as crianças cujas famílias não conseguem garantir a alimentação necessária para assegurar o desenvolvimento físico e mental. Em seguida, as assistências odontológicas e médicas buscam manter os indivíduos na escola, atuando de forma preventiva.

A respeito do direito ao material escolar e ao transporte, nos ensina Maria Cristina de Brito LIMA:

Da mesma forma que os demais direitos já evidenciados, o material didático e o transporte da criança até a escola revestem-se de caráter essencial, pois, sem o material, não há como estimular a criança e fazê-la absorver o conhecimento; sem transporte para levá-la ao encontro do saber, criar-se-á uma dificuldade que poderá impedir a consecução do dever do Estado.²³²

²³⁰ O próprio IBGE reconhece a necessidade de universalização da educação infantil: “A freqüência à creche e/ou maternal, por exemplo, para crianças de 0 a 3 anos ainda é muito pouco comum no País. Mesmo tendo ocorrido um crescimento nos percentuais de freqüência entre 1995 e 2005, apenas 13,% tinham esta oportunidade naquele ano. Sem dúvida, a oferta para este nível escolar necessita ser ampliada.” **Síntese dos indicadores sociais 2006**, p. 57.

²³¹ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social**, p. 38.

²³² **A educação como direito fundamental**, p. 103.

A garantia do padrão de qualidade também é um fator a ser imposto ao Estado no momento da prestação do serviço público de educação, nos termos do art. 206, VI.

Denota-se que estas prestações constitucionais tratam-se de direitos subjetivos originários, tendo em vista o fato de que são usufruíveis pelo indivíduos independentemente de intervenção legislativa e administrativa. E por tal razão, podem ser reclamados perante o Poder Judiciário. Qualquer interpretação diversa simplesmente aniquilaria o conteúdo jurídico do texto constitucional.

Caso o direito à educação não esteja sendo viabilizado, ou ainda, viabilizado em desacordo com os padrões de qualidade, a própria Constituição imputa à responsabilização a autoridade competente omissa. Como reflexo da justiciabilidade do referido direito subjetivo, o legislador infraconstitucional por meio da Lei de Diretrizes de Bases da educação²³³ estabeleceu:

Art. 5º O acesso ao ensino fundamental é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída, e, ainda, o Ministério Público, acionar o Poder Público para exigi-lo.

§ 1º Compete aos Estados e aos Municípios, em regime de colaboração, e com a assistência da União:

I - recensear a população em idade escolar para o ensino fundamental, e os jovens e adultos que a ele não tiveram acesso;

II - fazer-lhes a chamada pública;

III - zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela freqüência à escola.

§ 2º Em todas as esferas administrativas, o Poder Público assegurará em primeiro lugar o acesso ao ensino obrigatório, nos termos deste artigo, contemplando em seguida os demais níveis e modalidades de ensino, conforme as prioridades constitucionais e legais.

§ 3º Qualquer das partes mencionadas no caput deste artigo tem legitimidade para peticionar no Poder Judiciário, na hipótese do § 2º do art. 208 da Constituição Federal, sendo gratuita e de rito sumário a ação judicial correspondente.

§ 4º Comprovada a negligência da autoridade competente para garantir o oferecimento do ensino obrigatório, poderá ela ser imputada por crime de responsabilidade.

§ 5º Para garantir o cumprimento da obrigatoriedade de ensino, o Poder Público criará formas alternativas de acesso aos diferentes níveis de ensino, independentemente da escolarização anterior.

Verifica-se que o dispositivo legislativo regulamenta o §2º art. 208 do texto constitucional federal, proporcionando a qualquer cidadão a postulação em juízo a fim de se garantir o direito ao ensino fundamental de forma gratuita. E por falar em

²³³ Lei 9394/96.

gratuidade, o cidadão não necessitará arcar com quaisquer custas com a postulação em juízo.

Mesmo com os instrumentos processuais colocados à disposição do cidadão, o ideal é que haja colaboração entre todos os entes políticos a fim de que os dispositivos constitucionais e legais sejam concretizados²³⁴. O artigo 212 da Constituição Federal estabelece que a União deverá investir 18% e os Estados e Municípios 25% da receita resultante de impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino.²³⁵

O texto constitucional dispõe que ensino fundamental ficará a cargo dos Municípios e Estados-membros; entretanto, isto não significa que a União não desenvolva qualquer função relacionada ao ensino fundamental²³⁶; pelo contrário, desenvolve papel crucial, pois gerencia o FUNDEB²³⁷ - Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização dos Profissionais de Educação, na forma prevista no art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, com a regulamentação dada pela Medida Provisória nº 339 de 28 de dezembro de 2006.

Além da criação deste fundo destinado exclusivamente à educação fundamental, a Constituição prevê a possibilidade deste nível de escolaridade ter como fonte adicional a contribuição social do salário educação, recolhidas pelas empresas,

²³⁴ É de competência comum da União, dos Estados e dos Municípios a prestação do Serviço Público de Educação, nos termos do art., 23 do texto constitucional federal. Deste modo, a colaboração destes entes deverá ser estabelecida por meio de Lei Complementar. Como até o presente não foi criado o referido texto legislativo, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação vem sendo utilizada como norma geral do setor, nos termos da competência privativa da União, presente no art. 22, XXIV e na competência para o estabelecimento de normas gerais, nos termos do art. 24, IX. Importante destacar que os Estados poderão suplementar a LDB (§2º do art. 24), assim como os Municípios (art. 30,II).

²³⁵ Em caso de descumprimento destes percentuais, o Procurador Geral da República deverá ajuizar Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva, que se julgada procedente pelo STF, requisitará ao Presidente da República a intervenção no Estado – membro que não cumpriu com o seu dever constitucional (art. 34, VII, “e” e art.36, III da CF). Da mesma forma, poderá ocorrer intervenção do Estado membro no Município faltante com relação ao percentual constitucional, nos termos do art. 35, III da CF.

²³⁶ Nos termos do §1º do art. 211 da Constituição: a União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.

²³⁷ A Emenda Constitucional nº 53 alterou praticamente todos os dispositivos do art. 60 da ADCT, substituindo o FUNDEF pelo atual FUNDEB. A grande mudança ocorreu com relação ao aumento de receita para o Fundo: no antigo FUNDEF eram destinados 15% de transferências decorrentes de impostos para Estados e Municípios. Agora, o percentual foi elevado para 20%.

nos termos do § 5º do art. 212. Aliás, a Constituição refere-se mais propriamente à educação básica, que compreende a educação infantil para crianças com até 5 anos de idade (a cargo dos Municípios), além do ensino fundamental e do ensino médio (o primeiro a cargo dos Municípios e Estados-membros e o segundo a cargo dos Estados).

Em termos pedagógicos, a Lei 11274/2006 fixou a idade de 6 anos para o início do ensino fundamental e alterou para 9 anos o seu período de duração. Além disso, os currículos do ensino fundamental e médio deverão ter uma base nacional comum; entretanto, possibilita-se a adaptação curricular de acordo com as peculiaridades de cada unidade da Federação.²³⁸

O ensino noturno deverá proporcionar aos jovens e adultos o acesso ou a continuidade dos estudos no ensino fundamental e médio.²³⁹ E o ensino médio, por sua vez, deverá proporcionar o aprofundamento dos conhecimentos adquiridos no ensino fundamental, com o fito de já prepará-lo para o mercado de trabalho e deverá aprimorar o aluno enquanto pessoa humana.²⁴⁰

O ensino médio, da mesma forma que o direito fundamental, deve ser tratado como direito subjetivo, tendo em vista o fato de que a Constituição impõe ao Estado o dever de universalizá-lo, ainda que de forma progressiva. Marcos Augusto MALISKA interpreta o dispositivo constitucional da seguinte forma:

A oferta pública do ensino médio está condicionada, primeiramente, à garantia do ensino fundamental. Ao Estado cabe, prioritariamente, investir no ensino fundamental como primeira etapa da educação. Portanto, a discricionariedade administrativa de escolher entre ofertar o ensino fundamental ou o ensino médio está limitada ao pleno cumprimento da função primeira²⁴¹.

Com a devida vênia, não concordamos com a interpretação apresentada pelo ilustríssimo mestre. A partir de uma interpretação sistemática, entendemos que não há discricionariedade em ofertar primeiramente o ensino fundamental para só depois buscar-se a universalização do ensino médio. A tese que advogamos é a de que o

²³⁸ Art. 26 da LDB e art. 210 da Constituição de 1988.

²³⁹ Art. 37 da LDB e art. 208, V da Constituição de 1988.

²⁴⁰ Art. 35 da LDB.

²⁴¹ **O Direito à Educação e a Constituição**, p. 227.

Estado tem o dever de ofertar o ensino fundamental e o ensino médio. O fundamento para tal assertiva encontra-se na própria realidade brasileira: a evasão escolar ocorre principalmente a partir dos 14 anos de idade, ou seja, nas vias de acesso ao ensino médio.²⁴² E é nesta faixa etária que ocorre o maior descompasso entre idade e série adequada.²⁴³ Trata-se de um direito a ser concretizado pelo Estado, a fim de que o cidadão busque a formação necessária para trilhar os mais diversos caminhos universitários, ou ainda, a capacitação profissional, no referido grau de ensino.

A educação especial também é dever do Estado, portanto, igualmente inquestionável o seu caráter de direito subjetivo. Este setor educacional deverá proporcionar aos alunos com necessidades especiais as condições necessárias para a integração destes discentes à sociedade, inclusive ao mercado de trabalho.²⁴⁴

Já o ensino superior poderá ser prestado por qualquer dos entes políticos. Entretanto, observando-se o fato de que os Municípios sequer conseguem universalizar a educação infantil e a fundamental, o ensino superior é prestado pela União e pelos Estados-membros.

Em pouquíssimas palavras, eis uma síntese do sistema educacional brasileiro, que de longe, não consegue atender aos padrões almejados pelo Constituinte de 1988. Embora a disposição constitucional do artigo 212 vincule parte do orçamento estatal à educação, ainda almejamos atingir a tão sonhada universalização²⁴⁵.

Esta universalização deve pressupor qualidade de ensino, o que significa que o Estado brasileiro, além de preocupar-se com os analfabetos, deverá se preocupar também com os analfabetos funcionais, que são aqueles que freqüentam ou já

²⁴² SCHWARTZMAN, Simon. **Educação: a nova geração de reformas**, p.486.

²⁴³ Segundo dados do IBGE, as taxas brutas de freqüência escolar para os adolescentes de 15 a 17 anos foram, em 2005, de 81,7%, revelando um crescimento expressivo em relação à 1995 de cerca 15 %. Mas, o que deve se chamar atenção é a baixa taxa de freqüência líquida (aquela que analisa a compatibilidade entre a série e a idade do aluno), somente 45,3% cursavam o ensino médio, valor superior ao de 2004 (44,4%). No Norte e Nordeste, a taxa cai para em torno de 30%. **Síntese de indicadores sociais 2006**, p.57.

²⁴⁴ Art. 58 da LDB.

²⁴⁵ Em que pese a taxa de analfabetismo ter caído 5% dentre os anos de 1995 e 2005, quase 15 milhões de pessoas com mais de 15 anos são analfabetas, correspondendo a 11% da população. Este percentual aumenta para 23,5% quando se amplia o conceito de analfabeto para analfabeto funcional, que para a UNESCO, refere-se às pessoas que estudaram menos de quatro anos. IBGE, *Síntese de indicadores sociais 2006*, p. 57.

freqüentaram os bancos escolares, mas que não conseguem compreender um simples texto.

O mais assustador é que estes analfabetos funcionais estão se transformando em supostos “bacharéis”. Tal fenômeno vem ocorrendo principalmente após a liberalização do ensino superior à iniciativa privada²⁴⁶, com o segundo mandato do Sr. Fernando Henrique Cardoso.

Em razão da quantidade avassaladora de novas instituições de ensino superior, praticamente não há mais seleção. Hoje sobram vagas. Deste modo, as instituições vêm disputando os analfabetos funcionais, que chegarão ao ensino superior da forma mais indigna.

Já é possível constatar que a criação desenfreada de novos cursos superiores não reflete qualquer solução para os problemas educacionais brasileiros. Políticas compensatórias devem ser executadas para assegurar a alfabetização com qualidade das crianças, desde a educação básica. Esta é a sugestão de Simon SCHWARTZMAN:

Em igualdade de condições, escolas que atendem alunos de condições sociais mais precárias obtêm resultados piores. Para contrabalançar isto são necessárias políticas compensatórias, que praticamente não existem no Brasil. É provável que estas políticas devam ser orientadas sobretudo para dentro das escolas, para ajudá-las, com recursos materiais e humanos, a lidar melhor com alunos com maiores dificuldades de adaptação e aprendizagem; mas podem haver políticas orientadas diretamente aos estudantes e suas famílias. Uma possível política compensatória são as pré-escolas: supõe que elas fazem com que os alunos cheguem às classes de alfabetização mais preparadas para aprender. Para isto, elas deveriam funcionar bem do ponto de vista pedagógico, algo sobre o qual não há informações confiáveis;

²⁴⁶ Lembrando sempre que os particulares também poderão prestar a educação: ou como parceiros da Administração Pública, em relação a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas; ou ainda como agentes privados. Neste caso, a educação deixa de ser serviço público e passa a integrar o regime jurídico das atividades econômicas de interesse do Estado. Isto porque, nos termos constitucionais, a educação é livre para a iniciativa privada, desde que tenha autorização do Poder Público para o exercício da atividade e ainda se submeta a avaliação de qualidade e às normas que regulamentam o setor. O grande problema é que a partir de 1998 foi autorizada a criação dos mais diversos cursos superiores, sem o atendimento dos padrões de qualidades exigidos por lei.

e estar focalizadas mais diretamente nas crianças de baixa renda do que vem ocorrendo até o momento.²⁴⁷

Soluções existem e podem ser implementadas. Mas neste ponto retomamos o início deste tópico: não há interesse em universalizar o serviço público de educação, pois não há interesse em acabar com a “massa de manobra”. Por conseguinte, compete ao Judiciário a imposição dos ditames constitucionais.

2.2.2 Saúde

Assim como o direito à educação, a saúde também é direito subjetivo, cuja titularidade pertence a todos os brasileiros, constituindo-se em um dever do Estado, nos termos do art. 196 do texto constitucional. O direito à saúde compreende o direito de estar saudável e o direito de prevenção à doenças. Mas não é só isso. Para Luiz Alberto David ARAÚJO, o direito à saúde também “engloba o direito a habilitação e à reabilitação, devendo-se entender a saúde como o estado físico e mental que possibilita ao indivíduo ter uma vida normal, integrada socialmente.”²⁴⁸

O direito à saúde pode ser vislumbrado tanto a partir de uma perspectiva individual, como também a partir de uma dada coletividade. Neste diapasão, impõe ao Estado a adoção de medidas negativas e positivas:

Embora o preceito [art. 196 da CF] enfatize a perspectiva do direito à saúde enquanto direito a prestações públicas (ações e serviços de promoção, proteção e recuperação), não exclui a primeira perspectiva, do cidadão não ter a sua saúde agredida por ações do Estado ou de particulares. Há, pois, um direito a prestações negativas do Poder Público e da sociedade, que devem se abster de praticar atos que ponham em risco a saúde.²⁴⁹

Deste modo, além do Estado se abster de praticar condutas nocivas à saúde dos indivíduos, deverá ainda coibir que os particulares o façam. O exercício desta fiscalização atualmente compete à Agência Nacional de Vigilância Sanitária, que nos termos do art. 6º da Lei 9782/99, tem por finalidade institucional a promoção da pro-

²⁴⁷ **Op. cit.**, p. 495.

²⁴⁸ **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiências**, p.53-54.

²⁴⁹ WEICHERT, Marlon Alberto. **Saúde e Federação na Constituição Brasileira**, p.23.

teção da saúde da população, por meio de controle sanitário de prestação de serviços, de produtos e da comercialização destes.²⁵⁰

Entretanto, o enfoque do art. 196 do texto constitucional volta-se para o caráter prestacional do direito subjetivo à saúde. E estas condições materiais deverão ser ofertadas por meio do serviço público, que em relação ao direito à saúde, assume relevância pública, nos termos do art. 197 da Constituição de 1988.

Esta relevância é constatada tendo em vista o fato de que o serviço público de saúde tutela o direito à vida e a integridade física. Por conseguinte, não há outra conclusão a não ser a de qualificar o direito à saúde como um direito subjetivo, e que, portanto, autoriza o Poder Judiciário a tutelá-lo independentemente da regulamentação legislativa ou administrativa.

Marlon Alberto WEICHERT sintetiza as conseqüências jurídicas de atribuir a um serviço público a relevância pública:

(a) na consideração da sua essencialidade à sociedade, (b) na obrigação do Poder Público em prestigiá-lo quando objeto de serviço público, (c) na submissão da iniciativa privada à regulamentação, fiscalização e controle do Poder Público, (d) na auto-executoriedade dos atos das autoridades sanitárias, e (e) na legitimidade do Ministério Público para zelar, inclusive judicialmente, pela sua adequada prestação, especialmente na observância dos direitos constitucionais.²⁵¹

Ainda nos termos do art. 196 do texto constitucional federal, há duas normas a serem observadas no momento da concretização do serviço público de saúde: a universalidade e a igualdade.

Pela universalidade, o aparato destinado à prestação do serviço de saúde deve atender toda a população. Isto significa que o Estado não pode limitar as suas ações apenas às pessoas que tenham baixo poder aquisitivo, ou ainda, que contribuam de alguma forma para a seguridade social. Deste modo, sejam preventivas ou

²⁵⁰ Nos termos do §1º art. 7º da Lei 9782/99, a ANVISA poderá delegar aos Estados membros, Distrito Federal e Municípios algumas atribuições que lhe são próprias, desde que não incidam nas exceções previstas no próprio dispositivo. Isto demonstra a necessária cooperação entre todos os entes políticos da Federação para o exercício deste poder de polícia, tão necessário para tutelar o direito à Saúde da população.

²⁵¹ Op. cit., p. 135.

curativas, as ações estatais devem abarcar toda a população, a não ser quando destinadas a um grupo social, em razão de doenças específicas.²⁵²

Pelo princípio da universalidade, também é possível aduzir que o atendimento público deve ocorrer de forma gratuita, embora a Constituição não tenha estipulado este direito de forma explícita²⁵³. Entretanto, não poderá o legislador dispor em contrário sob pena de infringir o princípio da vedação de retrocesso.

A efetivação da igualdade, a partir do serviço de saúde, pressupõe a promoção de ações estatais nas áreas com maior carência destes serviços.²⁵⁴ É a busca pela isonomia sob o aspecto material.

Mais uma vez as lições de WEICHERT são úteis para sintetizar o conteúdo jurídico da universalidade e da igualdade aplicados aos serviços de saúde, pois “revelam a todos os cidadãos um direito subjetivo de ser atendido em todo e qualquer serviço público de saúde, independentemente de sua condição física, social, racial, econômica etc.”²⁵⁵

Em relação à competência para a prestação deste serviço público, nos termos do art. 23, II do texto constitucional federal, compete a União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Portanto, há a necessidade de uma cooperação entre os entes da Federação para a prestação do serviço público de saúde.

No entanto, como não há uma regulamentação desta cooperação sob a forma de Lei Complementar, como exige o parágrafo único do art. 23 da Constituição, a União, com base na competência atribuída pelo art.24, XII, estabeleceu as normas gerais acerca do referido serviço, por meio da Lei 8080/90.

Em atendimento aos pressupostos da descentralização, regionalização e a hierarquização presentes no art. 198 da Constituição, o Sistema Único de Saúde foi criado com o objetivo²⁵⁶ de articular todos os serviços de saúde do país, com a atua-

²⁵² Ibid., p. 158.

²⁵³ Ibid, p. 161.

²⁵⁴ Ibid, p. 160.

²⁵⁵ Id.

²⁵⁶ O rol exemplificativo dos objetivos do SUS está presente nos seguintes artigos da Lei 8080/90: Art. 5º São objetivos do Sistema Único de Saúde SUS: I - a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da Saúde; II - a formulação de política de Saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a observância do disposto no § 1º do art. 2º desta lei; III - a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da Saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas. Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS): I - a execução de ações: a) de vigilância sanitária; b) de vigilância epidemiológica; c) de Saúde do trabalhador; e d) de assistência terapêutica inte-

ção de forma coordenada²⁵⁷ da União²⁵⁸, Estados²⁵⁹, Distrito Federal e Municípios²⁶⁰.

Por conseguinte, ante a descentralização e a regionalização, verifica-se cada vez mais a execução dos serviços por parte dos Municípios, tendo em vista o fato de que este é o ente político que possui as melhores condições para constatar as necessidades da população.²⁶¹ É o que se verifica a partir do art. 10 da Lei 8080/90:

Art. 10. Os municípios poderão constituir consórcios para desenvolver em conjunto as ações e os serviços de saúde que lhes correspondam.

§ 1º Aplica-se aos consórcios administrativos intermunicipais o princípio da direção única, e os respectivos atos constitutivos disporão sobre sua observância.

§ 2º No nível municipal, o Sistema Único de Saúde (SUS), poderá organizar-se em distritos de forma a integrar e articular recursos, técnicas e práticas voltadas para a cobertura total das ações de Saúde.

O art. 7º, do mesmo texto legal, além de arrolar os princípios da universalidade, igualdade, regionalização e hierarquização, já comentados, enumera outros a serem observados pelos entes políticos no momento da implementação das ações. Merecem destaque: a integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema (II) e a participação da comunidade (VIII).

A integralidade da assistência pressupõe que o cidadão deve ter acesso a qualquer tipo de tratamento, independentemente da complexidade e dos custos.

gral, inclusive farmacêutica; II - a participação na formulação da política e na execução de ações de Saneamento Básico; III - a ordenação da formação de recursos humanos na área de Saúde; IV - a vigilância nutricional e a orientação alimentar; V - a colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho; VI - a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a Saúde e a participação na sua produção; VII - o controle e a fiscalização de serviços, produtos e substâncias de interesse para a Saúde; VIII - a fiscalização e a inspeção de alimentos, água e bebidas para consumo humano; IX - a participação no controle e na fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; X - o incremento, em sua área de atuação, do desenvolvimento científico e tecnológico; XI - a formulação e execução da política de sangue e seus derivados. (...)

²⁵⁷ Nos termos do art. 15 da Lei 8080/90.

²⁵⁸ A União, além da cooperação, compete o gerenciamento do SUS no âmbito nacional, de acordo com o art. 16 da Lei 8080/90.

²⁵⁹ As atribuições dos Estados-membros estão no art. 17 da Lei 8080/90.

²⁶⁰ Demais atribuições estão arroladas no art. 18 da Lei 8080/90.

²⁶¹ WEICHERT, Marlon Alberto. Op.cit., p.166.

Mas a realidade não condiz com o tratamento constitucional e legal sobre a matéria, ante a aplicação da reserva do possível.²⁶²

A participação social foi consubstanciada pela Lei 8142/90, com a criação da Conferência da Saúde e do Conselho de Saúde. O primeiro compõe-se de diversos segmentos da sociedade, reunindo-se a cada quatro anos, com o propósito de apresentar ações voltadas a implementação do direito à saúde. A Conferência pode ser convocada extraordinariamente pelo Presidente da República ou pelo Conselho de Saúde.²⁶³ Este, por sua vez, foi criado como um órgão colegiado e deliberativo, composto por “representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, atua na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo.”²⁶⁴

Questão extremamente delicada é a que versa sobre o financiamento do Sistema Único de Saúde. Ao contrário do serviço público de educação, em relação à saúde, a Constituição não impõe de forma taxativa os percentuais mínimos a serem aplicados. Apenas dispõe no §2º do art. 198 que “recursos mínimos” deverão ser aplicados, com base no produto da arrecadação dos tributos de todos os entes da federação. O percentual destes “recursos mínimos” deverão ser definidos por meio de Lei Complementar, nos termos do §3º do mesmo art. 198. Ou seja, o Poder Constituinte Derivado (visto que estes dispositivos foram acrescentados pela E.C nº 29) atribuiu ao legislador infraconstitucional a tarefa de estipular os percentuais a serem aplicados no serviço público de saúde.

Esta Lei Complementar, além de definir os percentuais, deverá estabelecer a forma de rateio dos recursos da União destinados aos outros entes da federação, bem como definir as normas de fiscalização e controle dos recursos.²⁶⁵ Entretanto, como até o presente momento esta Lei Complementar não veio à lume, vem sendo aplicado o §4º art. 77 da ADCT, que preconiza a aplicação dos percentuais previstos no próprio art. 77, quais sejam:

²⁶² Que será discutida no item 3.2.1.

²⁶³ Art.1º, §1º da Lei 8142/90.

²⁶⁴ Redação do §2º do art. 1º da Lei 8142/90.

²⁶⁵ Incisos II e III do art. 198 da Constituição.

I - no caso da **União**:

a) no ano 2000, o montante empenhado em ações e serviços públicos de Saúde no exercício financeiro de 1999 acrescido de, no mínimo, cinco por cento;

b) do ano 2001 ao ano 2004, o valor apurado no ano anterior, corrigido pela variação nominal do Produto Interno Bruto - PIB;

II - no caso dos **Estados e do Distrito Federal, doze por cento** do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; e

III - no caso dos **Municípios e do Distrito Federal, quinze por cento** do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º. (grifo nosso).

Estados, o Distrito Federal e os Municípios que aplicavam percentuais inferiores aos apresentados nos incisos II e III, tiveram a incumbência de elevá-los gradualmente, dentre os anos de 2000 a 2004. O mínimo a ser aplicado no ano de 2000 foi o percentual de 7 %. Até o ano de 2004, deveria ter sido acrescentado pelo menos 1/5 do montante investido no ano anterior.²⁶⁶

Em relação à União, ficou estipulado que pelo menos 15% do montante apurado nos termos do referido artigo deverão ser investidos nos Municípios, pautando-se a distribuição dos recursos a partir do número de habitantes. E ainda, todos os recursos serão aplicados por meio do Fundo de Saúde, que será fiscalizado pelo já mencionado Conselho de Saúde.²⁶⁷

Para que os entes da federação recebam as verbas do Fundo de Saúde, do âmbito nacional, é necessário observar os requisitos impostos pelo art. 4 da Lei 8142/90, quais sejam: constituir um Fundo de Saúde; constituir um Conselho de Saúde; apresentar um plano de saúde e ainda, relatórios de gestão que permitam ao Ministério da Saúde a fiscalização dos gastos por meio de auditorias; contrapartida de recursos para a saúde no respectivo orçamento e comissão para a elaboração de planos de carreira para os profissionais do setor.

Caso os Municípios, os Estados e o Distrito Federal não observem os requisitos apresentados, os Estados administrarão os percentuais destinados aos seus

²⁶⁶ §1º do art. 77 da ADCT.

²⁶⁷ §2º e 3º do art. 77 da ADCT.

Municípios, assim como a União administrará os percentuais do Distrito Federal ou dos Estados faltantes.²⁶⁸

Importante ressaltar que os percentuais destinados à saúde que não forem destinados pelos Estados e Municípios (assim como os destinados à educação), caberá, respectivamente, intervenção federal e estadual, de acordo com o art. 34, VII, “e” e art. 35, III do texto constitucional federal.

Algumas boas inovações, embora não tenham sido implementadas em sua totalidade, passaram a fazer parte do rol de políticas públicas relacionadas à saúde, dentre as quais podem-se destacar a criação do sistema de internação domiciliar, o fornecimento de medicamentos aos portadores do vírus HIV e o programa de medicamentos genéricos.

O sistema de internação domiciliar foi criado pela Lei 10424/2002, que teve como principais finalidades: “a) assegurar aos pacientes em tratamento domiciliar, melhor qualidade de vida e manutenção do vínculo familiar; b) solucionar os problemas da falta de leitos hospitalares na rede pública.”²⁶⁹

A implementação do tratamento domiciliar possibilitaria aos portadores de determinadas patologias, que necessitam de tratamento prolongado, uma reabilitação mais rápida, pois se evitaria o risco de contrair infecções hospitalares e o vínculo familiar estimularia o progresso do tratamento do paciente. Entretanto, como alerta Ana Lúcia RICARTE, a lei que propôs este programa pode virar letra morta, visto que até o momento o administrador público não vem implementando os meios necessários para a efetivação das disposições legislativas.²⁷⁰

Os programas de distribuição de medicamentos para portadores de HIV vêm sendo parcialmente concretizados. Do coquetel anti-HIV, sete medicamentos são produzidos no Brasil como genéricos, o que proporcionou a minimização de custos, ante a importação dos insumos da China, Índia e Coréia. Mas ainda assim o programa possui um alto custo, em razão das patentes dos outros medicamentos que compõem o coquetel anti- HIV.²⁷¹

²⁶⁸ Parágrafo único do art. 4º da Lei 8142/90.

²⁶⁹ RICARTE, Ana Lúcia. **Internação domiciliar prevista na Lei 10424/02 e o dever constitucional do Estado em cumpri-la**, p. 32.

²⁷⁰ Id.

²⁷¹ CURY, Ieda Tatiana. **Direito fundamental à Saúde: evolução, normatização e efetividade**, p. 117.

Aliás, a quebra de patentes possibilitou que o Estado concretizasse o programa de medicamentos genéricos, o que proporcionou uma sensível redução do valor para a população, ampliando o acesso e motivando até mesmo uma mudança comportamental por parte dos profissionais de saúde, que passaram a receitar estes medicamentos.²⁷²

2.2.3 Energia Elétrica.

As políticas adotadas no setor elétrico brasileiro, notadamente nas décadas de 50, 60 e 70 do século anterior, demonstraram uma forte intervenção estatal em todos os seus segmentos: geração, transmissão e distribuição. Neste período foram criadas diversas usinas hidrelétricas e sistemas de transmissão. No âmbito estadual, empresas estatais concessionárias tornaram-se distribuidoras de energia elétrica.

Deste modo, o setor elétrico estruturou-se de forma híbrida: de um lado os sistemas de geração e transmissão ficaram a cargo da União, assim como todo o gerenciamento do sistema, já que se trata de um serviço público de titularidade daquele ente²⁷³. Por outro lado, a distribuição ficou por conta dos Estados membros e de algumas empresas privadas.²⁷⁴

Com a inauguração da ELETROBRAS, em 1961, a União consolida o exercício das funções de planejamento e coordenação de todo o sistema. Ao Departamento Nacional de Águas e energia elétrica competia a fiscalização de todos os segmentos do setor.

Este modelo praticamente permaneceu inalterado, até meados da década de 90, quando os ventos da reforma do Estado assolaram o nosso país. No setor elétrico as tarifas também eram reprimidas com o intuito de conter o ímpeto inflacionário. Em razão desta política, as estatais passaram a enfrentar dificuldades para obter financiamentos o que acarretou, ainda na década de 80, a paralisação de uma grande quantidade de obras de estruturação. Para coibir esta crise, foi iniciada uma am-

²⁷² Op. cit., p.117.

²⁷³ No texto constitucional de 1988, a União detém a competência administrativa exclusiva, nos termos do art.21, XII, "b", além da competência legislativa privativa do art. 22, IV.

²⁷⁴ ROLIM, Maria João C. Pereira. **Direito Econômico de Energia Elétrica**, p. 175.

pla reforma no setor, a partir da promulgação da Lei n. 8631/93, com posterior alteração pelas Leis 9.074/ 95 e 10.438/02.²⁷⁵

O processo de privatização das empresas do setor elétrico teve como prioridade as vendas das empresas do segmento de distribuição²⁷⁶. Uma outra decorrência do processo de privatização foi a inclusão de uma nova segmentação ao setor. Além da geração, transmissão e distribuição, a comercialização foi criada, juntamente com o Mercado Atacadista de Energia Elétrica (MAE), o novo Operador Nacional do Sistema (ONS) e o novo ente regulador, a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL).

A partir da geração, constata-se também uma segmentação com relação ao regime jurídico do setor:

... o de serviço público, voltado para o atendimento de todos os usuários; o de autoprodução, voltado para aqueles que produzem energia que consomem; e mais recentemente o regime de produção independente, que possibilita tanto a comercialização de energia como o seu autoconsumo.²⁷⁷

A transmissão de energia elétrica é feita por meio de linhas, cabos e demais equipamentos. Este segmento submete-se integralmente ao regime do serviço público, e como bem observa David WALTENBERG, no novo modelo, a transmissão deve ser vislumbrada como um segmento neutro. A consequência é que a empresa de transmissão não pode gerar, comprar ou vender, executando apenas e tão somente a transmissão de energia elétrica. Com isso, busca-se uma neutralidade de modo

²⁷⁵ BAHIENSE, Daniella Azeredo. **Revisões e reajustes tarifários no setor elétrico brasileiro pós – racionamento**, p. 159.

²⁷⁶ Daniella Azeredo BAHIENSE descreve como ocorreu o procedimento: “Além de privatizar as distribuidoras federais – Light e Escelsa – o governo procurou estimular a venda de distribuidoras estaduais criando o Programa de Estímulo às Privatizações Estaduais (Pepe), pelo qual o BNDES antecipava recursos financeiros aos Estados por conta do que seria adotado nos leilões, após a aprovação do plano de privatização pelas Assembléias Legislativas Estaduais. Além disso, o BNDES, gerente do FAT, repassou R\$ 5 bilhões para financiar os grupos privados que compraram as estatais do setor elétrico.” Op. cit., p. 161.

²⁷⁷ CUNHA, Andréia; FERREIRA, Márcia R.; PRADO, Safira O. M. **A Responsabilidade Civil do Estado pela Crise de Energia Elétrica de 2001**, p. 297. No caso da geração feita para todos os usuários, a prestação do Serviço Público é feita mediante concessão. No que concerne ao regime da autoprodução, os artigos 5º e 7º da Lei 9074/95 fazem uma distinção com relação às hipóteses de concessão e autorização, com base nos seguintes critérios: destinação da energia, capacidade produtiva e fonte de produção. Da mesma forma, no caso do produtor independente, cuja atividade po-

que os outros setores do segmento não sejam afetados no tocante a competitividade. Para tanto, o custo da transmissão é fixada pela ANEEL.²⁷⁸

A coordenação entre geração e transmissão é feita pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS), que dentre outras atribuições, determina a forma de funcionamento das usinas e das linhas de transmissão.

A distribuição de energia elétrica também é uma forma de transmissão, mas com tensões menores. O público alvo são os consumidores residenciais e industriais. WALTENBERG nos ensina que também neste segmento houve uma tripartição relacionada ao regime jurídico. O que predomina é a concessão, que foram outorgadas às empresas que venceram os leilões das privatizações, mas há ainda:

... o serviço privado, explorado através de autorização de distribuição de energia elétrica, dada a cooperativa de eletrificação rural, restrita ao atendimento aos seus cooperados. E, intermediando esses dois tipos, existe a permissão para serviço público de distribuição de energia elétrica, outorgada às cooperativas que não atendem apenas os seus cooperados, mas também atendem a público distinto.²⁷⁹

A comercialização é a grande novidade introduzida com a reforma do setor. Nos termos do art. 10 do Decreto 2.655/98, a comercialização abarca “as concessões, permissões ou autorizações para a geração, distribuição, importação e exportação de energia elétrica”. A finalidade da comercialização é proporcionar a venda de energia da forma mais competitiva, entre os agentes contratantes ou através do Mercado Atacadista de Energia (MAE). Entretanto, o próprio parágrafo único do referido dispositivo, possibilita que a comercialização ocorra por meio de tarifas homologadas pela ANEEL.

O controle tarifário é apenas uma das funções exercidas pela ANEEL. A regulação exercida por este ente ocorre em todos os segmentos do setor, cabendo à agência coordenar todas as questões políticas e econômicas, além da imposição de medidas técnicas.

derá ser explorada mediante concessão ou autorização, nos termos dos artigos 6º, 11 e 12 da Lei nº 9074/95.

²⁷⁸ WALTENBERG, David. **O Direito da Energia Elétrica e a ANEEL**, p. 365.

²⁷⁹ Op. cit., p. 367-68.

Conforme o art. 3º da Lei 9427/96, dentre outras atribuições, compete ao órgão regulador solucionar no âmbito administrativo os conflitos entre concessionárias, permissionárias, autorizatárias, produtores independentes e autoprodutores e o conflito destes agentes com os usuários. Tudo com o intuito de garantir a livre concorrência e de zelar, “pelos interesses sociais do país, bem como oferecendo segurança e confiabilidade ao setor elétrico.”²⁸⁰

Confiabilidade foi o que definitivamente faltou ao setor elétrico em meados de 2001. A crise de abastecimento de energia elétrica foi o resultado da falta de investimentos por parte do Estado, bem como, da maneira desarrazoada com que o processo de desestatização do setor foi encaminhado.

Acreditava-se que a venda das estatais seria a solução, com a injeção de investimentos por parte da iniciativa privada. Ou seja, atribuiu-se à iniciativa privada a tarefa de universalizar o serviço público de energia elétrica. Ledo engano.

O que se viu foi um processo encaminhado totalmente às pressas, em que primeiro privatizou-se, para depois criar os marcos regulatórios. O ímpeto privatizador refletiu-se na priorização das vendas de empresas do segmento de distribuição, “antes mesmo da criação da Aneel, que seria uma peça-chave no funcionamento de qualquer novo modelo”.²⁸¹

Como se não bastasse, as empresas que adquiriram as estatais, tornaram-se concessionárias por meio da modalidade leilão em vez de concorrência, o que poderia explicar a queda da qualidade dos serviços de energia elétrica depois das privatizações.

A Lei n. 8987/95, por meio dos incisos II e III do art. 2º, exige licitação na modalidade concorrência, nas hipóteses de concessão de serviço público ou ainda de concessão de serviço público precedida da execução de obra pública.

A modalidade concorrência foi adotada pelo legislador para outorga de concessão de serviço público justamente por se tratar do processo mais abrangente, mais complexo de licitar. Por meio da concorrência, o administrador público reúne os instrumentos necessários para conceder o serviço público ao agente privado que reúne as melhores condições para tal finalidade. A concorrência “é, sem dúvida, a

²⁸⁰ CUNHA, Andréia; FERREIRA, Márcia R.; PRADO, Safira O. M. **Op.cit.**, p. 301.

²⁸¹ BAHIENSE, Daniella Azeredo. *Op. cit.*, p.161.

modalidade mais completa e símbolo da licitação no Brasil. As suas fases acabam filtrando a melhor proposta, e evidenciam-se harmonizadas com a estrutura burocrática adotada pela Administração Pública Brasileira.”²⁸²

Entretanto, com a nítida finalidade de agilizar a implementação do Plano Nacional de Desestatização, a Lei n.9074/95, por meio de seus artigos 27 e 29, autorizou a concessão de serviço público na modalidade leilão, concomitantemente a venda da estatal prestadora do serviço.

A discussão que se propõe neste ponto é se a modalidade leilão é suficiente para suprir a finalidade de selecionar a empresa mais hábil para prestação de serviço público. Acreditamos que esta modalidade de licitação não tem o condão de atingir este fim, visto que o requisito preponderante no leilão é a maior quantia ofertada pela empresa pública. Em razão da simplificação desta modalidade, não é possível constatar após o procedimento se o agente que pagou pela empresa também reúne condições qualitativas para prestação de serviço público da forma mais adequada. É possível que esta seja uma das razões de perda da qualidade dos serviços públicos após as privatizações.

Como se não bastasse, as tarifas relativas ao serviço público de energia elétrica aumentaram demasiadamente. A razão é muito simples: todos os custos dos investimentos no setor foram repassados ao “cliente-usuário”, inclusive os valores pagos pelas empresas no processo de privatização. Como bem observa Paulo Roberto Ferreira MOTTA:

Esqueceram, tão somente, mas propositadamente, de avisar que cada centavo obtido com o ágio havido (a mercantilização tão evidente e inerente ao neoliberalismo) seria cobrado, por duas vezes, da população brasileira. A primeira, pelo repasse do mesmo às tarifas (afinal, atividade econômica privada, não é, e nem pode ser, pela sua própria natureza, sinônimo de caridade). Os custos, independentemente do caráter, de qualquer empresa, inclusive, e principalmente, os de aquisição, são repassados integralmente às mercadorias e, suportados por aqueles que delas necessitam.²⁸³

²⁸² BACELLAR FILHO, Romeu. **Direito Administrativo**, p.103.

²⁸³ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Regulação e Universalização dos Serviços Públicos de Energia Elétrica e de Telecomunicações**, p.170. A segunda cobrança, destaca o autor na mesma página citada, refere-se ao “financiamento público para a aquisição das empresas estatais, cada centavo obtido com o festejado ágio aumentou os valores emprestados pelos organismos estatais de

MOTTA completa a sua tese ao defender que a técnica utilizada no processo de privatização foi a pior possível. Para o jurista, o Estado deveria ter fixado como critério o binômio “pagamento do preço avaliado-tarifa mais baixa”. Infelizmente, como já descrito, o único critério utilizado no momento da venda das empresas foi o do maior preço pago pelo arrematante, que serviu apenas para atender o interesse estatal secundário.²⁸⁴

Com o aumento, verifica-se uma incompatibilidade entre a obtenção do lucro e a concretização da dignidade da pessoa humana, pela via do serviço público de energia elétrica. Podem-se constatar duas conseqüências neste ponto: uma delas é a inviabilização da universalização material da distribuição de energia elétrica, qual seja, a que preconiza a universalização estrutural do serviço.

A outra conseqüência verifica-se na medida em que não basta garantir o acesso estrutural ao serviço; no contexto pós – reforma, ante a inobservância do princípio da modicidade tarifária, o cidadão-cliente passa a ser um “excluído elétrico”, pois não possui a renda necessária para pagá-lo.²⁸⁵

Segundo dados do IBGE, 99,6% da população brasileira possuem iluminação elétrica domiciliar. Entretanto, a pesquisa não fez diferenciação quanto a origem do fornecimento, ou seja, se é feita de forma regular ou não.²⁸⁶ Portanto, indubitável

crédito, na maioria das vezes, com exclusividade, pelo BNDES. Como a citada instituição de fomento ao desenvolvimento econômico e social não fabrica dinheiro, recebendo-o, parte significativa, do orçamento federal, a conta, mais uma vez, foi parar nos ombros do cidadão contribuinte. Aquele mesmo, que como visto no item anterior, é o titular dos valores maiores da cidadania, da democracia e da República.”

²⁸⁴ Ibid, p. 171. Este interesse, no máximo, poderia ser classificado como interesse público secundário (como interesse da pessoa jurídica estatal), nos termos da doutrina de Renato ALESSI, difundida no Brasil por Celso Antonio Bandeira de MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 57-8. Segundo o autor italiano, o interesse público secundário só pode ser perseguido se coincidir com o interesse público primário, qual seja, o do povo.

²⁸⁵ Expressão utilizada por Luciano dos Santos DANNI, Regina C.G. Bezerra FARIAS, Paulo César de SOUZA, José Ricardo T. LOUZADA, Pedro A. de Jesus BAPTISTA e Sandro H. M. BERNARDES para caracterizar o cidadão que não dispõe de Energia Elétrica em seu domicílio. **A exclusão no acesso aos serviços de Energia Elétrica no Brasil**, p. 33.

²⁸⁶ *Síntese de indicadores sociais 2006*. Disponível em: www.ibge.gov.br. Acesso em 15 de abril de 2007, p.144. Deve-se levar em conta também o fato de que a pesquisa do IBGE foi feita por amostragem, sendo que 99,6 % de 44. 860.739 habitantes declararam possuir Energia Elétrica em seus domicílios.

que boa parte do percentual apresentado refere-se às chamadas ligações clandestinas, comumente utilizadas pelos habitantes de zonas irregulares.²⁸⁷

E ainda, cumpre asseverar que o percentual faltante passa a falsa impressão de que a universalização está próxima. Entretanto, os 0,4 % faltantes corresponde a aproximadamente 680 mil pessoas, se considerarmos que a população brasileira corresponde, aproximadamente, há 170 milhões de habitantes²⁸⁸.

Em razão do Estado- administrador eximir-se da função de universalizar o serviço público de energia elétrica, atribuindo tal tarefa a iniciativa privada, compete ao Poder Judiciário impor o dever de observância do texto constitucional, tarefa esta que será analisada no item 3.2.

2.2.4 Saneamento Básico.

O PLANASA (Plano Nacional de Saneamento Básico – Lei 6528/78) foi a primeira tentativa de universalização do serviço público de saneamento básico, no final da década de 70 do século passado. A partir do referido plano, a União transferiu aos Estados-membros a incumbência de executar o serviço público, mantendo a titularidade com os Municípios. Deste modo, foram celebrados diversos contratos de concessão entre os Municípios e as Companhias Estaduais de Saneamento. Estes contratos estão prestes a findar-se, e a dúvida que causa celeumas no âmbito doutrinário e jurisprudencial é de identificar o titular do serviço público de saneamento básico, a partir do texto constitucional de 1988.

Ao contrário dos serviços públicos de energia elétrica, telecomunicações, gás canalizado e outros tantos, a Constituinte de 1988 não definiu de forma expres-

²⁸⁷ Boa parte da doutrina vem defendendo até mesmo a ausência de tipicidade no caso de ligações clandestinas de eletricidade, ante o princípio da dignidade da pessoa humana. Conforme as lições de Fernando Ferreira de ABREU: “Observamos que o referido delito, quando praticado com o escopo de manutenção da dignidade da pessoa humana, viola apenas formalmente a ordem jurídica penal, não se encontrando presentes quaisquer das categorias dogmáticas do delito enfocadas sob o prisma material. Com efeito, ausente a tipicidade da conduta do agente, vez que, além de insignificante, materialmente não lesiona o bem jurídico tutelado. Da mesma forma e pela mesma razão, a ilicitude da ação não resta configurada, de forma que o injusto penal não se evidencia. E, por fim, patente a falta de culpabilidade deste, haja vista não lhe era exigível, no caso, outra conduta, bem como a flagrante desnecessidade de aplicação de pena como reprovação de seu fato.” **Dignidade da pessoa humana e o delito de furto de Energia Elétrica**, p. 509.

²⁸⁸ Dados do censo 2000, disponível em www.ibge.gov.br .

sa qual seria o ente federativo titular do serviço público de Saneamento. Mas isto não significa que o assunto não tenha sido tratado pela Constituinte. Vejamos:

Nos artigos 20, III e 26, VI, foi definida a propriedade das águas: à União, pertence as que banham mais de um Estado e que sirvam de limites com outros países. O restante pertence aos Estados-membros.

A partir do art. 21, XX, ficou definida a competência da União para instituir as diretrizes para o saneamento básico, assim como, pelo art. 22, IV, também à União compete à tarefa de legislar sobre “águas”. No art. 23, IX, tem-se a competência comum administrativa de todos os entes da federação de promoverem programas sociais com a finalidade de melhorar as condições habitacionais e de saneamento básico.

A discussão desenvolve-se principalmente a partir do §3º do art. 25 e incisos I e V do art. 30 do texto constitucional. Pelo primeiro dispositivo, competem aos Estados Membros a instituição de Regiões Metropolitanas, cuja finalidade é justamente a de proporcionar a prestação de serviços públicos de cunho regionalizado. Por outro lado, competem aos Municípios legislar sobre os serviços de interesse local, bem como prestá-los. E eis o cerne da questão: saneamento básico é serviço público de interesse local ou regional? Com a resposta deste questionamento, é possível definir a titularidade do serviço.

Rodrigo Pagani de SOUZA parte do pressuposto de que a titularidade é do Município, ao defender a tese da viabilidade da delegação do serviço de saneamento, por parte do Município ao Estado, ante a titularidade daquele, por se tratar de interesse local. Ainda, defende que os novos ajustes, celebrados entre os entes políticos referidos, feitos com o término dos contratos de concessão são constitucionais.

289

Para Carlos Ari SUNDFELD, o fato do Estado-membro criar Regiões Metropolitanas não atribui a titularidade com relação ao serviço. Para o autor, o saneamento é de titularidade municipal, nos termos do art. 30, I e V do texto Constitucional

²⁸⁹ SOUZA, Rodrigo Pagani de. **A viabilidade jurídica da delegação do Serviço Público de Saneamento Básico de Município a Estado Membro da federação**, p. 16.

Federal. Caso exista uma Região Metropolitana, o Estado tomará as decisões sobre o serviço de saneamento, a fim de beneficiar todos os Municípios partícipes.²⁹⁰

Caio TÁCITO, ao esclarecer o assunto por meio de parecer, nos ensina que se o Município pertencer a uma Região Metropolitana, a titularidade será do Estado, posto que o interesse local sucumbe ao interesse regional. O autor completa os seus ensinamentos da seguinte forma:

Somente na hipótese comprovada de que os serviços de Saneamento Básico, compreendendo abastecimento de água e tratamento de esgotos, tenham início e término exclusivos no território municipal, caberá ao Município o seu desempenho, sendo, ainda, possível transferi-los ao Estado, mediante convênio-concessão.²⁹¹

Neste mesmo sentido é o entendimento de Luis Roberto BARROSO, para quem a participação de um Município em uma Região Metropolitana é um fato compulsório. Deste modo, por pertencer a uma Região instituída pelo Estado, competirá a este a titularidade e a prestação dos serviços saneamento. Destaca que a única possibilidade do Município reivindicar a sua competência seria naqueles em que “os ciclos da água constituíssem um fornecimento isolado e não um sistema integrado juntamente a outros Municípios é que lhes seria legítimo reivindicar a sua competência.”²⁹²

A partir de um caso concreto, Geraldo ATALIBA e Rosolea FOLGOSI também defendem a tese de que a competência dos serviços de saneamento pertence ao Estado:

Que o Saneamento Básico é de ‘interesse comum’ – nas conurbações da Região Metropolitana de S. Paulo – é indiscutível. No caso específico de Diadema, a circunstância do Município não dispor de água em seu território, nem de locais adequados para deitar seus esgotos – ao lado do preceito do art. 26, I, da Constituição – mais acentua, no plano da realidade concreta (sobre o qual se aplica o direito), o esvaziamento do ‘interesse local’(quando

²⁹⁰ Palestra “Serviços de Saneamento Básico”, proferida no VII Congresso Paranaense de direito Administrativo, realizado em Curitiba, no dia 10 de maio de 2006.

²⁹¹ TÁCITO, Caio. **Saneamento Básico – Região Metropolitana – Competência Estadual**, p. 310.

²⁹² BARROSO, Luis Roberto. **A propriedade das águas na Constituição**, p. 19.

à matéria em questão), com conseqüente reforço do 'interesse metropolitano' (que é estadual, conforme o preceito constitucional transcrito).²⁹³

Já para Floriano de Azevedo MARQUES NETO, as atividades de distribuição de água tratada e coleta de esgotos são de competência municipal. Entretanto, a adução e a abdução de água, bem como o tratamento da água e de esgoto, em princípio possuem caráter local, mas poderão assumir características regionais em razão da configuração hidrográfica do Município.²⁹⁴

No âmbito jurisprudencial, a questão ainda não foi dirimida. O Supremo Tribunal Federal ainda não julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1842, em que é questionada a constitucionalidade da Lei Complementar nº 87/97 e a da Lei Ordinária 2869/97, ambas editadas pelo Estado do Rio de Janeiro.

Segundo o Partido Democrático Trabalhista – proponente da ADI - as leis referidas usurpam a competência municipal para o exercício da prestação do serviço público de saneamento básico, o que ofenderia, em síntese, os seguintes princípios constitucionais: princípio democrático e do equilíbrio federativo; da autonomia municipal; da não intervenção dos Estados nos Municípios; da violação das competências municipais e da competência comum presente nos artigos 23 e 225 da Constituição Federal.

Enquanto a Suprema Corte não decide a questão, a União editou a Lei 11.445 de 5 de janeiro de 2007, estabelecendo as diretrizes nacionais para o serviço de saneamento básico. Acerca da titularidade, a nova Lei não estabelece de forma expressa qual o ente responsável²⁹⁵, mencionando apenas que:

²⁹³ ATALIBA, Geraldo; FOLGOSI, Rosolea. **Saneamento Básico: Serviço Público estadual e municipal – contrato administrativo entre Sabesp e Município – concessão não ordinária**, p. 113.

²⁹⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **As parcerias público-privadas no saneamento ambiental**, p. 316.

²⁹⁵ Em que pese não mencionar o ente responsável, a Lei enumera em seu art. 9º as obrigações do titular do serviço, quais sejam: O titular dos serviços formulará a respectiva política pública de Saneamento Básico, devendo, para tanto: I - elaborar os planos de Saneamento Básico, nos termos desta Lei; II - prestar diretamente ou autorizar a delegação dos serviços e definir o ente responsável pela sua regulação e fiscalização, bem como os procedimentos de sua atuação; III - adotar parâmetros para a garantia do atendimento essencial à Saúde pública, inclusive quanto ao volume mínimo per capita de água para abastecimento público, observadas as normas nacionais relativas à potabilidade da água; IV - fixar os direitos e os deveres dos usuários; V - estabelecer mecanismos de controle social, nos termos do inciso IV do caput do art. 3º desta Lei; VI - estabelecer sistema de informações sobre os serviços, articulado com o Sistema Nacional de Informações em Saneamento; VII - intervir e retomar a operação dos serviços delegados, por indicação da entidade reguladora, nos casos e condições previstos em lei e nos documentos contratuais.

Art. 8º Os titulares dos serviços públicos de Saneamento Básico poderão delegar a organização, a regulação, a fiscalização e a prestação desses serviços, nos termos do art. 241 da Constituição Federal e da Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005.

A partir do art. 14, a Lei regulamenta a forma como ocorrerá a “prestação regionalizada de serviços públicos de saneamento básico”; mas precisamente em seu art. 16 estabelece:

A prestação regionalizada de serviços públicos de Saneamento Básico poderá ser realizada por:

I - órgão, autarquia, fundação de direito público, consórcio público, empresa pública ou sociedade de economia mista estadual, do Distrito Federal, ou municipal, na forma da legislação;

II - empresa a que se tenham concedido os serviços.

A impressão que se tem é a de que o próprio legislador federal está aguardando a decisão do STF sobre o tema, definindo apenas por quem poderá se dar a execução do serviço, nos termos do supracitado dispositivo.

No art. 3º, o legislador federal definiu saneamento básico como sendo: o abastecimento de água potável; o esgotamento sanitário; a limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e a drenagem e manejo das águas pluviais urbanas.²⁹⁶

Dentre os princípios a serem observados na implementação do saneamento básico, destaca-se a universalização do acesso.²⁹⁷ Por conseguinte, verifica-se que

²⁹⁶ Art. 3º Para os efeitos desta Lei, considera-se: I - Saneamento Básico: conjunto de serviços, infra-estruturas e instalações operacionais de: a) abastecimento de água potável: constituído pelas atividades, infra-estruturas e instalações necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e respectivos instrumentos de medição; b) esgotamento sanitário: constituído pelas atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente; c) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos: conjunto de atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destino final do lixo doméstico e do lixo originário da varrição e limpeza de logradouros e vias públicas; d) drenagem e manejo das águas pluviais urbanas: conjunto de atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de drenagem urbana de águas pluviais, de transporte, detenção ou retenção para o amortecimento de vazões de cheias, tratamento e disposição final das águas pluviais drenadas nas áreas urbanas.

²⁹⁷ Art. 2º Os serviços públicos de Saneamento Básico serão prestados com base nos seguintes princípios fundamentais: I - universalização do acesso; II - integralidade, compreendida como o con-

o legislador preocupou-se com o tema, ao estabelecer também que o ente regulador deverá definir as tarifas que assegurem o equilíbrio econômico financeiro e a modicidade tarifária, nos termos do inciso IV do art. 22 da Lei já citada.²⁹⁸

Segundo dados do IBGE, 61,1% dos domicílios brasileiros têm acesso ao saneamento básico, considerando-se o acesso à água potável, o esgotamento sanitário e a coleta de lixo. Dependendo da região do país, este índice cai para absurdos 10,5% de cobertura com saneamento completo, como é o caso da região Norte.²⁹⁹

O grande problema é que, diferentemente de outros setores como o de telecomunicações, no setor de saneamento básico não há concorrência, por se tratar de monopólio natural. E eis que surge o dilema: ou Poder Público assume a prestação do serviço, buscando a sua progressiva universalização, ou delega esta tarefa à iniciativa privada. Novamente nos deparamos com o questionamento já apontado no tópico que tratamos do serviço de energia elétrica, de como conciliar o lucro buscado pela iniciativa privada com a modicidade tarifária, ainda mais em se tratando de saneamento, em que não há concorrência.

Pelo que sinaliza Eduardo Coral VIEGAS, não é possível conciliar estas duas coordenadas:

junto de todas as atividades e componentes de cada um dos diversos serviços de Saneamento Básico, propiciando à população o acesso na conformidade de suas necessidades e maximizando a eficácia das ações e resultados; III - abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos realizados de formas adequadas à Saúde pública e à proteção do meio ambiente; IV - disponibilidade, em todas as áreas urbanas, de serviços de drenagem e de manejo das águas pluviais adequados à Saúde pública e à segurança da vida e do patrimônio público e privado; V - adoção de métodos, técnicas e processos que considerem as peculiaridades locais e regionais; VI - articulação com as políticas de desenvolvimento urbano e regional, de habitação, de combate à pobreza e de sua erradicação, de proteção ambiental, de promoção da Saúde e outras de relevante interesse social voltadas para a melhoria da qualidade de vida, para as quais o Saneamento Básico seja fator determinante; VII - eficiência e sustentabilidade econômica; VIII - utilização de tecnologias apropriadas, considerando a capacidade de pagamento dos usuários e a adoção de soluções graduais e progressivas; IX - transparência das ações, baseada em sistemas de informações e processos decisórios institucionalizados; X - controle social; XI - segurança, qualidade e regularidade; XII - integração das infra-estruturas e serviços com a gestão eficiente dos recursos hídricos.

²⁹⁸ Art. 22. São objetivos da regulação: I - estabelecer padrões e normas para a adequada prestação dos serviços e para a satisfação dos usuários; II - garantir o cumprimento das condições e metas estabelecidas; III - prevenir e reprimir o abuso do poder econômico, ressalvada a competência dos órgãos integrantes do sistema nacional de defesa da concorrência; IV - definir tarifas que assegurem tanto o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos como a modicidade tarifária, mediante mecanismos que induzam a eficiência e eficácia dos serviços e que permitam a apropriação social dos ganhos de produtividade.

²⁹⁹ *Síntese de indicadores sociais 2006*, p. 146.

Mercantilizar a água é sobrepor seu valor econômico ao valor social que lhe é inerente; é antepor o interesse privado ao interesse público; é dar aos recursos hídricos conotação eminentemente comercial, em que a obtenção do lucro é o objetivo primordial no trato do bem natural; é ganhar cada vez mais com a venda do 'produto' na medida em que a crise global da água se intensifica; é negar acesso de todos à água em qualidade e quantidades satisfatórias ao provimento das necessidades dos seres vivos, possibilitando o alcance apenas aqueles com condições econômicas para desfrutar da água.³⁰⁰

Ainda segundo o doutrinador, o prestador do serviço deve preconizar o valor social sobre o econômico, com a conseqüente política de cobrança de valores diferenciados para a população carente, garantindo o serviço de modo gratuito para consumos baixos, se a família não reúne condições nem de pagar a tarifa mínima.³⁰¹

Para que se possa garantir a modicidade tarifária ou até mesmo a gratuidade de tarifa para a população carente, quem deve prestar o serviço de saneamento básico é o Poder Público. Entretanto, estima-se que serão necessários investimentos na ordem de R\$ 70 bilhões, R\$ 123 bilhões e R\$ 178,4 bilhões para universalizar o referido serviço, respectivamente, até 2010, 2015 e 2020.³⁰² Como a justificativa é sempre a mesma, ou seja, de que não há dinheiro público suficiente, o Poder Público transferiu para a iniciativa privada a incumbência de universalizar o serviço, mesmo diante da incompatibilidade entre a aferição de lucro e a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. O mecanismo a ser utilizado será a Parceria Público-Privada, instituída pela Lei nº 11.079 de 30 de dezembro de 2004 e regulamentada pelo Decreto 5.977 de 1º de dezembro de 2006.

Para Floriano Azevedo MARQUES NETO, a Parceria Público Privada é:

O ajuste firmado entre a Administração Pública e a iniciativa privada, tendo por objeto a implementação e a oferta de empreendimento destinado à fruição direta ou indireta da coletividade, incumbindo –se a iniciativa privada da

³⁰⁰ **Op. cit.**, , p. 28-9.

³⁰¹ **Ibid.**, p. 34

³⁰² COSTA, Silvano Silvério da. **Principais aspectos conjunturais que interessam ao Saneamento Ambiental nos municípios brasileiros**, p. 7.

sua concepção, estruturação, financiamento, execução, conservação e operação, durante todo o prazo para ela estipulado, e cumprindo ao Poder Público assegurar as condições de exploração e remuneração pela parceria privada, nos termos do que for ajustado, e respeitada a parcela de risco assumida por uma e outra das partes.³⁰³

A Parceria Público-Privada pode assumir duas modalidades: a patrocinada e a administrativa. Maria Sylvia Zanella DI PIETRO engloba as duas modalidades em um conceito único, ao nos ensinar que a Parceria Público-Privada é o contrato administrativo de concessão que tem por objeto “(a) a execução de serviço público, precedida ou não de obra pública, remunerada mediante tarifa paga pelo usuário e contraprestação pecuniária do parceiro público” (modalidade patrocinada), ou “(b) a prestação de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta e indireta, com ou sem execução de obra e fornecimento e instalação de bens, mediante contraprestação do parceiro público” (modalidade administrativa).³⁰⁴

Mais especificamente em relação ao saneamento básico, Floriano Azevedo MARQUES NETO traça algumas alternativas que poderão ser utilizadas a partir das PPP's, dentre as quais se podem destacar a “concessão no modelo usuário único” e a “segregação das cadeias e a concessão de atividades isoladas”.

Pela primeira, a Administração Pública figura como representante dos usuários finais, pagando o particular pelos serviços prestados. Deste modo, a remuneração não se dará por tarifas pagas pelos usuários, mas sim por um fundo constituído e gerenciado pela Administração Pública.³⁰⁵

A partir da noção de concessão por atividade desagregada, o autor sugere que a adução e o tratamento de água possam ser delegados por concessão administrativa ou patrocinada. Outra sugestão refere-se à delegação da constituição e operação da infra-estrutura de destinação final dos resíduos. Para tanto, a remuneração do particular ficaria a cargo da Administração Pública.³⁰⁶

³⁰³ Op. cit., p. 287-8.

³⁰⁴ *Direito Administrativo*, p. 308.

³⁰⁵ Op. cit., p. 319.

³⁰⁶ *Ibid*, p. 322. MARQUES NETTO ainda sugere, dentre as páginas 323 e 324 de seu artigo, alternativas que também poderiam ser tratadas como PPP's, mas que não estão totalmente adequadas aos termos da Lei 11.079/2004, como é o caso do arrendamento ou concessão de infra-estruturas e a outorga do direito de exploração de receitas não diretamente advindas da cobrança de tarifas de usu-

Preocupados com os custos das PPP's ao Poder Público e à população, a ASSEMAE (Associação Nacional dos Serviços Municipais de Saneamento) encomendou um estudo econômico em que foi feito um comparativo entre a proposta de contratação de obras no modelo BOT (Construção – Operação e Transferência) para fins de coleta, tratamento e destino final de esgotos para cidades de 10.0000 a 100.000 habitantes e o mesmo serviço, realizado por autarquia municipal, com financiamento do FGTS e BNDES.

Foram comparadas as despesas e receitas de ambas as opções pelo prazo de 20 anos, atualizadas, sendo identificado o preço do metro cúbico de esgoto tratado. A conclusão foi a de que na prestação do serviço pelo ente público, as tarifas são de 37% a 48% menores do que as obtidas para a execução no regime de PPP/BOT.³⁰⁷

Desta forma, denota-se a necessidade do Poder Público prestar o serviço de saneamento, posto que se trata de serviço público intimamente relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana, o que pressupõe modicidade tarifária ou até mesmo gratuidade para aqueles que não tem condições de pagar.

Ao contrário do que se almeja, as PPP's não trarão novos recursos financeiros para o setor, já que a maioria dos agentes privados buscam recursos do FGTS e do BNDES para financiar os seus empreendimentos, o que já vem ocorrendo onde as PPP's já foram implementadas.³⁰⁸

Verifica-se, portanto, que os recursos existem sim e pertencem ao Poder Público, sendo que, no mais das vezes a iniciativa privada vai buscá-los. Deste modo, inevitável não concordar com a conclusão de Eduardo Coral VIEGAS, para quem “não é a carência de recursos econômicos que faz com que um país tenha deficiência de saneamento. Recursos não faltam. O que não se tem são políticas corretas, seriedade, retidão de caráter daqueles que poderiam modificar a triste realidade com a qual o povo brasileiro depara-se diariamente.”³⁰⁹

ários (como por exemplo, a exploração de geração de energia a partir do gás gerado pelo aterro sanitário).

³⁰⁷ COSTA, Silvano Silvério da. Op. cit., p. 14.

³⁰⁸ Id.

³⁰⁹ Op. cit., p. 42.

CAPÍTULO III – O CONTROLE JUDICIAL DOS SERVIÇOS PÚBLICOS.

3.1 CONTROLE E LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO:

3.1.1 A falta de Serviço Público e a inviabilização de acesso: omissão política ou administrativa?

Como analisado no capítulo anterior, o serviço público é um instrumento utilizado pelo Estado para a concretização de direitos fundamentais. Trata-se de uma espécie de política pública³¹⁰ utilizada com a finalidade de cumprir os mandamentos do texto constitucional.

As políticas públicas são elaboradas pelos Poderes Executivo e Legislativo, eleitos para este fim. O que se questiona neste ponto do tema é se a falta de um serviço público, ou ainda, a inviabilidade de acesso teriam origem a partir de uma omissão política ou administrativa.

A distinção entre atos políticos ou de governo dos atos administrativos tem como primórdio o direito francês³¹¹. No contexto do século XIX, o próprio Conselho de Estado ampliou a sua esfera de incompetência para a apreciação de atos considerados como de alta administração ou diplomáticos. Estes atos passaram a ser denominados de atos de governo, em razão da sua essência eminentemente política.

312

³¹⁰ Em razão disto, não será analisado neste trabalho o direito à moradia e a assistência aos desamparados pois, em que pesem estarem consubstanciados no artigo 6º da Constituição necessitando de ações estatais positivas para a concretização destes direitos, estas prestações não são identificáveis como Serviços Públicos. Em sentido contrário o entendimento de Marçal JUSTEN FILHO, ao afirmar que “quando o Estado fornece cestas básicas para carentes, está prestando um Serviço Público”. Op. cit., p. 480.

³¹¹ Em sua tese de doutorado, Sérgio AUGUSTIN nos brindou com um excelente estudo de direito comparado acerca do tema. Em relação a doutrina francesa, destaca as mudanças de posicionamento de HARIOU. Em um primeiro momento, o doutrinador francês defendia que os atos de governo não poderiam ser controlados com base nas razões de Estado e na força maior. Em seguida, passa a fundamentar o seu posicionamento a partir do princípio da separação de poderes. Por fim, ao apegar-se a doutrina positivista, HARIOU começa a defender a tese da lista de atos de governo insuscetíveis de controle por parte do Poder Judiciário. Neste mesmo sentido, as lições de Gaston JÈZE. Até a doutrina francesa mais recente continua a defender a tese de que os atos de governo não são passíveis de controle judicial, dentre eles René CHAPUS e Francis Paul BÉNOIT. AUGUSTIN, Sérgio. **O Controle Jurisdicional do Ato de Governo**, p. 144-151.

³¹² AUGUSTIN, Sérgio. Op. cit., p. 118.

No Brasil, esta orientação jurisprudencial do Conselho de Estado Francês foi acolhida, com a criação do Poder Moderador e do Conselho de Estado a partir da Constituição de 1824. Deste modo, os atos políticos praticados pelo Poder Moderador não sofriam qualquer controle por parte do Poder Judiciário, até a proclamação da República em 1889.³¹³

As Constituições de 1934 e de 1937 estabeleceram que as questões políticas não poderiam ser objeto de controle por parte do Poder Judiciário.³¹⁴ Embora as Constituições seguintes não terem feito qualquer distinção entre os atos de governo e os atos administrativos, verificou-se uma tendência da jurisprudência brasileira no sentido de inviabilizar o controle judicial em relação aos primeiros. Relativamente aos atos administrativos, o entendimento preconizado era de que o limite do Judiciário estaria no mérito do ato discricionário.³¹⁵

A respeito dos atos de governo, a justificativa utilizada era de que o Poder Judiciário não poderia invadir a esfera da *pólis*, ou seja, quem determina as ações políticas são o Legislativo e o Executivo, não competindo ao Judiciário a formulação de políticas públicas.

Por sua vez, em relação aos atos administrativos discricionários, ao se adaptar a concepção dual da jurisdição francesa para a jurisdição brasileira, consolidou-se o entendimento de que o Poder Judiciário não poderia adentrar ao mérito do ato administrativo.

Deduz-se a partir do entendimento jurisprudencial esposado, que se a omissão da prestação de serviço público se tratar de ato de governo, não seria passível de controle por parte do Poder Judiciário; mas se a conclusão pendesse para a ca-

³¹³ Ibid, p. 119.

³¹⁴ O art. 68 da Constituição de 1934 e o art. 94 da Constituição de 1937 possuíam a mesma redação: É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas.

³¹⁵ Sobre o tema, nada melhor do que a obra do professor Celso Antonio Bandeira de MELLO, **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**, que serviu de supedâneo para corroborar o entendimento da viabilidade do controle judicial dos atos discricionários, e em especial, a causa que levou o agente público a praticar um determinado ato. Segundo o autor, o agente público tem o dever jurídico de buscar a solução ótima a partir da situação em concreto, portanto, conclui que a discricionariedade administrativa é maior na norma de direito do que em relação ao caso concreto (p. 36). Ao adotar uma opção como sendo a melhor solução para o caso, defende a viabilidade do Judiciário analisar se esta realmente foi a melhor opção, verificando a compatibilidade lógica entre o pressuposto de fato, ou seja, o motivo, e o conteúdo do ato. Para tanto, o magistrado deverá utilizar como critérios a razoabilidade, a proporcionalidade, a lealdade, a boa fé e a igualdade como critérios de avaliação (p. 94-8).

racterização enquanto ato administrativo, a omissão poderia ser controlada até o limite do mérito do ato.

Mas quais seriam os critérios para distinguir os atos de governo dos atos administrativos? Sérgio AUGUSTIN nos ensina que:

(...) a teoria francesa que previa a existência do Poder Executivo exercendo, em um momento, uma função administrativa, quando aplicando a lei ordinária, e, em outro, exercendo a função de governo, quando aplicando a execução de norma constitucional, é aquela que mais se aproxima da doutrina atual, a qual, em sua grande maioria, prevê a existência do ato político, diverso do ato administrativo. Não há exclusividade do Poder Executivo, pois o Parlamento, com a edição de lei ordinária, também estará estabelecendo uma norma, uma regra, de acordo com a Constituição. Portanto, ato de governo ou ato político.³¹⁶

A doutrina sobre o tema é uníssona ao constatar que há diferenciação entre atos de governo e atos administrativos. E ainda, o entendimento é majoritário no sentido de que os atos de governo também são controláveis pelo Poder Judiciário. Vejamos.

Celso Antônio Bandeira de MELLO, apoiado na doutrina de Oswaldo Aranha Bandeira de MELLO, nos ensina que os atos políticos ou de governo constituem-se em espécie do gênero “atos da administração”. Segundo o autor, os atos políticos são os praticados “com margem de discricção e diretamente em obediência à Constituição”³¹⁷, ou seja, são os praticados a partir do exercício da função política. Enumera como exemplos o indulto, a iniciativa de lei pelo Executivo, a sanção ou veto de um projeto de lei.

Completa os seus ensinamentos ao defender a tese de que os atos de governo são controláveis pelo Poder Judiciário, embora sejam praticados a partir de uma ampla margem de discricionariedade, e ainda, elaborados a partir de um nível imediatamente infraconstitucional, ao invés de infralegal. Para o autor, a doutrina européia que defende a inviabilidade de controle de atos de governo não é recepcionada pelo ordenamento brasileiro, em razão do artigo 5º, XXXV da nossa Consti-

³¹⁶ Ibid, p. 142-3.

³¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...* p. 351-2.

tuição, *in verbis*: “nenhuma lesão ou ameaça de direito poderá ser excluída da apreciação por parte do Poder Judiciário.”³¹⁸

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO adota os critérios de Renato ALESSI para distinguir as três funções do Estado. Para o autor italiano, nas três funções há emanção de atos de produção jurídica, o que acarreta modificações no mundo dos fatos. A diferença verifica-se que os atos decorrentes da função legislativa são primários, por decorrerem diretamente do Poder Soberano; os de jurisdição são subsidiários, pois são exercidos apenas quando a lei não é cumprida; por fim, os atos administrativos são complementares aos legislativos, tendo em vista a finalidade de efetivação dos atos primários.³¹⁹

Entretanto, segundo a autora, é difícil separar de modo estanque a função política da função administrativa. Até mesmo ALESSI reconhece que as funções complementares não se referem apenas à função administrativa, mas também estão compreendidas dentre as funções políticas. Conclusivamente, assinala a autora que:

Sob o ponto de vista do conteúdo (aspecto material), não se distinguem, pois em ambas as hipóteses há aplicação concreta da lei. Alguns traços, no entanto, parecem estar presentes na função política: ela abrange atribuições que decorrem diretamente da Constituição e por esta se regulam; e dizem respeito mais à polis, à sociedade, à nação, do que a interesses individuais.³²⁰

Em relação ao controle por parte do Poder Judiciário, afirma que quando se tratar de atos exclusivamente políticos, ou seja, que se referem à *polis*, persiste a vedação ao controle judicial. Entretanto, quando este ato de governo lesionar direito individual ou difuso, poderá ser controlado por meio de ação popular e ação civil pública.³²¹

Manoel de Oliveira FRANCO SOBRINHO reconhece a existência dos atos de governo, mas afirma que a distinção em relação aos atos administrativos é meramente teleológica, posto que ambos têm por finalidade a satisfação do interesse

³¹⁸ Id.

³¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 69.

³²⁰ Ibid, p. 70.

³²¹ Id.

público. Segundo o doutrinador, tanto o ato de governo quanto o ato administrativo submetem-se ao princípio da legalidade, e, portanto, ao regime jurídico administrativo. Completa sua teorização ao afirmar que:

- os atos de governo ou políticos são atos jurídicos que se incluem dentro da atividade administrativa;
- os atos de governo ou políticos juridicamente pela formação são iguais aos atos administrativos;
- os atos de governo ou políticos são também atos administrativos ditados pelo Poder Executivo;
- os atos de governo ou políticos diferem dos atos administrativos em razão da causa e da finalidade.³²²

A professora Odete MEDAUAR alinha-se ao entendimento doutrinário de que o ato de governo tem por finalidade a execução direta do texto constitucional. Mas adverte que o ato administrativo pode ser caracterizado, não apenas como ato de execução da lei, mas também pode expressar a função governamental, que é política e administrativa.³²³

Lúcia Valle FIGUEIREDO trata os atos de governo como se fossem atos administrativos, inclusive em relação ao controle judicial: “Não é porque sejam diretamente jungidos à Constituição que possam estar infensos ao controle jurisdicional. São atos administrativos. Estão catalogados como atos administrativos, apenas são diretamente subsumidos à Constituição.”³²⁴

Para Oswaldo Luiz PALU, os atos de governo:

(...) são aqueles em que os exercentes da função governativa imprimem fins à gestão pública, em face dos fins do Estado, as opções de políticas públicas e orçamentárias e a direção geral da política estatal; consubstanciam-se em atos jurídico-constitucionais.³²⁵

³²² FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Atos administrativos**, p. 173.

³²³ MEDAUAR, Odete. **Ato de Governo**, p. 80.

³²⁴ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**, p. 187.

³²⁵ **Controle dos Atos de Governo pela Jurisdição**, p. 164.

Também se alinhando a doutrina brasileira apresentada, o referido doutrinador distingue a função de governo da função administrativa, ao defender que a primeira é exercida a partir da Constituição, portanto, é superior ao exercício da função administrativa, já que esta é executada a partir de leis ordinárias.³²⁶

Por outro lado, em que pese reconhecer a superioridade dos atos de governo, PALU defende a viabilidade de controle destes atos por parte do Poder Judiciário, o qual denomina de “controle de conformidade constitucional”. Deste modo, nos ensina que em relação a uma omissão, a jurisdição poderá emitir ordens no sentido de impor ao Estado uma obrigação de fazer, ou ainda, anular atos que não estejam de acordo com o texto constitucional.³²⁷

Outrossim, Augustín GORDILLO defende que os atos de governo devem ser submetidos ao controle judicial, tendo em vista o fato de que encontram limitação no texto constitucional: “la Constitución autoriza – dentro de ciertos límites y sujetos a ciertas condiciones – un grupo de actos que el Poder Ejecutivo puede dictar. El Poder Ejecutivo, em la práctica, puede dictar tales actos respetando em um todo el marco constitucional.”³²⁸

Garrido FALLA distingue os atos políticos dos atos administrativos e reconhece que alguns dos primeiros não estão submetidos a jurisdição do contencioso administrativo: “Aquí la exclusión lo es por definición; y ni siquiera vale el argumento de que em esta materia la regla es el manejo de poderes discrecionales, difícilmente, por tanto, revisables em vía judicial.”³²⁹ Mas reconhece a possibilidade de serem revisados pelo Tribunal Constitucional.

Rafael BIELSA, alinhando-se à doutrina francesa, divide a atividade do Executivo em política e administrativa. Em relação à primeira, defende o entendimento de que a única forma de controle encontra-se na própria esfera política, posto que tais atos estão relacionados com a soberania estatal. Para o autor, apenas os atos administrativos são passíveis de revisão por parte do Poder Judiciário.³³⁰

Eis um brevíssimo panorama doutrinário sobre o tema. Entende-se que há uma diferenciação entre atos de governo e atos administrativos, sendo os primeiros

³²⁶ Ibid., p.206.

³²⁷ Ibid., p. 177.

³²⁸ GORDILLO, Augustín. **Tratado de Derecho Administrativo**, p. 39.

³²⁹ FALLA, Fernando Garrido. **Tratado de Derecho Administrativo**, p. 59.

concretizadores imediatos do texto constitucional, enquanto que os segundos assumem o papel de “executores” dos primeiros.

Entende-se ainda que os atos de governo sejam passíveis de controle judicial, mas não é possível advogar o entendimento de que todos os atos de governo são controláveis por parte do Poder Judiciário. Em homenagem ao princípio da separação de poderes, nas situações em que se verifica que o ato encontra-se dentro da esfera de discricionariedade política do respectivo poder, o controle elaborado pelo Poder Judiciário deverá ser meramente formal. Ou seja, o controle feito pela jurisdição deve se limitar a verificar se o procedimento utilizado pelos outros poderes está de acordo com a Constituição. Exemplifica-se.

É o caso do processo de *impeachment*. Constitucionalmente, o tribunal julgador é o Senado Federal. Deste modo, não compete ao Judiciário a revisão deste ato, mas apenas e tão somente verificar se o procedimento utilizado está de acordo com os princípios constitucionais. Jamais o Judiciário poderá adentrar ao mérito da decisão do Legislativo.

Em termos semelhantes, verifica-se o controle elaborado pelo Judiciário em relação ao processo de perda de mandato por parlamentares. A constatação sobre a existência de provas ou não que condenem o parlamentar restringe-se ao próprio Legislativo. Nestes termos, mais uma vez, compete ao Judiciário o controle de “contornos”. Portanto, o Judiciário verificará se o processo que levou a perda de mandato parlamentar foi calcado nos princípios constitucionais, em especial, o contraditório e a ampla defesa.

Em relação ao nosso tema, é importante destacar que a falta de serviço público pode ser ocasionada por quatro motivos: ou por ausência de leis regulamentadoras em relação às normas programáticas constitucionais ou, existindo o arcabouço jurídico, não são destinadas as verbas necessárias para a execução dos serviços. A outra situação que inviabiliza a prestação de serviço público pode ser constatada caso o Administrador Público não pratique os atos administrativos necessários à consecução do serviço, em que pese existir o arcabouço jurídico regulamentador e a destinação orçamentária. E por fim, no contexto pós - reforma, o serviço público passou a ter um custo mais elevado, em razão do intuito lucrativo da iniciativa priva-

³³⁰ BIELSA, Rafael. **Derecho Administrativo**, p. 137.

da. Ao passar a ser vislumbrado apenas como clientes, muitos cidadãos deixaram de ter acesso aos serviços públicos.

Nas duas primeiras hipóteses, está-se diante de atos políticos, tendo em vista o fato de serem imediatamente infraconstitucionais. No caso de omissão legislativa, como já brevemente mencionado no item 1.3.1, o atual entendimento é de que o Poder Judiciário não tem o condão de obrigar o Legislativo a exercer a sua função típica, qual seja, a de legislar.

Em relação à dotação orçamentária, de igual forma, trata-se de ato político, pois é a partir da iniciativa do Executivo com posterior aprovação do Legislativo que se consolida a formulação de políticas públicas. Neste ponto, em que pese a argumentação relacionada à falta de legitimidade democrática por parte do Judiciário, este vem aos poucos “judicializando” a dotação orçamentária, impondo ao Executivo e ao Legislativo a obrigação de efetivar políticas públicas.

Por fim, no caso de omissão administrativa, trata-se de situação em que o Poder Judiciário impõe ao Executivo a realização de ato administrativo, justamente para cumprir os mandamentos já estabelecidos por meio de políticas públicas tendentes a universalizar os serviços públicos.

3.1.2 Breves considerações sobre o Substancialismo e o Procedimentalismo;

No presente item, trataremos, ainda de que de forma sucinta, sobre o debate em relação ao ativismo judicial em sede de políticas públicas. A questão colocada em pauta versa sobre a legitimidade do Poder Judiciário em impor a execução ou mesmo a criação de políticas públicas ao Executivo e Legislativo, tendo em vista o fato de que tais tarefas constituem-se em funções já atribuídas àqueles Poderes.

A legitimidade é questionada em razão dos magistrados não serem eleitos para o exercício da jurisdição. E ainda, ao exercer o controle de políticas públicas, por vezes se contrapõem às decisões políticas de forma contramajoritária.

Para a abordagem do tema, foram analisados alguns marcos teóricos da Filosofia do Direito, como HART, DWORKIN E HABERMAS.

O estudo voltado para a teoria dos dois primeiros autores justifica-se pelo debate quanto a discricionariedade judicial, ou seja, sobre as atitudes a serem tomadas pelo magistrado diante de uma lacuna legislativa. Ainda, em relação a

DWORKIN, verifica-se em suas obras a preocupação relativamente a possibilidade de se conciliar o ativismo judicial com o princípio democrático, a partir de princípios ligados à moral.

O pensamento filosófico de HABERMAS está centrado no sujeito enquanto ser falante, com capacidade argumentativa. A democracia habermasiana busca o seu fundamento na comunicação e no procedimento. Como um dos maiores representantes do procedimentalismo, HABERMAS defende que a atuação da jurisdição constitucional deve cingir-se à lisura do procedimento democrático.

Uma amostra deste debate é o que se confere a seguir.

a) A atividade judicial a partir da concepção de H. L. A. HART e Ronald DWORKIN

Diferentemente de Hans KELSEN³³¹, o positivismo de HART buscou seu fundamento na mudança pragmática da filosofia da linguagem, mais precisamente na filosofia da linguagem ordinária, que teve como principal expoente Ludwig WITTGENSTEIN. Esta concepção filosófica leva em consideração os usos e sinais a serem recepcionados pelos destinatários, bem como o contexto em que se situa o processo de comunicação.³³²

HART também fez uso das lições de John AUSTIN, que por sua vez refutou a primeira filosofia da linguagem (que a preconiza apenas sob um aspecto puro, artificial). AUSTIN concebia o ato de falar de modo consensual, incluindo-a na prática social.³³³

Com base na teorização apresentada pelos citados autores, HART introduz na ciência jurídica o paradigma hermenêutico, afastando-se do neopositivismo lógico

³³¹ KELSEN foi o expoente do positivismo jurídico, que conduz o direito a um sistema fechado, sem qualquer influência de outros elementos. Segundo o teórico, este sistema possibilita a resolução de casos concretos, a partir da hierarquização das normas jurídicas, de forma piramidal. TORRENS, Haradja Leite. **Neopositivismo e Pós- Positivismo jurídico nas doutrinas de Hebert Hart e Ronald Dworkin**, p.3. ALEXY critica este modelo, que preconiza o sistema como o mais “alto e decisivo critério para a correção de uma interpretação”, visto que pressupõe-se uma completude apriorística do sistema jurídico. Para o teórico, o sistema é necessariamente incompleto, pois depende de pessoas e procedimentos, que por sua vez, exigem fundamentação jurídica. ALEXY, Robert. **Teoria del discurso y derechos humanos**, p.40

³³² KOZICKI, Katya. **H. L. A. Hart: a Hermenêutica como via de acesso para uma significação interdisciplinar do direito**, p.3.

³³³ Ibid., p. 28.

de KELSEN. Mas a sistematização de HART não deixa de ter um viés positivista, pois ela ainda é descritiva.³³⁴ No entanto, trata-se de um positivismo moderado, “soft”, visto que HART possibilita a abertura do sistema³³⁵.

Na sistematização hartiana, a função do interprete tem bastante relevo, de forma diversa do que ocorre com o positivismo. Com efeito, o positivismo jurídico atribuiu ao intérprete da lei – em especial ao juiz – não apenas a imparcialidade no julgamento, mas também a neutralidade. A função do intérprete seria apenas a de subsumir os fatos às normas.³³⁶ A teoria hartiana, neste aspecto, se afasta do positivismo, por inserir a hermenêutica ao sistema jurídico.

A compreensão do direito em HART parte da noção de obrigação. O autor não define ou conceitua o que seja obrigação, mas procura explicar o termo dentro do seu contexto de utilização. Desta forma, vincula a existência de uma obrigação à existência de uma regra jurídica.

Entretanto, afirma que nem sempre uma regra pressupõe a existência de uma obrigação. Ou seja, uma obrigação depende de uma regra, mas nem todas as regras possuem como conteúdo jurídico uma obrigação: “A afirmação de que alguém tem ou está sujeito a uma obrigação traz na verdade implícita a existência de uma regra; todavia, nem sempre se verifica o caso de, quando existem regras, o padrão de comportamento exigido por elas ser concebido em termos de obrigação”.³³⁷ O autor menciona o exemplo das regras de etiqueta, que seriam apenas regras de hábitos sociais, mas que não possuem um conteúdo jurídico de obrigação.³³⁸

As regras que impõem obrigações são primárias, por conduzirem o sujeito a agir de determinada forma, independentemente da sua vontade. Mas no sistema hartiano é possível vislumbrar outras espécies de regras, concebidas como regras secundárias. Estas, por sua vez, não impõem condutas, mas os seus conteúdos têm como finalidade a criação de órgãos. E ainda, são as regras secundárias que especi-

³³⁴ Ibid., p. 4-5.

³³⁵ Como ele próprio define a sua teoria, ao rebater as críticas de Dworkin. HART, Hebert L. A. **O Conceito de Direito**, p.312.

³³⁶ CELLA, José Renato Gazieiro. **Legalidade e Discricionariedade: o debate entre Hart e Dworkin**, p. 1

³³⁷ HART, Hebert L. A. Op. cit., p.96.

³³⁸ Id.

ficam a forma de como as regras primárias podem ser criadas, alteradas ou excluídas do sistema.³³⁹

HART classifica as regras secundárias em regras de reconhecimento, de alteração e regras de julgamento. Segundo o autor, são estes os três remédios necessários para inserir as normas primárias no sistema jurídico. Desta forma, as regras secundárias servem de supedâneo para a passagem de um sistema, até então inserido no mundo pré-jurídico, para um mundo jurídico.³⁴⁰

Pela regra de reconhecimento, as regras primárias são inseridas no sistema, visto que estas devem encontrar naquela o fundamento de validade. A regra de reconhecimento “especificará algum aspecto ou aspectos cuja existência numa dada regra é tomada como uma indicação afirmativa e concludente de que é uma regra do grupo que deve ser apoiada pela pressão social que ele exerce”.³⁴¹

Por sua vez, as regras de alteração trazem todo o procedimento necessário para alteração das regras primárias. E também conferem a um corpo de indivíduos, em determinadas ocasiões, a possibilidade de criação de regras primárias. HART destaca a íntima interligação entre as regras de alteração e as regras de reconhecimento: “porque, quando as primeiras existirem, as últimas terão necessariamente de incorporar uma referência à legislação como um aspecto identificador das regras, embora não necessitem de referir todos os detalhes processuais envolvidos na legislação”.³⁴²

Completando a classificação das regras secundárias, as regras de julgamento conferem aos juízes a possibilidade de julgar litígios, definindo também todo o trâmite processual. Segundo o autor, elas “não impõem deveres mas atribuem poderes judiciais e um estatuto especial às declarações judiciais sobre a violação de obrigações”.³⁴³

Desta forma, HART identifica o direito a partir a junção entre regras primárias e secundárias, acreditando que não era possível conceber o sistema jurídico a partir de mandados e hábitos, como fazia AUSTIN. O sistema hartiano passa a ser

³³⁹ Ibid., p. 91.

³⁴⁰ Ibid., p. 103.

³⁴¹ Ibid., p. 110.

³⁴² Ibid., p. 105-106.

compreendido não apenas como um universo de obrigações, mas também como um sistema regulatório de condutas e conflitos.³⁴⁴

Além disso, a partir da preocupação hartiana com a linguagem, é possível constatar a textura aberta do direito, o que torna indispensável a existência das chamadas regras secundárias, visto que estas propiciam a concretização das regras primárias. O direito, para HART, é um sistema auto-referente, visto que busca dentro de sua própria estrutura a sua validade (a partir da regra de reconhecimento).³⁴⁵ E é aberto, por possibilitar a influência de outros sistemas do conhecimento.

DWORKIN se contrapõe ao primado do positivismo jurídico, por entender que nem sempre as proposições jurídicas estão vinculadas às regras, (cuja existência depende de uma sanção), mas também a princípios (que não possuem um conteúdo jurídico pré-definido).³⁴⁶ O direito é o objeto principal de sua análise, fundamentando-a a partir da prática jurídica, o que possibilitou o teórico a discutir de forma indubitável a questão da justiça.³⁴⁷

O direito é visualizado como unidade e integralidade a partir da prática judicial norte-americana. O princípio da integridade vincula os juízes na tarefa de impor direitos e deveres, tendo como pressuposto o fato de terem sido criados por uma comunidade personificada, o que expressa um modo coerente de justiça e igualdade.³⁴⁸

No sistema jurídico visto como integridade, as regulamentações são válidas se constarem ou derivarem dos princípios da justiça, equidade e devido processo

³⁴³ Ibid., p.106-107.

³⁴⁴ A compreensão dos enunciados normativos, ou seja, das regras primárias e secundárias podem ser visualizadas de duas formas: a partir do ponto de vista interno ou externo. O primeiro pressupõe elementos cognitivos e volitivos. Os cognitivos manifestam-se: "(...) na descoberta da correlação entre certos atos (e suas conseqüências) e o conteúdo da regra de conduta, expresso em termos gerais. Esta correlação dá origem a padrões de conduta em consonância com a norma. Já o elemento volitivo refere-se ao desejo ou preferência de que este padrão se mantenha, para o sujeito que formula o enunciado e para os outros." (KOZICKI, Kátia; CHUERI, Vera Karam de. **Entre sonhos e pesadelos dormimos o sono da modernidade**, p. 60). Já o ponto de vista externo é o do observador do sistema, que pode aceitar ou não os padrões impostos pelas regras. Este observador pode se limitar a observar a forma como as regras estão sendo recepcionadas pelos indivíduos, ou ainda, pode agir diante de uma regra, o fazendo por temor à sanção que pode seguir ao descumprimento.

³⁴⁵ KOZICKI, Kátia; CHUERI, Vera Karam de. Op. cit., p. 61.

³⁴⁶ CHUERI, Vera Karam de. **A filosofia jurídica de Ronald Dworkin como possibilidade de um discurso instituinte de direitos**, p.60.

³⁴⁷ Op. cit., p. 61.

legal: “A integridade a que se refere DWORKIN significa, sobretudo, uma atitude interpretativa do direito que busca integrar cada decisão em um sistema coerente que atende para a legislação e para os precedentes jurisprudenciais sobre o tema, procurando discernir um princípio que os haja norteado.”³⁴⁹

Como já referido, o funcionamento do sistema jurídico a partir de DWORKIN tem como mote o papel dos princípios na fundamentação das decisões judiciais. O doutrinador ressalta esta função ao distingui-los das políticas, no momento em que trata da responsabilização administrativa dos agentes públicos. Os princípios têm como base o respeito aos direitos fundamentais de primeira geração, enquanto que as políticas têm como pressuposto a concretização de bens coletivos.³⁵⁰

Desta forma, é possível concluir que os princípios estão voltados para uma concepção individualista, enquanto que as políticas estão voltadas para a coletividade. Conseqüentemente, as decisões judiciais teriam suas atenções voltadas precipuamente para os direitos individuais ou de um determinado grupo, enquanto que o bem comum dependeria essencialmente do sistema político.³⁵¹

Vera Karam CHUERI, ao tratar do assunto, afirma que:

Uma decisão jurídica gerada por proposições que descrevem direitos – por princípios – não é facilmente objetável por razões de política, uma vez que a dimensão política que se lhe atribui não redundaria em expedientes imediatistas de consecução da *felicidade geral*, leia-se, mendigadas doses do bem comum, mas, sim, no *enforcement* dos direitos individuais. Ela é o próprio sentido da decisão, em que pese a segurança do cumprimento de um direito individual baseado nos princípios da equidade, da justiça e do devido processo legal.³⁵²

³⁴⁸ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 266.

³⁴⁹ BINENBOJM, Gustavo. **A nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**, p. 85.

³⁵⁰ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**, p.82.

³⁵¹ IKAWA, Daniela R. **Hart, Dworkin e Discricionariedade**, p. 105.

³⁵² Op. cit., p. 71.

Na teoria de DWORKIN, os princípios ganham relevância por passarem a integrar o ordenamento jurídico enquanto espécies de normas jurídicas. A observância destes são requisitos para implementação da justiça, da equidade e da moralidade.

Os princípios e as regras diferenciam-se no momento de aplicação³⁵³. Em se tratando de regras, persiste a lógica do “tudo ou nada”. Ou uma ou outra é aplicada à situação em concreto. E ainda, uma regra pode comportar uma cláusula de exceção.³⁵⁴

A partir do momento em que se constata que no caso concreto não se trata de aplicação de regra, mas sim de princípio, a preocupação do intérprete deve versar sobre a necessidade de sopesá-los.

Com relação a moral, DWORKIN só a vê desvinculada do direito na fase pré-interpretativa, no momento em que o operador jurídico está identificando a proposição jurídica. A norma que afronta a moral não deve ultrapassar a segunda fase, que consiste na justificação da proposição. E muito menos ultrapassaria a terceira fase, em que deve ocorrer a justificação dos elementos normativos à justificação da proposição. Conseqüentemente, o percurso da interpretação impede que uma norma imoral atinja qualquer grau de validade, pois sequer chega a ultrapassar a primeira etapa do processo de interpretação.³⁵⁵

Ronald DWORKIN utiliza em sua hermenêutica a chamada interpretação integrativa, tendo como base a moralidade política como fator determinante para busca da melhor escolha. Mas a justificação de uma escolha também pode ocorrer pela dimensão de enquadramento. Esta proporciona uma teorização que justifique a melhor escolha dentre as existentes. Neste ponto, pondera Haradja Leite TORRENS:

³⁵³ O jurista não distingue regras e princípios a partir de critérios morfológicos, como faz ALEXY, mas sim a partir de critérios lógico-argumentativos. Desta forma, a distinção não ocorre no plano abstrato, mas apenas e tão somente a partir de uma situação em concreto, o que proporciona a construção de uma razão argumentativa produzida pelos sujeitos do processo. Conseqüentemente, certas interlocuções podem funcionar, dependendo do ponto de vista, ou como regras, ou como princípios. PEDRON, Flávio Quinaud. **Comentários sobre as interpretações de Alexy e Dworkin**, p.75. Em contrapartida, ALEXY faz a diferenciação entre princípios e regras *a priori*, no plano abstrato, utilizando-se, principalmente, do critério morfológico relacionado à distinção qualitativa. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 83.

³⁵⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 39 e seguintes.

³⁵⁵ DWORKIN, Ronald. *O império...*, p.65-68.

Contudo, o empate é possível em qualquer sistema jurídico. A dimensão de moralidade política soluciona o empate, pois se existirem duas justificações igualmente satisfatórias para o caso haverá uma superior como teoria política e moral, e será aquela que melhor determine os direitos que os indivíduos realmente detêm. Em qualquer sistema jurídico existe a possibilidade de respostas diferentes para a primeira dimensão, além de suscitar o debate quanto à segunda dimensão dada sua indeterminação, porém não há possibilidade de inexistência de respostas.³⁵⁶

A partir de um juízo de adequação, embasado na moral, é que DWORKIN defende a tese da resposta correta, mesmo diante dos casos difíceis, afastando por completo a discricionariedade judicial. E esta é a principal discussão travada com HART; mais do que sucessor de cátedra, DWORKIN pode ser considerado como o principal crítico de teoria positivista hartiana. Vários são os pontos de divergência.

A regra de reconhecimento, que traz toda a validade ao sistema jurídico teorizado por HART, é tratada por DWORKIN como uma regra que aufere o *pedigree* das regras primárias, ou seja, uma regra voltada apenas para as questões formais. E, ainda que fosse possível identificar alguma questão relacionada ao conteúdo da regra de reconhecimento, tratar-se-ia apenas de fatos históricos.³⁵⁷

Em resposta às críticas de DWORKIN, HART elabora um *postscript* em sua obra *The Concept of Law*, na tentativa de refutar as críticas recebidas. Com relação à regra de reconhecimento, afirma o autor que ela incorpora não apenas aspectos formais, mas também princípios de justiça ou valores morais substantivos. HART afirma que DWORKIN ignorou este aspecto de sua teoria.³⁵⁸

DWORKIN prossegue às críticas à sistematização hartiana, ao afirmar que o autor não deu a devida atenção aos princípios, visto que estes foram tratados de forma superficial. E neste ponto, HART concorda com o seu crítico, no sentido de constatar que realmente foi uma falha da sua teoria a abordagem dos princípios de forma passageira.³⁵⁹

³⁵⁶ Op. cit., p. 155.

³⁵⁷ IKAWA, Daniela R. Op. cit., p107.

³⁵⁸ HART, Hebert L. A. Op. cit., p.309.

³⁵⁹ Ibid., p. 321-322.

Mas o principal embate dos autores versa sobre a possibilidade dos juízes criarem o direito, nas situações em que se verifica a inexistência de uma lei aplicável. HART afirma que se o juiz encontrar uma lacuna na lei, ao estar diante de um caso concreto a ser resolvido, é plenamente possível a criação de um direito. Já para DWORKIN, caso o juiz se defronte com um caso difícil (*hard case*), não é necessária a criação de um direito para a referida situação, visto que basta o magistrado “desocultar” um direito já existente³⁶⁰.

DWORKIN combate a colocação de HART ao afirmar que os juízes deverão ser sempre originais, no sentido de renovação do direito, sem, no entanto, criar um novo direito. Desta forma, nos casos em que nem a legislação e nem os precedentes indiquem expressamente a existência de um direito, o julgador não “inventará” o direito, mas recorrerá aos princípios e diretrizes implícitos, quer nas regras, quer nos precedentes. A desocultação do direito ocorreria por meio da interpretação.³⁶¹

A zona de imprecisão do direito é o pressuposto do positivismo jurídico, devendo o juiz fazer uso da discricionariedade para resolver a questão que envolve o direito das partes. Este é o principal argumento que sustenta a tese da inviabilidade da resposta certa, pregada pelo positivismo.³⁶²

DWORKIN combate esta argumentação, ao afirmar que a má compreensão do positivismo com relação ao significado das palavras é que proporciona a “vagueza” do direito. Isto porque, acreditam os positivistas, se uma palavra não possui um sentido determinado, a regra jurídica também não será determinada, precisa.³⁶³

³⁶⁰ HART afirma que é no tocante a discricionariedade judicial a sua principal divergência teórica com DWORKIN: “O conflito directo mais agudo entre a teoria jurídica deste livro e a teoria de Dworkin é suscitado pela minha afirmação de que, em qualquer sistema jurídico, haverá sempre certos casos juridicamente não regulados em que, relativamente a determinado ponto, nenhuma decisão em qualquer dos sentidos é ditada pelo direito e, nessa conformidade, o direito apresenta-se como parcialmente indeterminado ou incompleto. Se, em tais casos, o juiz tiver de proferir uma decisão, em vez de, como Bentham chegou a advogar em tempos, se declarar privado de jurisdição, ou remeter os pontos não regulados pelo direito existente para a decisão do órgão legislativo, então deve exercer o seu *poder discricionário* e *criar* direito para o caso, em vez de aplicar meramente o direito estabelecido pré existente. Assim, em tais casos juridicamente não previstos ou não regulados, o juiz cria direito novo e aplica o direito estabelecido que não só confere, mas também restringe, os seus poderes de criação do direito.” (Op. cit., p.335, *itálico do original*)

³⁶¹ DWORKIN, Ronald. *Uma questão...*, p. 223-227.

³⁶² CHUERI, Vera Karam de. Op. cit., p. 90.

³⁶³ *Ibid.*, p. 91.

No entanto, a interpretação tem como função precípua o desacobramento do direito, o que sustenta a tese da resposta certa de DWORKIN. Neste ponto, mais uma vez verifica-se a relevância do estudo de Vera Karam CHUERI sobre o tema:

... através da interpretação poder-se-ia superar a indeterminação ou vagueza que se apresentam nas regras, na medida em que se buscariam, a partir das mesmas, os princípios ou políticas que melhor agasalhassem as pretensões das partes. DWORKIN tenta mostrar que mesmo através dos mecanismos utilizados pelo positivismo como mera exegese dos textos legais (a interpretação no seu uso corrente), poderia o juiz chegar à melhor justificação política possível; à decisão; à resposta certa, sem que para isso, tivesse que criar um novo direito.³⁶⁴

O intérprete, para o qual DWORKIN propõe o modelo de juiz ideal – Hércules – deverá fazer uso dos princípios e das regras para encontrar a melhor interpretação para o caso em análise, sendo desnecessária, portanto, qualquer necessidade de criação de direito.³⁶⁵

Esta análise interpretativa, que toma como base princípios e regras, também se utiliza da argumentação racional a partir de critérios morais. Portanto, na sistemática proposta por DWORKIN, toda a norma jurídica depende de uma justificação moral.³⁶⁶

De forma diversa ocorre com relação ao positivismo hartiano. Ao tentar desenvolver uma concepção de direito aplicável a qualquer ordenamento, HART abre a possibilidade da validação não estar atrelada à moral. Conseqüentemente, a regra de reconhecimento pode vir a ser preenchida com os mais variados conteúdos, mas não necessariamente atrelados à moral e a justiça.³⁶⁷

Dando continuidade ao debate relativo a discricionariedade, DWORKIN afirma que a criação de direitos pelos juízes é uma forma antidemocrática e injusta de criação legislativa, tendo em vista o fato de que no sistema norte americano os juí-

³⁶⁴ Ibid., p. 91-92.

³⁶⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos...* p.165 e seguintes.

³⁶⁶ TORRENS, Haradja Leite. Op. cit., p.152.

³⁶⁷ HART, Hebert L.A, op. cit., p. 185.

zes não são eleitos para esta finalidade.³⁶⁸ HART rebate esta crítica ao defender que a criação atribuída aos juízes difere da criação feita pelo órgão legislativo. A criação feita pelo juiz tem como finalidade única a resolução de um caso concreto, portanto, não podendo ocorrer de forma arbitrária. O juiz deve trazer as justificativas que o levaram a criação do direito, observando sempre os postulados da racionalidade prática.³⁶⁹

HART afirmava que a criação do direito pelos magistrados não é injusto, em razão da necessidade de se evitar outras inconveniências, no mais das vezes, a aplicação de métodos alternativos de regulamentação de litígios, como por exemplo, o reenvio da questão para o órgão legislativo.³⁷⁰

Importante destacar que DWORKIN analisa a atividade judicial tendo como pressuposto a democracia, embora considere que não há um modelo que garanta a igualdade entre os cidadãos:

Sem dúvida, é verdade, como descrição bem geral, que numa democracia o poder está nas mãos do povo. Mas é por demais evidente que nenhuma democracia proporciona igualdade genuína de poder político. Muitos cidadãos, por um motivo ou outro, são inteiramente destituídos de privilégios. O poder econômico dos grandes negócios garante poder político especial a quem os confere (...) devemos levar em conta ao julgar quanto os cidadãos individualmente perdem de poder político sempre que uma questão sobre direitos individuais é tirada do legislativo e entregue aos tribunais.³⁷¹

Adverte que não há um conceito de democracia, tratando-se de uma noção abstrata e por vezes ambígua. Deste modo, propõe duas concepções de democracia: a independente e a dependente. A primeira concepção consiste:

(...)num mecanismo de distribuição eqüitativa do poder sobre as decisões políticas de uma determinada comunidade. Neste sentido independente, a

³⁶⁸ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 229-235.

³⁶⁹ HART, H.L.A. Op. cit, p.336.

³⁷⁰ Ibid., p. 338.

³⁷¹ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios...*, p.27.

democracia não é julgada pelos resultados que produz, mas sim, a partir do respeito à observância da vontade da maioria, ou seja, da adoção de procedimentos eleitorais que assegurem o direito de participação de todos os cidadãos, em sua função simbólica, de agência e comunitária.³⁷²

DWORKIN rejeita a concepção independente, de cunho formal, embora reconheça que esta concepção é a mais prestigiada, pois transparece uma aparente neutralidade no tocante às opções políticas.

Por conseguinte, o teórico faz uma opção por uma concepção dependente de democracia, em que os resultados decorrentes do sistema produzem efeitos com relação a noção de justiça. O sistema democrático deve propiciar uma “igualdade de influência” na esfera política, calcado no princípio da liberdade de expressão³⁷³.

Em que pese não concordar com a criação do direito por parte do Judiciário, DWORKIN defende a viabilidade deste Poder limitar a vontade das maiorias parlamentares, tendo como instrumento o controle de constitucionalidade. Entretanto, esta limitação só poderá ocorrer quando não forem observados as “condições democráticas”, quais sejam, as garantias de igualdade e liberdade aos cidadãos.³⁷⁴

Este comportamento por parte do Judiciário é necessário na medida em que ataca as anomalias do processo democrático, dentre elas, como já relatado, a quebra do princípio isonômico. Para Eduardo APPIO, com base nos ensinamentos de DWORKIN:

Trata-se, portanto, de fundamentar um discurso judicial de proteção dos direitos das minorias a partir de um argumento de ordem prática, ou seja, se alguém tem de dar a última palavra sobre os limites à vontade das maiorias ele é o juiz constitucional, a partir de uma leitura da moralidade da sociedade em que se encontra inserido.³⁷⁵

³⁷² APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**, p. 33. Neste ponto, o autor utiliza-se das lições de Dworkin a partir da obra: *Virtud Soberana: la teoria y la práctica de la igualdad*.

³⁷³ Id.

³⁷⁴ DWORKIN, Ronald. *Uma questão...*, p. 32.

³⁷⁵ Op. cit, p. 33

DWORKIN diferencia os princípios das diretrizes políticas. Os primeiros são vistos como gênero, cujas proposições jurídicas possuem alta carga valorativa. Já as diretrizes são proposições que aportam objetivos políticos, e no mais das vezes, socioeconômicos. O magistrado, ao exercer a sua atividade, deve optar pelos princípios. No entanto, caso um princípio abarque uma diretriz, não será fácil traçar a referida diferenciação, visto que os primeiros podem englobar objetivos sociais. E ainda, “algumas diretrizes podem enunciar princípio, ou ainda, os princípios podem ser vistos como objetivos utilitaristas de justiça nos quais o conteúdo conjuga uma dupla normatividade – o teor axiológico e os objetivos sociais.”³⁷⁶

Tendo como pressuposto a teoria dos princípios, STRECK sintetiza a tese substancialista da seguinte forma:

... mais do que equilibrar e harmonizar os demais poderes, o judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais e, nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente. Coloca em xeque, pois, o princípio da maioria, em favor da maioria fundante e constituinte da comunidade política.³⁷⁷

b) Ativismo judicial e Democracia a partir da concepção de Jurgen HABERMAS.

A ação comunicativa em HABERMAS fundamenta-se na busca por uma solução da questão relacionada à legitimidade da ordem política, que acarreta o conflito entre facticidade e validade.

A “comunidade argumentativa ideal” pressupõe uma situação ideal de fala, posto que representa a reunião de todos os seres racionais. Em HABERMAS, a intersubjetividade comunicacional assume profunda importância, na medida em que se desenvolve a partir da “mediação lingüística ética entre os sujeitos”.³⁷⁸

³⁷⁶ TORRENS, Haradja Leite. Op. cit., p. 153.

³⁷⁷ **O papel da Jurisdição Constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais**, p. 186.

³⁷⁸ MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Direito Argumentativo e Direito Discursivo: a contribuição de Perelman e o desafio de Habermas para a teoria da argumentação jurídica**, p. 99.

O autor utiliza-se da Lógica Argumentativa, visto que os atos de fala são compostos de argumentos. Deste modo, faz a análise de três pontos relacionados à argumentação: o primeiro deles é o processo. A argumentação é visualizada como processo tendente a estabelecer as condições ideais de fala entre os participantes. A partir do estabelecimento destas condições, busca-se a preservação de uma relação igualitária entre os sujeitos; preconiza-se uma ação orientada para o entendimento.³⁷⁹

No segundo aspecto, a argumentação é vista como procedimento tendente a instituir uma interação competitiva, regulada pelos melhores argumentos. O terceiro aspecto consubstancia a argumentação como fonte de justificativas pertinentes com vistas a convencer o próprio interlocutor. Privilegia-se a estruturação interna e as suas relações.³⁸⁰

HABERMAS vincula os aspectos apresentados à divisão triádica aristotélica: Retórica (argumentação enquanto processo), Dialética (argumentação enquanto procedimento pragmático) e Lógica (enquanto produto da argumentação). E considera que o estudo da argumentação deve levar em conta os três aspectos apresentados, sob pena do estudo analítico ocorrer de forma insuficiente.³⁸¹

O sentido, a verdade e a correção impõem a toda trama discursiva um entendimento consensual sempre permeado de racionalidade. O consenso embasado em uma razão comunicativa ocasiona uma reciprocidade universal, que acarreta a liberdade e a autonomia a todo o participante para argüir as pretensões que achar convenientes, bem como, apresentar justificativas racionais para estas pretensões. Por fim, constata-se a possibilidade de cada participante se posicionar com relação às pretensões apresentadas por outros.³⁸²

Percebe-se que a pauta habermasiana privilegia os pressupostos constitutivos do discurso, em vez da razão comunicativa como fonte de normas: esta “possui um conteúdo normativo, porém somente na medida em que o que age comunicativamente é obrigado a apoiar-se em pressupostos pragmáticos de tipo contrafactu-

³⁷⁹ Ibid., p. 100.

³⁸⁰ Id.

³⁸¹ Id.

³⁸² HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**, p. 20.

al.”³⁸³ Deste modo, a normatividade não visa a solução de questões práticas do cotidiano comunitário, mas sim a constituição de pressupostos inerentes a comunidade ideal de fala.

A coerção na teoria habermasiana é vista como uma prescrição, por relacionar-se a pressupostos transcendentais do discurso. Por isso, “a razão comunicativa possibilita, pois, uma orientação na base das pretensões de validade; no entanto ela mesma não fornece nenhum tipo de indicação concreta para o desempenho de tarefas práticas, pois não é informativa, nem imediatamente prática”.³⁸⁴

Embora a sociedade esteja em um estágio em que predomina a pluralidade, normas morais e direito positivado ainda assim devem ser constituídos a partir de resultados de consensos comunicacionais. Evidente que para isso devem ser propiciadas as condições exigidas pela teoria do discurso.

HABERMAS utiliza-se das concepções kantianas para descrever as diferenças e similitudes entre moralidade e legalidade. E adverte que:

Todavia, mesmo tendo pontos em comum, a moral e o direito distinguem-se *prima facie*, porque a moral pós tradicional representa apenas uma forma do saber cultural, ao passo que o direito adquire obrigatoriedade também no nível institucional. O direito não é apenas um sistema de símbolos, mas também um sistema de ação.³⁸⁵

O imperativo categórico de KANT é exercido na teoria habermasiana por meio do princípio da Universalização, que se expressa da seguinte forma: “Toda norma válida deve satisfazer a condição: que as conseqüências e efeitos colaterais que (previsivelmente) resultarem do fato de ela ser universalmente seguida para a satisfação dos interesses de cada um dos indivíduos possam ser aceitos por todos os concernidos.”³⁸⁶

Por tal princípio, todas as normas que não atendem a pretensão de validade relacionada à moral devem ser excluídas do direito. Mais do que isso: a validade

³⁸³ Ibid., p. 20.

³⁸⁴ Ibid., p. 21.

³⁸⁵ Ibid., p.141

social das normas depende do cumprimento dos procedimentos discursivos. A elaboração e a aplicação da norma devem ser controladas de forma argumentativa. Entretanto, é importante destacar que a ordem normativa é composta de aspectos históricos, tendo em vista o fato de que sua origem encontra-se no mundo da vida, ao mesmo tempo em que se volta para interferir normativamente na realidade.³⁸⁷

Para HABERMAS, o direito é que interliga a facticidade e a validade, impedindo que o mundo da vida seja colonizado pelos sistemas econômicos e políticos. É o direito quem deve regulamentar o poder e a economia, mas deve também exercer uma função integradora, na medida em que regulamenta as expectativas dos sujeitos no mundo da vida.³⁸⁸

HABERMAS reforça a dicotomia entre valores e norma. Estas, como já afirmado, alcançam validade se produzidas nos termos de um processo discursivo. Já os valores ficam condicionados no mundo da vida sem qualquer possibilidade de alcance da validade universal. Como exemplo, cita a questão da justiça. Para que esta seja atingida, procedimentos discursivos devem ser observados. No entanto, o conteúdo material do que seja justiça, enquanto valor, não é passível de validação universal.³⁸⁹

A teorização habermasiana acerca da democracia almeja repensar o projeto político da Modernidade, calcado na racionalidade. O teórico apresenta uma justificação filosófica da democracia com a finalidade de demonstrar os requisitos necessários para a instauração do procedimento democrático.

O primeiro deles versa sobre a implementação do princípio do discurso. Em termos de ação comunicativa, este só se viabiliza sob certas condições, no mais das vezes, com a implementação de direitos fundamentais. Estes é que tornam viável o processo de legitimação de direitos, bem como o da tomada de decisões.

Tais direitos são assim enumerados por HABERMAS:

³⁸⁶ Ibid., p.142.

³⁸⁷ MONTEIRO, Cláudia Servilha. Op. cit., p. 102

³⁸⁸ HABERMAS, Jurgen. Op. cit., p. 94-112.

³⁸⁹ Ibid., p 65-93.

(1) direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação; (2) direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do status de membro numa associação voluntária de parceiros de direito; (3) direitos fundamentais que resultam imediatamente da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual; (4) direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo; (5) direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances dos direitos elencados de 1 a 4.³⁹⁰

Estes direitos básicos são fundamentais por proporcionarem ao cidadão, na comunidade ideal de fala, a possibilidade de debater, de apresentar propostas e escolher de forma livre e igualitária. Superada esta fase, HABERMAS apresenta o princípio da Democracia, assim formulado: “D: São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”.³⁹¹

A noção de democracia deliberativa tem como pressuposto a justificação política, com a finalidade de obter o resultado do processo de deliberação de forma legítima. Em HABERMAS, como já anotado, este ideal se realiza com a satisfação dos requisitos procedimentais.

O procedimento democrático não pode se dar de maneira coercitiva e seu resultado não é definitivo, tendo em vista o fato que a discussão sempre poderá ser retomada. E ainda, não existe restrição com relação a matéria que pode ser objeto de deliberação. Qualquer participante pode iniciar a discussão sobre qualquer questão, desde que respeitado o procedimento.^{392 393} Por tais razões, visualiza a Consti-

³⁹⁰ Ibid, p. 159-160.

³⁹¹ Ibid, p. 142.

³⁹² De forma antagônica, RAWLS entende como necessária a análise do resultado da deliberação para que se possa constatar a sua realização. E ainda, sustenta uma separação entre público e privado, sendo que somente na esfera pública é que devem ser realizados os debates. Isto porque, só nesta esfera é que poderia ser obtido um consenso racional, pautado em princípios de justiça. RAWLS desloca a questão do pluralismo para a esfera privada, pois é nesta em que se pode constatar

tuição como uma ordem de valores que devem constantemente ser objeto de debates pelos participantes do discurso.³⁹⁴

Os magistrados na teoria habermasiana assumem uma função subsidiária com relação ao controle das deliberações públicas. Por adotar uma concepção procedimental de democracia, preconiza a necessidade de observância pelos magistrados das políticas públicas formuladas pelos representantes da sociedade. Neste sentido, Lênio STRECK observa: “Habermas propõe, pois, que o Tribunal Constitucional deve ficar limitado a tarefa de compreensão procedimental da Constituição, isto é, limitado a proteger um processo de criação democrática do direito.”³⁹⁵

Conclui-se que, para HABERMAS, os magistrados só devem intervir na medida em que os procedimentos democráticos não estão sendo respeitados. E ainda, a intervenção deve ser pautada em argumentos democráticos racionais.³⁹⁶

3.1.3 As teorizações sobre o ativismo judicial no Brasil.

A democracia no Brasil está tradicionalmente ligada ao exercício do poder político por meio da eleição de representantes³⁹⁷. Conseqüentemente, visualiza-se o cidadão apenas em seu aspecto formal, ou seja, cidadão é aquele que vota.

as mais diversas tematizações acerca do bem comum, liberdade religiosa e valores. KOZICKI, Katya. **Democracia Deliberativa: a recuperação do componente moral na esfera pública**, p. 49-52.

³⁹³ ALEXY converteu o princípio “D” nas seguintes regras discursivas: 1) Todo falante pode participar do discurso. 2.a.) Todos podem questionar qualquer asserção; 2.b) Todos podem introduzir qualquer asserção no discurso; 2.c) Todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades. 3) Nenhum falante pode ser impedido através da coação dentro ou fora do discurso de exercer os direitos estabelecidos em 1 e 2.”. **Teoría de la argumentación jurídica**: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica, p. 189

³⁹⁴ APPIO, Eduardo. Op. cit., p. 41.

³⁹⁵ STRECK, Lênio. **Jurisdição Constitucional**, p.138.

³⁹⁶ O que se pode concluir a partir da teoria habermasiana é que esta intervenção só poderia ocorrer em sede de controle difuso de constitucionalidade, ou ainda, por meio de medidas judiciais constitucionais individuais, posto que estes meios proporcionam as partes envolvidas, e que sofrerão os efeitos da decisão, a possibilidade de apresentar argumentos e refutá-los. Enquanto que em sede de controle concentrado ou em medidas judiciais constitucionais que visem o resguardo de direitos difusos (como por ex., a ação civil pública), não é possível a instauração de um procedimento discursivo que envolva as partes que sofrerão os efeitos da decisão. Deste modo, nestas duas situações, a decisão judicial é desprovida de validade, em razão da inobservância das condições procedimentais do discurso.

³⁹⁷ Em que pese o fato da Constituição de 1988 enumerar várias formas de participação direta do cidadão na gestão das políticas públicas, este modelo de democracia ainda carece de efetivação. Sobre o tema, conferir a já referida obra de Adriana da Costa Ricardo SCHIER: “**A Participação Popular na Administração Pública**: o direito de Reclamação”.

Este critério formal de democracia revela-se insuficiente no contexto brasileiro, visto que o cidadão (eleitor) não possui as condições necessárias para escolher os seus representantes de forma livre e igualitária. Santiago NINO retrata bem esta situação:

Creo que la objecion más fuerte a este tipo de perspectiva epistemológica de la democracia se presenta desde la práctica política. En última instancia, deben resolverse las objeciones prácticas vinculadas con la existencia de desigualdades sumamente extendidas y aberrantes y la profunda pobreza relativa dentro de comunidades políticas democráticas.³⁹⁸

Infelizmente, é fato incontestável de nossa realidade o desinteresse em, ao menos, amenizar as desigualdades sociais. Isto porque, na medida em que direitos fundamentais fossem implementados, aumentaria o contingente de participantes do processo eleitoral com liberdade e igualdade. Conseqüentemente, estes participantes teriam condições de participar da arena pública, propondo, discutindo, se contrapondo a outras proposições, não estando vinculados a qualquer “necessidade eleitoral”.³⁹⁹

Atrelados a tais fatores, encontra-se ainda a manipulação dos meios comunicação, que por vezes empobrece o debate público no afã de beneficiar um determinado candidato. E também é preciso levar em consideração o fator econômico por trás das candidaturas, que será devidamente recompensado após as eleições com contratos mais do que recompensadores com o Poder Público.

Por fim, mais um fator que impede a concretização de direitos fundamentais: as políticas públicas dos países de terceiro mundo, no mais das vezes, são formuladas por organismos internacionais, e não condizem com a realidade socioeconômica destes países.⁴⁰⁰

³⁹⁸ NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la Democracia Deliberativa**, p.202.

³⁹⁹ Que se confunde com as práticas mais corriqueiras como o de se trocar o voto por favores pessoais. Dentre a população mais humilde, estes favores consistem em fornecimento de cestas básicas, tratamento médico – hospitalar, tratamento odontológico, transporte, vagas em escolas e creches.

⁴⁰⁰ Friedrich MÜLLER critica os efeitos do neoliberalismo e da globalização nas democracias de terceiro mundo, ao afirmar: “Se desse modo os eleitos não mais decidem (porque decidem o ‘mercado’, a bolsa de valores, o FMI, o Banco Mundial & Cia.) e aqueles que decidem não são eleitos, faz-se mister desenvolver estratégias de resistência democrática. Do contrário, as formas de democracia direta ou participativa ficam inteiramente impossibilitadas, e mesmo a democracia tradicional do mo-

Neste quadro, a descrença com relação ao Poder Executivo e Legislativo é inevitável.⁴⁰¹ Como já relatado, não há interesse na implementação de políticas públicas que concretizem direitos fundamentais, visto que isto incluiria diversos eleitores na arena pública. Como consequência, vários dos atuais “representantes” dos anseios populares já não mais encontrariam as condições necessárias para manter-se no poder.

Deste modo, cresce no Brasil o debate acerca do ativismo judicial, ante a inércia por parte dos Poderes Executivo e Legislativo, pelos motivos já apresentados. A principal questão que se coloca refere-se maneira de se conciliar o princípio democrático com o ativismo judicial, posto que os integrantes do Judiciário não são eleitos⁴⁰². E por vezes, as decisões contramajoritárias – especialmente em sede de controle de constitucionalidade e de ações constitucionais - afrontam a vontade das maiorias parlamentares.

Diante do contexto brasileiro, o Cláudio Pereira de SOUZA NETTO conjuga elementos das teorias de HABERMAS e RAWLS para apresentar um modelo cooperativo de democracia deliberativa.

O modelo substancialista de RAWLS vislumbra a deliberação como um procedimento parcialmente fechado com relação aos seus resultados, o que significa a aplicação de princípios previamente justificados, embasados em um procedimento monológico de construção. Conseqüentemente, a deliberação versa sobre um conteúdo predeterminado.⁴⁰³

delo representativo sucumbe diante de uma exclusão que cada vez menos pode ser acobertada – a uma exclusão da esfera na qual são tomadas decisões de longo alcance.” **A democracia, a globalização e a exclusão social**, p. 264.

⁴⁰¹ Esta descrença no Executivo e no Legislativo, em termos de propostas neoconstitucionalistas, oportuniza uma maior confiança ao Poder Judiciário, posto que este passa a ser guardião de Constituições normativas garantidas. Normativas porque impõe a concretização de direitos fundamentais de forma imediata; garantidas porque sistematizam um controle de constitucionalidade. Ainda sobre o tema, conferir: SANCHIS, Luis Pietro. Neoconstitucionalismo y ponderacion judicial. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**, p. 128-129.

⁴⁰² GARGARELLA afirma que o Poder Judiciário não é antidemocrático, mas que possui “credenciais antidemocráticas” mais frágeis do que os outros poderes. Mas ainda assim ,não faz qualquer recomendação com relação a eleição de juízes ou mesmo pela remoção destes ante a discordância entre o conteúdo de uma sentença e uma decisão política. **Derecho Constitucional**, p. 633, nota 1.

⁴⁰³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática**, p. 157.

Já a teorização procedimental habermasiana critica o modelo substancialista no tocante ao estabelecimento de princípios substantivos de justiça, de forma monológica, em um contexto de pluralismo. Mas o autor não adota o procedimentalismo em sua plenitude, por preocupar-se com o reducionismo funcionalista que assume a noção de “condições” nesta teoria; as “condições” não podem restringir-se à simples requisitos para uma que uma deliberação possa ser considerada justa, mas deve abarcar também os que tornam possíveis uma cooperação social em um contexto de pluralismo.⁴⁰⁴

A interação comunicativa só ocorre quando os participantes consideram-se inseridos na comunidade, por se entenderem como “dignos de igual respeito e consideração”. Caso isso não ocorra, não há deliberação com fins a consecução do bem comum, mas apenas e tão somente uma reunião, ou, um conflito de interesses.⁴⁰⁵

A liberdade e a igualdade são condições necessárias para a cooperação na deliberação democrática. Mas, para que tais condições sejam garantidas, direitos materialmente fundamentais devem ser implementados. E neste ponto reside a importância do papel a ser desenvolvido pelo Poder Judiciário: ao garantir a concretização de direitos fundamentais, este Poder não estaria usurpando a soberania popular, mas garantindo o seu pleno exercício⁴⁰⁶.

Independentemente da justificação que se utilize, para SOUZA NETTO, o Poder Judiciário deve concretizar o núcleo dos direitos fundamentais, com ou sem políticas públicas elaboradas pelo Executivo e Legislativo. No entanto, se a concretização não se restringir apenas ao núcleo fundamental, mas também a direitos sociais situados na “periferia” do mínimo existencial, é necessária legislação regulamentadora.⁴⁰⁷

⁴⁰⁴ Ibid., p. 157-159.

⁴⁰⁵ Ibid, p.161.

⁴⁰⁶ Conclusão já alcançada anteriormente por Santiago NINO: “Sin embargo, em uma teoria epistêmica de la democracia, el control judicial de contitucionalidad se encuentra legitimado como um médio de asegurar que se encuentren presentes las condiciones que hacen posible darle valor epistemico a la participacion colectiva. Estas condiciones incluyen los requisitos del proceso colectivo de discusion y toma de decisiones para generar uma dinâmica tendiente a la imparcialidad.” Op. cit., p. 299.

⁴⁰⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Op. cit., p. 249-251.

A teoria constitucional desenvolvida por SOUZA NETTO atribui ao Judiciário um papel decisivo na efetivação das normas constitucionais, assim como a teoria da Constituição dirigente, sejam tais direitos prestacionais ou não. Entretanto, o autor não concorda com a teorização brasileira da Constituição dirigente, em que se atribui ao Judiciário a tarefa de implementação de um projeto constitucional abrangente:

A democracia deliberativa é crítica de uma judicialização generalizada da política; de uma hegemonia do Judiciário; considera que o Judiciário deve exercer uma função política importante, mas subsidiária à deliberação popular: sua teoria da Constituição dá suporte, por isso, à judicialização da política dos direitos fundamentais, i.e, das reivindicações pela efetiva observância das condições para cooperação na deliberação democrática.⁴⁰⁸

Deste modo, conclui o autor que o Judiciário exerce um papel subsidiário, pois só poderá implementar políticas públicas na medida em que estas servem de supedâneo para as condições materiais do processo democrático. Entretanto, estas condições materiais restringem-se ao núcleo essencial de direitos fundamentais.⁴⁰⁹

SOUZA NETTO não delimitou a extensão do que considera como sendo o “núcleo essencial de direitos fundamentais”. No entanto, esta extensão foi delineada por Ana Paula de BARCELLOS, tomando como base o princípio da dignidade da pessoa humana⁴¹⁰. Para isso, organizou os dispositivos constitucionais relacionados à este princípio em quatro níveis, partindo-se de normas mais genéricas para as de conteúdo bem definido.

No nível I estão os dispositivos⁴¹¹ com os princípios mais gerais, de contornos menos precisos. Pretende-se que a dignidade da pessoa humana seja promovida pela atuação do Estado, concomitantemente com o setor privado. Vale ressaltar que o conteúdo do princípio não foi definido, mas a dignidade da pessoa

⁴⁰⁸ Ibid., p. 276.

⁴⁰⁹ Ibid., p. 297.

⁴¹⁰ Na obra: **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana.

⁴¹¹ Preâmbulo, Art. 1º, III, Art. 170, caput, Art. 226, §7º.

humana tem um conteúdo mínimo que pode ser identificado ao se assegurar o exercício dos direitos individuais e sociais.⁴¹²

No nível II⁴¹³, a dignidade é um subprincípio que propugna a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades, atribuindo aos entes da federação o dever de implementar o comando constitucional.

No nível III encontram-se o rol dos direitos sociais⁴¹⁴, compostos de princípios e subprincípios. Logo, seus efeitos não são determinados e não há escolha dos meios para o cumprimento. Mas aqui também se aplica a noção de conteúdo mínimo, que se pode reconhecer em cada expressão do art. 6º.

O nível IV reúne alguns princípios e subprincípios cristalizados em regras⁴¹⁵. No entanto, é importante ressaltar que parte da doutrina e da jurisprudência confere a estas normas “o mesmo tratamento reservado aos princípios mais gerais dos níveis anteriores, como se todas as normas compartilhassem o mesmo grau de indeterminação.”⁴¹⁶

Segundo a autora, esta interpretação não pode corresponder à realidade, tendo em vista que não se pode equiparar regras a princípios. Este erro decorre muitas vezes da ignorância durante a fase hermenêutica, em que se supõe que as normas decorrentes da dignidade da pessoa humana não possuem conteúdo identificável ou que não pretendam produzir efeitos concretos⁴¹⁷. Na prática, estas normas acabam sendo subjugadas por outras, cujos efeitos foram previamente identificados: “A omissão hermenêutica acaba por esvaziar o valor mais importante da Constituição, ao qual o constituinte reservou uma incrível quantidade de

⁴¹² Op. cit., p.167.

⁴¹³ Art. 3º, III, Art. 23, X

⁴¹⁴ Art. 6º

⁴¹⁵ Educação: Art. 23, V, Art. 30, VI, Art. 34, VII, “e”, Art. 35, III, Art. 205, Art.208, I, II,IV,V, VI, VII, §1º e §2º, Art. 212, §3º, Art. 213, §1º e §2º ;Saúde: Art. 23, II e IX, Art. 30, VIII, Art. 34, VII, “e”, Art.35,III, Art.196, Art. 198, II e §2º, Art.200, II e IV, Art. 227, §1º; Assistência aos desamparados: Art.7, II, XXIV e XXV, Art. 23, II e IX, Art.201, I a V, Art. 203, Art. 229, Art.230, Art.245.

⁴¹⁶ BARCELLOS, Ana Paula. Op. cit., p. 170.

⁴¹⁷ Ibid., p.171.

disposições, para que tudo permaneça como sempre foi, como se nada houvesse modificado com a nova Carta” .⁴¹⁸

Ainda com relação ao nível IV, é possível aferir de cada subgrupo, um conjunto de normas capazes de produzir efeitos na realidade. A partir delas é possível constatar um **núcleo de condições materiais** que compõe o princípio da dignidade da pessoa humana. Este núcleo produz efeitos de forma imediata, pois é composto por regras. Assim, se as condições previstas naquelas normas não existirem, não há que se falar de ponderação. Fora deste núcleo, a norma mantém a natureza de princípio, com fins relativamente indeterminados que podem ser atingidos sob as formas mais diversas.⁴¹⁹

A partir deste núcleo, segundo a autora, é possível constatar um direito subjetivo à prestações materiais, exigíveis diante do Poder Judiciário, posto que se tratam de regras. Deste modo, este Poder não está interferindo nas esferas funcionais do Legislativo e Executivo, mas impondo a estes o dever de cumprir os mandamentos constitucionais. E esta imposição deve ocorrer nos exatos limites do texto constitucional.⁴²⁰

Para a autora, a intervenção do Poder Judiciário no tocante as políticas públicas significa uma restrição ao princípio democrático, visto que este não pode ser tomado em termos absolutos. Mas esta restrição é justificada, posto que deve ocorrer na medida exata para garantir a democracia.⁴²¹

Levando-se em consideração as lições de DWORKIN, Gustavo BINENBOJM defende o ativismo judicial em razão da necessidade de garantia das condições democráticas, qual seja, a garantia dos direitos fundamentais “reconhecidos pela comunidade política sob a forma de princípios, sem os quais não há cidadania em sentido pleno, nem verdadeiro processo político deliberativo. Os direitos

⁴¹⁸ Ibid., p.172.

⁴¹⁹ Ibid., p.194.

⁴²⁰ Ibid., p. 225-232.

⁴²¹ Ibid., p.230.

fundamentais são, portanto, uma exigência democrática antes que uma limitação à democracia.”⁴²²

Consoante é o entendimento de Lênio Luiz STRECK, ao defender de forma brilhante uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada aos Países de Modernidade Tardia. Trata-se de uma teoria constitucional adequada aos países periféricos, com a finalidade última de implementar as promessas da modernidade, em especial, as benesses do *Welfare State*.⁴²³

O autor defende o dirigismo constitucional em relação aos países periféricos, não no sentido de imposição de um normativismo constitucional, como único instrumento hábil a operar as transformações necessárias. O que defende é uma Constituição dirigente capaz de vincular o legislador ao ditames da “materialidade da Constituição”, por acreditar que o direito continua a ser um meio de implementação de políticas públicas.⁴²⁴

Por conseguinte, a Constituição deve conter a força normativa necessária para assegurar “o núcleo de modernidade tardia não cumprida.” No nosso texto constitucional, este núcleo está evidenciado no artigo 3º. São os fins sociais e econômicos estabelecidos como condição para que o cidadão busque os mecanismos constitucionais, com o intuito de impedir que os poderes públicos disponham livremente da Constituição, evitando a sua transformação em um simples objeto.⁴²⁵

A Constituição deve ser vista como um espaço de resistência nos países periféricos:

O novo modelo constitucional supera o esquema da igualdade formal rumo à igualdade material, o que significa assumir uma posição de defesa e suporte da Constituição como fundamento do ordenamento jurídico e expressão de uma ordem de convivência assentada em conteúdos materiais de vida e em um projeto de superação da realidade alcançável com a

⁴²² Op. cit., p. 92.

⁴²³ **O papel da Jurisdição Constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais**, p. 194.

⁴²⁴ Ibid, p. 195.

⁴²⁵ Ibid, p. 199.

integração das novas necessidades e a resolução dos conflitos alinhados com os princípios e critérios de compensação constitucionais.⁴²⁶

Neste contexto, assume relevância o papel do Poder Judiciário, a fim de atuar em prol da efetivação dos valores constitucionais, mesmo contra textos legislativos produzidos por maiorias parlamentares, ainda que isto implique em uma transcedência das funções de “*cheks and balances*”.⁴²⁷ Ou seja, passa-se a exigir uma ruptura com a clássica divisão de poderes, em razão do deslocamento da esfera de tensão do Legislativo e do Executivo em direção ao Judiciário.⁴²⁸

Para Sergio AUGUSTIN, o princípio da separação de poderes deve ser ponderado com o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional. E defende que a Jurisdição Constitucional prevalece sobre a vontade popular:

A função jurisdicional, nestes termos, assume uma postura indispensável para manter o sistema, controlando a constitucionalidade. A jurisdição constitucional retira sua legitimidade formalmente da própria Constituição e materialmente da necessidade de proteção ao Estado de Direito e aos direitos fundamentais. Formalmente, a jurisdição constitucional prevalece sobre a maioria parlamentar porque a vontade popular assim estabeleceu na Constituição, mediante o poder constituinte originário. Materialmente, pois instituída a jurisdição constitucional pela Constituição formal, faz valer ela a garantia da supremacia de seus princípios e direitos fundamentais. Essa seria a função da jurisdição por excelência.⁴²⁹

Clèmerson Merlin CLÈVE nos ensina que a democracia não é necessariamente o governo da maioria, mesmo porque, “a minoria de hoje pode ser a maioria de amanhã.” Afirma que o Poder Judiciário é o responsável por equilibrar a dinâmica majoritária/contramajoritária, inclusive como espécie de “delegado” do Poder Constituinte. Conclui que a democracia reclama pela atuação do Poder Judiciário, que deverá, necessariamente, zelar pela observância dos direitos fundamentais, o

⁴²⁶ Ibid, p. 208.

⁴²⁷ Ibid., p.201.

⁴²⁸ Ibid, p. 211-2.

⁴²⁹ Op. cit., p. 293.

que significa “proteger a maioria permanente (Constituinte) contra a atuação desconforme da maioria eventual, conjuntural e temporária (legislatura).”⁴³⁰

Em recente palestra proferida no II Congresso Ibero Americano de direito Administrativo⁴³¹, o professor paranaense chamou a atenção para o fato de que cada vez mais o Poder Judiciário vem sendo utilizado como instrumento de assecuração administrativa, ou seja, cada vez mais a Administração Pública vem buscando o “aval” do Poder Judiciário em relação a consecução de políticas públicas.

Deste modo, assinala que Poder Judiciário deverá realizar o controle das políticas públicas, mas pondera que este controle deverá ocorrer de forma distinta (*soft/hard*), de acordo com o grau de legitimidade do ato.⁴³²

Sérgio Fernando MORO defende a viabilidade da compatibilização entre a Jurisdição Constitucional e o regime democrático, mas alerta para a necessidade de autocontenção do ativismo judicial, que se concretiza no que denomina de “reserva de consistência.”⁴³³

Para o autor, o magistrado deve se conformar com o seu papel secundário no contexto democrático. Mas isto não significa que o magistrado deva manter uma postura de autocontenção generalizada, mais precisamente, o magistrado não deve referendar, de forma ampla, os atos dos demais poderes.

A autocontenção deverá ocorrer quando o magistrado não possuir argumentos suficientes para demonstrar a necessidade da sua interferência em relação aos atos políticos. Este seria, portanto, o limite da reserva de consistência: o magistrado deverá resguardar os direitos fundamentais, desde que embasados em argumentos que preconizem a garantia da própria democracia.⁴³⁴

Pela doutrina colacionada, constata-se que o entendimento majoritário é no sentido de que a partir da realidade brasileira é necessário que o Poder Judiciário

⁴³⁰ *A eficácia...* p. 25.

⁴³¹ Promovido pela Associação Ibero Americana de direito Administrativo, dentre os dias 13 a 16 de maio de 2007, em Curitiba.

⁴³² Painel “O direito Administrativo entre legalidade e direitos fundamentais.”, realizado no dia 15 de maio de 2007.

⁴³³ **Jurisdição Constitucional como Democracia**, p. 221.

⁴³⁴ Op. cit., p. 314-5.

interfira na formulação de políticas públicas, e conseqüentemente, na imposição de prestação de serviços públicos. A intervenção judicial legitima-se em razão do déficit com relação à concretização do princípio democrático. Entretanto, ponderam os doutrinadores de que esta intervenção não poder ocorrer de forma irrestrita: a intervenção deve assegurar o núcleo necessário para que o cidadão possa participar do processo democrático de forma livre.

3.2 A INTERPRETAÇÃO ACERCA DA RELEVÂNCIA ECONÔMICA DOS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS:

3.2.1 O limite da “reserva do possível”.

A grande discussão que envolve a concretização de direitos fundamentais por meio de serviços públicos refere-se ao fato de que a implementação destes direitos necessariamente deve ter, como pressuposto, dotação orçamentária suficiente. Sob o argumento de que não há dinheiro, o Estado Brasileiro não vem prestando, ou ainda, presta de forma inadequada os serviços públicos de educação e saúde. E com fundamento neste mesmo argumento econômico, o Estado delegou à iniciativa privada a prestação dos serviços de energia elétrica e saneamento básico.

A escassez de recursos é visualizada como elemento da realidade a ser levado em consideração no momento em que se definem os instrumentos de efetivação dos direitos fundamentais. Neste aspecto, alguns consideram a reserva do possível como limite imanente dos direitos fundamentais sociais. Outros, como um elemento a ser considerado pelo intérprete no momento da ponderação.

Ao se conceber a reserva do possível como limite imanente, esta deveria ser observada no momento em que se define o âmbito normativo de um direito fundamental social. Se a prestação for “possível”, poderá ser deduzida no âmbito normativo do direito, acarretando como conseqüência jurídica a exigibilidade deste direito em sua faceta subjetiva. Por outro lado, se a prestação não for possível, não estaria dentro do âmbito normativo e conseqüentemente, não teria proteção jurídica.⁴³⁵

⁴³⁵ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**, p. 198.

Entretanto, nos alinhamos ao entendimento de Ana Carolina Lopes OLSEN, ao defender que a reserva do possível deve ser caracterizada como elemento externo à norma de direito fundamental:

... se a dimensão do custo dos direitos for apreciada no momento da definição daquilo que está ou não normativamente protegido, é inegável que se abre um espaço praticamente incomensurável de discricionariedade para os poderes públicos que controlam a destinação de recursos orçamentários. E é neste sentido que a consideração da reserva do possível como um limite imanente dos direitos fundamentais sociais (mas não só, já que mesmo os direitos de defesa implicam custos) pode apresentar riscos para a exigibilidade destes direitos.⁴³⁶

Deste modo, a reserva do possível deve ser vislumbrada como elemento externo à norma de direito fundamental. Consequentemente, o interprete deverá compatibilizar este elemento da realidade com os demais elementos normativos do direito fundamental no momento da ponderação.

A reserva do possível é, portanto, um dado da realidade capaz de influenciar a concretização de direitos. A dimensão fática da realidade assume relevância. Nas palavras de Giovanni BIGOLIN:

... a ausência de recursos materiais constitui uma barreira fática à efetividade dos direitos sociais, esteja a aplicação dos correspondentes recursos na esfera de competência do legislador, do administrador ou do judiciário. Ou seja, esteja a decisão das políticas públicas vinculada ou não a uma reserva de competência parlamentar, o fato é que a efetividade da prestação sempre depende da existência dos meios necessários. Não se pode negar que apenas se pode buscar algo onde algo existe.⁴³⁷

A escassez de recursos é um tema que passou a ser discutido juridicamente no Brasil a partir da obra “O Custo dos direitos”, dos autores americanos Cass SUNSTEIN e Stephen HOLMES.⁴³⁸

⁴³⁶ Ibid, p. 201.

⁴³⁷ BIGOLIN, Giovanni. **A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais**, p.67.

⁴³⁸ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights**, p. 43.

Em um primeiro momento, os autores desmistificam a afirmação de que só os direitos prestacionais seriam os únicos responsáveis pelo esvaziamento dos cofres públicos. Mesmo os direitos de liberdade, que no contexto de Estado Liberal caracterizavam-se pela abstenção estatal, implicam na realização de despesas por parte do Estado. Segundo os autores, a divisão entre direitos negativos e positivos é desnecessária, tendo em vista o fato de que todos os direitos possuem custos para o Estado: “Almost every right implies a correlative duty, and duties are taken seriously only when dereliction is punished by the public power drawing on the public purse.”⁴³⁹

Ainda, segundo os autores americanos, cai por terra a cientificidade da teoria neoliberal de que as liberdades não custariam nada ou muito pouco ao erário público, enquanto que os direitos sociais seriam os grandes “vilões”, responsáveis pelo esvaziamento dos cofres públicos. Revela-se, neste ponto, o caráter meramente ideológico da teoria neoliberal.⁴⁴⁰

Neste viés, argumentam que os direitos só poderão ser viabilizados se forem sindicáveis, o que pressupõe um aparato estatal capaz de fiscalizar e impor o cumprimento das normas. Entretanto, observam que levar os direitos a sério é levar em consideração também a escassez de recursos.⁴⁴¹ A partir desta consideração, dois grandes doutrinadores debruçaram-se sob o tema: Gustavo AMARAL e Flávio GALDINO.

Gustavo AMARAL critica as decisões judiciais que preconizam os direitos fundamentais como absolutos, pois a escassez de recursos não pode ser descartada. Segundo o autor, a maioria dos países não conseguiu inserir todos os cidadãos dentro de um padrão aceitável de vida, o que demonstra que a escassez de recursos deve ser levada em consideração pelo Poder Judiciário quando decidir em relação a casos específicos.⁴⁴²

Segundo o autor, o Poder Judiciário deverá fundamentar a decisão a partir dos custos que afetarão os cofres públicos em relação ao direito que está sendo

⁴³⁹ “Quase todo direito implica um dever correlato, e deveres só são levados a sério quando seu descumprimento é punido pelo poder público servindo-se dos cofres públicos.” HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass, op. cit., p. 43.

⁴⁴⁰ Ibid, p. 54.

⁴⁴¹ Ibid, p. 196.

pleiteado, e ainda, tratar de forma aberta quanto à alocação de recursos, posto que este são insuficientes para satisfazer todas as necessidades sociais.⁴⁴³

Flávio GALDINO, ao concluir que “direitos não nascem em árvores”, assinala que:

À luz das pragmáticas considerações precedentes e integrando ao conceito os custos dos direitos, pode-se tentar, ainda e sempre provisoriamente – tudo que é histórico é também provisório – compreender os direitos fundamentais como direitos subjetivos, representando situações valoradas positivamente pelo ordenamento jurídico, dotadas de exigibilidade em face do Estado, consoante as limitações reais, notadamente as econômicas.⁴⁴⁴

O doutrinador absorveu os ensinamentos de HOLMES e SUNSTEIN ao reconhecer que os custos e a positividade de todos os direitos impedem que se faça uma distinção entre direitos negativos e positivos.⁴⁴⁵ E mais, defende que os custos não devem ser vistos apenas como óbices a implementação de direitos.

Para o autor, o que frustra a concretização de um direito não é propriamente o exaurimento do orçamento, mas sim a opção política em relação a uma determinada despesa pública. Deste modo, afirma que os custos devem ser visualizados como meios de concretização e não como óbice, posto que o exaurimento de dotação orçamentária vem sendo utilizado como impeditivo para a realização de um direito subjetivo fundamental: “o referido argumento usualmente presta-se a encobrir as trágicas escolhas que tenham deixado de fora do universo do possível a tutela de um determinado bem invocado na qualidade de “direito” fundamental.”⁴⁴⁶

Conclui, ao levar em conta o custo dos direitos na alocação de recursos, que o correto é não afirmar a existência de um direito fundamental determinado, ou mais precisamente, não se deve afirmar que uma pessoa tem um determinado direito a

⁴⁴² AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha. Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**, p. 71-80.

⁴⁴³ Id.

⁴⁴⁴ **Introdução à Teoria dos Custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**, p. 343.

⁴⁴⁵ Ibid, p. 230.

⁴⁴⁶ Ibid, p. 235.

uma dada prestação, ante a necessidade de analisar o custo benefício e as consequências da alocação de recursos.⁴⁴⁷

SARLET também ressalta que a reserva do possível, além de ser utilizada como um limite jurídico e fático, também poderá ser atuar, de acordo com as circunstâncias, como garantidora de direitos. Trata-se da hipótese de conflitos de direitos, em que deve ser resguardado o núcleo essencial do outro direito fundamental que está sendo objeto de restrição.⁴⁴⁸

De todo modo, como já aludido no início do item, embora seja relevante a questão da reserva do possível, esta não poderá ser utilizada como subterfúgio para a inviabilização de direitos fundamentais. Neste contexto, Sérgio ARENHART nos ensina que: “embora se reconheça a importância da reserva do possível como limitador à atuação jurisdicional na implementação de políticas públicas, deve-se notar que este elemento não pode ser considerado como obstáculo absoluto”.⁴⁴⁹ E completa que os direitos fundamentais só podem ser restringidos:

... – *ainda que por conta da reserva do possível* – na medida em que esta restrição atende a outro interesse também fundamental. Trata-se, em essência, da aplicação da ponderação de princípios. De toda forma, e também por conta da aplicação desse critério, *sempre será necessário preservar o núcleo essencial dos direitos fundamentais em questão*, já que isso constitui uma das premissas da proporcionalidade.⁴⁵⁰

Neste mesmo sentido, as lições de Clèmerson Merlin CLÈVE:

No que se refere à *reserva do possível*, concebida na experiência constitucional alemã, importa estudá-la com os cuidados devidos, inclusive porque ela não pode ser transposta, de modo automático, para a realidade brasileira. Com efeito, aqui, não se trata, para o Estado, já, de conceder o mais, mas, antes, de cumprir, ainda, com o mínimo. Ou seja, é evidente que a efetivação só ocorrerá à luz das coordenadas sociais e econômicas do espaço-tempo. Mas a *reserva do possível* não pode, num país como o nosso, espe-

⁴⁴⁷ Id. Itálico do original.

⁴⁴⁸ SARLET, Ingo W. *A eficácia...* p., 305.

⁴⁴⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. **As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário**, p. 11.

⁴⁵⁰ Id.

cialmente em relação ao *mínimo existencial*, ser compreendida como uma cláusula obstaculizadora, mas, antes, como uma cláusula que imponha cuidado, prudência e responsabilidade no campo da atividade judicial.⁴⁵¹

César Guimarães PEREIRA ressalta que em relação aos serviços públicos, a reserva do possível, além de estar vinculada a dotação orçamentária, também deve ser levada em conta no tocante a distribuição de competência tributária. Isto porque, segundo o autor, nem sempre o ente político responsável pelo serviço público detém competência constitucional para instituir os tributos necessários para o seu custeio. Toma como exemplo o serviço de saúde: as contribuições destinadas ao custeio são de competência da União; todavia, todos os entes políticos são responsáveis pela prestação do serviço.⁴⁵²

Neste caso, o autor admite que há uma diferenciação em relação aos entes políticos União e Município (a título de exemplo). No caso de determinação judicial para a imposição de realização de serviço público, ao Município bastaria demonstrar o exaurimento dos recursos destinados pela União em relação à saúde, enquanto que a União “terá que demonstrar também a impossibilidade de obtenção de recursos adicionais ou de remanejamento dos recursos existentes e vinculados inicialmente a outras áreas menos prioritárias”.⁴⁵³

De forma sintética, o autor nos ensina que a reserva do possível é um dos elementos que deverá ser levado em conta na ponderação a ser realizada com a finalidade de transformar direitos *a priori* em direitos definitivos:

Consiste numa conjugação entre (i) a razoabilidade da pretensão do particular, (ii) a disponibilidade financeira do Estado e (iii) a aplicação das pautas constitucionais acerca da fixação de prioridades orçamentárias. Assim, não basta a ausência fática de recursos. Deve-se demonstrar que não há recursos porque (a) estes foram alocados para o atendimento de outros mais relevantes e que (b) essa alocação se deu de modo ponderado, de forma que

⁴⁵¹ *A eficácia...* p. 28, itálico do original.

⁴⁵² PEREIRA, César A. Guimarães. **Usuários de Serviços Públicos**: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos, p. 319-320.

⁴⁵³ *Ibid.*, p. 320.

o interesse em questão tenha recebido a máxima atenção possível por parte do Estado.⁴⁵⁴

Por fim, cumpre destacar que a reserva do possível pode ser analisada sob duas perspectivas: o da lógica e o da existência dos recursos materiais. Em relação a primeira, refere-se ao fato de que o magistrado não poderá exigir do Estado uma prestação impossível. Consequentemente, as demandas em juízo devem se referir à prestações materialmente possíveis, de acordo com a realidade do momento.⁴⁵⁵

A outra perspectiva refere-se à existência de recursos materiais, não apenas no tocante à disposição fática, mas também em relação a disponibilidade jurídica. Ou seja, não basta a mera existência de recursos; é necessário que o Estado tenha capacidade jurídica para dispor em relação a eles.⁴⁵⁶ Neste sentido, a exemplificação já exposta de César A. Guimarães PEREIRA, no tocante a capacidade de tributação e de prestação de serviço público.

3.2.2 A proporcionalidade e a vedação da proteção insuficiente em relação ao mínimo existencial.

Como já referido no item 3.1.2, a partir de uma Teoria da Constituição Dirigente aplicada a países de Modernidade Tardia, em que se reconhece a necessidade de um Poder Judiciário atuante em relação a concretização de direitos fundamentais, é preciso delinear alguns critérios relacionados às decisões judiciais, em especial, no tocante a escassez de recursos.

No item anterior, constatou-se que a reserva do possível é condição da realidade que se apresenta como restrição de direitos fundamentais. Por se tratar de uma restrição, deve ser ponderada como elemento de conflito com o princípio que determina o oferecimento, por parte do Estado, de uma determinada prestação. Neste contexto, a proporcionalidade vem sendo utilizada como técnica mais eficiente para se chegar a uma solução em relação ao caso concreto.⁴⁵⁷

⁴⁵⁴ Ibid, p. 313-14.

⁴⁵⁵ OLSEN, Ana Carolina Lopes. Op. cit., p. 216.

⁴⁵⁶ SARLET, Ingo W. *A eficácia jurídica...*, p. 303.

⁴⁵⁷ Ricardo Lobo TORRES concebe a proporcionalidade (assim como a ponderação e a razoabilidade) como princípios de legitimação. Por serem formais e sem conteúdo, tem por finalidade a confor-

Em um primeiro momento, mais precisamente no contexto liberal, a proporcionalidade refletia a “proibição de excesso” em relação às ações estatais. No contexto de Estado Social, assumiu uma nova feição - a da proibição da proteção insuficiente – em razão da Constituição não permitir a diminuição da proteção estatal.⁴⁵⁸

Em relação aos direitos fundamentais sociais, a “adaptação” da proibição da proteção insuficiente reflete-se, pois o Estado não pode se eximir de prestar uma determinada prestação. Entretanto, é importante destacar que antes mesmo de se analisar se a proteção dada pelo Estado a um direito fundamental é insuficiente, é preciso verificar se o Estado tem realmente o dever de proteção. Nas palavras de Cristina QUEIROZ:

Seja como for, a “proibição de insuficiência” não coincide com o ‘dever de proteção’, detendo antes uma função autónoma em relação a este. Trata-se, na verdade, de dois instrumentos argumentativos distintos, pelos quais, em primeiro lugar, se controla se existe um “dever de proteção”, e, em segundo lugar, em que termos este deve ser realizado pelo direito ordinário infra-constitucional sem descer abaixo de um mínimo de proteção constitucionalmente requerido. No controle da insuficiência, diferentemente, pretende-se, sobretudo, garantir que a proteção jurídica satisfaça as exigências mínimas na sua eficiência, e que os bens jurídicos e interesses contrapostos não resultem, em consequência, sobreavaliados.⁴⁵⁹

Segundo Paulo Gilberto Cogo LEIVAS, a proibição da não suficiência obriga o legislador e o administrador público a praticar uma determinada ação, impedindo que o Estado deixe de prestar o objetivo prescrito pela Constituição.⁴⁶⁰ Interpretando a proibição da não suficiência a partir da proporcionalidade em sentido amplo, assinala o autor que:

Uma medida estatal é **adequada** no sentido da não suficiência caso ela seja apta a alcançar ou promover o objetivo exigido pela norma que obriga o Estado a agir. Assim, para o cumprimento do princípio P1, verifica-se se o

mação de todos os princípios constitucionais. **A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial**, p. 27-8

⁴⁵⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**, p. 58-60.

⁴⁵⁹ **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais**, p. 109.

⁴⁶⁰ **A estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais**, p. 58-9.

meio M1 é adequado para alcançar o objetivo exigido pelo princípio P1. Caso ele não seja adequado a alcançar o objetivo proposto pelo princípio jusfundamental, ele está proibido e impõe-se que sejam buscados outros meios adequados para a realização do princípio P1.⁴⁶¹

Superado o sub-princípio da adequação, afirma o autor, a partir dos ensinamentos de BOROWSKI, que a medida não será **necessária** em relação a proibição da não suficiência, quando existir outra que alcance em igual ou maior medida a realização do objetivo previsto na norma. Exemplifica ao afirmar que existindo um meio M1 e um meio M2, e ambos sendo adequados, ou seja, ambos sendo aptos em igual medida para alcançar a realização do princípio P1, M2 será a medida necessária pois prejudica em menor medida a realização do princípio jusfundamental P2.⁴⁶²

Em relação a proporcionalidade em sentido estrito, novamente nos reportamos à lei de ponderação, de que “quanto maior é o grau da não satisfação ou afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro.”⁴⁶³ Neste sentido, exemplifica LEIVAS que se M2 prejudica a satisfação do princípio colidente P2 de modo grave e satisfaz o princípio P1 de modo médio ou leve, M2 não deverá ser utilizado, devendo o intérprete buscar outro meio que promova P1 e P2 de forma proporcional.⁴⁶⁴

A vedação da proteção insuficiente, como demonstrado em seus três aspectos – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – é elemento que deve ser considerado pelo magistrado no momento da ponderação. Mas há ainda outros dois que devem ser levados em consideração: a noção de mínimo existencial e a reserva do possível.

Em relação ao primeiro elemento, trata-se de uma teoria elaborada pela Corte Constitucional Alemã, cujo embasamento reporta-se ao princípio da dignidade da pessoa humana, ao direito à vida e à integridade física. A partir de tais princípios consubstanciados na Constituição alemã, a Corte Constitucional passou a determinar que o Estado ofertasse determinadas prestações, em atendimento a um mínimo vital, “ao mesmo tempo, a Corte deixou claro que esse ‘padrão mínimo indispensá-

⁴⁶¹ Ibid, p. 59, grifo nosso.

⁴⁶² Id.

⁴⁶³ ALEXY, Robert. *Teoria...*, p.161.

⁴⁶⁴ Op. cit., p. 60.

vel' não poderia ser desenvolvido pelo Judiciário como 'sistema acabado de solução', mas por meio de uma 'casuística gradual e cautelosa'".⁴⁶⁵

Questão que envolve grandes discussões é justamente delimitar a noção de mínimo existencial, ou mais precisamente, identificar quais seriam as prestações necessárias para a consecução deste "mínimo".

Robert ALEXY concebe o mínimo existencial como regra, a partir da ponderação entre: separação de poderes, competência legislativa e direitos fundamentais de terceiro de um lado, e dignidade da pessoa humana e igualdade material de outro. Segundo o autor, a separação de poderes e a vinculação orçamentária não são fatores absolutos, e não são fins em si mesmos. Pondera ainda que a dignidade da pessoa humana não pode ser deixada ao arbítrio do legislador, mas que a proporcionalidade deve ser utilizada como instrumento impeditivo de oneração excessiva em relação a outros direitos.⁴⁶⁶

Basicamente, a doutrina brasileira relaciona o mínimo existencial ao princípio da dignidade da pessoa humana.

É o caso da professora Ana Paula de BARCELLOS, que elegeu os direitos individuais de liberdade, assim como os serviços prestacionais de educação, saúde e assistência aos desamparados, bem como acesso ao Judiciário, como integrantes do núcleo mínimo necessário para que um indivíduo viva de forma digna. Segundo a autora, como já externado no item anterior, este núcleo mínimo necessário está consolidado em nosso texto constitucional por meio de regras, e que, portanto, não há que se falar em ponderação. A partir deste núcleo, é possível constatar um direito subjetivo à prestações materiais, exigíveis diante do Poder Judiciário – tratando-se de obrigação de dar ou de fazer (prestação do serviço ou de incluir a verba necessária no orçamento).⁴⁶⁷

Marcos Maselli GOUVÊA concorda com ALEXY, quando este afirma que os direitos componentes da noção de mínimo existencial são os direitos sociais e econômicos. Isto porque, segundo o autor, para a doutrina clássica que se contrapõe aos direitos sociais fundamentais: "tais direitos somente serão fundamentais, perfa-

⁴⁶⁵ KRELL, Andréas J. **Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais**, p. 247.

⁴⁶⁶ *Teoria...*, p. 494-495.

⁴⁶⁷ *A eficácia dos princípios...*, p. 258.

zendo o conceito de mínimo existencial, se estiverem sendo postulados num contexto de carência”.⁴⁶⁸

Para o supracitado autor, quando se compreende o mínimo existencial associado a noção de mínimo vital, que abarcaria as condições para a mera sobrevivência - como alimentação, cuidados médicos, abrigo - , estar-se-ia minorando o problema da delimitação de seu aspecto, em razão da objetividade dos critérios. De forma diversa ocorre quando se vincula o mínimo existencial à dignidade da pessoa humana. Com esta não se almeja apenas a sobrevivência, mas sim a existência digna, o que é de difícil delimitação.⁴⁶⁹

De todo modo, o autor assinala que a dignidade da pessoa humana “é um feixe semântico que vai se contudizando ao longo dos séculos”.⁴⁷⁰ Preconiza que a pessoa humana é a protagonista da sua existência, mas esta deve se dar de forma livre. E conclui que o mínimo existencial deve abarcar as condições necessárias para que o indivíduo busque a sua autonomia:

Acham-se justificadas jufundamentalmente as prestações materiais que, além da sobrevida, garantem ao indivíduo as condições psíquicas que o tornem apto a valer-se, de acordo com as suas aptidões e preferências, das oportunidades que a sociedade oferece. Mais do que isso, estas prestações devem permitir a pessoa o grau de autonomia suficiente para, inclusive, refletir e reconstruir, com a máxima autonomia possível, o quadro destas aptidões e preferências, sobretudo no espaço público, no âmbito da cidadania, consoante a lição de Habermas.⁴⁷¹

Neste diapasão, assinala Ricardo Lobo TORRES que o mínimo existencial protege as condições iniciais de liberdade: “assim entendidos os pressupostos materiais para o seu exercício. A liberdade de expressão, por exemplo, só se afirma se as pessoas souberem ler e escrever, donde se conclui que o ensino da leitura e da es-

⁴⁶⁸ **O Controle Judicial das Omissões Administrativas:** novas perspectivas de implementação de direitos prestacionais, p. 260.

⁴⁶⁹ Ibid, p. 261.

⁴⁷⁰ Ibid, p. 262.

⁴⁷¹ Ibid, p. 263.

crita é mínimo existencial.”⁴⁷² Em relação a extensão do “mínimo”, afirma que dependerá do jogo de ponderação diante de interesses emergentes.⁴⁷³

Clémerson Merlin CLÈVE reconhece a dificuldade de se delimitar o mínimo existencial, mas ainda assim afirma que este conceito está relacionado ao “mínimo necessário e indispensável, do mínimo último”, impondo ao Poder Público a prestação de uma obrigação com o intuito de se evitar que o ser humano perca a sua condição de humanidade. E mais: esta condição de humanidade está relacionada a condição de cidadania, posto que um indivíduo que não tem emprego, acesso à saúde, previdência, acesso à educação, lazer e assistência, “vê confiscados seus desejos, vê combalida sua vontade, vê destruída sua autonomia, resultando num ente perdido no cipoal das contingências, que fica à mercê das forças terríveis do destino”.⁴⁷⁴

Gustavo AMARAL procurou estabelecer critérios objetivos para delimitar o mínimo existencial:

As prestações positivas são exigíveis pelo cidadão, havendo dever do Estado ou de entregar a prestação, através de um dar ou fazer, ou de justificar porque não o faz. Esta justificativa será apenas a existência de circunstâncias concretas que impedem o atendimento de todos que demandam prestações essenciais e, assim, tornam inexoráveis escolhas trágicas, conscientes ou não. Estando presentes circunstâncias desse tipo, haverá o espaço de escolha, no qual o Estado estabelecerá critérios de alocação dos recursos e, conseqüentemente, de atendimento às demandas, o que tornará legítima a não entrega da prestação demandada para aqueles que não estão enquadrados nos critérios.⁴⁷⁵

Para o autor, o grau de essencialidade de uma prestação está relacionado ao mínimo existencial e por conseqüência a dignidade da pessoa humana: “quão mais necessário for o bem para a manutenção de uma existência digna, maior será seu grau de essencialidade.”⁴⁷⁶ Conclui que quanto mais essencial for a prestação, mas excepcional deverá ser a razão apontada pelo Estado para se eximir do seu

⁴⁷² TORRES, Ricardo Lobo. Op. cit., p.5.

⁴⁷³ Ibid, p. 29.

⁴⁷⁴ *A eficácia*, p. 27.

⁴⁷⁵ Op. cit., p. 214.

cumprimento. O magistrado deverá ponderar as variáveis e determinar que a prestação seja entregue, se a essencialidade for maior que a excepcionalidade; caso contrário, a atuação estatal será legítima.⁴⁷⁷

Certamente, o grau de excepcionalidade refletir-se-á, na situação em concreto, a partir da reserva do possível. Como já referido no item anterior, o Estado deverá demonstrar que não possui a dotação orçamentária, a fim de se eximir de prestar uma determinada atividade relacionada ao mínimo existencial. Neste sentido é o entendimento de Ingo SARLET:

Assim, levar a sério a “reserva do possível” (e ela deve ser levada a sério, embora sempre com as devidas reservas) significa também, especialmente em face do sentido do disposto no art. 5º, §1º, da CF, que cabe ao poder público o ônus da comprovação efetiva da indisponibilidade total ou parcial de recursos do não desperdício dos recursos existentes, assim, como da eficiente aplicação dos mesmos.⁴⁷⁸

Conclusivamente, a reserva do possível deve ser vista como uma contingência que não se pode ignorar. Deve-se levá-la em conta ao se exigir do Judiciário alguma prestação, assim como o magistrado deverá considerá-la ao condenar o Estado à prestação positiva. Em que pese esta contingência, nunca é demais afirmar que a meta das Constituições modernas e em especial a Constituição de 1988 é a promoção do bem estar do homem, que percorre necessariamente a concretização das condições mínimas de existência.

Ao se implementar o mínimo existencial, concomitantemente estão se estabelecendo as prioridades dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-lo é que se pode discutir o que fazer com o remanescente: “O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível”.⁴⁷⁹

Tecendo comentários sobre a dignidade da pessoa humana, Alexandre Santos ARAGÃO adverte que se deve tentar evitar a “banalização” daquele valor, admitindo a imposição judicial à prestação de serviços públicos em situações excepcio-

⁴⁷⁶ Ibid, p. 215.

⁴⁷⁷ Ibid, p. 216.

⁴⁷⁸ *A eficácia...*, p. 380.

nais em que “omissão estatal estiver atingindo a dignidade da pessoa humana, o que não se dá simplesmente quando a pessoa não tem como usufruir uma prestação relevante, mas sim quando a ausência desta colocar em risco o mínimo existencial ou o núcleo essencial do direito fundamental em questão”.⁴⁸⁰

Neste trabalho, defendemos que a partir da realidade brasileira, os serviços públicos que compõem as prestações materiais relacionadas à dignidade da pessoa humana, e que por conseqüência compõem o mínimo existencial, são saúde, educação, saneamento básico e energia elétrica. Ao Poder Judiciário competirá a intervenção no tocante às decisões políticas relacionadas a estes Serviços, em especial para assegurar a efetivação dos direitos fundamentais sociais, consubstanciados em nosso texto constitucional.

Em relação à saúde e educação, defendemos a possibilidade do Poder Judiciário impor ao Executivo e ao Legislativo a prestação dos referidos Serviços, o que abrangeria, inclusive, a determinação de construção de hospitais, escolas e creches. A concretização do direito à saúde abrange a imposição ao Estado de oferecer determinados medicamentos e no tocante a educação, o poder público tem o dever constitucional de ofertar ensino com qualidade.

No que tange os serviços públicos de saneamento básico e energia elétrica, defendemos a possibilidade de imposição por parte do Poder Judiciário de metas de universalização, em especial no que concerne ao saneamento básico. O esgotamento sanitário está interligado ao direito à saúde, o que possibilita o ajuizamento de medidas judiciais para compelir o poder público a ofertar o referido serviço público, dentro de cinco, dez, quinze anos, de acordo com a capacidade de arrecadação do ente político.⁴⁸¹

Para a prestação de energia elétrica, em razão do aumento das tarifas ocasionado pela privatização dos Serviços, é indubitável a necessidade do Poder Judiciário impor ao Estado a implementação de programas que garantam pelo menos uma determinada quantidade de *kilowatts* às famílias carentes, ou ainda, que o Estado promova programas que garantam uma tarifa reduzida a estas famílias.

⁴⁷⁹ BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica...* p., 246.

⁴⁸⁰ Op. cit., p. 537.

⁴⁸¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A efetividade...* p. 23.

No item seguinte, analisaremos como o Poder Judiciário vem decidindo sobre estas provocações por parte do Ministério Público e dos cidadãos.

3.2.3 A interpretação judicial em relação aos Serviços Públicos relacionados ao mínimo existencial.

Antes de passarmos a análise de alguns casos concretos relacionados aos serviços públicos que entendemos como promotores do mínimo existencial, faz-se necessário tecer algumas considerações em relação à Argüição de Descumprimento de Preceito fundamental nº45, de relatoria do Ministro Celso de Mello, em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a viabilidade de intervenção judicial nas políticas públicas relacionadas a efetivação de direitos fundamentais sociais.

No referido instrumento de controle abstrato de constitucionalidade, discutiu-se o veto do Presidente da República em relação ao §2º do art. 55⁴⁸² do projeto que foi convertido na Lei nº 10.707/2003, que versava sobre a Lei de Diretrizes Orçamentárias e com requisitos destinados a confecção da Lei Orçamentária de 2004.

Para o autor da medida judicial, o veto resultou no desrespeito ao preceito fundamental presente a partir da Emenda Constitucional nº 29/2000, cuja finalidade foi de impor ao Estado a aplicação de percentuais destinados aos serviços de saúde.

Logo após a propositura da demanda, o Presidente da República encaminhou projeto de lei ao Congresso Nacional, versando sobre o mesmo temário e incluindo o dispositivo que tinha sido vetado anteriormente. Conseqüentemente, a ADPF nº45 foi julgada prejudicada, em razão da perda do seu objeto.

Independente do resultado da ação, cumpre assinalar que a partir desta demanda a mais alta Corte reconheceu a necessidade e a viabilidade do Poder Judiciário intervir na formação de políticas públicas, notadamente para fazer cumprir os ditames constitucionais:

⁴⁸² O dispositivo vetado foi: “§ 2º Para efeito do inciso II do **caput** deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de Saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza.”

Não obstante a superveniência desse fato juridicamente relevante, capaz de fazer instaurar situação de prejudicialidade da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República. Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, **a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional.**⁴⁸³

O relator reconhece a possibilidade de intervenção judicial nas políticas públicas, com o fim de assegurar o mínimo existencial, mas reconhece também que a limitações orçamentárias deverão ser observadas, a partir de critérios pautados na razoabilidade:

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.⁴⁸⁴

⁴⁸³ STF. Ação de Descumprimento de Preceito fundamental nº45, de 29/04/2004, rel. Ministro Celso de Mello. Distrito Federal. Arguinte: PSDB; Arguido: Presidente da República. Disponível em www.stf.gov.br/dj. Acesso em 23 de junho de 2007, grifo nosso.

⁴⁸⁴ Id.

Celso MELLO ressalta o fato de que, embora as políticas públicas sejam elaboradas pelo Legislativo e Executivo, eleitos para este fim, o Poder Judiciário não pode permanecer alheio ao descumprimento do texto constitucional:

É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.⁴⁸⁵

Superada a análise da possibilidade de intervenção judicial em sede de políticas públicas, passa-se a análise de alguns casos concretos em relação aos serviços públicos eleitos neste trabalho como promotores do mínimo necessário a uma existência digna.

Nos casos relativos ao direito à saúde, é pacífico o entendimento de que o Estado tem o dever de fornecer medicamentos a pessoas carentes e aos portadores do vírus HIV.⁴⁸⁶ Além disso, constata-se também o entendimento de que o Estado deve ofertar medicamentos a pessoas portadoras de doenças mais graves:

Assim, no presente caso, atendo-me à hipossuficiência econômica da impetrante e de sua família, à enfermidade em questão, à inoperância de outras medicações já ministradas e à urgência do tratamento que requer a utiliza-

⁴⁸⁵ Id.

⁴⁸⁶ Neste sentido: RTJ 171/326-327, Rel. Min. Ilmar Galvão – AI 462.563/RS, Rel. Min. Carlos Velloso – AI 486.816-AgR/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso – AI 532.687/MG, Rel. Min. Eros Grau – AI 537.237/PE, Rel. Min. Sepúlveda Pertence - RE 195.192/RS, Rel. Min. Marco Aurélio – RE 198.263/RS, Rel. Min. Sydney Sanches – RE 237.367/RS, Rel. Min. Maurício Corrêa – RE 297.276/SP, Rel. Min. Cezar Peluso – RE 342.413/PR, Rel. Min. Ellen Gracie – RE 353.336/RS, Rel. Min. Carlos Britto – AI 570.455/RS, Rel. Min. Celso De Mello. Por outro lado, ainda que de forma minoritária, há decisões que negam a justiciabilidade do direito à Saúde, sob a alegação de que o poder público não pode realizar despesas que não estão previstas no orçamento. Neste sentido, a decisão do STJ proferida no MS 6.564/RS.

ção do medicamento importado, em face dos pressupostos contidos no art. 4º da Lei 4.348/64, entendo que a interrupção do tratamento poderá ocasionar graves e irreparáveis danos à saúde e ao desenvolvimento da impetrante, ocorrendo, pois, o denominado perigo de dano inverso, o que faz demonstrar, em princípio, a plausibilidade jurídica da pretensão liminar deduzida no mandado de segurança em apreço. Ressalte-se que a discussão em relação à competência para a execução de programas de saúde e de distribuição de medicamentos não pode se sobrepor ao direito à saúde, assegurado pelo art. 196 da Constituição da República, que obriga todas as esferas de Governo a atuarem de forma solidária.⁴⁸⁷

Alinha-se a este entendimento o STJ, que a partir de ação civil pública promovida pelo Ministério Público, obrigou o Estado de Santa Catarina a promover o tratamento adequado a mais de seis mil crianças, “sujeitas a tratamento médico-cirúrgico de forma irregular e deficiente em hospital infantil daquele Estado.”⁴⁸⁸

No que tange o direito à educação, cada vez mais o Poder Judiciário vem reforçando o dever do Estado de garantir vaga em creches e o acesso ao ensino fundamental:

Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar o direito à educação das crianças a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais. Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém sem importância revela-se essa categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente à promes-

⁴⁸⁷ STF. Suspensão de Segurança nº 3205 – AM. Relatora Ministra Ellen Grace. DJ: 08/06/ 2007. Disponível em: http://www.stf.gov.br//processos/processo.asp?PROCESSO=3205&CLASSE=SS&proc=3205&ORIGEM=AP&RECURSO=0&TIP_JULGAMENTO=M . Acesso em 21 de junho de 2007. Consoante o mesmo entendimento, o RE 393175 – RS, de relatoria do Ministro Celso de Mello, que restorou os efeitos da sentença de primeiro grau que havia determinado ao Estado do Rio Grande do Sul o fornecimento de medicamentos aos portadores de esquizofrenia paranóide e doença maniaco-depressiva crônica. Disponível em: http://www.stf.gov.br//processos/processo.asp?PROCESSO=393175&CLASSE=RE&proc=393175&ORIGEM=AP&RECURSO=0&TIP_JULGAMENTO=M . Acesso em 21 de junho de 2007.

⁴⁸⁸ STJ. REsp 577836 / SC – Relator Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, DJ: 28/02/2005.

sa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional.⁴⁸⁹

Mais complicada são as questões relacionadas aos serviços de saneamento básico e de energia elétrica, já que envolvem interesses de particulares, notadamente, dos concessionários. Destaca-se a divergência jurisprudencial em relação a possibilidade de corte do fornecimento destes serviços, por falta de pagamento.

Veja-se, a título de exemplo, entendimento do STJ que propugna pela legalidade do corte do fornecimento dos serviços citados, com fundamento na Lei de Concessões de serviços públicos:

Processual Civil e Administrativo. Negativa de prestação Jurisdicional não-caracterizada. Água. Fornecimento. Corte. Art. 6, § 3º, inciso II, da Lei n.º 8.987/95. Legalidade. 1. Examinadas pela Corte *a quo* todas as questões fáticas e jurídicas relevantes ao deslinde da controvérsia postas em julgamento que lhe foram devolvidas por força do recurso de apelação de forma adequada e suficientemente fundamentada, impõe-se a rejeição da preliminar de negativa de prestação jurisdicional com esteio nos artigos 165, 458 e 535 do CPC. 2. **É lícito ao concessionário de serviço público interromper, após aviso prévio, o fornecimento de água ao usuário que deixa de pagar as contas de consumo.** Precedentes. 3. Recurso especial provido.⁴⁹⁰

Por outro lado, há várias decisões que afastam o preceito da Lei de Concessões, para aplicação do Código de Defesa do Consumidor:

Administrativo. Água. Fornecimento. Corte. Art. 6º, § 3º, II, da Lei nº 8.987/95. Legalidade. Débitos Antigos. 1. O princípio da continuidade do serviço público, assegurado pelo art. 22 do Código de Defesa do Consumidor, deve ser obtemperado, ante a regra do art. 6º, § 3º, II, da Lei nº

⁴⁸⁹ STJ, REsp 736524 / SP – Relator Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, DJ:03/04/2006. Também neste sentido STJ - EREsp 485969 / SP, de relatoria do Ministro José Delgado, DJ:11/09/2006; STF - AgReg no RE nº 410715/SP, 2ª Turma, Rel. Min.Celso De Mello, DJ:03/02/2006.

⁴⁹⁰ STJ, REsp 866149 / RS, Relator Ministro Castro Meira, T2, DJ: 11/10/2006, grifo nosso. Neste sentido também: RESP 678.044/RS, Relator Ministro Humberto Martins, DJ: 12/03/2007; RESP 596320/PR, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJ: 08/02/2007; RESP 914404/RJ, Relator Ministro Castro Meira, DJ: 21/05/2007; RESP 684020/RS, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 30/05/2006; AgRg no RESP 843970/RJ, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ: 16/10/2006.

8.987/95, que prevê a possibilidade de interrupção do fornecimento de água quando, após aviso, permanecer inadimplente o usuário, considerado o interesse da coletividade. Precedentes de ambas as Turmas de direito Público.

2. É indevido o corte do fornecimento de serviço público essencial, seja de água ou de energia elétrica, nos casos em que se trata de cobrança de débitos antigos e consolidados, os quais devem ser reivindicados pelas concessionárias pelas vias ordinárias de cobrança, sob pena de infringir o disposto no art. 42 do Código de Defesa do Consumidor, de seguinte teor: "Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça". 3. Recurso especial improvido.⁴⁹¹

Nota-se que em relação aos serviços públicos de saneamento básico e energia elétrica, o que se discute no âmbito jurisprudencial é, basicamente, a questão que versa sobre a legalidade do corte do fornecimento do Serviço por falta de pagamento.

Neste trabalho, defendemos que os serviços de saneamento e energia elétrica compõem o mínimo necessário para que o cidadão tenha direito a uma existência digna. Portanto, não poderá haver corte do fornecimento dos referidos serviços, **desde que demonstrada a boa-fé do usuário, qual seja, de que não possui as condições necessárias para o pagamento pelo serviço.**

Entretanto, mais do que se discutir a legalidade, é preciso verificar se o equilíbrio econômico financeiro do contrato será mantido, caso o Judiciário determine que o serviço público deva ser fornecido ante a ausência de pagamento. Deste modo, nos alinhamos ao entendimento de Alexandre Santos ARAGÃO ao afirmar que "não é a concessionária que deve arcar com as despesas, mas sim o poder concedente mediante o reequilíbrio da equação econômico-financeira."⁴⁹²

Como já assinalado anteriormente, defendemos que o Poder Judiciário tem o dever constitucional de impor ao Estado algumas alternativas que proporcionem aos cidadãos o acesso a estes Serviços, ou ainda, que mantenha o acesso, tais como: implementação de medidas com o fim de se buscar a universalização, maior

⁴⁹¹ STJ, RESP 888288 / RS, Ministro Castro Meira, DJ: 26/04/2007, grifo nosso. Também pela ilegalidade do corte: RESP 875993/RS, Relator Ministro Teori Zavascki, DJ: 01/03/2007; AGRg no AG 780147/RS, Relator Ministro Humberto Martins, DJ: 31/05/ 2007; AGRg no RESP 854002/RS, Relator Ministro Luiz Fux, DJ: 11/06/2007.

prazo de aviso prévio para o corte, manutenção de um mínimo do serviço, pagamento parcelado da dívida e promoção de programas sociais de tarifas simbólicas para famílias que demonstrem não ter condições de arcar com os valores mensais.

Mas, impende destacar que o Poder Concedente deverá arcar com os valores dispendidos pela concessionária, sob pena da concessão de serviços públicos transformar-se em “requisição de serviços”.⁴⁹³

⁴⁹² Op. cit., p. 557.

⁴⁹³ Ibid., p. 552.

CONCLUSÕES

Por todo o exposto, conclui-se que a partir da realidade brasileira, é necessária a intervenção judicial na formulação de políticas públicas, mais precisamente, em relação ao nosso tema, verifica-se a necessidade do Poder Judiciário determinar ao Estado a prestação de serviços públicos com a finalidade de concretizar os direitos fundamentais consubstanciados no nosso texto constitucional.

No Brasil, o ativismo judicial justifica-se. Embora a argumentação contrária – de que o Poder Judiciário não tem legitimidade, posto que não é eleito para a formulação de políticas públicas, atuando de forma contramajoritária; que a intervenção judicial ofende o princípio da separação de poderes – a partir da realidade brasileira, a intervenção legitima-se por contribuir para o regime democrático, gerando como consequência a quebra do círculo vicioso da troca de votos por “migalhas”.

Ao condenar o Estado a prestar os serviços públicos de saúde, educação, saneamento básico e energia elétrica, o cidadão terá acesso ao mínimo necessário para que a sua sobrevivência se dê de forma digna. Com isto, conquistará a igualdade e a liberdade necessárias para participar do processo democrático.

Adotando-se uma concepção substancialista, é possível concluir que a própria Constituição garante o Poder Judiciário com o arcabouço jurídico que necessita para legitimar intervenção na alocação de recursos orçamentários. A partir do texto constitucional, verifica-se que os direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata, o que confere ao magistrado o dever de concretizar um determinado direito, ante a omissão do Legislativo e do Executivo.

Sem contar que, em determinadas situações, a Constituição qualifica alguns direitos como sendo subjetivos, ou seja, o texto constitucional possibilita que o cidadão busque a tutela jurisdicional do Estado para resguardá-los. É o caso da saúde e da educação.

Aliás, a Constituição Brasileira de 1988 constitui-se basicamente por normas sob a forma de regras. Deste modo, nos termos da discussão travada entre HART e DWORKIN, verifica-se que não há espaço para a discricionariedade judicial, pois, se diante de uma situação em concreto, em que o magistrado se depara com a falta de legislação relacionada às políticas públicas, surge o dever de impor o cumprimento do texto constitucional. Isto se constata em razão das normas constitucionais, em

especial as do nível IV como apresentadas por Ana Paula de BARCELLOS, devam ser imediatamente concretizadas, por se apresentarem como regras (com mandamentos específicos e aplicáveis de forma imediata).

Outrossim, ao se deparar com um caso concreto em que um cidadão pleiteia o oferecimento de um serviço público, o magistrado deverá ponderar – utilizando-se da proporcionalidade em sentido amplo - entre a necessidade de proteger de forma suficiente o mínimo existencial e a limitação da reserva do possível.

A única forma do Estado eximir-se de prestar um serviço público é demonstrando que não possui a dotação orçamentária suficiente ou ainda, que a dotação orçamentária que possui tem como destinação a implementação de outras políticas públicas, tão necessárias quanto a que está sendo pleiteada pelo cidadão em juízo.

Em relação aos serviços públicos de saúde e educação, verifica-se que o Poder Judiciário vem determinando a oferta de medicamentos e a abertura de vagas em creches e em escolas de ensino fundamental.

No tocante aos serviços públicos de saneamento básico e energia elétrica, infelizmente, a única discussão constatável é a que versa sobre a legalidade do corte do fornecimento dos referidos serviços, em razão da falta de pagamento.

Neste ponto, defendemos a viabilidade do Poder Judiciário de determinar que o serviço público seja mantido, desde que: o cidadão demonstre boa-fé, mais precisamente, demonstre que não possui as condições para arcar com os valores mensais e que o Poder Concedente restabeleça o equilíbrio econômico financeiro do contrato de concessão.

Por fim, defendemos a viabilidade do Poder Judiciário determinar alternativas que proporcionem aos cidadãos o acesso a estes serviços, ou ainda, alternativas para que se mantenha o acesso, tais como: a implementação de medidas com o fim de se buscar a universalização, maior prazo de aviso prévio para o corte, manutenção de um mínimo do serviço, pagamento parcelado da dívida e a promoção de programas sociais com tarifas reduzidas para famílias que demonstrem não ter condições financeiras.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Fernando Ferreira. Dignidade da pessoa humana e o delito de furto de Energia Elétrica. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, RT, ano 92, vol. 811, p. 497-570, maio de 2003.

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. **Teoria del Discurso y Derechos Humanos**. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 1995.

_____. **Teoria de la argumentación jurídica: la teoria Del discurso racional como teoria de la fundamentacion jurídica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. Direitos Fundamentais no estado constitucional democrático. Tradutor: Luís Afonso Heck. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, nº. 217, p. 55-66, 1999.

_____. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, v. 217, p. 67-79, 1999.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha. Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

AMARO, Fernanda Pereira. O Serviço Público sob a perspectiva da garantia constitucional de Direitos Humanos Fundamentais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: RT, ano 13, nº 50, p. 115-138, jan./mar. 2005.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

ANDERSON, Perry. Balanço do Neoliberalismo. In: ANDERSON, Perry, *et al.* **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático**. São Paulo: Paz e Terra, 1998, 9-23p.

APPIO, Eduardo. A judicialização da Política em Dworkin. **Seqüência: Revista da Pós Graduação em Direito da UFSC**, Florianópolis, nº 47, p.81-97, dez.2003.

_____. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2006.
ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiências**. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 1994.

ARENHART, Sérgio Cruz. **As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177>. Consulta em 10.05.2007.

AUGUSTIN, Sérgio. **O Controle Jurisdicional do Ato de Governo**. Curitiba, 2002. 321f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. *Serviços Públicos e Direitos Fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira*. **Interesse Público**, vol.16, 2002, 13-22p.

_____. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Processo Administrativo**. São Paulo: Max Limonad, 2004.

BACCELLAR FILHO, Romeu Felipe. Revisões e reajustes tarifários no setor elétrico brasileiro pós – racionamento. **Bahia Análise & Dados**, Salvador, v.12, n.3, p. 159 – 166, dez. 2002.

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas**. In: *Revista de Direito Administrativo*. Abr/Jun.2005 nº 240. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROS, Ricardo Paes de; CARVALHO, Mirela de. Desafios para a política social brasileira. In: GIAMBIAGI, Fabio; REIS, José Guilherme; URANI, André. **Reforma no Brasil: Balanço e Agenda**. São Paulo: Nova Fronteira, p.433-455.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. A propriedade das águas na Constituição. **Revista CEJ**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, nº 12, p. 17-20, set./dez. 2000.

_____. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo: RT, ano 6, nº 23, p.65-78, ab./jun.1998.

_____. Saneamento básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, ano 38, nº 153, p.255-276, jan/mar. de 2002.

BATISTA, Joana Paula. **Remuneração dos Serviços Públicos**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BEDÊ, Fayga Silveira. Sísifo no limite do imponderável ou direitos sociais como limites ao Poder Reformador. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gerson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira. **Constituição e Democracia: estudos em homenagem ao prof. J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Malheiros, 2006, p.89-117.

BERCOVICI, Gilberto. **Políticas Públicas e o Dirigismo Constitucional**. In: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional** (Anais do IV Simpósio Nacional de Direito Constitucional). v. 3. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2003.

BIASOTO JR., Geraldo. A universalização da saúde e a construção do SUS. In: GIAMBIAGI, Fabio; REIS, José Guilherme; URANI, André. **Reforma no Brasil: Balanço e Agenda**. São Paulo: Nova Fronteira, p.457-479.

BIELSA, Rafael. **Derecho Administrativo**. 3ªed. Buenos Aires: J. Lajouane y Cia. Librertos y Editores, 1953.

BIGOLIN, Giovanni. A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul, nº 53, p. 49-70, maio/set. 2004.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 2ªed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. Princípio da Continuidade dos Serviços Públicos. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.) **Cenários do direito administrativo: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p.381-398.

BOAVENTURA, Edivaldo M. Um ensaio de sistematização do direito educacional. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, ano 33, nº 131, p.31-57, jul/set.1996.

_____. A Educação na Constituição Federal de 1988. **Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA**. Salvador: Curso do Mestrado em Direito Econômico da UFBA, nº 8, p. 78-97, jan./dez. 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Do país Constitucional ao país neocolonial**. 3º ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 19ªed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BONTEMPO, Alessandra Gotti. **Direitos Sociais: Eficácia e Acionabilidade à Luz da Constituição de 1988**. Curitiba: Juruá, 2006.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 103-194.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário nº 466343. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=215768&tip=UN¶m=prisão%20depositário> . Acesso em: 03 mar. 2007.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BROLIANI, Jozélia Nogueira. O controle judicial nas omissões no planejamento financeiro. **A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, a. 5, n. 21, p. 119-134, jul./set. 2005.

BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003.

BURSZTYN, Marcel. Introdução à crítica da razão desestatizante. **Revista do Serviço Público**, ano 49, nº1, jan/mar. 1998, 141 - 163p.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas**. 2ª ed., Coimbra: Coimbra, 2001.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. MOREIRA, Vital. **Fundamentos de Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1991.

CARRER, Fabrício. Ação Civil Pública: OAB/União Federal – Próteses – Crianças e adolescentes com câncer. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, ano 30, nº 119, jan. de 2005.

CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. O papel do político do Poder Judiciário. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: RT, ano 10, nº 38, p. 289-303, jan/mar. 2002.

CHIESORIN JUNIOR, Laerzio. **A Discricionariedade na Execução do Orçamento**. Curitiba, 2001, f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito da UFPR.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. **Revista Crítica Jurídica**. Curitiba: UNIBRASIL, nº22, p.17-29, jul./dez. 2003.

_____. Desafio da efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba: Academia de Direito Constitucional, n. 3, p.291-300, 2003.

_____. O Controle de Constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 385-404.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, nº 138, 39-48p, abr/jun. 1998

CORBARI, Ana Rosália. Os Direitos e Garantias Fundamentais no Brasil: a distância entre previsão constitucional e concretização na sociedade. **Revista do Direito (UNISC)**, nº 16, 7-21p, jul/dez.2001.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. Sobre o Mandado de Segurança e a exclusão de aluno inadimplente de universidade particular. **Boletim dos Procuradores da República**, ano 2, nº 16, p. 25-27, agosto 1999.

COSTA, Silvano Silvério da. Principais aspectos conjunturais que interessam ao Saneamento Ambiental nos municípios brasileiros. **Revista de Administração Municipal**, ano 49, nº247, p.5-15, mai/jun. 2004.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CUÉLLAR, Leila. Serviço de Abastecimento de Água e a Suspensão do Fornecimento. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**. Belo Horizonte: Fórum, ano 1, nº 3, p. 131-159, jul/set. 2003.

_____; MOREIRA, Egon Bockmann. As agências reguladoras brasileiras e a crise energética. In: MOREIRA, Vital. **Estudos de Regulação Pública – I**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p.567-590.

CUNHA, Andréia; FERREIRA, Márcia R.; PRADO, Safira O. M. A Responsabilidade Civil do Estado pela Crise de Energia Elétrica de 2001. **Revista da Academia de Direito Constitucional**, nº 4, 2003, 287-322p.

CURY, Ieda Tatiana. **Direito Fundamental à Saúde: evolução, normatização e efetividade**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

DANNI, Luciano dos Santos; FARIAS, Regina Cláudia Gondim Bezerra; et al. A exclusão no acesso aos serviços de energia elétrica no Brasil. **Revista do Tribunal de Contas da União**, v. 35, nº 99, 32-41, jan/mar. 2004.

DALLARI, Adilson Abreu. Conceito de serviço público. **Revista Trimestral de Direito Público**, nº 15, 112 - 117 p, 1996.

DEMO, Pedro. Conhecimento e aprendizagem: Atualidade de Paulo Freire. En publicación: **Paulo Freire y la agenda de la educación latinoamericana en el siglo XXI**. Carlos Alberto Torres. CLACSO. 2001. Acceso al texto completo: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/torres/demo.pdf>

DERANI, Cristiane. **Privatização e Serviços Públicos: as ações do Estado na produção econômica**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____. Política Pública e a Norma Política. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**. Curitiba: SER/UFPR, nº 41, p. 19-28, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DOURADO, Maria Cristina César de Oliveira. O Repensar do Conceito de Serviço Público. **Interesse Público**, vol. 9, 86-96p, 2001 .

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Uma questão de princípios**. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação**: na idade da globalização e da exclusão. 2. ed., Rio de Janeiro: Vozes, 2002.

ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 1996.

FALLA, Fernando Garrido. **Tratado de Derecho Administrativo**. 12^a ed. Madrid: Tecnos, 1994.

FARIAS, Edílson Pereira de. Direitos Fundamentais e política neoliberalis. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba. v. 30, n. 30, p. 141-149, 1998.

FACHIN, Luiz Edson. **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo** (Coord). Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FERRARI, Regina Macedo Nery. **Normas Constitucionais Programáticas: Normatividade, Operatividade e Efetividade**. São Paulo: RT, 2001.

_____. Tarifa Médica – Serviços de Qualidade: Conceitos Jurídicos Indeterminados? **Interesse Público**, vol.18, 2003, 53-59p.

FERRARO, Alceu Ravanello; MACHADO, Nadie Christina Ferreira. Da universalização do acesso à escola no Brasil. **Educação & Sociedade**, ano XXIII, nº 79, p.213-241, agosto 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 31^aed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 9^aed. São Paulo: Malheiros, 2005.

FINGER, Ana Cláudia. Serviço Público: um Instrumento de Concretização de Direitos Fundamentais. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, nº11, jan/fev/mar.2003, 141-165p.

FISCHER, Tânia; HEBER, Florence; et al. Capacitação avançada em regulação: desafios institucionais às interorganizações do setor de energia elétrica no Brasil e alternativas críticas à retórica da competência. **Revista de Administração Pública**, vol. 36, nº 3, p. 485-506, maio/jun. 2002.

FLORENZANO, Vincenzo Demetrio. Justiça social, mínimo social e salário mínimo. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, ano 42, nº 165, p.39-50, jan./mar. 2005.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Atos administrativos**. São Paulo: Saraiva, 1980.

FRED, Furtado. Energia para todos. **Ciência Hoje**, vol. 35, nº 211, p. 65-67, dez.2004.

FREITAS, Juarez. **Estudos de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1999.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GARCIA, Maria. Mas, quais são os direitos fundamentais? **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, nº 39, abr/jun. 2002, 115-123p.

_____. Serviço Público e Reforma do Estado. **Boletim de Direito Administrativo**, vol. 13, nº 10, out. 1997, 677 - 681 p.

GARGARELLA, Roberto. **Derecho Constitucional**. Buenos Aires: Editorial Universidade, 1996.

GARRIDO, Raymundo José Santos. Água, uma preocupação mundial. **Revista CEJ**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, nº 12, p. 8-12, set./dez. 2000.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos. **Derechos Fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos Direitos e Garantias Individuais: a busca de uma exegese emancipatória**. São Paulo: RT, 2002.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. O processo de afirmação dos direitos fundamentais: evolução histórica, interação expansionista e perspectivas de efetivação. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, nº 45, 109-140p, out/dez. 2003.

GONÇALVES, Pedro. **A concessão de Serviços Públicos: uma aplicação da técnica concessória**. Coimbra: Almedina, 1999.

GORDILLO, Augustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. 3ªed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998, t. 2.

GOUVÊA, Marcos Maselli. **O Controle Judicial das Omissões Administrativas: novas perspectivas de implementação de direitos prestacionais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GRANZIEIRA, Maria Luíza Machado. A cobrança pelo uso da água. **Revista CEJ**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, nº 12, p. 71-74, set./dez. 2000.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem Econômica na Constituição de 1988**. 11ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Constituição e Serviço Público. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001, 249-267p.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Delegação de Serviço Público e Privatização: aspectos controvertidos. **Revista da AJURIS**: doutrina e jurisprudência, Porto Alegre, v. 27, n. 84, tomo I, p.79-97, dez.2001.

HART, Hebert L. A. **O Conceito de Direito**. 2ªed.Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Bueno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights**. Why Liberty Depends on Taxes. New York: W.W. Norton &Company, 1999.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Aspectos complementares de educação e acesso a transferências de rendas de programas sociais**. Disponível em: www.ibge.gov.br . Acesso em 15 de abril de 2007.

_____. **Acesso e utilização os serviços de saúde 2003**. Disponível em: www.ibge.gov.br. Acesso em 15 de abril de 2007.

_____. **Síntese de indicadores sociais 2006**. Disponível em: www.ibge.gov.br. Acesso em 15 de abril de 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. Serviço Público no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v.2, n.7, p.143-169, jul./set.2004.

KOZICKI, Katya. **H. L. A. Hart**: a Hermenêutica como via de acesso para uma significação interdisciplinar do Direito. Ilha de Santa Catarina, 1993. 121f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina.

KRELL, Andréas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In SARLET, Ingo Wolfgang. **A Constituição Concretiza-**

da: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, 25-60p.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **A estrutura normativa dos Direitos Fundamentais Sociais.** Porto Alegre, 2002. 119f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

LIMA, Maria Cristina de Brito. **A educação como direito fundamental.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

_____. Direitos Sociais: sua circunstância e sua justiciabilidade. **Revista da EMERJ.** Rio de Janeiro: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, v. 7, n. 28, p. 138-166, 2004.

LIMA, Vivian Cristina. **Administração Pública Contemporânea: o usuário de serviço público e a dignidade da pessoa humana.** Curitiba, 2004. 216f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

_____. O novo conceito de Serviço Público. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.) **Cenários do direito administrativo: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar.** Belo Horizonte: Fórum, 2004, p.511-552.

LINHARES, Marcel Queiroz. O Estado Social e o Princípio da Subsidiariedade: Reflexos sobre o Conceito de Serviço Público. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, vol. 33, 209-223p, 2000.

LOPES, Ana Maria d'Ávila. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. **Revista de Informação Legislativa.** Brasília: Senado Federal, ano 41, nº 164, p.7-15, out./dez. 2004.

_____. Hierarquização dos direitos fundamentais? **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 9, n. 34, p. 168-183, 2001.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constitución.** Barcelona: Ariel, 1986.

LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución.** 5ª ed. Madrid: Tecnos, 1995.

MALISKA, Marcos Augusto. **O direito à educação e a Constituição.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

MAFRA FILHO, Francisco de Salles Almeida. Diretrizes e definições dos Serviços Públicos de Saneamento Básico e a Política Nacional de Saneamento Ambiental. **Fórum de Direito Urbano e Ambiental.** Belo Horizonte: Fórum, ano 4, nº22, p.2635-2637, jul/ago. 2005.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As parcerias público-privadas no saneamento ambiental. In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Parcerias Público – Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005, p.276-486.

MARTINS, Plínio Lacerda. Corte de energia elétrica por falta de pagamento – prática abusiva – Código do Consumidor. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, ano 37, nº 145, p.135 - 146, jan./mar. 2000.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Da crise de energia elétrica e a prestação do consumidor dos serviços públicos privatizados. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.225, p. 143-168, jul/set.2001.

MATOS, Eduardo Lima de. Responsabilidade civil pela má utilização da água. **Revista CEJ**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, nº 12, p. 79-84, set./dez. 2000.

MEDAUAR, Odete. Ato de Governo. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, nº 191, jan/mar. 1993, p.67-85.

_____. Ainda existe Serviço Público? In: TORRES, Heleno Taveira. **Serviços Públicos e Direito Tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 29-78.

MELLO, Cláudio Ari. Os Direitos Sociais e a Teoria Discursiva do Direito. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, nº 224, p. 239-284, ab./jun. 2001.

_____. Os direitos fundamentais sociais e o conceito de direito subjetivo. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, nº 56, p.105-138, set/dez. 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2ªed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELO, Sandro Nahias. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 11, n. 43, p. 82-97, 2003.

MESSINA, Regina A. Lunardelli. O papel das organizações não governamentais na concretização dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: RT, ano 12, nº 49, p. 99-113, out./dez 2004.

MIRAGEM, Bruno. A Regulação do Serviço Público de Energia Elétrica e o Direito do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, nº 51, p. 68-100, jul/set. 2004.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo II. 5ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

____. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. 5ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, Formas de prestação de Serviços ao Público e Parcerias Público-Privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de “Serviço Público”, “Serviços de Relevância Pública” e “Serviços de Exploração Econômica” para as Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Parcerias Público – Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 433-486.

MORAES. Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo, Dialética, 1999.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 107-149.

MORALES, Carlos Antonio. Nem privado nem estatal: em busca de uma nova estratégia para a provisão de serviços públicos. **Revista de Serviço Público**, ano 49, nº 4, out/dez. 1998, 117 - 145 p.

MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. São Paulo: RT, 2004.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências reguladoras**. São Paulo: Manole. 2003.

_____. **Regulação e Universalização dos Serviços Públicos de Energia Elétrica e de Telecomunicações**. Curitiba, 2003, 268p. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná.

MOTTA, Ronaldo Seroa da. Privatização do uso da água. **Revista CEJ**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, nº 12, p. 25-29, set./dez. 2000.

MÜLLER, Friedrich. A democracia, a globalização e a exclusão social. XVIII Conferência Nacional dos Advogados: Cidadania, Ética e Estado. **Anais**. Salvador, 11 a 15 de novembro de 2002. Volume I. Brasília: 2003.

____. **Quem é o Povo? A Questão Fundamental da Democracia**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

NEVES, José Roberto de Castro. Considerações jurídicas acerca das agências reguladoras e o aumento das tarifas públicas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.93, n.821, p.99-111, março 2004.

NEIVA, Álvaro. Sem água e saneamento. **Ecologia & Desenvolvimento**, ano 10, nº88, p.22-23, dez./jan.2000/2001.

NINO, Carlos Santiago. **La Constitucion de la Democracia Deliberativa**. Barcelona: Gedisa Editorial, 1997.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003.

NUNES, Anelise Coelho. **A titularidade dos Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

OLIVEIRA, Alcebíades de Leiros Cavalcante de Oliveira. Tratamento Jurídico da Educação: via saudável de sobrevivência do Estado de Direito. **Revista Acadêmica**. Manaus: Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, nº10, p. 101-107, 1998.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**. Curitiba, 2006, 378f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de Derecho Público Económico: Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica**. 3ª ed. Granada: Comares, 2004.

PALU, Oswaldo Luis. **Controle dos Atos de Governo pela Jurisdição**. São Paulo: RT, 2004.

PAIVA, Mário Antônio de. Mandado de Segurança: suspensão do fornecimento de serviços essenciais. **Revista Jurídica Consulex**, ano V, nº 112, p.42-49, 15 de setembro de 2001.

PEREIRA, César A. Guimarães. **Usuários de Serviços Públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos**. São Paulo: Saraiva, 2006.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos Direitos Fundamentais na perspectiva da Teoria dos Princípios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. A reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle. **Cadernos MARE da reforma do Estado**. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997.

PEREIRA, Tânia da Silva. Educação: direito fundamental. **Revista do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro**, nº 16, p.56-63, jul. 1999.

PERRONI, Otávio Augusto Buzar. Suspensão cautelar e cancelamento de registro de medicamentos: garantias constitucionais ao direito à saúde. **Revista de Informação Legislativa**, v. 40, nº 160, p.317-329, out./dez. 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

____. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. São Paulo: RT, 1995.

PIRES, José Cláudio Linhares; REIS, José Guilherme. O setor elétrico: a reforma inacabada. In: GIAMBIAGI, Fabio; REIS, José Guilherme; URANI, André. **Reforma no Brasil: Balanço e Agenda**. São Paulo: Nova Fronteira, p.385-408.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Direitos Fundamentais Sociais**: considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para a sua tutela. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos Fundamentais Sociais**: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

_____. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

RICARTE, Ana Lúcia. Internação domiciliar prevista na Lei 10424/02 e o dever constitucional do Estado em cumpri-la. **L&C**, nº 89, p. 31-32, novembro de 2005.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Direitos de para todos**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

_____. O Constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais. **Revista CEJ**, Brasília, v. 1, n. 3, p. 76-91, set./ dez. 1997.

_____. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Interesse Público**, vol.4, 1999, 23-48p.

ROLIM, Maria João C. Pereira. **Direito Econômico de energia elétrica**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos Fundamentais e suas características. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, v.8, n. 30, p. 146-158, 2000.

SALOMONI, Jorge Luis. **Teoria General de Los Servicios Públicos**. Buenos Aires: Ad Hoc, 1999.

SANCHIS, Luis Pietro. Neoconstitucionalismo y ponderacion judicial. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003, pp. 123-158.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gerson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira. **Constituição e Demo-**

cracia: estudos em homenagem ao prof. J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006, p.291-335.

_____. O papel da Jurisdição Constitucional na realização do Estado Social. Desafio da efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, n. 3, p.357-365, 2003.

_____. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 36, p. 54-104, out./dez. 2000.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Administração Pública: apontamentos sobre os modelos de gestão e tendências atuais. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.) **Cenários do direito administrativo:** estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Baccellar. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 21-56.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional:** construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 1999.

SCHWARTZ, Germano André Doerderlein. A saúde como direito público subjetivo e fundamental do homem e sua efetivação. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre: AJURIS, ano XXVII, nº 83, tomo I, p.179-200, set. 2001.

SCHWARTZMAN, Simon. Educação: a nova geração de reformas. In: GIAMBIAGI, Fabio; REIS, José Guilherme; URANI, André. **Reforma no Brasil: Balanço e Agenda**. São Paulo: Nova Fronteira, p.481-503.

SCOCUGLIA, Afonso Celso. A progressão do pensamento político-pedagógico de Paulo Freire. En publicacion: **Paulo Freire y la agenda de la educación latinoamericana en el siglo XXI**. Carlos Alberto Torres. CLACSO. 2001. Aceso al texto completo: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/torres/scocuglia.pdf>

SEVERINO, Ana Maria Teixeira. Existe luz no fim do túnel. **Revista Zênite de Licitações e Contratos**, nº 140, p. 882-884, out. 2005.

SIFUENTES, Mônica. Direito da Educação e função dos Juízes. **Revista CEJ**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, nº 31, p. 5-6, out./dez. 2005.

SILVA, Almiro do Couto e. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares: serviço público “à brasileira”? **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, nº 230, p. 45-74.

SILVA, Anabelle Macedo. **Concretizando a Constituição**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. Garantias Econômicas, Políticas e Jurídicas da Eficácia dos Direitos Sociais. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba: Academia de Direito Constitucional, n. 3, p.301-314, 2003.

SILVA, José Ribamar Sá; BARROS, Valdira. **Avaliação de Políticas e Programas Sociais: um destaque ao sentido das variáveis contextuais**. In: Revista de Políticas Públicas. Universidade Federal do Maranhão: Programa de Pós-graduação em Políticas Públicas. v.8, nº 2. jul/dez 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito: Os Direitos Fundamentais na Relação entre Particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SLAIBI, Maria Cristina Barros Gutiérrez. Direito Fundamental à saúde. **Revista Forense**. São Paulo: Forense, vol. 373, p. 421-434, jun. 2005.

SOUZA, Fabiana Cássia Dupim. Educação e Dignidade: a Libertação como Direito. In: ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (org). **O Direito à Vida Digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 229-243.

SOUZA, Rodrigo Pagani de. A viabilidade jurídica da delegação do serviço público de saneamento básico de Município a Estado Membro da federação. **L&C**, nº 83, p.16-17, maio de 2005.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STEINMETZ, Wilson. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil. **Novos Estudos Jurídicos**, vol. 8, nº 2, maio/ago. 2003, 257-301p.

_____. O papel da Jurisdição Constitucional na Realização dos Direitos Sociais-Fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, 169-213 p.

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade: o Direito Constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às Agências Reguladoras. In: _____. **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000, 28 -31p.

TÁCITO, Caio. Saneamento Básico – Região Metropolitana – Competência Estadual. **Revista de Direito Administrativo**: Renovar, nº 222, p. 306-310, out. dez/2000.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 3ªed. São Paulo: Saraiva, 2006.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Controle Judicial da Regulamentação de Políticas Públicas. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba: Academia de Direito Constitucional, n. 3, p.187-194, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, 1-46 p.

TORRES, Silvia Faber. **O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VERDU, Pablo Lucas. **El sentido constitucional: aproximacion al estudio del sentir constitucional como modo de intregacion política**. Madrid: Reus S.A, 1997.

VIANA, Ana Luíza. Abordagens metodológicas em políticas públicas. **Revista de Administração Pública**, v. 30, nº2, p. 5-30, mar/abr. 1996.

VIEGAS, Eduardo Coral. Saneamento Básico, Mercantilização e Privatização da Água. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: RT, ano 10, nº 40, p.24-43, out./dez 2005.

WALD, Arnold; MORAES, Luiza Rangel de. Agências reguladoras. **Revista de Informação Legislativa**, vol.36, nº 141, jan/mar. 99, 143-171p.

WALTENBERG, David. O direito da energia elétrica e a ANEEL. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000.

WEBER, Max. Burocracia. In _____. **Ensaio de Sociologia**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1990, 229-251p.

WEICHERT, Marlon Alberto. **Saúde e Federação na Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2004.

ÍNDICE

RESUMO	vi
RIASSUNTO	vii
INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I – DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	4
1.1 BREVES CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	
1.2 O REGIME JURÍDICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	10
1.2.1 A questão da aplicabilidade imediata dos Direitos Fundamentais: o parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal.....	10
1.2.2 Os Direitos Fundamentais sob o aspecto material e formal: os parágrafos 2º e 3º do art. 5º da Constituição Federal.....	16
1.2.3 A perspectiva objetiva e subjetiva dos Direitos Fundamentais.....	24
1.2.4 Restrição dos e colisões entre Direitos Fundamentais.....	27
1.3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....	34
1.3.1 Direitos Sociais: a questão do caráter programático e do direito subjetivo às prestações.....	34
1.3.2 A eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais Sociais.....	41
CAPÍTULO II - SERVIÇO PÚBLICO: INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	48
2.1 SERVIÇO PÚBLICO E A RECONFIGURAÇÃO DO ESTADO.....	48
2.1.1 A noção de Serviço Público.....	48
2.1.2 A Reforma do Estado Brasileiro e as conseqüências com relação à noção de Serviço Público.....	52
2.2 O SERVIÇO PÚBLICO COMO GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	64
2.2.1 Educação.....	65
2.2.2 Saúde.....	74
2.2.3 Energia Elétrica.....	81
2.2.4 Saneamento Básico.....	87
CAPÍTULO III - O CONTROLE JUDICIAL DOS SERVIÇOS PÚBLICOS	96
3.1 CONTROLE E LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO.....	96
3.1.1 A falta de Serviço Público e a inviabilização de acesso: omissão política ou administrativa?.....	96
3.1.2 Breves considerações sobre o Substancialismo e o Procedimentalismo.....	103
a) A atividade judicial a partir da concepção de H. L. A. HART e Ronald DWOR-KIN.....	104
b) Ativismo judicial e Democracia a partir da concepção de Jurgen HABERMAS.....	115

3.1.3 As teorizações sobre o ativismo judicial no Brasil.....	120
3.2 A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL ACERCA DA RELEVÂNCIA ECONÔMICA DOS DI- REITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS.....	130
3.2.1 O limite da “reserva do possível”.....	130
3.2.2 A proporcionalidade e a vedação da proteção insuficiente em relação ao mínimo existencial.....	136
3.2.3 A interpretação judicial em relação aos Serviços Públicos relacionados ao mínimo existencial.....	144
CONCLUSÕES	151
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	153