

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
PROGRAMA DE MESTRADO

Noel Antônio Tavares de Jesus

A TUTELA CONSTITUCIONAL DA EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA DO
CONTRATO DE CONCESSÃO E O EQUACIONAMENTO DA QUESTÃO DO
USUÁRIO DE SERVIÇO PÚBLICO HIPOSSUFICIENTE

Florianópolis

2009

Noel Antônio Tavares de Jesus

A TUTELA CONSTITUCIONAL DA EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA DO
CONTRATO DE CONCESSÃO E O EQUACIONAMENTO DA QUESTÃO DO
USUÁRIO DE SERVIÇO PÚBLICO HIPOSSUFICIENTE

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito, Programa de Mestrado, da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Sérgio Urquhart Cademartori

Florianópolis

2009

Autor: Noel Antônio Tavares de Jesus

Título: A TUTELA CONSTITUCIONAL DA EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA DO CONTRATO DE CONCESSÃO E O EQUACIONAMENTO DA QUESTÃO DO USUÁRIO DE SERVIÇO PÚBLICO HIPOSSUFICIENTE

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito, Programa de Mestrado, da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do título de Mestre em Direito.

Florianópolis/SC, 29 de junho de 2009

Professor Orientador: Dr. Sérgio Urquhart Cademartori

Coordenador do Curso: Professor Dr. Antonio Carlos Wolkmer

Autor: Noel Antônio Tavares de Jesus

Título: A TUTELA CONSTITUCIONAL DA EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA DO CONTRATO DE CONCESSÃO E O EQUACIONAMENTO DA QUESTÃO DO USUÁRIO DE SERVIÇO PÚBLICO HIPOSSUFICIENTE

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito, Programa de Mestrado, da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do título de Mestre em Direito.

Florianópolis/SC, 29 de junho de 2009

Professor Orientador Dr. Sérgio Urquhart Cademartori/UFSC

Professor Dr. Luis Carlos Cancellier de Olivo/UFSC
Membro da Banca Examinadora

Professor Dr. Marcelo Harger/PUC-SP
Membro da Banca Examinadora

Professor Dr. Ubaldo Cesar Balthazar/UFSC
Suplente

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho acadêmico às três mulheres da minha vida: a mãe, Nayr dos Santos, a amiga inesquecível, Dra. Regina Helena de Abreu Brasil, e a esposa, Fátima Bernardi. A primeira deu-me a vida; a segunda ensinamentos para a vida toda; e a terceira é o meu eterno amor, para continuar trilhando uma vida regada de paz, harmonia e muita alegria.

AGRADECIMENTOS

Pela minha vida já passaram diversas pessoas. Mas as que abaixo relaciono deixaram, na minha memória, marcas que jamais serão esquecidas. São pessoas dignas pelos exemplos, pelas atitudes, pelo comprometimento e, acima de tudo, são daquelas que fazem a diferença para a construção de um mundo melhor. Por isso, agradeço-lhes a amizade e o carinho. Graças ao apoio de vocês estou terminando essa fase da minha vida acadêmica. São eles: Amana Stringari, Hewerstton Humenhuk, José Sérgio da Silva Cristovam, Juliana de Assis Coutinho, Pery Saraiva Neto e Sérgio Urquhart Cademartori.

RESUMO

A Constituição Federal vincula o serviço público à satisfação direta dos direitos fundamentais. Ele compreende o desenvolvimento de atividades de fornecimento de utilidades materiais essenciais para a sobrevivência humana. Todos possuem o direito fundamental à fruição dos serviços públicos considerados essenciais, para a sua sobrevivência e dignidade. Toda ação estatal deve ser norteada por medidas destinadas à universalização dos serviços essenciais. O Estado deve concretizar políticas destinadas a promover o acesso do usuário hipossuficiente à fruição daqueles serviços, sob pena de frustração do princípio da dignidade humana. Todavia, é preciso definir quem arcará com os custos decorrentes da utilização dos serviços públicos por parte daqueles sujeitos desprovidos de capacidade contributiva. O concessionário não é obrigado a assegurar e arcar com os custos decorrentes das políticas voltadas à universalização dos serviços públicos. Há que ser tutelado o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão. O sucesso da concessão encontra-se vinculado ao adimplemento das vantagens asseguradas ao concessionário quando da realização da delegação. Aplicando a Constituição Federal, é possível equacionar esse dilema jurídico. A saída apresentada nesta pesquisa consiste no subsídio estatal. O Estado terá que estabelecer medidas de compensação ao concessionário, caso ocorra eventual deficiência no financiamento do serviço. Pelo subsídio externo, quem arcará com o custo de fornecimento do serviço ao usuário hipossuficiente é o Estado, ou seja, as receitas tributárias recolhidas de toda a sociedade serão utilizadas para subsidiar a fruição dos serviços públicos prestados àqueles sujeitos desprovidos de capacidade contributiva. A legitimidade do Estado constitucional de direito somente restará assegurada caso sejam realizados e concretizados os postulados fundamentais da dignidade humana. Estes integram a essência e o fundamento daquele Estado, uma vez que constituem elemento central da Constituição formal e material. Por isso, todos os esforços do Estado devem ser direcionados à disponibilização dos serviços públicos essenciais aos usuários hipossuficientes.

Palavras-chave: Constituição Federal. Direito Fundamental. Dignidade Humana. Serviço Público.

ABSTRACT

The Federal Constitution ties the public service to the satisfaction of fundamental rights. It includes the development of activities for supplying the material utilities essential for the human survival. Everyone has the fundamental right to enjoy the public services considered essential, so their survival and dignity. Every State action must be guided by rules destined to universal Access to essential public services. The State must materialize public policies in order to promote to the poor people the access to those services, under the risk of frustrating the principle of human dignity. Nevertheless, it is needed to define who will be in charge of the costs decurrent from the use of the public services by those citizens unprovided of tax-paying ability. The concessionaire is not obligated to assume such costs whose origins are the public policies of universal access of public services. The economic-financial balance from the contracts of public services concession must be protected. The success of concessions is entailed to the payment of advantages that were assured to the concessionaire by the moment of the accomplishment of the service delegation. Applying the Federal Constitution, it is possible to equate this legal dilemma. The solution presented on this research is based on State subsidy. The State must establish compensation rules to the concessionaire, in case of eventual deficiency in the public service financing. For the external subsidy, the one who will be in charge of the cost for public service supplying to the poor user is the State, i.e., the taxes amount collected from the whole society will be used to subsidize the access to public services by those who have no tax-paying ability at all. The legitimacy of the Constitutional State of Right will only be guaranteed if the fundamental postulates of human dignity are built and materialized. These postulates integrate the essence and basis of that State, since they constitute the central element of the Constitution, formal and material. Because of that, all the efforts from the State must be directed to universal availability of essential public services to the poor citizens.

Key-Words: Federal Constitution. Fundamental Rights. Human Dignity. Public Services.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	15
1.1 O Estado constitucional de direito	15
1.1.1 A Constituição como norma superior do ordenamento jurídico	16
1.1.2 A Constituição como um sistema aberto de regras e princípios.....	17
1.1.3 O processo de concretização constitucional: limites materiais e formais	20
1.2 A legitimidade do Estado constitucional de direito encontra-se vinculada à realização dos direitos fundamentais	25
1.3 As dimensões dos direitos fundamentais	27
1.4 A aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais	28
1.5 A vinculação dos poderes constituídos aos direitos fundamentais.....	29
1.6 O princípio da dignidade da pessoa humana	32
1.7 Os direitos fundamentais sociais prestacionais.....	34
1.8 Os direitos sociais de natureza prestacional e o limite da “reserva do possível”.38	
1.9 A reserva do possível não constitui elemento integrante dos direitos fundamentais sociais.....	43
1.10 O mínimo existencial constitui direito-garantia fundamental autônomo.....	45
1.11 A aplicação do princípio da proporcionalidade na concretização dos direitos fundamentais.....	48
1.12 O princípio da proibição do retrocesso	51
2. OS SERVIÇOS PÚBLICOS ENQUANTO INSTRUMENTOS PARA A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA HUMANA	54
2.1 O novo papel do Estado na prestação de serviços públicos	54
2.2 O Estado regulador da prestação de serviços públicos	57
2.3 Para um conceito de serviço público.....	60

2.4 A crise do serviço público no direito brasileiro.....	63
2.5 A diferenciação entre o serviço público e outros institutos jurídicos.....	66
2.5.1 Serviço público e obra pública.....	66
2.5.2 Serviço público e poder de polícia.....	67
2.5.3 Serviço público e a atividade de fomento.....	67
2.5.4 Serviço público e atividades econômicas exploradas pelo estado.....	67
2.5.5 Serviços públicos privativos e não privativos do estado.....	68
2.6 A criação e a organização administrativa dos serviços públicos.....	69
2.7 A iniciativa legislativa para a instituição de serviços públicos.....	72
2.8 A finalidade dos serviços públicos no direito brasileiro.....	73
2.9 O regime jurídico aplicável aos serviços públicos.....	74
2.10 As concessões de serviços públicos no direito brasileiro.....	75
2.10.1 A concessão comum.....	76
2.10.2 As concessões patrocinadas e administrativas.....	78
2.11 A concretização de direitos fundamentais mediante a prestação de serviços públicos.....	81
3. A TUTELA CONSTITUCIONAL DA EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA DO CONTRATO DE CONCESSÃO E O EQUACIONAMENTO DA QUESTÃO DO USUÁRIO DE SERVIÇO PÚBLICO HIPOSSUFICIENTE.....	83
3.1 O direito constitucional do concessionário ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo de concessão de serviço público.....	83
3.2 A quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de serviço público.....	86
3.3 As tarifas cobradas dos usuários de serviços públicos.....	89
3.4 As políticas públicas voltadas aos usuários hipossuficientes para a fruição adequada dos serviços públicos essenciais.....	93
3.4.1 A modicidade das tarifas como instrumento para universalização dos serviços públicos essenciais.....	96

3.4.2 A tarifa social como instrumento para a universalização dos serviços públicos essenciais.....	99
3.4.3 A obtenção de receitas alternativas vinculadas à redução das tarifas	101
3.4.4 A eficiência na prestação do serviço público deve beneficiar os usuários mediante a diminuição das tarifas	102
3.5 A limitação à suspensão da prestação de serviço público essencial em função do inadimplemento	105
3.6 A recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão quebrado em decorrência da implantação de políticas públicas destinadas à universalização da fruição dos serviços públicos essenciais	108
3.7 A vedação à concessão de benefícios tarifários sem a indicação da fonte de custeio.....	115
CONCLUSÃO.....	118
REFERÊNCIAS.....	123

INTRODUÇÃO

O objeto de investigação desta pesquisa acadêmica compreende a tutela constitucional da equação relativa ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão e a questão da fruição dos serviços públicos pelos usuários hipossuficientes.

O problema suscitado é quanto à possibilidade de ser conciliado o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão dos serviços públicos com a promoção dos direitos fundamentais da pessoa humana, mediante políticas públicas voltadas aos usuários hipossuficientes aos serviços essenciais.

O serviço público encontra-se vinculado diretamente à satisfação dos direitos fundamentais, especialmente a dignidade humana. Compreende o desenvolvimento de atividades de fornecimento de utilidades materiais essenciais para a sobrevivência humana. A prestação de serviço público adequado, eficiente e satisfatório é o objetivo comum do Estado, da sociedade civil e do concessionário. Todos se encontram ligados a uma imposição constitucional: a prestação do melhor serviço público com tarifas módicas. O interesse do concessionário pode ser conciliado com a satisfação dos direitos fundamentais. O lucro almejado pelo concessionário não é incompatível com os objetivos maiores daquele instituto de Direito Administrativo.

O presente estudo pretende equacionar o problema jurídico apontado, para se efetivarem os direitos fundamentais, notadamente a dignidade humana. É objetivo central da pesquisa a discussão acerca da importância dos serviços públicos para a realização dos direitos fundamentais. Já o objetivo específico consiste na apuração de soluções jurídicas para o equacionamento do problema: a tutela da equação econômico-financeira dos contratos de concessão com a fruição subsidiada dos serviços públicos pelos usuários hipossuficientes. Outro objetivo específico é demonstrar a inviabilidade da concessionária realizar o custeio dos serviços públicos concedidos gratuitamente aos hipossuficientes.

Há um valor constitucional de profunda relevância, que é a equação econômico-financeira dos contratos administrativos. Para o sucesso das concessões de serviço público, esse valor intangível deve ser preservado. O concessionário não

pode ser obrigado a pagar a conta dos hipossuficientes, sob pena de prejuízo irreparável à sistemática da concessão. Por outro lado, a satisfação da dignidade humana, viga mestra da ordem constitucional-republicana, exige que os serviços públicos essenciais sejam usufruídos por todos os cidadãos. Assim, o equacionamento desta questão é de fundamental relevância. É preciso definir quem arcará com os custos da fruição dos serviços públicos por parte daqueles sujeitos desprovidos de capacidade econômica. É imprescindível inventariar quais as soluções jurídicas para o problema apresentado.

O método utilizado é o dedutivo. Partiu-se do geral para o particular. Pesquisou-se a literatura jurídica, as decisões emanadas dos Tribunais e a legislação existente sobre a temática.

No primeiro capítulo, discutiu-se a relação entre Estado de direito constitucional e os direitos fundamentais. Procurou-se abordar os temas atuais ligados aos referidos tópicos, para firmar os compromissos que o referido Estado possui com os direitos e as garantias fundamentais. Passou-se pelas discussões que tem povoado a doutrina e jurisprudência, que são, a título de exemplo, a reserva do possível, o mínimo existencial. Tudo foi pontuado para assentar que todos os poderes estatais encontram-se vinculados, formal e materialmente, com os direitos fundamentais.

O segundo capítulo foi utilizado para investigar os serviços públicos enquanto instrumentos para a concretização dos direitos fundamentais. Por isso, foram examinadas temáticas atuais relativas aos serviços públicos, tais como o novo papel do Estado na prestação dos serviços, a finalidade do serviço público essencial, tudo visando firmar a posição no sentido da função instrumental para a concretização dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Por último, é abordada, no terceiro capítulo, a questão central desta pesquisa acadêmica, que consiste na investigação dos mecanismos legais que existem para equacionar o problema, ou seja, como equacionar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão com a questão dos usuários hipossuficientes. Apresentam-se algumas medidas que podem ser adotadas para universalizar os serviços públicos essenciais, mediante uma política tarifária inclusiva e consoante com os valores e preceitos constitucionais. No referido capítulo, são apresentadas as alternativas juridicamente possíveis quanto à

recomposição do equilíbrio econômico-financeiro ocasionado pelas políticas públicas de inclusão dos usuários hipossuficientes, tudo em conformidade com o conjunto normativo existente no ordenamento jurídico nacional.

1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

1.1 O Estado constitucional de direito

O Estado constitucional de direito pressupõe o caráter normativo e vinculante da Constituição, para que os órgãos estatais, fundados nos seus preceitos fundamentais, mantenham uma atuação programada e controlada. Assim, para a configuração daquele Estado, é pressuposto fundamental que as normas constitucionais sejam vinculantes e indisponíveis em relação a todos os poderes constituídos (legislativo, administrativo, judicial). Esse é o fundamento nuclear do Estado constitucional de direito, isto é, a sujeição à força normativa¹ da Constituição deve ser integral e inquebrantável. Em condições de normalidade, o sentido e o conteúdo das normas constitucionais não se encontram à disposição da vontade das majorias governantes², devendo ser respeitadas e concretizadas mediante ações estatais concretas.

No Estado constitucional, as decisões governamentais precisam sujeitar-se integralmente aos postulados fundamentais da ordem jurídica fundamental, sob pena de serem extirpadas em função do controle jurisdicional. A ordem constitucional é cogente e indisponível. Assim, cumpre-lhe, no ordenamento jurídico, a tarefa fundamental de figurar como critério de legitimação do poder estatal. Este somente terá legitimidade caso os seus atos (legislativo, jurisdicional e administrativo) sejam conforme os preceitos inseridos na Constituição. Neste sentido, é vedada qualquer transação com as suas disposições normativas constitucionais³, já que possuem eficácia jurídica vinculante⁴ em relação a todos os poderes constituídos.

1 Para estudos complementares, pode-se consultar: HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

2 CADERMATORI, Sérgio. Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista. 2. ed. Campinas: Millennium, 2007, p. 18-19.

3 Idem, p. 24.

4 MALISKA, Marcos. O Direito à Educação e a Constituição. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2001, p. 46.

O Estado de direito jamais poderá ser concebido apenas no sentido formal. Ele não é sujeito apenas à lei, mas ao conjunto de princípios e valores materiais inseridos na ordem constitucional. Por isso, o poder estatal age por meio de ordens gerais e abstratas, as quais são vinculadas às normas constitucionais e legais. Trata-se, assim, de um governo limitado e vinculado ao ordenamento jurídico constitucional-legal. Na Constituição encontra-se estabelecido o conteúdo e a forma de exercício do poder em todas as suas esferas.

O Estado constitucional de direito, portanto, pressupõe a sua total vinculação formal e material aos princípios⁵, regras e valores inseridos no texto constitucional, pois estes constituem os fundamentos e as diretrizes do ordenamento jurídico, os quais são totalmente indisponíveis à vontade das maiorias ocasionais. O Estado constitucional submete-se, conforme visto, à Constituição, que será objeto de análise a seguir.

1.1.1 A Constituição como norma superior do ordenamento jurídico

A Constituição é formada por um conjunto de normas jurídicas positivas (princípios e regras), geralmente escritas, que conferem às outras normas do ordenamento jurídico caráter fundacional e primazia normativa⁶. As normas constitucionais diferenciam-se das demais do ordenamento jurídico, pois ocupam posição hierárquico-normativa superior:

a) autoprímazia normativa: as normas constitucionais não encontram fundamento de validade em outras normas jurídicas de hierarquia superior⁷;

b) fonte primária da produção jurídica: as normas constitucionais constituem as determinantes positivas e negativas das normas inferiores,

⁵ Para estudos complementares, pode-se consultar: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre Princípios Constitucionais – Razoabilidade, Proporcionalidade e Argumentação Jurídica*. Curitiba: Juruá, 2006.

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Lisboa: Almedina, 2000, p. 1131.

⁷ *Idem*, p. 1131-2

correspondendo ao fundamento material e formal de validade das normas hierarquicamente inferiores⁸;

c) força heterodeterminante: as normas constitucionais desempenham uma função de limite relativamente às normas de hierarquia inferior, bem como regulam parcialmente o próprio conteúdo daquelas. As normas hierarquicamente inferiores devem ser compatíveis, formal e materialmente, com as normas constitucionais⁹;

d) natureza supra-ordenamental: o ordenamento constitucional é um supra-ordenamento relativamente aos outros ordenamentos jurídico-parciais. Na ordem jurídica republicana brasileira, há três ordens jurídicas parciais: a formada pelas normas federais, estaduais e municipais. O ordenamento constitucional unifica e estabelece a hierarquia entre as normas dos vários ordenamentos parciais¹⁰.

e) força normativa: a Constituição é uma lei vinculativa dotada de efetividade e aplicabilidade em todo o âmbito da ordem federativa¹¹.

A Constituição encontra-se no vértice da pirâmide normativa. É a fonte de outras normas jurídicas, uma vez que ocupa posição hierárquica superior. Ela tanto limita como regula parcialmente o conteúdo das normas hierarquicamente inferiores. Quando os poderes políticos concretizam as normas constitucionais, seja por meio da atividade legislativa, judicial ou administrativa, todos os seus atos deverão ser compatíveis material e formalmente com a Constituição. Se assim não fizerem, restará sacramentado o vício da inconstitucionalidade formal ou material, sujeitando-se o ato inconstitucional ao controle jurisdicional.

1.1.2 A Constituição como um sistema aberto de regras¹² e princípios¹³

⁸ *Idem*, p. 1132.

⁹ *Idem*, p.1133.

¹⁰ *Idem*, p. 1133-4

¹¹ *Idem*, p. 1134.

¹² O constitucionalista português Canotilho divide as regras constitucionais em (a) regras jurídico-organizatórias - divididas em regras de competência, regras de criação de órgãos e regras de procedimento e (b) regras jurídico-materiais – divididas em regras de direitos fundamentais, regras de garantias institucionais, regras determinadoras de fins e tarefas do Estado e regras constitucionais impositivas. *Idem*, p. 1135.

A Constituição é um sistema aberto formado por normas jurídicas¹⁴, as quais são divididas em regras e princípios¹⁵. Em outras palavras: regras e princípios são duas espécies de normas jurídicas positivas¹⁶. Muitos esforços doutrinários se têm feito para diferenciá-los. Entretanto, a principal distinção é a qualitativa. Os princípios são normas jurídicas impositivas de exigências, compatíveis com vários graus de concretização, conforme os condicionamentos fáticos e jurídicos existentes à época. As regras são normas jurídicas que prescrevem uma exigência impositiva, permissiva ou proibitiva que deve ser ou não cumprida.

Caso haja conflitos de regras jurídicas, podem existir duas formas de eliminar o conflito. A primeira consiste em introduzir em uma das regras uma cláusula de exceção para eliminá-lo. A segunda maneira de resolvê-lo, quando não for possível a introdução de uma cláusula de exceção, é declarando uma das regras inválidas, eliminando-a do ordenamento jurídico¹⁷. É a lógica do tudo ou nada. Em outras palavras, regras antinômicas não podem coexistir¹⁸. O problema de conflito pode ser resolvido por meio de regras, como *“lex posterior derogat legi priori”* e *“lex specialis derogat legi generali”*. Agora a decisão é sempre no campo da validade das regras em conflito, uma vez que elas contêm *“fixações normativas definitivas”*, não

¹³ Canotilho divide os princípios em princípios jurídicos fundamentais, princípios políticos constitucionalmente conformadores, princípios constitucionais impositivos e princípios-garantia. *Idem*, p. 1135.

¹⁴ Para Robert Alexy: “(...) tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición”. ALEXY, Robert. **Teoría de Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 83.

¹⁵ Para Ruy Samuel Espíndola, os princípios constitucionais “são imperativos, têm positividade, vinculatividade, obrigam e têm eficácia positiva e negativa”. ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. São Paulo: RT, 1999, p. 55.

¹⁶ CANOTILHO, Direito Constitucional..., p. 1144.

¹⁷ ALEXY, Teoria..., p. 88.

¹⁸ As considerações de Robert Alexy são fundamentais para a compreensão da diferenciação: “En punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio”. ALEXY, Teoría..., p. 86-87.

podendo subsistir regras simultaneamente contraditórias. O conflito de regras contraditórias resolve-se pela eliminação de uma delas do ordenamento jurídico¹⁹.

Diferentemente das regras, os princípios admitem a coexistência, permitindo o balanceamento de valores e interesses, conforme o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes. Quando ocorre conflito entre princípios, estes podem ser ponderados e levados a uma concordância prática, tendo em vista a harmonização²⁰. Isto significa que, dadas as circunstâncias fáticas e jurídicas, um princípio terá que ceder para o outro prevalecer. Porém, o princípio desprezado não será declarado inválido, como ocorre no conflito entre regras. Isto porque o conflito não fica na dimensão da validade, mas na dimensão do peso e das circunstâncias do caso concreto²¹.

A Constituição, como um sistema aberto de regras e princípios, é fundamental por duas razões:

a) a primeira, porque seria inaceitável um sistema constitucional composto exclusivamente por regras, por exigir uma disciplina legislativa exaustiva e completa daquilo que é judicializado. A sociedade é marcada pelo pluralismo político, cultural e religioso, bem como pelos conflitos de interesses em todos os campos da vida humana. Logo, uma Constituição marcada exclusivamente por regras estaria completamente fechada para a permanente interação com os complexos movimentos da vida humana. Em outras palavras, a ausência de princípio no sistema constitucional sacrificaria a introdução dos conflitos, dos interesses e das exigências de concordância prática naquele documento jurídico-normativo. São os princípios constitucionais que conferem “*textura aberta*” à Constituição, para a

¹⁹ CANOTILHO, Direito Constitucional..., p. 1145.

²⁰ Sobre o tema, esclarece Canotilho: “O facto de a constituição constituir um sistema aberto de princípios insinua que podem existir fenómenos de tensão entre os vários princípios estruturantes ou entre os restantes princípios constitucionais gerais ou especiais. Considerar a constituição com uma ordem ou sistema de ordenação totalmente fechado e harmonizante significaria esquecer, desde logo, que ela é, muitas vezes, o resultado de um compromisso entre vários actores sociais, transportadores de ideias, aspirações e interesses substancialmente diferenciados e até antagônicos ou contraditórios. O consenso fundamental quanto a princípios e normas positivo-constitucionalmente plasmados não pode apagar, como é óbvio, o pluralismo e antagonismo de ideias subjacentes ao pacto fundador”. Idem, p. 1166.

²¹ ALEXY, **Teoria...**, p. 90.

permanente interação com os valores de seu tempo, visando sua complementação e seu desenvolvimento enquanto sistema jurídico-normativo²²; e

b) a segunda é porque um sistema constitucional baseado exclusivamente em princípios levaria a Constituição a ser um documento jurídico-normativo desprovido de segurança jurídica. A indeterminação dos princípios, a coexistência de princípios conflitantes e a dependência do possível fático e jurídico, conduziriam à insegurança do sistema constitucional. Por isso, as regras jurídicas são fundamentais para reduzir a complexidade do sistema, bem como conferir-lhe maior segurança jurídica²³.

O sistema constitucional, portanto, é formado por princípios e regras, os quais conferem à Constituição unidade e positividade jurídica. É a coexistência de princípios e regras que contribuem decididamente para a Constituição interagir com os movimentos históricos de seu tempo, possibilitando a sua atualização normativa, sem abandonar a segurança jurídica.

1.1.3 O processo de concretização constitucional: limites materiais e formais

A maioria das normas constitucionais é aberta, isto é, possuem caráter geral e indeterminado. Assim, abrem-se à mediação legislativa concretizadora, para alcançarem exequibilidade. Isto porque o grau de exequibilidade das normas constitucionais é variável²⁴.

Quando a norma constitucional precisa da concretização do legislador infraconstitucional, é necessário examinar os limites positivos e negativos estabelecidos pela Constituição para a conformação legislativa. Não há dúvida de que determinadas normas constitucionais conferem ao legislador maior grau de liberdade de conformação que outras.

²² CANOTILHO, **Direito...**, p. 1146.

²³ *Idem*, p. 1146-7.

²⁴ Quanto à eficácia das normas constitucionais, José Afonso da Silva classifica-as em normas de eficácia plena, normas constitucionais de eficácia contida e normas constitucionais de eficácia limitada. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 2ª ed. São Paulo: RT, 1982.

Um exemplo trazido por J. J. Gomes Canotilho dá conta dessa afirmativa. Diz ele que a norma constitucional que regula a liberdade de imprensa é uma norma mais densa do que uma norma que estabelece como tarefa do Estado *‘promover o aumento do bem-estar social e econômico e da qualidade de vida do povo, em especial das classes mais desfavorecidas’*²⁵. A exequibilidade da primeira norma (liberdade de imprensa) é muito maior que a segunda (tarefa do Estado). Neste caso, o legislador terá maior liberdade para conformar²⁶ a segunda norma constitucional do que a primeira. Então, quanto maior for a abertura das normas, maior será a liberdade para a concretização constitucional.

A Constituição é rica em normas formais e materiais que vinculam o legislador, reduzindo os espaços para a discricionariedade legislativa quando da concretização constitucional.

Os princípios constitucionais cumprem papel fundamental na concretização realizada pelo legislador ordinário. Eles estabelecem limites formais e materiais para a atividade legislativa.

Ao estabelecer os princípios jurídicos fundamentais²⁷, a Constituição insere limites materiais ao legislador ordinário, o qual não poderá contrariá-los quando realizar a concretização constitucional. Por exemplo, quando a Constituição estabelece que nenhuma ameaça ou lesão a direito ficará excluída da apreciação do Poder Judiciário – princípio do acesso à Justiça - a norma hierarquicamente inferior não poderá contrastar com essa diretriz constitucional, sob pena de incidir em manifesta inconstitucionalidade material. Então, esse princípio funciona como limite negativo, inviabilizando as investidas legislativas materialmente incompatíveis com a Constituição.

²⁵ CANOTILHO, **Direito....**, p. 1165.

²⁶ Há normas constitucionais que operam com conceitos jurídicos indeterminados, como interesse público, interesse da coletividade, etc. Nesses casos, o legislador terá maior liberdade para concretizar a Constituição.

²⁷ Canotilho considera princípios jurídicos fundamentais “os princípios historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional”. São exemplos de princípios jurídicos fundamentais o princípio da publicidade dos atos jurídicos, o princípio do acesso à Justiça, o princípio da isonomia, o princípio da proibição do excesso. CANOTILHO, **Direito....**, p. 1165.

A Constituição estabelece princípios políticos constitucionalmente conformadores²⁸, que funcionam como diretrizes materiais vinculantes para o exercício das funções estatais legislativa, executiva e jurisdicional. Por exemplo, podem ser citados os princípios estruturantes do regime político, como o princípio do Estado de Direito, o princípio democrático, o princípio republicano, o princípio da separação e independência dos poderes²⁹. Todos configuram critérios substanciais, cuja observância será impositiva para aqueles que desempenham as funções públicas estatais.

Na Constituição são fixados princípios constitucionais impositivos³⁰, que procuram impor aos agentes públicos a realização de fins e a execução de tarefas precípuas. Esses princípios vinculam o exercício das funções estatais à realização de determinados fins assegurados na Constituição. Aquelas atividades terão que buscar constantemente a realização das imposições constitucionais. Inserem-se, neste princípio, as imposições quanto à realização de políticas públicas voltadas para a saúde pública, a moradia popular, a cultura, o esporte, etc. Os princípios constitucionais impositivos funcionam como mecanismos que obrigam, por exemplo, o legislador a produzir leis para cumprir os fins constitucionais. Surge, então, a possibilidade de interposição da ação direta de inconstitucionalidade, quando resta configurada a omissão do legislador infraconstitucional quanto à produção das leis reclamadas para a realização das metas constitucionais.

As regras jurídico-constitucionais também vinculam material e formalmente o exercício das funções estatais (legislativa, administrativa e judicial). Nelas encontram-se os limites para a concretização constitucional.

Quando a Constituição estabelece regras jurídicas de competência³¹, reconhecendo certas atribuições a determinados órgãos constitucionais ou esferas de competência entre os vários órgãos constitucionais, o legislador infraconstitucional estará limitado formalmente pelas exigências fixadas na Lei

²⁸ Canotilho conceitua princípios políticos conformadores como “princípios constitucionais que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte. Nestes princípios se condensam as opções políticas nucleares e se reflecte a ideologia inspiradora da constituição”. CANOTILHO, **Direito...**, p. 1150.

²⁹ CANOTILHO, **Direito...**, p. 1150.

³⁰ Canotilho conceitua princípios constitucionais impositivos como “todos os princípios que impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e execução de tarefas”. CANOTILHO, **Direito...**, p. 1152.

Fundamental. Se a Constituição estabelece as competências do Presidente da República, o legislador ordinário não poderá alterá-la quando realizar a concretização da Constituição nessa matéria. Quando a Constituição fixa que o Presidente da República deve iniciar o processo legislativo para disciplinar determinada matéria, o legislador estará proibido de investir contra a iniciativa reservada. Ou ainda: quando a Constituição determinar as competências legislativas das pessoas políticas integrantes da Federação, a previsão constitucional será vinculante para o legislador infraconstitucional. Se houver invasão de competência legislativa, o Supremo Tribunal Federal³² deverá, caso seja provocado, declarar a inconstitucionalidade da norma impugnada. Assim, será mantido o pacto federativo nos moldes fixados na Lei Fundamental.

Toda a competência delimitada na Constituição tem uma razão de ser que a justifica. Por isso, não pode ser disposta contrariamente pelo legislador infraconstitucional. Assim, explica-se o limite negativo dirigido ao legislador infraconstitucional.

A Constituição também estabelece regras para a criação de órgãos³³ constitucionais. Muitas vezes, além da criação daqueles, são fixadas as atribuições do órgão a ser criado pelo legislador. Assim, este não poderá contrariar as diretrizes impositivas fixadas na Lei Fundamental, sob pena de ser inválida a sua produção normativa. É o caso, por exemplo, da criação do Supremo Tribunal Federal. Quando o legislador disciplinar a estrutura, a composição e a competência daquele órgão constitucional, ele não poderá contrariar os preceitos constitucionais pertinentes.

³¹ A tipologia é de Canotilho. CANOTILHO, **Direito...**, p. 1153.

³² O Supremo Tribunal Federal ficou incumbido pela guarda da Constituição. O Min. Celso de Mello ressalta a importância desse controle na ementa de julgado em que funcionou como Relator: "A DEFESA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA REPRESENTA O ENCARGO MAIS RELEVANTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. - O Supremo Tribunal Federal - que é o guardião da Constituição, por expressa delegação do Poder Constituinte - não pode renunciar ao exercício desse encargo, pois, se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente comprometidas. O inaceitável desprezo pela Constituição não pode converter-se em prática governamental consentida. Ao menos, enquanto houver um Poder Judiciário independente e consciente de sua alta responsabilidade política, social e jurídico-institucional". BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADIN n. 2010 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgado pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal em 30.09.1999, DJU 12.04.2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 13 de agosto 2008.

³³ A tipologia é de J.J. Gomes Canotilho, que pode ser consultada: CANOTILHO, **Direito....**, p. 1153.

A Constituição traz também regras de procedimento³⁴, quando este é elemento fundamental da formação da vontade política e do exercício das competências constitucionalmente consagradas³⁵. Ocorre quando a Constituição estabelece, por exemplo, o procedimento para ser emendada, para o exercício do controle de constitucionalidade ou para a formação das leis.

A violação das regras tratadas (regras de competência, regras de criação de órgãos e regras de procedimento) enseja a inconstitucionalidade formal³⁶ do ato normativo instituído. Esta se configura quando ocorre defeito de formação do ato normativo, pela inobservância de princípio de ordem procedimental ou pela violação de regras de competência. Nesse caso, o ato normativo é viciado em seus pressupostos, na sua fase de formação³⁷.

A Constituição estabelece regras que vinculam materialmente o legislador. A produção normativa deste para concretizar a Constituição deverá – quanto ao conteúdo – guardar compatibilidade vertical material com os preceitos constitucionais. As regras de direitos fundamentais³⁸, as regras de garantias institucionais³⁹, as regras determinadoras de fins e tarefas do Estado⁴⁰ e as regras constitucionais impositivas⁴¹ tratam de limitar materialmente o legislador. Elas proporcionam diretivas materiais que não podem ser contrariadas, sob pena de o legislador incidir em inconstitucionalidade material. Esta envolve o próprio conteúdo do ato impugnado, resultante da adoção de prescrições contrárias aos princípios e

³⁴ Sobre o tema, consulte: CANOTILHO, **Direito.....**, p. 1153.

³⁵ CANOTILHO, **Direito.....**, p. 1153.

³⁶ José Afonso da Silva sustenta que “a incompatibilidade vertical das normas jurídicas infraconstitucionais com a Constituição pode manifestar-se sob dois aspectos: (a) formalmente, quando tais normas são formadas por autoridades incompetentes ou em desacordo com formalidades ou procedimentos estabelecidos pela Constituição; (b) materialmente, quando o conteúdo de tais leis ou atos contraria preceito ou princípio da constituição”. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 47.

³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade: Aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 32.

³⁸ Para Canotilho, regras de direitos fundamentais: “designam-se por normas de direitos fundamentais todos os preceitos constitucionais destinados ao reconhecimento, garantia ou conformação constitutiva de direitos fundamentais”. CANOTILHO, **Direito....**, p. 1154.

³⁹ Para Canotilho, regras de garantias institucionais “são as normas que se destinam a proteger instituições (públicas ou privadas)”. CANOTILHO, **Direito....**, p. 1154.

⁴⁰ Para Canotilho, regras determinadoras de fins e tarefas do Estado são “aqueles preceitos constitucionais que, de uma forma global e abstracta, fixam essencialmente os fins e as tarefas prioritárias do Estado”. CANOTILHO, **Direito....**, p. 1156.

⁴¹ Para Canotilho, as regras constitucionais impositivas “apresentam-se em estreita conexão com as normas determinadoras dos fins e tarefas e com os princípios constitucionalmente impositivos”. CANOTILHO, **Direito.....**, p. 1156.

regras constitucionais. A Constituição estabelece os princípios e regras para formar a unidade política da Federação, cumprir as tarefas e os fins estatais, disciplinar o processo de solução de conflitos, ordenar a formação da unidade política e criar os fundamentos da ordem jurídica global. Aqueles que possuem capacidade para o exercício das funções públicas não poderão produzir nenhuma norma ordinária que contrarie os princípios e as regras substanciais. Encontram-se efetivamente vinculados ao conteúdo da Constituição, que ora pode figurar como limite positivo, ora pode transformar-se em limite negativo à produção legislativa ordinária⁴².

Portanto, toda a competência atribuída pela Constituição, para concretizá-la, terá que seguir os seus parâmetros formais ou materiais. Ao mesmo tempo em que é atribuída a competência (legislativa, executiva ou jurisdicional) também são fixados os limites para o exercício da referida missão constitucional. Porém, se a produção dos órgãos estatais contrastar formal ou materialmente com os preceitos constitucionais, o sistema de controle judicial – mecanismo de defesa da força normativa da Constituição – terá que ser acionado, para expelir do ordenamento jurídico o ato juridicamente viciado.

1.2 A legitimidade do Estado constitucional de direito encontra-se vinculada à realização dos direitos fundamentais

Não é possível pensar o Estado constitucional de direito sem vinculá-lo à concretização dos direitos fundamentais. A existência daquele somente é legítima e justificada caso esteja intimamente associado à realização e concretização dos postulados fundamentais. Estes integram a essência e o fundamento daquele Estado, uma vez que constituem elemento central da Constituição formal e material⁴³.

Por isso, é imprescindível o estudo que será empreendido sobre os direitos fundamentais, para apurar como se encontram disciplinados e inseridos no texto constitucional brasileiro.

⁴² MENDES, **Controle**,..., p. 36-38.

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 61-62.

Os direitos fundamentais são mandados de otimização, os quais seguem a lógica dos princípios, ou seja, são compatíveis com vários graus de concretização, conforme os condicionamentos fáticos e jurídicos existentes à época. É juridicamente admitida, em casos concretos, a colisão de direitos fundamentais, sem que nenhum deles seja sacrificado de forma definitiva. Neste caso, o intérprete terá que fazer um juízo de ponderação, para apurar, naquele momento, qual o direito fundamental prevalente. Por isso, os referidos direitos não seguem a sistemática das regras, as quais ficam sujeitas à lógica do tudo ou nada⁴⁴.

Os referidos direitos são reconhecidos à pessoa humana, cujo exercício independe de posse de qualquer título. Trata-se de uma esfera jurídica intocável pelo Estado, pois são direitos universais, inclusivos, indisponíveis, inalienáveis e personalíssimos⁴⁵.

Esses direitos encontram-se vinculados diretamente à concretização da democracia substancial⁴⁶, pois constituem instrumentos para a promoção da igualdade e da dignidade humana. A legitimidade dos poderes do Estado somente é alcançada quando são tutelados os direitos fundamentais. Neste sentido, é imprescindível que as organizações jurídicas⁴⁷, bem como os operadores jurídicos,

⁴⁴ Para Sérgio Cademartori, a teoria dos direitos fundamentais ocasiona sérias conseqüências à Teoria do Direito: a) como não há hierarquia entre os princípios, é inviável a previsão “a priori” sobre qual a norma jurídica que incidirá no caso concreto. Deste modo, a segurança jurídica cede espaço ao valor justiça; b) ocorre o deslocamento das fontes, aparecendo o judiciário, e não mais o legislador, como local privilegiado para a produção normativa; e, c) o critério de fundamentação da norma aplicada é o melhor argumento, ou seja, aquele que obtém a maior aceitação racional entre os sujeitos envolvidos. CADERMATORI, Estado de direito..., p. 30-32.

⁴⁵ Idem, p. 41.

⁴⁶ Neste sentido, o entendimento de Canotilho: “A articulação da socialidade com democraticidade torna-se, assim, clara: só há verdadeira democracia quando todos têm iguais possibilidades de participar no governo da polis. (8) Uma democracia não se constrói com fome, miséria, ignorância, analfabetismo e exclusão. A democracia só é um processo ou procedimento justo de participação política se existir uma justiça distributiva no plano dos bens sociais. A juridicidade, a sociabilidade e a democracia pressupõem, assim, uma base jusfundamental incontornável, que começa nos direitos fundamentais da pessoa e acaba nos direitos sociais”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Direito Constitucional como Ciência de Direcção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (Contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”). **Revista de Doutrina da 4ª Região**. Porto Alegre: Revista de Doutrina da 4ª Região, n. 22, fev. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Jose_Canotilho.htm>. Acesso em 15 dez. 2008.

⁴⁷ Sobre o tema leciona Sérgio Cademartori: “O fato é que, como antes foi explicado, ao lado da dimensão formal da democracia, constituída pelo princípio da maioria, é de reconhecer-se sua dimensão substancial, caracterizada pela sujeição de todos os poderes à Constituição, entendida como sistema de limites e vínculos impostos aos poderes. Graças a essa dimensão substancial, o Direito vincula a maiorias não somente quanto à forma do seu exercício (ou seja, os processos de tomada de decisões), mas também em sua substância (referente aos conteúdos que as decisões

estejam diretamente vinculados à tutela e à defesa daqueles direitos em todas as instâncias políticas e administrativas⁴⁸. É preciso que os poderes públicos estejam centrados na pessoa humana. Assim, é indispensável que a sociedade esteja disposta a lutar pelos seus direitos, mediante a criação de garantias e controles sobre o poder para realizá-los. A sociedade civil precisa aderir decididamente a esta peleja fundamental. Todos precisam estar certos de que nenhum direito fundamental subsistirá sem que haja um movimento social para a sua concretização.

Portanto, o Estado constitucional de direito encontra-se vinculado diretamente à concretização dos direitos fundamentais. Por isso, o aparato estatal deve ser posto à disposição da realização daquele mandamento constitucional hierarquicamente superior.

1.3 As dimensões dos direitos fundamentais⁴⁹

Os direitos fundamentais foram divididos em quatro dimensões. A primeira delas compreende os direitos de liberdade civis e políticas, cuja essência consistia em evitar a intervenção do Estado na esfera pessoal dos indivíduos. Por isso, são chamados de direitos de natureza negativa.

A segunda abrange os direitos sociais, culturais e econômicos. Tais direitos encontram-se intimamente ligados à exigência de uma atuação positiva do Estado para a realização de prestações sociais em benefício dos indivíduos. Este período compreende o aparecimento de Constituições que estabelecem em suas disposições normativas os direitos sociais: o direito à saúde, à educação, à moradia, etc. Além disso, são criadas instituições voltadas à realização daqueles direitos, como é o caso dos sindicatos, que foram os grandes responsáveis pela organização

devem ter ou não ter). Em suma, enquanto o princípio da maioria nos declara quem decide, o princípio da democracia nos diz o que deve e o que não deve decidir. Ou seja, existem espaços normativos que conformam a esfera do indecível (direito e garantias individuais e sociais, p. ex.), e que os poderes públicos devem respeitá-los em sua integridade". CADERMATORI, Estado de direito..., p. 231-232.

⁴⁸ Idem, p. 111.

⁴⁹ Para estudos complementares, pode-se consultar: SARLET, **A Eficácia...**, p. 48-60. HUMENHUK, Hesterston. O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 227, 20 fev. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4839>>. Acesso em: 11 de novembro de 2008.

dos trabalhadores para a conquista de melhores condições sociais de vida. Neste período foi institucionalizado o direito à sindicalização e à greve, como direitos fundamentais da pessoa humana.

A terceira dimensão compreende manifestações que resultam da nova postura necessária para a resolução dos problemas globais. O individualismo, que é a marca dos direitos da primeira geração, cede espaço para o surgimento da fraternidade e da solidariedade. É o surgimento do direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio-ambiente equilibrado e sadio. Trata-se, assim, de direitos de natureza transindividual, que, para serem concretizados, dependem de esforços e responsabilidades de instituições globais⁵⁰.

Já os direitos fundamentais de quarta dimensão compreendem o direito à informação, à democracia e ao pluralismo. Trata-se de direitos fundamentais que se encontram diretamente vinculados ao desenvolvimento da pessoa humana enquanto ser político e social na era da globalização.

1.4 A aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais

⁵⁰ Anuncia Friedrich Muller que “O mercado global e seus agentes já estão enfrentando dificuldades de legitimação. Os cidadãos social e politicamente ativos lutam por uma democracia mais participativa, bem como, no plano transnacional, por formas coletivas de ação, ramificadas e interligadas em redes de alta mobilidade. Essas formas não estão mais vinculadas à ‘nação’ ou ao Estado-nação. São formas de democratização sem a participação do Estado. Sem elas não será possível empenhar-se eficazmente contra efeitos perversos dessa espécie de globalização. Aos problemas tradicionais não-solucionados (acirramento da desigualdade, desastres ecológicos, violência e militarismo, terrorismo não-estatal e estatal) soma-se a nova tarefa de elaborar estruturas móveis transnacionais e globais, formadas por redes, instituições e normatizações incipientes. Nesse contexto, competências gerais de um Direito Mundial e um constitucionalismo global são moles que remetem aos objetivos jurídicos *strictiore sensu*. Desde a fase final do século XX, a galáxia global de organizações não-governamentais pela democracia, pelos direitos humanos e por uma mundialização diferente tornou-se portadora de todos esses movimentos – do protesto, da ação simbólica, de propostas construtivas, de provocações bem-sucedidas ao Judiciário (para colocá-lo em movimento): enquanto consciência social mundial, fator de perturbação da rotina da opressão e exploração, da dominação mundial não-democrática, efetivamente existente, gerador de alternativas inteligentes; enquanto globalização descentralizada ‘de baixo para cima’, sem o exercício da dominação, eficaz por meio de lobismo e da pressão sobre a opinião pública; em resumo, no papel de uma sociedade civil global em vias de consolidação. Sem amparo pelo poder de Estado, ela trabalha pacificamente, formando opiniões, em prol de bens públicos globais (global public goods) que visam à pluralidade e à universalidade – num aspecto que se estende de direitos humanos iguais para todas as pessoas até a ecologia global. A sua própria atividade se baseia, e não em último lugar, nos direitos humanos e de cidadania nacionais e internacionais”. MÜLLER, Friedrich, *A Limitação das Possibilidades de Atuação do Estado-Nação Face à Crescente Globalização e o Papel da Sociedade Civil em possíveis estratégias de resistência*. BONAVIDES, Paulo. DE LIMA, Francisco Gérson Marques. BEDÊ, Fayga Silveira. **Estudos em Homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 215-216.

A norma jurídica contida no art. 5º, §1º da Constituição Federal constitui um mandado de otimização (ou maximização) dirigido aos órgãos estatais, os quais ficam obrigados a conferir aos direitos e garantias fundamentais a maior eficácia possível⁵¹. Assim, a ausência de normas infraconstitucionais de concretização não pode servir como justificativa para afastar a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. Neste caso, é plenamente cabível o mandado de injunção, para, no caso concreto, ser proferida ordem judicial, reconhecendo a mora legislativa, bem como disciplinando o exercício do direito pleiteado pelo impetrante⁵². Assim, a omissão voluntária do Estado na regulamentação das normas constitucionais de eficácia limitada não pode servir para justificar a frustração da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. O afastamento da eficácia daquele comando constitucional é exceção que deve ser devidamente fundamentada pelo órgão estatal, sob pena de o ato oficial ser sindicado pelo Poder Judiciário.

Em função daquele dispositivo constitucional, os órgãos estatais devem pautar todas as suas ações e programas sempre na lógica da concretização dos direitos e das garantias fundamentais consagradas constitucionalmente. Nenhuma política pública pode distanciar-se da aplicabilidade imediata e da plena eficácia dos direitos fundamentais.

1.5 A vinculação dos poderes constituídos aos direitos fundamentais

As normas constitucionais definidoras de direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata (art. 5º, §1º da CF/88). São mandados de otimização, os quais impõem aos poderes constituídos um conjunto de ações voltadas à obtenção da maior eficácia possível dos direitos fundamentais. Assim, todos os poderes constituídos encontram-se vinculados à concretização dos direitos fundamentais. Neste sentido, a função de regulamentação e de concretização

⁵¹ SARLET, **A Eficácia...**, p. 249.

⁵² O Supremo Tribunal Federal, em sede de Mandado de Injunção, determinou que, em função da ausência de lei complementar disciplinando a aposentadoria especial para servidor público submetido a trabalho em condições especiais, exigido pelo art. 40, § 4º, da Constituição Federal, deve ser adotada aquela própria aos trabalhadores em geral (art. 57, § 1º, da Lei n. 8.213/91). **BRASIL. Supremo Tribunal Federal.** MI 721/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 30.08.2007, DJU 30.11.2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 18 dez. 2008.

conferida ao legislador sofre limitação material e formal⁵³, produzindo, necessariamente, duplo sentido: 1) negativo – a vedação à criação de atos legislativos afrontosos aos direitos fundamentais; 2) positivo – a vinculação à conformação positiva da Constituição, mediante a produção de normas jurídicas que sejam material e formalmente compatíveis com a Constituição Federal⁵⁴.

Deste modo, na elaboração da lei orçamentária anual, o legislador infraconstitucional encontra-se vinculado ao cumprimento das pautas constitucionais. A Constituição estabeleceu, por exemplo, a execução de metas e programas sociais na área da educação, exigindo que sejam aplicados percentuais do orçamento anual naquela área pública. Há a fixação de limites orçamentários mínimos⁵⁵ que devem ser alocados à execução de políticas públicas voltadas à consecução daquele direito fundamental prestacional.

O legislador encontra-se sujeito, portanto, aos parâmetros constitucionais. Nenhuma de suas escolhas legislativas poderá distanciar-se da orientação constitucional⁵⁶, sob pena de sua produção normativa sujeitar-se ao controle de constitucionalidade. Os direitos fundamentais possuem uma eficácia dirigente em relação aos órgãos estatais, pois cabe a estes a obrigação permanente no sentido de serem realizados os direitos fundamentais.

Os órgãos administrativos também se encontram vinculados à realização dos direitos fundamentais⁵⁷. Nesta relação direta, vigora o princípio da constitucionalidade imediata da administração. Portanto, leis incompatíveis com aqueles mandamentos fundamentais podem ser descumpridas pelo Poder

⁵³ SARLET, A Eficácia..., p. 326-327.

⁵⁴ Idem, p. 328-329.

⁵⁵ Segundo o art. 212 da Constituição Federal, a União deve aplicar, na educação, anualmente, nunca menos de 18% (dezoito por cento), e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios 25% (vinte e cinco por cento), no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino. BRASIL. Congresso Nacional. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em 15 de dez. 2008.

⁵⁶ PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Usuários de Serviços Públicos. 2. ed., ver. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 329-330.

⁵⁷ Ressalta Juarez Freitas que "(...) a Constituição Federal, no art. 5º, §1º, determina a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (inclusive os sociais, relacionados a serviços públicos – tais como o direito à saúde e à educação), donde segue a imprescindibilidade da escolha administrativa apropriada à concretização eficaz. Nesse contexto, a técnica da responsabilização dilatada (e da sindicabilidade aprofundada) desponta como a mais aconselhável jurídica e sociologicamente, ao se observar que o Poder Público oscila impunemente entre dois pecados assaz comuns: a negação da

Executivo. A execução das leis também deve ser pautada pela maximização daqueles direitos. Assim, toda a interpretação e a aplicação das normas jurídicas terão que seguir uma única direção: conferir a máxima eficácia aos direitos fundamentais⁵⁸.

Nenhum ato administrativo, seja discricionário, seja vinculado, ficará imune à sua total sujeição aos comandos superiores do ordenamento jurídico⁵⁹. Nestes termos, é fundamental aprofundar a sindicabilidade judicial dos atos administrativos, para que o controle seja realizado da forma mais ativa possível, a fim de que toda a atividade administrativa seja utilizada para a imediata satisfação dos direitos fundamentais.

A maior liberdade de escolha de conformação existente nos atos administrativos discricionários existe justamente para conferir ao administrador público a possibilidade de preservar o máximo da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais⁶⁰. Assim, a administração pública deve utilizar as competências administrativas que lhes foram asseguradas pela Constituição para o cumprimento da missão que lhe foi atribuída, que consiste na consecução de políticas públicas destinadas à concretização do núcleo essencial da Constituição, que são os direitos fundamentais.

O poder judiciário possui o poder-dever constitucional de negar a aplicação de leis e atos administrativos contrários aos direitos fundamentais⁶¹. Nesta linha, a existência de apreciações técnicas e a utilização de conceitos jurídicos

eficácia dos direitos fundamentais e sua afirmação claudicante. Desproporcional em ambas as situações". FREITAS, **Discricionariedade...**, p. 74.

⁵⁸ SARLET, **A Eficácia...**, p. 331-333.

⁵⁹ Escreve José Sérgio da Silva Cristóvam que "A discricionariedade administrativa se encontra inarredável e inegavelmente vinculada aos princípios constitucionais e à satisfação dos direitos fundamentais. Pode-se dizer que o Estado constitucional de direito exige um modelo de discricionariedade vinculada diretamente à Constituição, ao conteúdo dos direitos fundamentais, à garantia dos direitos fundamentais de liberdade e à implementação dos direitos fundamentais sociais". CRISTÓVAM, **Colisões...**, p. 212.

⁶⁰ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 126.

⁶¹ Escreve José Sérgio da Silva Cristóvam: "Ao Judiciário cabe a guarda da Constituição e a defesa das instituições democráticas, sendo-lhe função principal o controle de atos legislativos e executivos contrários ao manifesto teor da Constituição. A função de controle da constitucionalidade das leis, dos atos da Administração e das políticas públicas, não reflete, contudo, a superioridade do Judiciário sobre o Legislativo ou Executivo, mas a supremacia da Constituição, sobre as leis e atos administrativos". CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Breves considerações sobre o conceito de políticas públicas e seu controle jurisdicional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 797, 8 set. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7254>>. Acesso em: 04 jan. 2009.

indeterminados⁶² não impedem o controle jurisdicional para a efetivação daqueles fundamentos nucleares do ordenamento jurídico⁶³. Para o exercício legítimo daquela missão constitucional, o Poder Judiciário encontra-se investido de competência para o exercício do controle objetivo da constitucionalidade das leis, a fim de serem expulsos do ordenamento jurídico atos normativos abstratos inconstitucionais. Já quanto aos atos normativos e administrativos de efeitos concretos, foi deferido aos atingidos o direito constitucional de ação judicial para a efetivação do controle jurisdicional, visando afastar qualquer tentativa de ameaça ou lesão àqueles comandos superiores.

Aquele poder também dispõe de competência jurisdicional para controlar o planejamento e a execução das políticas públicas necessárias para a promoção dos direitos fundamentais. Estes asseguram a viabilidade de o poder judiciário legitimamente obrigar o poder executivo a executar medidas administrativas no sentido de serem corrigidos problemas sociais decorrentes da ausência de políticas públicas. Todos os poderes encontram-se compelidos a buscar a efetivação de medidas voltadas à realização daquelas pautas constitucionais⁶⁴.

1.6 O princípio da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana não configura propriamente um direito fundamental. Ela está na base da consagração daqueles direitos, correspondendo a um sobreprincípio que constitui fundamento do Estado Constitucional de Direito (art. 1º, III, da CF/88)⁶⁵. Nesta linha, o Estado existe em função da pessoa humana⁶⁶, pois

⁶² Neste sentido, escreve Celso Antônio Bandeira de Mello: “A existência dos chamados conceitos vagos, fluidos ou imprecisos, nas regras concernentes à Justiça Social não é impertinente a que o Judiciário lhes reconheça, in concreto, o âmbito significativo. Essa missão é realizada habitualmente pelo juiz nas distintas áreas do Direito e sobretudo no direito privado. Além disso, por mais fluido que seja um conceito, terá sempre um núcleo significativo indisputável. É puramente ideológico e sem nenhuma base jurídica o entendimento de que a ausência de lei definidora obsta a identificação do conceito e invocação do correlato direito”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Eficácia das normas constitucionais sobre Justiça Social. **Revista de Direito Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 57-58, 1981, p. 255.

⁶³ PEREIRA, **Usuários...**, p. 328.

⁶⁴ Idem, p. 329.

⁶⁵ Registra Thiago Lima Breus: “É nessa conjuntura que o princípio da dignidade da pessoa humana, como valor informador de todos os direitos fundamentais notadamente os que compõem o mínimo existencial, se impõem de maneira essencial. O referido princípio possui caráter fundamental em todo o ordenamento jurídico brasileiro, assegurado pela Constituição Federal de 1988 no art. 1º, inc. III”.

esta constitui a finalidade precípua da ordem estatal⁶⁷. Por isso, o homem jamais pode ser visto como meio da atividade estatal. O exercício dos poderes constituídos (legislativo, executivo e judicial) somente pode ser justificado a partir do respeito à dignidade da pessoa humana⁶⁸. Todas as ações estatais devem ser guiadas no sentido da promoção e da criação de condições materiais, para máxima efetivação daquele valor constitucional fundamental e estruturante do Estado Constitucional de Direito.

O Estado deve empreender políticas públicas voltadas ao oferecimento de bens materiais básicos aos indivíduos, para que seja viabilizada a todos uma existência digna. Assim, são imprescindíveis medidas executivas voltadas à inclusão social daqueles que se encontram excluídos das condições financeiras mínimas de consumo para uma vida digna. É dever de o órgão estatal estimular o indivíduo para que ele alcance, com o seu esforço, a inclusão social, mediante a garantia de condições justas e adequadas de vida. Neste contexto, é fundamental a concretização de medidas voltadas à efetivação dos direitos sociais, bem como a consecução de um sistema de seguridade social eficaz.

O legislador também se encontra vinculado à concretização do programa normativo referente ao princípio da dignidade da pessoa humana. É seu dever constitucional a edificação de uma ordem jurídica materialmente compatível com as exigências daquele princípio fundamental⁶⁹.

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 – Direitos Fundamentais, Formas Organizacionais e Cidadania**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 261.

⁶⁶ Para Emerson Gabardo: “(...) a Constituição de 1988 torna-se um referencial jurídico-político sobremaneira importante, à medida que consagra princípios de diferentes índoles, mas todos subordinados a um princípio eticamente superior: a dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, tanto a eficiência (ética) como a legitimidade (democrática) são fundamentos coerentes e imprescindíveis do ideal de Estado ora defendido”. GABARDO, Emerson. **Eficiência e Legitimidade do Estado**. Barueri: Manole, 2003, p. 192.

⁶⁷ Para Ingo Wolfgang Sarlet, a dignidade da pessoa humana pode ser definida como “a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em 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**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 60.

⁶⁸ SARLET, **A Eficácia...**, p. 102.

⁶⁹ Idem, p. 112-113

O princípio da dignidade humana possui função instrumental integradora e hermenêutica, pois serve de parâmetro para a aplicação, interpretação e integração de todo o ordenamento jurídico. Deste modo, o referido princípio constitui uma norma de legitimação de toda a ordem estatal. O exercício do poder somente será legítimo caso seja pautado pelo respeito e pela proteção da dignidade da pessoa humana.

Para a concretização daquele preceito fundamental, é imprescindível que as pessoas convivam num Estado marcado pela estabilidade jurídica, econômica, política e social. A estabilidade e a confiança nas relações públicas são indispensáveis para que seja concretizada a dignidade humana⁷⁰. Portanto, a dignidade da pessoa humana é fundamento e justificação da ação estatal.

1.7 Os direitos fundamentais sociais prestacionais

O Estado Social encontra-se vinculado à prestação dos direitos sociais⁷¹, cuja função essencial é realizar a justa e adequada distribuição dos bens materiais existentes. Aqueles direitos também possuem eficácia e aplicabilidade imediata, sujeitando-se aos ditames do art. 5º, §1º da Constituição Federal⁷². Eles são protegidos contra a supressão decorrente da ação do poder de reforma constitucional (art. 60, §4º, inciso IV da CF). Neste sentido, deve prevalecer a

⁷⁰ Idem, p. 299.

⁷¹ Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo firmam posição "(...) em torno da tese de que – pelo menos no âmbito do sistema de direito constitucional positivo nacional – todos os direitos sociais são fundamentais, tenham sido eles expressa ou implicitamente positivados, estejam eles sediados no Título II da CF (dos direitos e garantias fundamentais) ou dispersos pelo restante do texto constitucional, ou se encontrem ainda (também expressa e/ou implicitamente) localizados nos tratados internacionais regularmente firmados e incorporados pelo Brasil". FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: Algumas aproximações. Revista de Doutrina da 4ª Região, n. 24, julho de 2008. Disponível em: <<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br>>. Acesso em 14 de out. de 2008.

⁷² Sobre essa temática, registra Ingo Wolfgang Sarlet: "(...) mesmo os direitos fundamentais a prestações são inequivocadamente autênticos direitos fundamentais, constituindo (justamente em razão disto) direito imediatamente aplicável, nos termos do disposto no art. 5º, §1º, de nossa Constituição. A exemplo das demais normas constitucionais e independentemente de sua forma de positivação, os direitos fundamentais prestacionais, por menor que seja sua densidade normativa ao nível da Constituição, sempre estarão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, sendo, na medida desta aptidão, diretamente aplicáveis, aplicando-se-lhes (com muito mais razão) a regra geral, já referida, no sentido de que inexistente norma constitucional destituída de eficácia e aplicabilidade". SARLET, A Eficácia..., p. 259.

interpretação constitucional que assegure a maior otimização das normas definidoras dos direitos fundamentais.

Em função de as normas definidoras dos direitos sociais serem abertas, bem como fixadoras de fins e tarefas do Estado, foram diversas as controvérsias quanto à eficácia imediata dos direitos sociais. Discutiu-se muito se eram aptos a serem diretamente aplicáveis; se produziam plena eficácia jurídica; se era possível deduzir destes direitos um direito subjetivo individual a prestações estatais. Porém, os direitos sociais programáticos devem ser concretizados pelos órgãos estatais. A única justificativa para o temporário descumprimento é a demonstração objetiva e evidente da impossibilidade material para a sua tempestiva realização, sob pena de restar viabilizado o controle jurisdicional para a reparação do direito ameaçado.

Há distinções entre os direitos negativos e os positivos. Os primeiros identificam-se pela sua natureza preponderantemente negativa, ou seja, o seu objeto consiste na abstenção do Estado, para proteger a esfera jurídica dos indivíduos contra ingerências estatais inadequadas. A função precípua dos direitos de defesa é a limitação estatal, para que os sujeitos de direito possam exercer de forma regular e lícita, o direito de liberdade e propriedade. É o típico caso do Poder de Polícia. Já os segundos têm por objeto uma conduta positiva do Estado, que consiste na produção de uma prestação material aos indivíduos, visando à promoção do princípio da igualdade substancial. Por isso, os direitos positivos exigem uma atuação do Estado na esfera econômica e social, para a produção dos bens materiais necessários à realização dos direitos positivos (sociais)⁷³.

A doutrina⁷⁴ também fazia uma distinção entre os direitos positivos e os negativos. Um dos critérios utilizados para a distinção realizada era a exigência ou não de gastos públicos para a realização daqueles direitos. Era defendido que os direitos positivos reclamavam o dispêndio de despesas públicas para serem efetivados; já os direitos negativos não demandavam para a sua realização. Essa

⁷³ Escreve Ingo Wolfgang Sarlet: “Diversamente dos direitos de defesa, mediante os quais se cuida de preservar e proteger determinada posição (conservação de uma posição existente), os direitos sociais de natureza positiva (prestacional) pressupõem seja criada ou colocada à disposição a prestação que constitui seu objeto, já que objetivam a realização da igualdade material, no sentido de garantirem a participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais”. SARLET, **A Eficácia...**, p. 261.

⁷⁴ PEREIRA, **Usuários...**, p. 315-316.

tradicional distinção perdeu espaço, uma vez que os direitos negativos⁷⁵ também envolvem a alocação de recursos públicos para a sua devida concretização. Neste sentido, é suficiente o exame das leis orçamentárias dos entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), para depreender-se os gastos com as ações estatais para a realização dos direitos negativos. O direito à propriedade e à liberdade, por exemplo, exige do Estado a existência de estruturas organizacionais eficientes e eficazes para que sejam coativamente assegurados aos seus titulares.

Nota-se, assim, que ambos os direitos possuem custos financeiros elevados para serem efetivados pelo Estado. Os direitos negativos também requerem um conjunto de medidas administrativas que demandam uma estrutura financeira e pessoal, a fim de serem realizados. Os direitos negativos, igualmente, possuem a sua dimensão positiva, na medida em que reclamam atuações positiva do Estado.

Deste modo, o “custo” financeiro dos direitos sociais não pode servir para a negativa da sua eficácia imediata, pois os direitos de cunho negativo também possuem relevância econômica para a sua realização⁷⁶.

Os direitos sociais a prestações encontram-se vinculados às prestações estatais voltadas à distribuição e à redistribuição dos recursos materiais existentes, visando conferir uma vida digna para todos os indivíduos. Esses direitos também possuem a sua dimensão negativa, já que alguns deles exigem a abstenção do Estado, como é o caso da liberdade sindical e de associação.

É inegável que, muitas vezes, os direitos sociais positivos dependem da atividade legislativa infraconstitucional, mediante a edição de normas jurídicas de natureza inferior à Constituição, para serem concretizados. Aqui é campo fértil para

⁷⁵ Ressalta Ana Paula de Barcellos que “Assim: a diferença entre os direitos sociais e os individuais, no que toca ao custo, é uma questão de grau, e não de natureza. Ou seja: é mesmo possível que os direitos sociais demandem mais recursos que os individuais, mas isso não significa que estes apresentem custo zero. Desse modo o argumento que afastava, tout court, o atendimento dos direitos sociais pelo simples fato de que eles demandam ações estatais e de que eles custam dinheiro não se sustenta. Também a proteção dos direitos individuais tem seus custos, apenas se está acostumado a eles”. BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 238-239.

⁷⁶ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: Algumas aproximações. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, n. 24, julho de 2008. Disponível em: <<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br>>. Acesso em 14 de out. de 2008.

a mora legislativa⁷⁷, a qual sempre é fundada ilegitimamente no discurso da ausência de disponibilidade financeira.

Há uma grande discussão doutrinária acerca da possibilidade do reconhecimento judicial de direitos subjetivos originários a prestações sociais decorrentes diretamente da norma constitucional. Os fundamentos jurídicos contrários podem ser assim resumidos: 1 - a reserva do possível; 2 – a natureza aberta e a formulação vaga das normas que definem os direitos sociais; 3 - o legislador decide sobre a aplicação e a destinação dos recursos públicos (reserva de competência constitucional); e, 4 – a decisão judicial que obriga o Estado a cumprir uma prestação social implica ofensa direta à divisão dos poderes. Estes são os argumentos utilizados para denegar o direito subjetivo originário social a uma prestação concreta por parte do Estado⁷⁸.

⁷⁷ Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n° 45, que se destina a assegurar o cumprimento da EC n°29/2000, relativa à garantia de recursos financeiros mínimos para a saúde, o Supremo Tribunal Federal, em decisão monocrática do Min. Celso de Mello, deixou assentado o cabimento da ADPF como instrumento para “(...) viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República”. Reconheceu que o Poder Judiciário assume a incumbência de velar pela implementação de política públicas “(...) se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional”. BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADPF n. 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 29.04.2004, DJU 04/05/2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15 out. 2008.

⁷⁸ SARLET, **A Eficácia...**, p. 283.

Já os argumentos⁷⁹ a favor do referido reconhecimento podem ser assim resumidos: 1 – a natureza aberta e a formulação vaga das normas que tratam dos direitos sociais não impedem a sua imediata aplicabilidade e a plena eficácia; 2 – sendo possível reconhecer da norma constitucional definidora de um direito social um significado central e incontroverso, ela poderá ser aplicada independente de intermediação legislativa; 3 – o Poder Judiciário possui o dever constitucional de determinar, quando da sua aplicação, o conteúdo dos preceitos normativos; e, 4 – em função do disposto no art. 5º, §1º da CF, os direitos sociais assumem o caráter de autênticos direitos subjetivos⁸⁰.

Conforme já foi dito, o poder público tem o dever constitucional de desenvolver políticas públicas, cujo objeto seja a realização dos direitos fundamentais. É juridicamente sustentável o reconhecimento do direito subjetivo a prestações sociais, pois essa é condição para a efetivação da dignidade da pessoa humana.

1.8 Os direitos sociais de natureza prestacional e o limite da “reserva do possível”

⁷⁹ É importante registrar o pensamento de Ingo Wolfgang Sarlet sobre a temática: “Levando-se em conta os exemplos referidos, constata-se a possibilidade de se reconhecerem, sob determinadas condições, verdadeiros direitos subjetivos a prestações, mesmo 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. Lembrando-nos de que, se atentarmos contra a dignidade, estaremos, na verdade, atentando contra a própria humanidade do indivíduo. Além disso, é preciso ressaltar que ao Estado não apenas é vedada a possibilidade de tirar a vida (daí, por exemplo, a proibição de pena de morte), mas também que a ele se impõe o dever de proteger ativamente a vida humana, já que esta constitui a própria razão de ser do Estado, além de pressuposto para o exercício de qualquer direito (fundamental, ou não)”. Idem, p. 322-323. Após, finaliza: “Assim, em todas as situações em que o argumento da reserva de competência do Legislativo (assim como o da separação dos poderes e as demais objeções aos direitos sociais na condição de direitos subjetivos a prestações) esbarrar no valor maior da vida e da dignidade da pessoa humana, ou nas hipóteses em que, da análise dos bens constitucionais colidentes (fundamentais, ou não) resultar a prevalência do direito social prestacional, poder-se-á sustentar, na esteira de Alexy e Canotilho, que, na esfera de um padrão mínimo existencial, haverá como reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações, admitindo-se, onde tal mínimo é ultrapassado, tão-somente um direito subjetivo *prima facie*, já que – nesta seara – não há como resolver a problemática em termos de um tudo ou nada”. Idem, p. 324.

⁸⁰ Idem, p. 284.

Os direitos sociais prestacionais encontram-se diretamente vinculados à criação e distribuição de bens materiais. Por isso, a efetivação daqueles direitos exige a disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, o que acaba criando uma fronteira fática à sua devida efetivação. Em função deste aspecto financeiro se passou a sustentar a colocação dos direitos sociais a prestações sob o que se denominou de “reserva do possível”. A efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sujeita à reserva das disponibilidades orçamentárias dos entes estatais, já que a sua efetivação seria dependente de financiamentos públicos estatais.

Foi o Tribunal Constitucional Alemão (TCA) o primeiro a proferir julgamento - caso do BverfGE 33, 303 (*numurus clausus*) - suscitando a construção jurídico-doutrinária da reserva do possível. Naquele caso foram assentados dois mandamentos jurídicos para a concretização dos direitos fundamentais sociais: 1 - a exigência racional de direitos; e, 2) a averiguação dos reais esforços do Estado na satisfação e na proteção dos direitos fundamentais.

Nesta linha, César A. Guimarães Pereira define a reserva do possível como a “*razoabilidade da pretensão somada à disponibilidade de recursos à luz das condicionantes materiais da Constituição*”⁸¹. É inegável que os recursos financeiros para a realização de atividades materiais em benefício dos cidadãos são limitados⁸². Assim, os órgãos estatais são obrigados a realizar escolhas trágicas, isto é, selecionar os eventuais beneficiários, excluindo os outros do âmbito do benefício. Entretanto, a discriminação terá que ser pautada em critérios materiais plenamente razoáveis⁸³.

A reserva do possível é um dos elementos centrais para a ponderação na efetivação dos direitos sociais de natureza prestacional. Ela consiste numa conjugação entre os seguintes elementos: 1 - a razoabilidade da pretensão do particular; 2 – a disponibilidade financeira do Estado; e 3 – a aplicação das pautas constitucionais na fixação de prioridades orçamentárias⁸⁴.

⁸¹ PEREIRA, **Usuários...**, p. 317.

⁸² *Idem*, p. 247.

⁸³ Por exemplo: as pessoas que são detentoras de boa condição financeira não poderão exigir do Estado os medicamentos de alto custo, uma vez que, com o seu próprio esforço, poderão obtê-los.

⁸⁴ Mariana Filchtiner Figueiredo e Ingo Wolfgang Sarlet registram: “A partir do exposto, há como sustentar que a assim designada reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice,

Os cidadãos podem exigir do Estado o cumprimento de seus direitos sociais, porém, a pretensão material terá que se razoável. É preciso que seja provida de justificável adequação e necessidade material. O Estado não poderá ser obrigado à prestação estatal desprovida de total razoabilidade, sob pena de restarem sacrificados outros valores protegidos constitucionalmente, como é o caso da moralidade administrativa e da indisponibilidade do interesse público.

Por outro lado, o Estado terá que demonstrar os seus reais esforços para a realização dos direitos fundamentais. É preciso aferir todas as medidas concretas que foram adotadas para a realização daqueles mandamentos nucleares. Jamais a reserva do possível deve servir como impedimento absoluto à exigibilidade dos direitos sociais de natureza prestacional. É imprescindível que seja feita uma leitura adequada da referida construção jurídica⁸⁵. Assim, não é suficiente a demonstração da indisponibilidade financeira do Estado para o atendimento do direito positivado. É exigível que seja comprovado que não há recursos, porque estes foram alocados

que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade. Todos os aspectos referidos guardam vínculo estreito entre si e com outros princípios constitucionais, exigindo, além disso, um equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado, para que, na perspectiva do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, possam servir não como barreira intransponível, mas inclusive como ferramental para a garantia também dos direitos sociais de cunho prestacional". FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: Algumas aproximações. Revista de Doutrina da 4ª Região, n. 24, julho de 2008. Disponível em: <<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br>>. Acesso em 14 de out. de 2008.

⁸⁵ A respeito do tema, escreveu Maurício Mesurini da Costa: "Quando o TCA construiu a tese da reserva do possível ele estava buscando aferir os limites racionais de exigência de direitos, mas também procurava constatar o grau de cumprimento dos deveres estatais para com os direitos fundamentais. Dessa forma, a reserva do possível, em sua gênese, não foi construída como uma máxima absoluta e irracional voltada à inexigibilidade dos direitos fundamentais. Essa concepção é produto da recepção equivocada da reserva do possível pela jurisprudência brasileira. O TCA considerou a escassez de recursos e o orçamento público, mas não como um dogma absoluto, ou seja, um limite intransponível e imanente para a satisfação dos direitos fundamentais, pelo contrário, o TCA discutiu criticamente a questão orçamentária. Para o TCA, ao contrário do Judiciário pátrio, os direitos fundamentais não vigem sob a sombra de uma —reserva do possível. No Brasil, a reserva do possível não foi utilizada para aferir o grau de esforço do Estado no cumprimento dos deveres constitucionais, tampouco visando constatar as reais possibilidades de aumento de alocação orçamentária para a máxima satisfação dos direitos fundamentais". DA COSTA, Maurício Mesurini. **Controle judicial de políticas públicas: procedimento, justificação e responsabilidade**. Dissertação de Mestrado. Centro de Pós-Graduação em Direito – CPGD. Florianópolis: UFSC, 2008.

para o atendimento de outros direitos mais relevantes que aquele reclamado⁸⁶. É necessário que seja demonstrado que a alocação de recursos foi realizada de forma absolutamente ponderada, escolhendo para realizar, naquele momento, o direito fundamental que mais se harmoniza com a dignidade da pessoa humana. Além disso, é preciso deixar assentado que as pautas constitucionais foram fielmente traduzidas nas leis orçamentárias⁸⁷. O exame das leis orçamentárias, neste caso, é imprescindível.

É necessário também reforçar o controle sobre o orçamento público, visando possibilitar o remanejamento das dotações orçamentárias, para redirecioná-las ao cumprimento das imposições e prioridades constitucionais relativas aos direitos fundamentais. Sobre a temática ressalta Eros Roberto Grau que a reserva do possível *“não pode ser reduzida a limite posto pelo orçamento, até porque, se fosse assim, um direito social sob ‘reserva de cofres cheios’ equivaleria, na prática –*

⁸⁶ O Superior Tribunal de Justiça já decidiu: “DISPONIBILIZAÇÃO. VAGA. CRECHE. Trata-se de ação civil pública ajuizada contra o município com o objetivo de assegurar às crianças de até três anos e onze meses o direito de freqüentar creche mantida pela municipalidade. Inicialmente, o Min. Relator salientou não ter havido discordância quanto ao dever do município de assegurar o acesso das crianças em creches, tampouco se questiona a legitimidade do MP ou a inadequação da via eleita. O Min. Relator ateve-se à questão do ônus da prova da insuficiência orçamentária. Nos termos do art. 333 do CPC, cabe ao autor demonstrar a veracidade dos fatos constitutivos de seu direito (inciso I) e ao réu, invocar circunstância capaz de alterar ou eliminar as conseqüências jurídicas do fato aduzido pelo demandante (inciso II). Contudo, se porventura o réu apresenta defesa indireta na qual se sustenta fato impeditivo do direito da parte autora, a regra inverte-se; pois, ao aduzir fato impeditivo, o réu implicitamente admite como verídica a afirmação básica da petição inicial, que, posteriormente, veio a sofrer as conseqüências do evento superveniente levantado em contestação. Por conseguinte, as alegações trazidas pelo autor tornam-se incontroversas, dispensando, por isso, a respectiva prova (art. 334, II, do CPC). O direito de ingresso e permanência de crianças com até seis anos em creches e pré-escolas encontra respaldo no art. 208 da CF/1988. Por seu turno, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, em seu art. 11, V, bem como o ECA, em seu art. 54, IV, atribui ao ente público o dever de assegurar o atendimento de crianças de zero a seis anos de idade em creches e pré-escolas. Em se tratando de causa impeditiva do direito do autor, concernente à oferta de vagas para crianças com até três anos e onze meses em creches mantidas pela municipalidade, incumbe ao recorrente provar a suposta insuficiência orçamentária para tal finalidade, nos termos do art. 333, II, do CPC. Precedentes citados do STF: AgRg no RE 384.201-SP, DJe 3/8/2007; do STJ: REsp 575.280-SP, DJ 25/10/2004, e REsp 510.598-SP, DJ 13/2/2008”. BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp. n. 474.361/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 04.06.2009, Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 de jun. 2009.

⁸⁷ Nas palavras de Ana Paula de Barcellos: “A Constituição, como já demonstrado, estabelece metas prioritárias, objetivos fundamentais, dentre os quais sobreleva a promoção e a preservação da dignidade da pessoa humana e aos quais estão obrigadas as autoridades públicas. A despesa pública é o meio hábil para atingir essas metas. Logo, por bastante natural, as prioridades em matéria de gastos públicos são aquelas fixadas pela Constituição, de modo que também a ponta da despesa, que encerra o ciclo da atividade financeira, esteja submetida à norma constitucional. (...) Imaginar que a influência da Constituição no que diz respeito aos gastos públicos se limitaria à formalidade de sua previsão orçamentária seria ignorar por completo a natureza normativa da Carta e dos fins materiais por ela estabelecidos”. BARCELLOS, **A eficácia jurídica...**, p. 241-242.

como diz José Joaquim Gomes Canotilho – a nenhuma vinculação jurídica⁸⁸. A Constituição é quem fixa as metas e os programas a serem executados⁸⁹, visando à realização dos direitos fundamentais. Logo, todos os poderes constituídos devem total fidelidade àqueles mandamentos condicionantes de toda a ação estatal. A liberdade de conformação do legislador, a discricionariedade do administrador e a atividade judicial dos órgãos jurisdicionais encontram-se vinculados à concretização daqueles preceitos constitucionais.

É fundamental que seja investido o controle jurisdicional das decisões políticas quanto à alocação de recursos, as quais devem seguir fielmente as pautas constitucionais, sob pena de invalidação judicial das escolhas feitas pelo legislador. É necessário transparência nas decisões, bem como a viabilização do controle social sobre a destinação e aplicação dos recursos públicos, justamente para que sejam aprimorados os mecanismos de gestão democrática do orçamento público. Neste sentido, é fundamental ampliar os mecanismos de acesso à justiça⁹⁰, para que os cidadãos possam pleitear os seus direitos sociais perante o Poder Judiciário.

A escassez de recursos financeiros não pode servir para inviabilizar a política pública de satisfação dos direitos fundamentais⁹¹. Há soluções para o problema da reserva do possível. Tudo é uma questão de seguir as prioridades

⁸⁸ GRAU, Eros Roberto. Realismo e Utopia Constitucional. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno (coord.). **Direito Constitucional Contemporâneo. Estudos em Homenagem ao Professor Paulo Bonavides**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 125.

⁸⁹ Destaca José Sérgio da Silva Cristóvam: “a Constituição vincula a elaboração e execução das leis orçamentárias, exigindo a previsão de programas e planos de ação governamental destinados à implementação dos direitos fundamentais sociais. Não se pode mais encarar o orçamento como simples peça contábil de previsão de receita e fixação de despesa, mas sim como verdadeira expressão do planejamento estatal voltado ao desenvolvimento social e econômico”.

⁹⁰ Neste sentido, examinar: DA COSTA, Maurício Mesurini. **Controle judicial de políticas públicas: procedimento, justificação e responsabilidade**. Dissertação de Mestrado. Centro de Pós-Graduação em Direito – CPGD. Florianópolis: UFSC, 2001.

⁹¹ Neste sentido, registra José Sérgio da Silva Cristóvam: “A escassez orçamentária não é argumento sólido o bastante para afastar o imperativo de implementação dos direitos fundamentais sociais. Ainda que os recursos públicos sejam limitados, não é vedado ao Judiciário determinar ao Estado a alocação de verbas orçamentárias específicas para o cumprimento de direitos sociais. Quando provocado, o Judiciário pode e deve garantir o cumprimento dos direitos fundamentais sociais, sem que isso possa configurar afronta ao princípio da separação de poderes ou trazer desequilíbrio ao orçamento do Estado. Levando em conta as circunstâncias do caso concreto, cabe ao juiz assinalar ao Poder Público um prazo razoável para o cumprimento da obrigação constitucional, sem que restem afetados os programas governamentais traçados nas leis orçamentárias”. CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Breves considerações sobre o conceito de políticas públicas e seu controle jurisdicional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 797, 8 set. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7254>>. Acesso em: 04 jan. 2009.

constitucionais⁹², procurando, com eficiência e boa gestão, maximizar o proveito dos recursos públicos disponíveis.

A mera alegação da falta de recursos orçamentários para a efetivação dos direitos sociais não pode servir de óbice intransponível. É fundamental que o ente público demonstre, no processo judicial, a total indisponibilidade financeira para o cumprimento do direito material pleiteado. O Juiz não pode conformar-se apenas com uma mera alegação destituída de provas materiais que lhe confirmam amparo⁹³.

Para eximir-se do cumprimento da obrigação social, será imprescindível que seja comprovada a total falta de recursos financeiros. É preciso demonstrar objetivamente, no caso concreto, que a insatisfação do direito social pleiteado decorre dos investimentos feitos no atendimento de outros mais relevantes. Portanto, jamais a reserva do possível poderá transformar-se em cláusula absoluta para o descumprimento dos direitos fundamentais sociais. As finanças públicas são instrumentais, para que sejam atingidos os objetivos e as prioridades fixadas na Constituição.

1.9 A reserva do possível não constitui elemento integrante dos direitos fundamentais sociais

A reserva do possível não constitui elemento integrante dos direitos fundamentais. Não integra o seu núcleo essencial. Nem é inseparável deles. Jamais

⁹² Registra Ana Paula de Barcellos: “Embora a idéia da escassez de recursos possa parecer verdadeiramente assustadora, é preciso recolocá-la em seus devidos termos. Isso porque, em primeiro lugar – afora países em que os níveis de pobreza da população sejam extremos – faltando mesmo capacidade contributiva, os Estados têm, em geral, uma capacidade de crédito bastante elástica, tendo em vista a possibilidade de aumento de receita. Em um curto espaço de tempo, pouco mais de um ano no caso brasileiro, a autoridade pública tem condições técnicas de incrementar suas receitas, com a majoração de tributos, por exemplo”. BARCELLOS, **A eficácia jurídica...**, p. 239-240.

⁹³ No julgamento da ADPF nº 45, o Min. Celso de Mello deixou assentado: “Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade”. BRASIL. Supremo

poderá ser pensada como um limite imanente da dimensão positiva dos direitos sociais. Ela constitui uma espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais⁹⁴. Nestes termos, sustenta César A. Guimarães Pereira que “(...) o direito não é afetado pela ausência de disponibilidade orçamentária, que não se dá no mundo do dever-ser, mas do ser. A ausência de disponibilidade de recursos afeta o cumprimento do dever estatal, não a sua existência”⁹⁵. A definição normativa do direito fundamental social não fica condicionada pela reserva do possível. Nem o reconhecimento do direito subjetivo fica afetado pela referida categoria fática. É apenas o cumprimento da pretensão material que fica atingida pela falta de disponibilidade financeira.

A falta de recursos financeiros para a satisfação de programas sociais prioritários é, muitas vezes, decorrência da escolha política dos legisladores. Neste sentido, é comum os entes federativos destinarem expressivos recursos orçamentários para a publicidade institucional – área totalmente desprezível - deixando setores sociais sensíveis desamparados, como é o caso da política de saneamento básico e de saúde pública.

É inegável que os recursos financeiros são limitados. Não há recursos para o atendimento de todas as necessidades sociais. Entretanto, a Constituição fixa metas prioritárias⁹⁶, que devem ser executadas pelos poderes constituídos, sob pena de responsabilização do Estado.

As diretrizes constitucionais fixadas nas metas sociais não podem ser ignoradas pelos poderes constituídos. Não é suficiente que o ente estatal demonstre que o orçamento encontra-se comprometido com outros programas. Conforme sustenta César A. Guimarães Pereira, devem ser demonstradas as destinações dadas: “são constitucionalmente mais valiosas que o cumprimento da disposição

Tribunal Federal. ADPF n. 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 29.04.2004, DJU 04/05/2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15 out. 2008.

⁹⁴ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: Algumas aproximações. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, n. 24, julho de 2008. Disponível em: <<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br>>. Acesso em 14 de out. de 2008.

⁹⁵ PEREIRA, **Usuários...**, p. 319.

⁹⁶ Nestes termos, escreve Ana Paula de Barcellos: “(...) se os meios financeiros não são ilimitados, os recursos disponíveis deverão ser aplicados prioritariamente no atendimento dos fins considerados essenciais pela Constituição, até que eles sejam realizados”. BARCELLOS, **A eficácia jurídica...**, p. 241.

*invocada. Deve mostrar que as ditas destinações prevalecem, segundo os valores da Constituição, frente à realização material dos direitos pleiteados*⁹⁷.

Portanto, a reserva do possível não afeta o direito fundamental social. Ela constitui apenas impedimento provisório, dispensado o ente estatal, caso comprovada, da sua imediata concretização. A sua real configuração encontra-se sujeita ao pleno controle jurisdicional⁹⁸.

1.10 O mínimo existencial constitui direito-garantia fundamental autônomo

Para Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo, o jurista alemão Otto Bachof foi o primeiro a sustentar a *“possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna”*⁹⁹. Amparado no art. 1º, inc. I da Lei Fundamental da Alemanha, o referido publicista considerou que o princípio da dignidade humana reclama, além da garantia da liberdade, um mínimo de segurança social, uma vez que a falta de recursos materiais para uma vida digna implica o sacrifício daquele preceito fundamental.

Posteriormente, tanto o Tribunal Federal Administrativo (Bundesverwaltungsgericht) quanto o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, em casos concretos, concederam aos jurisdicionados o direito subjetivo ao recebimento do auxílio material por parte do Estado, tudo fundamentado no postulado da dignidade da pessoa humana. Reconheceu-se, assim, um direito fundamental à garantia das condições mínimas para uma existência digna, que deve ser preservada pelo Estado mediante a adoção de políticas públicas permanentes.

Registram Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo que os arestos da Corte Alemã resultaram no *“reconhecimento definitivo do status*

⁹⁷ PEREIRA, **Usuários...**, p. 326-327.

⁹⁸ Para José Sérgio da Silva Cristóvam, “A garantia dos direitos fundamentais de liberdade e, principalmente, a implementação dos direitos fundamentais sociais, exige um ativismo judicial responsável e comprometido, que, embora reconhecendo os ineludíveis limites da reserva do possível, torne viável e efetiva a paulatina realização dos compromissos sociais constitucionalmente assegurados”. CRISTÓVAM, **Colisões...**, p. 213-214.

⁹⁹ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: Algumas aproximações. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, n. 24, julho de 2008. Disponível em: <<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br>>. Acesso em 14 de out. de 2008.

*constitucional da garantia estatal do mínimo existencial*¹⁰⁰. Segundo os referidos autores, a doutrina alemã concebe que a garantia das condições mínimas para uma existência digna integra o conteúdo essencial do princípio do Estado Social de Direito, sendo uma de suas principais tarefas e obrigações¹⁰¹.

No Brasil, embora inexista uma expressa previsão constitucional assegurando a garantia do mínimo existencial, esta decorre da proteção da vida e da dignidade humana. Na Constituição Federal, a garantia de uma existência digna consta do elenco de princípios e objetivos da ordem constitucional econômica (art. 170, *caput*). Por outro lado, os direitos sociais específicos (como a assistência social, a saúde, a moradia, a previdência social, o salário mínimo dos trabalhadores, entre outros) abarcam algumas das dimensões daquele direito-garantia fundamental autônomo.

Toda a política fiscal de arrecadação de tributos tem um fim específico, que consiste na realização pelo ente estatal dos objetivos fundamentais da Constituição. E o primeiro deles é assegurar o mínimo existencial para todos aqueles que, em função das suas limitações físicas ou mentais, não conseguem obtê-lo com o seu próprio esforço¹⁰². Por isso, as metas constitucionais relativas ao mínimo existencial merecem a total e irrestrita promoção por parte do Estado, devendo ser feita a devida compatibilização delas com as limitações orçamentárias existentes. Nestes termos, o mínimo existencial (saúde básica, ensino fundamental, assistência aos idosos, portadores de necessidades especiais e acesso à justiça) constitui o fim prioritário dos gastos públicos.

Assegurar a concretização do direito fundamental ao mínimo existencial é condição para viabilizar aos beneficiários o exercício de outros direitos também fundamentais, como é o caso do exercício dos direitos políticos. Caso o Estado se

¹⁰⁰ Idem, p. 10.

¹⁰¹ Idem, p. 11.

¹⁰² Sustenta Andréas Krell que é “obrigação de um Estado Social controlar os riscos resultantes do problema da pobreza que não podem ser atribuídos aos próprios indivíduos, e restituir um status mínimo de satisfação das necessidades pessoais. Assim, numa sociedade onde existe a possibilidade fática da cura de uma doença, o seu impedimento significa uma violência contra a pessoa doente que é diretamente prejudicada na sua vida e integridade”. 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: Livraria do Advogado, 2000, p. 42.

omita na promoção do mínimo existencial fisiológico e sócio-cultural¹⁰³, restarão também sacrificados os valores republicanos e democráticos, pois os excluídos serão pessoas sem o mínimo de dignidade para participar do processo democrático decisório¹⁰⁴.

Os direitos sociais não visam apenas conferir aos cidadãos o mínimo. É preciso assegurar um mínimo existencial fisiológico e sociocultural. Não se pode limitá-lo a uma mera sobrevivência física. É preciso pensar aquela garantia também no sentido da viabilização de prestações em termos de direitos culturais. A Constituição reclama um horizonte de eficácia sempre crescente, para que se busque a máxima realização daqueles direitos fundamentais. O mínimo existencial é apenas para que o cidadão não perca a sua condição de humanidade¹⁰⁵. Por isso, o máximo deve ser a meta a ser buscada pelo ente estatal.

¹⁰³ Asseveram Mariana Filchiner Figueiredo e Ingo Wolfgang Sarlet: “De qualquer modo, tem-se como certo que a garantia efetiva de uma existência digna abrange mais do que a garantia da mera sobrevivência física, situando-se, portanto, além do limite da pobreza absoluta. Sustenta-se, nesta perspectiva, que se uma vida sem alternativas não corresponde às exigências da dignidade humana, a vida humana não pode ser reduzida à mera existência. Registre-se, neste contexto, a lição de Heinrich Scholler, para quem a dignidade da pessoa humana apenas estará assegurada “quando for possível uma existência que permita a plena fruição dos direitos fundamentais, de modo especial, quando seja possível o pleno desenvolvimento da personalidade”. FIGUEIREDO, Mariana Filchiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: Algumas aproximações. Revista de Doutrina da 4ª Região, n. 24, julho de 2008. Disponível em: <<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br>>. Acesso em 14 de out. de 2008.

¹⁰⁴ Ressalta Thiago Lima Breus que “(...) os direitos que contemplam o mínimo existencial se apresentam, na difundida classificação dos direitos materialmente fundamentais elaborada por Jurgen Habermas, como direitos que atuam como pressupostos para o exercício de outros direitos fundamentais. Em última análise, eles representam condições para o próprio exercício dos demais direitos, também materialmente fundamentais. Por decorrência, estes direitos funcionam, segundo Habermas, como limites à deliberação coletiva. Entretanto, eles não têm o seu fundamento último em fórmulas metafísicas, ou pré-políticas, ao contrário, se apresentam como fundamento para exercício da própria política democrática”. 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 – Direitos Fundamentais, Formas Organizacionais e Cidadania. Curitiba: Juruá, 2007, p. 255. A seguir prossegue: “Nas sociedades, no entanto, em que não se dispõe das condições necessárias para a plena realização de um processo deliberativo adequado, torna-se possível garantir que o interesse público que o Estado deve perseguir se volta, antes, à implementação das condições que possam tornar os cidadãos aptos a participarem e influírem no processo de deliberação acerca das ações normativas e materiais, administrativas, do Estado”. 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 – Direitos Fundamentais, Formas Organizacionais e Cidadania. Curitiba: Juruá, 2007, p. 256.

¹⁰⁵ Registra César A. Guimarães Pereira “(...) a teoria dos direitos fundamentais aponta a existência de direitos a prestações positivas estatais mínimas, destinadas a assegurar a realização material dos direitos sociais fundamentais, especialmente os mais diretamente ligados à dignidade da pessoa humana. Além disso, tanto os direitos fundamentais quanto outros valores constitucionais impõem a implementação de políticas que promovam a sua realização mesmo para além de tais prestações mínimas imediatamente exigíveis”. PEREIRA, Usuários..., p. 267-268.

Por outro lado, registram Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo:

(...) a impossibilidade de se estabelecer, de forma apriorística e acima de tudo de modo taxativo, um elenco dos elementos nucleares do mínimo existencial, no sentido de um rol fechado de posições subjetivas negativas e positivas correspondentes ao mínimo existencial. Além disso, encontra-se vedada até mesmo a fixação pelo legislador de valores fixos e padronizados para determinadas prestações destinadas a satisfazer o mínimo existencial, notadamente quando não prevista uma possibilidade de adequação às exigências concretas da pessoa beneficiada e se cuidar de um benefício único substitutivo da renda mensal. O que compõe o mínimo existencial reclama, portanto, uma análise (ou pelo menos a possibilidade de uma averiguação) à luz das necessidades de cada pessoa e de seu núcleo familiar, quando for o caso. Tudo isso, evidentemente, não afasta a possibilidade de se inventariar todo um conjunto de conquistas já sedimentadas e que, em princípio e sem excluírem outras possibilidades, servem como uma espécie de roteiro a guiar o intérprete e de modo geral os órgãos vinculados à concretização dessa garantia do mínimo existencial¹⁰⁶.

É imprescindível, portanto, que sejam empreendidos todos os esforços pelos entes estatais para assegurar às pessoas humanas as condições materiais mínimas. Sem isso, o exercício da liberdade fica comprometido.

1.11 A aplicação do princípio da proporcionalidade na concretização dos direitos fundamentais

O princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso¹⁰⁷ é tido como um princípio de controle da atividade administrativa ou legislativa. Inicialmente, ele teve origem no Direito Administrativo, especialmente na disciplina do Poder de Polícia. Já em 1952, Caio Tácito¹⁰⁸ escrevia que a utilização do Poder de Polícia não poderia ser excessiva ou desnecessária de modo a revelar abusos de poder¹⁰⁹.

Em época posterior, ascendeu constitucionalmente, para configurar como princípio jurídico fundamental no controle da atividade legislativa, administrativa e

¹⁰⁶ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: Algumas aproximações. Revista de Doutrina da 4ª Região, n. 24, julho de 2008. Disponível em: <<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br>>. Acesso em 14 de out. de 2008.

¹⁰⁷ Para estudos complementares, pode-se consultar: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre Princípios Constitucionais – Razoabilidade, Proporcionalidade e Argumentação Jurídica**. Curitiba: Juruá, 2006.

¹⁰⁸ TÁCITO, Caio. A Razoabilidade das Leis. **Revista Trimestral de Direito Público** n. 13, p. 228. São Paulo: Malheiros.

¹⁰⁹ TÁCITO, Caio. Poder de Polícia e seus limites. **Revista de Direito Administrativo** nº 27/10. Rio de Janeiro: Forense.

jurisdicional. Ele passou a vincular tanto o legislador como o administrador público. Pode-se dizer que foi banida aquela concepção de que, enquanto estava atuando nos limites de suas competências constitucionais, o legislador tinha poderes legislativos ilimitados¹¹⁰. A utilização dos atos administrativos discricionários para macular direitos fundamentais também foi extirpada do ordenamento jurídico.

A competência legislativa, administrativa e judicial passou a ser vinculada ao princípio da proibição do excesso ou da proporcionalidade¹¹¹. Por exemplo, não interessa tão somente se a lei abstrata e genérica é produzida dentro das exigências formais inseridas na Constituição. Há que atentar se a obra do legislador atende satisfatoriamente os fins plasmados naquele documento jurídico-normativo, hierarquicamente superior. Se a Constituição estabelece que devem ser empreendidas políticas públicas para a proteção da infância e da juventude, o legislador infraconstitucional, ao concretizar essa finalidade constitucional, terá que adotar providências legislativas adequadas e necessárias para alcançar aquele fim. Para melhor compreensão do princípio da proporcionalidade, é necessário tratar dos seus três subprincípios constitutivos:

a) o princípio da conformidade ou adequação dos meios impõe que a situação ocasionada pelo poder público, por meio da lei, seja apropriada para a

¹¹⁰ SCHOLLER, Heinrich. O Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional e Administrativo da Alemanha. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet. **Revista Interesse Público**, n. 2, abr./jun. 1999, p. 93-107. Porto Alegre: Notadez, 1999.

¹¹¹ Heinrich Scholler tece considerações a respeito da vinculação do legislador "(...) Apenas com o artigo 1º, inc. III da Lei Fundamental de 1949, é que tanto a administração quanto o legislador e os órgãos judicantes passaram a ser objeto de vinculação à Constituição e, de modo especial, aos direitos fundamentais nela consagrados. O dispositivo citado representou, pois, uma radical mudança no âmbito do pensamento jurídico-constitucional e na própria concepção dos direitos fundamentais, já que o próprio legislador passou a ter sua atuação aferida a partir do parâmetro representado pelos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados. (...) Importa consignar, nesta quadra da exposição, que da reserva legal dos direitos fundamentais resultam os limites da atuação do legislador, isto é, em que medida poderá o legislador buscar a concretização de determinados fins que justifiquem uma restrição no âmbito de proteção dos direitos fundamentais e, de outra parte, em que medida poderá utilizar a lei como meio de alcançar os fins almejados. É por esta razão que se costuma falar de uma relação entre os meios e os fins como integrando o princípio da proporcionalidade. (...) O Tribunal Federal Constitucional, a partir da idéia de uma relação entre os fins e os meios, sempre acentuou que a natureza da vinculação do legislador justamente se caracteriza pelo fato de que ele se encontra sujeito ao controle do Tribunal no que diz respeito com a observância do princípio da proporcionalidade". A seguir conclui: "No momento em que se reconheceu o princípio da reserva legal como sendo o da reserva da lei proporcional, passou a ser admitida a possibilidade de impugnação e eliminação não apenas das medidas administrativas desproporcionais, mas também das leis que, ofensivas à relação entre os meios e os fins, estabelecem restrições aos direitos fundamentais". SCHOLLER, O Princípio da Proporcionalidade....., p. 103.

prossecução do fim almejado pela Constituição. Os agentes públicos devem pautar as suas ações em hipóteses plausíveis de que a medida adotada é apta para alcançar os fins justificativos da sua adoção¹¹². Por isso, deverão investigar se a providência adotada é apta para atingir o fim a que se destina¹¹³;

b) o princípio da exigibilidade ou da necessidade¹¹⁴ é fundado na possibilidade de impor, com a medida adotada, a menor ingerência possível aos seus destinatários. Terá que ser examinado se, dentre as medidas adequadas para atingir a finalidade constitucional, a escolhida é a que menos ônus provoca para o cidadão. Deve ser sempre escolhido o meio igualmente eficaz e menos desvantajoso para os cidadãos; e¹¹⁵

c) o princípio da proporcionalidade, em sentido estrito¹¹⁶ ou justa medida, pressupõe pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim. É perquirir se o resultado alcançado com a intervenção é proporcional à carga coativa da mesma. O exame da presença da justa medida deve ser investigado somente depois de apurada a adequação e necessidade. Mesmo assim, embora a restrição a

¹¹² CANOTILHO, **Direito...**, p. 269-270.

¹¹³ Sobre a adequação, escreve Heinrich Scholler "(...) Adequação significa que o estado gerado pelo poder público por meio do ato administrativo ou da lei e o estado no qual o fim almejado pode ser tido como realizado situam-se num contexto mediado pela realidade à luz de hipóteses comprovadas". SCHOLLER, *O Princípio da Proporcionalidade...*, p. 105.

¹¹⁴ Sobre a necessidade, escreve Heinrich Scholler: "(...) A necessidade, por sua vez, significa que não existe outro estado que seja menos oneroso para o particular e que possa ser alcançado pelo poder público com o mesmo esforço ou, pelo menos, sem um esforço significativamente maior". SCHOLLER, *O Princípio da Proporcionalidade...*, p. 106.

¹¹⁵ Canotilho sustenta que "(...) Dada a natural relatividade do princípio, a doutrina tenta acrescentar outros elementos conducentes a uma maior operacionalidade prática: a) a exigibilidade material, pois o meio deve ser o mais 'poupado' possível quanto à limitação dos direitos fundamentais; b) a exigibilidade espacial aponta para a necessidade de limitar o âmbito da intervenção; c) a exigibilidade temporal pressupõe a rigorosa delimitação no tempo da medida coactiva do poder público; d) a exigibilidade pessoal significa que a medida deve limitar à pessoa ou pessoas cujos interesses devem ser sacrificados". CANOTILHO, *Direito...*, p. 270.

¹¹⁶ Heinrich Scholler traz um exemplo sobre a aferição da presença do princípio da proporcionalidade em sentido estrito em um caso concreto julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão: "(...) No caso concreto, cuidava-se de alguém processado criminalmente por delito de menor potencial ofensivo (crime de bagatela). A prova deveria ter sido obtida mediante a extração de líquido da coluna do acusado. Contra esta determinação, foi impetrada uma reclamação constitucional (...), alegando ofensa ao direito à integridade física e corporal (art. 2º, inc. II, da Lei Fundamental). O Tribunal Federal Constitucional, ao apreciar o caso, considerou que a medida restritiva (invasiva da integridade física e corporal) não se afigurava como proporcional, relativamente à gravidade da infração penal atribuída ao particular, o que parece uma conclusão ligada à proporcionalidade em sentido estrito. Com efeito, seria manifestamente desarrazoado alcançar a condenação de alguém por um delito de insignificante ofensividade, expondo-o a um risco tão expressivo para sua saúde e integridade física". SCHOLLER, *O Princípio da Proporcionalidade...*, p. 105.

um direito fundamental revele-se adequada e necessária, ela poderá ser desproporcional em sentido estrito¹¹⁷.

Para Heinrich Scholler, se os meios são necessários é porque são também meios adequados para atingir os fins. Isto é, não existem meios necessários que não sejam adequados. Entretanto, os meios podem ser adequados, porém, não necessários. Uma providência pode revelar-se apta para atingir determinada finalidade constitucional, porém, pode existir outra menos onerosa – necessária - para alcançar o fim a que se destinam¹¹⁸.

Neste contexto, o princípio da proporcionalidade deverá presidir a atuação dos órgãos estatais como uma forma da proibição de insuficiência no campo da proteção e efetivação dos direitos fundamentais. A sua função primordial é atuar sempre como parâmetro para o controle dos atos do poder público, visando à concretização daqueles mandamentos. Assim, a omissão plena ou parcial dos órgãos estatais que ocasionar a insuficiência ou inoperância quanto à concretização dos direitos fundamentais deverão ser objeto de controle à luz do princípio constitucional da proporcionalidade.

1.12 O princípio da proibição do retrocesso

É inegável que o Estado Social de Direito jamais poderá ficar imune às transformações econômicas e sociais ocorridas no mundo real. Assim, de um lado, temos a necessidade de serem concretizados os direitos sociais assegurados constitucionalmente. De outro, é verificada uma realidade sócio-econômica desfavorável, a chamada crise fiscal do Estado Social. Porém, ainda que o Estado Social encontre-se submetido a uma grave crise pela falta de receitas, os agentes públicos devem empreender todos os esforços para impedir o retrocesso social. É o caso da observância ao princípio da proibição do retrocesso, o qual decorre de forma implícita dos seguintes princípios retirados do ordenamento jurídico-constitucional:

¹¹⁷ CANOTILHO, *Direito...*, p. 270.

¹¹⁸ SCHOLLER, *O Princípio da Proporcionalidade...*, p. 107.

a) o princípio do Estado Democrático e Social de Direito, o qual exige um patamar mínimo de segurança jurídica e de proteção da confiança, visando a uma total segurança contra medidas retroativas;

b) o princípio da dignidade da pessoa humana, na sua perspectiva negativa, reprime medidas tendentes a afetar as políticas públicas que asseguram a existência condigna para todos;

c) o princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais (art. 5º, §1º da CF/88) exige uma proteção também contra medidas de caráter retrocessivo;

d) as medidas específicas, previstas na Constituição, que asseguram a proteção contra medidas de caráter retroativo (proteção dos direitos adquiridos, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito);

e) o princípio da proteção da confiança, na condição de elemento nuclear do Estado de Direito, impõe ao Poder Público o respeito pela confiança depositada pelos indivíduos em relação a certa estabilidade e continuidade da ordem jurídica como um todo e das relações jurídicas especificamente consideradas;

f) os órgãos estatais encontram-se vinculados, em certa medida, em relação a atos anteriores.

Neste sentido, registra Ingo Wolfgang Sarlet que

além de estarem incumbidos de um dever permanente de desenvolvimento, concretização e proteção eficiente dos direitos fundamentais (inclusive e, no âmbito da temática versada, de modo particular os direitos sociais), os órgãos estatais não podem – em qualquer hipótese – suprimir pura e simplesmente direitos sociais ou, o que praticamente significa o mesmo, restringir os direitos sociais de modo a invadir o seu núcleo essencial ou atentar, de outro modo, contra as exigências da proporcionalidade e de outros princípios fundamentais da Constituição¹¹⁹.

Assim, o núcleo essencial dos direitos sociais já concretizados pelo ente estatal não pode ser aniquilado, sob pena de afronta ao princípio constitucional da proibição do retrocesso. Portanto, *“a liberdade de conformação do legislador e a*

¹¹⁹ SARLET, **A Eficácia...**, p. 320-321.

*inerente auto-reversibilidade encontram limitação no núcleo essencial já realizado*¹²⁰, restando vedado, assim, qualquer medida supressiva.

Segundo registra Ingo Wolfgang Sarlet, uma medida de cunho retrocessivo, para não violar o princípio da proibição do retrocesso, deve, além de contar com uma justificativa de porte constitucional, *“salvaguardar – em qualquer hipótese – o núcleo essencial dos direitos sociais, notadamente naquilo em que corresponde às prestações materiais indispensáveis para uma vida com dignidade para todas as pessoas...”*¹²¹. Portanto, o princípio da proibição do retrocesso deve atuar como fator assecuratório da continuidade do ordenamento jurídico. É preciso estar ciente que o referido princípio não constitui a via adequada para concretização ativa dos direitos fundamentais sociais. Ele é mais um dos elementos centrais para a tutela dos direitos fundamentais.

A tarefa reclama um conjunto de mecanismos, institutos e atitudes da sociedade civil e do poder público para assegurar o cumprimento dos fundamentos constitucionais. Assim, *“o princípio da proibição de retrocesso assume a condição de um dos múltiplos – individualmente insuficientes – mecanismos para a afirmação efetiva de um Direito Constitucional inclusivo, solidário e altruísta”*¹²².

Feitas essas considerações acerca dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico nacional, serão examinados, a seguir, os serviços públicos enquanto instrumentos para a concretização dos direitos fundamentais.

¹²⁰ Idem, p. 323.

¹²¹ Idem, p. 329.

¹²² Idem, p. 335.

2. OS SERVIÇOS PÚBLICOS ENQUANTO INSTRUMENTOS PARA A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA HUMANA

2.1 O novo papel do Estado na prestação de serviços públicos

Durante longo período do século passado, a atuação do Estado brasileiro, no âmbito econômico, foi marcada pela intervenção, proteção, produção e prestação de bens e serviços públicos. O Estado figurava como um dos principais agentes econômicos.

Quanto aos serviços públicos, o desempenho da atividade estatal era caracterizado pelo forte monopólio estatal. Na maioria dos serviços públicos não havia qualquer concorrência entre os prestadores. Prevalcia o regime de prestação exclusiva dos mencionados serviços. Para Floriano de Azevedo Marques Neto¹²³, a própria noção de serviço público estava intimamente ligada à idéia da sua exploração exclusiva. O autor aponta que, na base dessa noção, estavam fatores ideológicos, jurídicos e econômicos.

A quantidade de interesses públicos envolvidos na prestação daqueles serviços impedia a sua sujeição à exploração em regime de mercado, pois isto poderia abalá-los (fator ideológico)¹²⁴.

O regime de direito público, incidente sobre a prestação dos referidos serviços, seria fragilizado na hipótese de ser configurada a competição entre atores não sujeitos àquele regime jurídico especial (fator jurídico)¹²⁵.

O monopólio de redes, a limitação de preços feita pelo Estado, a obrigação de realizar ofertas em áreas deficitárias, a necessidade de economia de escala, eram causas suficientes para inviabilizar a existência da competição nas atividades consideradas serviço público (fator econômico)¹²⁶.

¹²³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Nova Regulação dos Serviços Públicos. **Revista de Direito Administrativo** n. 228, p. 13-29, abr./jun. 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 21.

¹²⁴ Idem, p. 21.

¹²⁵ Idem, p. 21.

¹²⁶ Idem, p. 21.

No início da década de 90 do século XX, ocorreu, no Brasil, uma enorme pressão pela abertura dos mercados, bem como pelo crescimento do direito concorrencial na prestação dos serviços públicos. Neste período, os partidários da reforma do Estado brasileiro pregavam que a competição entre os sujeitos, na prestação daqueles serviços, era o pressuposto imprescindível para beneficiar os usuários com préstimos adequados, regulares e eficientes.

As reformas constitucionais visaram adequar a legislação brasileira aos interesses econômicos dos investidores internacionais. Ressalta Alexandre Santos de Aragão que o processo de globalização dos serviços públicos apresentou as seguintes características

a maioria das empresas que assumiram a sua prestação são empresas integrantes de redes econômicas transnacionais; a adesão a tratados internacionais de liberalização de mercados e de homogeneização das regras reitoras de determinados setores; e a edição pelo Legislador nacional de leis que são verdadeiras adaptações de modelos legislativos já adotados em outros países¹²⁷.

O Estado brasileiro sofreu uma imensa reforma jurídica, mediante aprovação de emendas constitucionais e leis ordinárias, tudo para adaptar-se aos novos comandos econômicos e políticos prevaletentes na prestação dos serviços públicos. Registra Floriano de Azevedo Marques Neto que:

Os avanços tecnológicos que tornam possível o compartilhamento de redes e viabilizam o convívio econômico de mais de um prestador se utilizando de uma mesma plataforma, reduziram fortemente as barreiras econômicas que sustentavam a necessidade de exploração monopolista destas atividades e esvaziaram o peso da escala na exploração de utilidades públicas. Faltava superar as barreiras jurídicas¹²⁸.

A crise fiscal e financeira¹²⁹ do Estado brasileiro impulsionou as reformas constitucionais e o surgimento de um marco regulatório para disciplinar as relações com os novos parceiros privados. No âmbito econômico, reduziram-se as dimensões do Estado brasileiro¹³⁰. As empresas estatais foram transferidas para o setor privado,

¹²⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 53.

¹²⁸ MARQUES NETO, A Nova Regulação dos Serviços Públicos.....p. 21.

¹²⁹ Registra Alexandre Santos de Aragão: “É difícil manter determinadas atividades titularizadas e prestadas diretamente pelo Estado nacional se, por um lado, ele não tem mais recursos para nelas investir, e, por outro, a mundialização impõe, como requisito da obtenção de recursos externos, o fim das regras de proteção de mercados, para que todos os agentes econômicos globalizados possam ter acesso a eles”. ARAGÃO, *Direito dos Serviços Públicos*..., p. 46-47.

¹³⁰ Importante é o registro feito por Floriano de Azevedo Marques Neto: “As causas para essa mudança de perspectiva não são meramente ideológicas. De um lado estão os fatores de natureza

inclusive as prestadoras de serviços públicos¹³¹, passando a vigorar um robusto programa de delegação da prestação dos serviços públicos à iniciativa privada. Introduziu-se, assim, a competição entre os diversos prestadores dos referidos serviços delegados.

Os mecanismos de mercado passaram a prevalecer na prestação daqueles serviços aos usuários. Nesta linha, positivou-se, no ordenamento jurídico nacional, que a outorga de concessão não possui caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada (art. 16 da Lei Federal n. 8.987/95).

Para Marçal Justen Filho, a ausência de competição entre sujeitos diversos era a causa da ineficiência e da precariedade registrada à época na prestação dos serviços públicos¹³². Sustenta o referido autor que

O que se pretende é evitar que o Estado (ou um agente privado) valha-se da posição de monopólio para prestar atividades mais inadequadas e onerosas do que seria possível. Reputa-se que a intervenção regulatória estatal é insuficiente ou inadequada para gerar a ampliação da eficiência econômica indispensável à prestação de serviços adequados. A melhor alternativa é reduzir a intervenção estatal e ampliar os mecanismos de competição, que são o instrumento mais satisfatório para produzir eficiência¹³³.

Alerta, porém, Alexandre Santos de Aragão que

A inserção da concorrência, que é a principal modificação que o regime jurídico dos serviços públicos sofre no Estado contemporâneo, não pode,

econômica que ao mesmo tempo que solapam a capacidade de investimentos estatais fazem emergir pólos de decisão econômica que transcendem e independem das estruturas (públicas) dos estados nacionais. De outro, há fatores de natureza política e social que fazem com que a sociedade tenha hoje uma perspectiva muito mais participativa em relação à atuação do poder público, assumindo um papel ativo e organizado nas suas demandas. Afora estes dois elementos, há ainda o forte impacto da evolução tecnológica que, a par de tornar as relações sociais e econômicas mais complexas, introduz um padrão crescente de exigências sociais". Idem, p. 16.

¹³¹ Dinorá Adelaide Musetti Grotti critica a falta de visão estratégica e planejamento das privatizações, sustentando que "pouco contribuíram para a melhora do serviço público e 'para um projeto de reforma do Estado em que a reestruturação do setor público fosse encarada como uma oportunidade para a criação de formas institucionais inovadoras e principalmente adaptadas às particularidades do país', um país em desenvolvimento, que devia promover a expansão de suas redes e garantir o acesso aos usuários considerados não-econômicos em um contexto pós-privatização. Essa falta de visão estratégica e de planejamento de longo prazo gerou boa dose de inadequação dos meios ao fins e uma série de problemas para a regulação dos setores privatizados, particularmente aqueles sob o regime legal de serviço público". GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti Grotti. Redefinição do papel do Estado na prestação de serviços públicos: realização e regulação diante do princípio da eficiência e da universalidade. **Revista de Interesse Público** n. 40, nov./dez. 2006, p. 37-69. Porto Alegre: Notadez, 2006, p. 42.

¹³² JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2003, p. 38.

¹³³ Idem, p. 38.

contudo, ser generalizada ou feita sem cautelas, já que em um setor em que há serviço público em razão da sua importância para a coesão social dificilmente apenas a concorrência dará conta das necessidades coletivas envolvidas, tendo em vista, por exemplo, a assimetria informacional existente entre regulador e prestador do serviço público, a tendência dos agentes em concorrência a agirem mais para as parcelas mais lucrativas do mercado e o fato de o monopólio natural permanecer inevitável em uma série de atividades, havendo sempre subsetores ou até setores inteiros de serviços públicos sem pluralidade de agentes econômicos atuando¹³⁴.

A concorrência entre os concessionários de serviços públicos não é suficiente para transformar tais serviços em instrumentos para a concretização dos direitos fundamentais. É preciso que sejam asseguradas políticas públicas voltadas a esta nobre finalidade.

A Reforma do Estado ocasionou a alteração do seu perfil, que era marcado eminentemente pela prestação direta e exclusiva de serviços públicos, passando a figurá-lo como agente público regulador da atividade econômica¹³⁵. Registra Floriano de Azevedo Marques Neto que o Estado, nesta nova concepção dos serviços públicos, deve “*i) restringir o acesso à sua exploração àqueles que dele recebam uma outorga ou licença específica e ii) exigir que a sua exploração esteja subordinada a um regime sujeito à maior incidência regulatória*”¹³⁶.

Após as referidas reformas constitucionais, restou assegurado ao Estado brasileiro, enquanto titular dos serviços públicos, o poder-dever de exigir que os parceiros privados viabilizem a existência e a acessibilidade daqueles serviços a toda a coletividade usuária¹³⁷. Para tanto, é fundamental a disciplina do poder regulatório, nos termos que serão expostos a seguir.

2.2 O Estado regulador¹³⁸ da prestação de serviços públicos

Conforme visto no item 2.1, o Estado intervencionista cedeu lugar ao surgimento do Estado regulador. Ele deixou de ser o executor direto da atividade

¹³⁴ GROTTI, Redefinição do papel do Estado...p. 42.

¹³⁵ GROTTI, Redefinição do papel do Estado...p. 42.

¹³⁶ MARQUES NETO, A Nova Regulação dos Serviços Públicos.....p. 22.

¹³⁷ Idem, p. 22.

¹³⁸ Floriano de Azevedo Marques Neto conceitua a regulação como “atividade estatal mediante a qual o Estado, por meio de intervenção direta ou indireta, condiciona, restringe, normatiza ou incentiva a atividade econômica de modo a preservar a sua existência, assegurar o seu equilíbrio interno ou

econômica, para figurar como estrategista e fiscal dos entes privados, mediante o estabelecimento de regras e metas que visam regulá-la. Neste novo cenário jurídico, a atuação do Estado é voltada precipuamente ao desenvolvimento das condições favoráveis às atividades empresariais. O Estado regulador, segundo Alexandre Santos de Aragão, vale-se de quatro mecanismos:

1) revogação do maior número possível de normas que possam representar entraves para a atividade empresarial; 2) criação e manutenção das infra-estruturas físicas e sociais necessárias às atividades econômicas; 3) mão-de-obra adequada aos novos processos de produção; e 4) maior remercantilização possível da produção de bens e serviços da qual até há pouco tempo se incumbia, com os objetivos de introduzir maior eficiência na economia, abrindo novos espaços para a valorização do capital (transferência de capitais financeiros para a 'economia real') e reduzindo o déficit público¹³⁹.

Visando conferir segurança jurídica e confiança às empresas transnacionais que investiram na prestação de serviços públicos, adotou-se, no Brasil, o modelo regulatório padrão da maioria dos países capitalistas¹⁴⁰. Os investidores exigiram um ambiente regulatório altamente confiável, sob pena de serem frustrados os investimentos requeridos para a modernização e a ampliação da prestação dos serviços públicos concedidos. Entretanto, as exigências impostas pelo mercado jamais poderão ensejar o sacrifício da meta constitucional, que consiste na universalização¹⁴¹ da prestação adequada e eficiente dos serviços públicos¹⁴², visando ao bem-estar coletivo nacional¹⁴³.

atingir determinados objetivos públicos como a proteção de hiposuficiências ou a consagração de políticas públicas". MARQUES NETO, A Nova Regulação dos Serviços Públicos.....p. 14.

¹³⁹ ARAGÃO, Direito dos Serviços Públicos..., p. 51-52.

¹⁴⁰ CÂMARA, Jacintho de Arruda. Telecomunicações e Globalização. SUNDFELD, Carlos Ari. VIEIRA, Oscar Vilhena. Direito Global. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 184-185.

¹⁴¹ Para efeito deste trabalho, universalizar um determinado serviço público consiste em "tornar determinada categoria de serviço fruível por todos os segmentos sociais, de forma ampla e sem limitações decorrentes de condicionantes econômicas, geográficas ou culturais. Expressa o reconhecimento de que o acesso a certos serviços, em vista das características hodiernas de nossa sociedade, é imprescindível para que se tenha uma vida digna, e para que o indivíduo possa ter a potencialidade de exercer plenamente sua cidadania econômica e política". FARACO, Alexandre Ditzel; PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; COUTINHO, Diogo Rosenthal. Universalização das Telecomunicações no Brasil: uma Tarefa Inacabada. **RDPE n. 2**, Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 10.

¹⁴² Sobre o cenário que deve incidir a atividade regulatória do Estado brasileiro, registra Floriano de Azevedo Marques Neto: "É, portanto, neste cenário de transformação nos pressupostos do serviço público que se coloca o tema da sua nova regulação. Analisá-lo, pois, não pode ser feito sem considerarmos i) seu distanciamento da noção de função pública; ii) aproximação crescente da noção de serviço público como espécie do gênero atividade econômica; iii) a de separação entre operador (explorador) e regulador como uma realidade ditada pela redução do intervencionismo estatal direto; iv) a crescente introdução da competição na sua prestação e, finalmente, v) a perspectiva crescente da assimetria regulatória, entendida como a admissão, na exploração de serviços públicos de vários

É necessário que a regulação seja ativa e forte para evitar que o interesse egoístico dos prestadores seja causa suficiente para a exclusão dos usuários da fruição dos serviços públicos, o que, neste caso, seria completamente contrário à noção de generalidade e acessibilidade que devem prevalecer nos serviços de relevância coletiva. É fundamental buscar o equilíbrio entre esses grupos de interesses. De um lado, o Estado regulador tem que arbitrar os pleitos de sujeitos economicamente fortes, como é o caso de equacionamento de conflitos envolvendo compartilhamento de infra-estruturas ou interconexão de redes de suporte a serviços essenciais. Por outro lado, precisa tutelar os interesses de atores hipossuficientes¹⁴⁴, mediante a efetivação de políticas públicas voltadas à universalização de serviços e à redução de desigualdades sociais ou regionais¹⁴⁵.

A respeito deste novo papel do Estado, registra Floriano de Azevedo Marques Neto que *“ao Estado contemporâneo são requisitadas funções de equalizador, mediador e árbitro ativo das relações econômicas e sociais”*¹⁴⁶.

O ente regulador precisa assegurar: a) o cumprimento dos pressupostos da outorga; b) a continuidade e a universalidade da prestação; c) a preservação dos bens vinculados à atividade; c) a formulação de políticas públicas, fixando metas a serem alcançadas pelos concessionários; e d) a manutenção do equilíbrio da relação contratual. Assim, é exigida uma forte regulação para disciplinar satisfatoriamente essa nova forma de prestação dos serviços públicos.

A atividade regulatória estatal precisa ser aberta à participação da sociedade, mediante a fiscalização e o controle tanto dos usuários como dos Tribunais de Contas. Visa conferir a máxima publicidade e transparência às medidas legais adotadas pelos órgãos de regulação.

operadores submetidos a graus de incidência regulatória diferenciados”. MARQUES NETO, A Nova Regulação dos Serviços Públicos.....p. 23.

¹⁴³ ARAGÃO, Direito dos Serviços Públicos..., p. 54-55.

¹⁴⁴ Para efeito deste trabalho, considera-se pessoa humana hipossuficiente aquela cuja renda individual seja inferior a um salário mínimo, devendo ser comprovada mediante a apresentação de um dos seguintes documentos: a) Carteira de Trabalho e Previdência Social com anotações atualizadas; b) contracheque de pagamento ou documento expedido pelo empregador; c) carnê de contribuição para o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS; d) extrato de pagamento de benefício ou declaração fornecida pelo INSS ou outro regime de previdência social público ou privado; e) documento ou carteira emitida pelas Secretarias Estaduais ou Municipais de Assistência Social ou congêneres.

¹⁴⁵ MARQUES NETO, A Nova Regulação dos Serviços Públicos.....p. 17.

¹⁴⁶ Idem, p. 16.

Surge a necessidade da implantação de diversos sub-sistemas jurídicos destinados a regular os vários setores sujeitos à delegação (transporte, energia, telecomunicações), os quais são marcados profundamente pela especialidade.

Há também a imposição da criação de novos órgãos e instrumentos de ação estatal¹⁴⁷. O órgão regulador precisa ser dotado de autonomia, independência, especialidade e capacidade técnica para enfrentar os desafios que lhe foram impostos pela nova ordem normativa¹⁴⁸.

Para Floriano de Azevedo Marques Neto, a atividade regulatória envolve uma série de atividades altamente complexas, que exigem providências dos órgãos regulatórios, tais como:

a calibração entre as taxas de retorno esperadas em uma concessão e obrigações do prestador; a adequada relação entre a política tarifária e os critérios de precificação dos serviços pelos competidores em regime de mercado; os custos de ampliação de infra-estruturas com os valores cobrados pelo compartilhamento entre redes; os critérios e mecanismos que assegurem a interconexão entre redes; a introdução de mecanismos aptos a coibir a concentração econômica tanto num mesmo setor (na exploração de uma mesma modalidade de serviço) como entre elos comunicantes da cadeia econômica¹⁴⁹.

Verifica-se, assim, que o Estado Regulador exige o fortalecimento da atuação pública. A complexidade das novas demandas requer dos órgãos estatais reguladores uma atuação eficiente e transparente.

2.3 Para um conceito de serviço público

Segundo Marcelo Harger, não há uma definição de serviço público cuja validade seja universal. Cada Estado nacional, respeitando as premissas normativas inseridas em seu ordenamento jurídico e de acordo com a sua experiência histórica,

¹⁴⁷ Sobre o tema das agências reguladoras, consulte: JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes. São Paulo: Dialética, 2002. Também se recomenda: STRINGARI, Amana Kauling. Agência Reguladora Municipal: estrutura única de regulação dos serviços públicos. Disponível na internet: <<http://www.gestaopublicaonline.com.br>>. Acesso em 25 de abril de 2009.

¹⁴⁸ Para um estudo aprofundado acerca da intervenção do estado na ordem econômica, consulte: MOREIRA, Egon Bockmann. O Direito Administrativo Contemporâneo e a Intervenção do Estado na Ordem Econômica. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, fevereiro, 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15 de dezembro de 2008.

¹⁴⁹ MARQUES NETO, A Nova Regulação dos Serviços Públicos.....p. 25.

desenvolveu o seu próprio conceito. Para o referido autor, nada impede que algumas noções de serviço público elaboradas no exterior possam ser utilizadas no Brasil, desde que compatíveis com o sistema jurídico nacional¹⁵⁰.

A Constituição Federal, no Brasil, é o principal marco para que seja construído o conceito de serviço público. Ela contém uma minuciosa disciplina das atividades estatais, porém, é importante ressaltar que a referida nomenclatura não é utilizada com precisão no texto constitucional. Nos arts. 145, II, e 175, a expressão serviço público é mencionada em sentido apenas econômico; no art. 37 é empregada como sinônimo de Administração Pública; no art. 198 é destinada a tratar do serviço público de saúde, prestado pelo Estado. Outras vezes se refere apenas a serviços (ex., art. 21) e a serviços de relevância pública (ex. arts. 121 e 197). A Constituição Federal não oferece, portanto, um conceito de serviço público, pois o referido termo não é utilizado com rigor técnico apropriado.

Registra Alexandre dos Santos Aragão que

O que deve guiar o jurista no mister de elaborar um conceito jurídico são dois fatores: a operacionalidade do conceito a ser alcançado, de forma que ele seja realmente capaz de dar maior organização à ciência do Direito, podendo dele se extrair um regime jurídico mínimo comum a diversas manifestações jurídicas; e atendimento aos objetivos metodológicos visados pelo seu autor, sendo o instrumento mais eficiente possível para responder aos pontos de indagação científica que ele pretende responder¹⁵¹.

O conceito de serviço público precisa ser operacional e instrumental. Para que seja relevante ao ordenamento jurídico, o conceito precisa assumir a sua função de organização e agregação de um fenômeno jurídico.

Os doutrinadores oferecem uma série de conceitos jurídicos. Examinam-se alguns deles. Para Alexandre dos Santos Aragão, serviços públicos são

...as atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocadas pela Constituição ou pela Lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade¹⁵².

Marcelo Harger conceitua o serviço público como

...a atividade de oferecimento de uma utilidade ou comodidade material aos cidadãos em geral, prestada pelo Estado ou por quem lhe faça às vezes,

¹⁵⁰ HARGER, Marcelo. Consórcios Públicos na Lei n. 11.107/05. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 55.

¹⁵¹ ARAGÃO, Direito dos Serviços Públicos..., p. 126-127.

¹⁵² Idem, p. 157.

por intermédio de delegação, com o objetivo de atender a interesses individuais ou coletivos referentes à dignidade dos cidadãos ou evitar que os particulares que as desempenhem exerçam um poder excessivo sobre o restante da coletividade, e que, por essa razão, sujeitam-se a um regime jurídico especial, de Direito Público, mais rígido, que derroga as normas de Direito Privado¹⁵³.

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 Público¹⁵⁴.

Para Celso Antonio Bandeira de Mello, o 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 regime de Direito Público¹⁵⁵.

É comum nos diversos conceitos jurídicos, trazidos pela doutrina nacional a respeito dos serviços públicos, a presença dos seguintes elementos: a) prestação de utilidade econômica; b) beneficia diretamente os indivíduos (ficam excluídos os serviços “*uti universi*”); c) criados pela Constituição ou pela Lei; d) desempenhados diretamente pelo Estado (ou por quem lhe faça as vezes); e) prestados de forma gratuita ou remunerada; f) objetivam o bem-estar da coletividade¹⁵⁶; g) sujeitos ao regime de direito público.

A doutrina reconhece que a noção de serviço público abarca três aspectos fundamentais: subjetivo, material e formal. Sob o aspecto subjetivo, trata-se de atuação desenvolvida pelo Estado (ou quem lhe faça às vezes). No aspecto material ou objetivo, o serviço público consiste numa atividade de satisfação de necessidades de interesse geral, público ou coletivo, que sejam essenciais aos indivíduos. Já quanto ao critério formal, configura-se o serviço público pela aplicação do regime jurídico de direito público¹⁵⁷.

¹⁵³ HARGER, Consórcios Públicos na Lei n. 11.107/05..., p. 59.

¹⁵⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 478.

¹⁵⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 612.

¹⁵⁶ Idem, p. 164-166.

¹⁵⁷ Sobre a temática, escreve Marcelo Harger: “De acordo com o aspecto material, haveria um grupo de atividades que teriam em sua essência algo que as designasse como serviço público. Essa essência é normalmente apontada como o atendimento aos interesses da coletividade, ou ainda,

O importante para este estudo é que os conceitos de serviços públicos trazidos pela doutrina deixam evidentes elementos essenciais, que compreendem: a) a sua natureza de prestação dirigida à coletividade, mas usufruído, de modo singular pelos usuários; b) o dever jurídico do Estado de realizá-los (obrigação de fazer), pois são vinculados diretamente à satisfação da dignidade da pessoa humana; e c) a sujeição total ao regime de direito público, razão pela qual devem ser objeto de constante regulação, fiscalização e controle pelo ente estatal titular do serviço público, a fim de que o referido instituto jurídico cumpra a sua função constitucional, que consiste na satisfação dos direitos fundamentais.

2.4 A crise do serviço público no direito brasileiro

Os serviços públicos, no curso da sua existência, foram submetidos a duas crises. Durante o Estado Social, os pressupostos teóricos daqueles serviços foram ameaçados pelo aumento exagerado da intervenção estatal na economia, ocasionando a sua primeira crise. Para Alexandre Santos de Aragão, essa crise dos serviços públicos apresentou duas causas evidentes: 1 - o aumento da intensidade da intervenção estatal sobre atividades econômicas privadas, funcionalizando-as ao interesse público; e b - o exercício direto pelo Estado de uma série de atividades econômicas, sem correlação direta com o atendimento de necessidades coletivas¹⁵⁸.

Já a segunda crise dos serviços públicos foi manifestada pelo aumento da atuação da iniciativa privada na economia. O Estado interventor, em função da crise

interesses essenciais da coletividade. De acordo com o aspecto subjetivo, privilegia-se a posição do prestador da atividade, que deve ser o próprio Estado ou quem lhe faça as vezes. Finalmente, de acordo com o aspecto formal, verifica-se que o serviço público submete-se a um regime jurídico especial, qual seja o regime jurídico público. É sob o aspecto material que se deve erigir um conceito de serviço público. Faz-se essa afirmação, porque somente se atribui uma atividade ao Estado e se faz com que essa atividade se submeta a um regime jurídico de Direito Público, porque o conteúdo dessa atividade possui certas características especiais. São essas características que fazem com que a atividade seja atribuída ao Estado e se submeta a um regime jurídico especial. Isso não significa negar importância aos elementos subjetivo e formal. Apenas se afirma que o elemento material prepondera sobre os demais, porque é ele que determina se uma atividade pode ser atribuída ao Estado e prestada sob o regime jurídico de Direito Público. Esse critério, contudo, jamais pode ser considerado isoladamente, porque somente há sentido em construir uma noção de serviço público se, em consequência disso, se puder identificar um regime jurídico específico a ela aplicável". HARGER, Consórcios Públicos na Lei n. 11.107/05..., p. 35-36.

¹⁵⁸ ARAGÃO, Direito dos Serviços Públicos..., p. 241.

fiscal e financeira a que foi submetido, passou a devolver ao mercado uma série de atividades econômicas que estavam sob o seu controle e execução direta¹⁵⁹.

Para Marcelo Harger, o tema do serviço público está diretamente “relacionado às diferentes concepções acerca das missões a serem desempenhadas pelo Estado. Uma mudança nessas missões influencia o próprio conceito de serviço público”¹⁶⁰. Então, a crise dos serviços públicos depende muito da opção ideológica assumida pelo intérprete.

A questão da crise dos serviços públicos envolve uma disputa eminentemente ideológica entre juristas de perfil liberal e social. Os liberais defendem que tais serviços são um mal necessário. Consideram que devem ser empreendidos mecanismos legais e institucionais para liberalizá-los à iniciativa privada, a fim de ser instalada a concorrência entre os prestadores. Sustentam que esse é o caminho natural e suficiente para assegurar benefícios materiais à coletividade de usuários. Já os de perfil social postulam que os serviços públicos são mecanismos úteis para a concretização dos direitos fundamentais, cabendo ao Estado assegurá-los e dirigi-los a qualquer custo, devendo as questões de ordem econômica ser relegadas para segundo plano. Os serviços públicos são, na visão dos referidos juristas, a salvaguarda da realização da dignidade da pessoa humana.

Assim, é travada, no campo dos serviços públicos, uma disputa entre os juristas que possuem preocupações liberais em relação ao mercado com aqueles que defendem que aquele instituto deve ser destinado a assegurar o bem-estar social da coletividade. Para Alexandre Santos de Aragão, a Constituição Federal:

¹⁵⁹ Idem, p. 243-244. A respeito da temática da crise dos serviços públicos, escreve Fernanda Schuhli Bourges: “Anteriormente, podia-se afirmar que a crise estava relacionada com o crescimento e diversificação da atuação estatal. Há algum tempo tem-se questionado esta atuação demasiada e o modelo de Estado de Bem-Estar Social, eminentemente prestador, de forma que a crise atual diz respeito à tentativa de alteração do modelo de Estado, mediante a chamada Reforma do Estado ou Administrativa. Assim, aliada às modificações tecnológicas, crises fiscais e outros fatores, presenciase 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”. 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, 2007, p. 72.

¹⁶⁰ HARGER, Consórcios Públicos na Lei n. 11.107/05..., p. 41.

...positivou tanto as preocupações liberais do mercado, como as preocupações intervencionistas do bem-estar social. Cabe, em primeiro plano, ao Legislador, intérprete primeiro da Constituição e ponderador preferencial dos seus valores, definir quais preocupações devem prevalecer, sem, contudo, ignorar as demais.

Nenhum princípio constitucional axiológico é a priori superior a outro. Ao revés, devem eles ser calibrados para, em um mandado de otimização, serem conjuntamente aplicados, com o máximo de eficácia possível de cada um¹⁶¹.

O autor Gaspar Ariño Ortiz sustenta que é totalmente inútil tentar manter viva a noção de serviço público. Ele prega o fim do referido instituto jurídico:

A situação hoje é outra, quase inversa. São os fatos que mandam, mais que a ideologia e a política, e os pressupostos econômicos, sociais, políticos e culturais sobre os quais a instituição do serviço público nasceu e se desenvolveu se modificaram radicalmente¹⁶².

Já Fernanda Schuhli Bourges defende que o serviço público não foi suprimido com as crises reveladas anteriormente. Sustenta a referida autora que aquele instituto jurídico *“acompanhou e se adaptou às modificações ocorridas em razão do crescimento e da diversificação de atuação do Estado”*¹⁶³.

O instituto do serviço público não desapareceu. As crises pelas quais ele passou não causaram o seu fim, como prega, por exemplo, o autor Gaspar Ariño Ortiz. Todos os institutos jurídicos precisam adequar-se às novas exigências sociais e econômicas. Eles não são imunes às mudanças ocorridas no mundo do dever-ser. Isso não é diferente com o serviço público. A atualização e a adaptação dele deve ser uma constante¹⁶⁴. Há que ficar sempre aberto à recepção das modificações impostas pela nova conjuntura econômica e tecnológica¹⁶⁵. Mas isto não implica a sua inutilidade ou desaparecimento¹⁶⁶.

¹⁶¹ ARAGÃO, Direito dos Serviços Públicos..., p. 16-17.

¹⁶² ORTIZ, Gaspar Ariño. Significado Actual de la Noción des Servicio Público. In: ORTIZ, Gaspar Ariño. GARCÍA-MORATO, Lucía López de Castro (coord.). El Nuevo Servicio Público. Madrid: Ed. Marcial Pons, 1997, p. 23.

¹⁶³ BOURGES, Aspectos da Noção de Serviço Público..., p. 67.

¹⁶⁴ Para Marcelo Harger, “Tais conceitos apresentam uma grande peculiaridade: evoluem com o tempo, não são estáticos. É essa a característica que permite a evolução do ordenamento jurídico”. HARGER, Consórcios Públicos na Lei n. 11.107/05..., p. 43.

¹⁶⁵ Para Fernanda Schuhli Bourges: “Pode-se verificar que a crise representa, em verdade, uma possível transformação e adaptação, até mesmo uma certa turbulência, mas não significa a supressão do instituto serviço público; pelo contrário, é possível que propicie a sua evolução. Sem dúvida, o serviço público está diretamente relacionado ao modelo estatal, à expectativa da sociedade em relação ao Estado e às opções políticas” BOURGES, Aspectos da Noção de Serviço Público..., p. 73. Apregoando que os serviços públicos não deixarão de existir, escreve Alexandre Santos de Aragão: “os serviços públicos continuam existindo e não há nada que possa nos levar a crer que, em um futuro razoavelmente próximo, desaparecerão, o que não ilide, contudo, que já tenham sofrido e,

Portanto, o serviço público não deixará de existir no ordenamento jurídico nacional. Porém, a sua feição deve ser modelada. É preciso atualizá-lo constantemente, mas sem perder de vista o cumprimento da sua principal finalidade, que é vinculá-lo cada vez mais à concretização dos direitos fundamentais da pessoa humana. O serviço somente pode ser qualificado como público quando diretamente voltado à coesão social e geográfica de determinado país e da dignidade dos seus cidadãos.

2.5 A diferenciação entre o serviço público e outros institutos jurídicos

Para o prosseguimento adequado desta investigação, é fundamental efetivar a diferenciação entre o serviço público e outros institutos afins, para dissipar eventuais confusões ou dúvidas de ordem terminológica. A seguir será feita a distinção de forma bastante objetiva e direta.

2.5.1 Serviço público e obra pública

A obra pública é um produto estático; é uma coisa. O gozo da obra pública não depende de qualquer prestação, salvo se ela for utilizada para a execução de um serviço público. Já o serviço público é atividade; é algo dinâmico. Envolve uma prestação que é apropriada aos seus usuários, para a satisfação das suas necessidades vitais¹⁶⁷. As duas figuras submetem-se a regimes jurídicos distintos quanto às fontes de custeio. As obras públicas somente podem ser custeadas mediante a instituição da contribuição de melhoria. Já os serviços públicos podem ser mantidos por meio de taxas ou tarifas públicas¹⁶⁸.

atualmente mais uma vez, estejam sofrendo notáveis modificações. Nota corretamente a doutrina que 'o serviço público, ainda que viva momentos de expansão e de retração, não vai deixar de existir. Poderá variar a sua titularidade, seu objeto, seu regime jurídico, e até as formas de sua prestação, dando maior protagonismo aos operadores privados. Todavia, o substrato público do instituto sempre se manterá'. ARAGÃO, Direito dos Serviços Públicos..., p. 240.

¹⁶⁶ Idem, p. 43.

¹⁶⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 645.

¹⁶⁸ HARGER, Consórcios Públicos na Lei n. 11.107/05..., p. 37.

2.5.2 Serviço público e poder de polícia

A característica essencial dos serviços públicos é o desenvolvimento de uma atividade consistente no fornecimento de utilidade ou comodidade material para indivíduos indeterminados, cuja fruição é individual.

Já o poder de polícia consiste basicamente na limitação da liberdade e da propriedade em benefício da coletividade. É o Estado quem edita atos de natureza preventiva e repressiva, para manter a ordem social no seu território.

Nota-se, de plano, a diferença entre serviço público e poder de polícia. Enquanto o primeiro é focalizado na prestação de utilidades ou comodidades aos usuários, o segundo é destinado precipuamente à limitação legítima da esfera jurídica dos entes privados¹⁶⁹, para assegurar a ordem e a coesão social.

2.5.3 Serviço público e a atividade de fomento

O serviço público é uma obrigação de fazer atribuída ao Estado ou quem lhe faça às vezes, para o oferecimento de comodidades aos usuários. O sujeito ativo envolvido na execução daquele serviço possui o dever de prestá-lo aos usuários (dada a sua obrigatoriedade). Já o fomento consiste numa obrigação de dar. O Estado, para promover o desenvolvimento econômico e social, incentiva os particulares mediante a adoção de medidas estatais de fomento do setor produtivo. A diferença básica entre os referidos institutos fica no âmbito da natureza das obrigações.

2.5.4 Serviço público e atividades econômicas exploradas pelo estado

¹⁶⁹ Para Alexandre Santos de Aragão: “O conceito de serviço público contempla apenas as atividades prestacionais do Estado pelas quais o Poder Público proporciona aos indivíduos a satisfação de alguma das suas necessidades, excluindo as atividades que visam imediatamente ao Estado (ou à coletividade indistintamente considerada) como a segurança nacional e a diplomacia, assim como as atividades que, ao invés de concederem utilidades aos particulares, restringem o seu âmbito de atuação (poder de polícia)”. ARAGÃO, Direito dos Serviços Públicos..., p. 166-167. A seguir finaliza o referido autor: “Não estão incluídas, portanto, no conceito de serviço público as funções públicas soberanas, indelegáveis, como a defesa nacional, a diplomacia, a tributação, o poder de polícia administrativa etc”. Idem, p. 168.

A Constituição Federal distingue claramente o serviço público da atividade econômica explorada pelo Estado. O serviço público é atividade econômica reservado, ao Estado ou aos particulares, mediante prévia delegação (art. 175 da CF/88), cuja principal finalidade é o fornecimento de utilidades vinculadas diretamente à satisfação das necessidades vitais dos usuários (ex.: água, saneamento básico, energia elétrica, telefonia e transporte coletivo).

Já as atividades econômicas exploradas pelo Estado, em regime de monopólio ou não, ainda que sejam revestidas de interesse público, encontram-se desvinculadas da satisfação de necessidades ou utilidades coletivas (arts. 176 e 177 da CF/88). As razões para o desempenho estatal são de ordem fiscal, estratégica ou econômica (ex.: petróleo, as loterias, etc). A exploração de outras atividades econômicas, além daquelas sujeitas ao monopólio estatal, somente é permitida em regime de concorrência com a iniciativa privada, e desde que seja necessária aos imperativos da segurança nacional e ao atendimento de relevante interesse coletivo (art. 173 da CF/88).

2.5.5 Serviços públicos privativos e não privativos do estado

Os serviços públicos privativos são aqueles cuja prestação é reservada com exclusividade ao Estado, podendo ser prestado de forma direta ou indireta. Neste caso, a prestação será feita mediante a outorga de concessão ou permissão a entidades privadas (art. 175 da CF/88). O regime jurídico aplicável aos serviços públicos privativos é o de direito público. A titularidade do serviço é sempre estatal.

Já os serviços públicos não-privativos são atividades econômicas que tanto podem ser desenvolvidos pelo Estado quanto pelo setor privado. Caso sejam prestados pelo Estado, são considerados serviços públicos, sujeitos ao regime jurídico de direito público. Entretanto, se forem executados pelos particulares, constituem uma modalidade de atividade econômica, cujo regime jurídico aplicável é

o de direito privado. Exemplos tradicionais de serviços públicos não-privativos são as hipóteses de prestação de serviços de educação e de saúde¹⁷⁰.

Ressalta Alexandre Santos de Aragão que a consequência da qualificação dessas atividades como serviços públicos quando prestados pelo Estado, é excluí-las da vedação de concorrência desleal do ente estatal com a iniciativa privada (art. 173, §§1º e 2º da CF/88)¹⁷¹.

2.6 A criação e a organização administrativa dos serviços públicos

A fixação da competência para o ente federativo criar o serviço público é feita pela Constituição Federal. Esta admite a existência de serviços públicos federais (ex: emissão de moeda e serviço postal), estaduais (ex.: transporte intermunicipal) e municipais (ex: distribuição de água tratada). É permitida também a configuração de serviços públicos privativos de cada um dos entes federados.

Já o ato de criação daqueles serviços é sempre feita por meio de lei editada pelo ente federativo competente¹⁷². A organização dos serviços é realizada na esfera administrativa, que pode ser efetivada de forma direta (órgão da administração direta) ou indiretamente (órgão da administração indireta), tudo no cumprimento de um dever legal.

¹⁷⁰ GRAU, Eros Roberto. *Constituição e Serviço Público. In Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 252. Sobre a temática escreveu Carlos Ari Sunfeld: “os serviços públicos importam na criação de utilidades e comodidades fruíveis direta e individualmente pelos particulares, em setores reservados exclusivamente ao Estado”. Já “os serviços sociais são, à semelhança dos serviços públicos, atividades cuja realização gera utilidades ou comodidades que os particulares fruem direta e individualmente. No entanto, diferenciam-se daqueles por não serem exclusivos do Estado (...). a prestação de tais serviços é dever inafastável do Estado, tendo os indivíduos o direito subjetivo de usufruí-los. O objetivo do Constituinte ao outorgar tais competências ao Poder Público não foi a de reservá-las, mas sim a de obrigar o seu exercício. Os particulares exploram os serviços sociais independentemente de qualquer delegação estatal. Tais serviços se desenvolvem, portanto, em setores não reservados ao Estado, mas livres aos particulares. Daí uma importante consequência: quando prestados pelo Poder Público, submetem-se ao regime de Direito Público; quando prestados pelos particulares, sujeitam-se ao regime de Direito Privado. Tal dualidade se justifica, porquanto os serviços sociais são, ao mesmo tempo, atividade estatal e atividade dos particulares”. SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 83.

¹⁷¹ ARAGÃO, *Direito dos Serviços Públicos...*, p. 188.

¹⁷² Registra César A. Guimarães Pereira: “A criação e a organização de um serviço público são instrumentos para a realização dos valores constitucionais e refletem escolhas políticas, formuladas pelos órgãos detentores da competência para manifestar a vontade democrática, de acordo com as pautas materiais da Constituição”. PEREIRA, *Usuários...*, p. 262.

A execução do serviço público pode ser feita das seguintes formas: 1 – pela atuação direta da administração pública; 2 – por entidades da administração indireta; 3 – por intermédio de delegação de serviços públicos a particulares; ou 4 – por intermédio da gestão associada de serviços públicos. Nestes termos, ressalta César A. Guimarães Pereira: “A disponibilidade efetiva de um serviço para o usuário pressupõe uma decisão normativa, no âmbito de competência da pessoa política, e uma atuação material”¹⁷³.

A prestação de serviços públicos deve ser prevista em lei e organizada administrativamente. Na lei devem ser ponderados todos os interesses em disputa de forma clara e objetiva, sempre atentando para a preservação do interesse público da coletividade. Já no âmbito administrativo, é fundamental que sejam estruturados mecanismos para que se busque constantemente a prestação de serviços públicos de forma eficiente e adequada.

É importante saber que nem todos os serviços públicos encontram-se previstos na Constituição Federal¹⁷⁴. Assim, é possível a criação deles a partir de leis editadas pelos entes federativos, desde que a atividade qualificada como serviço público encontre-se vinculada à satisfação dos direitos e valores fundamentais. Neste caso, segundo o autor Marcelo Harger, a Constituição estabelece implicitamente uma série de limites e parâmetros à instituição de novos serviços públicos ou à regulamentação dos já existentes no ordenamento jurídico¹⁷⁵. Ele aponta os seguintes: a) a impossibilidade de o legislador ordinário tornar privativos os serviços públicos estabelecidos pela Constituição Federal como não-privativos do Estado; b) a inviabilidade de um ente da federação instituir serviços públicos que seja da esfera de competência de outra pessoa política; c) a impossibilidade de serem considerados serviço público as atividades de limitação à liberdade e à propriedade; e d) a impossibilidade de o legislador infraconstitucional transformar

¹⁷³ Idem, p. 251-252.

¹⁷⁴ Registra Marcelo Harger que: “A enumeração dos serviços públicos feita pela Constituição Federal, contudo, não é exaustiva. Outros podem ser instituídos pelo legislador ordinário. O elenco constitucional serve para que se possa estabelecer uma diretriz a ser seguida por este ao instituir novos serviços públicos”. HARGER, Consórcios Públicos na Lei n. 11.107/05..., p. 44.

¹⁷⁵ Ressalta Alexandre Santos de Aragão que: “O fundamento último da qualificação jurídica de determinada atividade como serviço público é ser pressuposto da coesão social e geográfica de determinado país e da dignidade dos seus cidadãos. Os serviços públicos constituem prestações sem as quais, em determinada cultura, as pessoas se vêem desvirtuadas daquele mínimo que se requer para a viabilização adequada de suas vidas” ARAGÃO, Direito dos Serviços Públicos..., p. 531.

uma atividade econômica em serviço público¹⁷⁶. Também, conforme registra Marcelo Harger, “*poderão ser consideradas serviços públicos aquelas atividades cuja prestação por um particular acarrete a este um poder excessivo*”¹⁷⁷.

Em função disso, anota Alexandre Santos de Aragão que é comum um ente federativo editar leis que afetam ilegitimamente os serviços públicos, cuja competência para a instituição e prestação é de outra pessoa política:

De grande importância é a análise da Constituição Federal à luz da competência legislativa dos entes da federação para legislar sobre serviços públicos, já que é muito comum a edição de leis tendo com incidência sobre serviços públicos da competência material, ou seja, prestacional, de outros entes¹⁷⁸.

O Supremo Tribunal Federal já julgou pela total inconstitucionalidade de normas jurídicas que implicavam invasão na esfera jurídica de outro ente federativo, cuja titularidade material lhe foi reservada para instituição dos serviços públicos. O argumento central encontrado nas decisões do Supremo Tribunal Federal é de que o ente que possui a competência para prestar, direta ou indiretamente, o serviço público é quem fica incumbido de sua plena regulamentação, restando vedado às demais pessoas políticas a edição de leis disciplinando o referido serviço que não é da sua jurisdição administrativa e legal.

Por outro lado, pode um ente federativo editar normas jurídicas que causem reflexos na prestação de serviços públicos da competência de outra pessoa política da Federação. O legislador municipal é competente para estabelecer, por exemplo, que, em determinadas zonas da cidade, os fios de instalação dos serviços públicos em geral deverão ser subterrâneos¹⁷⁹. Isto corresponderia ao exercício da competência legislativa urbanística, que causaria uma consequência indireta na prestação do serviço público de outro ente. Mas o que é vedado é um ente federativo legislar afetando diretamente a relação contratual fixada pela pessoa política titular da prestação do serviço. Exemplo típico disso é o caso da concessão de isenções para usuários por meio de leis de um ente quando os serviços são

¹⁷⁶ HARGER, Consórcios Públicos na Lei n. 11.107/05..., p. 54-55.

¹⁷⁷ Idem, p. 55.

¹⁷⁸ ARAGÃO, Direito dos Serviços Públicos..., p. 314.

¹⁷⁹ O exemplo é colhido em Alexandre Santos de Aragão. ARAGÃO, Direito dos Serviços Públicos..., p. 316.

instituídos e mantidos por outro¹⁸⁰, sendo exemplo típico a lei estadual que confere desconto na tarifa do transporte coletivo urbano para os membros do magistério estadual.

2.7 A iniciativa legislativa para a instituição de serviços públicos

A competência para apresentar os projetos de lei sobre serviços públicos é privativa do Chefe do Poder Executivo. A iniciativa parlamentar, neste caso, é vedada, pois deve ser observado o disposto no art. 61, §1º, II, “e” da Constituição Federal. A instituição de serviço público impõe a regulamentação das atribuições da Administração Pública. A lei terá que disciplinar a forma de prestação (opção entre a direta ou a indireta).

Ainda que o serviço não esteja sendo prestado por qualquer órgão público, e o projeto de lei disponha que a execução seja delegada à iniciativa privada, a iniciativa não pode ser dos membros do Poder Legislativo. É que a titularidade do serviço é primariamente da Administração Pública. E, neste caso, conforme registra Alexandre Santos de Aragão, *“ao se dispor sobre serviço público estar-se-á sempre, direta ou indiretamente, atual ou virtualmente, presente ou futuramente, dispondo sobre funções da Administração Pública”*¹⁸¹. Por isso, a iniciativa do projeto de lei nesta matéria é reservada à Chefia do Poder Executivo do

¹⁸⁰ "Ação Direta de Inconstitucionalidade contra a expressão 'energia elétrica', contida no caput do art. 1º da Lei n. 11.260/2002 do Estado de São Paulo, que proíbe o corte de energia elétrica, água e gás canalizado por falta de pagamento, sem prévia comunicação ao usuário. Este Supremo Tribunal Federal possui firme entendimento no sentido da impossibilidade de interferência do Estado-membro nas relações jurídico-contratuais entre Poder concedente federal e as empresas concessionárias, especificamente no que tange a alterações das condições estipuladas em contrato de concessão de serviços públicos, sob regime federal, mediante a edição de leis estaduais. Precedentes. Violação aos arts. 21, XII, b, 22, IV, e 175, caput e parágrafo único, incisos I, II e III da Constituição Federal. Inconstitucionalidade. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente". BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADIN_3.729, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 19-09-07, DJU de 29-8-03. Disponível. www.stf.jus.br>. Acesso em 15 de jan. 2009. No mesmo sentido: “Lei estadual, máxime quando diz respeito à concessão de serviço público federal e municipal, como ocorre no caso, não pode alterar as condições da relação contratual entre o poder concedente e os concessionários sem causar descompasso entre a tarifa e a obrigação de manter serviço adequado em favor dos usuários”. BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADIN 2.299-MC, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 28-3-01, DJU de 29-8-03. Disponível. www.stf.jus.br>. Acesso em 15 de jan. 2009.

¹⁸¹ ARAGÃO, Direito dos Serviços Públicos..., p. 318.

ente federativo titular do serviço público, sob pena de a lei ser declarada inconstitucional em função do vício formal decorrente da usurpação de competência.

2.8 A finalidade dos serviços públicos no direito brasileiro

Os serviços públicos encontram-se vinculados diretamente à satisfação dos fins e objetivos fundamentais do Estado. Assim, a sua finalidade, no Brasil, é atuar na promoção da dignidade da pessoa humana e possibilitar a concretização dos objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, de erradicação da pobreza e marginalização e da redução das desigualdades regionais e sociais.

Por isso, todas as medidas administrativas do ente titular do serviço público devem ser voltadas à melhoria de suas condições de prestação. É fundamental a sua constante adaptação e atualização, principalmente tecnológica, para assegurar um serviço público adequado, eficiente, regular e acessível aos seus destinatários. Implantada determinada qualidade e quantidade na prestação dos referidos serviços, restará vedada a diminuição do nível de sua prestação, conforme registra Alexandre Santos de Aragão:

Deve-se, com algumas relativizações, aplicar aos serviços públicos a teoria da vedação do retorno ao status quo ante ou da vedação do retrocesso na efetivação de direitos fundamentais, aplicável não apenas ao atendimento do mínimo existencial, mas a toda a extensão do direito fundamental que tiver sido legislativa ou administrativamente implementada¹⁸².

A existência do serviço público deverá, portanto, estar sempre vinculada ao cumprimento da sua finalidade essencial, que é a promoção constante e intensa dos direitos fundamentais, vedada qualquer forma de retrocesso¹⁸³.

¹⁸² Idem, p. 542.

¹⁸³ Neste sentido, registra Luís Roberto Barroso que “A vedação do retrocesso é uma derivação da eficácia negativa, particularmente ligada aos princípios que envolvem os direitos fundamentais. Ela pressupõe que esses princípios sejam concretizados através de normas infraconstitucionais (...) e que, com base no direito constitucional em vigor, um dos efeitos gerais pretendidos por tais princípios é a progressiva ampliação dos direitos fundamentais”. BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In BARROSO, Luis Roberto (org.). A Nova Interpretação Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 370.

2.9 O regime jurídico aplicável aos serviços públicos

O elemento essencial da prestação de um serviço público são os seus usuários. É um dever do Estado a promoção daqueles serviços de forma adequada e eficiente. Isso deve ser assegurado mediante a aplicação de um regime jurídico que viabilize a tutela dos interesses e direitos da coletividade envolvida neste tipo de relação jurídica. Nestes termos, esclarece Marcelo Harger que a proteção dos usuários deve ser

...não somente em relação a terceiros que queiram obstá-la, mas também do próprio Estado e seus delegatários. Deve-se evitar que estes atuem abusivamente prejudicando ou sacrificando direitos dos usuários do serviço, seja por intermédio de atos comissivos ou omissivos¹⁸⁴.

O regime de direito público aplicável aos serviços públicos é marcado pelos seguintes princípios e diretrizes fundamentais: a) responsabilidade objetiva do Estado ou de quem lhe faça as vezes, prestando o serviço público (art. 37, §6º da CF/88)¹⁸⁵; b) obediência aos princípios constitucionais da legalidade, da moralidade, da publicidade, da impessoalidade e da eficiência (art. 37, “*caput*” da CF/88); c) o serviço público deve ser marcado pela regularidade, generalidade, cortesia e modicidade das tarifas; d) os usuários possuem o direito ao recebimento de informações, de escolher entre os vários prestadores de serviço e de optar entre seis datas opcionais para o vencimento de seus débitos para com o Poder Público; e) é assegurada a participação dos usuários na gestão dos serviços públicos, especialmente para realizar reclamações relativas à qualidade e à regularidade da sua prestação, ficando garantida a sua avaliação periódica (art. 37, §3º, inc. I e II da CF/88). Todos esses comandos normativos visam assegurar que o serviço público

¹⁸⁴ HARGER, Consórcios Públicos na Lei n. 11.107/05..., p. 59-60.

¹⁸⁵ A respeito já decidiu o Supremo Tribunal Federal: "O § 6º do artigo 37 da Magna Carta autoriza a proposição de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns. Esse mesmo dispositivo constitucional consagra, ainda, dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular". **Supremo Tribunal Federal**. RE n. 327904, Rel. Min. Carlos Britto, julgado em 15.08.2006, DJU 08.09.2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 22 de out. 2008.

seja voltado ao cumprimento da sua missão constitucional, que é sempre pautar-se pela promoção da dignidade da pessoa humana.

2.10 As concessões de serviços públicos no direito brasileiro

Historicamente, na fase de implantação dos serviços públicos, a concessão foi o instrumento jurídico utilizado pelo Estado para transferir aos particulares a possibilidade de implantação daqueles serviços com exclusividade¹⁸⁶. Neste caso, era transferido ao empreendedor o privilégio da exploração exclusiva do serviço, visando, assim, assegurar a recuperação do capital investido no empreendimento. A concessão de serviços públicos foi caracterizada, portanto, pela monopolização da prestação por empresas particulares. Posteriormente, na maior fase de desenvolvimento dos serviços públicos, o monopólio da prestação foi transferido para as empresas estatais.

A partir da Lei Federal n. 8.985/1995, a concessão de serviços públicos assumiu novo conceito, passando a privilegiar a exploração concorrencial desses serviços por empresas privadas. Assim, introduziu-se a competição entre prestadores privados, ficando a exclusividade reservada à impossibilidade material ou econômica de desempenho do serviço público em regime de competição. A justificativa econômica é de que a concorrência estimula a eficiência, possibilitando a prestação de serviços públicos com qualidade e tarifas acessíveis¹⁸⁷.

¹⁸⁶ Para Marçal Justen Filho “A delegação de serviço público à iniciativa privada consiste numa alternativa de intervenção do Estado na ordem econômica. Ou seja: a concessão de serviço público é um instrumento de que se vale o Estado para conformar o modelo econômico existente, interferindo sobre as atividades econômicas para implementar certas políticas e promover determinados valores. Assim o é porque a delegação de serviço público produz uma alteração nos processos econômicos de distribuição de riqueza pública e privada. A ausência de concessão (especialmente quando os serviços públicos são prestados diretamente sem exigência de pagamento de taxa ou tarifa) reflete o custeio da atividade por toda a sociedade. Quando se promove a delegação, condicionando-se a fruição do serviço à remuneração pelo usuário, altera-se radicalmente a situação sob o prisma econômico. A partir de então, os encargos necessários à existência e manutenção dos serviços são arcados pelos seus usuários, de modo proporcional à intensidade da utilização”. JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de Rodovias – A Experiência Brasileira*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 236-237.

¹⁸⁷ Registra Rodrigo Valgas dos Santos que o instituto da concessão de serviços públicos deve ser compreendido sob as luzes do novo texto constitucional, o qual “...procura conciliar os interesses da Administração, dos usuários e das concessionárias numa estrutura cooperatária com vistas a melhor prestação do serviço. O desempenho de serviço público mediante concessão caminha nas tendências mais atuais de prestação de serviço público, que conjuga a iniciativa privada e o Poder

O monopólio da infra-estrutura necessária para a prestação dos serviços públicos não afasta a possibilidade de competição. É que o titular dos referidos bens deve permitir o acesso (mediante remuneração apropriada) dos demais competidores à própria rede, para viabilizar a disputa entre os prestadores dos serviços públicos concedidos. Para Dinorá Adelaide Musetti Grotti prevalece a idéia de que

...o concessionário tem que competir com outros prestadores que são incentivados pelo Estado, com direito sobre a própria rede daquele que absorveu a estrutura da empresa estatal, para desenvolverem atividade competitiva. O sentido e importância dessa norma traduz uma nova concepção da função social da propriedade, que é a de servir como instrumento de competição, com a dissociação entre propriedade e exploração da rede¹⁸⁸.

Nesta nova perspectiva, a disputa entre os concessionários é altamente competitiva. Para manter-se no mercado, o prestador de serviços terá que ser eficiente, sob pena de ser excluído da competição.

Os serviços públicos concedidos à iniciativa privada não perdem a sua natureza pública. Ela é incumbida apenas da prestação aos usuários, ficando o serviço público sob a titularidade estatal exclusiva (art. 175 da CF/88).

As concessões de serviços públicos (art. 175 da CF/88) podem ser divididas em três possíveis espécies: a concessão comum, a patrocinada e a administrativa. A diferença entre as referidas espécies é quanto à forma de remuneração, conforme será visto a seguir.

2.10.1 A concessão comum

Para Carlos Ari Sundfeld, a concessão comum é aquela em que o poder concedente não realiza o pagamento de *“contraprestação em pecúnia ao*

Público no atendimento das necessidades de interesses coletivos. A prestação do serviço mediante concessão não coloca necessariamente o setor privado numa relação de conflito com o Poder Público. Deve prevalecer uma relação de simbiose entre poder concedente e concessionário, jamais uma relação parasitária, seja do primeiro para o segundo, ou vice-versa. É da boa convivência entre os dois pólos que se alcançará o melhor serviço para os usuários, detentores do interesse coletivo primário”. SANTOS, Rodrigo Valgas dos. Concessão de serviço público: a prorrogação do prazo de exploração para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. **Revista de Interesse Público n. 38**, jul/agosto 2006, p. 85-111. Porto Alegre: Notadez, 2006, p. 94-95.

¹⁸⁸ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti Grotti. A Experiência Brasileira nas Concessões..., p. 85.

concessionário. A remuneração deste poderá incluir a cobrança de tarifas como outras receitas alternativas (Lei das Concessões, art. 11)¹⁸⁹. Ressalta o referido autor que as concessões comuns¹⁹⁰ não estão inclusas entre os contratos de Parceria Público-Privada instituídas pela Lei Federal n. 11.079/2004.

A delegação de serviços públicos pela sistemática da concessão comum deve obedecer à lógica da rentabilidade e da sustentabilidade econômica da exploração do serviço. Somente aqueles serviços cuja exploração seja suficiente para remunerá-los integralmente é que são suscetíveis à delegação por concessão comum¹⁹¹. Nestes termos, registra Pedro de Menezes Niebuhr que a referida concessão exige as *“estruturas públicas do encargo financeiro e técnico que essas atividades importam. Com o socorro à prestação privada, busca-se ganho de eficiência e desoneração estatal, mediante a economia de recursos públicos”*¹⁹². Portanto, a regra na concessão comum é o concessionário ser remunerado exclusivamente pelas tarifas pagas pelos usuários e/ou outras receitas alternativas (art. 11 da Lei Federal nº 8.985/95).

Pela sistemática da concessão, o ente estatal transfere a prestação do serviço público para um agente privado, o qual explorará a atividade mediante o pagamento de tarifas pelos usuários em razão da fruição do serviço. Assim, o

¹⁸⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). Parcerias Público-Privadas. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 27.

¹⁹⁰ Alexandre Santos de Aragão conceitua a concessão comum nos seguintes termos: “É a delegação contratual e remunerada da execução de serviço público a particular para que por sua conta e risco o explore de acordo com as disposições contratuais e regulamentares por determinado prazo, findo o qual os bens afetados à prestação do serviço, devidamente amortizados, voltam ou passam a integrar o patrimônio público”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Delegações de Serviço Público. Revista de Interesse Público n. 40, p. 111.

¹⁹¹ Registra Celso Antonio Bandeira de Mello que “Para o concessionário, a prestação do serviço é um meio através do qual obtém o fim que almeja: o lucro. Reversamente, para o Estado, o lucro que propicia ao concessionário é meio por cuja via busca sua finalidade, que é a boa prestação do serviço”. Nada há de estranho nesta afirmação”. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 20 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 545.

¹⁹² NIEBUHR, Pedro de Menezes. Parcerias Público-Privadas - Perspectiva constitucional brasileira. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 190. No mesmo sentido, registra José Anacleto Abduch Santos: “A prestação de serviços públicos mediante contrato de concessão tem sua gênese íntima e indissociavelmente ligada à noção de desoneração do Poder Público, que, embora permaneça como titular do serviço durante o prazo da concessão, desobriga-se de prestá-lo diretamente, por seus próprios meios, e de, em regra, prover o seu custeio, que passa a ser decorrência da própria estrutura financeira do instituto: a remuneração do serviço pelo usuário constitui, portanto, o núcleo e a essência vital de todo o sistema de concessão de serviço público, especialmente quando, como já dito, a concessão se apresenta como a única maneira de prestar o serviço de forma eficaz e eficiente”. SANTOS, José Anacleto Abduch. Contratos de Concessão de Serviços Públicos – Equilíbrio Econômico-Financeiro. Curitiba: Juruá, 2007, p. 155.

Estado fica exonerado da obrigação de fornecer diretamente o serviço concedido, aproveitando, neste caso, a eficiência empresarial para alcançar melhores resultados (serviços públicos com qualidade mediante tarifas módicas)¹⁹³.

No final da concessão, os bens afetados ao serviço reverterem ao poder concedente. A reversão envolve tanto os bens cuja posse é transferida ao concessionário no momento da concessão quanto os que são incorporados durante a execução do contrato.

2.10.2 As concessões patrocinadas e administrativas

A Lei Federal nº 11.079/04 instituiu, no Brasil, as Parcerias Público-Privadas¹⁹⁴, assegurando a possibilidade jurídica de serem viabilizadas parcerias com entes privados¹⁹⁵, para a prestação de serviço ou edificação de obras pública,

¹⁹³ Para Marçal Justen Filho, a Constituição Federal editou uma nova concessão de serviço público: “Existe conjugação de antigos conceitos com princípios jurídicos que dão identidade à Constituição Federal, conduzindo à alteração de concepções incompatíveis com uma ordem democrática. A nova concessão se diferencia pela noção de comunhão entre Estado, concessionário, cidadão e usuário (efetivo ou em potencial). Não se admite a simples invocação de um interesse público abstrato como fundamento para sacrifício de direitos e interesses privados. Os concessionários têm de aprimorar a qualidade de seus serviços e a eficiência de sua gestão. Os usuários devem ter a consciência de que o êxito da concessão refletir-se-á na manutenção de serviços adequados e tarifas módicas”. JUSTEN FILHO, Marçal. Algumas considerações acerca das licitações em matéria de concessão de serviços públicos. In: Direito do estado: novos rumos. São Paulo: Max Limonad, 2001, t.2, p. 139.

¹⁹⁴ Alexandre Santos de Aragão conceitua as parcerias público-privadas como sendo “os contratos de delegação da construção, ampliação, reforma ou manutenção de determinada infra-estrutura e da gestão da totalidade ou parte das atividades administrativas prestadas por seu intermédio, mediante remuneração de longo prazo arcada total ou parcialmente pelo Estado, fixada em razão da quantidade ou qualidade das utilidades concretamente propiciadas pelo parceiro privado à Administração Pública ou à população”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Delegações de Serviço Público. Revista de Interesse Público n. 40. p. 127.

¹⁹⁵ Destaca Adilson de Abreu Dallari: “As parcerias público-privadas servem, exatamente, para conferir viabilidade econômica a serviços públicos essenciais mas de baixa rentabilidade econômica, ou seja, em situações nas quais, sabidamente, não existe possibilidade de assegurar a sustentabilidade do serviço exclusivamente pelo pagamento de tarifas por parte de seus usuários. Não se trata de, incidentalmente ou eventualmente, pagar um subsídio para compensar diferenças eventuais ou episódicas. Trata-se, sim, de se estabelecer no próprio momento de celebração do contrato entre o particular e o Poder Público, que este vai, necessariamente, efetuar pagamentos ao particular executante, seja para completar o volume de recursos demandados pelo empreendimento, seja para remunerar, em todo ou em parte, os serviços prestados”. DALLARI, Adilson Abreu; BRANCO, Adriano Murgel. O financiamento de obras e de serviços públicos. São Paulo: Paz e Terra, 2006, p. 129.

mediante a garantia estatal de adicional de tarifa, a ser adimplido pelo poder concedente¹⁹⁶.

Registra Carlos Ari Sundfeld que

...no regime da Lei de Concessões já era viável que, além das tarifas cobradas dos usuários, o concessionário tivesse outras fontes de receita, inclusive adicionais pagos pela Administração. Mas, se esses contratos já eram juridicamente possíveis, sua viabilidade prática estava dependendo da criação de um adequado sistema de garantias, que protegesse o concessionário contra o inadimplemento do concedente¹⁹⁷.

A Lei Federal nº 8.987/95 já permitia que o poder concedente complementasse direta ou indiretamente o valor arrecadado com as tarifas para viabilizar a prestação de serviços públicos pela iniciativa privada¹⁹⁸. O problema é que inexistia a segurança jurídica necessária para delegações de serviços públicos com apoio financeiro do Poder Público.

Os contratos de Parcerias Público-Privadas destinam-se ao atendimento dos serviços públicos que não são economicamente auto-sustentáveis. Se o empreendimento tiver sustentabilidade econômica, o ente estatal terá que adotar a concessão comum, que é a menos onerosa para os cofres públicos.

As parcerias público-privadas são cabíveis em três hipóteses: a) quando nos serviços públicos ou obras públicas, a rentabilidade econômica do empreendimento é insuficiente para gerar receita tarifária necessária para amortização dos investimentos demandados; b) quando os usuários não dispõem de

¹⁹⁶ Registra Jacintho Arruda Câmara que “As novas espécies de concessões, introduzidas formalmente no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei das PPPs, trazem como ponto comum a previsão de que a Administração responda financeiramente pelo custo do empreendimento a ser delegado a particulares. Ou seja, o particular constrói a obra ou presta o serviço, adquire com isso o direito de explorar economicamente o empreendimento por período determinado, mas sua remuneração não recairá exclusivamente nos usuários do serviço, como tradicionalmente se dá. As concessões definidas como PPPs prevêm que o Poder Público assumirá (total ou parcialmente) a obrigação de remunerar o investidor privado (prestador do serviço ou mantenedor da obra pública). É justamente essa peculiaridade que aponta o campo de aplicação propício para esse modelo contratual”. CÂMARA, Jacintho Arruda. *A Experiência Brasileira nas Concessões de Serviço Público e as Parcerias Público-Privadas*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 178.

¹⁹⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. *Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 21.

¹⁹⁸ Registra Dinorá Adelaide Musetti Grotti que “quando a exploração se faça pela cobrança de tarifas aos usuários, não há impedimento a que o concedente subsidie parcialmente o concessionário para composição do equilíbrio econômico – financeiro do contrato. A interpretação a contrario sensu do art. 17 leva a conclusão de que inexistente impedimento para o estabelecimento do subsídio pelo Poder Público, desde que haja previsão legal e esteja à disposição de todos os concorrentes”. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *A experiência brasileira nas concessões...*, p. 99.

capacidade financeira para o pagamento de tarifas; e c) quando os empreendimentos são de elevados riscos (casos que exigem altos investimentos em curto prazo, com incerteza quanto à obtenção de resultados necessários).

As parcerias público-privadas foram divididas em duas espécies: 1) as concessões patrocinadas e 2) as concessões administrativas. Nas concessões patrocinadas, o concessionário será remunerado pelas tarifas cobradas dos usuários, acrescidas da contraprestação pecuniária devida pelo parceiro público. A amortização do investimento feito pelo concessionário é realizada concomitantemente pelas tarifas e recursos financeiros do próprio erário. Já nas concessões administrativas¹⁹⁹, a cobrança de tarifas é inviável, sendo que a contraprestação devida ao concessionário será feita exclusivamente com recursos do Estado. A concessão administrativa é um investimento privado amortizável longo prazo, findo o qual os bens construídos, reformados ou mantidos pelo particular reverterem ao Poder Público. A única diferença é que essa amortização se fará com recursos públicos, sem qualquer participação de tarifas dos usuários.

As concessões administrativas podem envolver serviços públicos sociais (ex.: a educação, a saúde, a cultura); serviços públicos econômicos (ex.: construção de rodovia, saneamento básico); atividades preparatórias ou de apoio ao exercício do poder de polícia (ex.: construção e administração de um presídio)²⁰⁰.

¹⁹⁹ Para Carlos Ari Sundfeld, a concessão administrativa de serviços públicos: “é aquela em que, tendo por objeto os serviços públicos a que se refere o art. 175 da CF, estes sejam prestados diretamente aos administrados sem a cobrança de qualquer tarifa, remunerando-se o concessionário por contraprestação versada em pecúnia pelo concedente (em conjunto, ou não, com outras receitas alternativas). Nesse caso, embora os administrados sejam os beneficiários imediatos das prestações, a Administração Pública será havida como usuária indireta, cabendo a ela os direitos e responsabilidades econômicas que, de outro modo, recairiam sobre eles”. SUNDFELD, Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas..., p. 29.

²⁰⁰ Sobre a temática, destaca Jacintho Arruda Câmara: “Também é possível vislumbrar a outorga de concessão administrativa de serviços públicos. Essa espécie pode ser adotada, por exemplo, quando houver dificuldade para estabelecer uma relação individualizada com os destinatários finais dos serviços, o que inviabilizaria a cobrança por meio de tarifa. Seria o caso dos serviços de iluminação pública ou de limpeza urbana. Em tais serviços a dificuldade para caracterizar a singular fruição do serviço pelos usuários finais, na prática, acabou se tornando uma barreira à outorga dos serviços mediante concessão. Sem a individualização, que seria pressuposto para a cobrança, o único remédio seria a Administração pagar pelos serviços – e, nesse caso, ter-se-ia afastado, em princípio, o regime de concessão. Com a concessão administrativa esse problema resta superado, uma vez que seria plenamente possível considerar a Administração como beneficiária indireta do serviço a ser delegado, arcando, assim, com a obrigação de remunerar o concessionário”. CÂMARA, A Experiência Brasileira nas Concessões ..., p. 180-181.

2.11 A concretização de direitos fundamentais mediante a prestação de serviços públicos

Ao longo desta exposição, já é ponto pacífico que o serviço público está voltado à satisfação das necessidades coletivas e dos interesses públicos. Para Thiago Lima Breus, os serviços públicos cumprem função instrumental à proteção e concretização dos direitos fundamentais²⁰¹. Todas as atividades estatais encontram-se voltadas à satisfação e à promoção dos referidos direitos²⁰².

Ao implicar o fornecimento de utilidades ou comodidades aos usuários, o serviço público cumpre função primordial à dignidade humana. Ele está intimamente relacionado ao cumprimento de um dever ligado a um direito fundamental. As suas prestações materiais são voltadas definitivamente à satisfação de necessidades vitais para o desenvolvimento da pessoa humana. Os serviços públicos encontram-se sempre vinculados a valores relevantes que merecem a tutela de outras normas constitucionais. Em função disso, o referido instituto ocupa posição jurídica destacada no ordenamento nacional²⁰³, sendo considerado por Mônica Spezia Justen como um instrumento relevante *“para construção de uma solidariedade social e de uma coesão social”*²⁰⁴. Ela destaca que *“Essa nova forma de compreender os serviços públicos implica a recondução desse instituto tipicamente de Direito Administrativo ao plano mais nobre em que um instituto jurídico pode existir: o plano*

²⁰¹ 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 – Direitos Fundamentais, Formas Organizacionais e Cidadania. Curitiba: Juruá, 2007, p. 263. No mesmo sentido, registra César A. Guimarães Pereira que: “Vinculando-se o conceito de serviço público à concretização de direitos fundamentais e de outros valores constitucionais, afasta-se a idéia de que seria inteiramente facultativa a criação dos serviços públicos. O Estado tem o dever de perseguir a realização da dignidade humana, dos direitos e valores fundamentais da Constituição. Assim, a criação de ao menos uma parcela dos possíveis serviços públicos é objeto de um dever de legislar. Isso tem direta conexão com a finalidade de concretização de direitos fundamentais que se pode vislumbrar nos serviços públicos”. PEREIRA, Usuários..., p. 273-274.

²⁰² A respeito, escreve Romeu Felipe Bacellar Filho: “A existência da Administração Pública, como aparelhamento do Estado preordenado à execução de seus objetivos, só se justifica pela prestação de atividades que sejam de interesse comum, de interesse público. A concepção originária da Administração não se desprende da idéia de prestação de serviços à coletividade”. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 150.

²⁰³ Sobre o tema, anotou Alexandre Santos de Aragão: “Os serviços públicos constituem prestações sem as quais, em determinada cultura, as pessoas se vêem desvestidas daquele mínimo que se requer para a viabilização adequada das suas vidas”. ARAGÃO, Direito dos..., p. 520.

²⁰⁴ JUSTEN, Mônica Spezia. A Noção de Serviço Público no Direito Europeu. São Paulo: Dialética, 2003, p. 231.

*do direito constitucional*²⁰⁵. É no plano constitucional que se encontra um programa de direitos fundamentais voltados à efetivação plena da cidadania e da dignidade da pessoa humana. Tal programa não fica à livre disposição dos órgãos constitucionais.

Para Alexandre Santos de Aragão, não há um direito fundamental de acesso aos serviços públicos. Entretanto, o referido autor reconhece que

O acesso aos serviços públicos é seguramente importante para a 'capacidade de funcionar' na sociedade. Além disso, é um fator de identidade que contribui para o sentimento de fazer parte de uma comunidade'. Em outras palavras, os serviços públicos não são em si um direito fundamental, mas meios de realização de direitos fundamentais autonomamente considerados²⁰⁶.

Portanto, os direitos fundamentais são concretizados mediante a fruição pelos usuários de serviços públicos, os quais devem ser obrigatoriamente disponibilizados pelo ente estatal competente. Seguramente, o serviço público constitui elemento para a coesão e a solidariedade social. Neste sentido, defende César A. Guimarães Pereira:

Vincula-se o serviço público à realização material da dignidade da pessoa humana. Atribui-se ao serviço público o caráter da garantia constitucional material de direitos fundamentais, de modo que a sua supressão equivaleria a tornar materialmente inexistente esses direitos²⁰⁷.

Toda atuação estatal tem a dignidade humana como fundamento e justificação. Como os serviços públicos são o meio material pelo qual o Estado assegura o cumprimento da sua elevada missão constitucional, é incontestável que cumpre ao ente estatal assegurar o mínimo existencial daquela utilidade, para que os cidadãos assegurem uma existência digna²⁰⁸.

A seguir serão objeto de estudo a tutela constitucional da equação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão e a questão dos hipossuficientes usuários dos serviços públicos.

²⁰⁵ Idem, p. 231.

²⁰⁶ ARAGÃO, Direito dos Serviços Públicos..., p. 532-531.

²⁰⁷ PEREIRA, Usuários..., p. 7-8.

²⁰⁸ Idem, p. 311.

3. A TUTELA CONSTITUCIONAL DA EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA DO CONTRATO DE CONCESSÃO E O EQUACIONAMENTO DA QUESTÃO DO USUÁRIO DE SERVIÇO PÚBLICO HIPOSSUFICIENTE

3.1 O direito constitucional do concessionário ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo de concessão de serviço público

O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de serviços públicos constitui cláusula fundamental destes ajustes administrativos. Nestes, é firmada entre os contratantes uma relação entre encargos e retribuições. Esclarece Marçal Justen Filho que a expressão equilíbrio econômico-financeiro indica que

os encargos correspondem (equivalem, são iguais) às retribuições. A expressão equilíbrio esclarece que o conjunto dos encargos é a contrapartida do conjunto das retribuições, de molde a caracterizar uma equação – sob prisma puramente formal²⁰⁹.

O direito constitucional do concessionário ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo abrange todas as concessões: comum, patrocinada e administrativa. Todas essas formas de contratação sujeitam-se à incidência da referida garantia constitucional.

As obrigações recíprocas fixadas no contrato de concessão de serviço público possuem um valor de relação que corresponde a uma proporção. É essa relação proporcional fixada entre encargos e retribuições que restará assegurada durante toda a execução da relação contratual. Nenhum dos referidos elementos da relação são imutáveis, porém, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro pressupõe a vedação total à alteração de apenas um dos elementos da equação. Para Marçal Justen Filho, *“Não é possível alterar, quantitativa ou qualitativamente, apenas o âmbito dos encargos ou tão-somente o ângulo das retribuições”*²¹⁰. Podem

²⁰⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. São Paulo: Dialética, 2003, p. 388.

²¹⁰ Idem, p. 390.

ser ampliados os encargos do concessionário, desde que reste assegurado o aumento proporcional das retribuições²¹¹ previstas contratualmente.

Registra Marçal Justen Filho que

A intangibilidade da equação econômico-financeiro abrange apenas os efeitos patrimoniais da contratação. Não se trata de impedir a modificação do conteúdo das prestações fixadas contratualmente. O que se veda é modificar a relação de natureza econômica entre encargos e vantagens²¹².

O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos não constitui óbice jurídico à modificação dos contratos administrativos, visando, por exemplo, à prestação adequada e eficiente dos serviços públicos. Porém, as condições da equação econômico-financeiro da proposta, caso afetadas, devem ser recompostas ao quadro desenhado inicialmente, conforme garantia constitucional instituída nos art. 37, XXI c/c 175 da CF/88.

No âmbito infraconstitucional, a equação do equilíbrio econômico-financeiro também foi disciplinada (art. 57, § 1º, 58, § 1º, e 65, II, d da Lei 8.666/93; art. 9º, §§ 2º e 4º da Lei 8.987/95). Sobre o tema, registra Alexandre Santos de Aragão que: *“É possível ao Estado alterar o marco regulatório inicial e impor ao concessionário a prestação de novas obrigações, desde que, concomitantemente, ou seja, no mesmo ato, readapte a equação (art. 9º, §4º, Lei nº 8.987/95)”*²¹³. É fundamental ressaltar que não é qualquer alteração contratual que poderá provocar um desequilíbrio na equação econômico-financeira dos contratos de concessão de serviço público. A modificação deve afetar a avença econômico-financeira esperada pelo concessionário. É que determinadas alterações unilaterais no contrato que não tenham atacado a equação não ensejam recomposição da avença inicial²¹⁴.

²¹¹ Neste sentido, escreve Caio Tácito: “as obrigações recíprocas que figuram na concessão não têm um valor absoluto, elas possuem um valor de relação: entre elas se estabelece uma determinada proporção e é esta proporção que deve ser mantida. Não são as prestações (A, B, C) do concedente que são imutáveis, nem aquelas (a,b,c) da concessionária, mas a relação que foi estabelecida entre A, B, C e a, b, c”. TÁCITO, Caio. *O Equilíbrio Financeiro na Concessão de Serviço Público. Temas de Direito Público*, 1º vol. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 201.

²¹² JUSTEN FILHO, Teoria Geral..., p. 392.

²¹³ ARAGÃO, *Direito dos Serviços Públicos...*, p. 549.

²¹⁴ Registra Alexandre Santos de Aragão que “Alguns importantes aspectos econômicos do contrato constam de cláusulas de serviço (ex.: a fixação da tarifa), e como tal estão na esfera unilateral do poder público, que, no entanto, deverá sempre observar o equilíbrio econômico-financeiro inicialmente pactuado, recompondo-o se for o caso (art. 9º, §4º, Lei n. 8.987/97). É que, ao contrário do que pode parecer, a intangibilidade é apenas da equação econômico-financeira, não das cláusulas que tenham expressão econômica em si, inclusive as respeitantes à estrutura tarifária, que podem, portanto, ser alteradas, desde que o delegatário seja de alguma forma recompensado (ex. a tarifa

Em caso de desequilíbrio da equação econômico-financeira da concessão em função da alteração unilateral do contrato, a sua readequação deve ser concomitante (art. 9º, §4º, Lei nº 8.987/95). A ação estatal que alterar o contrato, onerando ou desonerando o concessionário, deve já estipular, na mesma oportunidade, a medida, visando à recomposição da equação econômico-financeira inicial²¹⁵. Alexandre Santos de Aragão sustenta que a ausência de medida administrativa amparando o reequilíbrio contratual deve ensejar a suspensão da eficácia da alteração:

Qualquer alteração unilateral da concessão, aí incluídas as cláusulas de serviço, que não for desde a sua origem acompanhada do reequilíbrio, tenha sido editada pelo Estado-Administração ou pelo Estado-Legislador, fica com a sua eficácia em relação à concessão suspensa, condicionada a que seja definida a forma de manutenção da equação econômico-financeira inicial²¹⁶.

É importante também ressaltar que, caso sejam diminuídos os encargos atribuídos ao concessionário, isto terá força suficiente para ocasionar a redução das vantagens que aquele auferiria, caso fossem mantidas as condições iniciais da contratação²¹⁷. Assim, a cláusula da equação econômico-financeira é uma via de mão-dupla, ou seja, a diminuição dos encargos enseja a redução das vantagens.

Registra Alexandre Santos de Aragão que a proteção da equação do equilíbrio econômico-financeiro cumpre dupla função: a) é um contrapeso às prerrogativas exorbitantes da Administração Pública na gestão dos contratos de que seja parte; e b) resguarda a continuidade do serviço e os interesses públicos envolvidos pelo contrato (desonerar o Estado do investimento para a prestação direta, prestação de serviços públicos adequados, universalização do serviço)²¹⁸.

pode ser diminuída, mas o equilíbrio econômico-financeiro há de ser recomposto mediante a minoração dos investimentos, a não reversibilidade de parte dos bens, o aumento do prazo da delegação etc.)". ARAGÃO, **Direito dos Serviços Públicos...**, p. 549.

²¹⁵ Idem, p. 643-644.

²¹⁶ Idem, p. 644.

²¹⁷ Neste sentido, defende Alexandre Santos de Aragão: "O equilíbrio contratual resulta de uma equação econômico-financeira complexa, inclusiva de todos os fatores favoráveis e desfavoráveis a ambas as partes. Se as áleas extraordinárias em questão ocorrerem desonerando o concessionário, o contrato deve ser revisto em benefício do poder concedente ou dos usuários. Não se trata de sanção ou gravame para o concessionário, mas apenas da manutenção do contrato em seus termos econômicos iniciais, da mesma forma que ocorreria, caso a álea extraordinária estivesse onerando o concessionário. O que se visa em ambos os casos é evitar o enriquecimento injustificado de qualquer das partes. O equilíbrio econômico-financeiro é, portanto, uma garantia de mão-dupla, razão pela qual os reguladores também devem estar constantemente atentos para eventuais desequilíbrios em favor dos concessionários". Idem, p. 645.

²¹⁸ ARAGÃO, **Direito dos Serviços Públicos...**, p. 637-638.

Seguramente, o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão serve precipuamente à defesa do interesse público²¹⁹. É inegável que o concessionário precisa ser remunerado adequadamente para viabilizar a prestação do serviço público de forma contínua e eficiente. A quebra da referida proporção fixada na equação pode implicar a frustração da concessão, ocasionando sérias consequências às partes envolvidas (poder concedente, concessionário e usuários). Por isso, é justificável a tutela constitucional à referida equação contratual, visando a sua integral manutenção durante todo o curso da execução do contrato.

3.2 A quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de serviço público

Conforme já visto, o concessionário tem o direito constitucional à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de serviços públicos. É apenas dentro do marco contratual fixado, a partir da licitação, que o concessionário encontra-se obrigado a prestar o serviço público que lhe foi licitamente delegado, desde que seja respeitada a avença econômico-financeira inicial.

Há determinados fatos supervenientes que ensejam a quebra do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de serviços públicos. Tanto pode ocorrer a modificação dos encargos como a variação dos benefícios, exigindo, assim, uma repactuação da avença inicial.

Segundo a doutrina, a álea ordinária ou empresarial não pode ocasionar proteção especial para o concessionário. As circunstâncias previsíveis, bem como as imprevisíveis, mas de resultados contornáveis, devem ser suportadas pelo contratado, já que correspondem aos riscos da sua atividade enquanto

²¹⁹ Registra Alexandre Santos de Aragão que “Nos contratos de concessão de serviços públicos, face à sua longa duração e ao fato de visarem ao exercício de uma atividade-fim do Estado, há uma especial preocupação do legislador e dos tribunais em manter o equilíbrio econômico-financeiro. Se no decorrer da sua execução houver algum fato que a altere, seja impondo-lhe um maior custo (ex. obrigação de construir abrigos para passageiros, não prevista originariamente) ou a sua diminuição (ex.: redução de percurso deficitário de linha de ônibus), a equação deve ser recomposta”. ARAGÃO, **Direito dos Serviços Públicos...**, p. 635-636.

empreendedor da iniciativa privada²²⁰. Podem ser citados os seguintes exemplos: as variações de preço e o aumento dos encargos salariais.

Já o desequilíbrio da equação econômico-financeiro do contrato pode decorrer: 1) Da *Álea Administrativa*: que é decorrente da ação ou omissão do poder concedente. A doutrina subdivide nos seguintes tópicos:

1.1) Exercício, pela Administração, da prerrogativa de modificação unilateral do contrato de concessão: ocorre quando aquela se utiliza de suas prerrogativas para alterá-lo, visando ao bom atendimento do interesse público, o que impõe o dever de restabelecer o equilíbrio²²¹.

1.2) Desequilíbrio econômico-financeiro em decorrência de fato da Administração: é configurado quando o poder concedente viola obrigações assumidas perante o concessionário. Neste caso, resta atingida diretamente a concessão. Podem ser apontados como exemplos: a) a falta de entrega do local da obra ou do serviço; b) a ausência de providencia administrativa para as desapropriações necessárias; e c) deixar de pagar as prestações contratuais²²². Como implica inadimplemento das obrigações da Administração contratante, é impositivo o pagamento de indenização devida ao concessionário.

1.3) Desequilíbrio econômico-financeiro em decorrência de fato do príncipe²²³: é uma determinação geral e imprevisível, jurídica ou material, praticada pela própria Administração contratante. O contrato administrativo é atingido reflexamente, mas se for significativo será necessária a sua modificação. Registra Marçal Justen Filho que “Quando caracterizado o fato príncipe, o contratado terá

²²⁰ Registra José Anacleto Abduch Santos que “O concessionário assume por sua conta e risco a *álea ordinária* presente em toda atividade comercial”. SANTOS, José Anacleto Abduch. **Contratos de Concessão de Serviços Públicos – Equilíbrio Econômico-Financeiro**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 155.

²²¹ Idem, p. 159-162. Assegura José Anacleto Abduch Santos que “A modificação unilateral do contrato de concessão não é uma faculdade do concedente. Constitui um dever-poder inafastável a ele conferido para a prossecução do interesse público. Renunciar a este poder-dever equivale a renunciar ao atendimento do interesse público, o que é reprovável de acordo com o sistema constitucional brasileiro”. Depois, prossegue: “A alteração unilateral do contrato de concessão promovida pela Administração não caracteriza falta contratual, cabendo a ela apenas a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato”. Idem, p. 160.

²²² Idem, p. 162-166.

²²³ Registra Marçal Justen Filho: “A maior parte da doutrina reputa que o fato do príncipe se verifica quando a execução do contrato é onerada por uma medida proveniente da autoridade pública contratante, mas que exercita esse poder em um campo de competência estranho ao contrato”. JUSTEN FILHO, **Teoria Geral**..., p. 384.

*direito à indenização completa e integral, a ser apurada em face das circunstâncias, salvo na hipótese em que o instrumento contratual já estabelecer uma solução de predeterminação da indenização*²²⁴.

O desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão pode surgir em função de evento: 2) Da Álea Econômica: trata-se de acontecimentos de ordem econômica externos à vontade das partes e que repercutem na equação econômico-financeira. Subdividem-se em

2.1) Acontecimentos externos ao contrato e estranhos à vontade das partes, imprevisíveis e inevitáveis (teoria da imprevisão): correspondem aos acontecimentos econômicos excepcionais que afetam a execução do contrato administrativo, exigindo que o poder concedente partilhe as cargas negativas impostas ao concessionário. O fato não exime o contratado de cumprir com as suas obrigações, mas exige a atuação positiva da Administração para a continuidade do serviço público²²⁵. A teoria da imprevisão exige a comprovação de alguns requisitos: a) imprevisibilidade do evento; b) inimputabilidade do evento às partes; c) grave modificação das condições do contrato; e d) ausência de impedimento absoluto²²⁶.

2.2) Desequilíbrio econômico-financeiro em decorrência de força maior, caso fortuito e sujeições imprevistas: ocasionam a impossibilidade de adimplemento das obrigações contratuais por dificuldades imprevistas que afetam a execução do serviço. São exemplos típicos os casos de tremores, enchentes e guerras. Neste caso, o concessionário pode interromper a prestação do serviço sem que disso resulte sanção, além de ser cabível indenização por serviços já prestados²²⁷.

²²⁴ Idem, p. 385.

²²⁵ Registra Marçal Justen Filho que “Durante a execução de contratos, em especial aqueles de longa duração, podem ocorrer alterações econômicas imprevisíveis, tornando inviável ao particular executar o contrato nas condições originalmente previstas. Executar a prestação nos exatos termos inicialmente previstos acarretaria sua ruína. Veja-se que a execução é materialmente possível, mas seria economicamente desastrosa. Ademais disso, o evento prejudicial deve reputar-se como passageiro. Se houver uma modificação que torne definitivamente impossível ou ruinoso executar o contrato, deverá aplicar-se a teoria da força maior, rescindindo-se o contrato ou realizando um outro”. JUSTEN FILHO, **Teoria Geral**..., p. 385. No mesmo sentido, registra Alexandre Santos de Aragão: “É todo acontecimento externo ao contrato, estranho à vontade das partes, imprevisível e inevitável, que causa um desequilíbrio considerável, tornando a execução do contrato excessivamente onerosa para uma das partes”. ARAGÃO, **Direito dos Serviços Públicos**..., p. 642.

²²⁶ Idem, p. 385-387.

²²⁷ Registra Marçal Justen Filho que “Quando os eventos supervenientes tornarem impossível a execução da avença, o contrato será desfeito, sem sancionamento para qualquer das partes”. JUSTEN FILHO, **Teoria Geral**..., p. 387.

Apenas a álea extraordinária (administrativa ou econômica) enseja, portanto, o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de serviço público. Mas a prova do referido desequilíbrio, bem como o reconhecimento do direito à recomposição, envolve uma análise do universo fático. Aponta Marçal Justen Filho que é necessária a comprovação de três ordens de eventos: a) a quebra da equação econômico-financeira mediante a *“comparação entre as projeções originais sobre a execução do contrato e as efetivas condições dessa execução. A quebra da equação se evidencia quando provada a frustração das expectativas concretas formuladas acerca dos resultados econômicos da avença”*²²⁸; b) a frustração decorreu do aumento dos encargos e/ou a redução das retribuições previstas originalmente no contrato; 3) precisa ficar caracterizado que a ampliação dos encargos e/ou a redução das retribuições configuram eventos extraordinários, de cunho imprevisível ou de efeitos incalculáveis²²⁹.

Essas são as condições para caracterizar a quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. São, em síntese, os pressupostos para a ocorrência da quebra da equação relativa ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de serviço público.

3.3 As tarifas cobradas dos usuários de serviços públicos

A tarifa é o valor pecuniário que os usuários são obrigados a pagar ao concessionário, quando da utilização de serviço público. Na concessão comum, a tarifa paga pelos usuários é o mecanismo financeiro utilizado para o investidor obter o retorno financeiro do empreendimento. O seu valor financeiro deve ser suficiente para manter a prestação do serviço de forma adequada e eficiente (renovação e ampliação das técnicas e insumos necessários ao serviço, incrementar a eficiência do trabalho, constituir reservas técnicas); amortizar todo o capital investido; e obtenção do lucro desejado.

²²⁸ Idem, p. 399.

²²⁹ Idem, p. 399.

O regime da prestação do serviço público (concorrência ou monopólio) determina a forma da fixação da tarifa. Na hipótese de concorrência²³⁰, as tarifas deverão ser fixadas conforme os mecanismos de mercado. Neste sentido, esclarece Marçal Justen Filho: *“A demanda e a oferta funcionarão como instrumentos autônomos para determinar os preços, incumbindo ao poder concedente uma função mais restrita – consistente em evitar práticas ofensivas à livre competição”*²³¹. Já nos casos de monopólio (natural ou não), a remuneração deve ser fixada pelo poder concedente.

Embora constitua, assim, um dos elementos centrais da equação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, o valor pecuniário da tarifa é mutável por parte do poder concedente²³². Entretanto, a alteração do valor tarifário enseja impacto direto na proporção fixada pela referida equação, devendo ser apontadas, assim, as medidas administrativas para restabelecê-la²³³.

²³⁰ No âmbito dos serviços de telecomunicação, dispõe o art. 104 da Lei Federal nº 9.472/97 quanto à definição das tarifas: “Art. 104. Transcorridos ao menos três anos da celebração do contrato, a Agência poderá, se existir ampla e efetiva competição entre as prestadoras do serviço, submeter a concessionária ao regime de liberdade tarifária. §1º No regime a que se refere o caput, a concessionária poderá determinar suas próprias tarifas, devendo comunicá-las à Agência com antecedência de sete dias de sua vigência. §2º Ocorrendo aumento arbitrário dos lucros ou práticas prejudiciais à competição, a Agência restabelecerá o regime tarifário anterior, sem prejuízo das sanções cabíveis”. BRASIL. **Congresso Nacional**. Lei Federal n. 9.472/1997. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br>. Acesso em 15 de dez. 2008.

²³¹ Idem, p. 351.

²³² Destaca José Anacleto Abduch Santos que “Se o Estado contemporâneo – especialmente no tocante aos países periféricos em desenvolvimento -, para prestar serviços públicos em consonância com os princípios constitucionais (isonomia, eficiência etc.) depende da colaboração dos particulares, que assumirão a prestação mediante o regime de concessão, parece evidente que a tutela do regime tarifário não possa estar desvinculada da pessoa pública. A ela competirá aferir, dentro do corpo social, o grau de demanda e o grau de possibilidade econômica que assiste aos usuários, de modo que a universalidade do serviço não reste violada sob um regime tarifário que não seja razoável e economicamente suportável”. SANTOS, **Contratos de Concessão...**, p. 213.

²³³ Em igual sentido, defende Celso Antonio Bandeira de Mello: “O contratual – e que, por isso, não pode ser modificado pelo poder público – é o valor resultante do equilíbrio econômico-financeiro, de que a tarifa é uma expressão, entre outras. Onde, ao concedente é lícito alterar, como convenha, a grandeza dela, contanto que, ao fazê-lo, mantenha incólume a igualdade matemática substancial já estabelecida e da qual o valor da tarifa se constitui em um dos termos, conquanto não necessariamente no único deles. Logo, não há impediante jurídico a que o poder público adote um sistema de tarifas subsidiadas, se a tanto for levado para manter-lhes a necessária modicidade”. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 654. No mesmo sentido, ressalta César A. Guimarães Pereira, a tarifa “a definição da tarifa não faz parte do núcleo imutável da concessão – que é composto pela equação econômico-financeira, não pelos elementos dessa equação – e pode ser alterada no curso da concessão, desde que integralmente preservada a equação contratual. Desse modo, sua estipulação pressupõe a conjugação dos inúmeros interesses conflitantes que se submetem à apreciação administrativa. Sofre a influência do conjunto de princípios que disciplinam a ação da Administração Pública. Reflete opções administrativas sobre a condução dos serviços públicos em questão – o que pode resultar, p.

A tarifa pela utilização de serviço público não é considerada tributo. Por isso, é insuscetível de ser submetida ao regime constitucional-tributário. Logo, é isenta, por exemplo, da incidência do princípio da anterioridade tributária. Ela corresponde à remuneração pelos usuários de serviços públicos objeto de concessão, prestados indiretamente, na forma do art. 175 da Constituição Federal.

A tarifa é fixada por ato administrativo, conforme esclarece César A. Guimarães Pereira:

Ainda que derivem da proposta do concessionário na licitação, são fixados por ato administrativo (no mínimo homologatório). Portanto, derivam de ato infralegal. Não são preços privados, mas remuneração estipulada de acordo com os princípios e parâmetros comuns da atuação administrativa, inclusive quanto à subordinação à lei²³⁴.

A tarifa, portanto, é de natureza contratual e voluntária, cumprindo ao poder concedente a sua fixação²³⁵.

Há uma discussão acerca da forma de remuneração (taxa ou tarifa) do serviço público sujeito à concessão. Para Alexandre Santos de Aragão, os serviços públicos objeto de concessão devem ser remunerados por tarifa pública (art. 175, da CF/88; art. 9º, §1º, 2ª parte da Lei Federal nº 8.987/95)²³⁶. O regime constitucional-

ex., na estipulação de tarifas inferiores ao custo do serviço, complementadas mediante o aporte de recursos gerais disponíveis para a Administração". PEREIRA, **Usuários...**, p. 370/371.

²³⁴ PEREIRA, **Usuários...**, p. 354.

²³⁵ José Anacleto Abduch Santos consigna que "Ainda que a deliberação quanto ao valor da tarifa conte com a iniciativa, ou com a participação do concessionário, a definição final do montante não prescinde de homologação pelo Poder Público. Decorre do poder regulamentar a que está submetido o regime tarifário, que a Administração poderá reduzir as tarifas de ofício, sem o consentimento do concessionário, e mesmo contra a sua vontade. Poderá ainda determinar que permaneça inalterada, independentemente de ser ou não suficiente para cobrir os gastos de exploração do serviço, sem que assista direito ao concessionário de insurgir-se contra tal conduta, o que não significa, (...), que não assista direito do concessionário ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, que será recomposto pela adoção de outras modalidades jurídicas que não o aumento da tarifa, como, por exemplo, pela utilização de fontes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou derivadas de projetos associados ao do objeto da concessão". SANTOS, **Contratos de Concessão de Serviços Públicos...**, 212. Idem, p. 159-162.

²³⁵ Idem, p. 159-162.

²³⁶ Registra Alexandre Santos de Aragão que "...o art. 175 da CF representa uma exceção ao regime tributário pela Constituição para os serviços públicos remunerados por taxa, de forma que, sempre que o serviço público (compulsório ou não) tiver sido concedido, a sua remuneração se dará por tarifa. É o que também se infere do art. 9º, §1º, 2ª parte, da Lei n. 8.987/95, que dispõe, a contrario sensu, que a cobrança da tarifa poderá se dar independentemente da existência de serviço alternativo e gratuito para o usuário". ARAGÃO, **Direito dos Serviços Públicos...**, p. 610.

tributário é incompatível com a sistemática da concessão de serviços públicos previstos no art. 175 da Constituição Federal²³⁷.

A sujeição das taxas ao princípio da anterioridade acaba inviabilizando, por exemplo, o restabelecimento do equilíbrio da equação econômico-financeira dos contratos de concessão. Um desequilíbrio ocorrido durante determinado exercício financeiro somente poderá ser corrigido no subsequente. É que dependerá de lei aprovada e publicada no exercício em que ocorreu a anomalia para ser aplicada apenas no ano posterior. Essa demora poderá ensejar, por exemplo, a quebra do concessionário, causando enorme prejuízo ao interesse público tutelado pela concessão.

Registra César A. Guimarães Pereira que a existência de contraprestação por parte do usuário não é essencial para a configuração da relação jurídica de serviço público. Há serviços públicos gratuitos, prestados sem a participação pecuniária direta do usuário. Neste caso, os serviços oferecidos são custeados por receitas de outra natureza, percebidas pelo prestador dos serviços. É o caso específico do serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, cujo custo da sua prestação é mantido pela comercialização de propagandas e anúncios²³⁸. Assevera César A. Guimarães Pereira:

Pode-se afirmar corretamente, à luz do conceito estrito de serviço público, (a) que o serviço público envolve um usuário que integra uma relação jurídica com o prestador; (b) que todo serviço público tem custos e, portanto, é mensurável economicamente e (c) que em todo serviço público é possível, em tese, imputar ao usuário uma parcela desse custo²³⁹.

²³⁷ Sob esse aspecto, esclarece Floriano de Azevedo Marques Neto: “Parece-me que a Constituição se refere às duas acepções de serviço público. No art. 145, II, parece-me que o termo “serviços públicos” passíveis de suportar a instituição de taxas trata-se de seu sentido amplo e impróprio, esvaziando dos serviços públicos estritos (v.g., aqueles passíveis de exploração econômica). Já no art. 175, dentro, pois do Capítulo da Ordem Econômica, o constituinte lançou mão do termo no sentido restrito (ou sentido próprio), prevendo a prestação de serviços públicos passíveis de exploração pela iniciativa privada, mediante delegação específica. Só assim se justifica a previsão, no inciso III do Parágrafo único deste art.175 de que a Lei estabelecerá a “política tarifária”. Dito doutro modo, os serviços públicos referidos na ordem tributária são aqueles desprovidos de natureza econômica (porquanto sinônimos de atuação estatal, impassível de delegação), remuneráveis pela espécie tributária taxa. Já os serviços públicos referidos na Ordem Econômica são aqueles passíveis de exploração econômica (ou seja, espécie do gênero atividade econômica), cuja exploração pode ser trespassada à iniciativa privada e cuja remuneração não poderia ter natureza tributária, sendo remunerados por tarifa (espécie do gênero preço público)”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Nova Regulação dos Serviços Públicos. **Revista de Direito Administrativo**, n. 228, p. 18.

²³⁸ PEREIRA, **Usuários...**, p. 337.

²³⁹ Idem, p. 338.

Na concessão comum, o custo do serviço público pode ser adimplido pela tarifa exigida do usuário, bem como pelas fontes alternativas de receita, previstas no art. 11 da Lei Federal nº 8.987/95. Na concessão pa trocinada, o poder concedente arcará parcialmente com o custo do serviço público disponibilizado. Parte dele virá da cobrança das tarifas dos usuários e/ou das receitas alternativas. Já nas concessões administrativas, o pagamento do custo do serviço será de responsabilidade integral do poder concedente.

Há os casos em os que usuários dos serviços públicos são hipossuficientes, razão pela qual não possuem capacidade contributiva para o pagamento das tarifas exigidas em decorrência da concessão de serviço público. Por outro lado, sem a fruição dos referidos serviços, restaria, neste caso, frustrada dignidade dos usuários, já que se trata de serviços essenciais. Diante disso, o ente estatal precisa encontrar medidas - o que será objeto dos tópicos seguintes - para viabilizar o acesso daqueles incapacitados economicamente, para que possam usufruir das utilidades necessárias a sua sobrevivência.

3.4 As políticas públicas voltadas aos usuários hipossuficientes para a fruição adequada dos serviços públicos essenciais

Conforme define Maria Paula Dallari Bucci, as políticas públicas²⁴⁰ são conceituadas como *"programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados"*²⁴¹. Trata-se do conjunto de planos e programas de ação governamental voltados à intervenção no domínio econômico e social, por meio dos quais são traçadas as diretrizes e as

²⁴⁰ Para um estudo aprofundado acerca das políticas públicas, consulte: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Breves considerações sobre o conceito de políticas públicas e seu controle jurisdicional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 797, 8 set. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7254>>. Acesso em: 04 jan. 2009. Ainda pode ser consultado: DA COSTA, Maurício Mesurini. **Controle judicial de políticas públicas: procedimento, justificação e responsabilidade**. Dissertação de Mestrado. Centro de Pós-Graduação em Direito – CPGD. Florianópolis: UFSC, 2008.

²⁴¹ BUCCI, Direito Administrativo..., p. 241.

metas a serem fomentadas pelo Estado, sobretudo na realização dos direitos fundamentais²⁴².

No Estado constitucional, a função fundamental da Administração Pública é a concretização dos direitos fundamentais positivos, mediante a concretização de políticas públicas, as quais são orientadas por princípios e regras dispostos na Constituição Federal. Neste sentido, destaca César A. Guimarães Pereira que os direitos fundamentais sociais

exigem do Estado a criação de planos de ação, de soluções amplas, de políticas públicas. Sua eficácia não se exaure, portanto, naquilo que se pode reconhecer como direito a prestações concretas. Esses planos de ação deverão ser configurados pelo legislador, em cumprimento da Constituição – o que será passível de avaliação pelo Poder Judiciário²⁴³.

Todas as políticas públicas devem ser orientadas à garantia da cidadania (art. 1º, inc. II, da CF/88), da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. II da CF/88), da igualdade (art. 5º, *caput* da CF/88) e com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º): a) construir uma sociedade livre, justa e solidária (princípio da solidariedade); b) garantir o desenvolvimento nacional; c) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (princípio distributivo); d) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Devem também ser levados em conta os princípios constitucionais estruturantes da ordem econômica, basicamente, a justiça social (art. 170, *caput*) e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 170, VIII).

O Estado, por meio de políticas públicas, deve ser um promotor do bem-estar coletivo, sendo este um requisito fundamental da sua legitimidade, conforme ressalta Dinorá Adelaide Musetti Grotti: *“Sua legitimidade consiste, antes de tudo, na promoção do bem comum, pelo desempenho de uma atividade programada nos mais diversos setores”*²⁴⁴.

²⁴² Registra César A. Guimarães Pereira: “O direito a políticas públicas, implementadas mediante programas razoáveis, que reflitam as pautas constitucionais na fixação de prioridades, deve ser coordenado com o direito subjetivo a prestações mínimas. Em certos casos, a proteção dos direitos exige providências concretas, que não se prendem às restrições orçamentárias nem podem aguardar deliberações legislativas”. PEREIRA, **Usuários...**, p. 266.

²⁴³ *Idem*, p. 266.

²⁴⁴ GROTTI, Redefinição do papel do Estado...**Revista de Interesse Público n. 40**, p. 46.

No que tange aos serviços públicos essenciais²⁴⁵, a Constituição Federal estabeleceu a necessidade de ser viabilizada política pública voltada à universalização da sua prestação (art. 175 da CF/88). Reconhecer a essencialidade de um serviço público implica a necessidade de sua total universalização, conforme defende Leila Cuéllar: *“A essencialidade importa, por conseguinte, a necessidade de existência e manutenção do serviço a todos, ou seja, a universalização (e também a consequente isonomia) e a continuidade do serviço público”*²⁴⁶

Assim, é preciso empreender medidas concretas voltadas à inclusão social dos hipossuficientes à fruição dos serviços públicos essenciais, conforme destaca Dinorá Adelaide Musetti Grotti: *“Significa, portanto, que os mesmos devem atender a todos que deles necessitem, indistintamente, independentemente do poder aquisitivo, satisfeitas as condições para sua obtenção. Sua manutenção se constitui num dever legal, podendo ser exigidos tanto daqueles que tenham a competência para instituí-los quanto daqueles que os executem”*²⁴⁷.

Ninguém pode ser excluído da fruição dos serviços públicos essenciais. As políticas públicas relativas àqueles serviços devem ser voltadas à sua plena universalização, a fim de ser possibilitado o acesso de todos, independente das suas condições sócio-econômicas. Isso corresponde a buscar a concretização do fim constitucional atribuído ao Estado Brasileiro, que consiste em assegurar a realização da justiça social e a redução das desigualdades sociais. Sem o gozo dos serviços públicos essenciais, o usuário hipossuficiente perde a sua dignidade, restando frustrado, assim, o desenvolvimento da pessoa humana.

Aponta Floriano de Azevedo Marques Neto que, para consagrar o princípio da universalização dos serviços públicos essenciais, cumpre ao Estado *“eleger os grupos que estão a necessitar de políticas específicas para serem*

²⁴⁵ Não há na legislação brasileira um conceito de serviço público essencial. Entretanto, para efeito deste trabalho, considera-se serviço público essencial aquele é fundamental, primordial, indispensável ao ser humano. Assim, a energia elétrica, o abastecimento de água e esgoto, transporte coletivo urbano, saúde, educação, são considerados serviços públicos essenciais, pois sem a fruição deles a vida humana perde o seu valor de dignidade.

²⁴⁶ CUÉLLAR, Leila. Serviço de Abastecimento de Água e a Suspensão do Fornecimento. CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann (org.). **Estudos de Direito Econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 340.

²⁴⁷ GROTTI, Redefinição do papel do Estado na prestação, p. 45-46.

*incluídos no acesso e fruição do serviço*²⁴⁸. Segundo o referido autor, são três os passos para a definição da política pública de universalização: a) eleger a parcela de beneficiários; b) indicar as fontes de financiamento dos custos desta política; e c) escolherem os mecanismos, da cronologia e da gradação de sua realização²⁴⁹.

A seguir, serão examinadas as medidas jurídicas que, à luz do ordenamento jurídico nacional, podem ser adotadas para a concretização de uma política pública destinada à universalização dos serviços públicos essenciais.

3.4.1 A modicidade das tarifas²⁵⁰ como instrumento para universalização dos serviços públicos essenciais

O art. 13 da Lei Federal nº 8.987/95 permitiu a possibilidade de serem estabelecidas tarifas diferenciadas, tendo em vista as características técnicas e os custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários²⁵¹. Para cada espécie de serviço público, o ente federativo competente poderá fixar tarifas diferenciadas, visando à implementação de uma política pública (a proteção ao idoso, o incentivo à educação, etc)²⁵². Deste modo, é perfeitamente

²⁴⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As políticas de universalização, legalidade e isonomia: o caso “telefone social”. **Revista de Direito Público da Economia**. n. 14, p. 75-115, Belo Horizonte: Fórum, abr./jun. 2006, p. 78-79.

²⁴⁹ Idem, p. 48-49.

²⁵⁰ O princípio da modicidade tarifária é aplicável apenas nas concessões comuns. Nas demais (patrocinada e administrativa) tal garantia constitucional não incide, uma vez que o ente estatal realiza o pagamento total ou parcial pelo serviço público prestado pelo concessionário.

²⁵¹ A Lei Federal nº 11.445/2007 também estabeleceu a possibilidade da fixação de tarifas diferenciadas no âmbito do serviço público de saneamento básico: “Art. 30. Observado o disposto no art. 29 desta Lei, a estrutura de remuneração e cobrança dos serviços públicos de saneamento básico poderá levar em consideração os seguintes fatores: I - categorias de usuários, distribuídas por faixas ou quantidades crescentes de utilização ou de consumo; II - padrões de uso ou de qualidade requeridos; III - quantidade mínima de consumo ou de utilização do serviço, visando à garantia de objetivos sociais, como a preservação da saúde pública, o adequado atendimento dos usuários de menor renda e a proteção do meio ambiente; IV - custo mínimo necessário para disponibilidade do serviço em quantidade e qualidade adequadas; V - ciclos significativos de aumento da demanda dos serviços, em períodos distintos; e VI - capacidade de pagamento dos consumidores”. BRASIL. **Congresso Nacional**. Lei Federal nº 11.445/2007. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em 15 de dez. 2008.

²⁵² Destaca Dinorá Adelaide Musetti Grotti: “A Lei 8.987/95, ao autorizar o tratamento diferenciado nas situações acima descritas, respeitou o campo do legislador específico a ser ditada pelo ente titular do serviço público e não impediu que outros critérios de diferenciação de tratamento tarifário sejam lançados em legislação específica de cada serviço. Pode ser estabelecido tratamento tarifário diferenciado apenas para determinadas categorias de usuários, buscando-se, com isso, o atendimento de uma política pública. Assim ocorre quando na legislação de regência de um dado serviço (como o de transporte coletivo de passageiros) é conferida gratuidade ou regime diferenciado

legal a fixação, por exemplo, de tarifas de água diferenciadas por residências, estabelecimento prestadores de serviços, estabelecimentos comerciais ou industriais. Igualmente, podem ser fixadas tarifas progressivas²⁵³ em decorrência do maior consumo, bem como tarifas mínimas²⁵⁴, conforme já foi considerado legal pelo Superior Tribunal de Justiça.

Nestes casos, ressalta Dinorá Adelaide Musetti Grotti que, ocorrendo *“um nexo lógico entre a diferenciação tarifária estabelecida e o fim de interesse público perseguido, não haverá ofensa ao princípio da isonomia e sim instituição legítima de uma política pública por meio do regime tarifário”*²⁵⁵. A medida tarifária diferenciada adotada deverá ser adequada e necessária para alcançar o interesse público desejado²⁵⁶, que é disponibilizar os serviços públicos aos usuários hipossuficientes. Conforme aponta a referida autora, muitos são os objetivos que podem ser

a pessoas acima de determinada idade, a desempregados, a estudantes, a aposentados, etc”. GROTTI, Redefinição do papel do Estado...**Revista de Interesse Público** n. 40, p. 51.

²⁵³ Decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIÇO PÚBLICO. FORNECIMENTO DE ÁGUA. POLÍTICA TARIFÁRIA. TARIFA PROGRESSIVA. LEGITIMIDADE (LEI 6.528/78, ART. 4º; LEI 8.987/95, ART. 13). DOUTRINA. PRECEDENTES. PROVIMENTO.

1. O faturamento do serviço de fornecimento de água com base na tarifa progressiva, de acordo com as categorias de usuários e as faixas de consumo, é legítimo e atende ao interesse público, porquanto estimula o uso racional dos recursos hídricos. Interpretação dos arts. 4º, da Lei 6.528/78, e 13 da Lei 8.987/95.

2. “A política de tarifação dos serviços públicos concedidos, prevista na CF (art. 175), foi estabelecida pela Lei 8.987/95, com escalonamento na tarifação, de modo a pagar menos pelo serviço o consumidor com menor gasto, em nome da política das ações afirmativas, devidamente chanceladas pelo Judiciário (precedentes desta Corte).

3. Recurso especial provido, para se reconhecer a legalidade da cobrança do serviço de fornecimento de água com base na tarifa progressiva e para julgar improcedente o pedido” (REsp 861.661/RJ, Min. Denise Arruda, DJU de 10.12.2007)”. BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp. n. 485.842/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, publicado no DJU de 24.05.2004, Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 de jan. 2009.

²⁵⁴ Já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “Administrativo. Preço Público. Distribuição de água. Tarifa mínima. O preço público tem natureza diversa do preço privado, podendo servir para a implementação de políticas governamentais no âmbito social. Nesse regime, a tarifa mínima, a um tempo, favorece os usuários mais pobres, que podem consumir expressivo volume de água a preços menores, e garante a viabilidade da econômico-financeira do sistema, pelo ingresso indiscriminado dessa receita prefixada, independentemente de o consumo ter, ou não, atingido o limite autorizado”. (REsp. 20.471, Rel. Min. Ari Pargendler). No mesmo sentido: (REsp. n. 416.383-RJ, Rel. Min. Luiz Fux). BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp. n. 20.471/RS, Rel. Min. Ari Pargendler,

²⁵⁵ GROTTI, A Experiência Brasileira nas Concessões de Serviços..., p.101.

²⁵⁶ Registra Marçal Justen Filho que: “A validade da diferenciação de tarifas dependerá, em primeiro lugar, da existência de uma efetiva diferença no mundo fático entre as situações diferenciadas. Isso significa que não basta a afirmativa da diferença, pois se impõe uma comprovação. Em segundo lugar, o tratamento diferencial deverá ser proporcional e compatível com a diferença. Então, a diferença real não poderá ser mero pretexto para adoção de tratamento discriminatório arbitrariamente eleito. A diferenciação de tarifas deverá retratar, no mundo jurídico, a diferenciação entre as situações concretas atendidas. Por fim, a diferenciação deverá ser compatível com os valores jurídicos consagrados constitucionalmente”. JUSTEN FILHO, Teoria Geral..., p. 375.

almeçados em função da instituição de uma política tarifária: a) o controle inflacionário (política pública de contenção da inflação); b) a contenção de gasto de um recurso escasso pode ser perseguida por meio do aumento de tarifas (política pública de racionalização do consumo); e c) a inclusão social, o incentivo à cultura, ao trabalho, ao lazer (política pública de inclusão social)²⁵⁷.

O valor da tarifa pela utilização dos serviços públicos não pode ser óbice à fruição deles por parte dos sujeitos, cuja capacidade econômica seja deficitária, como é o caso dos hipossuficientes. Por isso, conforme ressalta César A. Guimarães Pereira, a modicidade tarifária visa evitar que a remuneração dos serviços públicos constitua óbice à sua utilização: *“Se o usuário é instrumental para a realização dos valores subjacentes à instituição de um serviço público, não há sentido em que o montante das tarifas impeça, em termos práticos, o seu acesso ao serviço”*²⁵⁸. Por isso, a adoção de tarifas módicas visando ao acesso e à fruição dos serviços públicos essenciais pelos sujeitos hipossuficientes constitui louvável política pública de universalização daquelas prestações essenciais à dignidade da pessoa humana²⁵⁹.

A fim de concretizar o princípio da modicidade tarifária, o poder concedente terá que estabelecer medidas de compensação ao concessionário, caso ocorra eventual deficiência no financiamento do serviço público. As providências adicionais tanto podem decorrer de financiamento direto pelo Poder Público como pela elevação da tarifa cobrada do usuário hipersuficiente, tudo para manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão²⁶⁰. O tema será objeto de exame nos tópicos seguintes.

²⁵⁷ GROTTI, Redefinição do Papel do Estado... p. 50.

²⁵⁸ PEREIRA, Usuários..., p. 388.

²⁵⁹ Sobre o tema, escreve Floriano de Azevedo Marques Neto: “Isso se dará não só pelo respeito ao princípio da modicidade tarifária, como pela eventual introdução de uma tarifa social dirigida a parcelas desafortunadas, de modo a permitir que estas tenham acesso à fruição dos serviços públicos. A política tarifária pode então assumir o caráter redistributivista típico de uma política pública, de modo a beneficiar parcela da sociedade considerada hipossuficiente aos ônus inclusive de parcela considerada hipersuficiente”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As políticas de universalização, legalidade e isonomia: o caso “telefone social”. **Revista de Direito Público da Economia**. n. 14, p. 75-115, abr./jun. 2006, p. 81-82.

²⁶⁰ PEREIRA, Usuários..., p. 390-391.

3.4.2 A tarifa social como instrumento para a universalização dos serviços públicos essenciais

A tarifa social consiste na promoção da sua variação devido à ausência de recursos financeiros do usuário hipossuficiente. Trata-se de política pública destinada à promoção do acesso aos serviços públicos àqueles sujeitos desprovidos de capacidade econômica²⁶¹.

A tarifa social é viável apenas na concessão de serviço público comum e na patrocinada. Na administrativa, o serviço público disponibilizado pelo concessionário já é adimplido integralmente pelo ente estatal. Nestes termos, registra Carlos Ari Sunfeld que a concessão comum e a patrocinada têm o mesmo objeto, que consiste na prestação de serviços públicos pelo concessionário aos usuários²⁶². Prega o referido autor que a *“diferença entre elas é apenas a forma de remuneração: enquanto na concessão comum o concessionário recebe tarifas dos usuários e, eventualmente, receitas alternativas não oriundas dos cofres públicos, na concessão patrocinada a remuneração inclui um adicional de tarifa pago pela Administração”*²⁶³.

O ente estatal, ainda que o serviço público seja objeto de concessão comum ou patrocinada, sujeita a determinado regime tarifário, poderá criar isenções para certas categorias de usuários, bem como diminuir genericamente as tarifas, desde que as justificativas apresentadas sejam compatíveis com os princípios e diretrizes constitucionais.

O Supremo Tribunal Federal já respaldou a constitucionalidade de política pública que assegura a gratuidade do transporte coletivo público urbano e semi-urbano (art. 39, *caput* da Lei Federal nº 10.741/2003) aos maiores de 65 (sessenta e cinco) anos. A Associação Nacional das Empresas de Transportes Urbanos – NTU ingressou com a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.768-4/DF, alegando a

²⁶¹ Ressalta Marçal Justen Filho que “A fixação de tarifas sociais significa ausência de pagamento correspondente ao montante economicamente necessário para assegurar a rentabilidade da exploração ou a manutenção da equação econômico-financeira. Portanto, a diferença a menor, que deixa de ser produzida em virtude da fixação de tarifas sociais, tem de ser coberta de outra forma. Isso se faria ou por via de subsídios estatais ao concessionário ou pela incorporação desse custo nas tarifas pagas pelos demais usuários”. JUSTEN FILHO, Teoria Geral..., p. 375-376

²⁶² SUNDFELD, Guia Jurídico das Parcerias..., p. 35-36.

²⁶³ Idem, p. 36.

inconstitucionalidade da referida norma legal em face dos artigos 22, inc. XXIII, 37, inc. XXI, 175, *caput*, 194, 195, §5º, 203, inc. I e 230, §2º, da Constituição Federal. O Tribunal, por maioria, julgou improcedente a ação²⁶⁴.

Em outra oportunidade, o Supremo Tribunal Federal também considerou constitucional a política pública que concede passe livre à pessoa portadora de deficiência, instituída pela Lei Federal nº 8.899, de 29 de junho de 1994. Tal diploma legal foi impugnado na ADIN nº 2.649, pela Associação Brasileira das Empresas de Transporte Rodoviário Intermunicipal - ABRATI - sob a alegação de afronta ao disposto nos arts. 1º, inc. IV, 5º, inc. XXII, e 170 da Constituição Federal. Porém, foi reconhecida a constitucionalidade da referida norma legal sob o fundamento de que

A Lei n. 8.899/94 é parte das políticas públicas para inserir os portadores de necessidades especiais na sociedade e objetiva a igualdade de oportunidades e a humanização das relações sociais, em cumprimento aos

²⁶⁴ A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal foi assim ementada: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 39 DA LEI N. 10.741, DE 1º DE OUTUBRO DE 2003 (ESTATUTO DO IDOSO), QUE ASSEGURA GRATUIDADE DOS TRANSPORTES PÚBLICOS URBANOS E SEMIURBANOS AOS QUE TÊM MAIS DE 65 (SESSENTA E CINCO) ANOS. DIREITO CONSTITUCIONAL. NORMA CONSTITUCIONAL DE EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATO. NORMA LEGAL QUE REPETE A NORMA CONSTITUCIONAL GARANTIDORA DO DIREITO. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. 1. O art. 39 da Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) apenas repete o que dispõe o § 2º do art. 230 da Constituição do Brasil. A norma constitucional é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, pelo que não há eiva de invalidade jurídica na norma legal que repete os seus termos e determina que se concretize o quanto constitucionalmente disposto. 2. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. BRASIL.. **Supremo Tribunal Federal**. ADIN n. 3768/DF, Rel. Min. Carmen Lúcia, julgado pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal em 19.09.2007, DJU 26.10.2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 13 de nov. 2008. No voto da Ministra Relatora, Carmen Lúcia, ficaram consignadas as razões que ensejaram a manutenção da referida política pública: “4. Em essência, tem-se que o direito ao transporte gratuito dos que têm mais de 65 anos não é um fim em si mesmo. A facilidade de deslocamento físico do idoso pelo uso de transporte coletivo haverá de ser assegurado, como afirmado constitucionalmente, como garantia da qualidade digna de vida para aquele que não pode pagar ou já colaborou com a sociedade em períodos pretéritos, de modo a que lhe assiste, nesta fase da vida, direito a ser assumido pela sociedade quanto aos ônus decorrentes daquele uso. (...) 6. O transporte gratuito, especialmente para os idosos que sobrevivem de aposentadorias insuficientes para o suprimento de suas necessidades básicas, apresenta-se como verdadeiro suporte para que possa exercer, com menores dificuldades, seu direito de ir e vir. 7. Diferentemente do alegado pela Autora, o direito dos idosos ao transporte gratuito, previsto na norma do §2º do art. 230 da Constituição da República, é de eficácia plena e tem aplicabilidade imediata. Assim, desde a promulgação da Constituição da República, esse direito compõe o sistema normativo na condição de direito exigível pelos idosos, sem a necessidade de criação de qualquer outra norma que trate da matéria. (...) 8. A gratuidade do transporte coletivo representa uma condição mínima de mobilidade, a favorecer a participação dos idosos na comunidade, assim como viabiliza a concretização de sua dignidade e de seu bem-estar, não se compadece com condicionamento posto pelo princípio da reserva do possível. (...) 11. Os investimentos e os gastos oriundos da prestação dos serviços públicos de transporte coletivo, delegado pelo ente público ao particular, haverá de ser calculados e haverá de ser definidos na relação delegante-delegado, sem que tanto seja traspassado ao particular, menos ainda àquele que, por força da norma constitucional (art. 230, §2º) e infraconstitucional (art. da Lei n. 10.741/2003), haverá de fruir gratuitamente do serviço”.

fundamentos da República de cidadania e dignidade da pessoa humana, o que se concretiza pela definição de meios para que eles sejam alcançados²⁶⁵.

Em que pese a importância da positivação de políticas públicas voltadas à universalização dos serviços públicos, é preciso atentar para a necessidade da definição de quem arcará com os custos financeiros das referidas medidas levadas a termo pela Administração Pública, conforme alerta César A. Guimarães Pereira: *“Havendo isenções ou reduções tarifárias, o custo correspondente será arcado ou pelo concessionário, ou pelos demais usuários ou pelo poder concedente. Afinal, o concessionário não dispõe, ao contrário do Poder Público no caso de taxas beneficiadas, da receita geral de impostos”*²⁶⁶.

Nesse caso, é imprescindível que o contrato administrativo seja revisto, para manter o equilíbrio econômico-financeiro nele previsto.

3.4.3 A obtenção de receitas alternativas vinculadas à redução das tarifas

O art. 11²⁶⁷ da Lei Federal nº 8.987/95 permite que o concessionário obtenha receitas alternativas, complementares ou acessórias vinculadas à exploração do serviço público. O autor Alexandre Santos de Aragão aponta os seguintes exemplos de receitas alternativas: a) publicidade na rodovia objeto de concessão; b) restaurantes nas barcas empregadas no transporte de passageiros; c) museu em estação ferroviária; e d) o direito à exploração de áreas do subsolo ou contíguas à obra pública para instalação de shopping centers, supermercados,

²⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN n. 2.649/DF, Rel. Min. Carmen Lúcia, julgado pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal em 08.05.2008, DJU 17.10.2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 13 de nov. 2008.

²⁶⁶ PEREIRA, Usuários..., p. 354-355.

²⁶⁷ Dispõe o art. 11 da Lei Federal n. 8.987/95: “Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei. Parágrafo único. As fontes de receita previstas neste artigo serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato”. BRASIL. Congresso Nacional. Lei Federal n. 8.987/1995. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 20 de jan. 2009.

postos de abastecimento de combustível, estacionamentos de automóveis, galerias, lojas²⁶⁸.

O regime jurídico a que se sujeitam as atividades exemplificadas é puramente privado, mas a receita auferida deve ser publicizada, para integrar a equação econômico-financeira dos contratos de concessão, conforme destaca Marçal Justen Filho:

os ganhos econômicos correspondentes devem ser aproveitados para integração na equação econômico-financeira. Infringiria a ordem jurídica produzir a dissociação entre a prestação do serviço público e exploração de atividades econômicas conexas, eis que isso equivaleria à elevação da tarifa imposta ao usuário²⁶⁹.

A seguir, o referido autor arremata pela total impossibilidade de o concessionário apropriar-se dos resultados lucrativos das receitas complementares, deixando de inseri-la na equação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato:

O concessionário não pode pura e simplesmente embolsar tais resultados lucrativos, sendo compulsória a reversão desses resultados em prol da prestação do serviço público. Ou seja, se o concessionário deixar de aproveitar as oportunidades econômicas conexas com a prestação do serviço público, isto significará a redução de receita necessária à elevação da qualidade de suas atividades e à prática de tarifas módicas²⁷⁰.

As receitas obtidas em função do exercício de atividades conexas ou complementares devem ser, portanto, uma das fontes para o custeio do serviço público concedido. Elas não podem ser destinadas apenas a beneficiar o concessionário. O seu fim é ocasionar a redução de encargos para os usuários, sob pena de restar consumado o desvio de finalidade que determinou a sua existência.

3.4.4 A eficiência na prestação do serviço público deve beneficiar os usuários mediante a diminuição das tarifas

O princípio da eficiência foi inserido no art. 37, “*caput*”, da Constituição Federal, para obrigar os órgãos estatais a buscar a obtenção de resultados positivos em todas as suas ações. Em função do princípio da eficiência, a Administração

²⁶⁸ ARAGÃO, Direito dos Serviços Públicos..., p. 610-611

²⁶⁹ JUSTEN FILHO, Teoria Geral..., p. 368.

²⁷⁰ Idem, p. 370.

Pública deve agir com total empreendimento para a otimização²⁷¹ da aplicação dos recursos públicos²⁷². Assim, toda a estrutura administrativa brasileira deverá voltar-se à promoção da eficiência organizacional e funcional²⁷³, a fim de ser cumprida a sua missão constitucional, que é assegurar, mediante políticas públicas, a cidadania (art. 1º, inc. II da CF/88) e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. II da CF/88) no âmbito nacional.

No tocante aos serviços públicos, o princípio da eficiência é de extrema relevância e aplicação²⁷⁴, pois o ente público deve exigir do concessionário total eficiência, para que os ganhos econômicos decorrentes sejam compartilhados com os usuários, mediante a redução das tarifas. Isso decorre de exigência constitucional devidamente positivada no ordenamento jurídico nacional²⁷⁵. Neste sentido, escreve Marçal Justen Filho que

²⁷¹ Registra Marçal Justen Filho que “Um dos aspectos essenciais do direito administrativo reside na vedação ao desperdício ou má utilização dos recursos destinados à satisfação de necessidades coletivas. É necessário obter o máximo de resultados com a menor quantidade possível de desembolsos”. JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 84.

²⁷² O Tribunal de Contas da União - TCU aplica às suas decisões esse novo paradigma imposto à Administração Pública: “A atuação estatal não deve mais ser balizada apenas pelos critérios de legalidade, moralidade e de impessoalidade. Exige-se que a gestão pública seja igualmente pautada pelos Princípios da Eficiência e da Economicidade. A ênfase é dada na produtividade, na obtenção de resultados. Portanto, a atuação administrativa legítima, nos dias atuais, será aquela que, além de realizar os princípios tradicionais da impessoalidade, legalidade, etc., igualmente dê ênfase à obtenção de resultados positivos sob o ponto de vista da eficiência, da economicidade”. BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Decisão n. 765/99. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 15 de dez. 2008.

²⁷³ Sobre a temática do princípio da eficiência administrativa, consulte: GABARDO, Emerson. Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa. São Paulo: Dialética, 2002.

²⁷⁴ Para Alexandre Santos de Aragão “Na seara dos serviços públicos, mais do que em qualquer outra, todo ato, normativo ou concreto, só será válido ou validamente aplicado, se, ex vi do princípio da eficiência (art. 37, caput, CF), for a maneira mais eficiente ou, na impossibilidade de se definir esta, se for pelo menos uma forma razoavelmente eficiente de realização dos objetivos dos serviços públicos. O princípio da eficiência não visa a mitigar ou a ponderar o Princípio da Legalidade, mas sim a embeber a legalidade de uma nova lógica, determinando a insurgência de uma legalidade finalística e material – dos resultados práticos alcançados -, e não mais uma legalidade meramente formal, subsuntiva e abstrata (mera compatibilidade in abstracto com as regras superiores)”. ARAGÃO, Direito dos Serviços Públicos..., p. 356-357.

²⁷⁵ “Art. 37 (...) § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;”; “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”. BRASIL. **Congresso Nacional**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em 15 de dez. 2008.

A eficiência e a criatividade do concessionário são vias para racionalização de despesas e ampliação de receitas. Essas perspectivas vêm sofrendo intensas modificações ao longo dos últimos anos. A obtenção desses resultados tem de refletir-se na qualidade dos serviços e na modicidade das tarifas²⁷⁶.

A concessão de serviços públicos é adotada pelo poder concedente para buscar, mediante licitação pública, a escolha de um parceiro privado, visando a investimentos, à transferência do risco do negócio e à total eficiência na prestação dos serviços públicos. Mas a eficiência da iniciativa privada, na prestação dos serviços públicos, é um dos grandes objetivos pautados pelo instituto da concessão²⁷⁷. E isso é medido pela universalização do serviço, mediante tarifas reduzidas²⁷⁸.

O usuário jamais poderá ser sacrificado com tarifas elevadas, devido à ineficiência do concessionário na exploração do serviço público. O ônus da ineficiência jamais poderá ser suportado pelo destinatário da prestação, conforme ressalta César A. Guimarães Pereira:

É inválida, inclusive sob o ângulo da isonomia, a adoção de sistema de tarifação que não seja idôneo para promover a eficiência: nessa situação, o usuário estaria sendo chamado a suportar os ônus econômicos de um fato (ineficiência) a que não teria dado causa²⁷⁹.

A eficiência na exploração do serviço público é, portanto, uma imposição constitucional, sendo que os resultados alcançados devem ser compartilhados com os usuários, mediante a redução das tarifas públicas.

²⁷⁶ JUSTEN FILHO, Teoria Geral..., p. 365.

²⁷⁷ Sobre o tema da eficiência na prestação dos serviços de telecomunicações, o art. 108 da Lei Federal n. 9.472/97 disciplina a matéria da seguinte forma: "Art. 108. Os mecanismos para reajuste e revisão das tarifas serão previstos nos contratos de concessão, observando-se, no que couber, a legislação específica. §1º A redução ou o desconto de tarifas não ensejará revisão tarifária. §2º Serão compartilhados com os usuários, nos termos regulados pela Agência, os ganhos econômicos decorrentes da modernização, expansão ou racionalização dos serviços, bem como de novas receitas alternativas. §3º Serão transferidos integralmente aos usuários os ganhos econômicos que não decorram diretamente da eficiência empresarial, em casos como os de diminuição de tributos ou encargos legais e de novas regras sobre os serviços". BRASIL. Congresso Nacional. Lei Federal n. 9.472/1997. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em 15 de dez. 2008.

²⁷⁸ Destaca Marçal Justen Filho: "É evidente que os benefícios daí derivados não poderão ser apropriados exclusivamente pelo concessionário. Deverão ser transferidos para as tarifas, tal como deve ocorrer com todos os demais ganhos relacionados à eficiência econômica – ainda que uma parcela desses ganhos deva ser apropriada pelo concessionário". JUSTEN FILHO, Concessões de Rodovias..., p. 252.

²⁷⁹ PEREIRA, Usuários..., p. 373-374.

3.5 A limitação à suspensão da prestação de serviço público essencial em função do inadimplemento

Na concessão de serviços públicos, é formada uma relação jurídica entre o usuário e o prestador. Este tem o dever jurídico de prestar o serviço, enquanto aquele tem que realizar o pagamento da tarifa para poder usufruí-lo. Neste caso, a prestação de uma parte é o que a habilita para a titularidade do direito à prestação da outra. Trata-se de relação jurídica que cria direitos e obrigações entre as partes.

Enormes discussões doutrinárias²⁸⁰ e jurisprudenciais foram travadas acerca da possibilidade ou não da suspensão da prestação do serviço em função do inadimplemento do usuário²⁸¹ hipossuficiente. Houve decisões judiciais para ambos os lados. Após longo debate doutrinário e jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça, como órgão jurisdicional responsável pela uniformização da interpretação da lei federal, resolveu encerrar a discussão, uniformizando a interpretação, o que restou feito no julgamento do Recurso Especial nº 363.943-MG, no qual era discutida a legitimidade ou não do corte de luz por inadimplemento. Decidiu-se, por maioria, pela possibilidade jurídica de corte, prevalecendo, assim, o voto vencedor proferido pelo Min. Rel. Humberto Gomes de Barros. Foram refutados todos os argumentos suscitados quanto à violação ao disposto nos artigos 22 e 42 do Código de Defesa do Consumidor.

²⁸⁰ Para Andreia Cristina Bagatin, o corte de energia elétrica pela falta de pagamento constitui mecanismo destinado a tutelar a continuidade da prestação do próprio serviço público: “Deve-se anotar que a previsão de corte de energia elétrica não tem por finalidade última resguardar o eventual credor singularmente considerado. Por óbvio, quando afasta a possibilidade de que a dívida de um determinado usuário se amplie e incentiva o adimplemento, também promove essa proteção. Porém, esse é o meio pelo qual é possível atingir o seu real objetivo: a tutela da regularidade e a continuidade do serviço público como um todo. Na medida em que os serviços de energia elétrica envolvem pesados investimentos e é necessária a adoção de medidas periódicas que promovam a expansão e a inovação na prestação dos serviços, admite-se que se relativize a continuidade do serviço em face de um usuário singularmente considerado como meio de se garantir o respeito ao princípio da continuidade para todos os demais usuários. Desse modo, ao se estabelecer a possibilidade de suspensão do fornecimento, o objetivo final é a proteção a continuidade do próprio serviço público”. BAGATIN, Andreia Cristina. O princípio da continuidade dos serviços públicos: um exame do art. 17 da Lei da ANEEL. *In*: COSTALDELLO, Angela Cassia (coord.). **Serviço Público – Direitos Fundamentais, Formas Organizacionais e Cidadania**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 34.

²⁸¹ Destaca César A. Guimarães Pereira: “debate-se na doutrina e jurisprudência se o direito à continuidade do serviço público restringe o direito do prestador à interrupção dos serviços no caso de inadimplemento do usuário. A própria existência e a consistência dos argumentos de ambos os lados demonstram a complexidade da relação jurídica de serviço público: não há mera contraposição entre direito à prestação e direito à remuneração. Diversas condicionantes temperam a posição jurídica de cada pólo”. PEREIRA, **Usuários...**, p. 350.

O fundamento jurídico central do seu voto é o “efeito dominó” que a impossibilidade de corte acarretaria, já que os demais usuários seriam estimulados à inadimplência, o que causaria, neste caso, a falência do concessionário²⁸². Quanto à invocação do art. 22 do CDC, o referido Ministro ressaltou que, nos casos em que o serviço público é prestado mediante concessão, há a regra específica do art. 6º, §3º, II da Lei nº 8.987/95, que permite a interrupção do fornecimento na hipótese de inadimplemento pelo usuário²⁸³. Restou afastado também a aplicação do disposto no art. 42 do CDC, pois, segundo o referido julgador, o corte pela falta de pagamento da tarifa não constitui nenhuma postura capaz de expor o usuário a vexame²⁸⁴.

A solução adotada pelo Superior Tribunal de Justiça não é adequada ao problema suscitado, conforme será demonstrado a seguir.

O concessionário é obrigado à prestação regular e contínua do serviço público, desde que estejam configurados padrões de normalidade, que, neste caso específico, consiste no cumprimento da obrigação imposta ao usuário²⁸⁵. O fundamento jurídico para a continuidade no fornecimento do serviço público é a realização da dignidade da pessoa humana. Esclarece César A. Guimarães Pereira

²⁸² Destacou o Ministro Humberto Gomes de Barros em seu voto vencedor: “Com efeito, ao saber que o vizinho está recebendo energia de graça, o cidadão tenderá a trazer para si o tentador benefício. Em pouco tempo, ninguém mais honrará a conta de luz. Ora, se ninguém paga pelo fornecimento, a empresa distribuidora de energia não terá renda. Em não tendo renda, a distribuidora não poderá adquirir os insumos necessários à execução dos serviços concedidos e, finalmente, entrará em insolvência. Falida, a concessionária interromperia o fornecimento a todo o município, deixando às escuras até a iluminação pública”. BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp. n. 363.943/MG, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 04.06.2006, Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 de dez. 2002.

²⁸³ Do corpo do voto proferido pelo Min. Humberto Gomes de Barros depreende-se: “Como se percebe, o §3º permite, expressamente, a interrupção do fornecimento, quando o usuário deixa de cumprir sua obrigação de pagar. O dispositivo é sábio. Com efeito, a distribuição de energia é feita, em grande maioria, por empresas privadas que não estão obrigadas a fazer benemerência em favor de pessoas desempregadas. A circunstância de elas prestarem serviços de primeira necessidade não as obriga ao fornecimento gratuito. Ninguém se anima em afirmar que as grandes redes de supermercados e as farmácias – fornecedoras de alimentos e medicamentos – devem entregar gratuitamente suas mercadorias aos desempregados”.

²⁸⁴ Sob o aspecto do art. 42 do CDC, o Min. Humberto Gomes de Barros destacou em seu voto: “o corte é doloroso, mas não acarreta vexame. Vergonha maior é o desemprego e a miséria que ele acarreta. Em linha de coerência, deveríamos proibir o patrão de despedir empregados. O fornecimento gratuito de bens da vida constitui esmola. Negamos empregos ao nosso povo e o apascentamos com esmolas. Nenhuma sociedade pode sobreviver, com seus integrantes vivendo de esmolas”.

²⁸⁵ Esclarece Andreia Cristina Bagatin que o “princípio da continuidade do serviço público não se confunde com a gratuidade a prestação desses mesmos serviços. Do fato de terem de ser prestados regularmente não deriva a conclusão de que sejam prestados graciosamente, sem a necessidade de pagamento de qualquer contraprestação”. BAGATIN, **O princípio da continuidade dos serviços públicos...**p. 30.

que o “*princípio da dignidade humana, refletido em normas específicas, assegura o direito a certas prestações do serviço público independentemente da efetivação do pagamento*”²⁸⁶.

Conforme já foi dito em diversas oportunidades, o serviço público envolve uma prestação ativa, voltada ao oferecimento de condições favoráveis ao desenvolvimento digno da pessoa humana. A questão não pode ser resolvida de modo absoluto, conforme o Superior Tribunal de Justiça no referido precedente judicial. Há serviços que não são suscetíveis de corte, ainda que esteja configurado o inadimplemento da contraprestação, como é o caso da coleta e destinação final do lixo, o fornecimento de água e energia elétrica, pois a ausência à fruição destas utilidades essenciais causaria frustração à realização da dignidade humana, colocando, no caso, em risco até mesmo a saúde pública. Trata-se de serviços que são materialmente insuscetíveis à interrupção de fornecimento, ainda que caracterizado o inadimplemento. Teria que ser mantido um mínimo de serviço para a realização das necessidades básicas e essenciais do usuário inadimplente. Alexandre Santos de Aragão defende que se trata de serviços públicos obrigatórios, como é o caso saneamento básico, cujo usuário possui direito à prestação, ainda que esteja inadimplente. Segundo o autor, neste caso, tal serviço público é de tamanha importância que o particular é obrigado a usufruí-lo, para o bem da coletividade²⁸⁷.

²⁸⁶ PEREIRA, **Usuários**, p. 341.

²⁸⁷ Registra Alexandre Santos de Aragão que “Independentemente de qual tese se adote, uma distinção prévia há de ser feita entre os serviços públicos obrigatórios e os facultativos: todos os serviços públicos são de elevado interesse público, mas alguns deles possuem tamanho interesse para a coletividade que o particular não é apenas um beneficiário da sua prestação, mas também um sujeito obrigado a fruí-lo, ou seja, deve se abster de satisfazer aquela determinada necessidade humana através de outro meio que não seja o serviço público. Na maioria dos municípios brasileiros, por exemplo, o serviço de coleta de lixo domiciliar é obrigatório, isto é, se a pessoa gerar o lixo só pode dele se livrar pelo serviço público de coleta, não podendo incinerá-lo, enterrá-lo etc. Por determinação legal, não tem autonomia de vontade para tanto. Esses serviços públicos obrigatórios são diferentes dos facultativos, em que o cidadão está livre para satisfazer a sua necessidade por outros meios (ex., pode-se ter o serviço público de energia elétrica ou usar gerador próprio, ou um lâmpião; via de regra se pode usar a água distribuída pelo serviço público ou se lançar mão de um carro-pipa, de um poço artesiano etc.). Não há de se cogitar de suspensão em razão do inadimplemento quando se tratar de serviço público obrigatório. Imaginemos se o Estado ou a concessionária deixasse de recolher esgoto de uma residência em razão de o usuário não estar com o seu pagamento em dia. Se o serviço é obrigatório, não poderá o inadimplemento do usuário, que não deixa de ser uma forma de expressão da sua vontade, ilidir a prestação. Feita essa ressalva, tocante apenas aos serviços públicos obrigatórios, entendemos que a obrigação de continuidade pressupõe a lealdade e a boa-fé entre as partes e, conseqüentemente, o adimplemento contratual mútuo. A equidade restaria violada se uma parte fosse obrigada a continuar

Há também categorias de usuários cuja capacidade contributiva é reduzida ou o local de residência é desfavorável e deve ser protegido por tarifas diferenciadas ou isento de pagamento pelo serviço. Quanto aos demais usuários, a ausência de adimplemento da contraprestação é motivo suficiente para a interrupção da prestação do serviço, sob pena de restar assegurado, assim, a fruição gratuita dos serviços por todos, ainda que desprovido de motivação²⁸⁸.

Entretanto, o prejuízo arcado pelo concessionário em função do inadimplemento da contraprestação por parte dos usuários hipossuficientes deve ser reparado pelo poder concedente, devendo ser utilizada uma das formas prescritas no tópico seguinte²⁸⁹.

3.6 A recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão quebrado em decorrência da implantação de políticas públicas destinadas à universalização da fruição dos serviços públicos essenciais

O Estado possui o dever constitucional de implementar políticas públicas destinadas à universalização dos serviços públicos. Porém, o custo financeiro decorrente das isenções e reduções de tarifas implica, necessariamente, impacto negativo na equação econômico-financeira dos contratos de concessão, causando inevitavelmente o seu desequilíbrio. Por isso, impõe-se ao ente público a adoção

a sua prestação mesmo se a outra parte simplesmente resolvesse não mais pagar o que lhe deve. Se o concessionário fosse obrigado a tanto, nem estaríamos mais diante de uma concessão de serviço público, mas de requisição de serviços, pois a empresa estaria simplesmente sendo forçada a prestar serviços gratuitamente em razão do interesse público, o que escapa a qualquer idéia de marco contratual de concessão". ARAGÃO, *Direito...*, p. 551-552.

²⁸⁸ PEREIRA, *Usuários*, p. 341.

²⁸⁹ Registra Alexandre Santos de Aragão que "o valor da tarifa acabaria tendo que se de alguma forma arcado: ou por um subsídio interno, onerando-se os usuários adimplentes, ou por um subsídio externo, com o Erário Público, ou seja, toda sociedade cobrindo os prejuízos do concessionário com o inadimplemento, prejuízos esses legitimariam o reequilíbrio econômico-financeiro por serem excepcionais, já que no marco regulatório é previsto o direito de o concessionário suspender o serviço nessas hipóteses". ARAGÃO, *Direito...*, p. 550-551. No mesmo sentido defende César A. Guimarães Pereira, "Em qualquer circunstância que envolva a impossibilidade de cobrança imediata e a manutenção – ainda que parcial ou provisória – do serviço, o eventual concessionário do serviço que não pôde ser interrompido terá direito à imediata recomposição do equilíbrio contratual. Não é cabível que seja de qualquer modo penalizado pela incapacidade de pagamento do usuário". PEREIRA, *Usuários...*, p. 343.

imediate de medidas destinadas a restabelecer o equilíbrio pactuado, sob pena de restar ameaçada a própria concessão pública²⁹⁰.

Registra Caio Tácito que “*configurada a hipótese de quebra do equilíbrio financeiro da concessão, deve o concedente adaptar, em equivalência, a receita do concessionário mediante revisão de tarifas, subvenções, regalias fiscais*”²⁹¹. Neste caso, o ordenamento jurídico nacional atribuiu ao poder concedente a faculdade de definir a melhor forma de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro, sendo que as soluções são variadas. Mas a opção terá que ser devidamente justificada, pois aquela escolhida deverá ser compatível com o interesse público²⁹². A escolha é, portanto, discricionária, mas jamais arbitrária²⁹³.

A recomposição da equação econômico-financeira inicial, em função da política pública de universalização dos serviços essenciais mediante a redução do preço das tarifas, pode ser feita pelas seguintes formas²⁹⁴: a) redução dos encargos do concessionário; b) prorrogação do prazo contratual; c) subsídios cruzados; e d) subsídios externos. As três primeiras formas de recomposição são chamadas internas à concessão, enquanto a última é externa.

²⁹⁰ A respeito da temática escreve Floriano Azevedo Marques Neto: “As modificações implementadas em favor da coletividade não podem se realizar às exclusivas custas do particular contratado, sob pena de caracterização do enriquecimento sem causa por parte do Poder Público. Se fosse assim feridos estariam tanto os princípios de equidade – corolário da isonomia – quanto ao princípio da boa-fé. O princípio da equidade resta ferido porquanto se estaria a impor a apenas um administrado – o contratado – os ônus de uma melhoria que reverte para toda a coletividade, desequiparando a correlação isonômica de ônus e bônus que deve ser distribuída uniformemente aos administrados, a qual deve balizar a atividade administrativa. O princípio da boa-fé, subjacente ao princípio constitucional da moralidade, sofreria afronta na medida em que a Administração, escudando-se em argumentos de ordem geral, estaria perpetrando um indevido dano ao particular, esquivando-se imotivadamente da reparação que é devida”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessão de serviço público: dever de prestar serviço adequado e alterações das condições econômicas – princípio da atualidade – reequilíbrio através da prorrogação do prazo de exploração*. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, n. 22, 1998, p. 116-117.

²⁹¹ TÁCITO, Caio. *Concessão de Transporte Coletivo*. **Temas de Direito Público**, 2º vol. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 1.798.

²⁹² SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Concessão de serviço público: a prorrogação do prazo de exploração para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato*. **Revista de Interesse Público n. 38**, jul/agosto 2006, p. 85-111. Porto Alegre: Notadez, 2006, p. 100.

²⁹³ Nesta linha, destaca Juarez Freitas que “Legítima será, então, a liberdade exercida em conformidade com as regras e, acima delas, com os exigentes princípios da Constituição. Fora daí, cristalizar-se-á, em maior ou menor grau, a desprezível e abominável arbitrariedade por ação ou omissão”. FREITAS, **Discricionariedade Administrativa**..., p. 13.

²⁹⁴ Para César A. Guimarães Pereira “A variação das tarifas não é o único meio de preservação da equação econômico-financeira da concessão. Mesmo se houvesse vedação à alteração da remuneração do concessionário (p. ex., se fosse possível que se remunerasse mediante taxas, alteráveis apenas de um exercício para o outro e mediante lei), o equilíbrio seria preservado por meio

A redução dos encargos do concessionário pode ser viabilizada pelo poder concedente mediante a adoção das seguintes medidas administrativas: a) a diminuição dos investimentos ou adiamento de sua realização; b) ou qualquer outra medida que implique redução ou eliminação dos custos. Segundo Marçal Justen Filho, tais medidas são juridicamente aceitáveis:

Ao invés de produzir-se a ampliação dos seus benefícios, determina-se a diminuição das cargas a ele impostas. Isso poderá traduzir-se em uma vasta gama de providências, as quais dependerão da natureza e das condições concretas da outorga. Assim, poderão reduzir-se as exigências no tocante a investimentos ou postergar-se sua realização. Não há impedimento a que sejam alterados padrões de qualidade do próprio serviço²⁹⁵.

O referido autor cita exemplos que configuram a redução de encargos que podem ser utilizados para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro da contratação:

Assim, numa concessão de exploração de rodovia, pode transferir-se a realização de obras de duplicação, remetendo-as para época posterior, numa concessão de transporte de passageiros, é possível elevar a idade média da frota; numa concessão de serviços de telecomunicação, podem ser adiadas exigências relacionadas com a universalização do serviço²⁹⁶.

Os encargos representam um custo econômico para o contratado que podem ser reduzidos ou eliminados pelo poder concedente, tudo para que seja levada adiante a política pública de diminuição do valor nominal da tarifa. Neste caso, ainda que a tarifa seja fixada em montante insuficiente para o custeio pleno da concessão, o equilíbrio pode ser mantido²⁹⁷.

Outra possibilidade material para o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato é a prorrogação do prazo da concessão, permitindo, assim, que o concessionário atinja seus objetivos num prazo ampliado²⁹⁸.

de subvenções públicas, redução de investimentos ou outros mecanismos". PEREIRA, **Usuários...**, p. 368.

²⁹⁵ JUSTEN FILHO, Teoria Geral..., p. 405.

²⁹⁶ Idem, p. 405.

²⁹⁷ Defende César A. Guimarães Pereira que, no curso da concessão, podem ser adotadas revisões "contratuais que reduzam a tarifa e, concomitantemente, encargos do concessionário – dando assim outra feição à concessão e tornando suficiente a tarifa reduzida". PEREIRA, **Usuários...**, p. 392.

²⁹⁸ A possibilidade de recomposição pela prorrogação de prazo é defendida por Marçal Justen Filho: "Uma alternativa consistiria na ampliação dos prazos da concessão, de modo a assegurar que o prazo mais longo permita a realização dos resultados assegurados ao interessado. A prorrogação é compatível com a Constituição especialmente quando todas as outras alternativas para produzir a recomposição acarretariam sacrifícios ou lesões irreparáveis às finanças ou aos interesses dos usuários. Essa é a alternativa que realiza, do modo mais intenso possível, todos os valores e

O prazo da concessão de serviço público é um dos elementos essenciais que integra a equação econômico-financeira. É a partir dele que o concessionário fixa o quanto será necessário auferir para a amortização dos investimentos realizados. Por isso, sustenta Antônio Carlos Cintra do Amaral que “*O prazo da concessão não deve ser superior nem inferior ao necessário à amortização dos investimentos previstos, considerada a equação econômica do contrato em sua totalidade*”²⁹⁹.

É fundamental esclarecer que todas as medidas administrativas voltadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato devem ser apuradas mediante a instauração de um processo administrativo regular e transparente, devendo a Administração Pública cercar-se de todas as cautelas e providências, inclusive podendo ser instaurada audiência pública, contratação de pareceres de especialistas, tudo para que a opção seja devidamente justificada e motivada.

Mas a prorrogação contratual é uma hipótese excepcional, que deve ser ponderada pelo poder concedente diante de outros valores e interesses postos em jogo. Não se admite nenhuma autorização vazia à prorrogação³⁰⁰. Ela somente pode ser justificada no caso de recomposição dos direitos devidos ao concessionário. É completamente inconstitucional a previsão originária do direito da concessionária à prorrogação, ainda que sejam fixados antecipadamente critérios objetivos para a sua consumação.

princípios constitucionais. Compõem-se os diferentes princípios e obtém-se a realização harmônica de todos eles”. JUSTEN FILHO, Teoria Geral..., p. 406.

²⁹⁹ AMARAL, Antônio Carlos Cintra. **Concessões de serviço público**. 2.ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 86.

³⁰⁰ Embora reconheça a possibilidade de ser utilizada a prorrogação contratual, independente da sua vinculação ao restabelecimento do equilíbrio contratual, Alexandre Santos de Aragão alerta acerca da impossibilidade da sua utilização desprovida de critérios objetivos e antecipados: “Não pode haver simplesmente a mera atribuição à Administração do poder de deferir ou não a prorrogação sem qualquer valor de outorga ou investimento significativo além dos previstos no contrato originário, já que se presume que a concessão já foi totalmente amortizada no seu prazo inicial, que é o único que em princípio pode desde o início ser considerado como adquirido pelo concessionário. Seria como conferir ao administrador público a possibilidade de dar ou não ao concessionário a liberalidade de continuar lucrando com a atividade já amortizada por mais alguns anos, com despesas apenas de sua manutenção e sem pagar nova outorga. Eventual postura de agente público que opte por prorrogar concessão sem novos investimentos e sem eventual novo pagamento de outorga prévia e objetivamente estabelecidos no edital de licitação, ou com base em norma contratual em branco, que apenas preveja a possibilidade de prorrogação, ao invés de abrir nova licitação, em que poderia obter novo valor de outorga, constituiria violação ao princípio a moralidade enquadrável na Lei de

A prorrogação do contrato pode, portanto, ser o instrumento adequado à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro a que tem direito o concessionário, desde que tudo seja justificado e comprovado em sede de processo administrativo. Trata-se, porém, de hipótese excepcional, que merece todas as cautelas no momento da sua utilização

Outra maneira de ser restabelecido o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos é o subsídio cruzado, que corresponde à solução interna à concessão, visando ao restabelecimento do equilíbrio quebrado em função das políticas públicas. Esse mecanismo viabiliza a transferência de recursos auferidos de um segmento de usuários para outro grupo, visando beneficiá-los com tarifas módicas. Os custos dos serviços são transferidos das classes carentes para as mais privilegiadas economicamente, ou seja, a tarifa maior cobrada destes serve para reduzir as daqueles menos favorecidos. Trata-se de medida administrativa que consolida o princípio constitucional geral da solidariedade³⁰¹. A política pública de universalização do acesso aos serviços públicos aos hipossuficientes é fundamentada juridicamente na Lei de Concessões (Lei Federal nº 8.985/95).

Registra Dinorá Adelaide Musetti Grotti que *“a categoria de usuários de custo menor acaba gerando um ônus financeiro maior do que o necessário para que, com a sobra de recursos proporcionada, seja possível financiar a prestação do serviço a tarifas módicas para outras categorias de usuários”*³⁰². A referida autora cita exemplos de subsídios cruzados: a) as tarifas cobradas de usuários urbanos de serviços de energia elétrica, em diversos sistemas jurídicos, são destinadas a subsidiar a eletrificação rural; b) no transporte coletivo urbano, os usuários residentes nos subúrbios distantes pagam tarifas iguais aos usuários das regiões centrais³⁰³.

Improbidade Administrativa, devendo inclusive ressarcir a Administração Pública pelo que essa deixou de ganhar com a atitude”. ARAGÃO, Direito dos Serviços Públicos..., p. 533.

³⁰¹ Destaca Marçal Justen Filho: “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 a intervenção protetora do Estado e pressupõe necessidade muito mais intensa de receber serviços aos quais o indivíduo não tem acesso por outra via”. JUSTEN FILHO, Teoria Geral, p. 376.

³⁰² GROTTI, **Redefinição do Papel do Estado...**, p. 55-56.

³⁰³ Idem, p. 55.

Em alguns setores, a prática de subsídios cruzados foi vedada, como é o caso dos serviços de telecomunicações. É que se alterou o regime de prestação do referido serviço, sendo estabelecida a concorrência entre os prestadores, restando sacrificado o regime de monopólio. Por isso, apresentam-se dois fundamentos para proibir os subsídios cruzados: a) a necessidade de serem criadas condições isonômicas entre os diversos competidores; e b) evitar a concorrência desleal entre os prestadores de serviços³⁰⁴. É o caso da Lei Geral de Telecomunicações (Lei n. 9.472/97), que vedou expressamente a prática de subsídios cruzados entre serviços³⁰⁵.

A possibilidade de subsídios do ente estatal é a alternativa jurídica viável e mais adequada à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro³⁰⁶, desde que sejam adotadas todas as cautelas relativas à responsabilidade fiscal previstas nos artigos 10, 22 e 28 da Lei Federal nº 11.074/2004. Deve ficar assegurado ao concessionário o cumprimento dos compromissos financeiros assumidos pelo poder concedente em decorrência da política pública de universalização dos serviços públicos considerados essenciais. Pelo subsídio externo³⁰⁷, quem arcará com o custo

³⁰⁴ Idem, p. 56.

³⁰⁵ Neste sentido, estabelece o disposto nos arts. 70, I, e 81 da Lei Federal n. 9.472/1997: “Art. 70. Serão coibidos os comportamentos prejudiciais à competição livre, ampla e justa entre as prestadoras do serviço, no regime público ou privado, em especial: I - a prática de subsídios para redução artificial de preços;”; “Art. 81. Os recursos complementares destinados a cobrir a parcela do custo exclusivamente atribuível ao cumprimento das obrigações de universalização de prestadora de serviço de telecomunicações, que não possa ser recuperada com a exploração eficiente do serviço, poderão ser oriundos das seguintes fontes: I - Orçamento Geral da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; II - fundo especificamente constituído para essa finalidade, para o qual contribuirão prestadoras de serviço de telecomunicações nos regimes público e privado, nos termos da lei, cuja mensagem de criação deverá ser enviada ao Congresso Nacional, pelo Poder Executivo, no prazo de cento e vinte dias após a publicação desta Lei. Parágrafo único. Enquanto não for constituído o fundo a que se refere o inciso II do caput, poderão ser adotadas também as seguintes fontes: I - subsídio entre modalidades de serviços de telecomunicações ou entre segmentos de usuários; II - pagamento de adicional ao valor de interconexão”. BRASIL. **Congresso Nacional**. Lei Federal n. 9.472/1997. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 13 de fev. 2009.

³⁰⁶ Idem, p. 36.

³⁰⁷ Defende Marçal Justen Filho que “Há hipóteses em que se impõe o custeio estatal do serviço público, para evitar que a rigidez dos mecanismos de mercado torne inviável o consumo de uma utilidade essencial por parte dos mais pobres. (...) Enfim, não é possível conceber que o Estado poderia permanecer inerte em face de situação em que certos cidadãos não dispusessem de recursos econômicos suficientes para custear o pagamento do serviço público. Suponham-se aqueles extratos mais carentes da população, que não têm condições de pagar as tarifas mínimas de água, esgoto e energia elétrica. Seria inadmissível que se lhes negassem as utilidades indispensáveis à manutenção de sua dignidade. Mas também seria incompatível com o regime da concessão que o concessionário assumisse o dever de arcar com a prestação gratuita do serviço. Nessa hipótese, há uma única alternativa, consistente em o restante da população arcar com o custo da satisfação das necessidades dos carentes. Essa solução se traduz ou na elevação da tarifa dos demais usuários ou no subsídio estatal. (...) A opção do subsídio estatal significará que o poder concedente remunerará o

de fornecimento do serviço ao usuário hipossuficiente é o Estado, ou seja, as receitas tributárias recolhidas de toda a sociedade serão utilizadas para subsidiar a fruição dos serviços públicos prestados aos usuários carentes. Para Marçal Justen Filho, o subsídio externo deve ser uma exceção, sendo necessária a imposição de limites e critérios rígidos³⁰⁸.

Os recursos financeiros são obtidos diretamente do Orçamento Geral³⁰⁹ dos entes federativos ou de fundos específicos constituídos para essa finalidade³¹⁰.

Portanto, o concessionário não possui obrigação jurídica de arcar, individualmente, com os custos decorrentes da política pública de universalização do acesso aos serviços públicos. A implantação de isenções ou reduções de tarifas implica a quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Neste caso, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração. A solução mais adequada é transferir esse ônus ao ente público titular do serviço, para que, mediante a utilização de recursos orçamentários, seja viabilizada a inclusão dos usuários carentes à fruição dos serviços públicos considerados essenciais³¹¹. Neste sentido, defende César A. Guimarães Pereira:

concessionário pelos serviços prestados aos extratos carentes da população. Essa solução é perfeitamente compatível com o regime da concessão". JUSTEN FILHO, Teoria Geral..., p. 339-340.

³⁰⁸ JUSTEN FILHO, Teoria Geral..., p. 376.

³⁰⁹ Para César A. Guimarães Pereira não há nenhum óbice jurídico ao subsídio externo patrocinado pelo Estado para universalizar os serviços públicos: "...a Lei n. 11.079/2004, que trata das parcerias público-privadas, contém dispositivo destinado a aclarar definitivamente a questão, prevendo a remuneração total ou parcial do concessionário pela Administração. Com isso, elimina-se qualquer dúvida acerca da possibilidade de remuneração direta pelo Poder Público e da relativa irrelevância da tarifa para a identificação da concessão ou permissão. (...) Não há qualquer vedação a que a remuneração do concessionário seja parcialmente originária do próprio poder concedente, desde que se mantenha existente a relação direta entre concessionário e usuário e a atribuição de riscos do negócio ao concessionário". PEREIRA, Usuários..., p. 357-358.

³¹⁰ Registra Marçal Justen Filho que "É evidente, no entanto, que a redução tarifária poderá ser obtida por meio da própria formatação de uma concessão comum. A redução dos encargos diretos e indiretos impostos ao concessionário e a ampliação da base de pagadores poderão propiciar o resultado buscado. Em outras palavras, não se afigura como adequado que os cofres públicos arquem com um subsídio para redução de tarifas que poderão ter seu valor diminuído por meio de ampliação da eficiência organizacional". JUSTEN FILHO, Teoria..., p. 251.

³¹¹ No âmbito do serviço público de saneamento instituído pela Lei Federal n. 11.445/2007 foram previstas diversas hipóteses de custeio das tarifas sócias: "Art. 31. Os subsídios necessários ao atendimento de usuários e localidades de baixa renda serão, dependendo das características dos beneficiários e da origem dos recursos: I - diretos, quando destinados a usuários determinados, ou indiretos, quando destinados ao prestador dos serviços; II - tarifários, quando integrarem a estrutura tarifária, ou fiscais, quando decorrerem da alocação de recursos orçamentários, inclusive por meio de subvenções; III - internos a cada titular ou entre localidades, nas hipóteses de gestão associada e de prestação regional". **Congresso Nacional**. Lei Federal n. 11.445/2007. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 20 de jan. 2009.

As tarifas sociais não devem ser compensadas por subsídios internos, mas por subsídios públicos oriundos de receitas gerais. Essa é a única das alternativas cogitáveis – ônus do concessionário, subsídio interno ou cruzado ou subsídio público – que atende integralmente aos princípios constitucionais aplicáveis (especialmente ao da capacidade contributiva)³¹².

A seguir, o referido autor conclui: *“Assim, resta apenas a hipótese do subsídio estatal de caráter direto (pagamento em favor do concessionário), em que caberia ao Poder Público (o poder concedente) suportar o custo das tarifas sociais ou redistributivas”*³¹³. Com o surgimento da Lei nº 11.079/2004, restou assegurada a realização da solidariedade ao prever: a) a possibilidade de custeio total ou parcial dos serviços pelo ente federativo; b) mecanismos de vinculação de recursos públicos a esse custeio.

Portanto, considera-se que o subsídio estatal é a medida jurídico-administrativa adequada e necessária para que seja feita a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, quebrados em função da implementação de políticas públicas destinadas à universalização da fruição dos serviços públicos essenciais aos usuários hipossuficientes.

3.7 A vedação à concessão de benefícios tarifários sem a indicação da fonte de custeio

As concessões de serviços públicos sofrem um sério risco de insucesso em função da denominada demagogia regulatória. Os agentes políticos muitas vezes acabam cedendo às pressões de grupos de usuários, para viabilizar isenções tarifárias, sem que haja justificativa plausível e nem a devida fonte de custeio³¹⁴.

³¹² PEREIRA, Usuários..., p. 378.

³¹³ Idem, p. 378.

³¹⁴ Sobre a demagogia regulatória, ressalta Carlos Ari Sunfeld: “Os serviços públicos econômicos (telecomunicações, energia, saneamento, transporte coletivo, rodovias pedagiadas etc.) geram valor econômico individualizado para seus usuários. Por isso, tem sentido que eles arquem com o custo respectivo, por meio da tarifa. As concessões de serviço público são viáveis justamente por isto: pela existência de usuários com interesse e capacidade econômica de fruir os serviços. Mas é claro que grupos organizados sempre lutam para argumentar suas vantagens econômicas; daí a permanente crítica contra as tarifas de serviços públicos. Os governantes populistas são muito sensíveis a essas pressões e, podendo, tenderão sempre a conter reajustes tarifários e criar isenções para segmentos de usuários, transferindo os ônus respectivos para quem não vota em eleição: os cofres públicos”. SUNDFELD, **Guia Jurídico**, p. 25.

Para Dinorá Adelaide Musetti Grotti, a demagogia regulatória ocorre nas seguintes hipóteses: a) quando o poder concedente ignorou, por ocasião da configuração da outorga, os previsíveis efeitos sociais e econômicos da implantação da concessão, preocupando-se apenas com a percepção imediata de elevada remuneração decorrente do pagamento pela outorga da concessão; b) prestigia a insatisfação popular e pressiona o concessionário a reduzir a contrapartida de benefícios e vantagens às onerosas condições de outorga, desrespeitando a equação do equilíbrio econômico-financeiro, expondo, assim, a concessão a sérios riscos de insucesso.

O art. 35, caput da Lei nº 9.074/95³¹⁵ exige que a concessão de novos *benefícios tarifários*, para além daqueles constantes da política tarifária geral, seja acompanhada de previsão legal, determinando a origem dos recursos aptos a neutralizar seu impacto.

O Poder Judiciário tem enfrentado o tema da demagogia regulatória, sendo que as decisões proferidas são pela total exigência de responsabilidade do poder concedente na criação de benefícios relacionados aos serviços públicos. É imprescindível, portanto, a indicação da fonte de custeio dos benefícios concedidos, sob pena de inconstitucionalidade da lei instituidora³¹⁶. Isso corresponde a exigir dos

³¹⁵ Preceitua o art. 35 da Lei Federal n. 9.074/95: "Art. 35: A estipulação de novos benefícios tarifários pelo poder concedente fica condicionada à previsão, em lei, da origem dos recursos ou da simultânea revisão da estrutura tarifária do concessionário ou permissionário, de forma a preservar o equilíbrio econômico – financeiro do contrato. Parágrafo único. A concessão de qualquer benefício tarifário somente poderá ser atribuída a uma classe ou coletividade de usuários dos serviços, vedado, sob qualquer pretexto, o benefício singular". BRASIL. **Congresso Nacional**. Lei Federal n. 9.472/1997. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 13 de fev. 2009.

³¹⁶ O Supremo Tribunal Federal já enfrentou a matéria no julgamento da ADIN n. 3.225/RJ, relatada pelo Min. César Peluso, onde ficou assentado: "(...) a exigência constante do art. 112, § 2º, da Constituição fluminense, consagra mera restrição material à atividade do legislador estadual, que com ela se vê impedido de conceder gratuidade sem proceder à necessária indicação da fonte de custeio. (...) Por fim, também é infrutífero o argumento de desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Seu fundamento seria porque 'a norma (...) retira do legislador, de modo peremptório, a possibilidade de implementar políticas necessárias a reduzir desigualdades sociais e favorecer camadas menos abastadas da população, permitindo-lhes acesso gratuito a serviços públicos prestados em âmbito estadual'; 'a regra (...) tem por objetivo evitar que, através de lei, venham a ser concedidas a determinados indivíduos gratuidades', 'o preceito questionado (...) exclui desde logo a possibilidade de implementação de medidas nesse sentido (concessão de gratuidade em matéria de transportes públicos), já que estabelece um óbice da fonte de custeio'. Sucede que dessa frágil premissa não se segue a conclusão pretendida, pois é falsa a suposição de que a mera necessidade de indicação da fonte de custeio para autorizar gratuidade na fruição de serviços públicos em nada impede sejam estes prestados graciosamente, donde não agride nenhum direito fundamental do cidadão. A medida reveste-se, aliás, de providencial austeridade, uma vez que se preordena a garantir a gestão responsável da coisa pública, o equilíbrio na equação econômico-financeira

entes estatais a responsabilidade na condução e gestão do orçamento público, bem como total segurança jurídica e boa-fé no que tange às relações do ente público com os parceiros privados, tudo para assegurar o sucesso da concessão de serviço público.

informadora dos contratos administrativos e, em última análise, a própria viabilidade e continuidade dos serviços públicos e das gratuidades concedidas". BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADIN n. 3.225, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 17.09.2007, DJU 26.10.2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 22 de out. 2008.

CONCLUSÃO

O Estado constitucional de direito pressupõe que as normas constitucionais sejam vinculantes e indisponíveis em relação a todos os poderes constituídos (legislativo, executivo e judicial). Esse é o fundamento nuclear daquele Estado, ou seja, a sua sujeição à força normativa das normas constitucionais é integral. Ele não é sujeito apenas à lei, mas ao conjunto de princípios e valores materiais inseridos na ordem constitucional.

Não é possível pensar o Estado constitucional de direito sem vinculá-lo à concretização dos direitos fundamentais. A existência daquele somente é legítima e justificada caso esteja intimamente associado à realização e à concretização dos postulados fundamentais. Estes integram a essência e o fundamento daquele Estado, uma vez que constituem elemento central da Constituição formal e material.

A legitimidade dos poderes do Estado somente é alcançada quando são tutelados os direitos fundamentais. Neste sentido, é imprescindível que as organizações jurídicas, bem como os operadores jurídicos estejam diretamente vinculados à tutela e à defesa daqueles direitos, em todas as instâncias políticas, administrativas e judiciais. É preciso que os poderes públicos estejam centrados na pessoa humana. Assim, é indispensável que a sociedade civil lute pelos seus direitos, mediante a criação de garantias e de controles sobre o poder para concretizá-los. A sociedade civil precisa aderir decididamente a esta peleja fundamental.

Os órgãos estatais devem pautar todas as suas ações e programas sempre na lógica da concretização dos direitos e das garantias fundamentais consagradas constitucionalmente. Nenhuma política pública pode se distanciar da aplicabilidade imediata e da plena eficácia dos direitos fundamentais.

Todos os poderes legitimamente constituídos encontram-se vinculados à execução de políticas públicas necessárias para a promoção dos direitos fundamentais, inclusive o poder judiciário pode, legitimamente, obrigar o poder executivo a executar medidas administrativas, no sentido de serem corrigidos problemas sociais decorrentes da omissão estatal.

O princípio da dignidade humana possui função instrumental integradora e hermenêutica, pois serve de parâmetro para a aplicação, interpretação e integração de todo o ordenamento jurídico. Deste modo, o referido princípio constitui uma norma de legitimação de toda a ordem estatal. Assim, o exercício do poder somente será legítimo caso seja pautado pelo respeito e pela proteção da dignidade da pessoa humana.

Os direitos sociais programáticos devem ser concretizados pelos órgãos estatais. A única justificativa para o temporário descumprimento é a demonstração objetiva e evidente da impossibilidade material para a sua tempestiva realização, sob pena de restar viabilizado o controle jurisdicional para a reparação do direito ameaçado ou lesado. Deste modo, o “custo” financeiro dos direitos sociais não pode servir para a negativa da sua eficácia imediata, pois os direitos de cunho negativo também possuem relevância econômica para a sua realização.

Os direitos sociais a prestações encontram-se vinculados às prestações estatais voltadas à distribuição e à redistribuição dos recursos materiais existentes, visando conferir uma vida digna para todos os indivíduos.

É inegável que, muitas vezes, os direitos sociais positivos dependem da atividade legislativa infraconstitucional, mediante a edição de normas jurídicas de natureza inferior à Constituição, para serem concretizados. Mas isto não pode transformar-se num campo aberto à mora legislativa, a qual sempre é fundada ilegitimamente no discurso da ausência de disponibilidade financeira.

Os cidadãos podem exigir do Estado o cumprimento de seus direitos sociais, porém, a pretensão material terá que ser razoável. É preciso que seja provida de justificável adequação e necessidade material. O Estado não poderá ser obrigado à prestação estatal desprovida de total razoabilidade, sob pena de restarem sacrificados outros valores protegidos constitucionalmente, como é o caso da moralidade administrativa e da indisponibilidade do interesse público.

Por outro lado, o Estado terá que demonstrar os seus reais esforços para a realização dos direitos fundamentais. É preciso aferir todas as medidas concretas que foram adotadas para a realização daqueles mandamentos nucleares. Jamais a reserva do possível deve servir como impedimento absoluto à exigibilidade dos

direitos sociais de natureza prestacional. Não é suficiente, assim, a demonstração da indisponibilidade financeira do Estado para o atendimento do direito positivado.

Que seja comprovado que não há recursos porque estes foram alocados para o atendimento de outros direitos mais relevantes que aquele reclamado. É necessário que seja demonstrado que a alocação de recursos foi realizada de forma absolutamente ponderada, escolhendo para realizar, naquele momento, o direito fundamental que mais se harmoniza com a dignidade da pessoa humana. Além disso, é preciso deixar assentado que as pautas constitucionais foram fielmente traduzidas nas leis orçamentárias. O exame das leis orçamentárias, neste caso, é imprescindível.

Fundamental é também reforçar a idéia do controle sobre o orçamento público, visando possibilitar o remanejamento das dotações orçamentárias, para redirecioná-las ao cumprimento das imposições e prioridades constitucionais relativas aos direitos fundamentais. A Constituição é quem fixa as metas e os programas a serem executados, visando à realização dos direitos fundamentais.

Assegurar o mínimo existencial deve ser a principal tarefa e obrigação do Estado de direito constitucional. Por isso, as metas constitucionais relativas ao mínimo existencial merecem a total e irrestrita promoção por parte do Estado, devendo ser feita a devida compatibilização delas com as limitações orçamentárias existentes.

Nestes termos, o mínimo existencial (saúde básica, ensino fundamental, assistência aos idosos e portadores de necessidades especiais e acesso à justiça) constitui o fim prioritário dos gastos públicos. Assegurar a concretização do direito fundamental ao mínimo existencial é condição para viabilizar aos beneficiários o exercício de outros direitos também fundamentais, como é o caso do exercício dos direitos políticos. Caso o Estado se omita na promoção do mínimo existencial fisiológico e sócio-cultural, restarão também sacrificados os valores republicanos e democráticos, pois os excluídos serão pessoas sem o mínimo de dignidade para participar, por exemplo, do processo democrático decisório.

A crise fiscal e financeira do Estado brasileiro impulsionou as reformas constitucionais e o surgimento de um marco regulatório para disciplinar as relações com os novos parceiros privados, empenhados na exploração de serviços públicos.

No âmbito econômico, reduziram-se as dimensões do Estado brasileiro. As empresas estatais foram transferidas para o setor privado, inclusive as prestadoras de serviços públicos, passando a vigorar um destacado programa de delegação de tais serviços à iniciativa privada. Introduziu-se, assim, a competição entre os diversos prestadores dos referidos serviços públicos delegados.

Os mecanismos de mercado passaram a prevalecer na prestação dos serviços públicos destinados aos usuários. Positivou-se, no ordenamento jurídico nacional, que a outorga de concessão não possui caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada (art. 16 da Lei Federal nº 8.987/95).

O Estado regulador assume uma nova feição, marcadamente no estabelecimento de um novo marco regulatório, que consiste no arbitramento e controle da atividade econômica relativa aos serviços. Novos desafios são lançados, notadamente no que tange à necessidade premente de serem implementadas políticas públicas voltadas à universalização de serviços públicos e à redução de desigualdades sociais ou regionais.

As concessões de serviços públicos (art. 175 da CF/88) podem ser divididas em três possíveis espécies: a concessão comum, a patrocinada e a administrativa. A diferença entre as referidas espécies é quanto à forma de remuneração. Na comum, o concessionário auferirá a sua receita em função das tarifas e/ou receitas complementares. Na patrocinada, o concessionário será remunerado pelas tarifas cobradas dos usuários, acrescidas da contraprestação pecuniária devida pelo parceiro público. Já na administrativa, a cobrança de tarifas é inviável, sendo que a contraprestação devida ao concessionário será feita exclusivamente com recursos do Estado.

O valor da tarifa pela utilização dos serviços públicos não pode ser óbice à fruição deles por parte dos sujeitos, cuja capacidade econômica seja deficitária, como é o caso dos hipossuficientes. Por isso, a adoção de tarifas módicas e as isenções, visando ao acesso e à fruição dos serviços públicos pelos sujeitos hipossuficientes, constituem louvável política pública de universalização daquelas prestações essenciais à dignidade da pessoa humana.

A fim de concretizar o princípio da modicidade tarifária, o poder concedente terá que estabelecer medidas de compensação ao concessionário, caso ocorra eventual deficiência no financiamento do serviço público. As providências adicionais tanto podem decorrer de financiamento direto pelo Poder Público como pela elevação da tarifa cobrada do usuário hipersuficiente, tudo para manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

O ordenamento jurídico oferece diversas soluções internas e externas à concessão. No primeiro caso, configuram-se como hipóteses jurídicas para resolver a pendência contratual: a) a extensão do prazo contratual; b) o adiamento ou eliminação de certos investimentos; c) a diminuição das obrigações do concessionário; e d) subsídios cruzados.

A possibilidade de subsídios do ente estatal é a alternativa jurídica viável e mais adequada à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, desde que sejam adotadas todas as cautelas relativas à responsabilidade fiscal previstas nos artigos 10, 22 e 28 da Lei Federal nº 11.074/2004. É que deve ficar assegurado ao concessionário o cumprimento dos compromissos financeiros assumidos pelo poder concedente em decorrência da política pública de universalização dos serviços públicos considerados essenciais. Pelo subsídio externo, quem arcará com o custo de fornecimento do serviço ao usuário hipossuficiente é o Estado, ou seja, as receitas tributárias recolhidas de toda a sociedade serão utilizadas para subsidiar a fruição dos serviços públicos prestados aos usuários carentes.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- AMARAL, Antônio Carlos Cintra. **Concessões de serviço público**. 2.ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 86.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- _____. Delegações de Serviço Público. n. 40, nov./dez. 2006, p. 109-161. Porto Alegre: Notadez, 2006.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BAGATIN, Andreia Cristina. O princípio da continuidade dos serviços públicos: um exame do art. 17 da Lei da ANEEL. *In*: COSTALDELLO, Angela Cassia (coord.). **Serviço Público – Direitos Fundamentais, Formas Organizacionais e Cidadania**. Curitiba: Juruá, 2007
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. *In* BARROSO, Luis Roberto (org.). **A Nova Interpretação Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BRASIL. **Congresso Nacional**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em 15 de dez. 2008.
- _____. **Congresso Nacional**. Lei Federal n. 9.472/1997. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 13 de fev. 2009.
- _____. **Congresso Nacional**. Lei Federal n. 11.079/2004. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 12 de jan. 2009.
- _____. **Congresso Nacional**. Lei Federal n. 11.445/2007. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 20 de jan. 2009.
- _____. **Congresso Nacional**. Lei Federal n. 8.987/1995. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 20 de jan. 2009.
- _____. **Supremo Tribunal Federal**. MI 721/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal em 30.08.2007, DJU 30.11.2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 18 dez. 2008.
- _____. **Supremo Tribunal Federal**. ADPF n. 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 29.04.2004, DJU 04/05/2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15 out. 2008.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. ADIN n. 2010 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgado pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal em 30.09.1999, DJU 12.04.2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 13 de agosto 2008.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. RE n. 327904, Rel. Min. Carlos Britto, julgado em 15.08.2006, DJU 08.09.2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 22 de out. 2008.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. ADIN n. 3768/DF, Rel. Min. Carmen Lúcia, julgado pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal em 19.09.2007, DJU 26.10.2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 13 de nov. 2008.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. ADIN n. 2.649/DF, Rel. Min. Carmen Lúcia, julgado pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal em 08.05.2008, DJU 17.10.2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 13 de nov. 2008.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. ADIN n. 3.225, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 17.09.2007, DJU 26.10.2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 22 de out. 2008.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp. n. 474.361/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 04.06.2009, Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 de jun. 2009.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp. n. 485.842/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, publicado no DJU de 24.05.2004, Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 de jun. 2009.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp. n. 20.471/RS, Rel. Min. Ari Pargendler, publicado no DJU de 30.06.2005, Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 de jan. 2009.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp. n. 363.943/MG, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 04.06.2006, Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 de dez. 2008.

_____. **Tribunal de Contas da União**. Decisão n. 765/99. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 15 de dez. 2008.

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, 2007.

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 – Direitos Fundamentais, Formas Organizacionais e Cidadania**. Curitiba: Juruá, 2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CADERMATORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2007.

CÂMARA, Jacintho de Arruda. Telecomunicações e Globalização. SUNDFELD, Carlos Ari. VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direito Global**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Lisboa: Almedina, 2000.

_____. O Direito Constitucional como Ciência de Direcção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (Contributo para a reabilitação da força normativa da “Constituição social”. **Revista de Doutrina da 4ª Região**. Porto Alegre: Revista de Doutrina da 4ª Região, n. 22, fev. 2008. Disponível em: <<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br>>. Acesso em 15 dez. 2008.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre Princípios Constitucionais – Razoabilidade, Proporcionalidade e Argumentação Jurídica**. Curitiba: Juruá, 2006.

_____. Breves considerações sobre o conceito de políticas públicas e seu controle jurisdicional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 797, 8 set. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7254>>. Acesso em: 04 jan. 2009.

CUÉLLAR, Leila. Serviço de Abastecimento de Água e a Suspensão do Fornecimento. CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann (org.). **Estudos de Direito Econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

DA COSTA, Maurício Mesurini. **Controle judicial de políticas públicas: procedimento, justificação e responsabilidade**. Dissertação de Mestrado. Centro de Pós-Graduação em Direito – CPGD. Florianópolis: UFSC, 2001.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. São Paulo: RT, 1999.

FARACO, Alexandre Ditzel; PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; COUTINHO, Diogo Rosenthal. Universalização das Telecomunicações no Brasil: uma Tarefa Inacabada. **RDPE n. 2**. Belo Horizonte, Fórum, 2003.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

GABARDO, Emerson. **Eficiência e Legitimidade do Estado**. Barueri, SP: Manole, 2003.

_____. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

GRAU, Eros Roberto. Realismo e Utopia Constitucional. *In*: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno (coord.). **Direito Constitucional Contemporâneo. Estudos em Homenagem ao Professor Paulo Bonavides**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. Constituição e Serviço Público. *In* **Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2003.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti Grotti. Redefinição do papel do Estado na prestação de serviços públicos: realização e regulação diante do princípio da eficiência e da universalidade. **Revista de Interesse Público** n. 40, nov./dez. 2006, p. 37-69. Porto Alegre: Notadez, 2006.

_____. A Experiência Brasileira nas Concessões de Serviço Público. **Revista de Interesse Público**, n. 42 maio/jun 2007, p. 77-125. Porto Alegre: Notadez, 2007.

HARGER, Marcelo. **Consórcios Públicos na Lei n. 11.107/05**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HUMENHUK, Howerstton. O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 227, 20 fev. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4839>>. Acesso em: Acesso em 11 de novembro de 2008.

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

_____. Algumas considerações acerca das licitações em matéria de concessão de serviços públicos. In: **Direito do estado: novos rumos**. São Paulo: Max Limonad, 2001, t.2.

_____. Concessões de Rodovias – A Experiência Brasileira. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005.

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

_____. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

JUSTEN, Mônica Spezia. **A Noção de Serviço Público no Direito Europeu**. São Paulo: Dialética, 2003.

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: Livraria do Advogado, 2000.

MALISKA, Marcos. **O Direito à Educação e a Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2001.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Nova Regulação dos Serviços Públicos. **Revista de Direito Administrativo** n. 228, p. 13-29, abr./jun. 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. As políticas de universalização, legalidade e isonomia: o caso “telefone social”. **Revista de Direito Público da Economia**, n. 14, p. 75-115, abr./jun. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

_____. Concessão de serviço público: dever de prestar serviço adequado e alterações das condições econômicas – princípio da atualidade – reequilíbrio através da prorrogação do prazo de exploração. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, n. 22, 1998, p. 116-117.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre Justiça Social. **Revista de Direito Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 57-58, 1981.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 20 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade: Aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990.

MOREIRA, Egon Bockmann. O Direito Administrativo Contemporâneo e a Intervenção do Estado na Ordem Econômica. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, fevereiro, 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15 de dezembro de 2008.

MÜLLER, Friedrich, A Limitação das Possibilidades de Atuação do Estado-Nação Face à Crescente Globalização e o Papel da Sociedade Civil em possíveis estratégias de resistência. BONAVIDES, Paulo. DE LIMA, Francisco Gérson Marques. BEDÊ, Fayga Silveira. **Estudos em Homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Malheiros, 2006.

ORTIZ, Gaspar Ariño. Significado Actual de la Noción des Servicio Público. In: ORTIZ, Gaspar Ariño. GARCÍA-MORATO, Lucía López de Castro (coord.). **El Nuevo Servicio Público**. Madrid: Ed. Marcial Pons, 1997.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. **Usuários de Serviços Públicos**. 2. ed., ver. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 329-330.

SANTOS, José Anacleto Abduch. **Contratos de Concessão de Serviços Públicos – Equilíbrio Econômico-Financeiro**. Curitiba: Juruá, 2007.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. Concessão de serviço público: a prorrogação do prazo de exploração para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. **Revista de Interesse Público n. 38**, jul/agosto 2006, p. 85-111. Porto Alegre: Notadez, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 60.

_____. Proibição de retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: Manifestação de um constitucionalismo Dirigente Possível. In BONAVIDES, Paulo. DE LIMA, Francisco Gérson Marques. BEDÊ, Fayga Silveira (coord.). **Estudos em Homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. FIGEIREDO, Mariana Filchtner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: Algumas aproximações. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, n. 24, julho de 2008. Disponível em: <<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br>>. Acesso em 14 de out. de 2008 (ver como organizar).

SCHOLLER, Heinrich. O Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional e Administrativo da Alemanha. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet. **Revista de Interesse Público**, n. 2, 1999, pp. 93-107 (ver para organizar).

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 2. ed. São Paulo: RT, 1982.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

STRINGARI, Amana Kauling. Agência Reguladora Municipal: estrutura única de regulação dos serviços públicos. Disponível na internet: <<http://www.gestaopublicaonline.com.br>>. Acesso em 25 de abril de 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, 1992.

_____. Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 21.

TÁCITO, Caio. A Razoabilidade das Leis. **Revista Trimestral de Direito Público nº 13**. São Paulo: Malheiros.

_____. Poder de Polícia e seus limites. **Revista de Direito Administrativo nº 27/10**. São Paulo: Atlas.

_____. O Equilíbrio Financeiro na Concessão de Serviço Público. **Temas de Direito Público**, 1º vol. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. Concessão de Transporte Coletivo. **Temas de Direito Público**, 2º vol. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.