

FLÁVIA RUTYNA HEIDEMANN

**SERVIÇO PÚBLICO: UM INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

**CURITIBA
2007**

*De acordo.
Em 16/10/2007*

*Angela Cassio Costacurci
Professora Emérita*

FLÁVIA RUTYNA HEIDEMANN

**SERVIÇO PÚBLICO: UM INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

Monografia apresentada ao Núcleo de Monografias como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, do Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Angela Cassia Costaldello.

**CURITIBA
2007**

TERMO DE APROVAÇÃO

FLÁVIA RUTYNA HEIDEMANN

SERVIÇO PÚBLICO: UM INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Angela Cassia Costaldello
Departamento de Direito Público, UFPR.

Prof.^o Ms. Rodrigo Luís Kanayama
Departamento de Direito Público, UFPR.

Prof.^a Ms. Andréia Cristina Bagatin
Departamento de Direito Público, UFPR.

Curitiba, 05 de novembro de 2007.

SUMÁRIO

RESUMO.....	vi
INTRODUÇÃO.....	01
CAPÍTULO I – A DELIMITAÇÃO DO INSTITUTO JURÍDICO-SOCIAL DO SERVIÇO PÚBLICO E A TRANSMUTAÇÃO HISTÓRICA ESTATAL.....	05
1.1 A mutabilidade da noção de serviço público: reflexões acerca de sua historicidade e relativismo conceitual.....	05
1.2 Do Estado Liberal ao Estado Constitucional: vicissitudes da noção de serviço público conforme os distintos paradigmas estatais.....	09
CAPÍTULO II – A CONFIGURAÇÃO JURÍDICA CLÁSSICA DO SERVIÇO PÚBLICO: EXPOSIÇÃO E CRÍTICA.....	30
2.1 Breve relato a respeito da origem do serviço público.....	30
2.2 Aspectos doutrinários consolidados da noção de serviço público.....	35
2.3 Crise e crítica da noção de serviço público: da necessidade de sua revalorização e redimensionamento em face dos direitos fundamentais.....	48
CAPÍTULO III – SISTEMATIZAÇÃO CONCEITUAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	51
3.1 Breve esboço histórico acerca dos direitos fundamentais.....	51
3.2 Aspectos relevantes concernentes à distinção entre os direitos fundamentais de defesa e os direitos fundamentais de prestação.....	55
3.3 A relevância da faceta econômica para a concretização dos direitos fundamentais sociais: o limite da reserva do possível.....	65
3.4 O direito à garantia de uma existência digna: o papel do mínimo existencial..	72

CAPÍTULO IV – A FUNÇÃO INSTRUMENTAL DO SERVIÇO PÚBLICO: UM MEIO NECESSÁRIO À CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.	77
4.1 O serviço público sob a perspectiva da garantia constitucional de direitos fundamentais.....	77
4.2 A especial problemática da concretização dos direitos fundamentais sociais: o liame existente entre a prestação de serviços públicos e a efetivação dos direitos sociais prestacionais.....	81
4.3 Direitos fundamentais e a continuidade dos serviços públicos essenciais frente à inadimplência do usuário.....	85
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	97
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	101

RESUMO

Direciona-se o presente estudo a apreender o instituto jurídico-social do serviço público enquanto instrumento de concretização dos direitos fundamentais, notadamente os direitos fundamentais sociais. Nesse horizonte, investiga-se o liame existente entre as vicissitudes da noção de serviço público e a transmutação histórica estatal, chegando-se ao corolário de que a percepção desse instituto à luz dos direitos fundamentais somente se faz possível com a inserção do paradigma constitucional de Estado pela Constituição da República de 1988. Demais disso, esmerila-se a configuração jurídica clássica do serviço público, ressaltando-se a sua origem francesa e os critérios tradicionais utilizados para o aferir, ao mesmo tempo em que se rechaçam as iniciativas contrerâneas de se expurgar o serviço público de nosso ordenamento jurídico, porquanto essencial a um desenvolvimento sócio-econômico igualitário brasileiro. Sem embargo disso, traçam-se considerações acerca da sistematização dos direitos fundamentais, destacando-se o seu devir histórico e a distinção entre os direitos fundamentais de defesa e de prestação, sem olvidar a necessidade de implementação prévia dos direitos sociais prestacionais para que restem ulteriormente concretizados os direitos de defesa. Restam analisadas, ainda, as teorias da reserva do possível e do mínimo existencial, procedendo-se às suas imbricações com a hodierna noção de serviço público. Por fim, com espeque no princípio da continuidade do serviço público, bem assim, na dignidade dos seus usuários, propugna-se a impossibilidade de restarem suspensos os serviços públicos essenciais quando a inadimplência do usuário provier da sua hipossuficiência econômica.

INTRODUÇÃO

A Administração Pública Brasileira Contemporânea, cuja atuação compreende sobremaneira o exercício da função administrativa estatal, há que ter por diretriz, sob a égide de um Estado que se pretende Democrático e de Direito, a tutela dos interesses dos indivíduos¹, a denotar seu imprescindível enfoque ético, corroborando a supremacia dos direitos fundamentais, e refutando, por exclusão, concepções abstratas e meramente técnicas dos institutos e postulados do direito administrativo, erigidos estritamente sob uma ótica estatal.

Quadra proceder-se, portanto, a uma releitura dos pilares administrativos clássicos, visando-se adequá-los à realização dos valores fundamentais albergados pela Carta Constitucional, dentre os quais avulta o princípio-fundamento da dignidade da pessoa humana. Dessa arte, hodiernamente, o exercício da função administrativa² somente adquire legitimidade enquanto instrumento de realização e tutela da dignidade da pessoa humana.

Da assertiva supramencionada, faz-se lícito inferir dois paradigmas sobre os quais restará assentada a presente obra, a saber: a personalização³ do direito administrativo, vale dizer, a afirmação da supremacia da dignidade da pessoa humana - aferida pelo interesse público - que passa a ocupar o núcleo do direito administrativo, outrora preenchido pela noção de poder (*potestas*); e a concepção de que o serviço público constitui o instrumento precípua do Estado para concretizar os direitos fundamentais.

¹ Nesse sentido, aduz Romeu Felipe Bacellar Filho que “se a cidadania e a dignidade da pessoa humana constituem fundamentos no Estado, o interesse perseguido no exercício da função administrativa encontra seu princípio e fim no interesse dos próprios cidadãos, tanto numa perspectiva individual quanto coletiva”. (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*. Porto Alegre: Notadez, n. 16, out. /dez. 2002, p. 14).

² Em última instância, o exercício de todas as funções estatais – judiciária, legislativa e administrativa – há que ser informado pela premissa da máxima efetivação dos direitos fundamentais.

³ Expressão cunhada por Marçal Justen Filho.

Nessa seara, dar-se-á ênfase aos direitos fundamentais sociais, uma vez que, hodiernamente, é a concretização dessa espécie de direitos que engendra maiores dificuldades e dissensos. Assim, considerando-se que os direitos fundamentais sociais são realizáveis precipuamente por intermédio do Estado, propugna-se que as prestações materiais positivas estatais, a exemplo da edição de leis, dos atos administrativos e da implementação do serviço público, encontram-se adstritas à realização máxima dos direitos constitucionalmente garantidos.

Faz-se lícito aduzir, portanto, que o presente trabalho perpassa pelo fenômeno da constitucionalização do Direito, batizado pelos juristas de *neoconstitucionalismo*, cuja influência na seara administrativa revela-se pela presença das seguintes características: a existência de uma vasta quantidade de normas constitucionais voltadas para a disciplina da Administração Pública; a seqüência de transformações sofridas pelo Estado brasileiro nos últimos anos e a influência dos princípios constitucionais sobre as categorias do direito administrativo.⁴

Sem embargo do exposto, há de ser ressaltada a importância de se estudar o instituto jurídico-social do serviço público - a justificar, assim, a elaboração da presente monografia -, haja vista que a sua análise emaranha questões políticas e sociológicas, implicando discussões acerca dos fins, encargos, funções e limites da atuação do Estado, sobressaindo, enfim, dessa seara, relevantes considerações de ordem constitucional.

Como corolário, almeja-se demonstrar que a atividade material de prestação de serviços públicos é essencial ao atingimento do interesse público e da democratização dos direitos sociais, afigurando-se útil e imprescindível na reformulação do Estado brasileiro. Reconhece-se, portanto, que a prestação de serviços públicos, enquanto instrumento de satisfação do interesse público, é um dos sustentáculos do Estado Constitucional em que se erige a República Federativa do Brasil.

⁴ BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível na Internet via WWW.URL: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>. Acesso em: 09 de maio de 2006, p. 13 -14.

Após restar fixado o objeto do presente trabalho monográfico, perfaz-se, com o fito de esmerilar o seu conteúdo, um breve esboço atinente à matéria inserta nos quatro capítulos que compõem a obra.

Buscar-se-á analisar, como ponto de partida, as premissas históricas sobre as quais se erigiu a noção de serviço público, preceituando-se seu caráter transdisciplinar, posto que estudado no âmbito de diversos saberes, para além do jurídico. Demais disso, levando-se em consideração a relatividade conceitual desse instituto jurídico-social, haja vista sua aferição depender da sua inserção num determinado contexto histórico-político, estudar-se-á a mutabilidade da noção de serviço público consoante as transmutações dos modelos estatais – da raiz liberal à conformação constitucional – aduzindo-se a lhanza, ainda que em menor grau nas sociedades periféricas, do papel do Estado Constitucional enquanto principal propulsor da concretização dos direitos fundamentais. Eis, em síntese, o cerne do primeiro capítulo.

O segundo capítulo destina-se a esboçar um panorama acerca da configuração jurídica clássica do serviço público. Pois bem, de início, ressaltar-se-á a sua origem, em França, enquanto critério de repartição da competência entre a jurisdição administrativa e a comum, não se olvidando a exacerbada influência desse instituto nas denominadas Escolas doutrinárias Francesas, as quais acabaram por o apreender como eixo do direito administrativo. Ademais disso, restará perfeita a distinção entre as acepções ampla e restrita de serviço público, destacando-se os critérios tradicionais utilizados para o aferir, quais sejam: subjetivo, objetivo e formal. Adentrar-se-á, ainda, na seara do regime jurídico administrativo, pelo que impende sejam estudados os princípios basilares que o regem. Por derradeiro, após restarem expostas noções doutrinárias nacionais de serviço público, quadra esposar críticas a respeito desse instituto jurídico-administrativo, propugnando sua remodelação à luz dos direitos fundamentais.

No terceiro capítulo, perfaz-se um estudo perfunctório a respeito dos direitos fundamentais, não se olvidando o seu devir histórico, nem, tampouco, a teoria doutrinária dimensional acerca desses direitos. Em seguida, levar-se-á a efeito a diferenciação entre o conceito, a conformação, a estrutura e a classificação dos direitos fundamentais de defesa e de prestação (denominados, outrossim, direitos fundamentais

sociais). Após a distinção ontológica entre ambas as espécies de direitos, restará aduzido um seu diferenciado grau de eficácia, de tal sorte que a concretização dos direitos fundamentais sociais condiciona-se à conjuntura econômica e política (reserva do possível). Tratar-se-á, por fim, do mínimo existencial, caracterizado pelo conjunto de prestações materiais indispensáveis à existência digna do indivíduo.

O quarto - e último - capítulo diz com a função instrumental do serviço público, tarefa inafastável do Estado Constitucional, a consubstanciar uma garantia de realização dos direitos fundamentais, notadamente os direitos sociais prestacionais, cuja efetivação constitui condição necessária à concretização dos direitos de defesa. Demonstrar-se-á, portanto, que a razão de o serviço público existir reside na impossibilidade de o Estado eximir-se da satisfação dos direitos fundamentais, sob pena de restar deslegitimado. Por derradeiro, tendo como premissa a dignidade do usuário e o princípio da continuidade do serviço público, propugnar-se-á a impossibilidade de ser interrompida a prestação de serviço público essencial quando a inadimplência provier da hipossuficiência econômica do usuário, visto que essa conduta atenta contra a sua cidadania e os valores e princípios fundamentais albergados pela Constituição Brasileira de 1988.

Capítulo I

A DELIMITAÇÃO DO INSTITUTO JURÍDICO-SOCIAL DO SERVIÇO PÚBLICO E A TRANSMUTAÇÃO HISTÓRICA ESTATAL

1.1 A mutabilidade da noção de serviço público: reflexões acerca de sua historicidade e relativismo conceitual.

Esmerilar o instituto jurídico-social do serviço público consiste certamente em uma tarefa hercúlea, haja vista essa noção revestir-se, extrinsecamente, de um caráter transdisciplinar, porquanto suas teorizações não são exclusivas à Ciência Jurídica⁵, sendo de assaz importância as discussões perpetradas a seu respeito na seara das Ciências Sociais e Política, bem assim no âmbito da Economia.

Inolvidáveis, nessa toada, os caracteres econômicos desse instituto, na medida em que envolve alocação de recursos escassos para a satisfação de determinadas necessidades humanas concretas, mormente quando se está a adotar uma concepção de serviço público enquanto espécie de atividade econômica em sentido amplo, gênero que abarca, outrossim, a atividade econômica em sentido estrito.⁶

De outra banda, sob uma perspectiva sociológica, faz-se mister destacar a natureza institucional⁷ do serviço público, vez que resta nítida a sua vinculação às

⁵ Nada obstante as distintas facetas sob as quais se faz possível analisar o instituto do serviço público, dada a limitação e a finalidade do presente trabalho, restringir-se-á sua análise sob a ótica jurídica.

⁶ Consoante preconiza Eros Roberto Grau, “a prestação de *serviço público* está voltada à satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos. Daí podermos afirmar que o *serviço público* é um tipo de *atividade econômica*. (...) Ao afirmar que *serviço público* é tipo de *atividade econômica*, a ela atribuí a significação de gênero no qual se inclui a *espécie, serviço público*. Ao afirmar que o *serviço público* está para o setor público assim como a *atividade econômica* está para o setor privado, a ela atribuí a significação de *espécie*. Daí a verificação de que o *gênero – atividade econômica* – compreende duas *espécies: o serviço público e a atividade econômica*”. (GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 11ª. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 103.) Ressalva, o autor, em seguida, que a definição desta ou daquela atividade econômica em sentido amplo como serviço público é “decorrência da captação, no universo da realidade social, de elementos que informem adequadamente o estado, em um certo momento histórico, do confronto entre interesses do capital e do trabalho.” (GRAU, Eros Roberto. *Op. cit.*, p. 111)

⁷ A natureza institucional do serviço público decorre do fato desse instituto transpassar a identidade das pessoas físicas e jurídicas, consistindo num atributo da sociedade. O Estado, o serviço

relações entre o Estado e a sociedade existentes no momento histórico em que se desenvolvem. O serviço público enquanto instituição social consubstancia, portanto, uma estrutura transcendental em relação a uma pluralidade indeterminada de sujeitos, oriundo de seus próprios esforços, constituindo, enfim, um elemento formador da vida social.

A importância de se visualizar o serviço público sob uma ótica institucionalizada reside em se pôr em relevo o fato desse instituto de direito administrativo ser um atributo da sociedade, ainda que a competência para sua organização e regulamentação seja formalmente atribuída ao Estado, de modo que se o serviço público fosse passível de ser apropriado, a sua titularidade incumbiria à sociedade⁸.

Sem embargo disso, e adentrando-se em uma seara etimológica, há que ser ressaltado o fato de a expressão serviço público ter sido originariamente cunhada por Rousseau, num texto do Contrato Social, em uma acepção nitidamente política e bastante ampla, com o fito de designar qualquer atividade desenvolvida pelo Estado. Posteriormente, com o paradigma estatal advindo da Revolução Francesa, constatou-se a funcionalidade jurídica do serviço público, o qual restou configurado como uma atividade estatal, a serviço do povo, visando satisfazer a uma necessidade sentida coletivamente pela sociedade. Sobressai evidente, nesse diapasão, a mutação da noção de serviço público consoante uma linha histórica que conduz desde o seu conceito político até a sua ulterior conformação jurídica⁹.

Posto isso, é de mister ressaltar uma característica intrínseca do serviço público que atua para corroborar sua trajetória variante¹⁰, a saber, sua historicidade, intimamente interligada à relatividade do conceito de serviço público¹¹. Com efeito,

público e o regime jurídico-administrativo consubstanciam, em última análise, meios pelos quais se pretende o fim indisponível da satisfação dos direitos fundamentais.

⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 481.

⁹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 19-22.

¹⁰ Expressão utilizada por: JUSTEN, Mônica Spezia. **A Evolução da Noção de Serviço Público: da França à União Européia**. Dissertação aprovada no Programa de Pós-Graduação em Direito na Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2002, p. 1.

¹¹ Marçal Justen Filho assevera ser impossível formular um conceito genérico de serviço público com aspiração a uma validade universal, dadas as circunstâncias políticas e históricas específicas de cada país. Destarte, cada conceito de serviço público reflete as características de um determinado ordenamento jurídico, num determinado momento histórico. Nada obstante, ressalva haver uma similitude

indubitavelmente existe um liame entre a evolução política de um país e a mutabilidade do serviço público, derivando tal conceito da modalidade estatal vigente em um determinado período histórico.

Sobreleva-se imprescindível, nessa quadra, inserir-se a noção de serviço público em um determinado contexto histórico-político¹², visto que os seus contornos conceituais, bem assim a sua conformação jurídica, denotam os fins e a função do Estado, as suas fronteiras e a esfera reservada aos particulares. Nesse sentido, aduz Vivian Cristina Lima López Valle que o conceito de serviço público está intimamente relacionado com o papel do Estado, com a intensidade de sua intervenção na economia e com a definição de suas atividades tidas como precípuas. Como corolário, a noção que se tem desse instituto jurídico-social deriva da forma proposta de Estado num dado período histórico, dependendo da concepção política retirada da realidade concreta de uma sociedade¹³.

Em resumo, tem-se que o serviço público é um instituto mutável, o qual se adapta às exigências da sociedade em um determinado momento histórico, vinculando-se à expectativa dessa em relação ao Estado e às opções políticas, consubstanciando, em suma, um reflexo do modelo estatal¹⁴.

da conceituação sob o prisma lógico-jurídico. Vale dizer, a estrutura conceitual é semelhante nos diversos países, mas o conteúdo concreto varia em cada um deles. Portanto, algumas atividades são consideradas como serviço público em um país e não em outro. Todavia, isso não impede que a estrutura formal do instituto seja trabalhada em termos comuns a diversos ordenamentos. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 17).

¹² Discorrendo a respeito da evolução histórica da noção de serviço público, Dinorá Grotti salienta que: "(...) para a captação do conceito de serviço público, deve-se considerar ainda o fator histórico-político, o seu surgimento em uma época presidida ideologicamente por uma determinada concepção das relações entre Estado e sociedade e a separação de suas distintas esferas de atuação que aparecem com a Revolução Francesa". (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988.**, p. 20.)

¹³ VALLE, Vivian Cristina Lima López. O Novo Conceito de Serviço Público. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). **Cenários do Direito Administrativo: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 511.

¹⁴ Ao versar acerca da correlação existente entre o conceito de serviço público e um determinado contexto político-social, Hely Lopes Meirelles traça a seguinte observação: "(...) o conceito de serviço público é variável e flutua ao sabor das necessidades e contingências políticas, econômicas, sociais e culturais de cada comunidade, em cada momento histórico, como acentuam os modernos publicistas". (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 294.). Ainda nessa toada, tem-se a perspicaz assertiva esposada por Dinorá Grotti, consoante a qual: "Cada povo diz o que é serviço público em seu sistema jurídico. A qualificação de uma dada atividade como serviço público remete ao plano da concepção sobre o Estado e seu papel. É o plano da escolha política, que pode estar fixada na Constituição do país, na lei, na jurisprudência e nos costumes

Nada obstante o cunho político que perpassa a conformação jurídica do serviço público, há que se atentar para a necessidade de se atrelar o seu conceito a um conteúdo material da atividade, na perspectiva da personalização do direito administrativo, a qual “deriva da proposta de superação de concepções meramente técnicas para assumir a prevalência de enfoque ético, em que se reconhece a supremacia dos direitos fundamentais e a consagração dos procedimentos democráticos de formação e manifestação da vontade estatal.”¹⁵ Na esteira do aduzido, insta salientar a pertinente constatação de Vivian Cristina Lima López Valle, consoante quem:

É importante frisar que em que pese o serviço público se traduza em uma opção política, o legislador tem pouca autonomia na sua configuração, vez que somente se apresenta válido identificar uma atividade como serviço público se ela preencher alguns pressupostos em que a essencialidade estaria intimamente relacionada com a dignidade da pessoa humana. Se, diversamente, for verificada atividade legislativa sem esse contorno, estar-se-á diante da irrazoabilidade legislativa, portanto, reprovável pelo ordenamento jurídico.¹⁶

A mutabilidade da noção de serviço público torna-se, pois, imprescindível à adequação dessa instituição jurídica às transformações político-sociais engendradas no seio de uma determinada sociedade. Nada obstante isso, faz-se mister, sob pena de retrocedermos histórica e socialmente, a persistência de sua vinculação às necessidades da coletividade, à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais.

Resta-nos, enfim, a título exemplificativo¹⁷, colacionar a noção de serviço público esposada por Eros Roberto Grau, cuja essência é eminentemente omnicomprensiva - não prescindindo de dados da realidade -, deveras pertinente, portanto, ao que se aihures propugnou, a saber, a historicidade e a relatividade do instituto jurídico-social

vigentes em um dado momento histórico”. (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988.**, p. 87).

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.**, p. 47.

¹⁶ VALLE, Vivian Cristina Lima López. **O Novo Conceito de Serviço Público. Cenários do Direito Administrativo.**, p. 519.

¹⁷ Atente-se para o fato de que o presente conceito detém caráter ilustrativo e provisório, visando-se corroborar a perspectiva ora defendida de serviço público, sem embargo de serem apresentadas outras concepções no decorrer do presente trabalho, até que se chegue a uma noção que respalde axiologicamente os escopos de um Estado contemporâneo Constitucional.

do serviço público aliadas à sua vinculação às necessidades fundamentais dos indivíduos que compõem uma determinada agremiação societária. Vejamos:

Serviço Público (...) é a atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como indispensável, em determinado momento histórico, à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social (Duguit) – ou, em outros termos, atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como serviço existencial relativamente à sociedade em um determinado momento histórico (Cirne Lima).¹⁸

1.2 Do Estado Liberal ao Estado Constitucional: vicissitudes da noção de serviço público conforme os distintos paradigmas estatais.

A origem etimológica do vocábulo *serviço público* é bastante remota, sendo anterior inclusive ao advento do próprio Estado moderno¹⁹, o qual somente ganhou contornos definitivos pós-Revolução Francesa. Com efeito, a expressão serviço público utilizada hodiernamente é oriunda da palavra grega *liturgia* (composta do adjetivo *leitos* = público e do substantivo *ergon* = prestação de atividade), a qual denotava qualquer atividade prestada ao povo ou pelo povo, serviço prestado à coletividade, ou até mesmo serviço público.²⁰

Pois bem, em que pese as teorizações acerca do serviço público terem se desenvolvido a partir do primeiro terço do século XX, as quais acabaram por atribuir a esse instituto jurídico-social o caráter de fundamento e critério do Direito Administrativo, certo é que, anteriormente, durante o Antigo Regime, existiram na França, da época medieval à Revolução Francesa, atividades análogas e até mesmo idênticas às da

¹⁸ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988.**, p. 136.

¹⁹ Utiliza-se a expressão Estado Moderno almejando indicar uma organização soberana, distinta da pessoa de seu governante, a qual detém o monopólio da jurisdição, da organização militar e da tributação.

²⁰ JUSTEN, Mônica Spezia. **A Evolução da Noção de Serviço Público.**, p. 8. Sem embargo do exposto, Mônica Justen perfaz, ainda na página retromencionada, a diferenciação entre a concepção grega e a noção hodierna de serviço público, haja vista que em Atenas a liturgia era prestada pelos detentores de grandes fortunas em forma de imposição honrosa, e não pelo poder organizado em forma de Estado.

noção de serviço público, as quais eram coordenadas por uma autoridade comum, que não é forçosamente, em especial no início do período, o Estado.²¹

Como corolário, pode-se asseverar ser a origem do serviço público anterior ao próprio paradigma estatal oriundo da Revolução Francesa, sendo certo que o seu nascimento adveio precipuamente de uma necessidade fática e não de elucubrações jurídicas ou concepções ideológicas. Não há que se olvidar, entretanto, que essa concepção primitiva de serviço público difere frontalmente da sua acepção hodierna, haja vista que uma sua atual e escorreita compreensão deve necessariamente atrelar a titularidade desse serviço ao Estado, ainda que a execução fique a cargo de entidades privadas, mediante delegação de serviço público, haja vista o disposto no artigo 175 da Constituição Federal.

Destarte, e nada obstante ter havido satisfação de necessidades coletivas por autoridades comuns distintas de um Poder Público, levada a efeito antes do surgimento do Estado moderno, doutrina majoritária refuta a natureza de serviço público a tais atividades prestacionais, haja vista a ausência de uma sua juridicidade. Assim, nos dizeres de Gaspar Ariño Ortiz, o serviço público não configura uma técnica jurídica procedente do Antigo Regime, uma vez que detém faceta institucionalista, finalista, não puramente instrumental, impensável fora do contexto político-social e de uma certa idéia de Estado que provém da Revolução.²²

Levando-se em consideração a linha argumentativa supramencionada, bem assim a íntima conexão entre os modelos de Estado e as formas de atuação da Administração Pública, far-se-á, nas laudas vindouras, um breve esboço histórico condizente à evolução estatal desde a sua raiz liberal até a sua conformação constitucional.

Nessa toada, tem-se que o **Estado Liberal**²³, resultante da ascensão política da burguesia pós-Revolução Francesa, situado historicamente entre o final do século XVIII

²¹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988.**, p. 20.

²² GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988.**, p. 21-22.

²³ Diversas são as nomenclaturas utilizadas pelos teóricos para se referir à modalidade estatal em comento, a exemplo de: Estado abstencionista, Estado-autoridade, Estado garantista, Estado da

e grande parte do século XIX, caracterizava-se por ser um *Estado Mínimo* ou *Estado-polícia*, assentando-se no primado da não intervenção na economia e detendo funções restritas quase que à mera vigilância da ordem social e à proteção contra ameaças externas, a denotar um caráter basicamente individualista da sociedade.²⁴

O Estado abstencionista difere-se frontalmente do Estado absolutista²⁵ pelo fato de o poder não mais ser exercido por vontade do monarca, mas sim em nome do povo ou da nação. Destarte, infere-se ter ocorrido, simultaneamente à unificação e centralização do poder, a despersonalização do comando político, haja vista a aludida substituição do poder pessoal pelo poder estatal. Com a fundamentação política do poder, os novos atributos estatais - laicidade, finalidade e racionalidade - fundem-se com o fito de lhe conferir o espectro de única e unitária estrutura organizacional formal da vida associada, de verdadeiro aparato da gestão do poder. Ainda em oposição ao Estado absoluto, o Estado do século XIX consagra liberdades, garantias e direitos dos indivíduos, que de súditos passaram a cidadãos. Nesse contexto exurgem os valores desse modelo estatal, a saber: garantia da liberdade, da convivência pacífica, da segurança e da propriedade. Enfim, o Estado era visto como instrumento de garantia dos direitos individuais, disso decorrendo sua utilidade e necessidade.²⁶

potência e da razão, Estado censitário, Estado burguês, Estado nacional-burguês, *État gendarme*, Estado legislativo, Estado neutro, Estado-máquina, Estado aparato, Estado mecanismo, Estado-catedral, dentre outras variantes terminológicas. Almejou-se conceituá-lo da forma mais consensual possível, enfatizando-se, outrossim, as características do Estado do século XIX.

²⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 24ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 277. Depreende-se dos ensinamentos esposados pelo eminente catedrático uspiniano, às fls. 276 do livro em comento, que a inspiração filosófica que deu sustentáculo ao Estado Liberal assegurava o livre exercício da espontaneidade individual, uma vez que se pensava ser “o indivíduo melhor árbitro de seus interesses do que o Estado, não podendo haver mal maior do que permitir que outra pessoa julgue o que convém a cada um”.

²⁵ Acerca do Estado Absolutista, disserta Vivian Cristina Lima encontrar-se inserido em uma visão patrimonialista da Administração Pública, sendo “entendido como um bem do soberano, o qual possuía legitimação fundada em elementos divinos, o que implica uma autoridade pessoal do soberano incontestável, acarretando submissão nas relações sociais, as quais eram travadas não por dever objetivo, mas tão somente pela dominação exercida por ele. Nesse ambiente prolifera a pessoalidade e a ausência de uma estrutura de controle das relações e do exercício do poder”. (VALLE, Vivian Cristina Lima López. **Administração Pública Contemporânea: o Usuário de Serviço Público e a Dignidade da Pessoa Humana**. Dissertação aprovada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, 2004, p. 8).

²⁶ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 2ª ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 79-80.

Segundo a concepção liberal, o Estado existe, pois, para assegurar a liberdade individual, de modo que não há que se falar num fim estatal próprio, mas sim na coincidência do seu fim com os fins múltiplos dos indivíduos. A tarefa primordial do Estado é garantir uma situação de liberdade externa, a fim de que cada indivíduo possa, consoante a sua própria capacidade e talento, perseguir os fins a que livremente se propõe.²⁷

Sem embargo, insta salientar a rígida demarcação das fronteiras da relação Estado e sociedade decorrente dos limites impostos à atuação estatal, inexistindo, outrossim, à época, entes intermediários prostrados entre o indivíduo e o aparato estatal - a exemplo de associações e corporações -, uma vez que se pensava ser esses organismos uma espécie de afronta à liberdade dos indivíduos.²⁸

Pois bem, do ideário fundamental do Estado Liberal exsurgiu a concepção burocrática da Administração Pública, proposta por Max Weber²⁹, cujo elemento caracterizador é o controle procedimental do agir administrativo, imprimindo ao Estado valores como transparência, lisura, impessoalidade e controle do poder, atendendo ao propósito da burguesia³⁰ de previsão e orientação de condutas para o desenvolvimento do capitalismo.³¹

Delineados os principais aspectos pertinentes ao Estado de raiz liberal pura, faz-se mister destacar a conformação do serviço público à época de vigência desse modelo

²⁷ BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. 3ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 132-133.

²⁸ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988.**, p. 62-63. Acerca da existência de duas esferas autônomas e independentes compostas, respectivamente, pelo Estado e pela sociedade, preleciona Dinorá Grotti, às fls. 23 da obra mencionada que: "a concepção predominante no século XIX, na fórmula do Estado liberal ou abstencionista, pretendia o distanciamento do Estado em relação à vida social, econômica e religiosa dos indivíduos; a garantia de independência, autonomia, liberdade do indivíduo perante o Estado era, ao mesmo tempo, garantia de independência, autonomia, liberdade da sociedade em relação ao Estado".

²⁹ É de se salientar que o raciocínio weberiano de burocracia visava estabelecer um paradigma de legitimação para justificar o poder, baseado exclusivamente na dominação legal, propondo que as obrigações estatais só existiriam dentro de competências previamente delimitadas e objetivas. (VALLE, Vivian Cristina Lima López. **Administração Pública Contemporânea.**, p. 10).

³⁰ A conexão entre a tendência à acumulação de capital e a extensão das funções do Estado é denunciada por Eros Grau ao afirmar que "a própria constituição do modo de produção capitalista dependeu da ação estatal. Em outros termos, não existiria o capitalismo sem que o Estado cumprisse a sua parte, desenvolvendo vigorosa atividade econômica, no campo dos serviços públicos". (GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988.**, p. 26).

³¹ VALLE, Vivian Cristina Lima López. **Administração Pública Contemporânea.**, p. 12.

estatal. Nesse diapasão, Benoit Jeanneau, *apud* Dinorá Grotti, ressalva existirem etapas sucessivas de serviços públicos, sendo que a primeira, condizente ao Estado-polícia:

(...) enfeixa um número de serviços públicos relativamente limitado, cujo objeto corresponde às grandes funções que incumbem naturalmente ao Estado em toda sociedade organizada, compreendendo: a defesa nacional e a representação diplomática, a polícia e a justiça, mas também a construção e manutenção das estradas, o encaminhamento do correio e a transmissão de despachos; em suma, o mínimo de organização e de restrições comuns para assegurar, além da proteção do território, a manutenção da ordem pública e da segurança das relações jurídicas.³² (grifos no original)

Como corolário, constata-se que a expressão serviço público era utilizada para designar as atividades de interesse geral, sendo válida a combinação dos três critérios que definiam o serviço público, quais sejam: subjetivo, material e formal.³³

Depreende-se do exposto que nos primórdios do modelo estatal liberal, o serviço público consistia, quanto ao seu conteúdo, em uma atividade protetora e garantidora dos direitos individuais considerados de grande valia pelos particulares, cuja satisfação era possível sem a intervenção estatal. O Estado, por sua vez, detinha a titularidade do serviço, desempenhando um papel basicamente protetor e garantidor.³⁴

Entretanto, dada a inexistência de entidades intermediárias entre a sociedade e o Estado, bem assim o individualismo exacerbado da época, o Estado se viu paulatinamente obrigado a assumir algumas tarefas até então consideradas não estatais, de maneira precípua as hodiernamente denominadas de serviços assistenciais e sociais, as quais persistiram sendo passíveis de serem prestadas por terceiros, nesse caso, sofrendo regulamentação através do poder de polícia, justificada por sua conexão com o interesse público.

Nesse contexto histórico, em que Estado e sociedade encontram-se dispostos de maneira estanque, a fim de intervir em uma certa seara o Estado necessita previamente

³² JENNEAU, Benoit. **Droit des services publics et des entreprises nationales**. Paris, Dalloz, 1984, p. 20-21 *Apud* GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988**, p. 70.

³³ Tais critérios consubstanciarão objeto de estudo do Capítulo II da presente monografia.

³⁴ ROIG, Rafael de Asís *apud* GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988**, p. 71.

declará-la de sua competência. Reside nessa premissa, pois, a origem da figura da *publicatio*, que consiste na atribuição da titularidade de determinada tarefa à Administração e a exclusão de seu desenvolvimento pelos particulares sem prévia concessão outorgada a seu favor pela Administração Pública. Sem embargo, é de se ressaltar a necessidade de que a *publicatio* advenha de lei formal, haja vista implicar a negação da liberdade de indústria efusivamente defendida no século XIX.³⁵

Como corolário, veio à baila o conceito técnico-jurídico de serviço público, cuja matriz é essencialmente francesa, sendo certo que as teorizações clássicas acerca desse instituto administrativo foram elaboradas pela jurisprudência do Conselho de Estado Francês, conforme alhures restará demonstrado.

Em que pese ter havido progresso econômico acentuado na era liberal, bem assim alvissareira valorização da liberdade humana, fato é que a mera igualdade formal propugnada pelos seus idealizadores, dentre eles Adam Smith, não foi suficiente para apaziguar as desigualdades econômicas e sociais da época³⁶, as quais, inclusive, exacerbaram-se, tendo como conseqüência nefasta uma crescente injustiça social, visto que se concedia a todos “o direito de ser livre”, mas não se assegurava a ninguém “o poder de ser livre.”³⁷

Destarte, paulatinamente restaram atribuídas novas funções ao Estado, haja vista as propaladas imperfeições do liberalismo no âmbito econômico e social aliadas à incapacidade de auto-regulação dos mercados. Em crise o Estado Liberal,³⁸ a

³⁵ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988.**, p. 23-25.

³⁶ Anota Paulo Bonavides, a respeito da distância entre o que se apregoava formalmente e a realidade social da época: “Mas como a igualdade a que se arrima o liberalismo é apenas formal, e encobre, na realidade, sob o seu manto de abstração, um mundo de desigualdades de fato – econômicas, sociais, políticas e pessoais – termina a apregoada liberdade do liberalismo, como Bismarck já o notara, numa real liberdade de oprimir os fracos, restando a estes, afinal de contas, tão-somente a liberdade de morrer de fome”. (BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1980, p. 31).

³⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado.**, p. 277.

³⁸ Odete Medauar enuncia alguns fatores responsáveis pela mudança de modelo estatal ocorrida em fins do século XIX, acentuando-se na segunda metade do século XX, dentre os quais se destacam: o sufrágio universal, que permitiu a formação dos partidos políticos modernos; a crescente pressão dos sindicatos sobre o Estado, os quais reivindicavam que a igualdade formal se tornasse real, que as liberdades afirmadas nos textos constitucionais tivessem efetividade, que houvesse justiça social e que se assegurasse o suficiente para as necessidades básicas da vida; a atuação do Estado nas situações de crise econômica, mormente no pós-guerra; a transferência progressiva da população das zonas rurais

burguesia, amedrontada pelo espectro do socialismo, cedeu lugar a um novo modelo, com vistas a defender o modo de produção capitalista; eis que surge, então, o Estado Social ou de Prestações.³⁹

O **Estado Social**⁴⁰ estendeu-se do século XIX até o ocaso do século XX, caracterizando-se por uma crescente intervenção estatal nos campos social e econômico, justificada pela necessidade de se corrigir as distorções e falhas da teoria liberal.⁴¹ Contrapondo-se ao ultra-individualismo típico do Estado Liberal, o Estado prestacional atuou para satisfazer as necessidades sociais, promover o desenvolvimento e garantir os direitos fundamentais “não somente pela sua declaração formal em norma jurídica, mas na promoção de ações sociais dirigidas à concretização daqueles direitos. A preocupação deixa de centrar-se na liberdade do indivíduo e se desloca para a igualdade entre os cidadãos, com a substituição do individualismo pelo interesse público, pelo bem comum”.⁴²

Destarte, os direitos-liberdade tornam-se direitos-exigência⁴³, ante a transmutação do Estado garantidor em Estado providência, cuja existência resta legitimada pela consecução de um mínimo de condições vitais para todos os indivíduos.

para as urbanas, com o surgimento das grandes metrópoles e problemas de convivência de massas humanas; o alto grau de desenvolvimento científico e tecnológico, com reflexos nos padrões de saúde, higiene, instrução, informação e conforto pessoal da coletividade. (MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução.**, p. 83-84).

³⁹ VALLE, Viviane Cristina Lima López. **Administração Pública Contemporânea.**, p. 16.

⁴⁰ Consoante se aduziu alhures, também se faz lícito destacar a variação terminológica condizente ao Estado Social; assim, relaciona-se lista exemplificativa das nomenclaturas propostas a essa espécime estatal, a saber: Estado intervencionista, Estado-providência, Estado telocrático, Estado *manager*, Estado de prestações, Estado pluriclasse, Estado assistencial, Estado responsável, Estado empresário, Estado distribuidor, Estado nutriz, Estado de associações, Estado de bem-estar, Estado social-democrata, Estado neocorporativo, Estado promocional, Estado pós-liberal, *Welfare State*, dentre outras terminologias esposadas pela doutrina especializada.

⁴¹ Exemplifica-nos, Odete Medauar, as distintas concepções teóricas a respeito do surgimento do Estado Social, uma vez que “há explicações que o vêem como tendência compensatória destinada a corrigir desequilíbrios econômicos e sociais do capitalismo ou como *disfarce*, pois a preocupação com o social ocultaria o verdadeiro intuito da manutenção de domínio de certa classe sobre a coletividade; em outra linha, acredita-se que o Estado dessa época é continuação do Estado liberal, com a diferença de que admite intervenção na atividade econômica”. (MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução.**, p. 85).

⁴² GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988.**, p. 64.

⁴³ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução.**, p. 87.

Acerca da transformação das incumbências estatais que desembocaram no surgimento do Estado social, bem assim justificando a terminologia utilizada para o qualificar, disserta Paulo Bonavides:

Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador a ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede o crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência ao seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode com justiça receber a denominação de Estado social.⁴⁴

O contexto sócio-político-econômico no qual se insere a crescente posição intervencionista do Estado caracterizou-se sobremaneira pelo surgimento do proletariado, decorrência direta da Revolução Industrial, cujos membros viviam em situação extremamente precária, sob péssimas condições de trabalho e remuneração ínfima. Não fosse isso o suficiente, a classe proletária habitava grandes aglomerados urbanos os quais eram desassistidos de serviços públicos essenciais. Nada obstante esse funesto panorama, a burguesia, que despontara para a vida política como força revolucionária, transformara-se em conservadora, não admitindo a interferência estatal para alterar a situação estabelecida⁴⁵ e corrigir as injustiças sociais: daí a insurgência do proletariado, que aderiu em peso aos movimentos socialistas do século XIX.⁴⁶

Nesse diapasão, faz-se necessário destacar que o Estado Social emergiu sob a égide de duas vertentes dominantes, quais sejam: “o Estado socialista, de forte

⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**, p. 208.

⁴⁵ Levando-se em consideração, entretanto, a imbricação direta entre a crescente atitude intervencionista do Estado e as necessidades de preservação do sistema econômico dominante, tem-se que a burguesia, paulatinamente, utilizou-se do Estado para prover as massas daquilo que lhes era prometido pelo socialismo. Posteriormente, com o ocaso da ameaça socialista – simbolicamente representada pela queda do muro de Berlim – a burguesia não mais esteve disposta a financiar a continuidade dos encargos estatais, já que não vislumbrava mais qualquer perigo próximo ao sistema capitalista. (COELHO, Fábio Ulhoa. *Reforma do Estado e Direito Concorrencial*. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 192).

⁴⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**, p. 278.

centralização econômica, que começa em 1917, na Revolução Russa, e o Estado do bem-estar social⁴⁷, que se consolida nas democracias ocidentais após a Segunda Guerra Mundial”.⁴⁸

Há de ser ressaltado, inclusive, que a ocorrência de duas guerras mundiais foi uma das causas que estimulou ainda mais a atitude intervencionista do Estado. Com efeito, o panorama pós-guerra esboçou-se extremamente sombrio, soçobrando Estados completamente desestruturados. Destarte, em face das inúmeras necessidades surgidas - a exemplo da restauração dos meios de produção, da reconstrução das cidades, enfim, da readaptação das pessoas à vida em sociedade -, fez-se salutar a iniciativa estatal em vários setores.

No plano ideológico, por influência principalmente do trabalho do sociólogo Émile Durkheim, difundiu-se a doutrina solidarista, a qual serviu, na prática, de justificativa para uma intervenção crescente do Estado nas relações sociais. Por intermédio das idéias propugnadas pelo solidarismo, justificava-se a intervenção do Estado pela necessidade de garantir a solidariedade social.⁴⁹

Assim, com o incremento das atividades promocionais pelo Estado, bem assim com sua crescente intervenção nos campos social e econômico, ampliou-se significativamente o aparelho da Administração Pública estatal. Uma das conseqüências desse agigantamento do Estado foi o alargamento das prestações de utilidades aos cidadãos, de modo que “não seria exagero afirmar que o Estado de Bem-estar Social é o Estado do Serviço Público”.⁵⁰

No modelo social de Estado, o serviço público reafirma sua função assecuratória de direitos, inovando, entretanto, ao assumir a missão de os satisfazer. O Estado, titular dos serviços públicos, desempenha, portanto, uma atividade protetora, garantidora e

⁴⁷ Nessa toada, é de mister a ressalva levada a efeito por Paulo Bonavides, no sentido de que “o Estado social representa efetivamente uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado liberal. Seus matizes são riquíssimos e diversos. Mas algo, no Ocidente, o distingue, desde as bases, do Estado proletário, que o socialismo marxista intenta implantar: é que ele *conserva sua adesão à ordem capitalista, princípio cardeal a que não renuncia*”. (grifos nossos). (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social.*, p. 205.

⁴⁸ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988.*, p. 63.

⁴⁹ JUSTEN, Monica Spezia. *A Evolução da Noção de Serviço Público.*, p. 13.

⁵⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, p. 23.

promocional dos direitos individuais e sociais considerados como imprescindíveis pelos particulares, os quais persistem na condição de receptores do serviço.

A atuação do Estado no paradigma social distingue-se, enfim, significativamente da atuação estatal no modelo liberal, uma vez que o Poder Público assume para si uma obrigação prestacional. Pois bem, intrinsecamente conectada a esse viés prestacional encontra-se a característica mais relevante do Estado intervencionista, qual seja, a inserção dos direitos sociais como objetos dos serviços públicos.⁵¹

Com a valorização dos direitos sociais, a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919 consagram-nos, pioneiramente, em seus textos. Embora esse fato tenha sido congratulado como um grande avanço social por diversos juristas, faz-se mister desmitificá-lo, porquanto as normas sociais contidas nas Constituições supramencionadas detinham o caráter de meramente programáticas, vale dizer, definiam direitos, sem os garantir, na medida em que esses direitos só assumem eficácia plena quando implementados pelo legislador ordinário ou por ato do Executivo. A inclusão dos direitos sociais nas Constituições em comento, tidas como formais, consubstanciam, por derradeiro, um instrumento retórico de dominação, transformando o texto constitucional em um mito.⁵²

⁵¹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988.**, p. 71.

⁵² GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988.**, p. 41. O eminente autor em comento exemplifica com brilhantismo o papel de mito ocupado pelas Constituições formais, detentoras de normas programáticas, no seguinte excerto: "As Constituições formais inúmeras vezes consubstanciam modalidade exemplar de mito moderno. Por um lado, instalam no seio da coletividade a convicção de que se vive sob a égide do Estado de Direito; se a Constituição, documento formal, existe, temos instituído o regime do Estado de Direito. Por outro – sobretudo a partir do instante em que, tocadas por um gesto de brilhantismo invulgar, a burguesia faz incluir nela um capítulo atinente aos direitos econômicos e sociais – funcionam como anteparo às expansões da sociedade, amortecida naquilo que seria expressão de sua ânsia de buscar a realização de aspirações econômicas e sociais. A Constituição, então, instaura o 'Estado Social' e passa a ser exaustivamente 'consumida' pela sociedade. Pouco importa que suas disposições tenham caráter programático, contemplem direitos não juridicamente exequíveis, isto é, não garantidos". (GRAU, Eros Roberto. **A Constituinte e a Constituição que teremos.** São Paulo: Editora RT, 1985 *apud* GRAU, Eros Roberto. *Op. cit.*, p. 42). Outrossim, faz-se possível inserir nesse meandro a recomendação esposada por Robert Alexy, segundo o qual os direitos do homem são tão mais difíceis de concretizar quanto mais eles prometem. Destarte, assevera o autor alemão: "Mesmo entre o plano epistemológico e o institucional existem conexões mais estreitas. Quanto melhor direitos do homem são fundamentados, tanto mais legítima é a sua concretização internacional por força", (ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional.** *Revista de Direito Administrativo.* n. 217, jul./set., 1999, p. 58).

Posto isso, e sem embargo das ilações acima aduzidas, é de mister destacar as vicissitudes ocorridas na seara política com o advento do Estado social. Nessa quadra, tem-se que houve um estilhaçamento do monopólio do poder político pelo Estado, porquanto da centralização do poder estatal, outrora propugnada pelos liberais, passou-se a uma rede de poderes, vale dizer, foi-se da verticalidade à horizontalidade política, com a conseqüente participação das massas no âmbito político, dentro e fora do Estado, seja em termos de democracia representativa ou até mesmo participativa. Salienta-se, no entanto, a persistência do Estado na condição de centro político, ao redor do qual orbitavam entes políticos e administrativos.⁵³

Na esteira dessa relativização do binômio público/privado, deu-se a reaproximação da sociedade e do Estado, mormente em decorrência da atribuição ao Poder Público da incumbência de assegurar a realização do bem-estar da coletividade, intervindo nas relações econômicas e sociais para as aproximar da justiça material, sob a presunção de deter melhores condições técnicas para assegurar a fluidez econômica.⁵⁴

Ademais disso, houve intensa direção⁵⁵ do sistema econômico pelo Estado social, passando esse a atuar no campo antes reservado à iniciativa e realização de particulares, sem que se refutasse a manutenção do princípio da iniciativa privada e do mercado. Assim, “surgem as noções de Estado-empresário, porque estatiza empresas,

⁵³ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução.**, p. 87-88.

⁵⁴ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988.**, p. 64.

⁵⁵ As formas de atuação do Estado em relação ao processo econômico são divididas por Eros Roberto Grau em *intervenção* e *atuação*, sendo essa conotação mais ampla, destinada a referir-se à ação do Estado em relação à esfera do privado, mas também no quanto respeita à prestação de serviço público e à regulação da prestação do serviço público. De outro lado, *intervenção*, ação estatal no âmbito da atividade econômica em sentido estrito, ou seja, no domínio econômico, é subdividida em três modalidades pelo atual ministro do STF, a saber: *intervenção por absorção ou participação*; *intervenção por direção* e *intervenção por indução*. Nas duas primeiras modalidades o Estado atua enquanto agente econômico, sendo que nas duas últimas, atua como regulador da atividade econômica. Pois bem, no que toca à intervenção por absorção, tem-se que consiste na assunção integral pelo Estado do controle dos meios de produção e/ou troca em determinado setor da atividade econômica em sentido estrito (monopólio); na intervenção por participação, o Estado assume parcialmente o controle dos meios de produção e/ou troca, portanto, atuando em regime de competência com empresas privadas; na intervenção por direção, o Estado exerce pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os sujeitos da atividade econômica em sentido estrito; por fim, na intervenção por indução, o Estado manipula os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados. (GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988.**, p. 148-149).

participa, com o capital privado, de empresas mistas e cria empresas com o capital público, mas sob a forma jurídica privada; e a de Estado-distribuidor, porque distribui bens econômicos e sociais, para a realização da justiça social. O desempenho dessas duas funções leva a que o Estado, paralelamente à manutenção da economia de mercado, assuma a regulação, a fiscalização e a direção do processo econômico”.⁵⁶

As características supramencionadas – intervenção por direção no domínio econômico e estatização de certas atividades econômicas – repercutiram diretamente na organização da Administração Pública burocrática, a qual, em que pese o agigantamento de sua estrutura, manteve inalterados os seus pressupostos legitimadores. A esse respeito disserta Vivian Cristina Lima:

Ao assumir o papel de prestador de serviços públicos, o Estado Social atenuou a dicotomia público/privado, intervindo nas relações sociais e objetivando a redução das desigualdades, o que conduziu ao aumento das demandas às instituições públicas, e desestruturou o aparelho da Administração Pública, que não possuía organização suficiente para atender satisfatoriamente a esse aumento.⁵⁷

Constata-se, nessa toada, a ampliação desmesurada do rol de atribuições do Poder Público. Com isso, o Executivo passa a controlar quase que a totalidade das novas funções recentemente conquistadas pelo Estado, assumindo, portanto, uma força política e jurídica preponderante em relação aos demais poderes. Tornou-se corrente afirmar, destarte, que, com o Estado social, o *government by policies* vai além do mero *government by law* do liberalismo⁵⁸. Nessa esteira argumentativa, faz-se lícito asseverar, como o faz Clèmerson Merlin Clève, que o Estado social é eminentemente um Estado Administrativo:

Em primeiro lugar, a função legislativa atua como jamais atuou. O número de leis aumenta consideravelmente. Por outro lado, o Estado passa a atuar cada vez mais por meio de outros instrumentos jurídicos que não a lei. O Estado Social é igualmente um Estado Administrativo. (...) Ou seja, o Estado age, hoje, mais por meio da administração (atos administrativos e contratos

⁵⁶ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988.**, p. 65.

⁵⁷ VALLE, Vivian Cristina Lima López. **Administração Pública Contemporânea.**, p. 22.

⁵⁸ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988.** São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 57-58.

administrativos) do que propriamente por meio da lei, embora esta seja, hoje, mais utilizada que antes, tendo, por isso, sofrido um processo de relativa banalização.⁵⁹

No que atine à realidade brasileira, tem-se que a estrutura burocrática clássica, cuja origem remonta à década de 30, com a criação do Departamento Administrativo do Serviço Público, sofreu abruptas transformações na década de 60, com a edição do Decreto – Lei n.º 200/67⁶⁰, o qual visava atender às necessidades de intervencionismo da esfera estatal na economia, orientando-se para promover uma descentralização⁶¹ institucional da Administração Pública.⁶²

Destarte, visando-se ao desenvolvimento econômico e social do país, propugnou-se a concentração da maioria das atividades estatais na estrutura da Administração Pública Indireta, cujo regime jurídico, menos burocrático, era essencialmente distinto do regime jurídico-administrativo típico da Administração Pública Direta. Porém, em que pese essa novel tentativa de renovação da Administração Pública brasileira, não há de se olvidar que, posteriormente, com a crise econômica mundial da década de 70, discutiu-se efusivamente a validade dos

⁵⁹CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 49-50.

⁶⁰ O Decreto-Lei n.º 200/67, conjuntamente às suas ulteriores modificações (Decreto-Lei n.º 900/69, Decreto-Lei n.º 2.299/86 e Lei n.º 7.596/87), dividem a Administração Pública em Direta e Indireta. Aquela compreende os serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios. De outro lado, a Administração Pública Indireta compreende as: i – Autarquias; ii – Empresas Públicas; iii – Sociedades de Economia Mista; iv – Fundações Públicas; todas dotadas de personalidade jurídica própria.

⁶¹ Veja-se que a mutação da organização da Administração Pública brasileira perpassa por distintas fases. Em um primeiro momento, o qual se encontra sob análise, avultam-se os fenômenos da desconcentração e descentralização, de modo que somente com a reforma administrativa ocorrida na década de 90, foi possível falar-se em privatização, desestatização e despublicização. Nesses termos, Celso Antônio Bandeira de Mello discorre serem descentralização e desconcentração conceitos claramente distintos: “A descentralização pressupõe pessoas jurídicas diversas: aquela que originariamente tem ou teria titulação sobre certa atividade e aquela ou aquelas às quais foi atribuído o desempenho das atividades em causa. A desconcentração está sempre referida a uma só pessoa, pois cogita-se da distribuição de competências na intimidade dela, mantendo-se, pois, o liame unificador da hierarquia. Pela descentralização rompe-se uma unidade personalizada e não há vínculo hierárquico entre a Administração Central e a pessoa estatal descentralizada. Assim, a segunda não é ‘subordinada’ à primeira”. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 20ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 139).

⁶² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, p. 23-24.

postulados keynesianos⁶³. Assim, o Estado de bem-estar Social, calcado no modelo burocrático weberiano, passa a ser alvo de inúmeras críticas.

Em que pese indiscutivelmente a Constituição Brasileira de 1988 estabelecer como padrão mínimo de configuração estatal o Estado Social de Direito⁶⁴, há que ser redefinida a sua estrutura jurídica, uma vez que além da propalada crise fiscal, o Estado social enfrenta questionamentos acerca da possibilidade de implementação exclusivamente estatal das políticas públicas definidas constitucionalmente. Nada obstante isso, a remodelação do Estado social há de ser levada a efeito sem a fulminação de seus alicerces, porquanto em um mundo onde as forças do mercado não se sujeitem a controle algum a paz estará permanentemente em risco.⁶⁵

Nas últimas décadas do século XX e no limiar do presente século, o mundo passou por incisivas transformações, a exemplo do fenômeno da globalização e da disseminação da ideologia neoliberal, as quais engendraram vicissitudes nas estruturas burocráticas e de intervenção erigidas sob a égide do Estado social. Nessa toada, houve um redimensionamento das atividades estatais, dentre elas o serviço público, o qual passa a ser gerido pela iniciativa privada, incumbindo ao Poder Público tão-somente a fiscalização das atividades prestadas pelos particulares.

A redefinição do papel do Estado⁶⁶ implica, por sua vez, a reformulação do paradigma da Administração Pública, que de burocrática reorienta-se para um modelo

⁶³ John Maynard Keynes foi o maior ideólogo do Estado social. Consoante os seus ensinamentos, "o Estado deveria intervir na economia a fim de gerar um patamar mínimo de coesão imprescindível ao desenvolvimento e estabilidades sociais e econômicas. Para KEYNES o social é compreendido como estruturante interno da dinâmica econômica. Sua teoria integra as relações do capital e do trabalho. As duas características principais das políticas keynesianas são as de ser expansivas ou de crescimento no plano econômico e redistributivas no plano social, formando, neste último aspecto, o pacto social keynesiano entre classes possuidoras e classes subalternas". (VALLE, Vivian Cristina Lima López. *Administração Pública Contemporânea.*, p. 20.

⁶⁴ VALLE, Vivian Cristina Lima López. *Administração Pública Contemporânea.*, p. 28.

⁶⁵ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988.*, p. 58.

⁶⁶ As linhas básicas da reforma administrativa brasileira ocorrida na década de 90 encontram-se consubstanciadas no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, elaborado em 1995, em Brasília pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado – MARE. Restaram considerados quatro setores básicos de atuação do Estado, quais sejam: *núcleo estratégico*, integrado pelos Poderes Legislativo e Judiciário, Ministério Público e a parte do Poder Executivo responsável pelo planejamento de políticas públicas; *atividades exclusivas*, referentes à atividade administrativa indelegável, consubstanciando o poder de polícia, as regulações, as fiscalizações e a transformação de autarquias e fundações em agências autônomas, mediante celebração de contrato de gestão; *serviços não-exclusivos*, prestados pelo Estado porque visam à proteção dos direitos humanos fundamentais ou porque possuem

gerencial⁶⁷, assentado no consenso e na procedimentalidade, bem assim, na transferência para o setor público não estatal dos serviços sociais e científicos competitivos, nos quais o controle cinge-se aos fins alcançados e não ao agir administrativo (meio).⁶⁸ Ademais disso, cumpre salientar ser a Administração Pública gerencial regida pelos seguintes princípios basilares: desburocratização, descentralização, transparência, *accountability*⁶⁹, ética, profissionalismo e enfoque no cidadão.

Odete Medauar, numa tentativa de sintetizar as mudanças pelas quais perpassa o Estado do século XXI, enumera diversos qualificativos anexados ao termo Estado, conforme resta explicitado no excerto transcrito infra:

Estado regulador ou *Estado regulador-controlador*. Consubstancia a retirada do Estado de diversos setores, transferindo-os à execução privada, no entanto, persiste o ente estatal fixando regras, fiscalizando o seu cumprimento e impondo sanções. Ainda, em âmbitos considerados sensíveis para a sociedade, cria agências reguladoras com o fito de controlar esses setores estratégicos.

Estado propulsivo ou *animador*. Age pela adoção de políticas públicas, promovendo e orientando setores da sociedade no sentido do interesse geral.

Estado reflexivo ou *catalisador*. Leva em consideração as reações dos destinatários de seus comandos, utilizando-se precipuamente da negociação e da busca do consenso.

Estado incitador. Utiliza-se sobremaneira da persuasão, buscando influir sobre os comportamentos mais que impor; mas não abandona as sanções, que passam a desempenhar papel relevante.

Estado mediador ou *negociador*. Diz com o papel do Estado em todos os aspectos da regulação (econômica, social e jurídica), coordenando elementos cada vez mais diferenciados da sociedade.

benefícios difundidos pela sociedade, prevendo o processo de publicização mediante a transferência de tais atividades para as organizações sociais; e *produção de bens e serviços para o mercado*, assumidas anteriormente pelo Estado porque faltaram investimentos privados ou porque constituíam monopólios naturais, propondo-se um amplo programa de privatização, mas sob rígida regulação.

⁶⁷ Consoante preleciona Dinorá Grotti, a Administração Pública gerencial detém como características principais: o caráter democrático, com prevalência da eficiência e indicadores objetivos e mensuráveis de gestão, dando maior ênfase ao resultado do que ao processo; o objetivo de atendimento do cidadão-usuário, ou cidadão-cliente; a descentralização instrumentalizada, através das agências executivas, reguladoras e organizações sociais controladas por indicadores de desempenho, através dos contratos de gestão. (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988.**, p. 151).

⁶⁸ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988.**, p. cit., p. 38.

⁶⁹ Em termos latos significa dizer que o Estado encontra-se obrigado a prestar contas de suas atividades aos cidadãos e demais pessoas interessadas.

Estado cooperativo. Caracterizado pelas parcerias. Ocorre intensa colaboração entre entes administrativos e entes privados na realização de tarefas públicas.

Estado subsidiário. Expressão que encontra sua maior controvérsia no tocante à chamada “subsidiariedade horizontal”, relativa à definição das relações entre a atuação pública e a iniciativa da sociedade; em virtude do neoliberalismo e do relevo atribuído ao mercado, uma linha de pensamento defende a primazia da sociedade e o caráter residual da atuação do Poder Público.

Estado-rede. Ocorre multiplicidade de Poderes Públicos, que se interconectam sem haver necessariamente hierarquização, mas interdependência.⁷⁰

Depreende-se do exposto que o paradigma do **Estado Regulador ou Estado Subsidiário**, consiste em um contraponto ao modelo do abstencionismo estatal (típico do Estado liberal) e do intervencionismo estatal (oriundo do Estado social), haja vista ser o Estado Regulador responsável, ao lado da sociedade civil, pela execução de serviços públicos, não somente aqueles tidos como essenciais e típicos do Poder Público, mas também as atividades sociais e econômicas que a iniciativa privada não consiga satisfazer. Destarte, restam reservadas duas frentes de atuação ao Estado: de um lado, deverá reconhecer a primazia da iniciativa privada sobre a estatal, abstendo-se de desempenhar funções passíveis de serem assumidas pelo particular; de outro lado, o Estado deve fomentar e fiscalizar a iniciativa privada, assegurando-lhe o progresso no desempenho de suas atividades.

Sem adentrar propriamente na celeuma que envolve a discussão acerca da proficuidade de um Estado Regulador brasileiro, uma vez que esse ponto não compreende o objeto específico do presente trabalho, faz-se pertinente esposar a crítica esboçada por Vivian Cristina Lima López⁷¹, a respeito da orientação gerencial da Administração Pública, a qual se faz presente no modelo estatal subsidiário. Pois bem, consoante a autora mencionada, a reengenharia apresentada pela Ciência da

⁷⁰ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução.**, p. 98-99.

⁷¹ Em outro texto de sua autoria, Vivian Cristina Lima López enfatiza que “o princípio da subsidiariedade aplicado à realidade social e política europeia apresenta-se factível e possível de ser desenvolvido sem prejuízo das conquistas do Estado Social. No entanto, não parece que a mesma conclusão possa ser alcançada com sua aplicação na realidade brasileira tal qual foi concebido nos padrões europeus. Necessita-se de um modelo de prestação de serviços públicos próprio, adequado às estruturas sociais do País, que leve em consideração que o Estado Brasileiro sequer implementou satisfatoriamente todas as propostas da modernidade e que possui altos e severos índices de desigualdade social. 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”. (VALLE, Vivian Cristina Lima López. **O Novo Conceito de Serviço Público.** In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). **Cenários do Direito Administrativo.**, p. 545).

Administração não é adequada à Administração Pública, porquanto enfatiza exacerbadamente o aspecto econômico, a eficiência, deixando em segundo plano o aspecto social, desprezando idéias como dignidade da pessoa humana e legitimação procedimental, necessárias em vários aspectos da gestão pública. Nessa quadra, profetiza Vivian Cristina Lima López que “a adoção integral do gerencialismo tal qual foi desenvolvido na Ciência da Administração certamente levará a um retrocesso significativo na proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos e na concepção personalizadora do Direito administrativo”.⁷²

Sem embargo das ilações acima aduzidas, faz-se necessário ressaltar a existência de outros modelos estatais existentes ao longo da evolução política dos países centrais e, em menor medida, dos países periféricos, como é o caso do Brasil⁷³. Nessa seara, tem-se o paradigma do **Estado Democrático**, o qual se caracteriza pela noção de “governo pelo povo, revelada na própria etimologia do termo democracia”,⁷⁴ cuja origem remonta ao século XVIII, e que hodiernamente persiste detendo indiscutível legitimidade, mormente com a difusão dos ideais de democracia participativa.

De outro lado, destaca-se o **Estado de Direito**, direcionado ao formalismo pela influência das idéias kelsenianas⁷⁵, assenta-se na submissão ao império da lei, na divisão de poderes e na garantia dos direitos individuais.⁷⁶ A partir dessas premissas,

⁷² VALLE, Vivian Cristina Lima López. **Administração Pública Contemporânea.**, p. 60.

⁷³ Em que pese ter sido esboçada, na primeira parte deste segundo item, uma linha cronológica, que se inicia no século XIX, com o advento do Estado liberal, e finda no século XX, com o Estado social, faz-se mister destacar a coexistência das modalidades de Estado ora retratada. Com efeito, há autores que se utilizam da expressão Estado social de Direito para designar aquilo que se indicou como Estado social no presente trabalho. Da mesma forma, não se pode olvidar ser o Estado Democrático uma constante em diversos países com tradição democrática, a exemplo dos Estado Unidos que o adotaram desde o primórdio das teorizações democráticas, com Alexis de Tocqueville, no século XVIII. Enfim, o que se procura ressaltar é a quebra da linearidade histórica que vinha sendo utilizada no início da exposição acerca dos adjetivos que acompanham o substantivo Estado, passando-se, nessa parte, à exposição de alguns modelos estatais, sem a preocupação de corroborar uma certa linha cronológica entre esses paradigmas.

⁷⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado.**, p. 145.

⁷⁵ Para Hans Kelsen, Estado e Direito são conceitos que se confundem, haja vista ser o Estado, para esse autor, mera ordem jurídica, destituído de conotação axiológica, sociológica ou histórica. Como corolário, todo Estado havia de ser Estado de Direito, sendo, inclusive, pleonástica a expressão “Estado de Direito”. As críticas a essa concepção endureceram bruscamente após o término da 2ª Guerra Mundial, uma vez que o regime nazista na Alemanha desenvolveu-se inteiramente sob o respaldo legal, tendo em vista a preconizada dissociação entre direito e justiça.

⁷⁶ AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 23ª. ed. rev. e. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 112-113.

propaga-se a idéia de que a Administração Pública deve atuar estritamente sob a égide legal, o que se traduz no princípio da legalidade em sentido amplo, sintetizado no axioma segundo o qual tudo aquilo que não for expressamente permitido pela lei, veda-se à Administração Pública fazer. Enfim, a vinculação legal da Administração resta sacramentada nos célebres dizeres de Seabra Fagundes, consoante quem, administrar é aplicar a lei de ofício.

Por derradeiro, numa síntese dialética das duas concepções esposadas anteriormente (Estado Democrático e Estado de Direito), tem-se o surgimento do **Estado Constitucional**⁷⁷, “diretamente vinculado ao atendimento de uma série de objetivos axiológicos, relacionados à progressiva promoção de determinados fins, como a superação das desigualdades materiais presentes na sociedade, a realização de uma justiça substancial e a salvaguarda da democracia, que representam efetivas cláusulas de transformação social”.⁷⁸

O Estado Constitucional, democrático, plural e participativo, conformou-se ao Estado brasileiro após a promulgação da Constituição da República de 1988, a qual, de maneira expressa, em seu artigo 1º, prevê que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, abrindo, assim, “as perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais, que ela inscreve, e pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania e que possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana”⁷⁹.

O papel da Administração Pública, sob a égide do Estado Constitucional, cresce exponencialmente, uma vez que resta sob a sua incumbência a concretização dos elementos normativos gerais e abstratos presentes no ordenamento jurídico, devendo, para tanto, promover a implementação de uma multiplicidade de ações e programas:

⁷⁷ Assevera peremptoriamente Canotilho: “qualquer que seja o conceito e a justificação do Estado – e existem vários conceitos e várias justificações - o Estado só se concebe hoje como Estado Constitucional”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 89).

⁷⁸ BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional**. A Problemática da Concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública Brasileira Contemporânea. Dissertação aprovada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, 2006, p. 3.

⁷⁹ AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 120.

daí a preponderância das políticas públicas e dos serviços públicos na seara do direito administrativo-constitucional do limiar do novo século.

Nessa quadra, faz-se oportuno propugnar a imprescindível imbricação entre o Direito Administrativo e o Direito Constitucional no Estado Democrático de Direito. Com efeito, se antes, administrar significava executar a lei de ofício, hodiernamente, administrar deve significar concretizar a Constituição de ofício⁸⁰, porquanto o agir administrativo há que estar jungido às regras, princípios e valores esposados na Constituição da República.⁸¹ Assim, o Direito Administrativo passa a ser o Direito Constitucional concretizado. O Direito Constitucional estabelece os parâmetros do Direito Administrativo, obrigando sobremaneira a reformulação, ainda que parcial, de todas as suas categorias, não se eximindo, nessa seara, o instituto do serviço público.

Partindo-se da premissa de que a Constituição, decisão política fundamental⁸², conforma todo o aparato estatal, resta evidente que os escopos primordiais do Estado Constitucional são a dignidade da pessoa humana, em sua dimensão normativa, e os Direitos Fundamentais decorrentes desse princípio-fundamento. Destarte, faz-se lícito asseverar que o Brasil, após a promulgação da Carta Constitucional de 1988 - eminentemente dirigente⁸³ e vinculativa -, passou a integrar os países adeptos do *Constitucionalismo* contemporâneo, caracterizado, numa índole formal, “pela superioridade hierárquica e definitiva centralidade da Carta Magna, pela plena

⁸⁰ A par da figura retórica utilizada (aplicar a Constituição de ofício), o que se almeja explicitar é a transmutação do tradicional princípio da legalidade ao hodierno princípio da juridicidade, o qual implica a submissão da Administração Pública ao ordenamento jurídico (e não somente à lei formal). Nesses termos, Juarez Freitas, para quem: “(...) a subordinação da Administração Pública não é apenas à lei. Deve haver o respeito à legalidade, sim, todavia, encartada no plexo de características e ponderações que a qualifiquem como sistematicamente justificável. Não quer dizer que se possa alternativamente obedecer à lei ou ao Direito. Não. A legalidade devidamente justificada requer uma observância cumulativa dos princípios em sintonia com a teleologia constitucional. A justificação apresenta-se menos como submissão do que como respeito fundado e racional. Não é servidão ou vassalagem, mas acatamento pleno e concomitante à lei e ao Direito. Assim, desfruta o princípio da legalidade de autonomia mitigada”. (FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais**. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 43-44).

⁸¹ Nesse sentido apregoa Paulo Bonavides: “Se o velho Estado de Direito do liberalismo fazia o culto da lei, o novo Estado de Direito do nosso tempo faz o culto da Constituição”. (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 362).

⁸² Expressão utilizada por Carl Schmitt.

⁸³ Consoante leciona Canotilho, Constituição dirigente é aquela que alberga, nas normas que a compõem, fins e tarefas do Estado, aproximando-a da noção de Constituição programática. (GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**., p. 359).

normatividade dos princípios e regras constitucionais; e numa acepção material, pela explícita inclusão de valores relacionados com o respeito e a promoção da dignidade da pessoa humana e dos Direitos Fundamentais, inclusive os Direitos Fundamentais sociais”.⁸⁴

Nessa toada, assaz pertinente a observação levada a efeito por Marçal Justen Filho:

É necessário evitar que a prevalência do chamado princípio da eficiência faça-se às custas do aviltamento do indivíduo. Equivale a dizer que a solução da crise fiscal do Estado não pode fazer-se pela *patrimonialização* do Direito Público. É necessário evitar a prevalência do chamado *princípio da eficiência* às custas do aviltamento da dignidade da pessoa humana. A configuração de um Estado Democrático de Direito depende de que a atividade da Administração Pública seja norteada pela concepção de que todos os seres humanos merecem idêntico respeito. Alguns têm de receber especial atenção por parte do Estado. São precisamente aqueles cuja dignidade não pode ser protegida ou realizada por seus próprios esforços e com seus recursos individuais isolados. Mas seria um enorme equívoco e um trágico erro político imaginar que a extinção do Estado poderia ocorrer simultaneamente à preservação da dignidade individual da minoria governante.⁸⁵

Com o corolário de que incumbe precipuamente à Administração Pública, no Estado Constitucional, o papel de dar efetividade material aos comandos gerais contidos nas normas jurídicas, mormente na Constituição da República, fecha-se o Capítulo inicial do presente trabalho.

A importância atribuída, nesta obra, ao estudo dos distintos paradigmas estatais justifica-se na medida em que, como restou asseverado por Marçal Justen Filho, o Estado é o principal promotor da dignidade da pessoa humana. Com efeito, hodiernamente, o Estado Constitucional consagra-se como o principal propulsor da concretização dos direitos fundamentais, consolidando-se a sua função redistributiva da riqueza na sociedade, por meio da realização de políticas públicas e pela prestação dos serviços públicos⁸⁶.

⁸⁴ BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional**, p. 5.

⁸⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Conceito de Interesse Público e a “Personalização” do Direito Administrativo**. Disponível na Internet via WWW.URL: www.justenfilho.com.br. Acesso em: 24 de maio de 2007, p. 28.

⁸⁶ BREUS, Thiago Lima. **Da Prestação de Serviços à Concretização de Direitos: o papel do Estado na efetivação do Mínimo Existencial**. In: COSTALDELLO, Angela Cassia. (Coord.) **Serviço**

Ademais disso, pormenorizou-se a evolução desses modelos – do Estado liberal ao social, até se chegar ao Estado Constitucional –, com o fito de demonstrar a relatividade conceitual e a historicidade inerentes à noção de serviço público, cujos delineamentos dependem da vigência de uma modalidade estatal em um determinado período histórico.

Por derradeiro, faz-se lícito apregoar o liame existente entre a evolução dos paradigmas estatais e as dimensões⁸⁷ de direitos fundamentais. Assim, o Estado liberal visava proteger os direitos e garantias individuais e políticos clássicos (primeira dimensão), enquanto que o Estado social aspirava promover os direitos sociais, econômicos e culturais (segunda dimensão). Ao passo que o Estado Constitucional, numa vertente holística, direciona-se à concretização dos Direitos Fundamentais, sem os distinguir em categorias; sendo o serviço público, como ulteriormente restará demonstrado, um dos principais instrumentos estatais para a consecução desse fim, o qual, inclusive, é o único capaz de legitimar a existência do Estado na contemporaneidade.

Posto isso, afigura-se imprescindível, no capítulo vindouro, estudar-se a configuração jurídica e doutrinária da noção de serviço público, eis que esse instituto atua não só para evidenciar o papel do Estado, mas também detém fundamental relevância para a evolução do direito público, posto que influentes juristas valeram-se dessa noção para definir e esmerilar o próprio direito administrativo.

Público – Direitos Fundamentais, Formas Organizacionais e Cidadania. Curitiba: Juruá Editora, 2005, p. 250.

⁸⁷ Paulo Bonavides foi quem pioneiramente, no Brasil, cunhou a expressão “dimensão”, a ser utilizada no lugar de “geração”, visando, assim, ressaltar o aglutinamento e não a sucessão das diferentes categorias de direitos fundamentais.

Capítulo II

A CONFIGURAÇÃO JURÍDICA CLÁSSICA DO SERVIÇO PÚBLICO: EXPOSIÇÃO E CRÍTICA

2.1 Breve relato a respeito da origem do serviço público.

Salientadas as bases históricas estatais sobre as quais se erigiu a noção de serviço público, bem assim, acentuado o seu relativismo conceitual, faz-se mister, no presente capítulo, adentrar-se no estudo dogmático do serviço público, ressaltando a sua origem e os critérios doutrinários consolidados para a sua aferição conceitual. Ao final da exposição, tecer-se-ão críticas a respeito da configuração clássica do serviço público, preconizando-se a revalorização e o redimensionamento desse instituto jurídico-social à luz dos direitos fundamentais.

Realizadas as considerações iniciais, há de ser destacado que a doutrina clássica acerca do serviço público teve origem na França⁸⁸, sendo escorreito asseverar que o estudo do percurso histórico da instituição do serviço público imbrica-se com a própria história do direito administrativo francês.

Ao final do século XIX e início do século XX, em França, fazia-se latente a necessidade de se estabelecer uma distinção entre a esfera de atuação da justiça comum (cujo órgão supremo é a Corte de Cassação) e o âmbito reservado ao contencioso administrativo (cujo juízo supremo é o Conselho de Estado). Nesse meandro, exsurge a noção de serviço público⁸⁹, a qual, além de servir como critério de

⁸⁸ Consoante apregoa Fernanda Schuhli Bourges, “a vinculação conceitual de serviço público à França e o que justifica essa interligação tão arraigada, até os dias de hoje, diz respeito à identificação do instituto com o Estado propriamente dito, e o fato de ser utilizado como fundamento do direito administrativo. Assim, a França tem o serviço público como um dos aspectos fundamentais do seu desenvolvimento histórico e social”. (BOURGES, Fernanda Schuhli. Aspectos da Noção de Serviço Público no Contexto Brasileiro. In: COSTALDELLO, Angela Cassia. (Coord.) **Serviço Público – Direitos Fundamentais, Formas Organizacionais e Cidadania**. Curitiba: Juruá Editora, 2005, p. 46).

⁸⁹ Restou possibilitada a ascensão da noção de serviço público enquanto critério delimitador da competência das duas Justiças francesas, porquanto o parâmetro outrora utilizado, que se sustentava na distinção entre atos estatais de império e de gestão, mostrou-se insuficiente e impreciso, acabando por perder sua função primordial, qual seja, isentar o Estado de responsabilizar-se pela prática de atos de autoridade. Acerca da divisão entre atos de império e atos de gestão com o fito de fixar o deslinde entre a justiça administrativa e a judicial, preleciona Dinorá Grotti que “este critério se fundamentava na divisão

repartição de competência entre a jurisdição administrativa e a comum, passa a fundamentar todo o direito público. Pois bem, ao Tribunal de Conflitos, instituído em 24 de maio de 1872, coube a tarefa de sacramentar a adoção do serviço público como critério de atribuição de competência administrativa, a partir do julgamento do célebre caso *Blanco*, em 8 de fevereiro de 1873, considerado, posteriormente, o marco inicial da noção de serviço público.⁹⁰

A controvérsia oriunda do caso *Blanco* dizia respeito à competência para julgar demanda de responsabilização por danos físicos causados à menina Agnès Blanco, em virtude de um acidente com vagões que circulavam nas instalações de uma tabacaria de *Bordeaux*, atividade comercial desempenhada pela Municipalidade. O Tribunal de Conflitos apreciou a questão, remetendo-a para julgamento pelo Conselho de Estado, haja vista se tratar de apreciação de responsabilidade decorrente de funcionamento de serviço público.

A importância capital do acórdão *Blanco* reside na identificação de um regime especial para os serviços públicos prestados pela Administração, exorbitante e derogatório do direito comum. Ademais disso, o episódio foi precursor por estabelecer o critério do serviço público como definidor para uma lide ser submetida ao contencioso administrativo francês, ao invés de à jurisdição comum.⁹¹

Outra decisão sobremaneira relevante para o delineamento da noção de serviço público foi o caso *Terrier*, analisado em 6 de fevereiro de 1903 pelo Conselho de

existente entre os atos praticados pelo Estado no gozo de prerrogativas e privilégios de autoridade, apreciados pelo tribunal administrativo, e os atos praticados sem o uso de poderes comandantes, em situação de igualdade com os particulares, regidos pelo direito comum, a cargo dos tribunais judiciais ordinários. Esta classificação, baseada na soberania, completava-se com o princípio de que o Estado só podia ser declarado devedor pela autoridade administrativa". (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988.**, p. 27).

⁹⁰ JUSTEN, Monica Spezia. **A Evolução da Noção de Serviço Público.**, p. 16. Apesar de os doutrinadores normalmente atribuírem importância incisiva ao julgamento do caso *Blanco* pelo Tribunal de Conflitos francês, existem divergências nessa seara, a exemplo de Dinorá Grotti, para quem houve exacerbação da relevância atribuída a esse pronunciamento, uma vez que a expressão serviço público utilizada no acórdão era desprovida de um sentido específico na época, sendo amplamente usada como sinônimo de poder público. Não fosse isso o suficiente, somente trinta anos após a decisão, prossegue afirmando a autora em tela, o serviço público voltou a ser objeto de estudos teóricos. (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988.**, p. 28-29).

⁹¹ RIBAS, Paulo Henrique. O serviço público como meio de concretização de direitos fundamentais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe e BLANCHET, Luiz Alberto. (Coordenadores). **Serviços Públicos – Estudos Dirigidos.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 68.

Estado. O cerne da controvérsia condizia à demanda proposta por M. Terrier, o qual visava ao pagamento de remuneração pelos serviços prestados à prefeitura de Saône-et-Loire, que oferecera aos particulares, por não possuir condições de exterminar as inúmeras víboras que apareceram na região, determinada quantia pecuniária proporcional à quantidade caçada. Todavia, em razão do elevado extermínio, a prefeitura não dispôs de verba suficiente para o pagamento do prêmio prometido aos particulares, de modo que os caçadores adentraram em juízo pleiteando aquilo que lhes fora ofertado pela Administração Municipal.

O julgamento do litígio em comento foi de extrema relevância por considerar a caça às víboras como um serviço público em razão da atividade desempenhada, vale dizer, por materialmente atender a necessidades tidas como públicas, ainda que inexistente a organização de uma estrutura estatal. Restou estabelecido, assim, a gestão pública - regime jurídico - como critério para a competência administrativa, dissociando a noção de serviço público da idéia de *puissance publique*, outrora conectadas no acórdão *Blanco*.⁹²

Influenciados pela evolução jurisprudencial francesa, os doutrinadores do início do século XX assumiram a tarefa de construir uma teoria do direito administrativo sustentada na noção jurídica de serviço público. Destarte, para os adeptos da Escola Francesa do Serviço Público, também denominada de Escola Realista ou de *Bordeaux*, cujos principais representantes foram Léon Duguit e Gastón Jèze, o serviço público era tido como eixo central do direito administrativo. Nessa toada, chegou-se a propagar a substituição da noção de autoridade (*puissance publique*), enquanto elemento fundante do direito público, pela noção de serviço público, com suporte na função social do Estado, de obrigação estatal ao atendimento das necessidades básicas dos cidadãos, justificando, desse modo, o poder atribuído aos governantes.⁹³

⁹² Pode-se dizer que o Tribunal de Conflitos, ao analisar o *arrêt Blanco*, adotou o denominado critério orgânico para aferir a existência de um serviço público. De outro lado, no *arrêt Terrier*, o Tribunal em tela utilizou-se do chamado critério material para a determinação de uma atividade como serviço público.

⁹³ RIBAS, Paulo Henrique. O serviço público como meio de concretização de direitos fundamentais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe e BLANCHET, Luiz Alberto. (Coordenadores). **Serviços Públicos – Estudos Dirigidos**, p. 67-68.

Léon Duguit, expoente da Escola Realista, concebe uma teoria do Estado na qual o serviço público é visto como fundamento e limite do poder governamental. Propondo a substituição da noção de soberania pela de serviço público, assevera ser o Estado uma cooperação de serviços públicos, organizados e controlados pelos governantes.

Adepto de um positivismo sociológico⁹⁴, as teorizações de Duguit denotam uma noção de serviço público de cunho material e extremamente abstrata, aferível a partir da constatação empírica da realidade. Nessa toada, conceitua-o como sendo “toda atividade cujo cumprimento deve ser assegurado, regulado e controlado pelos governantes, por ser indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social e de tal natureza que não pode ser integralmente cumprido senão com a intervenção da força governante”.⁹⁵

A crítica assaz pertinente direcionada à concepção *duguista* de serviço público diz com o fato desse conceito deter um viés mais sociológico do que jurídico, de modo que não é hábil a fornecer os elementos formais que o caracterizam perante o Direito. Sem embargo disso, a sua utilidade reside em traçar uma diretriz ao legislador, estabelecendo quais atividades podem ser consideradas como serviço público.

Na esteira das idéias inicialmente engendradas por Duguit, Gastón Jèze fixou o serviço público como pedra angular do direito administrativo, vinculando-o, em essência, à idéia de direito público, de um regime jurídico especial e derogatório do direito privado, voltado ao interesse geral e coletivo.⁹⁶

Diferentemente de seu antecessor, Jèze, adepto do positivismo jurídico, tratou do serviço público⁹⁷ sob uma perspectiva subjetiva e formal, erigindo a sua noção sobre as

⁹⁴ JUSTEN, Monica Spezia. **A Evolução da Noção de Serviço Público.**, p. 27.

⁹⁵ DUGUIT, Léon. **Traité de droit constitutionnel.** *apud* GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988.**, p. 33.

⁹⁶ VALLE, Vivian Cristina Lima López. O Novo Conceito de Serviço Público. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). **Cenários do Direito Administrativo.**, p. 514.

⁹⁷ Visando evitar confusões terminológicas, Jèze utiliza-se da expressão “serviço público” para os casos em que a satisfação de uma determinada necessidade de interesse geral ocorre com o emprego de procedimentos de direito público; e a expressão “gestão administrativa”, para os casos em que a satisfação de uma necessidade de interesse geral dá-se por intermédio de procedimentos de direito privado. (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988.**, p. 35).

seguintes premissas essenciais: “procedimento de direito público (ou regime jurídico especial) marcado pela prevalência do interesse público sobre o privado, satisfação regular e contínua de certas necessidades de interesse geral e possibilidade de constante alteração da organização do serviço, por ato unilateral do Poder Público”.⁹⁸

Sintetizando-se as premissas basilares esposadas por ambos os administrativistas, chega-se ao corolário de que Duguit entendia ser o Estado uma cooperação de serviços públicos, ao que Jèze acrescentava ser o serviço público regido por um procedimento de direito público destinado à satisfação regular de certas necessidades de interesse coletivo.⁹⁹

Na mesma época, porém divergindo doutrinariamente da Escola do Serviço Público, Maurice Hauriou, identificado com a Escola de Toulouse ou da *Puissance Publique*, apregoava ser a noção de prerrogativa pública o sustentáculo do Estado, a qual ele denominava *puissance publique*, sendo essa a explicação do autor para o direito administrativo¹⁰⁰.

Caracterizando, nessa toada, o Estado pelo poder público, ainda que esse fosse tido como meio para a realização do serviço público, Hauriou define esse instituto jurídico-social como sendo uma “organização pública de poderes, de competências e de costumes assumindo a função de fornecer ao público, de uma maneira regular e contínua, um serviço determinado em uma idéia de polícia, no sentido elevado da palavra. O serviço público não é senão um dos procedimentos mais eficazes que as Administrações empregam para cumprir suas missões”.¹⁰¹

Expostas, sucintamente, as concepções clássicas de serviço público, as quais se sustentaram em pilares distintos – subjetivo, formal e objetivo -, resta perceptível a

⁹⁸ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988.**, p. 36.

⁹⁹ VALLE, Vivian Cristina Lima López. **Administração Pública Contemporânea.**, p. 69.

¹⁰⁰ Faz-se salutar expor a pertinente observação perfeita por Monica Justen, no sentido de que o pensamento de Hauriou caracterizou-se por uma tendência a variações cíclicas e alternadas, ora tendendo a privilegiar a noção de serviço público, ora preferindo-se apoiar-se na noção de *puissance publique*. Nada obstante, ressalta Monica Justen, mesmo nos momentos em que defendeu a noção de serviço público, vinculou a ela a concepção de *puissance publique*. (JUSTEN, Monica Spezia. **A Evolução da Noção de Serviço Público.**, p. 42).

¹⁰¹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988.**, p. 40.

dificuldade em se estabelecer uma noção de serviço público comum e universal. Nada obstante esse realce dado pelos doutrinadores a um dos elementos supramencionados, a definição tradicional de serviço público normalmente albergava os três caracteres, de modo que se propugnava a imbricação desse instituto jurídico-social a atividades de interesse geral (aspecto objetivo), prestadas por um organismo administrativo (aspecto subjetivo), sob um regime derogatório e exorbitante do direito comum (aspecto formal).¹⁰²

Como corolário, constata-se que, desde uma visão tradicional até o prisma hodierno, a noção de serviço público via de regra foi construída sobre essa tríade de elementos, os quais serão sucintamente abordados no subitem vindouro, acompanhados das principais exposições doutrinárias nacionais acerca do serviço público.

2.2 Aspectos doutrinários consolidados da noção de serviço público.

Visando-se perfazer uma abordagem lógico-dedutiva do instituto administrativo do serviço público, é de mister, preliminarmente à análise dos critérios que orientaram as suas acepções clássicas, distinguir-se as noções ampla e restrita do serviço público; ressaltando-se, de início, a maior proficuidade de uma noção estrita, visto que hábil a confinar o serviço público no rol de atividades administrativas, separando-as das outras atividades estatais (legislativa e judiciária), ao mesmo tempo em que distingue o serviço público das demais atividades exercidas pela Administração Pública (fomento e poder de polícia).

Na esteira dessas ilações, ressalta-se haver a doutrina tradicional francesa preconizado definições elásticas de serviço público, com o corolário precípua de delimitar a competência de sua justiça administrativa. Corroborando a assertiva

¹⁰² “Os autores hoje, em sua maioria, são concordes em afirmar que a definição clássica de serviço público reunia três elementos, embora se desse maior realce ora a um, ora a outro dentre eles: intervenção de uma pessoa pública, mesmo que ela não assegure a gestão cotidiana do serviço, satisfação de uma necessidade de interesse geral e recurso a um regime jurídico específico adaptado às exigências de uma boa satisfação do interesse geral, o que não significa uma submissão integral do serviço público ao direito administrativo”. (GROTTI, Dinorá Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988.**, p. 42).

esposada, Léon Duguit, a título exemplificativo, considerava o serviço público como atividade ou organização, em sentido amplo, abarcando todas as funções estatais. De outro lado, a doutrina brasileira, de forma majoritária, propugna somente haver validade em um conceito restrito de serviço público¹⁰³, sob pena de restarem confundidos serviço público e atividade pública, tornando-se imprestável a noção em tela para isolar um conjunto homogêneo de princípios e regras.¹⁰⁴

Afiliando-se àqueles que propugnam uma delimitação conceitual estrita de serviço público, Celso Antônio Bandeira de Mello prescreve existirem dois elementos principais integrantes do conceito, a saber: o substrato material, consistente na prestação de utilidade ou comodidade fruível diretamente pelos administrados; e o substrato formal, que lhe fornece juridicidade, formado por um regime jurídico de direito público, caracterizado pela supremacia do interesse público sobre o particular e por restrições parciais.¹⁰⁵ Destarte, para o administrativista em comento, serviço público é “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 as 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 normativo”.¹⁰⁶

¹⁰³ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, situando-se contrária à rechaça dos conceitos amplos de serviço público, assevera que não pode se dizer, dentre os conceitos mais amplos ou mais restritos, que um seja mais correto que o outro; “pode-se graduar, de forma decrescente, os vários conceitos: os que incluem todas as atividades do Estado (legislação, jurisdição e execução); os que só consideram as atividades administrativas, excluindo jurisdição e legislação, sem distinguir o serviço público do poder de polícia, fomento e intervenção; os que preferem restringir mais para distinguir o serviço público das outras três atividades da Administração Pública”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 16ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 99).

¹⁰⁴ Posicionando-se favorável a uma delimitação estrita da noção de serviço público, conforme alhures demonstrado, Celso Antônio Bandeira de Mello enfatiza que “se a expressão *serviço público* tivesse amplitude tão lata que abrangesse atividade material e jurídica assumida pelo Estado como pertinente a si próprio, a noção de serviço público perderia seu préstimo, pois abarcaria realidades muito distintas entre si, coincidindo, afinal, com o conjunto de atividades do Estado, sem extremá-las com base nas características de cada qual e nas particularidades dos respectivos regimes jurídicos. Em suma: *haveria mera superposição da noção de serviço público à noção de atividade pública, nada agregando de particularizador dela*. Por abranger objetos muito díspares, seria, então imprestável para isolar um conjunto homogêneo de princípios e normas. (grifos no original). (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, p. 638).

¹⁰⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, p. 96-97.

¹⁰⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, p. 634.

Afastada a amplitude conceitual do instituto jurídico-social em tela, cumpre analisar os três critérios doutrinários tradicionalmente utilizados para delimitar a noção de serviço público, a saber: subjetivo, objetivo e formal.

Consoante o **critério subjetivo ou orgânico**, leva-se em consideração a pessoa jurídica prestadora da atividade, de modo que serviço público seria todo aquele prestado pelo Estado.¹⁰⁷ O posicionamento em exame é deveras amplo, haja vista abranger toda e qualquer atividade desempenhada pelo Poder Público, tendo sido a postura predominantemente adotada durante o período de apogeu da teoria do serviço público na França, tanto na jurisprudência quanto na doutrina.¹⁰⁸

Posteriormente, à medida que se constatou a impossibilidade de o Estado dispor de uma organização adequada à realização dos serviços industriais e comerciais, outrora reservados à iniciativa privada, iniciou-se a delegação da execução desses serviços a particulares, por meio dos contratos de concessão de serviços públicos e, ulteriormente, por intermédio de pessoas jurídicas de direito privado criadas com essa finalidade - empresas públicas e sociedades de economia mista - para execução sob regime jurídico predominantemente privado.¹⁰⁹

Destarte, hodiernamente, em que pese o aspecto orgânico ainda traduzir vinculação à atividade estatal, renova-se ao considerar que a atividade pode ser prestada diretamente pelo Estado ou executada pelo particular sob os auspícios da fiscalização estatal. Não se olvidando que a titularidade do serviço é intransferível, pertencendo sempre ao Estado¹¹⁰, ainda que a atividade seja executada por particulares mediante concessão, permissão ou autorização.¹¹¹

¹⁰⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.**, p. 97.

¹⁰⁸ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988.**, p. 43-44.

¹⁰⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.**, p. 98.

¹¹⁰ Esmerilando o aspecto orgânico, Maria Sylvia Zanella Di Pietro aduz ser o serviço público sempre de incumbência do Estado, conforme expresso, inclusive, no artigo 175 da Constituição Federal. Ao esmiuçar esse assunto, Juarez Freitas propõe seja considerada uma categoria única de serviços públicos, independente de quem os executa, bem assim se visam ou não à produção de renda (comerciais/industriais ou tipicamente administrativo). Nessa toada, Juarez Freitas assevera que: "A titularidade do serviço público, em última instância, pertence irrenunciavelmente ao Poder Público, ainda que não necessariamente em caráter privativo, nas exceções constitucionais (por exemplo, educação e saúde). A execução tanto pode ser realizada pela Administração direta como, por lei, ser conferida às autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, assim como delegada a entes privados por contrato (concessão ou permissão, nos termos do art. 175 da CF) ou por ato

Ainda no que toca à perspectiva subjetiva de conceituação do serviço público, insta salientar o posicionamento vanguardista de Marçal Justen Filho, o qual, ao dissecar as facetas que compõem essa noção e promover uma inversão subsuntiva nas premissas adotadas pelos doutrinadores para o formatar, aduz que, sob o prisma lógico-jurídico, um serviço é público antes de ser estatal. Vale dizer: perante o direito brasileiro, não é correto afirmar que o serviço é público porque de titularidade do Estado. Ao contrário, o serviço é de titularidade do Estado por ser público. Como corolário, a atribuição da titularidade de um serviço ao Estado é decorrência de seu reconhecimento como serviço público.¹¹²

Em outras linhas argumentativas posicionam-se aqueles que defendem um **critério objetivo** (também denominado material ou funcional) de serviço público, haja vista se concentrarem na atividade desempenhada. Nessa quadra, aduzem ser serviço público a atividade que tem por objetivo precípuo a satisfação de necessidades coletivas.¹¹³

Pois bem, em que pese ser incontroverso entre os doutrinadores que o serviço público corresponde a uma atividade destinada a promover o interesse público, resta insuficiente a adoção exclusiva do critério material, visto que: a um, não é pacífica a definição de um seu conteúdo; a dois, a noção de serviço público envolve questões sociológicas, econômicas e políticas, servindo de base ao legislador quando determina certa atividade como serviço público, mas não ao jurista, o qual deve se embasar em

administrativo (autorização, nos termos de outros dispositivos constitucionais, tais como o art. 21), pressuposta a subordinação a regime dos princípios de Direito Público, ainda quando privados os métodos e riscos de gestão. Em outros termos, propõe-se a superação (não a simples negação, que seria absurda) da dicotomia rígida entre serviços tipicamente administrativos – executados pela Administração – e atípicos – serviços comerciais ou industriais que visariam a produzir renda, que poderiam ser prestados pela Administração ou por terceiros –, pois somente existe a categoria uma de serviços públicos, independentemente de a contraprestação existir ou não, assim como de quem quer que seja o executor. Por simetria e na mesma lógica, a distinção, quanto aos destinatários, entre *uti universi* ou indivisíveis e *uti singuli* resulta, no mínimo, pouco esclarecedora”. (FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 314).

¹¹¹ VALLE, Vivian Cristina Lima López. O Novo Conceito de Serviço Público. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). **Cenários do Direito Administrativo**., p. 517.

¹¹² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**., p. 482.

¹¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**., p. 97.

elementos formais de caracterização;¹¹⁴ a três, existem serviços prestados aos cidadãos que satisfazem necessidades públicas e coletivas, mas que não são tidos como serviços públicos.

Sem embargo da insuficiência do critério funcional para delimitar jurídica e estritamente o que seja serviço público, é de se ressaltar a sua preponderância, sob o ponto de vista lógico, consoante preconiza Marçal Justen Filho, sobre os dois outros critérios, os quais, em que pese conformarem o serviço público, decorrem diretamente do aspecto material. Nos dizeres expressos do administrativista:

○ aspecto material ou objetivo é mais relevante do que os outros dois, sob o ponto de vista lógico. (...) Certa atividade é qualificada como serviço público em virtude de dirigir-se à satisfação direta e imediata de direitos fundamentais. Como consequência, essa atividade é submetida ao regime de direito público e, na maior parte dos casos, sua titularidade é atribuída ao Estado. Em síntese: um serviço é público porque se destina à satisfação de direitos fundamentais e não por ser de titularidade estatal, nem por ser desenvolvido sob regime de direito público. Essas duas são consequências da existência de um serviço público.¹¹⁵

Faz-se importante salientar, em síntese, que uma atividade, para ser revestida do invólucro de serviço público, deve ser essencial à coletividade, residindo nessa característica a faceta material do serviço público. Entretanto, ressalta-se possuir a essencialidade referencial político, definido constitucionalmente em cada Estado, restando aferível, no caso brasileiro, pelo núcleo de serviços públicos estatuídos na Constituição da República.

Por derradeiro, utilizando-se de um **critério formal**, serviço público seria aquele exercido sob regime de direito público¹¹⁶, derogatório e exorbitante do direito comum, marcado precipuamente por normas especiais.¹¹⁷

¹¹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Natureza e Regime Jurídico das Autarquias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 140.

¹¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, p. 482-483.

¹¹⁶ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, divergindo da maior parte da doutrina administrativista, propugna que o regime jurídico a que se submete o serviço público também é definido por lei. Assim, nos casos de serviços comerciais e industriais, o regime jurídico é o de direito comum (civil e comercial), derogado, ora mais ora menos, pelo direito público. De outro lado, quando os serviços não forem comerciais, nem industriais, o regime jurídico utilizado é de direito público. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, p. 100). Corroborando esse entendimento, Odete Medauar afirma que a atividade de prestação de serviços públicos deve ser submetida total ou parcialmente ao direito

A utilização isolada desse critério tampouco se faz suficiente para apreender a complexidade da noção jurídico-social de serviço público, haja vista que nem toda atividade realizada sob a égide de um regime jurídico especial de Direito Público constitui serviço público, sendo possível a subsunção de uma atividade aos princípios e regras que compõem o regime jurídico de Direito Público, sem que ela atue realmente na execução de serviços públicos.¹¹⁸

Nessa toada, coadunado à idéia de complementaridade existente entre os critérios conceituais utilizados para delimitar o instituto administrativo em exame, aduz Marçal Justen Filho que: “o regime jurídico fornece subsídios para responder à pergunta ‘*como está disciplinado o serviço público*’, mas não propicia elementos para outra indagação fundamental, sobre ‘*o que pode ser considerado como serviço público*’¹¹⁹, a ser aferida necessariamente mediante a incidência da faceta material.

Ademais disso, Eros Roberto Grau assevera haver uma inversão dedutiva nas assertivas que consideram determinado serviço como público porque regido por um regime jurídico-administrativo, consubstanciando, inclusive, indeclinável tautologia: “é inteiramente equivocada a tentativa de conceituar-se *serviço público* como atividade sujeita a *regime de serviço público*. Ao afirmar-se tal, que *serviço público* é atividade desempenhada sob esse *regime* – além de privilegiar-se a forma, em detrimento do

administrativo; ressalvando, porém, a inexistência de serviços públicos submetidos exclusivamente ao direito privado. (MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 374). Em posição frontalmente diversa de ambas as esposadas, Romeu Felipe Bacellar Filho assevera ser imprescindível a vinculação entre prestação de serviço público e regime jurídico-administrativo. Nos dizeres do autor: “É com esse espírito – sob a influência do direito fundamental ao serviço público adequado – que deve ser levada a efeito a *releitura* dos artigos da Constituição brasileira que versam sobre os serviços públicos, notadamente em momento tão crucial, em que parte da doutrina brasileira levanta-se contra o *caráter público do regime do serviço público* e passa a defender e a desenvolver técnicas de transferência da execução do serviço público a particulares que podem ser usadas como subterfúgio à *fuga para o Direito Privado*”. (grifos no original). (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A natureza contratual das concessões e permissões de serviço público no Brasil. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe e BLANCHET, Luiz Alberto. (Coordenadores). **Serviços Públicos – Estudos Dirigidos**, p. 15). Em sentido idêntico, Marçal Justen Filho destaca: “Há uma forte tendência, apontada ao longo desta obra, a que o serviço público seja desempenhado também por particulares. A sociedade civil assume o compromisso de promover os direitos fundamentais, e surgem organizações não estatais comprometidas com atividades equivalentes às estatais. Tal como já afirmado, essas atividades sofrerão a influência dos princípios fundamentais do serviço público”. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**., p. 478).

¹¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**., p. 97.

¹¹⁸ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988**., p. 52.

¹¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**., p. 482.

conteúdo, perpetra-se indesculpável tautologia. Determinada atividade fica sujeita a regime de serviço público porque é serviço público; não o inverso, como muitos propõem, ou seja, passa a ser tida como serviço público porque assujeitada a regime de serviço público”.¹²⁰

Diante do exposto, sobressai evidente que para uma holística definição de serviço público, a atividade administrativa desenvolvida, além de ter a sua titularidade atribuída ao Estado (aspecto orgânico), seja na forma de prestação ou de regulação, deve direcionar-se à concretização de necessidades da sociedade, proporcionando dignidade aos cidadãos (aspecto objetivo), e submeter-se a um regime jurídico próprio, em que haja incidência de normas garantidoras do interesse público (aspecto formal), dada sua essencialidade e sua estreita vinculação com os direitos fundamentais.¹²¹

Levada a efeito sucinta exposição a respeito dos distintos prismas sob os quais se faz possível delimitar a noção de serviço público, bem assim, alinhavado, acima, o posicionamento que se pensa correto, há que ser asseverada, em seguida, a necessidade de submissão desse serviço a diversos princípios de direito público¹²², de modo que se passa a analisar, sucintamente, as principais diretrizes delimitadoras do denominado serviço público adequado.

Traduz-se do princípio da igualdade dos usuários – denominado, outrossim, de princípio da generalidade ou universalidade dos serviços públicos – que a prestação do serviço deve ser idêntica entre aqueles que se encontram em semelhantes situações, respeitadas as distinções de suas condições, que conduzam a eventuais diferenças de

¹²⁰ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988.*, p. 119.

¹²¹ RIBAS, Paulo Henrique. O serviço público como meio de concretização de direitos fundamentais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe e BLANCHET, Luiz Alberto. (Coordenadores). *Serviços Públicos – Estudos Dirigidos*, p. 88.

¹²² Discorrendo acerca dos princípios atinentes ao serviço público, Marcus Vinicius Corrêa Bittencourt perfaz a seguinte constatação: “A Lei n.º 8.987, de 13.02.1995, ao dispor sobre o regime de concessão e permissão na prestação de serviços públicos, trouxe parâmetros para delimitar ‘serviço adequado’, ao especificá-lo como ‘o que satisfaz as condições de: regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na prestação e modicidade das tarifas’ (art. 6º, § 1º). Em verdade, esse dispositivo legal não deixa de ser um desenvolvimento das chamadas *Leis de Louis Rolland*, que primeiramente sistematizou os princípios próprios do serviço público”. (BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. *Manual de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005, p. 215).

cuidados.¹²³ Destarte, qualquer discriminação deve ser justificada em função da condição ou situação em que objetivamente cada usuário se encontra¹²⁴.

Celso Antônio Bandeira de Mello, com a sua diminuta, porém, notória obra “Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade” foi um dos juristas pátrios que melhor retratou a aferição dessa máxima basilar do direito moderno, aduzindo ser imprescindível para o correto posicionamento de uma regra em face do princípio isonômico que exista correlação lógica entre o fator erigido em critério de discrimen e a discriminação legal decidida em razão dele. Em outros termos: “a discriminação não pode ser gratuita ou fortuita. Impende que exista uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo. Segue-se que, se o fator diferencial não guardar conexão lógica com a disparidade de tratamentos jurídicos dispensados, a distinção estabelecida afronta o princípio da isonomia”.¹²⁵

O princípio em comento, impreterivelmente centrado em uma perspectiva material - destinado a consagrar a igualdade de fato à custa de restrições à igualdade de direitos -, atua para distinguir o serviço público das atividades econômico-empresariais, porquanto nessas subsistem regras de competição e de liberdade de decisão empresarial.

Por derradeiro, há que se relevar o seu caráter multifacetado, vez que consiste em proporcionar não só igualdade de tratamento entre os usuários como também isonomia no funcionamento e utilização do serviço público.¹²⁶

Noutra seara, lastreado na indisponibilidade dos interesses públicos pela Administração Pública, encontra-se o princípio da continuidade¹²⁷ dos serviços públicos, o qual, em síntese, propugna a impossibilidade de interrupção do regular desempenho

¹²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.**, p. 103.

¹²⁴ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988.**, p. 300.

¹²⁵ BANDEIRA DE MELLO. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade.** 3ª ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 39.

¹²⁶ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988.**, p. 302-304.

¹²⁷ O estudo do princípio em comento restará pormenorizado no Capítulo IV do presente trabalho, em que se discutirá a impossibilidade de interrupção do fornecimento de serviços públicos essenciais por falta de pagamento dos usuários hipossuficientes.

do serviço público, haja vista esse se apresentar como a forma pela qual o Poder Público executa atribuições essenciais ou necessárias aos administrados.¹²⁸

Fechando a tríade dos princípios que encontram guarida em praticamente todos os ordenamentos jurídicos dos países ocidentais com tradição romano-germânica, tem-se a máxima da mutabilidade – denominado também de princípio da adaptabilidade ou da atualidade – por intermédio do qual se impingem alterações na execução do serviço público, segundo as exigências de interesse geral, observadas as possibilidades financeiras do Estado.¹²⁹

A exigência de mutabilidade implica uma constante plasticidade do serviço público, visto que as necessidades de interesse geral são eminentemente variáveis no espaço e no tempo. Coaduna-se, portanto, à exigência de atualidade na prestação de serviço público, relegando ao Estado a competência de zelar pelas mudanças no regime dessa prestação, a fim de conformá-la ao interesse público.¹³⁰

Levadas a efeito breves considerações acerca dos princípios da igualdade, da continuidade e da mutabilidade dos serviços públicos, faz-se mister, nesse meandro, argumentar-se acerca de outras diretrizes que atuam para corroborar o estabelecimento de parâmetros para um serviço público adequado.

Assim, corolário da máxima da continuidade, o princípio da regularidade determina seja o serviço público prestado de maneira padronizada, a fim de que o cidadão possa planejar-se previamente.¹³¹ Diz, portanto, com o fato de a prestação ser devida consoante as normas e condições preestabelecidas para esse fim.¹³²

¹²⁸ BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. **Manual de Direito Administrativo.**, p. 217.

¹²⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo.**, p. 641.

¹³⁰ Diogo de Figueiredo Moreira Neto considera o princípio da atualidade um corolário do princípio da eficiência, "no sentido de que o *progresso* da qualidade das prestações ao usuário deve ser considerado um dos direitos do cidadão, de modo que o Estado, ao assumir um serviço como público, impõe-se também o correlato dever de zelar pelo seu *aperfeiçoamento*, para que os frutos da ciência e da tecnologia sejam distribuídos o mais rápido e amplamente possível. Assim é que se pode exigir constitucionalmente do Poder Público todo empenho na constante atualização e aperfeiçoamento das técnicas de prestação de serviços públicos, não podendo ser interpretada de outro modo a previsão de *qualidade dos serviços*, do art. 37, § 3º, I, *in fine*, da Carta Magna". (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial.** 13ª ed. rev. ampl. iada. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 418-419).

¹³¹ BITTENCOURT, Marcus Vinicius. **Manual de Direito Administrativo.**, p. 221.

¹³² GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988.**, p. 287.

O princípio da modicidade das tarifas, por sua vez, preconiza o equilíbrio entre o custo da prestação do serviço e o lucro do concessionário prestador¹³³, impondo ao Poder Público a obrigação de não permitir a excessiva onerosidade ou a marginalização dos usuários no acesso ao serviço público.¹³⁴ Faz-se lícito delineá-lo como um corolário do princípio da universalidade, haja vista que a sua fiel observância implica o mais amplo acesso ao serviço por parte de todos que dele tenham necessidade.¹³⁵

Engendrada nova redação ao *caput* do art. 37 da Constituição da República, por intermédio da Emenda Constitucional 19/98¹³⁶, insculpiu-se no rol das diretrizes a serem observadas no agir da Administração Pública o princípio da eficiência, o qual impinge uma otimização da prestação de serviços públicos,¹³⁷ “de molde a satisfazer necessidades dos usuários, do modo menos oneroso possível, extraindo-se dos recursos nele empregados a maior qualidade na sua prestação”.¹³⁸

Por derradeiro, tem-se o princípio da segurança, o qual determina seja a atividade prestada sem riscos à integridade física e emocional dos usuários ou de quaisquer envolvidos com o serviço público;¹³⁹ bem assim, o princípio da cortesia, o

¹³³ VALLE, Vivian Cristina Lima López. O Novo Conceito de Serviço Público. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). **Cenários do Direito Administrativo.**, p. 522. Dissertando a respeito do princípio da modicidade, Regina Ferrari aduz que inúmeras vezes, ainda que a tarifa seja módica, não resta efetivada a máxima da universalidade dos serviços públicos, uma vez que o serviço apresenta-se, ainda assim, proibitivo para muitos cidadãos. Nessa toada, desenvolve o conceito de “tarifa justa”, a qual seria suportada pelo Estado no que toca à parcela que restou inacessível aos cidadãos, preservando-se o custo de execução e o lucro do concessionário. (FERRARI, Regina Macedo Nery. *Tarifa Módica – Serviços de Qualidade: Conceitos Jurídicos Indeterminados?* In: **Revista Interesse Público.** n. 18, 2003, p. 53).

¹³⁴ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988.**, p. 291.

¹³⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo.**, p. 419.

¹³⁶ Aduz Diogo de Figueiredo Moreira Neto ser a eficiência, inclusive, um direito difuso da cidadania, sendo certo que “o próprio constituinte sublinhou desde logo a importância que lhe conferiu, ao determinar, ainda no desenvolvimento do mesmo articulado, que o legislador o regulasse especialmente três aspectos de *controle de resultados*: primeiro, quanto à disciplina das *reclamações relativas à prestação de serviços públicos em geral*, segundo, *assegurando a manutenção de serviços de atendimento ao usuário* e, terceiro, *determinando a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços* (art. 37, § 3º, I)”. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo.**, p. 418).

¹³⁷ VALLE, Vivian Cristina Lima López. O Novo Conceito de Serviço Público. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). **Cenários do Direito Administrativo.**, p. 520.

¹³⁸ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988.**, p. 299.

¹³⁹ BITTENCOURT, Marcus Vinicius. **Manual de Direito Administrativo.**, p. 221.

qual impõe seja o cidadão tratado com urbanidade pelo Poder Público ou seu delegado, exigindo-se, tanto na Administração Pública centralizada quanto na descentralizada, a disponibilização de meios de reclamações pelo mau atendimento na prestação dos serviços públicos em geral.¹⁴⁰

Superada a exposição acerca dos critérios doutrinários utilizados para se aferir a noção de serviço público, bem assim ressalvadas as principais diretrizes do regime jurídico-administrativo que se destinam a assegurar a adequação da atividade prestada, afigura-se imprescindível colacionar algumas noções de serviço público as quais têm relevo na miríade doutrinária pátria.

Nessa seara, perfazendo um conceito que incorpora - e reformula, em relação à acepção clássica -, os três elementos da definição de serviço público, Maria Sylvia Zanella Di Pietro o caracteriza como sendo “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público”.¹⁴¹

De outro lado, em uma acepção eminentemente essencialista, Marçal Justen Filho define serviço público como “uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, destinada a pessoas indeterminadas e executada sob regime de direito público”.¹⁴²

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, por sua vez, propugna uma noção funcional de serviço público, definindo-o como a “atividade administrativa, assegurada ou assumida pelo Estado, que se dirige à satisfação de interesses coletivos

¹⁴⁰ GROTTI, Dinorá Adelaide Mudetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988.**, p. 299.

¹⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.**, p. 99.

¹⁴² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.**, p. 478. Na esteira do pensamento de Eros Roberto Grau, Marçal Justen Filho aduz enquadrar-se o serviço público sob o manto da atividade econômica em sentido amplo. A distinção entre serviço público e atividade econômica, nessa seara, consistiria na essencialidade da atividade, vale dizer, sempre que uma atividade for essencial para o atingimento de um patamar mínimo de dignidade ao cidadão, esta se reveste da característica de um serviço público e, portanto, não pode mais ser caracterizada como atividade econômica em sentido amplo.

secundários¹⁴³, de fruição individual, e considerados por lei, como de interesse público”.¹⁴⁴

Em outras linhas argumentativas, aderindo a uma concepção subjetiva, disserta Hely Lopes Meirelles que serviço público “é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado”.¹⁴⁵

Por fim, é de mister arrolar o pensamento de Odete Medauar, segundo a qual o serviço público caracteriza-se por um caráter eminentemente prestacional, propiciando, assim, benefícios e bens diretamente aos administrados, imprescindíveis à vida coletiva.¹⁴⁶

A doutrina administrativista pátria, consoante se denota das ilações supramencionadas, utiliza-se sobremaneira de critérios tradicionais para o perfazimento das conceituações de serviço público, ainda que tais critérios restem reformulados face às vicissitudes engendradas no mundo fático e jurídico.

A despeito da alegada reformulação da noção de serviço público, a fim de adaptá-lo aos novos tempos, não há de se olvidar ter sofrido, esse instituto jurídico-social, ao longo dos anos, diversos ataques, havendo quem, inclusive, decretasse a sua morte.¹⁴⁷

¹⁴³ Após conceituar, com sustentáculo nas teorizações de Caio Tácito, a atividade jurídica do Estado, voltada à satisfação de necessidades primárias da sociedade, vale dizer, aos interesses coletivos de fruição indivisível, cuja satisfação é condição necessária para que o Poder Público possa desempenhar quaisquer outras atividades, Diogo de Figueiredo Moreira Neto a distingue das atividades sociais do Estado, consistentes na satisfação de necessidades secundárias da sociedade, que vêm a ser os interesses coletivos, de fruição divisível, que são atendidos por serviços de utilidade pública postos à disposição dos particulares. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo.**, p. 415).

¹⁴⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo.**, p. 415. Na página seguinte à ora citada, o autor assevera ser a definição funcional a mais consentânea com o Estado Democrático de Direito (Estado Constitucional), uma vez que supõe que toda atividade pública deve estar, formal, funcional e integralmente submetida à Constituição.

¹⁴⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.**, p. 294.

¹⁴⁶ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.**, p. 372-373.

¹⁴⁷ Posição defendida por Gaspar Ariño Ortiz, consoante o qual o Estado moderno encontra-se impossibilitado de prestar eficazmente os serviços públicos, devendo ser cancelado o papel do cidadão como protagonista da sociedade, devolvendo-se as atividades prestacionais à iniciativa social. Em seus dizeres: “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 intentan los

Nada obstante isso, conforme restará detalhado no subitem vindouro, o propalado colapso do serviço público deve ser entendido como a necessidade de adequação do instituto às novas circunstâncias sociais e econômicas,¹⁴⁸ haja vista ser imprescindível, de forma precípua na calamitosa realidade sócio-econômica brasileira, “a coexistência entre o dado econômico, a gestão privada, a concorrência, sem deixar de lado o social, a coesão social, os direitos sociais. E sem abolir a presença do Estado”.¹⁴⁹

franceses, por si de esta forma pudiéramos mantenerlo vivo. La situación hoy es otra, 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”. Ademais disso, Ariño Ortiz enumera os princípios inspiradores de um novo conceito de serviço público, a saber, a travessia de um sistema de: i- titularidade pública sobre a atividade, ii - concessões fechadas, iii - direitos de exclusividade, iv - obrigações de fornecimento, v - preços administrativamente fixados, vi - caráter temporal e regulação total da atividade, para um sistema aberto presidido pela: i - liberdade de empresa, ii - presença de obrigações ou determinadas cargas de serviço público, iii - liberdade de preços e modalidades de prestação e liberdade de inversão e amortização, iv - regime de competição aberta, a exemplo das demais atividades comerciais ou industriais. (ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de Derecho Público Económico**. Granada: Fundación de Estudios de Regulación, Comares, 1999, p. 550). Resta plenamente perceptível a inaplicabilidade de essa teoria, ao menos de forma integral, à realidade brasileira, visto que o “progresso e a socialização” não atingiram todos os brasileiros, dada a nossa condição de país periférico e heterogêneo, no qual a grande maioria não dispõe de um mínimo diário que garanta a sua existência digna. Nessa esteira, disserta Vivian Lima Valle ser “inegável que o sistema tradicional do serviço público foi profundamente alterado na Europa, onde ocorreu uma sucessiva liberalização e privatização dos serviços públicos tradicionais, com abertura de mercados, privatizações das estatais e uma nova postura na forma de sua organização tradicional, que necessitou da adoção de estruturas preponderantemente empresariais para poder concorrer no mercado com as novas empresas privadas”, de modo que salutar ser um raciocínio assim “mais digerível em países desenvolvidos, onde o mínimo existencial da maioria dos cidadãos já foi em muito assegurado e as organizações sociais são muito mais avançadas do ponto de vista da satisfação das necessidades essenciais do homem. Porém, a realidade brasileira e latino americana é seguramente diferente, o que remete também a uma tratativa diferenciada do problema”. VALLE, Vivian Cristina Lima López. **Administración Pública Contemporánea**, p. 93-95).

¹⁴⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, p. 493

¹⁴⁹ MEDAUAR, Odete. Nova Crise do Serviço Público? In: GRAU, Eros Roberto e CUNHA, Sérgio Sérulo da (Organizadores). **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 537.

2.3 Crise e crítica da noção de serviço público: da necessidade de sua revalorização e redimensionamento em face dos direitos fundamentais.

Conforme relatado alhures, espraia-se entre os juristas, mormente por influência das doutrinas européias, o senso comum teórico segundo o qual o ciclo do serviço público encontrou o seu ocaso, restando-lhe tão-somente “um digno enterro”¹⁵⁰.

Pois bem, fato é que esse instituto jurídico-social passou por remodelações ao longo do tempo, sendo certo que a primeira grande “crise” do serviço público condisse ao crescimento exacerbado e à diversificação da atuação estatal sustentada em um paradigma de Bem-Estar Social. Outrossim, incontroverso que o serviço público perpassa por uma outra “crise” atual, engendrada pela reforma administrativa do modelo de Estado¹⁵¹.

Nada obstante tais argumentações, cujas finalidades precípuas visam corroborar a dispensabilidade de um modelo estatal de prestação de serviços públicos, não há de se olvidar que o Estado Brasileiro sequer implementou satisfatoriamente todas as propostas da modernidade, possuindo altos e severos índices de desigualdade social.¹⁵²

Corroborando a sobrevivência do serviço público face à realidade sócio-econômica brasileira, marcada por inúmeras carências de grande parte da população, a qual tem acesso reduzido ou nulo aos serviços públicos, aduz Vivian Cristina Lima que essa noção não enfrenta uma crise propriamente dita, tratando-se, na realidade, de um complexo quadro de mudança estatal, que se reflete diretamente na prestação dos

¹⁵⁰ Conforme se denota da nota de rodapé n. 141, a expressão em tela foi cunhada por Gaspar Ariño Ortiz.

¹⁵¹ Destaca-se que a presente assertiva diz com a realidade jurídica nacional. Pois bem, dissertando acerca das vicissitudes que atingiram a prestação de serviços públicos, Fernanda Bourges arrola fatores que contribuíram para o descrédito do instituto em exame: “Assim, aliada às modificações tecnológicas, crises fiscais e outros fatores, presencia-se a busca e a tentativa de reduzir o espaço destinado ao Estado no tocante à prestação de serviços públicos e, por conseguinte, algumas atividades estão sendo devolvidas à iniciativa privada e outras, dentre as quais os serviços públicos, cada vez mais vem sendo prestados por particulares, sob as mais variadas modalidades. A crise também pode ser atribuída às modificações introduzidas pela Comunidade Européia, em especial no que se refere ao “abandono” da noção de serviço público e à “adoção” da noção de serviços de interesse geral, as quais se refletiram no Brasil”. (BOURGÉS, Fernanda Schuhl. Aspectos da Noção de Serviço Público no Contexto Brasileiro. In: COSTALDELLO, Angela Cassia. (Coord.) **Serviço Público.**, p. 72).

¹⁵² VALLE, Vivian Cristina Lima López. O Novo Conceito de Serviço Público. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). **Cenários do Direito Administrativo.**, p. 545.

serviços públicos¹⁵³. Na esteira dessa premissa, apregoa Paulo Henrique Ribas ser necessária uma nova concepção do instituto jurídico-social em comento, coadunada às reformas estatais contemporâneas. Afirma o autor em comento que:

A transformação pela qual passa o Estado, deste modo, exige a adaptação do instituto, sem que isso implique sua inutilização. Aliás, nem se pode conceber a idéia do completo desaparecimento da atual concepção de serviço público, eis que em ligação imediata com os direitos fundamentais. Ressalte-se que mesmo dentre os que defendem a morte do serviço público, há propagação da idéia de universalização de serviços essenciais, não se consentindo um retrocesso social nessa seara.¹⁵⁴

Em que pese efetivamente ter ocorrido diminuição das tarefas estatais, reflete Marçal Justen Filho, sobressai evidente a indispensabilidade da atuação do Estado para a realização dos direitos fundamentais. Destarte, a morte do serviço público há de ser lida como a extinção das atividades estatais secundárias e irrelevantes, indevidamente enquadradas nessa categoria, subsistindo incólume, todavia, um núcleo de atividades tidas como serviços públicos¹⁵⁵. O eminente administrativista paranaense assevera, nessa toada, que “o serviço público somente desaparecerá se e quando houver viabilidade de satisfação dos direitos fundamentais mediante atuação privativa da iniciativa privada, sem a intervenção estatal – alternativa que não se afigura plausível, pois conduz ao desaparecimento da justificativa da existência do próprio Estado.”¹⁵⁶

Refuta-se, enfim, peremptoriamente, qualquer assertiva no sentido de decretar-se a decrepitude do serviço público, vez que essa atividade material mostra-se essencial ao atingimento do interesse público e da democratização dos direitos sociais, afigurando-se útil e necessária na reformulação do Estado brasileiro. Reconhece-se, portanto, que a prestação de serviços públicos, enquanto instrumento de satisfação do

¹⁵³ VALLE, Vivian Cristina Lima López. **Administração Pública Contemporânea.**, p. 79.

¹⁵⁴ RIBAS, Paulo Henrique. O serviço público como meio de concretização de direitos fundamentais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe e BLANCHET, Luiz Alberto. (Coordenadores). **Serviços Públicos – Estudos Dirigidos.**, p. 89.

¹⁵⁵ Em outro texto de sua autoria, Marçal Justen Filho apregoa não haver o menor cabimento em se declarar a morte do serviço público, vez que o “instituto permanece existente como manifestação direta e imediata da concepção política consagrada em cada ordenamento. Cada Nação identifica e constrói os meios de satisfação das necessidades individuais e coletivas”. (JUSTEN FILHO, Marçal Justen. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público.**, p. 38.

¹⁵⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.**, p. 498.

interesse público, é um dos sustentáculos do Estado Constitucional em que se erige a República Federativa do Brasil, de modo que eventual modificação dessa concepção afrontaria diretamente o conteúdo da Carta Magna, representando incomensurável retrocesso social e histórico.¹⁵⁷

Deduz-se do exposto não ser possível desvincular-se a figura do Estado de seu papel de promotor de direitos fundamentais. Sua função precípua - a concretização da dignidade da pessoa humana - há de ser alcançada por intermédio das ações estatais, a exemplo das políticas públicas e dos serviços públicos, os quais, uma vez prestados com eficiência, atuam para consagrar a legitimidade do Estado Constitucional.¹⁵⁸

¹⁵⁷ VALLE, Vivian Cristina Lima López. O Novo Conceito de Serviço Público. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). *Cenários do Direito Administrativo.*, p. 547-548.

¹⁵⁸ 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.* Porto Alegre: Notadez, n. 16, out./dez. 2002, p. 14.

Capítulo III

SISTEMATIZAÇÃO CONCEITUAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 Breve esboço histórico acerca dos direitos fundamentais.

A nobiliária importância em se dedicar um capítulo exclusivo ao estudo dos direitos fundamentais reside na premissa de que o percurso histórico desses direitos imbrica-se diretamente com a história do próprio surgimento do moderno Estado Constitucional.¹⁵⁹ Assim, a essência e a razão de ser desse modelo estatal assenta-se no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem.¹⁶⁰ Inolvidável, ainda, conforme restou salientado algures, que a função estatal de promoção dos direitos fundamentais dar-se-á mormente pela realização de políticas públicas e pela eficiente prestação dos serviços públicos. Resta evidente, nesse diapasão, a íntima vinculação entre Estado e direitos fundamentais, incumbindo ao serviço público, enquanto instrumento estatal, o papel de propiciar a máxima efetivação dos direitos fundamentais.

Diante dessa perspectiva, evidencia-se a precípua atuação do Estado Constitucional em reconhecer e efetivar os direitos fundamentais, sendo escorreito asseverar a primazia da necessidade de efetivação desses direitos, haja vista a

¹⁵⁹ Os direitos fundamentais, no denominado Estado Constitucional, ocupam inequívoca posição de supremacia. Nesse sentido, argumenta Antonio Pérez Luño que “los derechos han dejado de ser meros límites al ejercicio del poder político, o sea, garantías negativas de los intereses individuales, para devenir um conjunto de valores o fines directivos de la acción positiva de los poderes públicos”. (PÉREZ LUÑO, Antonio-Henrique. **Los Derechos Fundamentales**. 6ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1995, p. 21).

¹⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 38. O autor retro mencionado assevera haver divergências na seara terminológica quanto à delimitação dos direitos fundamentais. Autores utilizam-se de inúmeras expressões para conformar a essência daquilo que denominamos, no presente excerto, de “direitos fundamentais”, a exemplo de “direitos humanos”, “direitos do homem”, “direitos subjetivos públicos”, “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “liberdades fundamentais”, “direitos humanos fundamentais”, dentre outras variações terminológicas. Cumpre distinguir as duas principais conceituações utilizadas, a saber, direitos fundamentais e direitos humanos. Pois bem, aqueles se referem aos “direitos do ser humano, reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado”, enquanto que os direitos humanos guardam “relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)”. (SARLET, Ingo. *Op. cit.*, p. 33).

pertinente recomendação de Norberto Bobbio, segundo o qual, hodiernamente, “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, não é tanto de justificá-los, mas o de protegê-los”.¹⁶¹

Feito esse breve intróito, insta salientar os aspectos históricos e ideais nos quais se assentaram as concepções originárias dos direitos fundamentais. Consoante leciona José Afonso da Silva, as condições históricas traduziram-se na contradição entre o regime da monarquia absoluta, estagnadora e degenerada, e uma sociedade nova tendente à expansão comercial e cultural. De outro lado, as condições ideais, multifacetadas, decorreram: a um, do pensamento cristão primitivo, o qual continha uma mensagem de libertação do homem; a dois, da doutrina do direito natural dos séculos XVII e XVIII, que sustentava a tese da existência de direitos inerentes à pessoa humana; e, por fim, do pensamento iluminista, com suas idéias sobre a ordem natural, sua exaltação às liberdades e aos valores individuais dos homens.¹⁶²

Nesse meandro, mister é ressaltar a segmentação tripartite do devir histórico dos direitos fundamentais levada a efeito por Ingo Wolfgang Sarlet, com base nas teorizações de K. Stern, dividindo-o nas seguintes etapas sucessivas, a saber: uma pré-história, que se estende até o século XVI, e que se baseia nos valores legados pelo mundo antigo, posteriormente incorporados às concepções jusnaturalistas; uma fase intermediária, que corresponde ao período de formulação do jusnaturalismo e da afirmação dos direitos naturais do homem; e, por fim, a fase de constitucionalização, iniciada em 1776, com as sucessivas declarações de direitos dos novos Estados americanos.¹⁶³

Traçados alguns pilares históricos sobre os quais se erigiram as concepções de direitos fundamentais, faz-se pertinente arrolar características que, segundo Robert Alexy, ensejaram a transmutação dos direitos do homem em direitos fundamentais jurídico-positivamente vigentes. Vejamos: a *universalidade* da titularidade, da qual se denota serem os direitos do homem cabíveis a todo e qualquer homem em particular; a *moralidade*, porquanto esses direitos devem ser justificados perante cada um que

¹⁶¹ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 11ª ed. São Paulo: Campus, 1993, p. 23

¹⁶² AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 172-174.

¹⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 39-43.

aceita uma fundamentação racional; a *preferência*, visto que o respaldo legal a esses direitos é condição necessária para a legitimidade de todo o direito positivo; a *abstração*, de modo que a aplicação dos direitos do homem em casos concretos pressupõe ponderações; e, por derradeiro, a sua faceta *fundamental*, que consiste na proteção jurídica de interesses e carências fundamentais, cuja violação ou não-satisfação significa a morte ou sofrimento grave ou toca no núcleo essencial da autonomia.¹⁶⁴

Sem embargo do exposto, faz-se salutar tratar da existência de basicamente três¹⁶⁵ dimensões¹⁶⁶ de direitos as quais tiveram a sua trajetória existencial inaugurada com o reconhecimento, nas primeiras Constituições formais, dos princípios liberais burgueses, culminando com a recepção, a nível constitucional e internacional, de uma miríade de direitos tão variável quanto as vicissitudes ocorridas no contexto sócio-político-econômico.¹⁶⁷

¹⁶⁴ ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. **Revista de Direito Administrativo**. n. 217. Rio de Janeiro: Editora Renovar. jul./set. 1999, p. 58-62.

¹⁶⁵ Paulo Bonavides, para nos cingirmos ao direito pátrio, admite a existência de uma quarta dimensão de direitos fundamentais, resultante da globalização desses direitos e formada basicamente pelo direito à democracia direta, à informação e ao pluralismo. Nos dizeres do eminente constitucionalista, tais direitos “compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão-somente com eles será legítima e possível a globalização política”. (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 524).

¹⁶⁶ A melhor doutrina contemporânea apregoa ser mais exato falar-se em dimensões de direitos do que em gerações, visto que reflete mais fielmente a idéia de complementaridade e aglutinação dos direitos fundamentais. A esse respeito disserta Ingo Sarlet: “Assim sendo, a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno ‘Direito Internacional dos Direitos Humanos’” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**., p. 49-50).

¹⁶⁷ Perfazendo um sucinto panorama acerca da evolução histórica dos direitos fundamentais, Gustavo Amaral aduz que inicialmente surgiram “os reclamos de uns poucos direitos decorrentes de um ‘estado de natureza’, o direito à vida e à sobrevivência, que incluem o direito à propriedade e à liberdade compreendendo ‘algumas liberdades essencialmente negativas’. Posteriormente, surgem os reclamos de participação política. Os direitos das liberdades revestem-se como negativos, como um limite à competência do Estado. Os direitos políticos caracterizam-se também como liberdades, não mais para não ser importunado, mas para agir, participar. Tem-se, então, direitos que correspondem a deveres estatais de abstenção e de tolerância. Não havia, até então, sistematicamente, deveres estatais de fazer. Esses direitos surgem posteriormente, no início deste século, seguidos pelo reconhecimento de direitos não mais apenas ao indivíduo *uti singulis*, mas também a família, minorias, e, a ‘especificação’ do homem, não mais visto apenas como um homem genérico e sim em suas especificidades, com suas diversidades de idade, sexo, condições físicas e sociais”. (AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001, p. 51-53).

Tradicionalmente, os direitos fundamentais de primeira dimensão são tidos como direitos de resistência ou de oposição ao Estado, detendo cunho meramente negativo, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos Poderes Públicos. Inserem-se nesse rol, exemplificativamente, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei, à participação política, conformando aquilo que a doutrina convencionou denominar de direitos civis e políticos.¹⁶⁸

Nada obstante, constatado ser insuficiente à efetiva concretização dos direitos a consagração meramente formal da liberdade e da igualdade, incumbiu-se paulatinamente ao Estado o dever de atuar positivamente, por intermédio de prestações sociais, a fim de propiciar aos indivíduos a obtenção de liberdades materiais concretas. Eis que exsurtem, na esteira da densificação do princípio da justiça social, os direitos de segunda dimensão: a exemplo dos direitos à assistência social, à saúde, à educação, ao trabalho e as liberdades sindicais.¹⁶⁹

Caracterizando-se, por fim, pela descentralização do homem-indivíduo, conjuntamente à exaltação da figura dos grupos humanos - fato que ensejou profundas transformações na esfera dos direitos fundamentais -, encontram-se os direitos de terceira dimensão, denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade. A nota distintiva desses direitos, a titularidade coletiva, faz-se presente nos direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio-ambiente, à qualidade de vida, à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e ao direito de comunicação, arrolados de maneira exemplificativa.¹⁷⁰

Faz-se mister reafirmar, ao cabo da digressão supra exposta, que os direitos fundamentais, ocupando um lugar de supremacia no atual estágio evolutivo, consubstanciam, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado Constitucional, de modo que integram não só a Constituição formal, como também o núcleo da Constituição material.¹⁷¹

¹⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.**, p. 50-51.

¹⁶⁹ SARLET Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.**, p. 51-52.

¹⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.**, p. 52-54.

¹⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.**, p. 61-62. Tema correlacionado à divisão entre Constituição formal e material é o da fundamentabilidade dos direitos fundamentais, a qual também é dividida doutrinariamente nas perspectivas material e formal. Assim,

Como corolário, os direitos fundamentais, hodiernamente, na vigência do Estado Constitucional, passam a ser considerados, para além de sua função originária de instrumentos de defesa da liberdade individual (função limitativa do poder), elementos da ordem jurídica objetiva (critérios de legitimação do poder estatal), integrando um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo o ordenamento jurídico. Na esteira dessa argumentação, aduz Ingo Wolfgang Sarlet que:

A Constituição (e, neste sentido, o Estado constitucional), na medida em que pressupõe uma atuação juridicamente programada e controlada dos órgãos estatais, constitui condição de existência das liberdades fundamentais, de tal sorte que os direitos fundamentais somente poderão aspirar à eficácia no âmbito de um autêntico Estado constitucional. Os direitos fundamentais, consoante oportunamente averbou H. P. Schneider, podem ser considerados, neste sentido, *conditio sine qua non* do Estado constitucional.¹⁷²

3.2 Aspectos relevantes concernentes à distinção entre os direitos fundamentais de defesa e os direitos fundamentais de prestação.

A distinção entre os direitos fundamentais de defesa e os direitos fundamentais de prestação, consoante preconiza Martin Borowski, sói ocorrer pela utilização de um critério formal, haja vista se perfazer a averiguação “si en el caso concreto la consecuencia jurídica consiste en una omisión o en una actuación positiva del Estado. En el primer caso se trata de un derecho fundamental de defensa; en el segundo, de un

consoante propugna Thiago Lima Breus, “a fundamentabilidade formal dos Direitos Fundamentais é decorrente do próprio fenômeno da Constitucionalização dos direitos, que, em relação aos Direitos Fundamentais, apresenta os seguintes aspectos: i) as normas que veiculam Direitos Fundamentais têm posição hierárquica superior em relação às demais normas do ordenamento jurídico; ii) elas são submetidas aos limites formais e materiais de emenda Constitucional e de revisão (artigo 60 da Constituição Federal de 1988); iii) em razão do disposto no artigo 5º, parágrafo primeiro, eles têm aplicabilidade imediata e vinculam todos os poderes políticos. Por sua vez, a fundamentabilidade material relaciona-se à correspondência entre os Direitos Fundamentais e o núcleo de valores que informam a Constituição, especialmente os princípios elencados no artigo primeiro da Constituição Federal. Os Direitos Fundamentais representam, ainda, sob a perspectiva material, as decisões axiológicas fundamentais adotadas pelo poder Constituinte sobre a estrutura do Estado e da Sociedade.” Asseverando a insuficiência do critério formal para fins de caracterização de um direito fundamental, Thiago Lima Breus aduz serem considerados direitos fundamentais “aqueles que forem dotados de uma fundamentabilidade material à dignidade da pessoa humana”. (BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional.**, p. 157-159).

¹⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.**, p. 62.

derecho fundamental de prestación”.¹⁷³ De outro lado, menos difundido, o critério material impinge serem os direitos fundamentais de defesa “derechos que aseguran al individuo una esfera libre de intervenciones estatales (...) son derechos de defensa del ciudadano contra el Estado”;¹⁷⁴ enquanto que os direitos fundamentais de prestação “son aquellos derechos fundamentales cuyas consecuencias, prescindiendo de la consideración del orden jurídico infraconstitucional o de las actuaciones estatales anteriores, siempre consisten en una prestación (...), que puede ser la expedición de una ley por parte del Parlamento, un acto administrativo o una actuación fáctica”.¹⁷⁵

Em que pese a distinção formal ser mais facilmente aplicada, é preferível associar a distinção terminológica entre os direitos fundamentais ao critério material, visto que permite uma fundamentação substancial mais aprofundada. Destarte, uma vez criada uma posição jurídica infraconstitucional para satisfazer um direito fundamental de prestação, os mesmos argumentos que jogam a favor de sua criação atuam contra a sua derrogação, fato que não ocorre quando se está a utilizar o critério formal.¹⁷⁶

Esposados os aspectos por intermédio dos quais se faz possível apreender a distinção entre as duas classes de direitos fundamentais, é de mister proceder-se, em seguida, ao estudo específico do direito de defesa, sendo que, ao cabo, tratar-se-á

¹⁷³ BOROWSKI, Martin. **La Estructura de los Derechos Fundamentales**. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 111.

¹⁷⁴ BOROWSKI, Martin. **La Estructura de los Derechos Fundamentales**., p. 112.

¹⁶⁹ BOROWSKI, Martin. **La Estructura de los Derechos Fundamentales**., p. 114.

¹⁷⁶ BOROWSKI, Martin. **La Estructura de los Derechos Fundamentales**., p. 116. Esmerilando esse posicionamento, é de mister colacionar as teorizações traçadas por Ingo Sarlet a respeito da aplicação da “vedação do retrocesso” (teoria a ser mais bem detalhada ulteriormente) aos direitos sociais prestacionais. Vejamos: “(...) após sua concretização em nível infraconstitucional, os direitos fundamentais sociais assumem, simultaneamente, a condição de direitos subjetivos a determinadas prestações estatais e de uma garantia institucional, de tal sorte que não se encontram mais na (plena) esfera de disponibilidade do legislador, no sentido de que os direitos adquiridos não mais podem ser reduzidos ou suprimidos, sob pena de flagrante infração do princípio da proteção da confiança (por sua vez, diretamente deduzido do princípio do Estado de Direito), que, de sua parte, implica a inconstitucionalidade de todas as medidas que inequivocamente venham a ameaçar o padrão de prestações já alcançado. Esta proibição de retrocesso, segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira, pode ser considerada uma das conseqüências da perspectiva jurídico-subjetiva dos direitos fundamentais sociais na sua dimensão prestacional, que neste contexto, assumem a condição de verdadeiros direitos de defesa contra medidas de cunho retrocessivo, que tenham por objeto a sua destruição ou redução”. (SARLET, Ingo Wolfgang. **O Estado Social de Direito, A Proibição do Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade**. Disponível na Internet via WWW.URL: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 24 de julho de 2007, p. 18).

pormenorizadamente dos direitos de prestação, aos quais, dado o escopo do presente trabalho, restará dada maior ênfase.

Nessa toada, tem-se que os direitos fundamentais de defesa,¹⁷⁷ na clássica acepção liberal-burguesa, identificando-se com os direitos de primeira dimensão, dirigem-se a uma obrigação de abstenção por parte dos Poderes Públicos, implicando um dever de respeito a determinados interesses individuais, por intermédio da omissão de ingerências ou pela intervenção na esfera de liberdade pessoal somente em determinadas hipóteses e sob certas condições.¹⁷⁸

No que pertine à estruturação dos direitos fundamentais de defesa, salienta-se serem tais direitos normas vinculantes¹⁷⁹, bem assim albergarem direitos subjetivos no âmbito em que produzem os seus efeitos. Ademais disso, a máxima da proporcionalidade¹⁸⁰ deve ser aplicada, nessa quadra, sob a forma da “interdição do excesso”, vale dizer, a intervenção efetuada pelo Estado na esfera de liberdade individual, mediante uma atuação positiva, somente restará justificada se adequada, necessária e estritamente proporcional.¹⁸¹

¹⁷⁷ Consoante a formulação preconizada por Gomes Canotilho, “os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os Poderes Públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.*, p. 552).

¹⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais.*, p. 171.

¹⁷⁹ A heterovinculação dos direitos fundamentais diz com o fato de as normas constitucionais que veiculam direitos fundamentais jungirem os Poderes Públicos e, segundo doutrina vanguardista, os próprios particulares. Essa vinculação poderá ter feição positiva (as normas têm condição de produzirem os efeitos aos quais se preordenam), ou negativa (determinam a revogação ou a não criação de normas antinômicas). Nada obstante isso, afirma-se a existência de normas constitucionais não-vinculantes, as quais consistiriam em meros enunciados programáticos. Conforme salientado acima, as normas constitucionais que albergam direitos de defesa são sempre vinculantes.

¹⁸⁰ A máxima da proporcionalidade subdivide-se em três regras, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Um meio deve ser considerado adequado se, por intermédio de um exame absoluto, for apto a alcançar ou fomentar o resultado pretendido. De outro lado, a medida será necessária, mediante um exame comparativo, quando a realização do objetivo perseguido não possa ser obtida utilizando-se um meio menos danoso ao direito fundamental. Por fim, a sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito apregoa serem as restrições a um direito fundamental diretamente proporcionais às razões que as justificam. (AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. *O Proporcional e o Razoável. Revista dos Tribunais.* vol. 798. abr. 2002. p. 23-50).

¹⁸¹ BOROWSKI, Martin. *La Estructura de los Derechos Fundamentales.*, p. 130.

Sem embargo dos argumentos supramencionados, ressalta-se, na esteira das teorizações de Robert Alexy, ser possível configurar os direitos de defesa em três grupos, a saber: “derechos al no impedimento de acciones”, constituído por direitos a que o Estado não impeça ou obstaculize determinadas ações do titular do direito; “derechos a la no afectación de propiedades y situaciones”, constituído pelos direitos a que o Estado não afete determinadas propriedades ou situações do titular do direito; e, por fim, “derechos a la no eliminación de posiciones jurídicas”, constituído pelos direitos a que o Estado não elimine determinadas posições jurídicas do titular do direito.¹⁸²

Levadas a efeito as ilações anteriores, condizentes à conformação, estrutura e classificação dos direitos de defesa, faz-se mister adentrar especificamente na seara dos direitos fundamentais de prestação. Nessa toada, tem-se que tais direitos, correspondentes aos de segunda dimensão, objetivam a garantia não apenas da liberdade-autonomia, mas também da liberdade por intermédio do Estado, partindo-se da premissa de que o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção de sua liberdade, depende de uma postura ativa dos Poderes Públicos, no sentido de que esses se encontram obrigados a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica (normativa) e material (fática).¹⁸³

Inolvidável que sob a rubrica genérica de direitos a prestações, que engloba todo direito fundamental a um ato positivo estatal, distinguem-se categorias específicas de posições jurídicas fundamentais. Destarte, os direitos a prestações, em sentido amplo, podem ser divididos em três grupos¹⁸⁴: direitos de proteção; direitos à participação na

¹⁸² ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 189-194. Conforme preceituado por Robert Alexy no excerto da obra em estudo, exemplos do “derechos al no impedimento de acciones” seriam a expressão de opinião, a eleição de profissão, a manifestação da fé etc. Ao enunciado sobre um direito tal pode se dar a seguinte forma *standard*: a tem frente ao Estado um direito a que este não estorve a realização da ação *h*. Por sua vez, exemplos dos “derechos a la no afectación de propiedades y situaciones” seriam, respectivamente, os direitos a não ter o domicílio violado e a de estar sadio. Ao enunciado sobre um direito tal pode se dar a seguinte forma *standard*: a tem frente ao Estado um direito a que este não afete a propriedade *a* (a situação *B*) de *a*. Por derradeiro, exemplo do “derecho a la no eliminación de posiciones jurídicas” seria a proibição da manifestação de determinadas opiniões. Uma vez mais, é aconselhável reduzir a uma forma simples *standard* a pluralidade. Ela reza: a tem frente ao Estado um direito a que este não elimine a posição jurídica PJ de *a*.

¹⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 189.

¹⁸⁴ Em que pese existirem caracteres específicos atinentes a cada categoria dos direitos a prestações, todos são passíveis de recondução ao *status positivus* de Georg Jellinek, “na medida em que caracterizados pela dimensão prestacional (no sentido de implicarem uma atuação positiva do

organização e procedimento e direitos a prestações em sentido estrito (direitos sociais prestacionais).¹⁸⁵

Os direitos de proteção outorgam ao indivíduo o direito de exigir do Estado que esse o proteja contra ameaças provenientes de outros cidadãos ou de outros sujeitos de direito internacional.¹⁸⁶ Resta perceptível, nessa quadra, a multiplicidade de objetos desses direitos, a exemplo da proteção à vida, à integridade física, à dignidade da pessoa humana em geral, à liberdade, à propriedade, dentre outras modalidades possíveis. Da mesma forma, múltiplos são os meios de efetivação dessa proteção, que pode se realizar por intermédio de normas penais, normas procedimentais, atos administrativos e até mesmo pela atuação concreta dos poderes públicos.¹⁸⁷

Por sua vez, em que pese não haver consenso conceitual no que diz respeito aos direitos à participação na organização e procedimento, resta evidente a sua importância pela nítida imbricação axiológica entre essas categorias e os direitos

destinatário), que lhes é peculiar e que os distingue dos direitos de defesa". (SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.**, p. 194). A teoria dos quatro *status* de Jellinek, que visa classificar os direitos fundamentais com base numa estrita positividade, influenciou diversas classificações doutrinárias ulteriores, a exemplo da levada a efeito por Robert Alexy - sem embargo de algumas críticas tecidas -, de modo que persiste detendo valor nos dias atuais. Segundo Jellinek, o indivíduo, na condição de membro do Estado, trava com este uma pluralidade de relações denominadas *status*. A primeira relação, de subordinação ao Estado, compreende a esfera dos direitos individuais e corresponde ao *status* passivo, denominada de *status subiectionis*. A segunda relação é estabelecida em função da afirmação constante do valor da pessoa humana, o que conduz a uma redução da extensão do *status* passivo, compreendendo a esfera de liberdade individual denominada de *satus negativus* ou *libertatis*. A terceira relação, ora objeto precípua de nosso estudo, concede ao indivíduo pretensões jurídicas positivas, compreendendo o plexo de prestações estatais dirigidas ao interesse individual, equivalente ao *status positivus* ou *status civitatis*. A quarta, e última relação, reconhece ao cidadão o direito de participar na formação da vontade política do Estado e diz respeito ao *status activus* ou *status activae civitatis*. Destarte, com base na exposição de Jellinek, os direitos fundamentais são classificados em direitos de defesa (*status* negativo), direitos a prestações (*status* positivo) e direitos de participação (*status* ativo). (FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de Direitos: a Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem versus a Liberdade de Expressão e Informação.** 2ª ed. atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 101-103).

¹⁸⁵ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales.**, p. 430. A título de complementação, Ingo Wolfgang Sarlet salienta haver outra importante classificação dos direitos a prestações, que os distinguem em direitos originários e direitos derivados: Sob a rubrica de direitos derivados a prestações compreendem-se "as posições jurídicas subjetivas deduzidas não diretamente das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais a prestações, mas, sim, da concretização destas pelo legislador ordinário". De outra banda, os direitos originários a prestações podem ser definidos "como os direitos dos cidadãos ao fornecimento de prestações estatais, independentemente da existência de um sistema prévio de oferta destes bens e/ou serviços por parte do Estado, em outras palavras, de direitos que podem ser deduzidos diretamente das normas constitucionais que os consagram" (SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 192).

¹⁸⁶ BOROWSKI, Martin. **La Estructura de los Derechos Fundamentales.**, p. 144.

¹⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.**, p. 195.

fundamentais. Destarte, pode-se dizer, numa vertente, que esses direitos consistem no estabelecimento de determinadas normas procedimentais e também numa determinada interpretação e aplicação concreta dessas normas procedimentais.¹⁸⁸ Ou ainda, ressaltando-se a dimensão prestacional desses direitos, faz-se possível conceituá-los como aqueles “que asseguram ao indivíduo a execução (implementação) de procedimentos ou organizações em geral ou a possibilidade de participação em procedimentos ou estruturas organizacionais já existentes”.¹⁸⁹

Por derradeiro, arrola-se o grupo dos direitos a prestações em sentido estrito, os quais consistem no objeto específico do presente estudo¹⁹⁰. Pois bem, consoante leciona Robert Alexy, os direitos sociais prestacionais são aqueles que o indivíduo detém frente ao Estado, direcionados a algo que, se o indivíduo possuísse meios financeiros suficientes ou encontrasse no mercado uma oferta suficiente, poderia obter também dos particulares.¹⁹¹

Denominados, outrossim, de direitos fundamentais sociais¹⁹², compreendem os direitos à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância e à assistência aos desamparados, conforme se infere do disposto no artigo 6º da Constituição Federal de 1988.¹⁹³

A capital importância do reconhecimento dos direitos fundamentais sociais reside na imprescindibilidade da consagração da liberdade fática (real) para que haja efetiva

¹⁸⁸ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales.**, p. 458.

¹⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.**, p. 199.

¹⁹⁰ Consoante assevera Martin Borowski: “los derechos fundamentales sociales apuntan a proteger la libertad fáctica. La libertad jurídica puede perder todo su valor para el particular, si éste no dispone de los presupuestos fácticos para poder ejercerla. El objeto típico de los derechos sociales es el mínimo existencial, así como un mínimo grado de educación y de cubrimiento médico”. (BOROWSKI, Martin. **La Estructura de los Derechos Fundamentales.**, p. 145).

¹⁹¹ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales.**, p. 482.

¹⁹² Nesse diapasão, cumpre expor a ressalva levada a efeito por Ingo Sarlet no sentido de que o conceito de direitos fundamentais sociais não se restringe à dimensão prestacional, abrangendo também a seara das liberdades sociais (a exemplo do direito de greve e da liberdade sindical), naquilo que denominou, inspirando-se em Jellinek, de *status libertatis socialis*. Destarte, pode-se dizer que os direitos fundamentais sociais arrolados na Constituição da República não formam um grupo homogêneo no que diz com o seu conteúdo e forma de positivação. (SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.**, p. 202).

¹⁹³ Ressalta-se, outrossim, não ser taxativo o rol de direitos fundamentais sociais esposados no dispositivo constitucional em comento.

valorização da liberdade jurídica. Ademais disso, Robert Alexy, atenta pra o fato de que, sob as condições da moderna sociedade industrial, a liberdade fática de um grande número de titulares de direitos fundamentais não encontra seu substrato material em um âmbito vital dominado por eles, senão que depende essencialmente de atividades estatais.¹⁹⁴

Sem embargo das ilações expostas, tem-se que, à semelhança do que ocorre com os direitos de defesa, os direitos de prestação são normas constitucionais que vinculam o Poder Público, de modo que sempre que um direito fundamental de prestação for violado, essa infração deve ser estabelecida e sancionada judicialmente. Ademais disso, os direitos de prestação, ao fundamentarem pretensões jurídicas individuais, também constituem direitos subjetivos¹⁹⁵, de modo que os seus titulares podem fazê-los eficazes judicialmente.¹⁹⁶

Conforme aduz Robert Alexy, as normas constitucionais que consagram direitos fundamentais sociais podem ser classificadas, sob um ponto de vista técnico-estrutural, em três critérios. Primeiro, pode se tratar de normas que conferem *direitos subjetivos* (titularidade de posições jusfundamentais aos indivíduos) ou de normas que obrigam o Estado somente *objetivamente* (heterovinculação dos direitos fundamentais). Podem, em segundo lugar, ser normas *vinculantes* (cujas lesões são possíveis de serem apreciadas por um Tribunal Constitucional) ou *não-vinculantes* (consistindo em meros enunciados programáticos). Terceiro, as normas podem fundamentar direitos e deveres *definitivos* (estar-se-á tratando de regras¹⁹⁷) ou *prima facie* (quando se estiver defronte a princípios).¹⁹⁸

¹⁹⁴ ALEXY, Robert. **Teoria de Los Derechos Fundamentales.**, p. 486-487.

¹⁹⁵ Ingo Wolfgang Sarlet considera a possibilidade de, sob determinadas condições, serem reconhecidos verdadeiros direitos subjetivos a prestações, independentemente ou para além da concretização pelo legislador. "Neste particular, assume especial relevo a íntima vinculação, destacada especialmente pela doutrina estrangeira, de vários destes direitos com o direito à vida e com o princípio da dignidade humana, o que se manifesta de forma contundente nos direitos ao salário mínimo, assistência e previdência social, bem como no caso do direito à saúde". (SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Directos Fundamentais.**, p. 322).

¹⁹⁶ BOROWSKI, Martin. **La Estructura de los Derechos Fundamentales.**, p. 147-152.

¹⁹⁷ As normas jurídicas consubstanciam um gênero, no qual restam compreendidos, enquanto espécies, os princípios, as regras, e para parcela da doutrina, os valores. Visando diferenciar os princípios das regras, a partir de um critério estrutural (e não simplesmente gradativo), Robert Alexy aduz que: "princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão ampla quanto possível relativamente a possibilidades fáticas ou jurídicas. Princípios são, portanto, *mandamentos de*

Posto isso, faz-se mister ressaltar que a proteção mais forte se outorga às *normas vinculantes* que garantem *direitos subjetivos definitivos* a prestações. De outra banda, a guarida mais débil destina-se às normas *não-vinculantes* que fundamentam um mero *dever objetivo prima facie* do Estado a outorgar prestações. Por derradeiro, consoante restará mais bem conformado ulteriormente, o direito a um mínimo vital é um *direito subjetivo definitivo vinculante*.¹⁹⁹

Afiliamo-nos, outrossim, àqueles que propugnam uma interpretação progressiva dos direitos fundamentais sociais, de modo a promover a paulatina concretização desses direitos - observadas suas diferenças estruturais -, conforme o progressivo desenvolvimento da sociedade brasileira²⁰⁰. Como corolário, os direitos sociais prestacionais exigem uma crescente posição ativa do Estado na esfera econômica e social.²⁰¹

Chega-se, nesse diapasão, ao grande dilema hodierno que envolve o estudo dos direitos fundamentais sociais, qual seja, a sua concretização, tema a ser esmerilado no capítulo vindouro do presente trabalho monográfico. Tal fato sucede porque esses direitos exigem uma atuação dos órgãos estatais no sentido de prover determinadas necessidades humanas, as quais dependem precipuamente de condições de fato ou recursos disponíveis para a sua realização²⁰². Nesse sentido, aduz Edilsom Pereira de Farias que:

otimização. Como tais, eles podem ser preenchidos em graus distintos". De outra banda, as regras são: "normas que, sempre, ou só podem ser cumpridas ou não cumpridas. Se uma regra vale, é ordenado fazer exatamente aquilo que ela pede, não mais e não menos. Regras contêm, com isso, determinações no quadro do fático e juridicamente possível. Elas são, portanto, *mandamentos definitivos*. A forma de aplicação de regras não é a ponderação, senão a subsunção". (ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. *Revista de Direito Administrativo.*, p. 74-75).

¹⁹⁸ ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales.*, p. 484.

¹⁹⁹ ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales.*, p. 484-485.

²⁰⁰ Atente-se, no entanto, à ressalva levada a efeito por Sérgio Cruz Arenhart, o qual, após admitir a concreção gradual dos direitos fundamentais, segundo as possibilidades de cada Estado, assevera que essa implementação gradual não pode autorizar que, sob o pretexto da indisponibilidade financeira do Estado, possa esse se furtar de realizar o mínimo cabível, dentro da exigência razoável que suas condições autorizam. (ARENHART, Sérgio Cruz. As Ações Coletivas e o Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. In: MAZZEI, Rodrigo, NOLASCO, Rita Dias (Coordenadores). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 521).

²⁰¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais.*, p. 261.

²⁰² Inclusive, decorre dessa premissa a concepção retrógrada consoante a qual as normas consagradoras de direitos sociais prestacionais normalmente apresentam um déficit de exequibilidade e justiciabilidade, porquanto reclamam a interpositio de atos legislativos ou administrativos, de modo que o

Conquanto não possuam o mesmo regime jurídico ou a força jurídica nos moldes dos clássicos direitos de abstenção (...), os direitos sociais são posições jurídicas fundamentais *prima facie* que exigem, de acordo com as condições fáticas e recursos disponíveis, uma prestação material estatal. Assim, verificado, no caso concreto, que existem os recursos materiais e jurídicos para o Estado para satisfazer as necessidades econômicas, sociais e culturais do cidadão de posição jurídica *prima facie*, passam os direitos sociais a direito definitivo e vinculante.²⁰³

Insta salientar, ainda, que a máxima da proporcionalidade, nessa seara, traduz-se pela proibição da proteção insuficiente²⁰⁴, da qual se denota ser vedado ao Estado deixar de atender a prestação material prevista em uma norma de direito fundamental, de modo a não suprir a pretensão jurídica que ela engendra a seus titulares ou destinatários. Destarte, constata-se ser o dever constitucional de agir uma das condições para que se possa falar em proibição de insuficiência, uma vez que, assim como se exige que o Estado atue, exige-se, consoante esse postulado, que a ação seja suficiente para o exercício integral do direito do titular.²⁰⁵

Como corolário, utilizando-se dos mecanismos da proporcionalidade e da razoabilidade, resta passível de ser verificada - e coibida - a insuficiência da prestação de um determinado serviço público pelo Estado, haja vista consubstanciar violação direta ao texto constitucional.

Sem embargo do que restou exposto, ressalta-se que, em que pese terem sido engendrados arquétipos distintos entre os direitos fundamentais de defesa e de prestação, são, em certa medida, tais espécies, ambivalentes. Donde se extrai que um direito fundamental, configurando-se como “feixe de posições jurídicas jusfundamentais”²⁰⁶ apresenta-se sob diversas perspectivas, contendo, ao mesmo tempo, componentes de obrigações positivas e negativas para o Estado. Exemplificando-se, tem-se que, não obstante a liberdade de locomoção consubstanciar um direito de defesa, essa liberdade somente restará satisfatoriamente efetivada se o

seu conteúdo resta parcialmente aferível pelo legislador ordinário, enquanto que os direitos de defesa têm o seu conteúdo já essencialmente determinado pela Constituição.

²⁰³ FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos* ., p. 114.

²⁰⁴ BOROWSKI, Martin. *La Estructura de los Derechos Fundamentales*., p. 185.

²⁰⁵ BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional*., p. 225-226.

²⁰⁶ Expressão formulada por Robert Alexy.

Poder Público implementar uma série de atividades materiais, a exemplo de serviços de transporte público, de políticas de segurança pública, dentre outras atuações positivas estatais, as quais, tradicionalmente, destinam-se a configurar direitos fundamentais a prestações.

Não há que se olvidar, portanto, que os direitos de defesa possuem uma faceta positiva, da mesma forma que os direitos sociais prestacionais detêm uma dimensão negativa, a denotar a existência de interpenetração entre os objetos de ambos os grupos de direitos fundamentais²⁰⁷. Na esteira do pensamento de Jorge Miranda, Ingo Sarlet exemplifica essa posição à luz do direito à saúde, salientando que ao Estado não incumbe apenas a tarefa de prestar o serviço de saúde, mas também a de abster-se de prejudicar a saúde dos indivíduos.²⁰⁸

Sacramentando a ambivalência e a complementaridade dos direitos fundamentais, assevera Celso Lafer que “a inevitável tensão entre direitos de liberdade (defesa) e direitos sociais (a prestações) não se encontra sujeita a uma dialética do antagonismo, mas a uma dialética da mútua complementação, já que ambas as categorias de direitos fundamentais se baseiam na concepção de que a dignidade da pessoa humana apenas se poderá afirmar mediante a existência de maior liberdade e menos privilégios para todos.”²⁰⁹

Diante do que se expôs acerca dos direitos sociais prestacionais (direitos fundamentais sociais), resta nítida a sua vinculação ao instituto jurídico-social do serviço público, haja vista que o objeto dos direitos sociais prestacionais - tarefas de melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos existentes, bem como a criação de bens essenciais não disponíveis para todos os que dele necessitem -, deve ser

²⁰⁷ Nessa esteira, apregoa Andreas J. Krell que qualquer Direito Fundamental constitucional – seja ele direito civil e político ou econômico, social e cultural – contém, ao mesmo tempo, componentes de obrigações positivas e negativas para o Estado. “Nessa visão, a tradicional diferenciação entre os direitos ‘da primeira’ e os ‘da segunda’ geração é meramente gradual, mas não substancial, visto que muitos dos Direitos Fundamentais tradicionais foram reinterpretados com sociais, perdendo sentido as distinções rígidas.” (KRELL, Andreas J. Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na base dos Direitos Fundamentais Sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição Concretizada. Construindo Pontes entre o Público e o Privado**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2000, p. 39).

²⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 261-262.

²⁰⁹ LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2001, p. 130.

eficientemente concretizado mediante prestação de serviço público estatal. Ademais disso, e justamente em decorrência da natureza do objeto acima analisado, aponta-se para a dimensão economicamente relevante dos direitos fundamentais sociais, a qual restará esmerilada no vindouro subitem.

3.3 A relevância da faceta econômica para a concretização dos direitos fundamentais sociais: o limite da reserva do possível.

Sem embargo de terem sido esposadas as diferenças ontológicas entre os direitos de defesa e os direitos sociais prestacionais, não há de se olvidar, outrossim, o distinto grau de eficácia²¹⁰ dessas espécies de direitos fundamentais, oriundo da disparidade de suas estruturas jurídico-normativas. Nessa quadra, tem-se que os direitos de defesa, ao deterem preponderante faceta negativa, exigem proteção eminentemente jurídica a seu objeto. De outro lado, ao albergarem um viés precipuamente positivo, os direitos sociais prestacionais sujeitam-se à conjuntura econômica, de tal sorte que a escassez dos recursos implica um limite fático à efetivação desses direitos.²¹¹

Em decorrência desse aspecto, propugnou-se a dependência da concretização dos direitos sociais, econômicos e culturais à denominada “reserva do possível”, a qual, consoante leciona Ingo Sarlet, sustentando-se no posicionamento da Corte Constitucional Federal Alemã²¹², traduz-se por aquilo que “o indivíduo pode

²¹⁰ Consoante preconiza Eros Roberto Grau, a *eficácia jurídica* implica a realização efetiva dos resultados buscados pela norma, vale dizer; a norma encontra-se apta a produzir todos os seus efeitos jurídicos. Distingue-se, portanto, da *eficácia social* (a qual, segundo Eros Grau, identifica-se com a *efetividade*), condizente ao fato de a norma ser realmente obedecida e aplicada pelos seus destinatários. (GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988.*, p. 323-324).

²¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais.*, p. 263-264.

²¹² A respeito da inserção, na doutrina alemã, das idéias atinentes à reserva do possível, posteriormente incorporadas pela jurisprudência desse país, escreve Sérgio Cruz Arenhart que: “A idéia da reserva do possível surge com Peter Häberle, na década de 70, tendo sido acolhida pela Corte Constitucional alemã. É sempre lembrada, no particular, a decisão do caso *numerus clausus*, a respeito do direito de acesso às vagas em universidades alemãs (*“numerus-clausus Entscheidung”*, BverfGE n. 33, 303 (333)), em que aquele tribunal considerou que as prestações que o cidadão pode exigir do Estado estão condicionadas aos limites do razoável. Desde então, entende a Corte Constitucional Federal alemã que os direitos sociais de prestação positiva somente são exigíveis do Estado segundo os limites da possibilidade, ou seja, *“daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade”*, correspondente, ao menos, ao *“direito mínimo de existência”* – evidente concreção do

razoavelmente exigir da sociedade de tal sorte que, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.”²¹³, correspondente, ao menos, ao direito mínimo de existência – evidente corolário do princípio da dignidade da pessoa humana.²¹⁴

Ressaltando a necessidade de adaptabilidade das teorizações estrangeiras à realidade brasileira, apregoa Andreas J. Krell que a teoria da reserva do possível “é uma adaptação da jurisprudência alemã (*Vorbehalt des Möglichen*), que entende que a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição de disponibilidade dos respectivos recursos. Ao mesmo tempo, a decisão sobre a disponibilidade dos mesmos estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e dos parlamentos (composição de orçamentos).”²¹⁵ Ainda, aduz o autor em tela que “no Brasil, como em outros países periféricos, é justamente a questão analisar quem possui a legitimidade para definir o que seja ‘o possível’ na área das prestações sociais básicas face à composição distorcida dos orçamentos das diferentes entidades federativas”.²¹⁶

Levando-se em consideração que a efetivação dos direitos sociais prestacionais normalmente depende, portanto, de interposição legislativa e das circunstâncias socioeconômicas, a doutrina costuma nomeá-los de direitos relativos²¹⁷, razão pela qual tendem a ser positivados de forma vaga e aberta, deixando ao legislador uma quase absoluta liberdade de conformação na sua tarefa concretizadora²¹⁸, limitada tão-

princípio da dignidade da pessoa humana”. ARENHART, Sérgio Cruz. As Ações Coletivas e o Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. In: MAZZEI, Rodrigo, NOLASCO, Rita Dias (Coordenadores). *Processo Civil Coletivo.*, 2005, p. 519-520).

²¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais.*, p. 265.

²¹⁴ KRELL, Andreas J. Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na base dos Direitos Fundamentais Sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição Concretizada.*, p. 41.

²¹⁵ KRELL, Andreas J. Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na base dos Direitos Fundamentais Sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição Concretizada.*, p. 40-41.

²¹⁶ KRELL, Andreas J. Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na base dos Direitos Fundamentais Sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição Concretizada.*, p. 41.

²¹⁷ Em oposição aos direitos de defesa, tidos como direitos absolutos, em face de sua imediata aplicabilidade, despicienda a *interpositio legislatoris*, a qual, em existindo, implicará simples restrição ou regulamentação dos seus efeitos.

²¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais.*, p. 266-267.

somente pela necessidade de justificação das medidas reducionistas e pelo princípio da proibição do retrocesso.²¹⁹

Posto isso, e em apertada síntese, tem-se que a máxima da proibição do retrocesso impõe a proteção efetiva dos direitos fundamentais contra a atuação do poder de reforma constitucional, bem assim contra o legislador ordinário e demais órgãos estatais, que, portanto, além de estarem incumbidos de um dever permanente de desenvolvimento e concretização eficiente dos direitos fundamentais (inclusive, e no âmbito da temática versada, de modo particular os direitos sociais), não podem – em hipótese alguma – suprimir pura e simplesmente ou restringir de modo a invadir o núcleo essencial do direito fundamental ou atentar, de outro modo, contra as exigências da proporcionalidade.²²⁰ Assim:

A proibição do retrocesso assume (...) feições de verdadeiro princípio constitucional fundamental implícito, que pode ser reconduzido tanto ao princípio do Estado de Direito (no âmbito da proteção da confiança e da estabilidade das relações jurídicas inerentes à segurança jurídica), quanto ao princípio do Estado Social, na condição de garantia da manutenção dos graus mínimos de segurança social alcançados, sendo, de resto, corolário da máxima eficácia e efetividade das normas de direitos fundamentais sociais e do direito à segurança jurídica, assim como da própria dignidade da pessoa humana.²²¹

²¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **O Estado Social de Direito, A Proibição do Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade.**, p. 21-22.

²²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **O Estado Social de Direito, A Proibição do Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade.**, p. 25. Na esteira do aduzido, Clèmerson Merlin Clève propugna que “o retrocesso social (...) não é aceitável no contexto de uma Constituição como a brasileira. Por isso, uma lei ordinária que, eventualmente, tenha tratado de um direito social, delimitando a sua esfera de incidência ou o modo como as prestações estatais necessárias serão adimplidas, não poderá ser simplesmente revogada por outra lei (mesmo que de idêntica ou superior hierarquia). É certo que, do ponto de vista da teoria do direito, as leis podem ser revogadas por outras residentes em idêntica ou superior posição hierárquica. Entretanto, quando há direito fundamental em jogo, especialmente direito social, há necessidade de certa dose de cautela. Por isso, seria inaceitável, do ponto de vista constitucional, uma lei que pretendesse simplesmente revogar o Estatuto da Criança e do Adolescente, sem colocar nada no lugar”. (CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais.** In: *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofia y Derecho.* n.º 22. jul./dez. 2003, p. 28).

²²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **O Estado Social de Direito, A Proibição do Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade.**, p. 27). Além de ressaltar a inexistência de decisões judiciais brasileiras que tenham declarado inconstitucional uma lei ou um ato que diminuiu uma prestação social, Andreas J. Krell assevera que a aplicação da tese da “proibição do retrocesso” pode levar a uma proteção maior dos Direitos Fundamentais Sociais em detrimento dos Direitos Fundamentais de Liberdade, nos quais se permite uma diminuição dos direitos do indivíduo, a fim de assegurar interesses públicos urgentes. (KRELL, Andreas J. **Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na base dos Direitos Fundamentais Sociais.** In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição Concretizada.**, p. 35-36). Tal crítica há de ser sopesada a partir da constatação de que a “vedação do retrocesso” não detém caráter absoluto, devendo necessariamente passar pelo crivo da máxima da proporcionalidade.

Em observância ao postulado da vedação do retrocesso social²²², conclui-se, portanto, que os serviços públicos, uma vez que destinados a resguardar e promover os direitos assegurados na Constituição da República, não poderão ser suprimidos. Nesse sentido, propugna Fernanda Pereira Amaro que:

Mudando-se os fatos, muda-se a percepção do serviço público que força, inevitavelmente, uma mudança do Poder Público em sua consideração. Se certas circunstâncias, como as econômicas, induzem o Poder Público a qualificar determinadas atividades como serviço público, há situações em que mesmo circunstâncias econômicas não poderão desqualificar determinadas prestações já qualificadas como serviço público.²²³

Noutra linha argumentativa, tem-se que, em que pese existir, via de regra, uma real necessidade de *interpositio legislatoris* para que haja a efetivação dos direitos sociais fundamentais, não há que se olvidar ser a omissão do Executivo, em termos de desenvolvimento de políticas públicas e prestação de serviços sociais - e não a desídia do Legislativo -, a principal causa da inefetividade dessa espécie de direito. Nessa toada, faz-se mister esposar a crítica levada a efeito por Andreas J. Krell, segundo o qual:

A eficácia social reduzida dos Direitos Fundamentais sociais não se deve à falta de leis ordinárias; o problema maior é a não-prestação real dos serviços sociais básicos pelo Poder Público. A grande maioria das normas para o exercício dos direitos sociais já existe. O problema parece estar na formulação, implementação e manutenção das respectivas *políticas* públicas e na composição dos gastos nos orçamentos da União, dos Estados e dos

²²² Dissertando acerca da vedação do retrocesso, Marcos Maselli Gouvêa assevera que “embora não se possa obrigar o poder público a avançar até um determinado ponto na conteudização de uma situação jurídica contemplada em norma programática, pelo princípio da proibição do retrocesso seria possível evitar que, uma vez atingido este ponto, obrassem o Legislativo ou o Executivo no sentido de reduzir as prerrogativas previamente definidas”. (GOUVÊA, Marcos Maselli. **O Controle Judicial das Omissões Administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 25-26). “Por esse princípio [afirma Luís Roberto Barroso] que não é expresso mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido”. (BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 6ª ed. atua. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, p. 158).

²²³ AMARO, Fernanda Pereira. **O Serviço Público sob a Perspectiva da Garantia Constitucional de Direitos Humanos Fundamentais**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 13. n. 50. jan./mar. 2005, p. 131.

Municípios. Onde já foi implantado o serviço público necessário para a satisfação de um direito fundamental, a sua não-prestação em descumprimento da lei ordinária pode ser atacada com o mandado de segurança. A situação se torna mais complicada onde o Poder Público mantém-se inerte, não instalou os serviços necessários ou onde os mesmos funcionam precariamente (omissão parcial ou total – ex.: hospitais públicos).²²⁴

Nada obstante a alegada relatividade dos direitos sociais prestacionais, é de mister ressaltar que tais direitos, mesmo os de cunho eminentemente programático, encontram-se sempre aptos a gerar, num sentido lato, algum tipo de posição jurídico-objetiva, ainda que não engendrem propriamente um direito subjetivo individual a determinada prestação estatal.²²⁵

Na esteira dessa argumentação, e analisando o ordenamento jurídico pátrio, Ingo Sarlet assevera que a consagração de um direito fundamental a uma política de pleno emprego (artigo 6º da Constituição da República), insculpido como um dos princípios fundamentais da ordem econômica constitucional, não implica a existência de direitos subjetivos individuais a um posto de trabalho.²²⁶

Em que pese a reserva do possível evidenciar que a eficácia dos direitos fundamentais sociais sempre depende de fatores econômicos e políticos, denotando a existência de limites fáticos que condicionam a aplicação do direito²²⁷, tal teoria apresenta-se, muitas vezes, com um caráter dúbio, porquanto permite também que os defensores de teses neoliberais advoguem a impossibilidade de se impor ao Poder Público que atue em determinado sentido, uma vez que pode haver restrições de ordem

²²⁴ KRELL, Andreas J. Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na base dos Direitos Fundamentais Sociais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição Concretizada.**, p. 32-33.

²²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.**, p. 274. Reside nessa premissa o fundamento de validade da denominada dimensão negativa dos direitos a prestações, caracterizada pela possibilidade de o indivíduo exigir do Estado que esse se abstenha de atuar de forma contrária ao conteúdo da norma que consagra o direito fundamental.

²²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.**, p. 275. Apesar de advogar a tese de que existem hipóteses nas quais não se faz possível outorgar ao particular um direito subjetivo a determinada prestação estatal, Ingo Sarlet aduz existem posicionamentos doutrinários diversos, consoante os quais, uma vez reconhecido um significado central e incontroverso a um direito social prestacional, esse poderá ser aplicado ainda que ausente intermediação legislativa, devendo o Poder Judiciário suprir essa ausência no caso concreto, sem que tal feita represente transgressão à fronteira entre a atividade judiciária e legislativa.

²²⁷ BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional.**, p. 201.

material e, especialmente, orçamentárias que impeçam esse agir, o que tornaria essa realização insindicável pelo Poder Judiciário.²²⁸

Destarte, é de mister proceder-se a uma releitura desse postulado, visando-se interpretá-lo de modo a proporcionar a máxima efetivação dos direitos fundamentais²²⁹. Nesse sentido, deve-se investigar se realmente se está defronte a uma inexistência de recursos, ou se se trata apenas de uma alocação indevida (má gestão) desses recursos.²³⁰ Ademais disso, ineludível que qualquer escolha alocativa de recursos deve respeitar os limites formais constitucionais relacionados à quantia destinada na previsão orçamentária para a realização dos dispêndios públicos, assim como os limites materiais previstos na Constituição, condizentes à necessidade de se destinar recursos públicos para os objetivos e prioridades estipulados na Carta Constitucional:²³¹

Na medida, portanto, em que todos os Direitos Fundamentais dependam de recursos financeiros para serem efetivados, a questão da alocação de recursos, ou seja, a definição de que bens jurídicos serão prioritariamente promovidos, mostra-se relevante. E, assim, impõe-se distinguir um argumento relacionado com a inexistência de recursos necessários à concretização de um dever constitucional, em relação à alocação de recursos procedida contrariamente às disposições constitucionais.²³²

Propugnando, nessa esteira, a necessidade de serem gastos os recursos públicos em estrita observância aos limites formais e materiais da Constituição da República, Ana Paula de Barcellos aduz que:

Como não há recursos ilimitados, será preciso priorizar e escolher em que o dinheiro público disponível será investido. Essas escolhas, portanto, recebem a influência direta das opções constitucionais acerca dos fins que devem ser perseguidos em caráter prioritário. Ou seja: as escolhas em matéria de gastos públicos não constituem um tema integralmente reservado à deliberação

²²⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. *As Ações Coletivas e o Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário*. In: MAZZEI, Rodrigo, NOLASCO, Rita Dias (Coordenadores). *Processo Civil Coletivo*, p. 519.

²²⁹ Apregoa Ingo Sarlet que o artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição da República (“As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”), alberga o princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, denotando, outrossim, a maximização da proteção dos direitos fundamentais. (SARLET, Ingo Wolfgang. *O Estado Social de Direito, A Proibição do Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade*, p. 24).

²³⁰ BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional*, p. 206.

²³¹ BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional*, p. 207.

²³² BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional*, p. 207.

política; ao contrário, o ponto recebe importante incidência de normas jurídicas constitucionais.²³³

Diante disso, considerando-se que os serviços públicos destinam-se à efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição da República, a falta de disponibilidade no caixa – ou, o que é mais usual, o uso dos recursos públicos para outro fim – não pode tornar letra morta a determinação constitucional, nem, tampouco, permitir que se anule a vinculatividade dos preceitos consagradores de direitos fundamentais para todo o Poder Público.²³⁴

Como corolário, e por conta da aplicação conjunta da máxima da proporcionalidade e da reserva do possível, ainda que os recursos sejam limitados, sempre será exigível do Poder Público a preservação de um mínimo vital (direito fundamental mínimo), correspondente ao mínimo razoavelmente exigível para a satisfação de uma vida digna.²³⁵

Assim, os defensores de uma interpretação progressiva dos Direitos Fundamentais sociais alegam a sua qualidade de direitos subjetivos perante o Poder Público, obrigando-o a prestar determinados serviços de bem-estar social, os quais devem ser realizados de maneira progressiva. Nesse contexto, os direitos sociais programáticos representam mandados de otimização que devem ser densificados, e o seu descumprimento só pode ser realizado temporariamente em virtude de uma impossibilidade material evidente e comprovável”²³⁶

Sem embargo, o controle judicial dos serviços públicos (e, em última instância, das políticas públicas), será sempre possível, quando se tratar de garantir direitos fundamentais mínimos, “cabendo ao Poder Judiciário não apenas investigar a

²³³ BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. In: Revista de Direito Administrativo, v. 240, abr./jun. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005, p. 90-91.

²³⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. **As Ações Coletivas e o Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário**. In: MAZZEI, Rodrigo, NOLASCO, Rita Dias (Coordenadores). **Processo Civil Coletivo**., p. 521.

²³⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. **As Ações Coletivas e o Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário**. In: MAZZEI, Rodrigo, NOLASCO, Rita Dias (Coordenadores). **Processo Civil Coletivo**., p. 522.

²³⁶ KRELL, Andreas J. **Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na base dos Direitos Fundamentais Sociais**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição Concretizada**., p. 41.

razoabilidade da indisponibilidade financeira alegada pelo Poder Público, como ainda apurar – se for o caso – a outra destinação dada ao recurso público, bem assim a garantia do ‘mínimo essencial’ pelo Estado.”²³⁷

Denota-se do exposto que a cláusula da reserva do possível não pode ser invocada pelo Poder Público com o intuito de eximir-se de suas obrigações constitucionais²³⁸, notadamente quando essa conduta negativa implicar transgressão à integridade e intangibilidade do núcleo consubstanciador do mínimo existencial, instituto cujo estudo restará esmerilado no próximo segmento deste capítulo.

3.4 O direito à garantia de uma existência digna: o papel do mínimo existencial.

A teoria do mínimo existencial, cujo corolário consiste em atribuir ao indivíduo um direito subjetivo direcionado ao Poder Público nos casos de diminuição da prestação dos serviços sociais básicos que garantam a sua existência digna²³⁹, originou-se na Alemanha pós-guerra, e visava superar a ausência de qualquer direito fundamental social na Lei Fundamental de Bonn (1949), ausência, essa, decorrente da perda de prestígio da Constituição de Weimar (1919), cujos preceitos eram tidos como eminentemente programáticos e destituídos de qualquer eficácia.²⁴⁰

A Corte Constitucional Alemã extraiu, por conseguinte, o direito a um “mínimo de existência” do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso I, da Lei

²³⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. As Ações Coletivas e o Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. In: MAZZEI, Rodrigo, NOLASCO, Rita Dias (Coordenadores). **Processo Civil Coletivo.**, p. 524.

²³⁸ Posicionando-se favoravelmente à assertiva exposta, segundo a qual a reserva do possível não pode engendrar óbices à concretização dos direitos fundamentais, Clèmerson Merlin Clève aduz que “a *reserva do possível* não pode, num país como o nosso, especialmente 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. (CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais.**, p. 28).

²³⁹ KRELL, Andreas J. Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na base dos Direitos Fundamentais Sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição Concretizada.**, p. 43.

²⁴⁰ “A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (de 1949) não incorporou nenhum ordenamento sistemático dos direitos sociais de “segunda geração” (dos trabalhadores, educação, saúde, assistência), fato que se deve às más experiências com a Carta anterior de Weimar. Essa Constituição de 1919 é tida, no mundo inteiro, como uma das primeiras Cartas que incorporaram os direitos sociais a prestações estatais no seu texto”. (KRELL, Andreas J. Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na base dos Direitos Fundamentais Sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição Concretizada.**, p. 37-38).

Fundamental de Bonn), do direito à vida e à integridade física, mediante interpretação sistemática junto ao princípio do Estado Social (artigo 20, I, LFB).²⁴¹

O princípio da dignidade da pessoa humana²⁴², nos dizeres de Ingo Wolfgang Sarlet, atua como diretriz jurídico-material tanto para a definição do núcleo essencial dos direitos sociais, quanto para a delimitação do mínimo existencial, o qual, segundo o autor em comento, abarca:

O conjunto de prestações materiais que asseguram a cada indivíduo uma vida com dignidade, que necessariamente só poderá ser uma vida saudável, que corresponda a padrões qualitativos mínimos (...), abrangendo bem mais do que a garantia da mera sobrevivência física, não podendo ser restringido, portanto, à noção de um mínimo vital ou a uma noção estritamente liberal de um mínimo suficiente para assegurar o exercício das liberdades fundamentais.²⁴³

Por sua vez, Ana Paula de Barcellos delimita a esfera do mínimo existencial como sendo a resultante das condições materiais básicas necessárias para a existência, correspondente a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer eficácia jurídica. Para a autora:

O mínimo existencial corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna; existência aí considerada não apenas como experiência física – a sobrevivência e a manutenção do corpo – mas também espiritual e intelectual, aspectos fundamentais em um Estado que se pretende, de um lado, democrático, demandando a participação dos indivíduos nas deliberações públicas, e, de outro, liberal, deixando a cargo de cada um seu próprio desenvolvimento. (...) Em suma: mínimo existencial e núcleo material da dignidade da pessoa humana descrevem o mesmo fenômeno.²⁴⁴

²⁴¹ KRELL, Andreas J. Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na base dos Direitos Fundamentais Sociais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição Concretizada.**, p. 42.

²⁴² Ainda de acordo com Ingo Sarlet, o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser definido como sendo “a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”. (SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 62).

²⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. **O Estado Social de Direito, A Proibição do Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade.**, p. 29.

²⁴⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 198.

Pois bem, transcritos alguns posicionamentos doutrinários concernentes à definição do mínimo existencial, faz-se mister, na esteira da argumentação tecida por Clèmerson Merlin Clève²⁴⁵, ressaltar que esse mínimo vital implica a observância a uma dimensão prestacional mínima dos direitos sociais, desde logo sindicável, sendo que, dada a horizontalidade eficaz progressiva dos direitos sociais, o máximo de possibilidade de prestação estatal cinge-se ao campo da reserva do possível, não se olvidando, outrossim, que o Estado Constitucional está comprometido com o avanço e não com o retrocesso social.²⁴⁶

Assim, os direitos sociais que integram o mínimo existencial exigem prestações positivas estatais, ao passo que aqueles situados fora desse âmbito são exigíveis consoante a conjuntura econômica, vale dizer, sob a perspectiva da reserva do possível.

Nessa toada, é de mister ressaltar a realização cogente dos direitos que compõem o mínimo existencial. Como o meio principal de realização e prestação estatal é o serviço público, impõem-se, à luz dos cânones constitucionais republicanos de igualdade e de justiça material, sejam tomadas as prestações desses direitos como efetivo serviço público.²⁴⁷

Doutrina majoritária aduz existir, portanto, um núcleo consubstanciador do mínimo existencial, concreto e variável,²⁴⁸ desde logo exigível; restando, outrossim, não-exigível aquilo que se situar fora desse mínimo.

²⁴⁵ “O conceito do *mínimo existencial*, do mínimo necessário e indispensável, do mínimo último, aponta para uma obrigação mínima do poder público, desde logo sindicável, tudo para evitar que o ser humano perca sua condição de humanidade, possibilidade sempre presente quando o cidadão, por falta de emprego, de saúde, de previdência, de educação, de lazer, de assistência, vê confiscados seus desejos, vê combatida sua vontade, vê destruída sua autonomia”. (CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais.**, p. 27).

²⁴⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais.**, p. 27-28.

²⁴⁷ BREUS, Thiago Lima. Da Prestação de Serviços à concretização de direitos: o papel do Estado na efetivação do mínimo existencial. In: COSTALDELLO, Angela Cassia. (Coord.) **Serviço Público.**, p. 264.

²⁴⁸ Ricardo Lôbo Torres reconhece a maior extensão dos Direitos Fundamentais e do Mínimo Existencial nas sociedades periféricas (a exemplo da brasileira), em oposição às sociedades centrais, decorrente da necessidade da proteção estatal aos bens essenciais à sobrevivência das populações miseráveis, de modo tal que as pretensões dos pobres à assistência social requerem a interpretação

A crítica que se perfaz a essa concepção, na esteira do aduzido por Gustavo Amaral, diz com o seu exacerbado subjetivismo, porquanto se aplica um critério binário (exigível x não-exigível) a um instituto cuja essência é gradual (há uma progressiva diminuição do caráter de mínimo existencial da prestação almejada).²⁴⁹

Destarte, Gustavo Amaral assevera ser imprescindível focar a questão da exigibilidade não apenas pela lente da *essencialidade* da prestação (ligada ao mínimo existencial, à dignidade da pessoa humana), mas também da *excepcionalidade* da situação concreta (ligada à existência de circunstâncias concretas que impedem o atendimento de todos que demandam prestações essenciais). Noutras palavras, implica dizer que “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 [de maneira plausível e legítima] porque não o fez”.²⁵⁰ Como corolário do exposto, percebe-se que a *essencialidade* da prestação é diretamente proporcional à *excepcionalidade* da situação concreta, haja vista que “quanto mais essencial for a prestação, mais excepcional deverá ser a razão para que ela não seja atendida”.²⁵¹

Nada obstante uma exigibilidade paulatina da prestação estatal, oriunda de sua essencialidade e da excepcionalidade do caso concreto, faz-se mister reconhecer, tendo como espeque a eficácia positiva mínima dos direitos fundamentais sociais²⁵², uma seara inafastável de prestações mínimas (que constituem o núcleo essencial mínimo judicialmente exigível dos direitos a prestações) para uma vida condigna, a qual

extensiva de ambas as categorias supramencionadas. (LÓBO TORRES, Ricardo. A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. In: LÓBO TORRES, Ricardo. (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999, p. 262).

²⁴⁹ AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**., p. 213-214.

²⁵⁰ AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**., p. 214.

²⁵¹ AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**., p. 216. Após explanar acerca da sua concepção de exigibilidade sustentada nas premissas da essencialidade e da excepcionalidade, Gustavo Amaral admite sejam os critérios dessa escolha, em regra operada pelo legislador e pelo administrador, apreciada *a posteriori*, pelo Judiciário. Afirma o autor que: “O Judiciário, ao apreciar demandas individuais ou coletivas relativas a pretensões positivas, deve ponderar o grau de essencialidade da pretensão, em função do mínimo existencial e a excepcionalidade da situação, que possa justificar a decisão alocativa tomada pelo Estado que tenha resultado no não atendimento da pretensão”. (AMARAL, Gustavo. *Op. cit.*, p. 228).

²⁵² CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais**., p. 27.

persiste, ainda que objetadas a reserva do possível e a alegação de uma eventual ofensa ao princípio democrático e da separação dos poderes.²⁵³

Depreende-se do exposto, enfim, a nítida vinculação entre a reserva do possível e o mínimo existencial, uma vez que esse instituto permite a racionalização da escassez e/ou da má distribuição de recursos orçamentários, ao mesmo tempo em que atribui ao indivíduo um direito subjetivo público a um serviço público adequado. Como corolário, a teoria do mínimo existencial atua como subsídio, tanto ao Poder Judiciário²⁵⁴, quanto ao Executivo e Legislativo, para se garantir às pessoas um mínimo necessário para uma existência digna.

²⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. **O Estado Social de Direito, A Proibição do Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade.**, p. 22-23.

²⁵⁴ Sem adentrar especificamente na celeuma que envolve a legitimidade da atuação do Poder Judiciário no que toca ao controle das políticas públicas e da prestação de serviços públicos (tarefas exercidas precipuamente pelo Poder Executivo), cumpre ressaltar a atenta observação esposada por Ana Paula de Barcellos, segundo a qual: “se a Constituição contém normas nas quais estabeleceu fins públicos prioritários, e se tais dispositivos são normas *jurídicas*, dotadas de *superioridade* hierárquica, e de *centralidade* no sistema, não haveria sentido em concluir que a atividade de definição de políticas públicas – que irá, ou não, realizar esses fins – deve estar totalmente infensa ao controle jurídico”. (BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. In: Revista de Direito Administrativo, v. 240, abr./jun. 2005. Rio de Janeiro: Editora Renovar). Em sentido idêntico, Andreas J. Krell assevera que: “as questões ligadas ao cumprimento das tarefas sociais como a formulação das respectivas políticas, no Estado Social de Direito não estão relegadas somente ao governo e à administração, mas têm o seu fundamento nas próprias normas constitucionais sobre direitos sociais; a sua observação pelo Poder Executivo pode e deve ser controlada pelo Poder Judiciário”. (KRELL, Andreas J. Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na base dos Direitos Fundamentais Sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição Concretizada.**, p. 43). Nada obstante isso, cabível, nessa seara, a ressalva levada a efeito por Marcos Maselli Gouvêa, consoante quem: “o Legislativo e principalmente o Executivo acham-se aparelhados de órgãos técnicos capazes de assessorá-los na solução de problemas mais complexos, em especial daqueles que geram implicações macropolíticas, afetando diversos campos de atuação do poder público. O Poder Judiciário, por sua vez, não dispõe de iguais subsídios; a análise que faz do caso concreto tende a perder de vista possíveis implicações fáticas e políticas da sentença, razão pela qual os problemas de maior complexidade – *incluindo a implementação de direitos prestacionais* – devem ser reservados ao administrador público”. (grifos nossos). (GOUVÊA, Marcos Maselli. **O Controle Judicial das Omissões Administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 22).

Capítulo IV

A FUNÇÃO INSTRUMENTAL DO SERVIÇO PÚBLICO: UM MEIO NECESSÁRIO À CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

4.1 O serviço público sob a perspectiva da garantia constitucional de direitos fundamentais.

Ao ser adotada, no presente trabalho, uma metodologia calcada na contínua apresentação e delimitação do tema, à medida que o texto vinha sendo estruturado, restaram expostos os baldrames teóricos do serviço público, evidenciando-se o seu caráter relativista e histórico, bem assim, perfez-se uma sistematização dos direitos fundamentais, preconizando-se a modalidade social prestacional desses direitos. Quadra examinar, por derradeiro, a necessária relação existente entre os serviços públicos e os direitos fundamentais, temática a ser desenvolvida no presente capítulo.

Pois bem, condição prévia ao exame do serviço público sob a ótica dos direitos fundamentais é a análise a respeito da inserção da perspectiva ética na estruturação do direito administrativo, fenômeno denominado por Marçal Justen Filho de “personalização do direito administrativo”. Consoante preconiza o autor em comento:

A personalização do Direito Administrativo propicia reconhecer que a Administração Pública não apresenta valores intrínsecos. Também aqui a diretriz primeira é a dignidade da pessoa humana. A atividade administrativa do Estado tem de nortear-se pela realização desse valor, inclusive (e especialmente) quando se trata de interesses de minorias e dos destituídos de poder. Não se admite que os titulares do poder político legitimem decisões invocando a *conveniência* do interesse público e produzam, concretamente, o sacrifício do valor fundamental. O núcleo do Direito Administrativo não é o *poder* (e suas conveniências), mas a realização do interesse público entendido como afirmação da supremacia da dignidade da pessoa humana.²⁵⁵

²⁵⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Conceito de Interesse Público e a “Personalização” do Direito Administrativo.*, p. 18-19.

Depreende-se do exposto que todos os institutos, princípios e regras de Direito Público devem ser interpretados e aplicados como meio²⁵⁶ para a realização do princípio máximo da dignidade da pessoa humana. Fato esse que não implica apregoar a supremacia do indivíduo em detrimento da coletividade²⁵⁷, porquanto se destina a reconhecer a integridade individual de *todos* os indivíduos a partir de sua condição original de pessoa humana.²⁵⁸

Dissertando acerca da onipresença do princípio-fundamento da dignidade da pessoa humana a informar a atuação da Administração Pública, ressalta Jesús González Pérez que:

Es incuestionable que cualquiera que sea la finalidad perseguida por la Administración, cualquiera que sea la forma de actuación y cualquiera que sea la realidad social sobre que recaiga, ha de respetar como algo sagrado e inviolable la dignidad de la persona. Y algo más, todos y cada uno de sus actos han de estar informados por este valor esencial de nuestro Ordenamiento. (...) Y, por último, en las actividades de servicio público, a la hora del establecimiento y prestaciones, ha de estar muy presente el respeto debido a

²⁵⁶ Já dizia Carlos Alberto da Mota Pinto que os serviços estatais ofertados aos cidadãos constituem: “meios de Direito Público, como aliás o próprio Estado, são, numa visão personalista, estruturas instrumentais a serviço da pessoa humana. Toda a sua aparelhagem visa a criar condições que facilitem ou melhorem a realização da personalidade na vida dos homens”. (MOTA PINTO, Carlos Alberto. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 43).

²⁵⁷ Refutando o caráter egoístico da colocação da dignidade da pessoa humana enquanto centro do Direito Administrativo, aduz Juarez Freitas que: (...) o princípio do interesse público exige a *simultânea subordinação das ações administrativas à dignidade da pessoa humana e o fiel respeito aos direitos fundamentais*. Não significa, portanto, admitir o arbitrário e inaceitável jugo da vontade do particular imolado para gáudio de um volúvel e falso interesse coletivo. Ao revés. Representa tão-somente a diretriz (condicionada por imperativos de justiça social) de que se subordinem as condutas e os bens particulares ao interesse geral digno desse nome, que haverá de se configurar afinado com o interesse lícito de cada cidadão, quiçá na realização da velha meta de que o Estado, que somos nós, exista como uma corporificação da vontade igualmente nossa, não das vertentes grupusculares que pretendem destruir a sutil teia onde se afirma a *polis*. Esta, de alguma forma, precisa condensar todos os princípios no respeito à dignidade da pessoa humana que veda qualquer tratamento reificador, às vezes até contra a vontade imediata do cidadão. Tal princípio encontra-se, constantemente, a reivindicar o respeito às fronteiras da atuação do agente público, o qual não pode invocar em vão o interesse geral, sob pena de desservir à *dignidade do próprio Estado, que existe para o desenvolvimento das pessoas, não o contrário*”. FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 3ª ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 36.

²⁵⁸ DOMINGOS, Guilherme Moro. Os Serviços Públicos em face da Supremacia e Indisponibilidade dos Direitos Fundamentais. In: COSTALDELLO, Angela Cassia. (Coord.) **Serviço Público – Direitos Fundamentais, Formas Organizacionais e Cidadania**. Curitiba: Juruá Editora, 2005, p. 87..

la dignidad. En especial cuando el régimen de los servicios públicos da lugar a situaciones especiales de sujeción.²⁵⁹

Nesse contexto, os serviços públicos apresentam-se como forma de realização do interesse público²⁶⁰, destinados a satisfazer as necessidades vinculadas a um direito fundamental, com ênfase ao princípio máximo da dignidade da pessoa humana. Destarte, a razão de existir do serviço público decorre da impossibilidade de restarem insatisfeitos os direitos fundamentais. Logo, há um vínculo de natureza direta e imediata entre o serviço público e a satisfação de direitos fundamentais. Se esse vínculo não existir, será impossível reconhecer a existência de um serviço público.²⁶¹

Extrai-se dos argumentos supramencionados que o serviço público consubstancia uma garantia constitucional de realização material de direitos fundamentais, encontrando-se, portanto, intimamente ligado aos postulados constitucionais.

Nessa seara, Romeu Felipe Bacellar Filho preconiza a existência de um direito fundamental ao serviço público adequado, insculpido no inciso IV do artigo 175²⁶² da

²⁵⁹ PÉREZ, Jesús González. **La Dignidad de la Persona y el Derecho Administrativo**. Trabalho especialmente dedicado ao II Congresso Ibero-americano de Direito Administrativo. Curitiba: Editora Juruá, 2007, p. 13-14.

²⁶⁰ Marçal Justen Filho preconiza a abordagem ético-qualitativa e omnicomprensiva da noção de interesse público, de modo tal que a sua supremacia enlaça necessariamente a supremacia e a indisponibilidade dos direitos fundamentais. O interesse público constitui, segundo o autor, uma via de concretização da dignidade da pessoa humana. Senão vejamos: "A dignidade da pessoa humana é o princípio fundamental, de que todos os demais princípios derivam e que norteia todas as regras jurídicas. Mesmo a supremacia e a indisponibilidade do interesse público são subordinadas a ele. Mais precisamente, supremacia e indisponibilidade do interesse público são a via insubstituível para realização da dignidade da pessoa humana, que consiste na concepção de que o ser humano não é instrumento, em qualquer das acepções que a palavra apresente. O ser humano não pode ser tratado como objeto. É o sujeito de toda a relação social e nunca pode ser sacrificado em homenagem a alguma necessidade circunstancial ou, mesmo, a propósito da realização de fins últimos de outros seres humanos ou de uma coletividade indeterminada. O fim primeiro e último do poder político é o ser humano, ente supremo sobre todas as circunstâncias". (JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de Interesse Público e a "Personalização" do Direito Administrativo. *In*: **Revista Trimestral de Direito Público**, p. 14).

²⁶¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, p. 480. Ressalva o autor em tela não ser o serviço público o único modo de satisfazer os direitos humanos, nem, tampouco, ser a única atividade estatal norteada pela supremacia dos direitos fundamentais. Em suas palavras: "todas as atividades estatais, mesmo as não administrativas, são um meio de promoção dos direitos fundamentais. Mas o serviço público é o desenvolvimento de atividades de fornecimento de utilidades necessárias, de modo direto e imediato, à satisfação dos direitos fundamentais". JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 480).

²⁶² Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: IV – a obrigação de manter serviço adequado.

Constituição da República, conceituando-o como o “direito a exigir do Estado-Administração prestações positivas, de fornecer ‘utilidades ou comodidades materiais’ consideradas necessárias, imprescindíveis para a pessoa e para a coletividade”.²⁶³

A eficiência na prestação estatal do serviço público adequado, ainda na esteira das reflexões de Romeu Bacellar Filho, constitui requisito imprescindível à legitimidade do próprio Estado Administrativo Constitucional.²⁶⁴ Com efeito, um Estado que não consegue financiar a satisfação das necessidades coletivas deslegitima-se perante a coletividade, desembocando naquilo que Boaventura de Sousa Santos qualifica como “Estado Paralelo”, caracterizado pelo compromisso formal do Estado com um determinado padrão de legalidade, o qual resta desarticulado, na prática, por omissão ou vias informais.²⁶⁵

Não há de se olvidar, outrossim, que o papel desempenhado pelo serviço público assume proporções ainda maiores quando se leva em consideração que o Brasil, país periférico e em vias de desenvolvimento, possui uma imensa gama de excluídos que sequer atingiram um nível de vida minimamente compatível com as condições de dignidade humana.

Expendidas as formulações acima, constata-se que o serviço público exerce uma função instrumental que possibilita a efetiva implementação dos direitos fundamentais e, em última instância, a concretização do valor máximo do sistema jurídico brasileiro, qual seja, a dignidade da pessoa humana. Consubstanciando, portanto, uma garantia constitucional de realização dos direitos fundamentais, resta claro ser, o serviço público, tarefa inafastável do Estado, mormente diante da idéia de um Estado Democrático de Direito que a Constituição da República de 1988 faz emergir.

²⁶³ 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*. Porto Alegre: Notadez. n. 16. out./dez. 2002, p. 15.

²⁶⁴ 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*., p. 14.

²⁶⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice. O Social e o Político na Pós-Modernidade*. 4ª ed. Porto Alegre: Editora Afrontamento, 1995, p. 63 *Apud* FINGER, Ana Cláudia. Serviço Público: um instrumento de concretização de direitos fundamentais. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, p. 77.

4.2 A especial problemática da concretização dos direitos fundamentais sociais: o liame existente entre a prestação de serviços públicos e a efetivação dos direitos sociais prestacionais.

A problemática que envolve a concretização dos direitos fundamentais sociais já foi objeto de estudo perfunctório no presente trabalho. Nada obstante isso, cumpre salientar a íntima vinculação existente entre a atuação positiva do Estado, por intermédio do serviço público, e a implementação dos direitos sociais prestacionais.

Conforme relatado alhures, a legitimação do Estado Democrático de Direito que exsurge da Carta Constitucional depende do grau de eficiência na prestação do serviço público, o qual detém, por sua vez, como sustentáculo, a imprescindibilidade de restarem satisfeitos os direitos fundamentais.

Sem embargo disso, e levando-se em consideração ser o Brasil um país periférico, no qual persistem sendo desatendidas as demandas sociais de grande parcela da população²⁶⁶, há que ser ressaltada a caracterização do serviço público como principal instrumento estatal destinado à universalização dos direitos sociais básicos.

Nessa toada, considerando o serviço público como a atividade material destinada ao atingimento do interesse público e da democratização dos direitos sociais, Vivian Cristina López Valle aduz que:

A idéia da prestação de serviços públicos como elemento garantidor da satisfação de interesses públicos, especialmente relacionados a direitos sociais, constitui a base de todo o Estado Democrático de Direito, no qual se funda a República Federativa do Brasil, e tal concepção não foi alterada pelos processos de reforma, devendo ser preservada, sob pena de comprometimento do próprio texto constitucional e retrocesso histórico significativo.²⁶⁷

²⁶⁶ Assaz pertinente, nesse contexto, a crítica levada a efeito por Andreas J. Krell, segundo o qual se encontram em contradição flagrante a pretensão normativa dos direitos fundamentais sociais e o evidente fracasso do Estado brasileiro como provedor dos serviços essenciais para a vasta maioria da sua população. (KRELL, Andreas J. KRELL, Andreas J. Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na base dos Direitos Fundamentais Sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição Concretizada.**, p. 26).

²⁶⁷ VALLE, Vivian Cristina Lima López. **Administração Pública Contemporânea.**, p. 99.

A relevância do estudo ora levado a efeito sobressai evidente em se considerando o descrédito atual do Estado, decorrente da prevalência da lógica da globalização econômica, ditada pelas regras hegemônicas do mercado internacional, a qual implica uma redução, senão eliminação dos direitos sociais constitucionalmente consagrados²⁶⁸. Ademais disso, as peculiaridades dos mecanismos de concretização dos direitos fundamentais sociais contribuem para incrementar a complexidade do tema, porquanto, conforme preconiza Clèmerson Merlin Clève:

O âmbito material definitivo [dos direitos sociais prestacionais] depende de uma manifestação legislativa (e material) do Estado. Além disso, esses direitos são insuscetíveis de realização integral (o horizonte é sempre infinito), pois o seu cumprimento implica uma caminhada progressiva sempre dependente do ambiente social no qual se inserem, do grau de riqueza da sociedade e da eficiência e elasticidade dos mecanismos de expropriação (da sociedade, pelo Estado) e de alocação (justiça distributiva) de recursos. Mais do que isso, a realização desses direitos pressupõe a existência de uma bem elaborada peça orçamentária, mecanismo através do qual o Estado maneja os recursos públicos ordenando as prioridades para a despesa uma vez observada a previsão da receita.²⁶⁹

Diante do exposto, constata-se ser o serviço público elemento fundamental para a manutenção das conquistas advindas com o Estado Social, cuja premissa básica - ainda válida, em que pese a transmutação do paradigma estatal -, consiste em impor ao Poder Público o dever de transpor ao mundo fático os preceitos normativos decorrentes do texto constitucional.

Mister ressaltar que, ao se preconizar a implementação dos direitos sociais prestacionais mediante a prestação de serviços públicos, não está a se olvidar a ambivalência dos direitos fundamentais, que se traduz pelo reconhecimento de que tanto os direitos de defesa quanto os direitos de prestação apresentam facetas positivas e negativas, de modo tal que mesmo os direitos tidos como negativos comportam reivindicações de prestações estatais positivas.

²⁶⁸ FINGER, Ana Cláudia. Serviço Público: um instrumento de concretização dos direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 232, abr./jun. 2003, p. 77.

²⁶⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais*, p. 21.

A realidade é diversa. Enfatiza-se a concretização dos direitos fundamentais sociais, haja vista que esses são tidos como condição de possibilidade para o exercício dos demais direitos, em especial os voltados à cidadania e à possibilidade de deliberação nos assuntos de interesse público (efetivação da democracia participativa).

Nessa quadra, faz-se lícito asseverar que a efetivação dos direitos sociais prestacionais é condição necessária (*prius*) à efetivação dos direitos de defesa (*posterius*).²⁷⁰ Aqueles direitos são, portanto, pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida que criam condições materiais mais propícias ao aferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.²⁷¹

Destarte, no âmbito de um Estado que se pretende Social e Democrático de Direito, os direitos fundamentais sociais constituem exigência inarredável do exercício efetivo das liberdades e garantia da igualdade de oportunidades, inerentes à noção de uma democracia e um Estado de conteúdo não meramente formal, mas sim norteado pelo valor da justiça material.²⁷²

Os direitos fundamentais sociais são tidos como direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade,²⁷³ de tal sorte que tornam reais direitos formais, vale dizer, atuam para materializar as garantias individuais clássicas, tirando-as do seu aspecto eminentemente formal.²⁷⁴ Nessa esteira, aduz Rafael Moreira Nogueira que:

Não vige o princípio da isonomia, da liberdade individual, da propriedade privada em uma nação de desiguais se não há um sistema que vise superar

²⁷⁰ Não implica dizer, por óbvio, que os direitos de defesa não poderão ser satisfeitos isoladamente, dependendo sempre da efetivação prévia de um direito de prestação. Em verdade, o que se almeja destacar é o fato de, num país periférico, ser indispensável propiciar condições materiais para que os cidadãos possam usufruir uma efetiva liberdade fática.

²⁷¹ AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 286.

²⁷² FINGER, Ana Cláudia. Serviço Público: um instrumento de concretização dos direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, p. 69.

²⁷³ Consoante preconiza Clèmerson Merlin Clève: "não basta ser afirmada juridicamente uma liberdade. O uso desta pressupõe a capacidade para gozá-la. O direito de livre expressão pressupõe a capacidade de exteriorização e de organização dos recursos intelectuais; (...) os direitos de crédito são o solo sobre o qual floresce a capacidade, complemento indispensável das liberdades no e contra o Estado". (CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito)*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993, p. 125-127).

²⁷⁴ NOGUEIRA, Rafael Moreira. Reflexões acerca da efetivação dos direitos sociais. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte. n. 25. jul./set. 2006, p. 51.

essa desigualdade. Não há como co-existir em harmonia em uma sociedade com divisões sociais tão sérias e profundas originadas por circunstâncias históricas, se não se prevê um conjunto articulado de ações capazes de enfrentar o problema.²⁷⁵

Nessa seara, não há que se olvidar ter estabelecido a própria Constituição da República um sistema de perseguição da igualdade material, arrolando como um dos objetivos da República Federativa do Brasil “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”.²⁷⁶

Sem embargo do exposto, há que ser ressaltada, por derradeiro, a necessidade de ser previamente atendida uma multiplicidade de condições materiais pelo Estado, a fim de promover a plenitude de igualdade e capacidade entre todos os participantes do processo democrático deliberativo inerente a uma democracia que se pretende, para além da mera representatividade, eminentemente participativa.²⁷⁷

Nas sociedades periféricas, em que inexistem condições necessárias para a plena realização de um processo deliberativo adequado, é de mister que o Estado persiga a implementação das mínimas condições que possam tornar os cidadãos aptos a participar e influir no processo de deliberação acerca das ações normativas, materiais e administrativas do Estado. Tratam-se, essas condições, precipuamente dos direitos fundamentais sociais, os quais, como visto, derivam do ideário da dignidade da pessoa humana.²⁷⁸

Afigura-se imprescindível, diante do exposto, visualizar-se o serviço público como *meio* para a concretização dos direitos fundamentais, notadamente aqueles que prescindem de uma ação positiva do Estado, a exemplo notório dos direitos fundamentais sociais. Nesse diapasão, sobressai evidente o papel central do Estado no cumprimento dessa tarefa, porquanto a ele se atribui uma série de poderes para que fundamentalmente realize o interesse público, substancializado na dignidade da pessoa

²⁷⁵ NOGUEIRA, Rafael Moreira. Reflexões acerca da efetivação dos direitos sociais. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional.**, p. 51.

²⁷⁶ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 3º, inciso III.

²⁷⁷ BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional.**, p. 164-166.

²⁷⁸ BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional.**, p. 165-166.

humana. A prestação de serviços públicos, enfim, é a principal forma estatal de se implementar o interesse público e, portanto, efetivar os direitos humanos fundamentais.

4.3 Direitos fundamentais e a continuidade dos serviços públicos essenciais frente à inadimplência do usuário.

A prestação do serviço público, consoante iterativamente se reafirmou ao longo do presente trabalho, está diretamente conectada à satisfação de necessidades essenciais, perfazendo, em última instância, a concretização do princípio-fundamento do ordenamento jurídico brasileiro: a dignidade da pessoa humana.

Nessa seara, faz-se profícuo expor a discussão a respeito da possibilidade ou não de suspensão da prestação de serviços públicos no caso de inadimplência do consumidor, uma vez ser nítido o liame existente entre a continuidade da prestação de serviços públicos essenciais e a manutenção de uma existência digna ao usuário.

Posto isso, é de mister salientar, inicialmente, a delimitação da noção de serviço público essencial. Pois bem, em que pese não haver consenso doutrinário acerca dessa noção, costuma-se apontar como essenciais os serviços atinentes à educação, à saúde, à assistência, à telefonia, à luz, ao transporte coletivo, dentre outras modalidades prestacionais.²⁷⁹

À semelhança da indefinição doutrinária a respeito do conceito de serviço público essencial, a legislação consumerista, ao sacramentar, no dispositivo ínsito no artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor, que “os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos”, tampouco definiu ou indicou as atividades

²⁷⁹ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Serviços públicos essenciais (água) fornecidos por empresa concessionária – direito ao corte por falta de pagamento. *Revista de Direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros Editores. out./dez. 2003. Outrossim: JUSTEN FILHO, Marçal. Serviço Público no Direito Brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Editora Fórum. n. 7. jul./set. 2004.

consideradas como essenciais, limitando-se a determinar o fornecimento contínuo desses serviços²⁸⁰.

Destarte, face à lacuna na legislação pertinente à matéria, propugna-se a utilização analógica do elenco de atividades essenciais²⁸¹ insculpido no artigo 10 da Lei 7.783, de 28 de junho de 1989, conhecida como “Lei de Greve”, a qual restou editada com o fito de regulamentar o artigo 9º, § 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988,²⁸² não se olvidando que nem todos os serviços ali enunciados são serviços públicos. Vejamos:

São considerados serviços ou atividades essenciais: I – tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; II – assistência médica e hospitalar; III – distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; IV – funerários; V – transporte coletivo; VI – captação e tratamento de esgoto e lixo; VII – telecomunicações; VIII – guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares; IX – processamento de dados ligados a serviços essenciais; X – controle de tráfego aéreo; XI – compensação bancária.

²⁸⁰ Parcela da doutrina cinge a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos divisíveis e individualizáveis, desde que remunerados por tarifa (preço público), haja vista, alegam, que a remuneração por intermédio de taxa pressupõe a existência de uma relação jurídica tributária regida por normas de direito público. Afiliamo-nos, entretanto, à corrente propugnada por Cláudia Lima Marques, consoante quem se aplica o CDC aos serviços remunerados por taxa ou tarifa, desconsiderando-se o requisito da liberdade formal de escolha para a configuração do consumidor. Em verdade, o limite e a exclusão das liberdades reforça e comprova a condição de vulnerabilidade dos indivíduos, os quais devem ser inclusos no regime de proteção do CDC, não impedindo que a esse regime junte-se o do direito administrativo. (CUNHA, Renato Alves Bernardo da. **Serviços Públicos Essenciais: o princípio da continuidade e o inadimplemento do consumidor**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 59). Corroborando a aplicação do CDC a todos os serviços públicos, sejam prestados diretamente pelo Estado ou delegados, colaciona-se o artigo 7º da Lei 8.987/95, o qual ressalva que, sem prejuízo do disposto na Lei 8.078/90 – CDC – são direitos e obrigações dos usuários: I – receber serviço adequado.

²⁸¹ Nada obstante, é de se atentar ao fato de que os serviços públicos essenciais não estão adstritos ao rol esposado no artigo 10 da Lei de Greve, haja vista ser juridicamente indeterminada a noção de serviço público essencial. Logo, o preceito legal supra arrolado atua como fator indicativo ao intérprete, detendo meramente caráter exemplificativo (*numerus apertus*). Nesse sentido, apregoa Renato Alves Bernardo da Cunha que: “todo serviço público é essencial, enquanto que o rol do art. 10 da Lei de Greve é um bom indicativo. Todavia, será necessária a análise do caso concreto para aferir se, naquela dada situação, o serviço é essencial a quem dele usufrui e se a sua falta acarretará violação de direitos fundamentais constitucionalmente garantidos. Tal avaliação deve levar em conta o contexto social brasileiro, país de profundas desigualdades e elevado contingente de excluídos. Por outro lado, com a inserção do país na era tecnológica, pode-se afirmar que serviços como energia elétrica e telefonia são essenciais, assim como o são água, saneamento básico e transporte público”. (CUNHA, Renato Alves Bernardo da. **Serviços Públicos Essenciais**, p. 67).

²⁸² Constituição da República Federativa do Brasil. Artigo 9º. Parágrafo 1º. A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

Outrossim, elucidando um pouco mais a questão da essencialidade dos serviços, o preceito legal contido no parágrafo único do artigo 11 da “Lei de Greve” preconiza serem necessidades inadiáveis da comunidade aquelas que, uma vez não atendidas, colocam em perigo iminente a saúde ou a segurança da população.

Depreende-se do exposto a extrema utilidade da Lei 7.783/89 para suprir a omissão do Código de Defesa do Consumidor relativa à definição e classificação dos serviços públicos essenciais, mormente quando essa lei trata de atividades inseridas na categoria de serviços públicos *uti singuli*²⁸³, a exemplo da água e energia elétrica (inciso I); do transporte coletivo (inciso V) e telefonia (inciso VII).

Levada a efeito uma breve explanação condizente ao conceito de essencialidade aplicado aos serviços públicos, é de mister o perfazimento de algumas ilações a respeito do princípio da continuidade do serviço público, temática alhures pincelada quando se tratou dos princípios inerentes ao regime jurídico-administrativo.

O princípio da continuidade (denominado, outrossim, de princípio da permanência) dos serviços públicos deriva de sua indispensabilidade, do seu caráter essencial e do interesse geral que o serviço satisfaz. Como corolário, seu funcionamento há de ser contínuo e regular, sem interrupções, salvo as estritas hipóteses legais.²⁸⁴

Aplicado aos contratos administrativos, o princípio em comento acarreta as seguintes conseqüências: imposição de prazos rigorosos ao contraente; aplicação da teoria da imprevisão, para recompor o equilíbrio econômico financeiro do contrato e

²⁸³ Consoante leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro, os serviços públicos, quanto à maneira como concorrem para satisfazer ao interesse geral, podem ser classificados em *uti singuli* e *uti universi*. Nessa quadra, serviços *uti singuli* “são aqueles que têm por finalidade a satisfação individual e direta das necessidades dos cidadãos. Pelo conceito restrito de serviço público adotado por Celso Antonio Bandeira de Mello, só esta categoria constitui serviço público; prestação de utilidade ou comodidade fruível diretamente pela comunidade. Entram nessa categoria determinados serviços comerciais e industriais do Estado (energia elétrica, luz, gás, transportes) e de serviços sociais (ensino, saúde, assistência e previdência social). De outro lado, os serviços *uti universi* “são prestados à coletividade, mas usufruídos apenas indiretamente pelos indivíduos. É o caso dos serviços de defesa do país contra o inimigo externo, dos serviços diplomáticos, dos serviços administrativos prestados internamente pela Administração, dos trabalhos de pesquisa científica, de iluminação pública, de saneamento.” (grifos no original). (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.**, p. 105-106).

²⁸⁴ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988.**, p. 261.

permitir a continuação do serviço público; inaplicabilidade da *exceptio non adimpleti contractus* contra a Administração²⁸⁵ e o reconhecimento de privilégios à Administração, quando necessários a dar continuidade à execução dos serviços.²⁸⁶

Ressalte-se que esse princípio não implica necessariamente a continuidade física da atividade, posto que atrelado à efetiva necessidade de sua prestação, a qual poderá ser: absoluta, ensejando permanente prestação do serviço (hospitais); ou relativa, a engendrar prestação intermitente (bibliotecas).

Ana Maria Goffi Flaquer Scartezzini, em seu livro “O Princípio da Continuidade do Serviço Público”, aduz ser imprescindível a observância dessa máxima pelo permissionário ou concessionário, em face do Estado, configurando-se como dever para o prestador do serviço e, dialeticamente, como direito do usuário em usufruir serviço regular e adequado, visando-se à implementação do valor a ser alcançado como um dos objetivos do Estado Democrático de Direito: a dignidade da pessoa humana.²⁸⁷

Delimitadas ambas as noções basilares – serviço público essencial e princípio da continuidade – do estudo que ora se propõe, faz-se necessário analisar as hipóteses legais permissivas da interrupção do fornecimento do serviço, ressaltando-se que a presente discussão limitar-se-á à análise das conseqüências dessa suspensão para as pessoas físicas que usufruem os serviços públicos essenciais para si.

Nesse diapasão, é de mister colacionar o artigo 6º, parágrafo 3º, inciso II, da Lei 8.987/95, (disciplinadora do regime de concessão e de permissão da prestação de serviços públicos), o qual preceitua que: “Não se caracteriza como descontinuidade do

²⁸⁵ A exceção do contrato não cumprido, em linhas gerais, permite que uma das partes cesse a execução do avençado quando houver descumprimento da contraprestação pela outra parte. A submissão dos serviços públicos a um regime jurídico-administrativo, sobrelevando-se, nesse contexto, o princípio da continuidade, impede seja oponível a cláusula de *exceptio non adimpleti contractus* seja na relação entre o poder concedente e o concessionário, seja na relação travada entre o concessionário e o usuário, sempre que se estiver diante de serviços públicos essenciais.

²⁸⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.**, p. 102.

²⁸⁷ SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. **O Princípio da Continuidade do Serviço Público.** São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 125-127.

serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade”.²⁸⁸

Destarte, há de ser ressaltado existir respaldo legal às argumentações defensivas da interrupção do fornecimento do serviço público em decorrência da sua não quitação pelo usuário, uma vez preenchidos os requisitos legais de precedente aviso de advertência e direcionamento da conduta em prol da coletividade. Nada obstante isso, faz-se mister, sob uma ótica pós-positivista, proceder-se à filtragem constitucional dos preceitos hierarquicamente inferiores à Carta Constitucional. Como corolário, a apreensão do conteúdo dos dispositivos legais pertinentes à controvérsia em tela deverá ser levada a efeito por uma ótica eminentemente protecionista, com fulcro na máxima da dignidade da pessoa humana e da defesa dos usuários de serviço público.

Nessa toada, ao ressaltar a dupla consagração da dignidade da pessoa humana na Constituição da República: artigo 1º (Título I - Dos Princípios Fundamentais - enquanto fundamento da República) e artigo 170, *caput*, (Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira - como fim da ordem econômica), Eros Roberto Grau aduz existir maior relevância no segundo comparecimento, porquanto compromete todo o exercício da atividade econômica – em sentido amplo e restrito – de sorte tal que vincula tanto o setor público quanto o privado ao programa de promoção da existência digna. Assim, “o exercício de qualquer parcela da atividade econômica de modo não adequado àquela promoção expressará violação do princípio duplamente contemplado na Constituição”.²⁸⁹

Sem embargo disso, a confrontação entre as normas esposadas no artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor e no artigo 6º, parágrafo 3º, inciso II, da Lei 8.987/95, engendra discrepâncias doutrinárias e jurisprudenciais acerca da legitimidade da

²⁸⁸ O tratamento legal da matéria restou mais bem pomenorizado no que toca à legislação específica sobre o fornecimento de energia elétrica. Com efeito, a Lei 9.427/97 (que instituiu a ANEEL e disciplina o regime de concessão e permissão dos serviços públicos de energia elétrica), bem assim a Resolução 456/00 trazem tópicos condizentes à interrupção desses serviços. Assim, o artigo 91 da Resolução em comento arrola possibilidades de suspensão do serviço de energia elétrica, em face do atraso no pagamento da fatura, de encargos e serviços vinculados ao fornecimento de energia elétrica, dentre outras hipóteses.

²⁸⁹ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988.*, p. 197.

suspensão do fornecimento de serviço público essencial em decorrência do não-pagamento pelo usuário.

Nessa quadra, alguns doutrinadores asseveram a necessidade de serem distinguidos os serviços compulsórios ou essenciais dos facultativos ou não-essenciais, vedando-se a suspensão daqueles, uma vez que representaria sacrifício ao interesse da própria coletividade (princípio da indisponibilidade do interesse público). De outra banda, sendo facultativa a fruição do serviço, poderá ser autorizada a suspensão da sua prestação ao usuário inadimplente.²⁹⁰ Na esteira do aduzido, Marçal Justen Filho propugna que:

A hipótese do inc. II não autoriza, porém, a suspensão de serviços obrigatórios, cuja prestação se faz no interesse público ou é essencial à dignidade da pessoa humana. Essa é a situação específica do fornecimento de água tratada e de coleta de esgotos. A instalação de rede de distribuição de água tratada e de coleta de esgotos não se faz como meio de satisfação do interesse individual dos usuários. Trata-se de instrumento de controle à saúde pública. Por meio desses serviços, eliminaram-se quase totalmente as epidemias, transmitidas anteriormente por meio da contaminação da água. (...) Em suma, quando a Constituição Federal assegurou a dignidade da pessoa humana e reconheceu o direito de todos à seguridade, introduziu obstáculo invencível à suspensão de serviços públicos essenciais.²⁹¹

Corroborando o posicionamento supramencionado, no sentido de ser obstada a suspensão do fornecimento de serviço público quando a sua fruição restar obrigatória, Dinorá Adelaide Musetti Grotti assevera que:

A despeito das divergências existentes, a suspensão dos serviços obrigatórios, cuja prestação se faz no interesse maior do grupo social ou é essencial à dignidade da pessoa humana, apesar de prevista na legislação dos vários serviços, não deve ocorrer, cabendo apenas a adoção de medidas judiciais cabíveis. Já, em relação aos facultativos, por serem de fruição livre, autorizam a suspensão da prestação do serviço, quando houver o descumprimento das condições estabelecidas.²⁹²

²⁹⁰ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988.**, p. 264.

²⁹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público.**, p. 310.

²⁹² GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988.**, p. 275.

Ademais disso, há que ser ressaltado que, em sendo obrigatório o serviço, sua remuneração dar-se-á por intermédio de taxas, e não por tarifa (preço público)²⁹³, de tal sorte que a falta de pagamento do tributo desautoriza sanções outras que não a sua cobrança executiva acrescida dos gravames legais (correção monetária, multas, juros, despesas judiciais etc).²⁹⁴

Dos embates doutrinários e jurisprudenciais travados a respeito do tema em comento, sobrelevam-se dois posicionamentos distintos, quais sejam: a um, não se admite a interrupção no fornecimento do serviço, visto que essencial e imposto coercitivamente ao cidadão, tratando-se, a interrupção, de coação ilegítima sobre o usuário, devendo o fornecedor utilizar-se de meios lícitos de cobrança, sem avultar a dignidade e os direitos fundamentais do indivíduo, sob pena de constrangê-lo e expô-lo ao ridículo, condutas expressamente vedadas pelo artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor²⁹⁵; a dois, admite-se a suspensão do serviço, posto que premissa contrária fomentaria a inadimplência generalizada, a qual acabaria por inviabilizar a prestação contínua e regular do serviço pelo concessionário, inclusive aos adimplentes, além de ensejar o enriquecimento sem causa daqueles que não efetuarem o pagamento, engendrando infração à máxima isonômica.²⁹⁶

²⁹³ A remuneração paga pelos usuários de serviços públicos específicos e divisíveis (*uti singuli*), dar-se-á por intermédio de taxas ou tarifas (preços públicos). Sacha Calmon sintetiza as diversas teorias que propugnam a distinção entre taxas e tarifas a partir das seguintes premissas: i - o preço decorreria do livre encontro das vontades (obrigação *ex contractu*), enquanto que a taxa – espécie tributária – decorreria da vontade da lei (obrigação *ex lege*); ii - o primeiro é autônomo, a segunda, heterônoma; iii - no preço predomina a facultatividade, ao passo que na taxa, a compulsoriedade; iv - o preço rege-se-ia pelos preceitos de direito privado, ainda que sofrendo influxos do direito administrativo, enquanto que a taxa rege-se-ia pelas regras de direito público, sujeitando-se aos princípios da legalidade, anterioridade etc; v - os preços seriam do *ius gestionis*, e as taxas, do *ius imperii*; dentre outros critérios de somenos importância. (COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999, p. 417-418).

²⁹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, p. 297.

²⁹⁵ Dispõe o artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor: “Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto ao ridículo nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça”. Esse artigo deve ser interpretado em combinação com o artigo 71 do Código consumerista, inserto no título das infrações penais, o qual prescreve que: “Utilizar, na cobrança de dívidas, de ameaça, coação, constrangimento físico e moral, afirmações falsas, incorretas ou enganosas ou de qualquer outro procedimento que exponha o consumidor, injustificadamente, a ridículo ou interfira com seu trabalho, descanso ou lazer. Pena – detenção de 3 (três) meses a 1(um) ano e multa”.

²⁹⁶ Outrossim, ressalva-se existirem julgados que não distinguem a natureza jurídica da remuneração paga pelo usuário (taxas ou tarifas) para fins de legitimar a suspensão do serviço público fornecido.

Ambas as correntes encontraram respaldo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, na Primeira Turma²⁹⁷ (propugnando a impossibilidade de serem suspensos os serviços essenciais) e na Segunda Turma²⁹⁸ (preconizando o corte

²⁹⁷ Transcreve-se, infra, ementa oriunda da 1ª Turma do E. STJ, a fim de exemplificar o posicionamento por essa parcela da Corte adotado. Senão vejamos:

ADMINISTRATIVO. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO DE TARIFA DE ENERGIA ELÉTRICA. INTERRUÇÃO DO FORNECIMENTO. CORTE. IMPOSSIBILIDADE. ARTS. 22 E 42, DA LEI Nº 8.078/90 (CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR).

1. Recurso Especial interposto contra Acórdão que entendeu não ser cabível indenização em perdas e danos por corte de energia elétrica quando a concessionária se utiliza de seu direito de interromper o fornecimento a consumidor em débito. O corte de energia, como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, extrapola os limites da legalidade.

2. Não resulta em se reconhecer como legítimo o ato administrativo praticado pela empresa concessionária fornecedora de energia e consistente na interrupção do fornecimento da mesma, em face de ausência de pagamento de fatura vencida.

3. A energia é, na atualidade, um bem essencial à população, constituindo-se serviço público indispensável, subordinado ao princípio da continuidade de sua prestação, pelo que se torna impossível a sua interrupção.

4. O art. 22, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, assevera que “os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos”. O seu parágrafo único expõe que “nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados na forma prevista neste código”. Já o art. 42, do mesmo diploma legal, não permite, na cobrança de débitos, que o devedor seja exposto ao ridículo, nem que seja submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça. Os referidos dispositivos legais aplicam-se às empresas concessionárias de serviço público.

5. Não há de se prestigiar atuação da Justiça privada no Brasil, especialmente, quando exercida por credor econômica e financeiramente mais forte, em largas proporções, do que o devedor. Afronta, se assim fosse admitido, os princípios constitucionais da inocência presumida e da ampla defesa.

6. O direito do cidadão de se utilizar dos serviços públicos essenciais para a sua vida em sociedade deve ser interpretado com vistas a beneficiar a quem deles de utiliza.

7. É devida indenização pelos constrangimentos sofridos com a suspensão no fornecimento de energia elétrica.

8. Recurso Especial provido para determinar o retorno dos autos ao Juízo de Origem a fim de que, e nada mais, o MM. Juiz aprecie a questão do quantum a ser indenizado.

(RESP 430.812/MG, 1ª Turma: Unânime. Relator Ministro José Delgado. Publicado no DJ de 23/9/2002).

²⁹⁸ Transcreve-se, outrossim, ementa alegórica do posicionamento adotado pela 2ª Turma do E. STJ. Vejamos:

ADMINISTRATIVO – SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE ÁGUA – PAGAMENTO À EMPRESA CONCESSIONÁRIA SOB A MODALIDADE DE TARIFA – CORTE POR FALTA DE PAGAMENTO: LEGALIDADE.

1. A relação jurídica, na hipótese de serviço público prestado por concessionária, tem natureza de Direito Privado, pois o pagamento é feito sob a modalidade de tarifa, que não se classifica como taxa.

2. Nas condições indicadas, o pagamento é contraprestação, e o serviço pode ser interrompido em caso de inadimplemento.

3. Interpretação autêntica que se faz do CDC, que admite a exceção do contrato não cumprido.

4. A política social referente ao fornecimento dos serviços essenciais faz-se por intermédio da política tarifária, contemplando equitativa e isonomicamente os menos favorecidos.

no fornecimento dos serviços ao usuário inadimplente). Uma vez instaurada a divergência jurisprudencial no seio do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, entre as suas Turmas de Direito Público, procedeu-se ao julgamento da questão pela Primeira Seção desse Tribunal, a qual, por maioria, decidiu pela possibilidade de o fornecedor interromper o serviço público essencial, após aviso prévio, se o consumidor permanecer inadimplente no pagamento da conta.²⁹⁹

Nada obstante a lhanza do posicionamento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, não há de se olvidar existirem casos em que o inadimplemento dar-se-á em virtude da precária condição financeira do usuário, que não possui renda suficiente nem para arcar com tarifas módicas. Fato, esse, inapto a obstar o acesso do ser humano aos bens essenciais, sob pena de atentar contra a sua dignidade e afrontar normas fundamentais constitucionais.

Esposada a impossibilidade de suspensão do serviço essencial quando a inadimplência provier da hipossuficiência econômica do usuário, faz-se mister definir quem restará responsável em subsidiar a prestação do serviço público, haja vista que esse instituto jurídico-social integra a categoria da atividade econômica em sentido amplo, não prescindido, portanto, de recursos econômicos para sua escoreita e regular satisfação.

Em que pese não competir à concessionária de serviço público arcar com a integralidade dos prejuízos resultantes da inadimplência dos usuários, face ao direito ao equilíbrio econômico-financeiro que lhe é assegurado legalmente, repisa-se ser

5. Recurso Especial improvido.

(RESP 337.965/MG. STJ. Relatora Ministra Eliana Calmon. 2ª Turma: Maioria. Publicado no DJ de 20/10/2003).

²⁹⁹ A orientação pacificadora adveio no julgamento do Recurso Especial n.º 363.943/MG, cuja ementa colaciona os seguintes dizeres:
ADMINISTRATIVO – ENERGIA ELÉTRICA – CORTE – FALTA DE PAGAMENTO. É lícito à concessionária interromper o fornecimento de energia elétrica se, após aviso prévio, o consumidor de energia elétrica permanecer inadimplente no pagamento da respectiva conta. (L. 8.987/95, art. 6º, § 3º, II). (RESP 363.943/MG, STJ, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Primeira Seção: Maioria. Publicado no DJ em 01/03/2004).

atentatória à dignidade do indivíduo a suspensão da prestação do serviço nas hipóteses em que restar comprovada sua condição de miserabilidade.³⁰⁰

Destarte, lastreando-se na inafastabilidade do dever estatal em relação ao serviço público essencial, o aparente aforismo supramencionado há de ser solucionado focalizando-se a relação travada entre o poder concedente e o concessionário. Nessa quadra, preconiza Marçal Justen Filho que:

Nesses casos, o Estado dispõe de suas escolhas. A primeira é promover a cobrança compulsória do valor correspondente à tarifa, para haver do usuário o montante correspondente aos serviços que continuam a ser prestados. A segunda é, verificada a carência de recursos, custear a manutenção da prestação dos serviços (inclusive e se for o caso, por meio da elevação das tarifas cobradas dos demais usuários). Nesta última alternativa, a comunidade arcará com o custo dos serviços. A carência de recursos não autoriza supressão da existência e da dignidade da pessoa humana.³⁰¹

Em sentido idêntico, visando-se à concretização do princípio da solidariedade social, aduz Diogo de Figueiredo Moreira Neto que:

No caso de *serviços delegados*, se, invocando razões de interesse público, o Poder Público exigir a continuidade de prestação de serviços, mesmo em caso de seu inadimplemento, a tarifa deverá ser reajustada para admitir o novo ônus, ou o próprio Poder Concedente deverá subsidiá-la.³⁰²

Veja-se que a cobrança compulsória da tarifa pelo Poder Público ou o aforamento de demanda judicial de cobrança pelo concessionário não parecem ser as melhores opções, uma vez que a execução direcionada contra o usuário inadimplente provavelmente restará infrutífera, dada a ausência de titularidade de bens materiais.

Diante disso, sobreleva-se a importância de uma justa política tarifária formulada pelo Poder Público à época do perfazimento do contrato administrativo com o prestador de serviços, a fim de compatibilizar as faixas tarifárias com os níveis sócio-econômicos

³⁰⁰ GUIMARÃES, Leticia. A Suspensão da Prestação de Serviços Públicos Frente ao Inadimplemento do Usuário (Comentários a acórdão do STJ). *Revista de Direito Público da Economia RDPE*. Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 2, n. 5, jan./mar. 2004, p. 233.

³⁰¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, p. 310.

³⁰² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*, p. 417.

dos consumidores, obstaculizando, assim, o acréscimo no contingente de usuários que se tornam inadimplentes em virtude de sua incapacidade financeira.

A Lei 8.987/95, em seus artigos 9º a 13, rege as linhas gerais da política tarifária, sendo que o retrocitado artigo 13³⁰³ prevê a possibilidade de diferenciação de tarifas, as quais poderão ser fixadas socialmente ou até mesmo serem subvencionadas, em face da ausência de recursos do usuário. Dissertando acerca dos critérios político-sociais de fixação das tarifas, aduz Marçal Justen Filho que:

O primeiro tópico a discutir refere-se à admissibilidade da vinculação das tarifas a circunstâncias subjetivas patrimoniais dos usuários. Aplicar-se-ia uma modalidade de princípio da *capacidade contributiva*, de molde a que os desvalidos do destino recebessem tratamento mais favorecido. Não parece questionável a validade (aliás, obrigatoriedade) dessa solução, em face dos princípios constitucionais fundamentais. O Estado brasileiro fundamenta-se sobre certos princípios basilares, entre os quais os da proteção à dignidade da pessoa humana e da erradicação da pobreza como objetivo fundamental. A solidariedade consagrada constitucionalmente significa, como inúmeras vezes afirmado, que a ausência de recursos não pode constituir obstáculo à fruição de serviços públicos. Aliás, muito ao contrário, a pobreza exige intervenção protetora do Estado e pressupõe necessidade muito mais intensa de receber serviços aos quais o indivíduo não tem acesso por outra via.³⁰⁴

Por derradeiro, cumpre salientar que eventual paralisação na prestação do serviço público, tendo como espeque a inadimplência do usuário, caracteriza utilização arbitrária das próprias razões, a qual há de ser preterida em prol de meios lícitos de cobrança de crédito. Nesse diapasão, aplicando o princípio da razoabilidade às medidas a serem tomadas pelo concessionário, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em que pese ser parcialmente favorável à interrupção dos serviços essenciais, ressalva que:

Deve ser adotada em casos extremos. uma vez que a empresa concessionária dispõe de outros meios para obter a satisfação de seus créditos em especial o processo judicial de execução. Trata-se de aplicação do princípio da razoabilidade, que exige a adoção de medida adequada em relação ao fim a ser atingido; se a concessionária dispõe de outros meios para obter a satisfação de seu crédito, não deve privar o usuário da obtenção de um serviço público essencial.³⁰⁵

³⁰³ Lei. 8.987/95. Artigo 13. As tarifas poderão ser diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários.

³⁰⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público.**, p. 376.

³⁰⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública. Concessão. Permissão. Franquia. Terceirização e outras formas.** 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 1999, p. 94-95.

Levando-se em consideração, enfim, a vigência no ordenamento jurídico brasileiro do princípio da continuidade do serviço público, inerente ao regime jurídico-administrativo, bem assim, alinhavadas as razões supramencionadas, chega-se ao corolário da impossibilidade de restarem suspensas as atividades prestacionais essenciais, em virtude do inadimplemento do indivíduo economicamente hipossuficiente, haja vista essa interrupção ser atentatória à cidadania e à dignidade do usuário de serviço público.

Partindo-se dessa assertiva, e tendo como premissa a personalização do direito administrativo, cuja essência consiste em expargir à seara administrativista o ideário kantiano segundo o qual o homem, como ser racional, existe como fim, e não simplesmente como meio, tornando a dignidade da pessoa humana um valor absoluto, concluimos o presente excerto com os lúcidos dizeres de Cármen Lúcia Antunes Rocha, os quais consubstanciam um libelo contrário à transmutação economicista da Administração Pública Brasileira Contemporânea:

Só os que podem pagar pelos direitos, apenas os que podem mostrar merecimento pelo preço das coisas com que se ostentam socialmente é que se fazem titulares do direito de permanecerem membros do grupo. Aos outros cabe excluir-se da comunidade. E se o Estado não permite agir senão incluindo os homens e universalizando os seus direitos, ao capitalismo agora fortalecido em sua goela titânica cabe destruir o Estado, máxime ao Estado de Direito, substituindo-se a lei dos homens pela lei de mercado, que é a não-lei, que é a selva dos dinheiros com donos certos e destinos incertos, porque não humanos nem justos.³⁰⁶

³⁰⁶ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social**. In: Revista Interesse Público. n.º 4. São Paulo: Editora Notadez, out./dez. 1999, p. 38-39.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esposadas as diretrizes que inicialmente haviam sido propostas, quadra perfazer, de maneira sintética, um apanhado das observações levadas a efeito no percurso da presente obra monográfica, para, em seguida, traçar algumas proposições a título conclusivo.

O instituto jurídico-social do serviço público, cuja propalada morte não encontrou respaldo no ordenamento jurídico pátrio, posto que persiste detendo assento constitucional, perpassa por um processo de remodelamento decorrente da implementação do paradigma do Estado Constitucional pela Carta Magna de 1988.

Assim, levando-se em consideração ser a dignidade da pessoa humana, em sua dimensão normativa, e os Direitos Fundamentais decorrentes desse princípio-fundamento, os escopos primordiais do Estado Constitucional, resta evidente a necessidade de se adequar os instrumentos tradicionais de atuação da Administração Pública a essas premissas estatais basilares.

Diante disso, o serviço público deve ser visto, hodiernamente, como um instrumento de realização do interesse público, destinado a satisfazer as necessidades humanas concretas interligadas a um direito fundamental. O sustentáculo desse instituto reside, portanto, na impossibilidade de restarem insatisfeitos os direitos fundamentais. Destarte, inexistindo um vínculo de natureza direta e imediata entre uma determinada atividade econômica e a satisfação de direitos fundamentais, torna-se impossível o seu enquadramento na esfera dos serviços públicos.

Feita essa breve explanação, insta salientar que a trajetória variante do serviço público, cuja noção transmuta-se conjuntamente à modificação dos paradigmas estatais, fundamenta-se no caráter histórico e relativista desse instituto jurídico-administrativo, restando aferível seu conceito, portanto, a partir das exigências de uma dada agremiação societária em um determinado contexto histórico-político.

Sem embargo do exposto, faz-se mister ressaltar que o serviço público era tido como o alicerce do direito administrativo à época do desenvolvimento do Estado

Moderno, mormente em França, onde se proliferaram teorizações doutrinárias a respeito desse instituto, o qual era utilizado, inclusive, como critério de repartição de competência entre a jurisdição administrativa e a contenciosa.

Todavia, Léon Duguit, Gaston Jèze e Maurice Hauriou, principais expoentes das Escolas Francesas do século XX, propugnavam uma acepção excessivamente ampla de serviço público, incapaz de confiná-lo no rol das atividades administrativas, separando-as das outras atividades estatais (legislativa e judiciária), nem, tampouco, de distingui-lo das demais atividades exercidas pela Administração Pública (fomento e poder de polícia).

Visando-se, portanto, a uma depuração e delimitação conceitual do serviço público, a doutrina administrativista arrolou três principais critérios destinados a destacar esse instituto jurídico-social da atividade pública em sentido amplo. Assim, hodiernamente, para uma noção holística de serviço público impende seja levada em consideração a titularidade estatal sobre a atividade administrativa, seja na forma de prestação direta ou de regulação (critério subjetivo), devendo essa atividade prestacional direcionar-se à concretização de necessidades coletivas (critério objetivo) e submeter-se a um regime de direito público exorbitante e derogatório do direito comum (critério formal).

Demais disso, faz-se lícito traçar um paralelo entre o percurso histórico do Estado Constitucional e o desenvolvimento dos Direitos Fundamentais, os quais detêm a sua trajetória existencial dividida em basicamente três dimensões, imbricadas, em última instância, com a própria evolução dos modelos estatais. Assim, a primeira dimensão diz com os direitos fundamentais de defesa, direcionados tradicionalmente a uma abstenção por parte do Poder Público. Os direitos de prestação, inseridos na segunda dimensão, destinam-se à obtenção de liberdades materiais concretas aos indivíduos, envolvendo, classicamente, atuações positivas estatais. Por fim, a terceira dimensão é formada pelos direitos de fraternidade ou solidariedade, cuja característica distintiva consiste na titularidade coletiva desses direitos.

Nessa toada, perfez-se a distinção entre os direitos fundamentais de defesa e de prestação, enfatizando-se o estudo da modalidade social dos direitos prestacionais,

mais conhecida como direitos fundamentais sociais. A importância concedida a essa espécie jurídica reside na premissa de que a concretização dos direitos sociais prestacionais consubstancia condição anterior ao pleno gozo dos direitos de defesa, vale dizer, é de mister uma prévia implementação da liberdade fática, a fim de que reste aferível a liberdade jurídica dos indivíduos. Ademais disso, sobrelevou-se o estudo dos direitos fundamentais sociais, haja vista a interpenetração entre o seu objeto – redistribuição da riqueza na sociedade (perfazimento da justiça distributiva) - e o escopo estatal almejado com a prestação dos serviços públicos.

Ressalvou-se, outrossim, que a problemática da efetivação dos direitos fundamentais sociais advém do fato desses direitos albergarem um viés precipuamente positivo, sujeitando-se, portanto, à conjuntura econômica, de tal sorte que a escassez de recursos implica um limite fático à sua concretização. Eis a teoria originária alemã da reserva do possível. Nada obstante isso, salientou-se ser repudiável a utilização das teorizações acerca da reserva do possível com a finalidade de eximir o Poder Público das suas obrigações constitucionais, notadamente quando isso implicar transgressão ao mínimo existencial, compreendido como fração nuclear da dignidade da pessoa humana, resultante das condições materiais básicas necessárias para a existência do indivíduo. Destarte, há que se analisar se efetivamente inexistem recursos econômicos ou se esses foram alocados de maneira indevida, contrariando os limites formais e materiais estabelecidos na Constituição da República.

Como corolário, e levando-se em consideração a eficácia positiva mínima dos direitos fundamentais sociais, há de ser reconhecida uma seara inafastável de prestações para uma vida condigna, a qual persiste, ainda que objetada a reserva do possível. Essa seara constitui, portanto, o núcleo essencial mínimo judicialmente exigível dos direitos sociais prestacionais, donde decorrem direitos subjetivos públicos a um serviço público adequado.

Tratou-se, ainda, neste trabalho, da impossibilidade de restarem suspensas as atividades prestacionais essenciais, em virtude do inadimplemento do indivíduo economicamente hipossuficiente, haja vista essa interrupção ser atentatória à dignidade

do usuário e ao princípio da continuidade do serviço público, inerente ao regime jurídico-administrativo.

Nesse diapasão, aduziu-se a necessidade de apreender-se o conteúdo das disposições legais permissivas da suspensão do serviço público sob uma ótica eminentemente protecionista, com fulcro na máxima da dignidade da pessoa humana e da defesa dos usuários de serviço público.

Corolário de todo o exposto é a substituição de uma Administração Pública excessivamente burocrática e voltada ao Estado, por um aparato administrativo em cujo centro localiza-se a figura do sujeito concreto. Conseqüentemente, os serviços públicos deixaram de se fundamentar no ideário do poderio estatal e passaram a orbitar em torno dos direitos fundamentais.

A atividade de serviço público compreende, portanto, um instrumento de satisfação direta e imediata dos direitos fundamentais, dentre os quais resta sobrelevado o princípio-fundamento da dignidade da pessoa humana (art.1º, inciso III, CF/88), cuja matriz histórica advém do postulado kantiano segundo o qual o homem é um fim em si mesmo, sendo-lhe intrínseco o valor da dignidade.

Destarte, a prestação dos serviços públicos reveste-se de capital importância, haja vista impor ao Poder Público uma exigência de atendimento às necessidades básicas da vida social, as quais se interligam, sobremaneira, aos direitos sociais constitucionalmente assegurados.

A elaboração da presente obra destinou-se a contribuir, ainda que de maneira módica, à percepção do serviço público à luz dos direitos fundamentais. Nessa toada, e alinhavados os argumentos supra expendidos, resta-nos colacionar os contundentes e conclusivos dizeres esposados por Ana Cláudia Finger. Vejamos:

O serviço público é uma das garantias constitucionais de realização dos direitos fundamentais. Sendo uma função estatal atribuída à Administração Pública, correspondente ao oferecimento de uma prestação positiva concreta tendente à satisfação das necessidades fundamentais do cidadão, o serviço público constitui um importante instrumento de concretização dos direitos fundamentais e, como tal, é tarefa inafastável do Estado, mormente diante da idéia de um Estado Democrático e Social de Direito que a Constituição Federal de 1988 faz expargir.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. O Proporcional e o Razoável. **Revista dos Tribunais**. vol. 798. abr. 2002.

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. **Revista de Direito Administrativo**. n. 217. Rio de Janeiro: Editora Renovar. jul./set. 1999.

_____. Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001.

AMARO, Fernanda Pereira. O Serviço Público sob a Perspectiva da Garantia Constitucional de Direitos Humanos Fundamentais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Ano 13. n. 50. jan./mar. 2005.

ARENHART, Sérgio Cruz. As Ações Coletivas e o Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. In: MAZZEI, Rodrigo, NOLASCO, Rita Dias (Coord.). **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A natureza contratual das concessões e permissões de serviço público no Brasil. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe e BLANCHET, Luiz Alberto. (Coord.). **Serviços Públicos – Estudos Dirigidos**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

_____. 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. Porto Alegre: Notadez, n. 16, out. /dez. 2002.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3ª ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

_____. Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo. 20ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.**

_____. Celso Antônio. **Natureza e Regime Jurídico das Autarquias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.**

BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. Revista de Direito Administrativo. v. 240. abr./jun. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005.**

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Disponível na Internet via WWW.URL: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>. Acesso em: 09 de maio de 2006.

_____. Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. 6ª ed. atual. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.**

BERCOVICI, Gilberto. Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. Manual de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. 11ª ed. São Paulo: Campus, 1993.

_____. Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant. 3ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.**

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

_____. Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1980.

BOROWSKI, Martin. **La Estructura de los Derechos Fundamentales**. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

BOURGES, Fernanda Schuhli. Aspectos da Noção de Serviço Público no Contexto Brasileiro. In: COSTALDELLO, Angela Cassia. (Coord.) **Serviço Público – Direitos Fundamentais, Formas Organizacionais e Cidadania**. Curitiba: Juruá Editora, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais números 1/92 a 53/2006 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão números 1 a 6/94**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2007. 462 p.

BREUS, Thiago Lima. Da Prestação de Serviços à Concretização de Direitos: o papel do Estado na efetivação do Mínimo Existencial. In: COSTALDELLO, Angela Cássia. (Coord.) **Serviço Público – Direitos Fundamentais, Formas Organizacionais e Cidadania**. Curitiba: Juruá Editora, 2005.

_____. Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional**. A Problemática da Concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública Brasileira Contemporânea. Dissertação aprovada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. **Crítica Jurídica**. *Revista Latinoamericana de Política, Filosofia y Derecho*. n. 22. jul./dez. 2003.

_____. Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

_____. Clèmerson Merlin. **Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito)**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993.

COELHO, Fábio Ulhoa. Reforma do Estado e Direito Concorrencial. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

CUNHA, Renato Alves Bernardo da. **Serviços Públicos Essenciais: o princípio da continuidade e o inadimplemento do consumidor**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 24ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 16ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

_____. Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública. Concessão. Permissão. Franquia. Terceirização e outras formas**. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 1999.

DOMINGOS, Guilherme Moro. Os Serviços Públicos em face da Supremacia e Indisponibilidade dos Direitos Fundamentais. In: COSTALDELLO, Angela Cassia. (Coord.) **Serviço Público – Direitos Fundamentais, Formas Organizacionais e Cidadania**. Curitiba: Juruá Editora, 2005.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de Direitos: a Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem versus a Liberdade de Expressão e Informação**. 2ª ed. atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

FINGER, Ana Cláudia. Serviço Público: um instrumento de concretização de direitos fundamentais. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, n. 12, abr. /jun. 2003.

FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

GOUVÊA, Marcos Maselli. **O Controle Judicial das Omissões Administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 11ª. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

GUIMARÃES, Leticia. A Suspensão da Prestação de Serviços Públicos Frente ao Inadimplemento do Usuário (Comentários a acórdão do STJ). **Revista de Direito Público da Economia RDPE**. Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 2, n. 5, jan./mar. 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Conceito de Interesse Público e a "Personalização" do Direito Administrativo**. Disponível na Internet via WWW.URL: www.justenfilho.com.br. Acesso em: 24 de maio de 2007.

_____. Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Marçal. Serviço Público no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte: Editora Fórum. n. 7. jul./set. 2004.

_____. Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003.

JUSTEN, Mônica Spezia. **A Evolução da Noção de Serviço Público: da França à União Européia**. Dissertação aprovada no Programa de Pós-Graduação em Direito na Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2002.

KRELL, Andreas J. Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na base dos Direitos Fundamentais Sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição Concretizada. Construindo Pontes entre o Público e o Privado**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2000.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2001.

LÔBO TORRES, Ricardo. A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. In: LÔBO TORRES, Ricardo. (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Odete. Nova Crise do Serviço Público? In: GRAU, Eros Roberto e CUNHA, Sérgio Sérvulo da (Org.). **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

_____. Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 13ª ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

MOTA PINTO, Carlos Alberto. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

NOGUEIRA, Rafael Moreira. Reflexões acerca da efetivação dos direitos sociais. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte. n. 25. jul./set. 2006.

ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de Derecho Público Económico**. Granada: Fundación de Estudios de Regulación, Comares, 1999.

PÉREZ, Jesús González. **La Dignidad de la Persona y el Derecho Administrativo**. Trabalho especialmente dedicado ao II Congresso Ibero-americano de Direito Administrativo. Curitiba: Editora Juruá, 2007.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Henrique. **Los Derechos Fundamentales**. 6ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1995.

RIBAS, Paulo Henrique. O serviço público como meio de concretização de direitos fundamentais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe e BLANCHET, Luiz Alberto. (Coord.). **Serviços Públicos – Estudos Dirigidos**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social. **Revista Interesse Público**. n.º 4. São Paulo: Editora Notadez, out./dez. 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. Ingo Wolfgang. **O Estado Social de Direito, A Proibição do Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade**. Disponível na Internet via WWW.URL: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 24 de julho de 2007.

SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. **O Princípio da Continuidade do Serviço Público**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

VALLE, Vivian Cristina Lima López. **Administração Pública Contemporânea: o Usuário de Serviço Público e a Dignidade da Pessoa Humana**. Dissertação aprovada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, 2004.

_____. Vivian Cristina Lima López. O Novo Conceito de Serviço Público. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). **Cenários do Direito Administrativo: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Serviços públicos essenciais (água) fornecidos por empresa concessionária – direito ao corte por falta de pagamento. **Revista de Direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo: Malheiros Editores. out./dez. 2003.