

ano 14 - n. 55 | janeiro/março - 2014
Belo Horizonte | p. 1-256 | ISSN 1516-3210
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL

A&C

 EDITORA
Fórum

© 2014 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 16º andar – Funcionários – CEP 30130-007 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003) - . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Supervisão editorial: Marcelo Belico

Revisão: Cristhiane Maurício
Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Lucieni B. Santos
Marilane Casorla

Bibliotecário: Ricardo Neto – CRB 2752 – 6ª Região

Capa: Igor Jamur

Projeto gráfico: Walter Santos

Diagramação: Reginaldo César de Sousa Pedrosa

Periódico classificado no Estrato B1 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa e Pós-Graduação), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta publicação está catalogada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral
Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial
Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis
Ana Cláudia Finger
Daniel Wunder Hachem

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Juarez Freitas (UFRGS)
Carlos Ari Sundfeld (PUC-SP)	Luis Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Carlos Delpiazzi (Universidad de La República – Uruguai)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Nelson Figueiredo (UFG)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)	Odilon Borges Junior (UFES)
Clovis Beznos (PUC-SP)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Emerson Gabardo (UFPR)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Eros Roberto Grau (USP)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
José Carlos Abraão (UEL)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
José Luis Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Weida Zancaner (PUC-SP)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)	Yara Stroppa (PUC-SP)

Homenagem Especial

Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jorge Luis Salomoni (in memoriam)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão – Repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material

Daniel Wunder Hachem

Professor do Departamento de Direito Público da Universidade Federal do Paraná. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Coordenador do Curso de Especialização em Direito Administrativo do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Membro Fundador e Coordenador Executivo, pelo Brasil, da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo. Membro do Foro Iberoamericano de Direito Administrativo. Membro do NINC – Núcleo de Investigações Constitucionais do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Editor Acadêmico da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional. Advogado.

Resumo: A questão controversa que se busca enfrentar neste artigo consiste no exame da compatibilidade do princípio da universalidade de acesso aos serviços públicos com o estabelecimento de tratamentos diferenciados pelo ente prestador, baseados na diferença de condições econômicas existentes entre cada cidadão que pretenda utilizar desses serviços. Objetiva-se, assim, responder à seguinte indagação: o princípio da universalidade do acesso aos serviços públicos tem por escopo alcançar a igualdade formal (todos têm de possuir igual acesso independentemente de suas distinções fáticas) ou material (admitem-se critérios discriminatórios de acesso de acordo com as diferenças presentes no mundo dos fatos)? A análise do tema é realizada a partir do reconhecimento do direito fundamental ao serviço público adequado, investigando-se a polêmica tanto sob as perspectivas política e teórica, quanto pelo prisma jurídico-normativo.

Palavras-chave: Direito fundamental. Serviço público adequado. Capacidade econômica. Princípio da universalidade do acesso. Igualdade material.

Sumário: 1 Considerações iniciais – 2 A noção jurídico-constitucional de serviço público no Direito brasileiro contemporâneo – 3 O direito fundamental ao serviço público adequado na Constituição de 1988 – Fundamentação teórica, conteúdo jurídico e consequências práticas – 4 O princípio da universalidade do acesso aos serviços públicos – Capacidade econômica do cidadão e tutela administrativa igualitária dos direitos fundamentais sociais – Referências

1 Considerações iniciais

O serviço público consiste em um dos capítulos mais clássicos, mais controversos e mais cambiantes do Direito Administrativo. Seu conceito tem se transformado ao longo dos anos, adquirindo sentidos diferentes em cada momento histórico e em cada ordenamento jurídico. Nem mesmo delimitando-se os aspectos temporal e espacial é possível encontrar uma acepção unívoca: num mesmo Estado, no mesmo

instante, haverá tantos conceitos de serviço público quanto forem os autores que sobre ele vierem a dissertar. Por isso, renuncia-se aqui à sedutora tentativa de esmiuçar a rica literatura jurídica que enfrentou a temática para o fim de apresentar as origens do instituto, as suas modificações conceituais,¹ as variadas significações por ele assumidas nos diversos sistemas normativos e no pensamento dos múltiplos juristas que se debruçaram sobre o assunto.² O propósito deste artigo é muito mais modesto: analisar a fundamentação e o conteúdo jurídico do direito fundamental ao serviço público adequado para, em seguida, repensar um dos traços que lhe caracteriza — o princípio da universalidade do acesso — à luz da capacidade econômica dos cidadãos e do princípio constitucional da igualdade material.

A universalidade do acesso consiste em um dos princípios cardeais que compõe o regime jurídico dos serviços públicos. Ele determina que a Administração, ao prestar o serviço público, está incumbida do dever de assegurar que os bens econômicos por ele fornecidos serão faticamente acessíveis a todo o universo de indivíduos que deles necessitarem. Não basta uma declaração jurídica de que todos os que precisarem poderão acedê-los: impõe-se criar as condições reais e efetivas para que o acesso seja garantido no mundo dos fatos.

Nesse aspecto, o tema não suscita maiores polêmicas. Questão mais espinhosa é saber se esse acesso universal admite tratamentos diferenciados pelo ente prestador, que levem em conta as condições econômicas distintas de cada indivíduo que pretenda fruir dos serviços. A controvérsia que se buscará discutir é se o princípio da universalidade do acesso aos serviços públicos se destina a atender à igualdade formal (todos têm idêntico acesso independentemente de suas diferenças fáticas) ou material (critérios discriminatórios de acesso podem ser aplicados conforme as distinções existentes no mundo dos fatos). Em outras palavras: seria essa universalidade do acesso um ponto de partida (desde o início todos possuem igual acesso) ou um ponto de chegada (garante-se que ao final todos terão acedido aos bens econômicos objeto do serviço)?

O enfrentamento do tema será dividido em três itens: a identificação da noção jurídica de serviço público na Constituição brasileira de 1988 (seção 2); a fundamentação normativa e o conteúdo jurídico do direito fundamental ao serviço público adequado (seção 3); a análise da ideia de universalidade do acesso aos serviços públicos sob o influxo do princípio da igualdade material e da capacidade econômica do cidadão (seção 4).

¹ VALLE, Vivian Cristina Lima López. O novo conceito de serviço público. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). Cenários do direito administrativo: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 511-552.

² Para uma perspectiva aprofundada e geral sobre a temática, ver: GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. O serviço público e a Constituição brasileira de 1988. São Paulo: Malheiros, 2003; ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

2 A noção jurídico-constitucional de serviço público no Direito brasileiro contemporâneo

Não há disposição específica no ordenamento jurídico pátrio que defina textualmente o que vem a ser serviço público. A explicação sobre o significado dessa atividade desenvolvida pelo Estado pode ser realizada a partir da conjugação de seus aspectos materiais (traços intrínsecos à própria atividade) e jurídicos (regime de princípios e regras sobre ela incidentes). A partir do ponto de vista material, os serviços públicos consistem em espécie de atividade econômica em sentido amplo. Esta se caracteriza pela produção, circulação e comercialização de bens e serviços de natureza econômica, isto é, de “objetos relativamente escassos, suscetíveis de posse e que servem, direta ou indiretamente, para a satisfação de necessidades humanas”.³ São mercados notadamente pela sua utilidade (satisfazem necessidades do ser humano) e escassez (não se encontram na natureza em abundância e facilmente sujeitos à apropriação).⁴ Atividades como os serviços de educação, saúde, transporte, fornecimento de energia elétrica, abastecimento de água potável, entre tantas outras, são peculiarizadas por essas notas. Independentemente de quem esteja autorizado a prestá-las (Estado ou sujeitos privados) e sob qual regime jurídico (mais ou menos benéfico ao destinatário), são serviços que envolvem bens escassos e úteis, e, portanto, representam atividade de caráter econômico.⁵

Sob tal perspectiva — material — é possível afirmar que o gênero “atividades econômicas em sentido amplo” engloba como espécies tanto os serviços públicos quanto as atividades econômicas em sentido estrito.⁶ São os aspectos jurídicos de cada uma delas, vale dizer, a forma como o Direito as disciplina, que permitem distinguir uma da outra, pois a partir dessa perspectiva elas se diferem expressivamente.⁷ A Constituição brasileira estabelece, em seu art. 173, caput, que a exploração direta das atividades econômicas (em sentido estrito) está reservada à iniciativa privada, de

³ GASTALDI, José Pretelli. Elementos de economia política. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 88.

⁴ NUSDEO, Fábio. Curso de economia: introdução ao direito econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 34.

⁵ GABARDO, Emerson. Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 130 et seq.

⁶ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica da Constituição de 1988: interpretação e crítica. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 101.

⁷ Ricardo Marcondes Martins discorda da classificação que considera o serviço público uma espécie de atividade econômica em sentido amplo, apresentando três fundamentos para embasar sua divergência. Os três são de ordem jurídica, não material: sustenta a incompatibilidade da atividade de “serviço público” com três princípios regentes das atividades econômicas (livre concorrência, propriedade privada e defesa do consumidor). Ocorre que o regime jurídico incidente — argumento sobre o qual se apoia o autor para distinguir “serviço público” de “atividade econômica” — é justamente o critério que diferencia essas duas modalidades de atividade econômica lato sensu. O que as assemelha, tornando-as espécies do mesmo gênero, é o seu objeto: produção e circulação de bens econômicos (escassos, úteis e tendentes à satisfação de necessidades humanas). Os princípios que as regem constituem, de fato, o fator que as diferencia completamente. MARTINS, Ricardo Marcondes. Regulação administrativa à luz da Constituição Federal. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 197-198.

modo que o seu desenvolvimento não constitui tarefa típica do Estado, sendo-lhe permitido realizá-las somente em hipóteses excepcionais.⁸ Quando são exploradas pelos particulares, são atividades regidas pelo conjunto de princípios e regras próprios do Direito Privado; quando empreendidas, excepcionalmente, pelo Estado, tal regime será parcialmente derogado por normas de Direito Público.

Já os serviços públicos constituem atividades econômicas *lato sensu* cuja prestação, em virtude de uma decisão estatal consolidada pelo ordenamento jurídico, é considerada atribuição típica do Poder Público, a quem incumbe o dever de garantir que serão oferecidas continuamente à população e sob a incidência de um regime principiológico peculiar de bases *juspublicistas*. São atividades econômicas (*lato sensu*) como quaisquer outras, que em princípio poderiam ser livremente exploradas pela iniciativa privada sob o regime de mercado, mas que o Estado reputou demasiadamente importantes para a satisfação de relevantes necessidades humanas que seria inadequado correr o risco de que elas deixassem de ser ofertadas pelos particulares ou de que se tornassem inacessíveis a uma parcela da população que delas necessitasse.⁹ Assim, através de normas jurídicas primárias atributivas de deveres-poderes às entidades estatais, o Poder Público dirige à Administração a obrigação de assegurar que tais atividades sejam prestadas permanentemente, estipulando princípios de observância obrigatória sobre elas incidentes para atingir a finalidade de que todos os cidadãos que delas necessitem possam acedê-las de maneira igualitária.

Essa intelecção se deduz do art. 175 da Constituição. O caput do dispositivo estabelece que “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”. Em seu parágrafo único, inciso IV, o enunciado determina que “a lei disporá sobre [...] a obrigação de manter serviço adequado”. O que se depreende daí é que: (i) o Estado tem um dever de garantir que os serviços públicos serão oferecidos à população, seja mediante a prestação direta por entes estatais, seja através da prestação por particulares pela via dos institutos da concessão ou da permissão; (ii) não se trata de um serviço qualquer, mas de um serviço adequado, em conformidade com princípios específicos a serem previstos na ordem jurídica, logicamente com o fito de alcançar a finalidade a que essa atividade se propõe, que é permitir a todos o acesso a esses bens e serviços úteis e escassos (e, portanto, econômicos) mesmo quando eles não estejam disponíveis no mercado.

⁸ Constituição da República Federativa do Brasil (1988): “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

⁹ O Poder Público percebe, nas palavras de Augusto Neves Dal Pozzo, que aquela “atividade resulta primordial para a satisfação das necessidades sociais, não sendo possível oferecê-la sob a égide das leis de mercado”. DAL POZZO, Augusto Neves. Aspectos fundamentais do serviço público no direito brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 117.

Perceba-se que a ideia de exclusividade da titularidade das atividades que o sistema normativo considera serviços públicos não é um traço que marca a sua definição.¹⁰ É certo que a titularidade da atividade enquanto serviço público será exclusiva do Estado, pois se o ordenamento jurídico obrigá-lo a prestá-la ele não poderá se desincumbir de proporcionar a sua oferta contínua sob um regime jurídico especial. Mas casos há em que a Constituição autoriza que aquela mesma atividade que compete ao Estado prestar na condição de serviço público seja explorada pela iniciativa privada na condição de atividade econômica em sentido estrito (ainda que em tais casos ela seja fortemente regulada pelo Estado e o regime sofra o influxo de alguns princípios de Direito Público). É o que se passa com os serviços de educação, saúde, assistência e previdência, cujo fornecimento obrigatoriamente deverá ser garantido pelo Poder Público, na qualidade de serviços públicos e sob o regime jurídico que lhes é inerente, mas cuja exploração está também autorizada pelos particulares, sob o regime próprio das atividades econômicas *stricto sensu* (mas parcialmente derogado por normas *juspublicistas*) e sob intensa regulação e fiscalização estatal.

Portanto, muito embora em diversas situações — na realidade, na maioria delas — a Constituição proíba a exploração dessas atividades econômicas *lato sensu* pelos particulares sob o regime privado, pois sua prestação incumbe preferencialmente (e, no mais das vezes, exclusivamente) ao Poder Público, não é isso que permite classificá-las como serviço público. Independentemente de tais atividades econômicas *lato sensu* poderem ser desenvolvidas concomitantemente pela iniciativa privada e de geralmente incumbirem com exclusividade ao Poder Público, o que faz delas serviços públicos é a obrigação que a Lei Fundamental faz recair sobre o Estado de manter a sua prestação (seja implementando-as diretamente, seja delegando a sua execução a particulares e fiscalizando-a) e os princípios jurídicos que as regem para assegurar que o objetivo a elas inerente será atendido (torná-las disponíveis a todos os que delas careçam). É disso que trata a previsão constitucional da obrigação estatal de “manter serviço adequado”: ele deve ser adequado aos fins a que se destina, o que pressupõe a sua submissão a um regime jurídico especial e mais benéfico ao cidadão.

A partir dessas considerações depreende-se que o serviço público é composto por três elementos: (i) o subjetivo, que consiste na titularidade do Estado, a quem cabe assegurar continuamente a sua prestação, fornecendo-os diretamente ou através de sujeitos privados por via da concessão ou da permissão; (ii) o material (ou objetivo), que diz respeito ao fato de se tratar de uma atividade de oferecimento de “utilidade ou comodidade material”¹¹ — isto é, de prestações fáticas — e destinada à satisfação de relevantes necessidades dos seres humanos, direta ou indiretamente

¹⁰ A esse respeito, ver: SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

¹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 18.

ligadas à garantia e promoção de sua dignidade; (iii) o formal (ou jurídico), que se refere ao regime jurídico especial ao qual a oferta de tais atividades se submete, composto por princípios e regras de Direito Público, que têm por objetivo garantir a sua prestação adequada, com qualidade e acessibilidade a todos os que deles necessitem.¹²

Desses três componentes, que devem estar sempre reunidos para que se possa considerar a atividade um serviço público, o mais decisivo para caracterizá-la como tal e diferenciá-la da maior parte das demais atividades estatais¹³ é o material, pois os outros dois são consequências diretas desse.¹⁴ É o fato de a atividade envolver a prestação de utilidades e comodidades materiais voltadas à satisfação de relevantes necessidades humanas que gera ao Estado a obrigação de garantir o seu fornecimento permanente (por suas próprias entidades ou por quem lhe faça as vezes) e que faz nascer a necessidade de sujeitá-la a um plexo de normas jurídicas de Direito Público, capaz de proporcionar o seu oferecimento sob condições protetivas ao cidadão.

Nesse ponto se pode identificar a íntima conexão do instituto do serviço público com os direitos fundamentais sociais. Estes últimos são consagrados pelo bloco de constitucionalidade — disposições constitucionais expressas e implícitas e tratados internacionais de direitos humanos — precisamente com o propósito de atender às necessidades elementares das pessoas, resguardando e promovendo a sua dignidade. A satisfação desses direitos depende diretamente de ações estatais orientadas à criação das condições imprescindíveis para tornar real e efetiva a sua fruição pelos indivíduos. Grande parcela dessas condições é composta, justamente, pelas prestações fáticas oferecidas pela via dos serviços públicos. Por isso, o serviço público se revela como o principal mecanismo de que dispõe a Administração para a realização dos direitos fundamentais sociais. Para cada um desses direitos — entre aqueles que têm como principal destinatário a Administração Pública (art. 6º, CF) — o sistema constitucional estipula uma correlativa atividade estatal destinada a oferecer aos cidadãos prestações materiais imprescindíveis à fruição dos bens jurídicos jusfundamentais por eles protegidos.¹⁵ Daí a essencialidade dos serviços públicos para que o

¹² A formulação aqui apresentada inspira-se no pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo o qual “para estar presente um objeto mencionável como serviço público, devem concorrer cumulativamente os seguintes requisitos: a) tratar-se de uma prestação de atividade singularmente fruível pelos usuários; b) consistir em atividade material; c) destinar-se à satisfação da coletividade em geral; d) ser reputada pelo Estado como particularmente importante para a satisfação dos interesses da Sociedade; e) ter sido havida como insuscetível de ser relegada tão só aos empreendimentos da livre-iniciativa, razão por que a assume como pertinente a si próprio (ainda que nem sempre com exclusividade); f) submetê-la a uma específica disciplina de direito público”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Serviço público e sua feição constitucional no Brasil. In: CIENFUEGOS SALGADO, David; LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro (Coord.). Estudios en homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz: responsabilidad, contratos y servicios públicos. México: Universidad Autónoma de México, 2005. p. 6-7.

¹³ V.g., função legislativa, função jurisdicional, funções administrativas de fomento e de ordenação (poder de polícia).

¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 735-736.

¹⁵ A correlação entre cada direito fundamental social enunciado no art. 6º da Constituição Federal com os respectivos serviços públicos prestados pelo Estado para atendê-los é realizada por: ZOCKUN, Carolina Zancaner. Da intervenção do Estado no domínio social. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 176-182.

Estado logre propiciar às pessoas uma tutela administrativa efetiva dos seus direitos fundamentais sociais: a Administração tem o dever de prestar um serviço público adequado, ao qual corresponde o direito do cidadão de recebê-lo.

3 O direito fundamental ao serviço público adequado na Constituição de 1988 – Fundamentação teórica, conteúdo jurídico e consequências práticas

A existência, na ordem constitucional brasileira, de um direito fundamental ao serviço público adequado tem sido avalizada pela doutrina nacional. Romeu Felipe Bacellar Filho salienta a necessidade de se “reconhecer, no inciso IV, [do parágrafo único] do art. 175 da Lei Fundamental de 1988, o direito fundamental ao serviço público adequado, como direito a exigir do Estado-Administração prestações positivas, de fornecer ‘utilidades ou comodidades materiais’ consideradas necessárias, imprescindíveis para a pessoa e para a coletividade”.¹⁶ A posição é igualmente afirmada por Adilson Abreu Dallari, ao aduzir que “o direito ao uso dos serviços públicos é um dos direitos fundamentais do cidadão”.¹⁷ A jusfundamentalidade do direito ao serviço público adequado é também defendida por Ana Cláudia Finger,¹⁸ Adriana Schier,¹⁹ Carolina Zancaner Zockun,²⁰ entre outros autores.

Não é difícil concordar com a afirmação de que os serviços públicos constituem um instrumento de efetivação dos direitos fundamentais sociais. Tampouco é necessário desenvolver grandes fundamentações para demonstrar essa constatação, até porque já há um fortíssimo consenso na doutrina brasileira a propósito dessa relação de instrumentalidade.²¹ Questão distinta, sob o ponto de vista jurídico-constitucional,

¹⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade: serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira. *Actualidad en el Derecho Público*, Buenos Aires, n. 18-20, Ad-Hoc, p. 61-73, jan./dez. 2002. p. 64.

¹⁷ DALLARI, Adilson Abreu. Direito ao uso dos serviços públicos. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 13, p. 210-215, 1999. p. 215.

¹⁸ FINGER, Ana Cláudia. Serviço público: um instrumento de concretização de direitos fundamentais. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano, 4, n. 12, p. 142-165, abr./jun. 2003. p. 163.

¹⁹ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Regime jurídico do serviço público: garantia fundamental do cidadão e proibição de retrocesso social. Curitiba, 2009. 224 f. Tese (Doutorado em Direito)–Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, 2009. f. 129.

²⁰ ZOCKUN, Carolina Zancaner. Da intervenção do Estado no domínio social..., op. cit., p. 182-185.

²¹ Entre outros: GARCIA FILHO, José Cal. Serviço público e direitos fundamentais. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, p. 11-32, jul./set. 2008. p. 25; RIBAS, Paulo Henrique. O serviço público como meio de concretização de direitos fundamentais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; BLANCHET, Luiz Alberto (Coord.). Serviço público: estudos dirigidos. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 101; FINGER, Ana Cláudia. Serviço público: um instrumento de concretização de direitos fundamentais..., op. cit., p. 143; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade..., op. cit., p. 64; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Da intervenção do Estado no domínio social... op. cit., p. 183; PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Usuários de serviços públicos... op. cit., p. 274 et seq.; PIRES, Luis Manuel Fonseca. O Estado Social e Democrático e o serviço público: um breve ensaio sobre liberdade, igualdade e fraternidade. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 119.

é alçar o serviço público adequado — ele próprio — à condição de direito fundamental, tal como fazem os autores supracitados, com os quais se concorda no presente trabalho. Há inclusive autores que aceitam explicitamente a primeira assertiva, julgando tais atividades cruciais à promoção dos direitos sociais, mas negam a existência de um direito fundamental de acesso aos serviços públicos.²² Ou seja: uma coisa é dizer que os serviços públicos são necessários à realização dos direitos fundamentais e que o cidadão tem o direito a que eles sejam prestados; outra é sustentar que: esse direito ostenta caráter fundamental (3.1); e que ele não tem por objeto um serviço qualquer, mas sim um serviço adequado (3.2). Cumpre observar as repercussões jurídicas dessas duas ideias.

3.1 O serviço público como direito fundamental – Enquadramento constitucional e efeitos jurídicos decorrentes

O que diferencia um direito qualquer de um direito que receba do sistema constitucional — explícita ou implicitamente — o qualificativo de fundamental é o regime jurídico ao qual cada um deles está submetido. Os direitos fundamentais se sujeitam a um conjunto específico de princípios e regras, que tem por finalidade emprestar-lhes uma proteção reforçada contra ações e omissões do Estado e dos sujeitos privados.

Na Constituição brasileira, os dois elementos de maior destaque que integram esse regime especial são a aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º) e a proteção contra reformas constitucionais abolitivas (art. 60, §4º, IV).²³ O primeiro protege o cidadão contra: (i) a inércia do Poder Legislativo, tornando prontamente exigíveis em face da Administração e do juiz as pretensões jurídicas que decorrem dos direitos fundamentais, ainda que o legislador se omita em concretizá-los; (ii) as ações arbitrárias do Parlamento, obrigando a Administração a respeitar de imediato os direitos fundamentais e recusar-se a aplicar as leis que os contrariem, pois eles incidem diretamente sobre a atividade administrativa e não apenas na medida da lei; (iii) as omissões administrativas, permitindo o acionamento do Poder Judiciário nos casos em que as posições jurídico-subjetivas conferidas pelos direitos fundamentais forem exigidas perante a Administração, mas sejam por ela recusadas ou desprezadas. O segundo elemento resguarda a consagração constitucional dos direitos fundamentais contra tentativas do poder reformador de extirpá-los da Constituição.

²² É o caso de Alexandre Santos de Aragão, como se extrai do seguinte excerto de sua obra: “deve ser frisado que ‘não há um direito fundamental de acesso aos serviços públicos, mas sim que os serviços públicos são indispensáveis ao exercício de alguns direitos fundamentais’ [...] Em outras palavras, os serviços públicos não são em si um direito fundamental, mas meios de realização de direitos fundamentais autonomamente considerados” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos...*, op. cit., p. 506-507).

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 74-75; 422.

Esses direitos, ademais, gozam de características peculiares, tais como a multifuncionalidade e a dupla dimensão (subjetiva e objetiva),²⁴ compelindo o Estado não apenas a atender às demandas individualizadas ou coletivas que lhe sejam exigidas pelos cidadãos, mas também a criar estruturas organizativas e procedimentais que viabilizem a sua fruição universalizada, bem como normas de proteção que proporcionem a sua tutela contra violações pelos particulares. Além disso, a sua restrição pelo legislador infraconstitucional subordina-se a uma série de critérios rigorosos que visam a salvaguardar a intangibilidade do seu núcleo essencial, tal como o dever de respeito aos princípios da proporcionalidade²⁵ e da razoabilidade.²⁶ No caso específico dos direitos sociais, a doutrina brasileira e o Supremo Tribunal Federal têm reconhecido também a incidência da chamada “cláusula de proibição de retrocesso social”, defendida por alguns autores como um princípio que integra o regime jurídico especial desses direitos.²⁷

De tais ilações se denota a plêiade de implicações jurídicas concretas que derivam da classificação de um direito como fundamental. A atribuição desse caráter

²⁴ Sobre o tema, ver: HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. *Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 14, n. 14.2, p. 618-688, jul./dez. 2013.

²⁵ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Liberdade de reunião*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 239 et seq.; SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 167-182; MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 64-82; BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. passim; NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003. p. 752-765.

²⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais...*, op. cit., p. 765-769.

²⁷ No Supremo Tribunal Federal, ver: “[...] A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar — mediante supressão total ou parcial — os direitos sociais já concretizados [...]” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.337*. Relator Min. Celso de Mello. Segunda Turma. Julgado em 23.08.2011. DJe-177, divulgado em 14.09.2011, publicado em 15.09.2011). Na doutrina, ver: DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise*. *Revista da AJURIS – Doutrina e Jurisprudência*, Porto Alegre, v. 31, n. 95, p. 103-135, set. 2004; SCHULTE, Bernd. *Direitos fundamentais, segurança social e proibição de retrocesso*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 301-332. Negando a existência de um princípio jurídico da “proibição de retrocesso social”, Jorge Reis Novais entende que essa concepção “não tem, pura e simplesmente, nem arrimo positivo em qualquer ordem constitucional, nem sustentação dogmática, nem justificação ou apoio em quaisquer critérios de simples razoabilidade. Tomada a sério por aquilo que anuncia, a proibição de retrocesso pode funcionar como Leitmotiv de luta política (‘ni un paso atrás’), mas não como princípio jurídico e, muito menos, de valor constitucional” (NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 2010. p. 244-245).

a determinados direitos é feita de duas formas pela Constituição, a qual enuncia dois critérios de reconhecimento de direitos fundamentais: um formal (Título II) e outro material (art. 5º, §2º). Primeiramente, são fundamentais os direitos formalmente inseridos no rol do Título II da Constituição, intitulado “Dos direitos e garantias fundamentais”. Por decisão expressa do constituinte, as posições jurídicas abrigadas nesse apartado no texto constitucional (arts. 5º a 17) desfrutam do regime jurídico reforçado a que se fez alusão. Em segundo lugar, por força do art. 5º, §2º, da CF são também fundamentais os direitos que, embora não constem textualmente nos enunciados da Constituição, enquadrem-se em uma das seguintes hipóteses: (i) estejam implícitos ou subentendidos nos dispositivos do Título II da Lei Maior; (ii) estejam proclamados explicitamente em outras partes do texto constitucional e se assemelhem àqueles inscritos no rol do Título II em termos de conteúdo e importância; (iii) estejam previstos nos tratados internacionais de direitos humanos; (iv) mesmo que não estejam anunciados em texto normativo algum, decorram dos princípios e do regime constitucionalmente adotados. O direito sob exame encaixa-se em todas essas situações (conquanto a presença de uma só já fosse o suficiente para reputá-lo um direito fundamental sob o prisma material).

O direito fundamental ao serviço público adequado consiste em um direito materialmente fundamental por quatro motivos: (i) está subentendido no art. 6º, uma vez que não há como se assegurar o acesso de todos titulares dos direitos sociais ali previstos sem que o Estado preste serviços públicos (não se atinge os fins se não se têm os meios); (ii) radica-se em uma posição jurídica que consta do art. 175, parágrafo único, IV da Constituição, pois, se ao Poder Público incumbe a “obrigação de manter serviço adequado”, em contrapartida o cidadão tem o direito de recebê-lo, e seu conteúdo e importância se aproximam intimamente ao teor dos direitos sociais do art. 6º, eis que sem a prestação de serviços públicos adequados eles se tornariam letra morta; (iii) está previsto expressamente no Protocolo Adicional à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (“Protocolo de San Salvador”),²⁸ na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem,²⁹ na Declaração Universal dos Direitos Humanos,³⁰ na Convenção

²⁸ Protocolo Adicional à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (“Protocolo de San Salvador”): “Artigo 11.1. Toda pessoa tem direito a viver em meio ambiente sadio e a contar com os serviços públicos básicos”.

²⁹ Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem: “Artigo XXXVI. Toda pessoa tem o dever de pagar os impostos estabelecidos pela Lei para a manutenção dos serviços públicos”.

³⁰ Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Artigo XXV. 1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle. 2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social”.

Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher,³¹ entre outros;³² (iv) decorre diretamente dos princípios da dignidade da pessoa humana e da cidadania (art. 1º, II e III, CF), pois os serviços públicos são indispensáveis para proporcionar aos cidadãos condições de existência digna e possibilitar sua participação ativa na comunidade política e social, além de serem imprescindíveis para atingir os objetivos fundamentais da República de erradicar a pobreza, reduzir as desigualdades sociais, garantir o desenvolvimento e construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I a III, CF).

A consequência gerada por esse enquadramento do serviço público adequado no conceito de direito fundamental é o fato de sobre ele incidirem todos os traços peculiares ao regime jurídico jusfundamental acima sintetizados: aplicabilidade imediata, proteção contra emendas constitucionais abolitivas, multifuncionalidade, dupla dimensão (subjéctiva e objectiva), intangibilidade do conteúdo essencial, cláusula de vedação de retrocesso social, etc. Tal repercussão reforça a proteção jurídica dos titulares de direitos fundamentais sociais, já que à sua esfera de direitos se agrega mais essa garantia constitucional — termo técnico mais preciso no caso em tela³³ — que tem o condão de potencializar os meios através dos quais será possível exigir do Estado a satisfação plena dos seus direitos.

Diversas implicações podem ser extraídas dessa condição jusfundamental que se outorga à garantia de um serviço público adequado. A título de exemplo, cite-se a tese desenvolvida por Adriana Schier, sustentando que o conteúdo essencial do regime jurídico do serviço público — que em sua leitura é composto pelos princípios da generalidade, da continuidade e da modicidade de taxas e tarifas — não pode ser revogado do art. 6º, §1º da Lei de Concessões (Lei nº 8.987/95), por se encontrar protegido pela cláusula de vedação de retrocesso social.³⁴ Por sua vez, Carolina

³¹ Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher: “Artigo 14. [...] 2. Os Estados-partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher nas zonas rurais, a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, que elas participem no desenvolvimento rural e dele se beneficiem, e em particular assegurar-lhes-ão o direito a: [...] h) gozar de condições de vida adequadas, particularmente nas esferas da habitação, dos serviços sanitários, da eletricidade e do abastecimento de água, do transporte e das comunicações”.

³² A propósito do direito humano ao serviço público no cenário internacional, ver: GONZÁLEZ MORAS, Juan M. El concepto de servicio público en los ordenamientos públicos globales. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Buenos Aires, año 31, n. 361, p. 395-425, oct. 2008.

³³ As garantias fundamentais têm caráter instrumental em relação aos direitos fundamentais. Consistem em ferramentas para a sua tutela. Em sentido lato, são também consideradas direitos fundamentais, mas em uma acepção estrita recebem nomenclatura própria. Nas palavras de Regina Ferrari, “quando se trata de garantias fundamentais, se está fazendo referência a instrumentos de tutela que podem e devem conferir eficácia aos direitos fundamentais” (FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 538).

³⁴ Nas palavras da autora: “a preocupação que norteia a presente tese [...] é conferir uma especial proteção ao regime jurídico do serviço público, previsto no art. 6º, §1º, da Lei nº 8.987, de 1995, inclusive em relação à atividade legislativa futura. Isto porque [...] acredita-se que a efetivação dos direitos sociais instrumentalizados por tais serviços só será possível se tal atividade for prestada de forma universal, contínua e com tarifa módica, consagrando-se, assim, o núcleo essencial do regime jurídico previsto no citado dispositivo legal” (SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Regime jurídico do serviço público...*, op. cit., f. 151). Afirma ainda que “o

Zancaner Zockun propõe que, em razão do status jusfundamental de que desfruta o direito ao serviço público adequado, “a ele deve ser conferida também a estatura de cláusula pétrea”, da qual resulta uma intangibilidade “que impede a deliberação de proposta de emenda tendente a abolir os serviços públicos que efetivam os direitos sociais”. Por conseguinte, “são cláusulas pétreas (implícitas, evidentemente) os serviços públicos de educação, saúde, trabalho, moradia, proteção à maternidade e à infância e assistência social”.³⁵

3.2 Conteúdo jurídico do direito fundamental ao serviço público adequado

Analisada a questão relativa aos efeitos jurídicos do reconhecimento do serviço público adequado como um direito fundamental do cidadão, cumpre realçar o seu conteúdo. A principal disposição constitucional que dá suporte à identificação desse direito — art. 175, parágrafo único, IV — foi clara ao adjetivar o serviço público que é devido pelo Estado: cuida-se de um serviço adequado. O termo, quando examinado em abstrato, pode parecer bastante indeterminado, mas as circunstâncias fáticas que envolvem o desenvolvimento de tais atividades pela Administração permitem que em concreto se verifique se o serviço que está sendo prestado é ou não adequado.

De toda sorte, como antes se procurou acentuar, a preocupação do constituinte ao incluir essa previsão certamente foi a de estabelecer o dever de oferecimento dos serviços públicos sob um regime jurídico especial, benéfico e protetivo ao cidadão, com o intuito de assegurar que sua prestação destinar-se-á à finalidade que lhe é inerente: satisfazer as necessidades humanas fundamentais de todos aqueles que necessitarem dos bens e serviços úteis e escassos cuja oferta o ordenamento jurídico colocou à cura do Estado. É um regime que se assenta no Direito Público, por dois motivos relevantíssimos, destacados por Celso Antônio Bandeira de Mello. De um lado, porque essa disciplina jurídica é a que visa a “assegurar coercitivamente que o interesse público prepondere sobre conveniências privadas”. De outro, porque ele faz recair sobre o serviço público “restrições especiais para garantir-lhe a proteção contra o próprio Estado ou contra seu exercente”, com o fito de “impor, a um ou a outro, tanto o dever de assegurá-lo nos termos indicados, quanto limitações para que não atue abusivamente, isto é, de maneira a desrespeitar direitos dos administrados em geral e direitos e interesses dos usuários do serviço”.³⁶

regime jurídico do serviço público, naquilo que se refere ao mínimo existencial — universalidade, modicidade das tarifas e continuidade das prestações — está protegido pela cláusula de proibição de retrocesso social. Esse posicionamento permitirá proteger o regime do serviço público em si contra modificações legislativas que atentem contra a própria essência do instituto” (SCHIER, Adriana da Costa Ricardo, *idem*, f. 8).

³⁵ ZOCKUN, Carolina Zancaner. Da intervenção do Estado no domínio social..., *op. cit.*, p. 184.

³⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Serviço público e sua feição constitucional no Brasil..., *op. cit.*, p. 13.

Esse regime jurídico de Direito Público necessário à garantia de que o serviço público será prestado adequadamente, que visa a assegurar a satisfação da garantia fundamental ora em debate, é composto tanto pelo núcleo principiológico comum de matriz constitucional que afeta toda e qualquer atividade administrativa (poder de polícia, fomento, potestades sancionatórias de cunho disciplinar, etc.), quanto por um conjunto de princípios jurídicos específicos que se dirige diretamente à prestação de serviços públicos. Assim, essa atividade está submetida, como todas as demais desenvolvidas pela Administração, aos princípios constitucionais da legalidade, publicidade, moralidade, impessoalidade, eficiência, segurança jurídica, proteção à confiança legítima, boa-fé, razoabilidade, proporcionalidade, motivação, entre outros.³⁷ Mas há também um complexo normativo especificamente orientado a propiciar um serviço público adequado, que tem como objeto principal essa peculiar modalidade de atividade administrativa.

O legislador ordinário, pretendendo dar concretude e recheio semântico à noção constitucional de “serviço público adequado” (art. 175, parágrafo único, IV), descreveu, no art. 6º, §1º da Lei nº 8.987/95, alguns dos parâmetros mínimos que hão de ser observados na prestação desses serviços. Segundo o dispositivo, “serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”. Esses oito princípios representam condição necessária, mas não suficiente, para que o Estado preste um serviço realmente adequado. Trata-se de um rol meramente exemplificativo — indispensável, é verdade, mas não taxativo. Há ainda outros princípios jurídicos que recaem sobre o serviço público que não se encontram textualmente declarados nessa previsão e que são sustentados em sede doutrinária como normas incidentes sobre essa atividade, como é o caso do controle sob as condições de sua prestação.³⁸

A especificação legal do teor do direito ao serviço público adequado amplia a proteção jurídica do cidadão, pois ao menos em relação aos princípios ali anunciados a Administração ou o Poder Judiciário não poderão rejeitar a sua invocação. É certo que, para se poder exigir, por exemplo, que os serviços públicos sejam prestados continuamente e regularmente, não é necessário que a lei inclua os princípios da continuidade e da regularidade no conceito de serviço público adequado. Este já

³⁷ Para uma visão geral acerca dos contornos jurídicos desses princípios, consultar: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012.

³⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 694-696; ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da intervenção do Estado no domínio social...*, op. cit., p. 170-174. POZZO, Augusto Neves. *Aspectos fundamentais do serviço público no Direito brasileiro...*, op. cit., p. 109-112; ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 529. Sobre o tema do controle social dos serviços públicos, ver: AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999. Acerca do controle no âmbito dos serviços públicos concedidos, conferir: BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. *Controle das concessões de serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

vem garantido pela Constituição e a identificação desses dois desdobramentos já poderia ser feita por uma interpretação constitucional do termo. Sua compostura jurídica e exigibilidade defluem das dobras do tecido constitucional, não da norma legal. Porém, não há dúvidas de que o fato de os seus contornos haverem sido precisados e explicitados pela legislação robustece a sua potencial efetividade, já que ao menos no que toca à existência jurídica dos oito princípios alojados no art. 6º, §1º da Lei nº 8.987/95 não haverá mais espaços para controvérsias (ainda que se possa controverter a respeito do conteúdo específico de cada princípio — v.g., possibilidade ou não de interrupção da prestação por inadimplemento do usuário face ao princípio da continuidade).³⁹

O cidadão titulariza, portanto, o direito fundamental a que a Administração Pública preste um serviço público adequado, que deverá observar os princípios da legalidade, publicidade, moralidade, impessoalidade, eficiência, segurança jurídica, proteção à confiança legítima, boa-fé, razoabilidade, proporcionalidade, motivação, regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação, modicidade das taxas e tarifas, controle sob as condições de sua prestação, entre outros que se mostrem necessários à adequação do seu fornecimento ao fim a que ele se destina: satisfazer as necessidades dos membros da coletividade voltadas à garantia do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais. É somente através da realização do direito ao serviço público adequado que o Poder Público logrará proporcionar à cidadania uma tutela administrativa efetiva dos direitos sociais constitucionalmente consagrados.

O conteúdo jurídico e as implicações de cada um desses princípios, em especial aqueles que integram o regime específico do serviço público, têm sido explorados pela doutrina brasileira com vistas a elucidar os seus desdobramentos e as consequências que eles acarretam sobre essa atividade administrativa.⁴⁰ É de extrema valia que a doutrina examine e sistematize criticamente os deveres específicos que pesam sobre a Administração em matéria de serviços públicos destinados à promoção dos

³⁹ Sobre a discussão acerca da possibilidade de corte do serviço público por falta de pagamento do usuário, ver, adotando posições diversas: LEAL, Rogério Gesta. O problema de prestação de serviço público essencial enquanto Direito Social Fundamental e sua contraprestação em face da incapacidade financeira do usuário. In: LEAL, Rogério Gesta. Condições e possibilidades eficácias dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 135-149; CUÉLLAR, Leila. Serviço de abastecimento de água e a suspensão do fornecimento. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. Estudos de direito econômico. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 331-369; DOMINGUEZ, Guilherme Diniz de Figueiredo. A interrupção no fornecimento dos serviços públicos de energia elétrica e água, por inadimplência dos usuários, à luz da jurisprudência dos tribunais superiores (STJ e STF). Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 6, n. 24, p. 219-236, out./dez. 2008.

⁴⁰ Ver: SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Regime jurídico do serviço público..., op. cit., f. 46-51; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. O serviço público e a Constituição brasileira de 1988..., op. cit., p. 254-317; POZZO, Augusto Neves. Aspectos fundamentais do serviço público no direito brasileiro..., op. cit., p. 95-112; MOREIRA, Egon Bockmann. Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei nº 8.987/1995 (parte geral). São Paulo: Malheiros, 2010. p. 239-274.

direitos fundamentais sociais, iluminando a interpretação do ordenamento jurídico e esclarecendo quais são as incumbências explícitas e implícitas no Direito positivo que são endereçadas ao Poder Público para tornar real e efetivo o exercício de tais direitos. Um exemplo desse tipo de investigação é a obra de Carolina Zancaner Zockun, que analisa de forma completa e pormenorizada os serviços públicos que compete ao Estado prestar para imprimir efetividade a cada um dos direitos sociais albergados no art. 6º da CF, realizando uma confrontação crítica entre a legislação regulamentadora pertinente e as disposições constitucionais que versam sobre esses direitos.⁴¹

O que se buscará nesse momento é problematizar um dos mais destacados elementos que compõe o direito ao serviço público adequado, intrinsecamente relacionado com a ideia de tutela igualitária dos direitos fundamentais sociais e, por consequência, com o princípio constitucional da igualdade material: o princípio da universalidade do acesso aos serviços públicos.

4 O princípio da universalidade do acesso aos serviços públicos – Capacidade econômica do cidadão e tutela administrativa igualitária dos direitos fundamentais sociais

O princípio da universalidade do acesso aos serviços públicos endereça à Administração Pública, no âmbito da prestação de tais serviços, a obrigação de garantir que os bens econômicos por eles oferecidos serão materialmente acessíveis a todo o universo de pessoas que deles carecerem. Significa, portanto, um dever positivo de instituir as condições fáticas necessárias para que o acesso aos serviços públicos seja realmente universal e esteja efetivamente ao alcance de todos no plano da realidade.

A questão controversa que se busca enfrentar nesse momento diz respeito à compatibilidade desse princípio com o estabelecimento de tratamentos diferenciados pelo ente prestador, baseados na diferença de condições existentes entre cada cidadão que pretenda utilizar dos serviços públicos. Retomando o questionamento suscitado nas considerações iniciais deste artigo, a polêmica que se procurará dirimir consiste na seguinte indagação: o princípio da universalidade do acesso aos serviços públicos tem por escopo alcançar a igualdade formal (todos têm de possuir igual acesso independentemente de suas distinções fáticas) ou material (admitem-se critérios discriminatórios de acesso de acordo com as diferenças presentes no mundo dos fatos)? Vale dizer: a universalidade do acesso aos serviços públicos deve ser encarada como um ponto de partida (desde o início todos devem ter idêntico acesso) ou um ponto de chegada (assegura-se que ao final todos terão acedido aos bens econômicos objeto dos serviços)?

⁴¹ ZOCKUN, Carolina Zancaner. Da intervenção do Estado no domínio social..., op. cit.

Confirmam-se primeiramente algumas explicações da doutrina a propósito do princípio em apreço. De acordo com Enrique Silva Cimma, a noção de universalidade pressupõe que “o serviço público é obrigatório no sentido de que a prestação deve necessariamente cumprir-se, sem que possa a autoridade beneficiar com ela a alguns e negá-la para outros”.⁴² A posição é corroborada por Adriana Schier, segundo a qual o princípio da universalidade estabelece que “a prestação dos serviços públicos deverá ser assegurada a todos, buscando a sua máxima universalização, sem excluir qualquer cidadão, qualquer que seja o motivo da exclusão”.⁴³ Intelecção similar parece ter sido acolhida pela Lei Orgânica do Município de São Paulo, de 1990, a qual prevê, em seu art. 123, parágrafo único, que os serviços serão prestados “sem distinção de qualquer espécie”. O que está na base dessa compreensão é a vertente formal do princípio da igualdade.

Na acepção acima reproduzida, o princípio da universalidade do acesso aos serviços públicos implicaria uma vedação de tratamento diferenciado a pessoas situadas em condições diversas. Todavia, não é esse o sentido que o princípio em questão exprime na ordem jurídica brasileira. Universalizar a prestação de um serviço não significa prestá-lo “sem que possa a autoridade beneficiar [...] a alguns e negá-la para outros”,⁴⁴ “sem excluir qualquer cidadão, qualquer que seja o motivo da exclusão”⁴⁵ ou “sem distinção de qualquer espécie”.⁴⁶ A Administração Pública pode sim ofertar um serviço público negando-o para determinados cidadãos, excluindo o seu acesso por determinados motivos e fazendo algumas espécies de distinção, desde que isso seja necessário para que o fornecimento seja efetivamente universal e desde que a feição material do princípio da igualdade reclame a adoção de um critério diferenciado na prestação.

A essência desse princípio consiste em garantir que a universalidade dos cidadãos que de fato necessitem terá acesso aos bens úteis e escassos que são disponibilizados por meio do serviço público, o que pressupõe que a Administração deverá atentar-se para as diferenças de condições em que se encontra cada indivíduo ou grupo social, cuidando para alcançar inclusive as pessoas de baixa renda e as que habitam em regiões afastadas dos centros onde se concentram as prestações daquele

⁴² SILVA CIMMA, Enrique. *Derecho administrativo chileno y comparado: el servicio público*. Santiago: Jurídica de Chile, 1995. p. 60 (grifos nossos).

⁴³ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Regime jurídico do serviço público...*, op. cit., f. 177-178 (grifos nossos).

⁴⁴ SILVA CIMMA, Enrique. *Derecho administrativo chileno y comparado: el servicio publico*. Santiago: Jurídica de Chile, 1995. p. 60.

⁴⁵ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Regime jurídico do serviço público...*, op. cit., f. 177-178. Registre-se que, da análise global da obra da autora, não parece que ela realmente negue a possibilidade de tratamento diferenciado com base em condições fáticas distintas em que se encontrem os cidadãos. A passagem transcrita, no entanto, denota uma ideia diversa, por ser enfática ao rechaçar a exclusão de determinados indivíduos do acesso aos serviços públicos, “qualquer que seja o motivo da exclusão”.

⁴⁶ Art. 123, parágrafo único, da Lei Orgânica do Município de São Paulo (1990).

tipo de serviço. Mostra-se mais acertada, portanto, a interpretação segundo a qual universalizar “significa prestar de forma adequada os respectivos serviços públicos a toda a população de potenciais usuários. [...] o serviço só estará efetivamente universalizado quando toda a população for atendida”.⁴⁷ Prestar de forma adequada a toda a população não implica necessariamente tratar a todos de forma idêntica, sem traçar qualquer diferenciação.

É preciso tomar cuidado com a carga semântica que se atribui à expressão “discriminação”. Observe-se a explicação de Marçal Justen Filho, para quem a igualdade nos serviços públicos impõe “tratamento não discriminatório e universal para todos os usuários. Não se pode restringir o acesso aos benefícios do serviço público para os sujeitos que se encontrem em igualdade de condições”.⁴⁸ Note-se a diferença das duas orações, que, embora possam em uma rápida leitura parecer contraditórias, na realidade não o são, desde que se entenda bem o sentido de “discriminatório”. Ao afirmar, em um primeiro momento, que não se admite o tratamento discriminatório para que seja respeitada a igualdade, o que está por trás do pensamento do autor é a ideia, manifestada logo em seguida, de que não poderá haver critérios distintos de acesso aos serviços para as pessoas que se encontrem em igualdade de condições.

Isso se confirma quando o referido jurista sustenta, na sequência, que a universalidade é um desdobramento da igualdade, e “significa que o serviço público deve ser prestado em benefício de todos sujeitos que se encontrem em situação equivalente, de modo indeterminado. Admite-se, como é da essência da isonomia, a discriminação fundamentada em critérios adequados”.⁴⁹ Dessa maneira, sendo diversas as circunstâncias fáticas em que se enquadram dois indivíduos, é admitido o tratamento discriminatório, desde que haja uma correlação lógica e constitucionalmente respaldada entre o fundamento que deu origem ao *discrímén* e o regime diferenciado que foi dispensado aos cidadãos.

Assim, o princípio da universalidade do acesso aos serviços públicos não proíbe em absoluto o seu oferecimento de modo discriminado: ele o faz apenas se as situações vivenciadas pelas pessoas que quiserem aceder-lhes forem idênticas. Ocorrendo o contrário — isto é, se o quadro fático de cada potencial usuário for diferente — o princípio da universalidade não apenas não veda como também obriga o Estado a fornecer tratamento distinto, que seja capaz de atender às peculiaridades de cada caso e reduzir as disparidades existentes na sociedade. Conforme adverte Dinorá Musetti Grotti, “a prestação do serviço deve ser igual para aqueles que se encontrem em situações comparáveis, respeitadas as distinções de suas condições, que conduzam

⁴⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. Direito das concessões de serviço público..., op. cit., p. 259.

⁴⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2003. p. 31.

⁴⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo..., op. cit., p. 746 (grifos nossos).

a eventuais diferenças de cuidados. Qualquer discriminação deve ser justificada em função da condição ou situação em que objetivamente cada usuário se encontra”.⁵⁰

Uma vez entendida essa concepção de universalidade, que se inspira no valor da igualdade material e que se acolhe neste trabalho, cumpre dela arrancar consequências práticas, talvez não tão facilmente palatáveis quanto a sua formulação teórica. Tomem-se como objeto de análise os serviços públicos de saúde e de educação. Quanto ao primeiro, a Constituição assim estipulou no art. 196: “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Em relação ao segundo, consignou no art. 208 que “a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. No art. 206, determinou que o ensino será ministrado com base em diversos princípios, entre os quais o da “igualdade de condições para o acesso e permanência na escola”. E no art. 211, §4º, dispôs o constituinte que “na organização de seus sistemas de ensino, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios definirão formas de colaboração, de modo a assegurar a universalização do ensino obrigatório”. E no art. 208, I e §1º, definiu a educação básica, de caráter obrigatório e gratuito, como um “direito público subjetivo”.

Ao determinar que saúde e educação são direitos de todos e que o Estado tem o dever de assegurar o seu acesso universal e igualitário, não há como negar que sobre tais serviços públicos incidam os princípios da universalidade e da igualdade. Porém, a relação entre eles e os impactos jurídicos por eles produzidos não são tão perceptíveis. Se fosse a igualdade tomada em sua acepção formal, seria natural afirmar-se que toda e qualquer pessoa deve ter idêntico acesso aos bens econômicos oferecidos por esses serviços.⁵¹ Entretanto, se essa igualdade for encarada sob o prisma material, pergunta-se: seria compatível com o princípio da universalidade asseverar que toda e qualquer pessoa tem direito a usufruir desses serviços gratuitamente, inclusive quem possua condições financeiras para adquiri-los de outros particulares e os encontre disponíveis no mercado? Se todos os brasileiros resolvessem matricular-se em instituições públicas de ensino fundamental e médio e utilizar os serviços do Sistema Único de Saúde sem nenhuma contraprestação pecuniária direta, haveria como garantir acesso universal para todos? Seria esse um tratamento materialmente igualitário? Será, afinal de contas, que essa acessibilidade total e irrestrita, sem critérios de discriminação entre quem pode aceder a esses bens de

⁵⁰ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. O serviço público e a Constituição brasileira de 1988..., op. cit., p. 300.

⁵¹ São bens de valor econômico, tanto é que, por haver habilitação constitucional autorizativa, encontram-se disponíveis no mercado sendo comercializados por escolas, universidades e hospitais privados.

outra maneira e quem não pode, é compatível com as noções de universalidade e igualdade material?

Antes de se tentar responder a essas perguntas, cabe empreender uma brevíssima digressão a respeito da vinculação entre a ideia de igualdade material e a consagração constitucional dos direitos fundamentais sociais, para então verificar os impactos dessa conexão sobre a questão da universalidade do acesso aos serviços públicos. Isso porque, a concepção liberal de direitos fundamentais refuta a ideia de que a igualdade formal — tratar a todos, indistintamente, exatamente da mesma forma — possa ser afastada em matéria de prestação de serviços públicos para admitir um tratamento discriminatório exigido pela igualdade material. Dizer que saúde e educação são direitos sociais de todos não significa necessariamente dizer que todos devam ter igual acesso aos serviços públicos de saúde e educação. A afirmação pode chegar a arrepisar alguém que não consiga compreender a diferença entre o fundamento dos direitos de liberdade e a razão de ser dos direitos sociais.

A referência social que passa a gravar os direitos fundamentais no constitucionalismo da segunda metade do século XX se afasta da abordagem liberal do século precedente, que pretendia conceder idênticas posições jurídico-subjetivas a todas as pessoas e ignorava as condições socioeconômicas de cada indivíduo ou grupo social para fins de concessão de direitos e vantagens. O critério que passa a nortear essa concessão é o da igualdade material, que pressupõe a consideração das desigualdades existentes entre os cidadãos no momento de estipular a quais direitos fundamentais e prestações estatais cada um deles faz jus. Essa nova visão de igualdade que acompanha o Estado Social diverge do prisma formal desse princípio, que se prestava a manter o status quo de cada indivíduo proibindo o tratamento diferenciado pelo Estado. Ela dá ensejo a uma perspectiva pautada na transformação da sociedade, com vistas à proteção real dos segmentos mais desfavorecidos, o que implica admitir pontualmente medidas que destoem da igualdade formal para promover a igualdade substancial.⁵²

A cláusula do Estado Social produz uma vinculação sobre a atividade estatal que se exprime fundamentalmente em três vertentes: (i) a interpretação de toda legislação deve ser feita à luz do princípio social, de sorte que, havendo mais de uma alternativa hermenêutica possível, impõe-se a adoção daquela que estiver em maior conformidade com a igualdade social; (ii) o legislador fica obrigado a dispensar tratamento diferenciado às situações sociais distintas, notadamente em termos de distribuição de bens materiais, serviços públicos e prestações positivas, sem que essa diferenciação de trato por razões de justiça social possa ser reputada inconstitucional por suposta afronta ao princípio da igualdade em sua faceta formal; (iii) o

⁵² MATIA PORTILLA, Francisco Javier. La caracterización jurídico-constitucional del Estado social de Derecho. Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, n. 60, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 343-350, sep./dic. 2000. p. 346.

legislador fica proibido de elaborar leis que atentem contra a igualdade material e o princípio social, sob pena de serem declaradas inconstitucionais.⁵³

Somente à luz dessa racionalidade, orientada em torno do princípio da igualdade material, é possível entender a razão pela qual as Constituições contemporâneas consagram direitos fundamentais sociais e os ordenamentos jurídicos em geral impõem às Administrações Públicas a incumbência de prestar serviços públicos para satisfazê-los. O objetivo em ambos os casos é o mesmo: favorecer juridicamente os sujeitos menos favorecidos economicamente, como forma de compensar as desigualdades financeiras que eles ostentam faticamente, quando comparados com os integrantes das classes mais abastadas. Nesse preciso ponto se entrecruzam os temas da titularidade universal dos direitos fundamentais sociais e da universalidade do acesso aos serviços públicos, os quais devem ser entendidos conjugadamente. Note-se como as definições dessas duas categorias jurídicas, nos termos adotados na presente pesquisa, encontram-se imbricadas.

Os direitos sociais, no tocante à sua função prestacional, podem ser compreendidos como direitos fundamentais que têm por objeto a tutela de bens econômicos, sociais e culturais imprescindíveis para assegurar uma vida digna, os quais o seu titular poderia obter também dos particulares, caso ostentasse condições financeiras para adquiri-los e os encontrasse disponíveis no mercado.⁵⁴ Por sua vez, afirmou-se que os serviços públicos são atividades de oferecimento de bens econômicos de cunho material, destinados à satisfação de relevantes necessidades dos seres humanos, ligadas à garantia e promoção de sua dignidade, que o Poder Público reputou demasiadamente importantes para relegá-las à sorte da iniciativa privada, com o receio de que elas deixassem de ser ofertadas ou se tornassem inacessíveis a uma parcela da população que delas necessitasse. Em suma, o que o titular de direito fundamental social carece é o que o Estado através do serviço público tem o dever de oferecer: bens econômicos (porque úteis, escassos e suscetíveis de atender às necessidades humanas), que podem ser comercializados no mercado se o ordenamento jurídico assim autorizar, imprescindíveis à realização da dignidade da pessoa.

O que se denota do exame conjunto dessas duas definições é que o serviço público não é uma atividade que tem por objetivo tornar todos os cidadãos eternamente dependentes das ações estatais. Esses serviços são criados e o Estado é obrigado a prestá-los para que se garanta o seu oferecimento contínuo e em condições favoráveis às pessoas. Isso não quer dizer que a única forma de se fruir dos bens jurídicos

⁵³ PAREJO ALFONSO, Luciano. El concepto del Derecho administrativo. 2. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; Editorial Jurídica Venezolana, 2009. p. 360.

⁵⁴ Sobre a caracterização de tais direitos a partir do conteúdo mencionado, ver: ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 443; NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Ed., 2010. p. 41.

tutelados pelos direitos sociais seja mediante a utilização de serviços públicos. O particular que contrata serviços de educação e saúde no setor privado — quando tem meios financeiros para adquiri-los e os encontra sendo comercializados — frui igualmente desses mesmos bens jurídicos. Ele tem os seus direitos à educação e à saúde satisfeitos, obtendo-os por meio de uma atividade econômica (*stricto sensu*) e não de um serviço público.⁵⁵ Na própria definição acima apresentada se verifica que, em termos de formulação teórica, se o cidadão tiver acesso ao bem jurídico *jusfundamental* por outros meios que não necessite do seu oferecimento pelo Poder Público, ele não será investido na posição jurídica de exigi-lo do Estado gratuitamente (ainda que sob o prisma do Direito positivo seja possível chegar-se a resultado diverso).

A conclusão a que se chega com esse raciocínio enseja a seguinte proposição: do ponto de vista político, a partir da lógica que preside o Estado Social, encarnada na igualdade material, se o indivíduo possuir condições financeiras e encontrar disponíveis no mercado os bens econômicos, sociais e culturais tutelados pelos direitos fundamentais sociais, logrando acesso a eles por outros meios que tornem prescindível a sua obtenção mediante serviços públicos ofertados pelo Estado, seria um contrassenso admitir que em tais circunstâncias ele estivesse investido na posição jurídica de exigir da Administração a sua prestação gratuita. Em outras palavras: para que a universalidade dos cidadãos tenha acesso aos bens jurídicos protegidos pelos direitos sociais, faz-se necessário que o Poder Público trate desigualmente as situações desiguais, na medida das suas desigualdades, em observância ao princípio da igualdade material.⁵⁶

Perceba-se como a interação entre esses dois princípios que regem os serviços públicos — universalidade e igualdade (material) — podem (e devem) levar a resultados diversos daqueles que geralmente se costuma defender. Sob o ponto de vista político, tendo como foco a justiça social que se pretende promover na sociedade, infere-se que a pessoa que puder desfrutar de serviços fornecidos por farmácias e hospitais privados, bem como de instituições de ensino particulares, não deveria poder recebê-los sem qualquer custo do Poder Público. Isso porque o Estado presta serviços públicos — notadamente os que são oferecidos gratuitamente — com a finalidade de atender às necessidades humanas daqueles que não podem (porque não têm dinheiro) ou não conseguem (porque não há disponibilidade) adquiri-las da iniciativa privada. A questão é saber se, do ponto de vista jurídico, a afirmação encontra amparo no Direito positivo, pois uma coisa é criticar o modelo vigente, a outra

⁵⁵ Como já se disse, quando prestadas pelo Estado tais atividades — educação e saúde — são serviços públicos, mas nesse caso a Constituição autorizou que fossem também exploradas economicamente pela livre-iniciativa como atividades econômicas, ainda que submetidas a forte regulação e fiscalização estatal e sujeitas a determinadas normas de Direito Público.

⁵⁶ Conforme ressalta Celso Antônio Bandeira de Mello, “o princípio da isonomia preceitua que sejam tratadas igualmente as situações iguais e desigualmente as desiguais”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 35.

é saber se ele pode funcionar de forma diversa sem que sejam feitas alterações no plano normativo.

Uma primeira consideração a ser feita é que a aplicabilidade dessa proposição diz respeito, como se depreende dos elementos que a compõem, somente aos serviços públicos cuja titularidade não seja exclusiva do Estado e que sejam por ele fornecidos gratuitamente. Quanto àqueles que o Poder Público oferta em regime de exclusividade e sem exigir uma contraprestação pecuniária, o raciocínio da distinção de tratamento com base no critério financeiro não se aplica, visto que os bens econômicos fornecidos pela atividade estatal não se encontram disponíveis no mercado. Logo, para que qualquer cidadão tenha acesso aos bens econômicos por eles proporcionados, não haverá alternativa senão recebê-los na forma de serviços públicos.

Sendo serviços públicos de titularidade exclusiva estatal cuja prestação seja remunerada diretamente por aqueles que utilizam o serviço, aplica-se o critério de discriminação com base nas condições financeiras de cada indivíduo. No Direito brasileiro, seria o caso de serviços como fornecimento de energia elétrica, abastecimento de água potável, distribuição de gás canalizado, entre tantos outros. O que se justifica nesses casos é a previsão de uma política tarifária que contemple diferenciações entre os cidadãos de reduzido poder aquisitivo e aqueles que apresentam altos níveis de consumo, algo que, de mais a mais, já conta com ampla aceitação teórica e prática (v.g., tarifas sociais) e por isso dispensa maiores discussões.

A segunda consideração consiste no fato de que é imprescindível verificar a natureza de cada serviço público, para só então se poder afirmar se cabe ou não dispensar um tratamento discriminatório aos cidadãos com vistas à promoção da igualdade material. Com base na primeira observação, o foco de análise no Direito brasileiro se reduziria aos serviços de educação, saúde, assistência social, pois o serviço de previdência social também acabaria excluído da aplicação da proposição em debate. Isso porque se cuida de um serviço de caráter contributivo e de filiação obrigatória, nos termos do art. 201 da Constituição Federal. Os bens ofertados por meio dele nada mais são do que uma contrapartida das contribuições previdenciárias que são recolhidas de todos os segurados obrigatórios e facultativos. Restam, então, assistência social, educação e saúde, por se tratarem de serviços fornecidos gratuitamente e sem exclusividade estatal.

No caso da assistência social, a possibilidade de instituir um regime diferenciado, excluindo boa parcela da população do acesso a esse serviço, é de fácil compreensão, pelo fato de que já se encontra voltado a um público específico: "pessoas que estão fora do mercado de trabalho, sem cobertura previdenciária e passando por dificuldades financeiras que lhes impedem de viver dignamente".⁵⁷ Por definição,

⁵⁷ ZOCKUN, Carolina Zancaner. Da intervenção do Estado no domínio social..., op. cit., p. 101.

não é um serviço dirigido à generalidade dos cidadãos, que envolva medidas de que todos necessitam, já necessitaram, ou algum dia irão necessitar. Os requisitos para o indivíduo ter acesso a ele são bem peculiares. Nesse âmbito, falar que pessoas abastadas não têm direito à sua prestação nada mais é do que um “óbvio ululante”.⁵⁸ De toda forma, o fato é que aqui a proposição se aplica — e sem maiores polêmicas.

A controvérsia viceja no campo dos serviços públicos de educação e saúde. Estes sim se destinam à totalidade dos cidadãos, não possuem caráter contributivo, encontram-se liberados à exploração pela iniciativa privada e, bem por isso, em geral encontram-se amplamente disponíveis no mercado. Os habitantes de um Município onde estejam instaladas escolas públicas e privadas que possuam recursos financeiros para pagar os valores cobrados pelas instituições particulares podem usufruir gratuitamente dos serviços ofertados pelos estabelecimentos públicos de ensino? Se o sujeito possui um patrimônio que lhe permita custear o tratamento de sua enfermidade, mas isso implicasse a necessidade de vender o seu imóvel de veraneio e o seu único automóvel, obrigando-o a passar as férias em casa e a utilizar o transporte coletivo urbano para ir trabalhar, pode ele exigir do Estado a prestação gratuita dos serviços pelo Sistema Único de Saúde?

Os argumentos que costumam surgir nessa discussão normalmente são dois: (i) o fato de que todas as pessoas que pagam impostos devem ter direitos iguais em relação à prestação de serviços públicos; (ii) a existência de expressas previsões constitucionais dispendo que educação e saúde são direitos de todos e que o acesso a esses serviços é universal e igualitário. O primeiro não procede de forma alguma. Os impostos não consistem em tributos vinculados a uma atividade determinada,⁵⁹ que tenham como contraprestação direta um serviço público individualizado em favor do contribuinte.⁶⁰ Eles não se confundem com as taxas.⁶¹ Aliás, sua função primordial é justamente gerar a distribuição de renda. Não haveria falta de lógica alguma na afirmação de que embora os ricos paguem tributos, só os pobres podem usufruir gratuitamente dos serviços públicos que acabam sendo por eles custeados, nos casos em que eles também sejam explorados em regime de atividade econômica pela iniciativa privada e os mais abastados possam acedê-los por outros meios. Assim, não é o fato de que os sujeitos economicamente privilegiados pagam impostos que lhes outorga algum direito à utilização gratuita dos serviços públicos de educação e saúde.

⁵⁸ RODRIGUES, Nelson. O óbvio ululante: primeiras confissões (crônicas). São Paulo: Companhia das Letras, 1993. A expressão de Nelson Rodrigues foi também tomada por empréstimo, para tratar de tema diverso, por VIEIRA, José Roberto. República e democracia: óbvios ululantes e não ululantes. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Porto Alegre, v. 36, p. 147-161, 2001.

⁵⁹ ATALIBA, Geraldo. Hipótese de incidência tributária. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. p. 143.

⁶⁰ Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66): “Art. 16. Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte”.

⁶¹ Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66): “Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição”.

Do mesmo modo, não é o fato de determinados indivíduos não estarem sujeitos ao pagamento de impostos diretos (v.g., isenção de imposto de renda) que lhes retira o direito à utilização sem custos de serviços públicos: o fator que lhes investe na posição jurídica de recebê-los gratuitamente do Estado não é a sua sujeição ou não ao dever de pagar impostos.

Já o segundo argumento merece maior atenção. Ele pode ser apreciado sob dois pontos de vista que merecem ser enfrentados separadamente: o prisma teórico, relacionado à universalidade da titularidade dos direitos sociais (4.1); e o viés jurídico-normativo, referente à compatibilidade da adoção de um tratamento diferenciado com o Direito positivo (4.2).

4.1 Igualdade material e a universalidade da titularidade dos direitos fundamentais sociais como ponto de chegada (e não como ponto de partida)

Sob o ângulo teórico, é preciso posicionar-se a respeito da explicação relativa à universalidade dos direitos fundamentais sociais. É comum a afirmação de que um dos traços marcantes dos direitos humanos é a universalidade de sua titularidade, segundo a qual eles são direitos “de todos, sem qualquer distinção de nascença, sexo, cultura, fortuna, cor, raça, religião ou ideologia”, de sorte que, sob a perspectiva subjetiva (dos sujeitos que os titularizam), eles são direitos “necessariamente inclusivos e gerais”.⁶² Após questionar se essa universalidade subjetiva admite a previsão de direitos destinados a proteger somente determinadas categorias de pessoas ou setores da sociedade, José Adércio Leite Sampaio aponta que, para a racionalidade do liberalismo clássico, fundada na ideia de igualdade formal, a resposta seria negativa. Isso porque, para aquela linha de pensamento, abandonar a nota universalizante da titularidade dos direitos fundamentais acarretaria um perigo à isonomia, “crivando os direitos com elementos feudais e potencializando a formação, outra vez, de bolsões de privilegiados”. Mostra o autor que para a lógica liberal não seria aceitável a existência de direitos humanos que não pudessem “ter todos ou qualquer um por titular”.⁶³

Conforme se expôs alguns parágrafos atrás, essa mentalidade entra em crise a partir da segunda metade do século XX com as transformações operadas pelo constitucionalismo social e pela consolidação do paradigma do Estado Social de Direito. As Constituições deixam de tratar os direitos fundamentais como “posições jurídicas individuais formalmente iguais, sem conexão alguma com a situação real de poder

⁶² SAMPAIO, José Adércio Leite. Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 552.

⁶³ SAMPAIO, José Adércio Leite, idem, p. 53.

[...] dos titulares;⁶⁴ tal como eram concebidos no Estado Liberal de Direito. Ou seja, os direitos fundamentais não são mais encarados como faculdades jurídicas oferecidas indistintamente a todos os cidadãos pela Constituição, independentemente da possibilidade real de cada um de exercitá-las ou não. Opera-se uma relação de tensão entre as premissas do modelo liberal, que pressupunha leis gerais e abstratas que não diferenciavam o tratamento dispensado aos indivíduos (ainda que eles se encontrassem em situações distintas), e a cláusula do Estado Social. De acordo com essa última, “o Estado há de intervir nas posições jurídicas (especialmente, nas de caráter patrimonial, ainda que não somente nelas) dos faticamente mais favorecidos para que seja possível realizar o fim estatal de conseguir mais igualdade e mais justiça social (entendidas estas, também, como resultados empíricos)”⁶⁵

Em face disso, levando em conta a multiplicidade de condições de vida experimentadas pelas pessoas e de opressões por elas sofridas, os direitos sociais passam a ser tutelados nas Constituições com o propósito de reduzir as diferenças substanciais existentes entre os indivíduos no mundo dos fatos, objetivando promover uma igualdade material que propicie a todos reais possibilidades de exercer os seus direitos de liberdade. É por esse motivo que “os direitos sociais não configuram um direito de igualdade [formal], baseado em regras de julgamento que implicam um tratamento formalmente uniforme; são, isto sim, um direito das preferências e das desigualdades, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios”⁶⁶. Portanto, a proteção jurídica dos direitos fundamentais sociais reclama o fornecimento de um trato distinto para cidadãos que se encontrem em situações diversas, inclusive como forma de possibilitar que todos possam, de fato, desfrutar de todos os direitos que são assegurados à universalidade dos cidadãos no plano jurídico, mas que, por conta da opressão e da exploração humana e das demais intempéries da vida, nem sempre logram ser exercidos por todos no plano fático.

Toda essa transformação demanda uma adequação da ideia de universalidade da titularidade dos direitos fundamentais, para que ela se adapte aos propósitos a que se destinam os direitos sociais. Se aplicada sobre eles de maneira automática a lógica liberal da igualdade formal, garantindo a todos a mesmíssima possibilidade de exercício e fruição desses direitos, eles perdem a razão de ser, que é justamente favorecer juridicamente as pessoas que se veem desfavorecidas faticamente. Uma explicação sobre o modo de enxergar a universalidade da titularidade dos direitos sociais é arquitetada por Gregorio Peces-Barba Martínez, que parece apropriada para explicar o fenômeno na conjuntura de Estados Sociais em que são inúmeros os

⁶⁴ PAREJO ALFONSO, Luciano. El concepto del Derecho administrativo. 2. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; Editorial Jurídica Venezolana, 2009. p. 364.

⁶⁵ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María. La administración del Estado social. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 19.

⁶⁶ FARIA, José Eduardo. O Judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira. In: FARIA, José Eduardo (Org.). Direitos humanos, direitos sociais e justiça. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 105.

direitos sociais constitucionalmente previstos e escassos os recursos para atender integralmente à totalidade da população.

Primeiramente, pontua o autor que em matéria de direitos humanos há uma universalidade da moralidade básica a eles inerente: é universal a moralidade dos direitos fundamentais, composta pela dignidade humana e pelos valores de liberdade, igualdade, segurança e solidariedade. Ela consiste na fonte axiológica de onde se originam os direitos humanos, concebidos como pretensões morais positivadas pelo Direito na forma de posições jurídicas. Trata-se de uma universalidade como ponto de partida, pois todos os indivíduos podem igualmente e desde logo exigir o respeito de seus direitos fundamentais no que toca aos valores que integram essa moralidade básica. Com base nela, determina-se que todos os seres humanos devem ser considerados fins e não meios e devem ter condições de vida social que lhes permitam escolher livremente seus planos de vida. Destaca o autor que essa universalidade é uma marca da moralidade que informa esses direitos e não de cada um dos direitos em si. Ela é compatível com a ideia de historicidade e variabilidade dos direitos fundamentais, visto que a cada momento histórico e em cada espaço territorial distinto a percepção a propósito do conteúdo desses valores se transforma.⁶⁷

Em seguida, Peces-Barba refere-se à universalidade dos direitos específicos, os quais se centram nos grupos que, por questões culturais, físicas, econômicas, sociais, etc., encontram-se em situação de inferioridade que reclama compensação por intermédio dos direitos fundamentais. São direitos não assegurados a todos os indivíduos, mas conferidos especificamente às minorias como mulheres, idosos, consumidores, crianças, pessoas com deficiência, etc. Tais direitos são dotados de uma universalidade como ponto de chegada. Embora não sejam universais sob o ponto de vista da titularidade (nem todos são titulares desses direitos especiais), os direitos fundamentais atribuídos a coletivos específicos têm a finalidade de reestabelecer a igualdade, com o objetivo de permitir a todos o acesso à moralidade básica dos direitos fundamentais (dignidade, igualdade, liberdade, etc.). Através da igualdade como diferenciação (tratar desigualmente os desiguais), esses direitos específicos conduzem a uma universalidade como ponto de chegada, ao proporcionar a equiparação dos seus titulares desfavorecidos aos valores que compõem a moralidade básica universal. Em virtude de sua proteção e promoção, todos acabariam tendo acesso à tutela do conteúdo axiológico dessa moralidade.⁶⁸

Finalmente, o autor analisa a universalidade dos direitos econômicos e sociais. Sustenta que, num contexto de dificuldades de se implementar a cláusula do Estado Social, tais direitos não podem ser considerados universais como ponto de partida,

⁶⁷ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Curso de derechos fundamentales: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1999. p. 310-313.

⁶⁸ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Lecciones de derechos fundamentales. Madrid: Dykinson, 2004. p. 204-212.

como se fossem direitos de titularidade de todos homens, inclusive daqueles que possuem condições financeiras para satisfazê-los diretamente por outros meios disponíveis (educação, saúde, etc.). Os direitos econômicos e sociais são direitos que atendem a necessidades que seus titulares não podem satisfazer por si mesmos, e que comprometem fundos públicos e ações positivas do Estado. Torna-se, portanto, um excesso não justificado (tratar igualmente os desiguais) atribuí-los a pessoas que possuam capacidade econômica suficiente para realizá-los independentemente do apoio estatal. Assim como os direitos específicos das minorias, a universalidade dos direitos econômicos e sociais não é um ponto de partida, mas sim um ponto de chegada, porque são atribuídos aos carentes e necessitados como forma de igualar o seu acesso aos valores da moralidade básica (dignidade, igualdade, liberdade, etc.). Essa compreensão da universalidade dos direitos sociais pretende ser uma solução prática ao problema da escassez de recursos como elemento desencadeador de crises do Estado Social.⁶⁹

A proposta de Peces-Barba é interessante, mas deve ser compreendida com certa cautela. O fato de o sujeito rico, proprietário de vários imóveis, não necessitar que o Estado lhe conceda um lugar para morar não significa que ele não seja titular do direito social à moradia. Os direitos sociais são multifuncionais como os demais direitos fundamentais, de maneira que as funções por eles exercidas não se esgotam na função prestacional. O indivíduo exemplificado tem direito a que o Estado não intervenha ilegitimamente no lugar onde ele mora, por força da função defensiva do seu direito fundamental à moradia. Ainda que ele não fosse rico, mas fosse proprietário de apenas um imóvel, destinado para fins residenciais, e não tivesse outros bens para saldar uma dívida, essa mesma função defensiva do seu direito à moradia bloquearia a tentativa de penhora judicial empreendida por um credor que o estivesse executando. O fato de ter onde morar não elimina o seu direito fundamental à moradia. Logo, o fato de ele não necessitar pôr em marcha a função prestacional desse direito não faz com que ele deixe de titularizá-lo e de poder desfrutar dos seus demais efeitos jurídicos.

Da mesma forma, o sujeito que não utiliza — porque não necessita — os serviços públicos de educação básica do Estado não deixa de ser titular do direito à educação. Mesmo estudando em uma escola privada, o seu direito social à educação impõe ao Estado, em virtude de sua função de prestação normativa de proteção, o dever de criar normas que disciplinem a autorização e o funcionamento das instituições de ensino particulares e fiscalize o cumprimento dos requisitos normativamente estabelecidos para assegurar o padrão de qualidade dos serviços, nos termos dos arts. 208, VII, e 209, II da Constituição.⁷⁰

⁶⁹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Curso de derechos fundamentales..., op. cit., p. 318-320.

⁷⁰ Constituição da República Federativa do Brasil (1988): "Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: [...] VII - garantia de padrão de qualidade. [...] Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada,

À vista de tudo quanto foi dito, a forma mais adequada para compreender a questão parece ser a seguinte: (i) os direitos fundamentais são, em princípio, direitos potencialmente titularizados por todos; (ii) a titularidade de cada direito específico no tocante a cada indivíduo só pode ser aferida em termos concretos, verificando-se se o sujeito em questão se enquadra faticamente na descrição prevista no enunciado normativo veiculador do direito (v.g., uma criança não poderá exercer um direito assegurado aos idosos, tampouco um homem poderá desfrutar do percentual de vagas reservadas às mulheres em um concurso público); (iii) no caso dos direitos sociais que não se destinam expressamente a pessoas e grupos dotados de características específicas, mas sim à generalidade das pessoas (v.g., saúde, educação, trabalho), todos indivíduos os titularizam, ainda que nem sempre possam usufruir da sua função de prestações fáticas, cuja exigibilidade dependerá da situação concreta em que cada um se encontra e do seu enquadramento nas hipóteses normativas que disciplinam esses direitos.

Por exemplo: todas pessoas são potencialmente titulares do direito fundamental à inadmissibilidade de provas ilícitas em um processo, mas alguém que jamais figure em uma relação processual não poderá invocá-lo ou exercê-lo.⁷¹ Por sua vez, o direito fundamental à proteção do mercado de trabalho da mulher mediante incentivos específicos (art. 7º, XX, CF) é titularizado por essa particular categoria de pessoas. A assistência social, como antes se disse, é um direito fundamental que se dirige a um setor social determinado, não cabendo àqueles que nele não estão inseridos postular os benefícios decorrentes desse direito, já que suas condições fáticas não se encaixam na descrição normativa que o prevê.⁷² E tratando-se de direitos sociais assegurados pela Constituição Federal a todos, como é o caso da educação e da saúde, eles são de fato por todos titularizados, o que não significa que necessariamente a totalidade dos seus titulares poderá, em quaisquer circunstâncias, desfrutar igualmente de sua função prestacional.

A universalidade dos direitos fundamentais sociais como a saúde e a educação, no que toca à sua função prestacional, há que ser encarada como um ponto de chegada: embora nem todos possam, de partida, exigir as respectivas prestações estatais positivas gratuitamente, já que alguns não necessitam delas e podem obtê-las de outras formas ou pagar por elas, esses direitos são universais como um ponto de chegada, porque a sua previsão pressupõe que todos acedam através deles, com ou sem o auxílio do Estado, o conjunto valorativo que compõe a moralidade básica

atendidas as seguintes condições: I - cumprimento das normas gerais da educação nacional; II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público”.

⁷¹ Constituição da República Federativa do Brasil (1988): “Art. 5º [...] LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

⁷² A respeito dessa questão, ver os exemplos trazidos por: NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 48-50.

dos direitos humanos (dignidade, liberdade, igualdade, etc.). Do contrário, se a sua função prestacional for atribuída identicamente a todos, o que ocorre é que eles, por estarem sendo “concebidos como direitos universais desde o ponto de partida, não conseguem manter a universalidade no ponto de chegada”. E assim acabam servindo para manter as desigualdades que a sua proclamação visava a corrigir, operando, “para aqueles beneficiários que não os necessitam realmente, como os privilégios medievais e potencializam a desigualdade. Tratam igualmente os desiguais com conseqüências injustas”⁷³.

Posta a questão nesses termos, a conclusão a que se pode chegar é a de que, sob o viés teórico, à luz da cláusula do Estado Social, não se pode fechar os olhos para a distinção entre aqueles que só podem obter os direitos fundamentais sociais pela via de serviços públicos gratuitos e aqueles que podem pagar por eles. A prestação desses serviços de forma gratuita para ambas as classes de pessoas mencionadas é incompatível com o fim a que se destina a função prestacional dos direitos fundamentais sociais. Sua previsão tem o objetivo de garantir essas prestações sem custos àqueles que não têm outra forma de consegui-las, pois assim, por meio desses direitos, promove-se uma equiparação dos desiguais. Tal assertiva não faz com que eles deixem de ser direitos de todos: eles o são, mas isso não significa que todos devam alcançar os bens econômicos por eles protegidos necessariamente da mesma forma.

4.2 A universalidade de acesso aos serviços públicos de saúde e educação na Constituição brasileira de 1988

Questão diversa é saber se a implementação prática da vedação de acesso gratuito aos serviços públicos de saúde e educação é autorizada constitucionalmente. A Constituição Federal, como antes se viu, de fato estabelece que saúde e educação são serviços públicos de acesso universal e igualitário. Impende verificar se essas expressões comportam a instauração de um tratamento diferenciado entre os que podem adquirir os serviços da iniciativa privada e os que não podem, sem com isso acarretar ofensa ao princípio da igualdade. Para averiguar se essa diferenciação de trato transgredir ou não o princípio da isonomia, recorre-se às lições de Celso Antônio Bandeira de Mello.

Segundo o autor, os requisitos a serem observados para se atestar se uma discriminação hostiliza ou não a igualdade são os seguintes: (i) o fator de discriminação: (i.i) não pode ser algo que singularize no presente e definitivamente o sujeito que receberá tratamento diverso para atingir exclusivamente um determinado indivíduo,

⁷³ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Lecciones de derechos fundamentales..., op. cit., p. 210-211.

devendo, ao revés, englobar situações que poderão ser reproduzidas futuramente; (i.ii) tem necessariamente de residir na pessoa, situação ou coisa a ser discriminada, não sendo admitida a acolhida de um fator discriminante que seja neutro ou alheio a elas, pois só podem ser tratadas de forma diversa situações que sejam de fato diferentes entre si; (ii) deve haver, em abstrato, uma correlação lógica entre o fator de discriminação e o regime diferenciado que será dispensado a duas situações diversas, ou seja, o tratamento desigual deve justificar-se com base no fundamento que lhe deu origem, sendo adequado para corresponder a ele; (iii) haverá de existir, no plano concreto, uma consonância entre a diferenciação adotada e os valores protegidos pela Constituição, devendo tratar-se de uma distinção que se harmonize com o conteúdo axiológico dos princípios inscritos no sistema constitucional, visto que não bastará a presença de um nexo racional entre o fator discriminante e o regime diferenciado se ele não encontrar respaldo no ordenamento jurídico.⁷⁴

Quanto ao primeiro critério, no caso em apreço o fator de discriminação consiste na diferença de poder aquisitivo: pessoas de baixa renda não ostentam meios de aceder a esses bens econômicos pela via do mercado, o que os torna faticamente distintos e efetivamente carentes da prestação desses serviços pelo Poder Público, ao passo que aqueles que possuem recursos financeiros em maior quantidade encontram-se em uma situação fática diversa, pois podem ter acesso à saúde e à educação por meio de estabelecimentos particulares e prescindem dos serviços públicos. Trata-se de fator que cumpre os requisitos (i.i) e (i.ii). Em relação ao segundo parâmetro, há uma clara correlação lógica entre esse fundamento e o regime diferenciado que se pretende instituir: oferta gratuita dos serviços públicos aos que realmente deles necessitem e fornecimento mediante contraprestação pecuniária àqueles que desfrutam de condições para adquiri-los de outros particulares. Cuida-se de um tratamento desigual dispensado àqueles que de fato possuem padrões distintos de poder aquisitivo: cobra-se de quem pode pagar, isenta-se de pagamento quem não pode.

Chega-se então ao terceiro critério: seria essa diferenciação (onerosidade/gratuidade), que guarda correlação lógica com o fator de discriminação (poder aquisitivo), compatível com a Constituição brasileira de 1988? A resposta é distinta conforme o serviço que estiver em análise: educação ou saúde. No caso da educação, o constituinte tomou uma decisão política: se é fornecido por instituições oficiais de ensino, sua prestação será gratuita. Consta do art. 206, IV, com todas as letras: "O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: [...] gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais". Logo, por mais que do ponto de vista teórico e político fosse recomendada a cobrança dos serviços públicos de educação de quem pode pagar (considerando que eles se encontram disponíveis no mercado), e que sob o

⁷⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade..., op. cit., p. 23-43.

prisma dos dois critérios lógicos do princípio da igualdade material fosse admitida a diferenciação de tratamento, esse último critério — jurídico-normativo — impede a cobrança de quem quer que seja.

Não é o que ocorre, todavia, com os serviços públicos de saúde. Diferentemente do que se passou com a educação (e também com a assistência social),⁷⁵ o constituinte não entabulou a gratuidade entre os princípios orientadores do Sistema Único de Saúde (SUS). Nas hipóteses em que pretendeu fazê-lo, estipulou-a expressamente. No caso da organização das ações públicas de saúde, consoante o art. 198, incisos I a III, são três as diretrizes norteadoras: descentralização, atendimento integral e participação da comunidade.⁷⁶ Assim, do ponto de vista constitucional, não há uma vedação para que os serviços de saúde sejam cobrados.

O legislador ordinário fixou, no art. 43 da Lei nº 8.080/1990, que “a gratuidade das ações e serviços de saúde fica preservada nos serviços públicos contratados, ressaltando-se as cláusulas dos contratos ou convênios estabelecidos com as entidades privadas”. Esse dispositivo leva alguns autores a sustentarem que, por imposição legal, estaria proibida a cobrança direta do cidadão em contrapartida às ações e serviços de saúde prestados pelo Estado, a quem competiria custeá-los com as verbas orçamentárias.⁷⁷ No entanto, outra parcela da doutrina entende que, a partir de uma interpretação sistemática do dispositivo à luz da ordem constitucional, é possível em determinados casos que o Poder Público cobre pela prestação desses serviços. É o caso de autores como Ricardo Lobo Torres, Ingo Wolfgang Sarlet, Mariana Filchtiner Figueiredo, Fernando Borges Mânica e Saulo Lindorfer Pivetta.⁷⁸

Assiste razão à segunda corrente. Vale observar que o art. 198, §1º da Constituição Federal dispôs textualmente que “o sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes”. E o art. 195 estabelece que “a seguridade social será financiada por toda a sociedade,

⁷⁵ De acordo com o art. 203 da Constituição Federal, “a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social [...]”.

⁷⁶ Sobre o sentido e os desdobramentos de cada uma dessas diretrizes, ver o excelente trabalho de: PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde: regime jurídico-constitucional, políticas públicas e controle judicial*. Curitiba, 2013. 270 f. Dissertação (Mestrado em Direito)–Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, 2013.

⁷⁷ DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Direito sanitário*. São Paulo: Verbatim, 2010. p. 73; COIMBRA, Mário; MATOS, Yolanda Alves Pinto Serrano de Matos; MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo. *Direito sanitário*. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo; Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2012. p. 26; WEICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e federação na Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 162.

⁷⁸ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 245; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 326; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para a sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 172; MÂNICA, Fernando Borges. *O setor privado nos serviços públicos de saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 136; PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde...*, op. cit., f. 162 et seq.

de forma direta e indireta, nos termos da lei [...]”. Concorda-se, assim, com a leitura de Saulo Pivetta, quando assinala ser “plenamente viável que, por meio de lei, sejam estabelecidos mecanismos remuneratórios pela utilização das ações e serviços de saúde, seja através da Contribuição Social para a Saúde (como tentou ser feito, sem sucesso, no processo de elaboração da Lei Complementar nº 141), ou através de taxa (quando é realizada a cobrança de serviços específicos)”.⁷⁹ O autor inclusive exemplifica com o caso do art. 32 da Lei nº 9.656/1998 (regulamenta os planos e seguros privados de assistência à saúde), que estipulou a possibilidade de ressarcimento do SUS pelas operadoras privadas, quando aqueles que contrataram os seus serviços usufruam de serviços prestados pelo sistema público que se encontrem dentro da cobertura do plano ou seguro de saúde.

Do exposto, o que se conclui é que a universalidade do acesso aos serviços públicos de saúde impõe a garantia de que ele seja oferecido a todos os que dele necessitarem, o que não significa que todos poderão fruí-lo exatamente da mesma forma, sendo possível a cobrança pautada no critério do poder aquisitivo e da capacidade econômica do cidadão. A base jurídico-constitucional para essa afirmação não se encontra somente na ausência de previsão expressa da gratuidade como diretriz do Sistema Único de Saúde. Ela deriva de uma das concepções de justiça social que é agasalhada pela Constituição brasileira de 1988. Conforme premissa lançada em outro estudo, ao qual se remete para evitar repetições,⁸⁰ para que se promova o desenvolvimento não basta que o Estado assegure a igualdade de oportunidades, fornecendo o mínimo necessário para que todos os cidadãos se encontrem no mesmo ponto de partida. É crucial que ele proporcione simultaneamente uma igualdade de posições, reduzindo as distâncias existentes entre as diferentes posições sociais.

Em um país como o Brasil, com níveis de disparidade tão elevados entre os mais ricos e os mais pobres,⁸¹ não se pode pretender que todos recebam idêntico tratamento em matéria de serviços públicos. É justamente através de uma tratativa desigual aos desiguais, na medida das suas desigualdades, que o Estado logrará promover o desenvolvimento social. Impõe-se, nas palavras de Dinorá Musetti Grotti, a “realização de uma igualdade pelo serviço público, isto é, a busca de uma igualdade de fato à custa de restrições à igualdade de direito”.⁸²

⁷⁹ PIVETTA, Saulo Lindorfer. Direito fundamental à saúde..., op. cit., f. 163.

⁸⁰ HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. Revista Direitos Fundamentais & Democracia, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 340-399, jan./jul. 2013.

⁸¹ Uma recente pesquisa demonstrou que as 124 pessoas mais ricas do país concentram um patrimônio de 544 bilhões de reais, o que equivale a cerca de 12,3% do PIB nacional. CENTRO BRASILEIRO DE ESTUDOS DE SAÚDE – CEBES. Apenas 124 pessoas concentram mais de 12% do PIB do Brasil. 02 jan. 2014. Disponível em: <<http://cebes.com.br/2014/01/apenas-124-pessoas-concentram-mais-de-12-do-pib-do-brasil/>>. Acesso em: 06 jan. 2014.

⁸² GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. O serviço público e a Constituição brasileira de 1988..., op. cit., p. 304.

Fundamental Right to Adequate Public Service and Economic Capacity of Citizen – Rethinking the Universal Access in Light of Material Equality

Abstract: The controversial question which this article seeks to examine is the compatibility of the principle of universal access to public services with the establishment of differential treatment by the provider entity, based on differences in economic conditions existing among each citizen wishing to use these services. The purpose is thus to answer the following question: the principle of universal access to public services has the scope to achieve formal equality (all must have equal access regardless of their factual distinctions) or material equality (discriminatory criteria of access are allowed according to the diversities existent in the world of facts)? The analysis of the theme is carried through from the recognition of the fundamental right to adequate public service, by investigating the controversy not only in the political and theoretical perspectives, but also in the legal-normative prism.

Key words: Fundamental right. Adequate public service. Economic capacity. Principle of universal access. Material equality.

Referências

- AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Liberdade de reunião*. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade: serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira. *Actualidad en el Derecho Público*, Buenos Aires, n. 18/20, p. 61-73, jan./dez. 2002.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Serviço público e sua feição constitucional no Brasil*. In: CIENFUEGOS SALGADO, David; LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro (Coord.). *Estudios en homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz: responsabilidad, contratos y servicios públicos*. México: Universidad Autónoma de México, 2005.
- BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. *Controle das concessões de serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.337*. Rel. Min. Celso de Mello. Segunda Turma. Julgado em 23.08.2011. DJe-177, 15 set. 2011.
- CENTRO BRASILEIRO DE ESTUDOS DE SAÚDE – CEBES. *Apenas 124 pessoas concentram mais de 12% do PIB do Brasil*. 02 jan. 2014. Disponível em: <<http://cebes.com.br/2014/01/apenas-124-pessoas-concentram-mais-de-12-do-pib-do-brasil/>>. Acesso em: 06 jan. 2014.

- COIMBRA, Mário; MATOS, Yolanda Alves Pinto Serrano de Matos; MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo. Direito sanitário. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo; Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2012.
- CUÉLLAR, Leila. Serviço de abastecimento de água e a suspensão do fornecimento. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. Estudos de direito econômico. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- DAL POZZO, Augusto Neves. Aspectos fundamentais do serviço público no direito brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2012.
- DALLARI, Adilson Abreu. Direito ao uso dos serviços públicos. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 13, p. 210-215, 1999.
- DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. Direito sanitário. São Paulo: Verbatim, 2010.
- DERBLI, Felipe. O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- DOMINGUEZ, Guilherme Diniz de Figueiredo. A interrupção no fornecimento dos serviços públicos de energia elétrica e água, por inadimplência dos usuários, à luz da jurisprudência dos tribunais superiores (STJ e STF). Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 6, n. 24, p. 219-236, out./dez. 2008.
- FARIA, José Eduardo. O Judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira. In: FARIA, José Eduardo (Org.). Direitos humanos, direitos sociais e justiça. São Paulo: Malheiros, 1994.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Direito constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Direito fundamental à saúde: parâmetros para a sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- FINGER, Ana Cláudia. Serviço público: um instrumento de concretização de direitos fundamentais. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p. 142-165, abr./jun. 2003.
- GABARDO, Emerson. Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- GARCIA FILHO, José Cal. Serviço público e direitos fundamentais. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, p. 11-32, jul./set. 2008.
- GASTALDI, José Pretelli. Elementos de economia política. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- GONZÁLEZ MORAS, Juan M. El concepto de servicio público en los ordenamientos públicos globales. Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Buenos Aires, año 31, n. 361, p. 395-425, oct. 2008.
- GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica da Constituição de 1988: interpretação e crítica. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. O serviço público e a Constituição brasileira de 1988. São Paulo: Malheiros, 2003.
- HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. Revista de Direitos Fundamentais & Democracia, Curitiba, v. 14, n. 14.2, p. 618-688, jul./dez. 2013.
- HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. Revista Direitos Fundamentais & Democracia, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 340-399, jan./jul. 2013.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

- JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2003.
- LEAL, Rogério Gesta. O problema de prestação de serviço público essencial enquanto direito social fundamental e sua contraprestação em face da incapacidade financeira do usuário. In: LEAL, Rogério Gesta. Condições e possibilidades eficácias dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- MÂNICA, Fernando Borges. O setor privado nos serviços públicos de saúde. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- MARRARA, Thiago (Org.). Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Regulação administrativa à luz da Constituição Federal. São Paulo: Malheiros, 2011.
- MATIA PORTILLA, Francisco Javier. La caracterización jurídico-constitucional del Estado social de Derecho. Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, n. 60, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 343-350, sep./dic. 2000.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MOREIRA, Egon Bockmann. Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei nº 8.987/1995 (parte geral). São Paulo: Malheiros, 2010.
- NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. Coimbra: Coimbra Ed., 2003.
- NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Ed., 2010.
- NUSDEO, Fábio. Curso de economia: introdução ao direito econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- PAREJO ALFONSO, Luciano. El concepto del Derecho administrativo. 2. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; Editorial Jurídica Venezolana, 2009.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Curso de derechos fundamentales: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1999.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Lecciones de derechos fundamentales. Madrid: Dykinson, 2004.
- PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- PIRES, Luis Manuel Fonseca. O Estado Social e Democrático e o serviço público: um breve ensaio sobre liberdade, igualdade e fraternidade. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- PIVETTA, Saulo Lindorfer. Direito fundamental à saúde: regime jurídico-constitucional, políticas públicas e controle judicial. Curitiba, 2013. 270 f. Dissertação (Mestrado em Direito)–Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.
- RIBAS, Paulo Henrique. O serviço público como meio de concretização de direitos fundamentais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; BLANCHET, Luiz Alberto (Coord.). Serviço público: estudos dirigidos. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. Manual de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2013.
- RODRIGUES, Nelson. O óbvio ululante: primeiras confissões (crônicas). São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María. La administración del Estado social. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. Revista da AJURIS – Doutrina e Jurisprudência, Porto Alegre, v. 31, n. 95, p. 103-135, set. 2004.
- SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Regime jurídico do serviço público: garantia fundamental do cidadão e proibição de retrocesso social. Curitiba, 2009. 224 f. Tese (Doutorado em Direito)–Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, 2009.
- SCHIRATO, Vitor Rhein. Livre iniciativa nos serviços públicos. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- SCHULTE, Bernd. Direitos fundamentais, segurança social e proibição de retrocesso. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- SILVA CIMMA, Enrique. Derecho administrativo chileno y comparado: el servicio público. Santiago: Jurídica de Chile, 1995.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.
- TORRES, Ricardo Lobo. O direito ao mínimo existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- VALLE, Vivian Cristina Lima López. O novo conceito de serviço público. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). Cenários do direito administrativo: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- VIEIRA, José Roberto. República e democracia: óbvios ululantes e não ululantes. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Porto Alegre, v. 36, p. 147-161, 2001.
- WEICHERT, Marlon Alberto. Saúde e federação na Constituição brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- ZOCKUN, Carolina Zancaner. Da intervenção do Estado no domínio social. São Paulo: Malheiros, 2009.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

HACHEM, Daniel Wunder. Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão: repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 123-158, jan./mar. 2014.

Recebido em: 10.01.2014
Aprovado em: 09.02.2014