O PRINCÍPIO DA GENERALIDADE E O DIREITO AO RECEBIMENTO DE SERVIÇOS PÚBLICOS AINDA NÃO PRESTADOS EM CARÁTER GERAL

FLÁVIO DE ARAÚJO WILLEMAN[1]

1.0 — Introdução. 2 .0 — Serviço Público. 2.1 — Conceito. 2.2 — Criação dos serviços públicos; 2.3 — Princípios constitucionais que informam a prestação dos serviços públicos; 2.4 — O princípio da Universalidade/Generalidade; 3.0 — O direito do cidadão ao recebimento de serviços públicos — direitos sociais (art. 6º da CRFB/88). 3.1 — O direito do cidadão ao recebimento de serviços públicos ainda não prestados em caráter geral; 3.2 — Políticas Públicas; 3.2.1 — Conceito; 3.2.2 — Competência; 3.3 — O papel do Poder Judiciário na formulação e na implementação de políticas públicas; 3.3.1 — A Separação de Poderes — eventual usurpação pelo Poder Judiciário da função administrativa típica a ser exercida pelo Poder Executivo; 3.4 — A ponderação de valores a ser feita pelo Poder Judiciário quando na implementação de política pública [direito ao recebimento do serviço (princípio da dignidade da pessoa humana) x política pública administrativa]; 4.0 — A mutação do conceito de serviço público como meio de se atingir uma maior eficácia do princípio da universalidade; 4.1 — Serviço universal; 5.0 — Conclusão.

Introdução

A partir da Revolução Francesa, com a derrocada do modelo de Estado centralizado politicamente e com o surgimento do Estado Liberal de Direito, passa viger na maioria das nações mundiais, sob a inspiração de MONTESQUIEU, o modelo de Estado em que as funções políticas estatais são partilhadas entre poderes políticos diversos (descentralização política), dotados de autonomia para o seu desempenho,

1 Procurador do Estado do Rio de Janeiro; Professor de Direito Administrativo da Universidade Candido Mendes — Centro/RJ; Mestrando em Direito pela Universidade Candido Mendes e Advogado.

de maneira predominante, sem que isto importasse em exclusividade[2]. Surge assim, a teoria da separação de funções, em que as atividades estatais de legislar, julgar e administrar deixavam de estar enfeixadas nas mãos de uma só pessoa para serem, de *per se*, executadas, predominantemente, por pessoa política idealizada para este fim.

Adverte-se que as funções estatais serão, no Estado de Direito, desempenhadas de maneira predominante e não exclusiva por Poderes autônomos justamente para possibilitar que um ente político, nos termos permitidos pela Constituição, possa controlar o outro, mantendo-se, assim, o pleno equilíbrio no uso dos poderes conferidos ao Estado.[3]

O estudo que aqui se desenvolverá terá por escopo analisar uma das atividades cometidas à função estatal administrativa, qual seja, a prestação de serviços públicos[4], mormente no que tange ao direito de todos os cidadãos terem acesso à sua fruição, nos termos do princípio da generalidade[5].

Para tanto, antes de entrar no tema proposto, necessário esclarecer o conceito de serviço público, passando, a seguir, pelos princípios que o orientam — com ênfase no princípio da generalidade —, o direito dos usuários à sua criação, culminando com a ponderação de tal direito, que poderá traduzir o espelho do princípio da dignidade da pessoa humana, e sua conseqüente implementação pelo Poder Judiciário, com o princípio da separação de poderes.

Serviço Público

A prestação de serviço público é uma das funções do Estado, que poderá executá-lo centralizadamente, por meio de órgãos que compõem as "*pessoas colectivas públicas*"[6], ou de maneira descentralizada, para a administração pública indi-

2 Está a se falar do Estado de Direito, que, segundo Carlos Ari SUNDFELD, é aquele "*criado e regulado por uma Constituição (isto é, por norma jurídica superior às demais), onde o exercício do poder político seja dividido entre órgãos independentes e harmônicos, que controlem uns aos outros, de modo que a lei produzida por um deles tenha de ser necessariamente observada pelos demais e que os cidadãos, sendo titulares de direitos, possam opô-los ao próprio Estado*". *Fundamentos de Direito Público*. 3ª ed, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1998, pág. 39.

3 É a personificação da teoria dos freios e contrapesos, formalizada pela primeira vez, nos termos em que foi concebida, na Constituição Americana de 1787, marco inicial do constitucionalismo moderno. *Apud,* BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva,1998, pág. 162.

4 Vale lembrar que a atividade administrativa consiste em polícia administrativa; intervenção no ordenamento econômico; intervenção no ordenamento social, e prestação de serviços públicos. Ressalva-se, no entanto, a posição de DIOGO DE FIGUEIREDO Moreira Neto que, além das atividades aqui elencadas, também insere na função administrativa o fomento público.

5 O princípio da generalidade também é conhecido como universalidade, razão por que adotaremos uma ou outra terminologia, sem, contudo, fazer qualquer distinção.

6 AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª edição, vol. I, ed. Lisboa: Almedina, 2000, pág. 619.

reta, ou para o particular, nas modalidades de concessão, permissão[7] ou autorização[8], nos termos dos artigos 21, XI e XII e 175, da Constituição da República de 1988.

O conceito de serviço público gerou longa discussão na doutrina, existindo várias teorias que tentam defini-lo. No entanto, há consenso entre os doutrinadores de que, na sua concepção clássica, o serviço, para ser considerado público, deve reunir três signos caracterizadores a saber: a) o *subjetivo*, em que se exige a presença de uma pessoa jurídica de direito público como seu prestador; b) o *objetivo*, quando tal se afigura como essencial para a população; e c) o *formal*, atinente à sua regência por normas de direito público.

Hodiernamente não se exige, necessariamente, a presença dos três elementos acima mencionados para que se esteja diante de um serviço público. Basta que a lei ou a Constituição Federal, reconhecendo a importância social de determinada atividade, a retire da livre iniciativa e a denomine serviço público, quando, então, passará a receber um tratamento diferenciado pelo ordenamento jurídico. Exemplo disso encontra-se na própria regra constitucional exposta no artigo 175, que afasta a necessidade de os serviços públicos serem prestados unicamente pelos entes estatais, permitindo que tais sejam prestados, à luz da discricionariedade administrativa, sob o regime de concessão ou permissão, por particulares, em colaboração com a administração pública.

Segue a mesma sorte o requisito da essencialidade, que, hoje em dia, não mais é algo indispensável para a configuração do serviço público. Nem todos os serviços tidos como públicos são essenciais à coletividade. Haverá serviços públicos que assim serão considerados por guardarem uma maior relevância social e que, por isso, mereceram uma maior atenção do Estado, que os retirou da livre iniciativa, trazendo-os para o campo da regulação sob o regime total ou parcialmente de direito público; v. g., o serviço de loteria esportiva[9].

A fim de corroborar a tese de que não mais é indispensável a reunião dos três signos acima mencionados para que se esteja diante de um serviço público, frise-se, ainda, que nem sempre este será regido por normas totalmente de direito público; poderá, também, receber o influxo de normas de direito privado, mormente quando for executado por um particular em colaboração com a administração pública. Exemplo disso é a incidência do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) para disciplinar as relações jurídicas entre concessionário e usuário/consumidor de serviços público.

7 Importante ressaltar o estudo de Marcos Juruena VILLELA SOUTO sobre a possibilidade de se ter, além da concessão e permissão de serviços públicos, formas alternativas de sua prestação. Ver a respeito *in Desestatização, Privatização, Concessão, Terceirização e Regulação*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, págs. 517-542.

8 Registre-se que a divergência doutrinária sobre a possibilidade de execução de serviço público por particular mediante autorização, tendo em vista que tal modalidade de transferência de execução não se encontra expressamente prevista no artigo 175, da CF/88.

9 Ver a respeito a lição de Marcos Juruena VILLELA SOUTO, *in Desestatização, Privatização, Concessão, Terceirização e Regulação*. Ob. cit. págs. 356-362.

Diante do exposto, pode-se conceituar serviço público como toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, assim definida pela Constituição Federal ou por lei, visando o atendimento de necessidades ou utilidades públicas mediatas ou imediatas, decorrentes do convívio social, reguladas por normas total ou parcialmente de direito público.

Importante para o tema que se propõe a discorrer neste trabalho trazer a lume a lição sempre autorizada de Marcos Juruena VILLELA SOUTO que definiu serviço público como "*a condução de uma atividade administrativa, típica do Estado, em relação à qual impera o dever de eficiência, ao lado dos princípios da generalidade, continuidade, modicidade e cortesia, que regem a prestação dos serviços públicos*" [10]

A partir do conceito acima transcrito não só se tem a noção do que seja serviço público mas, também, dos princípios jurídicos que o regerão. Dentre eles merece destaque o princípio da generalidade, que é o objeto fulcral do estudo aqui desenvolvido.

Princípios constitucionais que informam a prestação dos serviços públicos — O Princípio da Generalidade/Universalidade

Quando se pensa em prestação de serviços públicos logo se extrai a idéia de serviço adequado[11] que, não obstante ter sido detalhado pela Lei nº 8.987/95, ainda é tido como um conceito jurídico indeterminado por parte da doutrina.

O certo é que, diante do detalhamento legal, tornou-se menos complexo o elenco dos princípios que regem a prestação dos serviços públicos, sendo mais fácil assimilar o conceito de serviço adequado. Considera-se adequado o serviço público que satisfizer algumas condições, tais como: *"regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas" (artigo 6º, § 1º, Lei nº 8.987/95).*

Conjugando o dispositivo legal acima com o conceito de serviço público apresentado por Marcos Juruena VILLELA SOUTO, alhures transcrito, é possível depreender-se alguns princípios específicos que regem a sua prestação, merecendo destaque os da continuidade, regularidade, igualdade, mutabilidade, obrigatoriedade, modicidade das tarifas, participação dos usuários, cortesia, eficiência e o da universalidade ou da generalidade, que, a seguir, será objeto de estudo mais detalhado.

Alguns autores vêem no princípio da generalidade um mero prolongamento do princípio da igualdade[12]; outros o entendem como princípio autônomo a informar a prestação dos serviços públicos.

10 SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Aspectos Jurídicos do Planejamento Econômico.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, pág. 132

11 Sobre o tema confira-se MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno.* 5ª ed. São Paulo: RT, 2001, pág. 377.

12 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Direito Administrativo Econômico.* São Paulo: Malheiros, 2000, pág. 55

Para dinorá adelaide musetti GROTTI, o princípio da universalidade consiste na "*possibilidade de que o serviço possa ser exigido e usado por todos. Significa que o mesmo deve atender indistintamente, a todos que dele necessitem, independentemente do poder aquisitivo, satisfeitas as condições para sua obtenção. Sua manutenção se constitui num dever legal, podendo ser exigido tanto daqueles que tenham a competência para institui-lo quanto daqueles que o executem*" [13]

Parece esposar entendimento similar CELSO RIBEIRO Bastos, uma vez que vê no princípio em comento "*o direito que todos têm de utilizar os serviços públicos, dentro das modalidades estabelecidas, sem se negar a um usuário o que foi concedido a outro. As exclusões da utilização dos serviços não podem ser, em conseqüência, arbitrárias.*" [14]

Para DIOGO DE FIGUEIREDO Moreira Neto, "*Este é o mais importante dos princípios setoriais dos serviços públicos, e o que, assinaladamente, marca sua vocação* universal, isonômica e democrática". [15]

Ponderando os conceitos acima transcritos, pode-se concluir que o princípio da generalidade consiste no direito conferido aos usuários de serviços públicos de, uma vez implementadas as condições para o seu recebimento, compelir, tanto a Entidade Estatal competente para o seu fornecimento como o particular concessionário à sua prestação, de maneira eficiente, dentro de padrões de razoabilidade e do princípio da reserva do possível.

De fato, a universalidade no serviço público muito se assemelha à regra da isonomia, uma vez que não poderá haver exclusões odiosas no seu fornecimento; isto é, pessoas que se encontram no mesmo plano fático jurídico não podem ser privadas de seu recebimento, sob pena de restarem feridos os dois princípios em comento.

Diante da importância da fixação do princípio da universalidade como orientador daqueles que são incumbidos da prestação de serviços públicos, o legislador brasileiro, como já restou dito alhures, a ele fez referência expressamente no artigo 6°, § 1°, da Lei federal 8.987/95, e, também, no artigo 3°, IV, da Lei n° 9.074/95, que aduziu incumbir ao poder concedente "*o atendimento abrangente ao mercado, sem exclusão das populações de baixa renda e das áreas de baixa densidade populacional, inclusive as rurais*"

Visto no conceito e na previsão legal do princípio da universalidade a utilidade para o estudo dos serviços públicos, cumpre, agora, delimitar o seu alcance e a sua aplicação. Este princípio pode e deve ser encarado com *status* absoluto, ou pode o Ente Estatal impor limites à sua aplicação? Pode o cidadão comum exigir do Estado ou do concessionário/permissionário a prestação do serviço em seu sentido mais amplo, com fulcro nos princípios da generalidade e da dignidade da pessoa humana?

13 Obra cit. pág. 55/56

14 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo.* 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, pág. 170.

15 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo.* 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, pág. 417.

Para responder a essas indagações necessário o conhecimento do conceito de política pública e, assim, quem detém a competência para o seu planejamento e sua execução.

Políticas Públicas

MARIA GARCIA conceitua política pública como "*diretrizes, princípios, metas coletivas conscientes que direcionam a atividade do Estado, objetivando o interesse público*"[16].

A implementação de políticas públicas, como função tipicamente administrativa, compete predominantemente ao Poder Executivo, sendo qualquer ingerência de outro poder estatal, afastado o controle da razoabilidade jurídica, atentatória ao princípio da separação de poderes, previsto no artigo 2º, da CRFB/88.

Será através da realização de políticas públicas — e também através do fomento público —, que a Administração Pública escolherá, de maneira discricionária, as prioridades na alocação de recursos para o atendimento das necessidades sociais, incluída a prestação de serviços públicos. A idéia de política pública, sem embargo de opiniões em contrário, passa estritamente pela noção de o Estado encontrar formas para uma melhor prestação de serviços públicos à coletividade, para que reste cumprido, não só o princípio da generalidade, mas, também, o princípio da eficiência.

Contudo, não se pode compreender a formulação e a realização de política pública de maneira dissociada dos chamados direitos sociais insculpidos na Constituição Federal de 1988. A noção de implementação de políticas públicas está umbilicalmente ligada aos direitos fundamentais previstos no ordenamento social constitucional e encontra origem na concepção do modelo de Estado Social intervencionista[17], em que restou abandonado o liberalismo clássico, com a mínima ingerência estatal nos ordenamentos social e econômico, passando, então, o Estado não só a produzir e distribuir a riqueza, mas, também, a se preocupar com os reclamos dos cidadãos, oriundos das desigualdades sociais.

Para solucionar o problema dos desníveis sociais o Estado passou a intervir diretamente no ordenamento social e, para o cumprimento de tal mister, necessário se fez traçar políticas públicas, ou seja, planos, metas, para o atingimento da pacificação social de maneira eficiente. Tais metas foram implementadas, no plano constitucional, por via de normas constitucionais programáticas, que, nas precisas palavras de Luis Roberto BARROSO, "*veiculam princípios, desde logo observáveis, ou traçam fins sociais a serem alcançados pela atuação futura dos poderes públicos*".[18]

16 *In Políticas Públicas e atividade administrativa do Estado*. Caderno de Direito Constitucional de Ciência Política, n. 15, 1996, pp. 64-67, *apud* FRISCHEISEN, Luisa Cristina Fonseca. *Políticas Públicas. A Responsabilidade do administrador e o ministério público*. São Paulo: Max Limonad, 2000, pág. 78.

17 BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, págs. 5-6

18 BARROSO, Luis Roberto, *ob. cit.*, pág. 228.

Visando o atingimento do ápice da intervenção estatal na ordem social, as constituições modernas prevêem normas constitucionais sociais de conteúdo programático, servindo, pois, não só para orientar o Estado na programação da formulação de suas políticas públicas, isto é, delimitando desde já os fins a serem atingidos, mas, também, para garantir que os direitos pretendidos nas referidas normas não sejam esquecidos ou extirpados por parte da Administração Pública.

Discute-se na doutrina a efetividade das normas programáticas. Razão está, respeitadas as opiniões em sentido contrário, com o segmento doutrinário que entende que tais normas são providas de efetividade em um sentido negativo, eis não geram para o cidadão um direito subjetivo à sua obtenção, mas sim o direito de não ver qualquer outra norma dispondo em sentido contrário[19]. Nas palavras de Maria HELENA DINIZ, as normas constitucionais programáticas "*impedem que o legislador comum edite normas em sentido oposto ao direito assegurado pelo constituinte, antes mesmo da possível legislação integrativa que lhes dará plena aplicabilidade, condicionando, assim, a futura legislação com a conseqüência de ser inconstitucional; (...); e estabelecem direitos subjetivos por impedirem comportamentos antagônicos a elas*"[20]

A Constituição Federal Brasileira de 1988 traça não só os direitos sociais a serem implementados pelo Estado (arts. 6° e 7°), como também as linhas mestras por onde o administrador público deve pautar-se para o atingimento de tais direitos[21].

No contexto acima descrito, pode-se afirmar que a Constituição Federal, ao fixar os direitos sociais a serem implementados pelos entes políticos, fez com que o administrador público ficasse vinculado a traçar políticas públicas com o intuito de atingir, o máximo possível, os fins colimados pelas normas constitucionais, sendo a sua omissão, desde que irrazoável, passível de responsabilização, razão por que se diz que sua discricionariedade é mínima.

Ocorre que, ainda que mínima a discricionariedade do Administrador Público para a formulação de política pública com vistas a dar efetividade às normas constitucionais que estatuem direitos sociais, busca-se saber qual o mecanismo jurídico de que dispõe o cidadão para ver reconhecido o seu direito, nos termos do princípio da generalidade, de receber o serviço público através do desenvolvimento de políticas públicas. Em suma: há um "remédio" jurídico possível de levar até o cidadão o serviço público que não lhe é prestado por ausência da realização de política pública governamental? Mais interessante será enfrentar o problema proposto sob dois enfoques: um primeiro, considerando a total inexistência do serviço; e, um segundo, considerando que o serviço existe, e é prestado, tão-só a determinada camada da sociedade, com a exclusão de outras.

19 BARROSO, Luis Roberto, ob. cit. pág. 228

20 DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1998, pág. 116. *Apud* FRISCHEISEN, Luisa Cristina Fonseca. Ob. cit., págs. 43-44.

21 FRISCHEISEN, Luisa Cristina Fonseca. Ob. cit., pág. 58-59

Sobre o primeiro enfoque acima proposto, necessário saber como se dá a criação de um serviço público, para, depois, perquirir o meio (se é que este existe !) de que o cidadão dispõe para exigi-lo do Poder Público.

É comum ouvir-se falar que a qualificação de um serviço como público depende sempre de uma valoração política. Quer-se dizer que, por razões políticas e sociais várias, pode-se qualificar, de maneira discricionária, uma atividade como serviço público quer seja para "*retirar da especulação privada setores delicados; propiciar o benefício do serviço aos menos favorecidos; suprir carência da iniciativa privada; favorecer o progresso técnico.*"[22]

É de sabença geral que a própria Constituição da República definiu algumas competências para a criação e prestação de determinados serviços públicos. Confira-se, a guisa de exemplo, o disposto no artigo art. 21, da CRFB/88.

Contudo, diante da constante mutabilidade social, e para saber se poderá a sociedade dispor de algum meio de exigir que o Estado retire da atividade econômica empresarial um serviço e a ele atribua o adjetivo público, necessário se faz responder se é possível, através de uma lei ordinária, a criação de um serviço público, não previsto na Constituição Federal.

Fernando Herren AGUILLAR, além de sustentar a sua própria posição, de que não há na Constituição Federal uma definição de serviço público e, tampouco, qualquer autorização para a sua criação por lei ordinária, e por isso, só poderá ser considerado serviço público aquele previsto na CFRB/88, quer no texto original quer se for por inserção via emenda, traz, ainda a posição dos chamados "*convencionalistas legalistas*", que admitem, desde que presente o interesse público, a retirada, por lei ordinária, de determinada atividade do setor privado para lhe ser atribuída a pecha de serviço público. O renomado jurista traz ainda a lume, a tese defendida por EROS Roberto GRAU, a quem atribui a qualificação de "*essencialista*", por entender que, ainda que o serviço seja tido, por lei ordinária, como público, tal só será realmente caracterizado se vier a evidenciar a sua essencialidade à coletividade.[23]

O administrativista francês René CHAPUS, enfocando o tema aqui proposto, expõe:

> " 670-A — O direito à criação de serviços públicos. Os administrados têm direito ao funcionamento normal dos serviços públicos existentes. Isto é certo.
> É menos seguro afirmar, salvo exceções, que tenham igual direito à criação de serviços públicos. Caberá à autoridade pública competente apreciar se uma necessidade coletiva existe e se ela justifica que um serviço público seja instituído para satisfazê-la. Será uma questão de oportunidade.
> Pode-se conceber, no entanto, se isto é correto, que a recusa por parte de

22 MEDAUAR, Odete. Ob. cit., pág. 369.

23 AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle Social de Serviços Públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999. págs. 125-134.

uma autoridade administrativa, supostamente competente, em criar um serviço público possa ser anulada em caso de erro manifesto na apreciação dos fatos alegados em apoio ao requerimento de criação.
Ao contrário, não há dúvidas que os administrados têm o direito à criação dos serviços declarados obrigatórios por lei. Admite-se mesmo que os administrados possam anular a recusa como também pleitear reparação dos prejuízos causados."[24]

Vê-se então, que a doutrina francesa, não obstante entender que não há, salvo exceções, o direito do cidadão de exigir da entidade administrativa a criação do serviço público, se posiciona pela possibilidade de sua criação mesmo que não previsto na Constituição; deixando, apenas, à conta da discricionariedade política do Chefe do Executivo a necessidade e a conveniência do momento em que tal ocorrerá.

Sem embargo de uma ou outra corrente doutrinária (não obstante nos afigurar mais coerente aquela defendida pelos denominados "*convencionalistas-legalistas*") resta patente que, por não deter um direito subjetivo positivo para exigir do Estado a criação do serviço, ao cidadão somente restará se utilizar de sua força política, que por ele será exercida através do sufrágio, elegendo aqueles que constitucionalmente têm a missão de legislar em defesa dos interesses da sociedade, e assim, poderá, através de lei, retirar uma determinada atividade da especulação privada e transforma-la em serviço público.

Fabio Konder COMPARATO parece esposar pensamento parecido com o que aqui é defendido, tanto que, verificando a impossibilidade de o Estado ser compelido juridicamente a criar um serviço público ou a implementar um direito social previsto na Constituição da República que ainda não mereceu a mais ampla elaboração de políticas públicas, além de rejeitar a via do mandado de injunção para tal intento, pugna pela "*criação de um mandado de garantia social, destinado a dar satisfação concreta aos titulares de um direito social, na hipótese de carência da política pública destinada à realização desse direito*"[25].

Destarte, nesta primeira proposição, cremos que não há, no cenário jurídico existente, uma via a ser eleita para que possa o administrador público ser compelido a transformar determinada atividade privada em serviço público. Qualquer ingerência do Poder Judiciário em tal seara se nos afigura como violação à regra da separação de poderes, eis que a criação de um serviço público constitui verdadeira formulação de política pública, função cometida primordialmente ao Poder Executivo.

A questão torna-se mais complexa quando se analisa a segunda proposição acima mencionada. Isto é: saber se o cidadão tem o direito de exigir do Estado a prestação dos direitos sociais em sua total amplitude ou em maior amplitude do que vem sendo prestado. Mais especificamente, no caso dos serviços públicos, o que se indaga é se

24 CHAPUS, René. *Droit Administrif Général. Edditions Montechretien. 2ª édition, 1985, pág. 450-451.* Tradução feita pelo Procurador do Estado/RJ Dr. Sergio Pimentel Borges da Cunha.

25 COMPARATO, Fabio Konder. Direito Público Estudos e Pareceres. São Paulo: Saraiva, 1996, pág. 22.

o cidadão tem o direito de exigir do Estado a extensão da prestação de determinado serviço público que ainda não é prestado em caráter de generalidade.

Note-se que a situação agora discutida é diferente da anteriormente comentada; aqui se vislumbra a existência de uma atividade tida como serviço público mas que não está sendo prestada a todos indistintamente, ou não está sendo prestada dentro dos anseios de todos. Para melhor enfrentar o tema, mister buscar as seguintes respostas: pode o cidadão, com fulcro no princípio da universalidade, exigir que o Estado lhe estenda a prestação do serviço que já vem sendo prestado a outra camada social? Pode o cidadão exigir que o Estado aumente o alcance do serviço público prestado, isto é, da política pública desenvolvida, para lhe favorecer? Existe meio jurídico previsto para a preservação desse suposto direito? O Poder Judiciário sempre poderá substituir a administração pública para formular e/ou implementar a política pública, nos termos pretendidos pelo cidadão? Tentaremos, nas linhas que seguem, responder as indagações propostas, que se encontram alojadas em tema tortuoso no direito constitucional e administrativo pátrio.

Não há como negar, nos dias atuais, ainda que não se tenha alcançado o ápice da noção de eficiência, que melhorou a prestação de serviços públicos à sociedade, quer seja quando está o próprio Estado a prestá-lo, quer quando é executado por um particular em colaboração com o Poder Público.

Todavia, também não se pode olvidar que houve uma intensa massificação social, não sendo incomum encontrar pessoas insatisfeitas com a prestação dos serviços públicos, quer porque eles não estão atendendo a seus anseios, quer porque, não obstante estarem sendo prestados a determinada camada social, encontram-se excluídas do grupo beneficiado.

A saída encontrada por tais pessoas, na grande maioria dos casos, é buscar guarida de seus direitos junto ao Poder Judiciário, a fim de conseguir uma tutela jurisdicional que lhes garanta a prestação do serviço público, nos termos pretendidos, sob a alegação de que, se tal não ocorrer, restarão ofendidos os princípios da dignidade da pessoa humana e da generalidade, eis que estarão sendo tratadas de maneira desigual dos demais cidadãos que o recebem.

Não raramente o Poder Judiciário cede aos reclamos da sociedade e, com base no princípio da dignidade da pessoa humana[26], acaba por conceder tutelas jurisdicionais que, muitas das vezes, constituem verdadeiras formulações de políticas públicas, substituindo-se, assim, à Administração Pública, que detém a discricionariedade para o exercício de tal atribuição, conforme restou visto alhures. Ocorre que, como se verá a seguir, nos parece que tal ingerência do Poder Judiciário, arvorando-se em formular política pública através de suas decisões, às vezes, afigura-se inconstitucional, por atentatória ao princípio da separação de poderes, algo que merece uma reflexão mais profunda.

26 Sobre o princípio da dignidade da pessoa humana confira-se a lição de Daniel Sarmento, *in "A Ponderação de Interesses na Constituição Federal"*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, págs. 55-76.

Uma questão prática envolvendo o que acima restou dito, aclarará, talvez, a questão.

Imaginemos que determinado cidadão, portador de uma doença rara, verificando que o Estado de Minas Gerais, em que reside, não dispõe, nos hospitais públicos, de meios para o seu tratamento, estando ele a necessitar de uma intervenção cirúrgica, socorreu-se do Poder Judiciário para conseguir a tutela de seu direito, consubstanciada em uma ordem para que o Estado do Minas pague o seu tratamento em um hospital situado na cidade de São Paulo, que o presta. Julgado procedente o pedido, o Estado de Minas Gerais restará obrigado a custear todo o tratamento da doença rara de que é portador o cidadão, fora dos custos previamente reservados na lei orçamentária estadual para o investimento na área de saúde pública, nos termos das políticas públicas previamente formuladas.

Não há como negar que, no caso em exame, está o Poder Judiciário a fazer (formular), *in concreto,* política pública, pois, ainda que indiretamente, decidiu eleger como e em que deve o Estado investir seus recursos para o melhor atingimento do fim público. Também não se pode esquecer que, decidindo desta forma, está o Poder Judiciário, corretamente, a prestigiar o princípio da dignidade humana daquele cidadão em detrimento do princípio da separação de poderes, que, como já dito acima, outorga ao Poder Executivo o planejamento e a execução de políticas públicas.

Não se pretende aqui diminuir ou inferiorizar hierarquicamente o princípio da dignidade da pessoa humana frente a qualquer outro princípio constitucional; até porque, é cediço que não existe uma hierarquia estática entre os princípios constitucionais, mas sim uma hierarquia axiológica, a ser apurada em cada caso concreto. E, é isto que se pretende: buscar um ponto ótimo entre as normas constitucionais programáticas, estabelecedoras de direitos sociais dos cidadãos, frente ao princípio da generalidade na prestação do serviço público, com a ponderação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da separação de poderes, o que só será possível se utilizado um critério de razoabilidade, em cada caso concreto.

Uma primeira questão que merece destaque é saber se o princípio da dignidade da pessoa humana admite ponderação de valor frente a qualquer outro princípio constitucional.

Registre-se, de imediato, a importante opinião de Daniel SARMENTO que perfilha entendimento pela impossibilidade da ponderação do princípio da dignidade da pessoa humana, eis que tal princípio se afigura, sempre, superior a qualquer outro princípio constitucional; *verbis:*

> "(...). Nenhuma ponderação poderá importar em desprestígio à dignidade do homem, já que a garantia e promoção desta dignidade representa o objetivo magno colimado pela Constituição e pelo Direito, ou, nas palavras de Teresa NEGREIROS, a própria 'razão de ser' do sistema jurídico-constitucional".[27]

27 Ob. cit. pág. 75.

Comunga com o entendimento acima destacado MARÇAL JUSTEN FILHO, pois, ao que parece, também inadmite a ponderação do princípio da dignidade humana com outro princípio constitucional; *verbis:*

> "A dignidade da pessoa humana é o princípio fundamental, de que todos os demais princípios derivam e que norteia todas as regras jurídicas. (...) O ser humano não pode ser tratado como objeto. É o sujeito de toda a relação social e nunca pode ser sacrificado em homenagem a alguma necessidade circunstancial ou, mesmo, a propósito da realização de *fins últimos* de outros seres humanos ou de uma *coletividade* indeterminada. O fim primeiro e último do poder político é o ser humano, ente supremo sobre todas as circunstâncias."[28]

Sem embargo das opiniões acima mencionadas, sem negar o reconhecimento da relevância e magnitude do princípio da dignidade da pessoa humana, não concordamos em impor a este princípio um caráter absoluto, atribuindo-lhe indefectível precedência sobre qualquer outro princípio constitucional.

Venia concessa dos autores que defendem opinião diversa, temos que é possível, através de um critério de razoabilidade, em cada caso concreto, estabelecer a ponderação de valores entre o princípio da dignidade da pessoa humana e outro princípio constitucional, *máxime* o da separação de poderes, a fim de pautar a atuação do Poder Judiciário na busca da preservação dos dois princípios em comento, sem banalizá-los.

Em defesa do que aqui se sustenta, traz-se à baila a lição do jurista alemão Robert ALEXY, que, por sua importância, torna imperiosa a transcrição; *verbis:*

> *"En el problema de la invalidez de principios, se trataba de principios sumamente débiles, es decir, de principios que, en ningún caso, preceden a otros. En el caso de los principios absolutos, se trata de principios sumamente fuertes, es decir, de principios que, en ningún caso, pueden ser desplazados por otros. (...)*
> *Es fácil argumentar en contra de la validez de principios absolutos en un ordenamiento jurídico que reconoce derechos fundamentales. Los principios pueden referirse a bienes colectivos o a derechos individuales. Cuando un principio se refiere a bienes colectivos y es aboluto, las normas de derecho fundamental no pueden fijarle ningún límite jurídico. Por lo tanto, hasta donde llegue el principio absoluto, no pueden haber derechos fundamentales. Cuando el principio absoluto se refiere a derechos individuales, su falta de limitación jurídica conduce a la conclusión de que, en caso de colisión, los derechos de todos los individuos fundamentados por el principio tienen que ceder frente al derecho de cada indivíduo fundamentado por el princi-*

28 JUSTEN FILHO, Marçal. *Conceito de Interesse Públco e a "Personalização" do Direito Administrativo.* Revista Trimestral de Direito Público, nº 26, 1999. São Paulo: Malheiros, pág. 125.

pio, lo que es contradictorio. Por lo tanto, vale el enunciado según derechos individuales o bien sólo lo son cuando los derechos individuales fundamentados por ellos no corresponden a más de un solo sujeto jurídico.
Sin embargo, podria pensarse que la Ley Fundamental establece, por lo menos, un principio absoluto, y referirse como fundamentación al artículo 1 párrafo 1 frase 1 LF: 'La dignidad de la persona es intangible'. Efectivamente el artículo 1 párrafo 1 frase 1 LF provoca la impresión de absolutidad. Pero, la razón de esta impresión no reside en que a través de esta disposición de derecho fundamental se establezca un principio absoluto, sino en que la norma de la dignidad de la persona es tratada, en parte, como regla y, en parte, como principio, y también en el hecho de que para el principio de la dignidad de la persona existe un alto grado de seguridad acerca de que bajo ellas el principio de la dignidad de la persona precede a los principios opuestos. Un ámbito definido por tales condiciones, es decir, protegido por las reglas que corresponden a estas condiciones, es lo que el Tribunal Constitucional Federal designa como el 'ámbito esencial absolutamente protegido de la configuración de la vida privada'.
El carácter de regla de la norma de la dignidad de la persona se muestra en el hecho de que en los casos en los que esta norma es si es relevante no se pregunta si precede o no a otras normas sino tan sólo si es violada o no. Sin embargo, en vista de la vaguedade de la norma de la dignidad de la persona, existe un amplio espectro de respuestas posibles a esta pregunta. Al respecto, son instructivas las consideraciones del Tribunal Constitucional Federal en el fallo sobre escuchas: 'Por lo que respecta al principio de la inviolabilidad de la dignidad de la persona mencionado en el artículo 1 LF [...], todo depende de la constatación de bajo cuáles circunstancias puede ser violada la dignidad humana. Manifiestamente, no puede darse uma respuesta general sino que siempre hay que tener en cuenta el caso concreto'. Com la fórmula utilizada en este fallo de 'tratamiento despectivo', el Tribunal se abre un amplio campo para una tal constatación en los casos concretos. En ella existe la posibilidad de ponderación. Que el Tribunal hace uso de esta posibilidad lo muestran manifestaciones tales como las que afirman que la dignidad de la persona no es lesionada cuando 'la exclusión de la protección judicial no es motivada por una desconsideración o subestimación de la persona humana, sino por la necesidad de mantener en secreto medidas para la protección del orden democrático y la existencia del Estado'."[29]

Heinrich SCOLLER, comentando o princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha, trilha o mesmo caminho de ALEXY e parece admitir a ponderação de valor do princípio da dignidade da pessoa humana

29 ALEXY, Robert. Teoria de Los Derechos Fundamentales. Tradução de Ernesto Garzón Valdés,. Madrid: 1986, págs. 105-107.

com outros princípios constitucionais, pois considera que, *"Ainda que este princípio esteja situado no início da Lei Fundamental (art. 1°), ocupando lugar de destaque na ordem constitucional ele não tem sido considerado como sendo um direito fundamental embora esteja em relação direta com os direitos fundamentais."* E arremata: *"Com isto, todavia, na hipótese de uma alegada ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, haverá como efetuar um juízo a respeito da proporcionalidade em sentido estrito."*[30]

Portanto, guardadas as devidas proporções, é de se inclinar pela possibilidade, diante de cada caso concreto, da ponderação do princípio da dignidade da pessoa humana com outros princípios constitucionais. Esta ponderação ditará a legitimidade e a possibilidade da intervenção do Poder Judiciário para controlar o Poder Executivo na realização de políticas públicas. Pode-se assinalar que, através da ponderação entre os dois princípios em comento, ora prevalecerá o que preserva a dignidade humana, ora este cederá diante de outros reclamos sociais, mormente aqueles que envolvem benefícios a toda coletividade[31], surgidos após a opção discricionária da Administração Pública na elaboração e execução das políticas públicas, seara onde, *d. venia,* não pode o Poder Judiciário se imiscuir, como regra.

Trazendo a discussão para o tema fulcral deste trabalho, isto é, para a possibilidade de o Poder Judiciário emitir decisão obrigando o Poder Executivo a estender a determinado cidadão a prestação de um serviço público, que dele encontra-se excluído ou insatisfeito, temos que ora tal atuação será legítima e estará a preservar o princípio da dignidade da pessoa humana, sem violar a regra da separação de poderes; e, ora será ilegítima, por violar o segundo princípio acima destacado, eis que estará a formular política pública em sentido estrito.

Em termos práticos, aproveitando-se do exemplo narrado alhures, afigura-se legítima, pois razoável, a atuação do Poder Judiciário ao proteger o direito do cidadão que necessitava de uma intervenção cirúrgica, obrigando o Estado de Minas Gerais a custeá-la em outro Estado da federação, tendo em vista que não dispunha de meios e técnicas para atendê-lo. Nota-se aqui uma ausência de política pública que não pode ser tolerada e acobertada sob o manto do princípio da separação de poderes, sob pena de violar o direito à vida de um cidadão, bem maior a ser preservado pelo princípio da dignidade humana.

Todavia, em outro ponto da discussão, ainda envolvendo a questão atinente ao direito do cidadão de ter acesso igualitário ao serviço de saúde pública (preventivo e curativo), previsto no artigo 196, da CFRB/88, encontra-se na possibilidade de o Poder Executivo, de maneira legítima, através do planejamento e execução de políticas públicas, delimitar em que extensão tal serviço será prestado gratuitamente por

30 SCHOLLER, Heinrich. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional e Administrativo da Alemanha.* Tradução de Ingo Wolfgang SARLETT, *in* Interesse Público, Ano I, n° 2, abril/junho de 1999. São Paulo: Notadez, 1999.

31 Na verdade, foi este o meio encontrado pelo Estado para atender a dignidade humana de toda uma coletividade determinada, nos termos previamente delimitados pela Constituição Federal.

seus órgãos à coletividade, sendo inconstitucional a ingerência do Poder Judiciário para obrigar o Estado a aumentar a política pública previamente delimitada.

Ora bem; não se pode perder de vista que a formulação e a implementação de políticas públicas compete ao Poder Executivo que, dentro de sua discricionariedade mínima, decidirá como e onde alocar, através do orçamento público (que, nas palavras de RICARDO LOBO Torres *"é o documento de quantificação de valores éticos, a conta corrente da ponderação dos princípios constitucionais, o plano contábil da justiça social, o balanço das escolhas dramáticas por políticas públicas em um universo fechado de recursos financeiros escassos e limitados"*[32]) os meios para o atingimento do fim social.

Essa alocação dos escassos recursos públicos, e as *"escolhas orçamentárias, sempre dramáticas"*[33], irão conduzir a uma limitação da prestação do serviço, sem que isto venha a ser considerado inconstitucional, eis que, na prestação de serviços públicos sociais, previstos em normas constitucionais programáticas, é dever do Estado garantir o mínimo existencial[34] do cidadão, isto é, o mínimo à sobrevivência, dentro da reserva do possível, estabelecida dentro dos recursos de que dispõe o Estado para a implementação de políticas públicas.

É justamente neste ponto que se nos afigura inconstitucional — por violar a regra da separação de funções — a ingerência do Poder Judiciário, quando, através de suas decisões, vier obrigar o Poder Executivo a ampliar a política pública de alocação de recursos para a extensão da prestação do serviço público a determinado cidadão, além do que vem sendo prestado a toda uma coletividade, sem a previsão de dotação orçamentária para o seu custeio.

Trazendo o que foi dito para o mundo dos fatos, afigura-se-nos inconstitucional o Executivo ser compelido, via decisão judicial, a prestar, por exemplo, a um cidadão ou a um determinado grupo de pacientes portadores do vírus da AIDS, um tratamento porventura desenvolvido em outro país, fora do plano de política pública previsto para assegurar o mínimo existencial à comunidade portadora de tal doença, sob a alegação de que o tratamento que recebe aqui é inferior ao que é prestado no exterior, sendo tal direito inerente à sua dignidade humana[35]. Absolutamente não. Qualquer decisão judicial que vier a obrigar o Poder Executivo a prestar um serviço público social (situado em norma constitucional programática) além do que foi previsto no plano de desenvolvimento de política pública será inconstitucional por violar a regra da separação de poderes, insculpida no artigo 2° da CRFB/88, bem como as regras do planejamento[36] econômico, de titularidade exclusiva do Poder Executivo, nos

32 TORRES, Ricardo Lobo. Teoria dos Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pág. 282-283.

33 TORRES, Ricardo Lobo. Ob. cit. pág. 288.

34 Sobre o tema confira-se a lição de Ricardo Lobo Torres, *in Teoria dos Direitos Fundamentais* Ob. cit. págs 266-267.

35 Neste caso, penso que a dignidade humana individual estaria prevalecendo sobre a dignidade humana coletiva, cuja defesa está sendo realizada pelo Estado na elaboração de políticas públicas.

36 Sérgio de Andreia FERREIRA, citado por Marcos Juruena VILLELA SOUTO, afirma que "*o*

termos do artigo 174, da CRFB/88. Note-se que a dignidade da pessoa humana restou garantida com a elaboração de políticas públicas que garantam o mínimo existencial da sociedade, não sendo possível, através de uma decisão judicial, tais políticas públicas serem alargadas, sob pena de restar violado o princípio da separação de poderes (artigo 2°, da CRFB/88), bem de prejudicar todo o plano estatal de desenvolvimento social, o que acabaria por inviabilizar, por vezes, a execução de outras políticas públicas de desenvolvimento social, de atendimento a outros interesses, igualmente legítimos e difusos.

Portanto, o que se pretende defender é, quando se estiver diante de um serviço público previsto em lei ou na Constituição Federal, em que o Estado já esteja garantindo indistintamente a todos os cidadãos a sua prestação dentro da reserva do possível, não cabe ao Poder Judiciário obrigar seja o serviço estendido além do previsto, em maior escala, sob a alegação de que o princípio da dignidade da pessoa humana está a amparar tal posicionamento. A intervenção do Poder Judiciário para obrigar o Executivo a prestar determinado serviço público só será legítima quando aquele Poder não cumprir seu papel de elaborar política pública para garantir o mínimo existencial social, apto a preservar a dignidade humana. E, nestes termos, por se tratar de direitos difusos, caberá, tanto ao indivíduo a sua proteção, através do mandado de segurança (art. 5°, LXIX, CRFB/88), mas, também, ao Ministério Público e demais entidades que guardem legitimidade, nos termos dos artigos 1°, IV, 3°, 5° e seguintes, da Lei n° 7.347/85.

Neste ponto, tratando de normas programáticas que garantem aos cidadãos o direito ao recebimento de serviços públicos, o princípio da universalidade não deve ser encarado de maneira demagógica e utópica, devendo-se deixar nas mãos do Poder Executivo o dever de traçar políticas públicas para o atendimento dos anseios sociais consubstanciados no recebimento de serviços públicos, o que será planejado sob o manto dos critérios da elaborados pela teoria da justiça.[37]

Talvez, a saída para melhor responder a todas as proposições suscitadas neste trabalho, sobre a necessidade de o Estado prestar o serviço público dentro da idéia máxima de universalidade, pois só assim estaria garantido o princípio da dignidade da pessoa humana, esteja na alteração da própria noção do conceito de serviço público para "serviço universal", já aceita e difundida no Direito Comunitário Europeu.

Segundo José María Souvirón MORENILLA, serviço universal é "um conjunto mínimo de serviços — de prestações — de uma quantidade determinada, prestados a todos os usuários — independentemente de sua situação geográfica e, à vista das

planejamento é assim, um processo, a atividade de aplicação de um sistema racional de escolha entre um conjunto de alternativas reais de investimentos e de outras possibilidades para o desenvolvimento, baseado na consideração dos custos e benefícios sociais. O plano é o documento que retrata o planejamento estratégico do governo. Deve conter os objetivos gerais a serem atingidos, identificar as fontes de recurso e estabelecer as políticas para o uso desses recursos. Assim, se o planejamento é o processo, planificação é o resultado e o plano é o documento que o formaliza". Aspectos Jurídicos do Planejamento Econômico. Ob. cit., pág. 25.

37 TORRES, Ricardo Lobo, ob. cit. pág. 287. Veja-se, também, a respeito, a lição de Gustavo Amaral. *Direito Escassez & Escolha.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp, 147-172.

condições nacionais concreta, a um preço acessível e que, baseado nos princípios da universalidade, igualdade e continuidade a fim de permitir o acesso ao mesmo a todos os usuários, constituirá uma obrigação imposta a determinados agentes, que poderá ser-lhes compensada financeira a partir do cálculo dos custos líquidos eventuais correspondentes e de sua divisão entre os próprios agentes do mercado sob o controle das autoridades nacionais de regulação"[38]

A mudança do tradicional conceito de serviço público para serviço universal consistiria, segundo Gaspar Ariño ORTIZ, na *"passagem de um sistema de titularidade pública sobre a atividade, concessões fechadas, direitos de exclusividade, obrigação de fornecimento, preços administrativamente fixados, caráter temporário (com reversão/resgate em todo caso) e regulação total da atividade, até o mínimo detalhe, para um sistema aberto, presidido pela liberdade de empresa, isto é, liberdade de entrada (prévia autorização vinculada), com determinadas obrigações ou encargos de 'serviço universal', mas com liberdade de preços e modalidades de prestações, com liberdade de investimento e amortização e, em definitivo, no regime de concorrência aberta, como qualquer outra atividade comercial ou industrial, em que tem que lutar pelo cliente (não há mercados reservados nem cidadãos cativos). Certamente, neste segundo modelo não há reserva de titularidade a favor do Estado sobre a atividade que se trate"*[39].

E mais; segundo Ariño ORTIZ a idéia de abertura dos serviços universais à lei do mercado consistiria em substituir *"o regime fechado e em exclusividade, que caracteriza até agora os serviços públicos, por um regime aberto, em princípio, quanto à entrada no setor, sob regime de autorização regulamentada, submetida a uma 'regulação por causa de ser pública' e à imposição de encargos ou obrigações de serviço, na medida em que deve garantir determinadas prestações ao público, que se imporão de modo vinculante a todos quantos atuem no setor. O cumprimento de tais obrigações pode impor-se unilateralmente pela norma reguladora do serviço, ou contratualmente, pactuando-o em cada caso com os distintos operadores quando se lhes outorga a autorização para atuar no setor"*[40]

Ressalva há que ser feita, no entanto, quanto aos serviços que não comportam competição no mercado e que, por isso, não irão atrair interessados à sua execução regulada, podendo vir a sociedade, sobretudo a parcela mais carente de recursos ser prejudicada com a sua exclusão no recebimento do serviço, o que, sem dúvida, violaria os princípios da universalidade e dignidade da pessoa humana.

Neste caso, a saída, a meu sentir, poderia advir com a obrigação imposta pela Administração Pública àqueles que desejarem explorar o serviço universal compe-

38 In. *La Actividad de la Administración y el Servicio Público*. Granada: Comares, 1998, pág. 605. *Apud* Dinorá Adelaide Musetti GROTTI, ob. cit. págs. 64-65.

39 *Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su regime jurídico (hacia un nuevo modelo de regulación)*, in Ariño Ortiz, J. M. De La Cuétera Martínez e J. L. López-Muniz, El Nuevo Servicio Público. Madrid: Marcial Pons, 1997, pág. 25. *Apud* Dinorá Adelaide Musetti GROTTI, ob. cit. pág. 62.

40 Ob. cit. pp. 32-33. *Apud* Dinorá Adelaide Musetti GROTTI, ob. cit. pág. 64.

titivo, como um requisito prévio, um ato condição à aquisição da autorização regulada dos serviços competitivos, de, também, prestar a parcela dos serviços que não comportem competição, mas que, nem por isso, deixam de ser úteis ou essenciais à coletividade.

Por último, cumpre afirmar que, em defesa das minorias, haverá serviços públicos[41] que, por serem indispensáveis e vitais à determinada camada da sociedade, principalmente aquela excluída de uma renda digna, não poderão deixar de também serem prestados diretamente pelo Ente Político, até mesmo para garantir, com maior eficiência, o princípio da igualdade de tratamento com aqueles que têm direito ao serviço pago, e, também, os princípios da universalidade e dignidade humana, este, conforme já se afirmou alhures, o seu fim primeiro.

Conclusão

Sem a pretensão de esgotar o tema, que é por demais intrincado, pode-se fincar as seguintes conclusões:

1 — para que uma atividade seja considerada serviço público, isto é, para que ela seja retirada da iniciativa privada e passe a receber, também, o influxo de normas de direito público, é indispensável uma valoração política, determinada pela Constituição Federal ou por lei;

2 — não tem a sociedade um "remédio" constitucional para exigir do Ente Político que determinada atividade privada seja considerada serviço público; tal só será possível através do exercício do direito de voto, elegendo representantes (artigo 14, da CRFB/88) que, através de leis, garantirão o anseio social da criação de um novo serviço público;

3 — dentre os princípios que regem a prestação dos serviços públicos merece destaque o princípio da universalidade, que garante a todos os cidadãos o direito de receber o serviço, em igualdade de condições, desde que atendidos os requisitos impostos pela Administração Pública;

4 — o princípio da universalidade não é absoluto e, por isso, não pode ser encarado de maneira utópica e demagógica. Todos terão acesso ao recebimento do serviço, dentro da reserva do possível e da capacidade de sua prestação pela Administração Pública ou por seus delegados — respeitadas as regras estabelecidas no contrato de concessão ou no ato de permissão —, que serão ultimadas através da elaboração de políticas públicas de desenvolvimento social, assim determinadas por normas constitucionais programáticas;

5 — nem sempre o cidadão terá o direito ao recebimento do serviço público em sua máxima amplitude através da intervenção do Poder Judiciário, enfocando os princípios da universalidade e dignidade da pessoa humana. Às vezes, diante da

41 Melhor talvez se adequaria o conceito de função pública elaborado por Fernando Herren AGUILLAR, em que destaca a impossibilidade de a execução ser renunciada pela própria Administração Direta. Ob. cit. pp. 150-155.

situação concreta, deverá prevalecer o princípio da separação de poderes, tendo em vista que a dignidade humana já restou garantida com o planejamento e a execução de políticas públicas pelo Poder Executivo, que garantam, a todos os cidadãos, o mínimo existencial à suas sobrevivência. Tal conclusão só será possível através da utilização da teoria da ponderação de valores expressos nos princípios constitucionais em comento.

6 — urge pensar hodiernamente, com fulcro no princípio da subsidiariedade, numa nova concepção de serviço público, adaptando-o ao que na Europa já se denomina de "serviço universal", em que restaria substituído o sistema fechado de execução de serviço público, por um sistema aberto, baseado na competição e no livre ingresso, vinculado, de competidores/prestadores de serviço, através de autorização regulada do Ente Estatal competente para legislar sobre a matéria. Neste caso, o Estado não se desobrigaria de, também, prestar alguns serviços vitais para o desenvolvimento social, até mesmo para preservar a dignidade humana daqueles que se situam numa camada social menos favorecida economicamente, e o direito das minorias.

Bibliografia

AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle Social de Serviços Públicos.* São Paulo: Max Limonad, 1999.

AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo.* 2ª edição, vol. I. Lisboa: Almedina, 2000.

AMARAL, Gustavo. *Direito Escassez & Escolha.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre Poderes. In* Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição.* 2ª edição. Rio de Janeiro: Saraiva 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo.* 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Direito Econômico Brasileiro.* São Paulo: Celso Bastos Editora, 2000.

BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 4ª edição. Coimbra: Almedina.

CHAPUS, René. *Droit Administrif Général. Edditions Montechretien. 2ª édition, 1985*

COMPARATO, Fabio Konder. *Direito Público Estudos e Pareceres.* São Paulo: Saraiva, 1996, pág. 22

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* 13ª edição. São Paulo: Atlas, 2001.

FRISCHEISEN, Luisa Cristina Fonseca. *Políticas Públicas. A Responsabilidade do administrador e o ministério público.* São Paulo: Ed. Max Limonad, 2000.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Direito Administrativo Econômico.* São Paulo: Malheiros, 2000,

JUSTEN FILHO, Marçal. *Conceito de Interesse Público e a "Personalização" do Direito Administrativo.* Revista Trimestral de Direito Público, nº 26, 1999. São Paulo: Malheiros.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno.* 5ª edição. São Paulo: RT, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro.* 23ª edição. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo.* 13ª edição. São Paulo: Malheiros, 2001.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV — Direitos Fundamentais.* 3ª edição. Coimbra: ed. Coimbra, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo.* 12ª edição. Rio de Janeiro : Forense: 2001;

_____. *Apontamentos Sobre a Reforma Administrativa.* Rio de Janeiro: Renovar, 1999;

_____. *Mutações do Direito Administrativo.* 1ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SALLES, Carlos Alberto. *Direito Processual Público.* São Paulo: Malheiros, 2000.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

_____. "*Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens...*", *in* Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de Direito Público. 3ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA SUORDEM, Fernando Paulo. *O Princípio da Separação de Poderes e os Novos Movimentos Sociais.* Coimbra: Almedina, 1995.

TORRES, Ricardo Lobo. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VILLELA SOUTO, Marcos Juruena . *Desestatização, Privatização, Concessão, Terceirização e Regulação.* 4ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. *Aspectos Jurídicos do Planejamento Econômico.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.