XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

DANIELA MENENGOTI RIBEIRO

EDINILSON DONISETE MACHADO

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Daniela Menengoti Ribeiro; Edinilson Donisete Machado; Lucas Gonçalves da Silva - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-446-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Cidadania. 3.Sociedade Plural. 4. Garantias. XXVI EncontroNacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

O XXVI Encontro Nacional do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – em parceria com o Curso de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, da UNB - Universidade de Brasília, Universidade Católica de Brasília – UCB, Centro Universitário do Distrito Federal – UDF e com o Instituto Brasiliense do Direito Público – IDP, ocorreu na Capital Federal entre os dias 19 e 21 de julho de 2017 e teve como tema central "DESIGUALDADES E DESENVOLVIMENTO: O papel do Direito nas políticas públicas".

Dentre as diversas atividades acadêmicas empreendidas neste evento, tem-se os grupos de trabalho temáticos que produzem obras agregadas sob o tema comum do mesmo.

Neste sentido, para operacionalizar tal modelo, os coordenadores dos GTs são os responsáveis pela organização dos trabalhos em blocos temáticos, dando coerência à produção com fundamento nos temas apresentados.

No caso concreto, o Grupo de Trabalho DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II, coordenado pelos professores Daniela Menengoti Ribeiro, Edinilson Donisete Machado e Lucas Gonçalves da Silva, foi palco da discussão de trabalhos que ora são publicados, tendo como fundamento textos apresentados que lidam com diversas facetas deste objeto fundamental de estudos para a doutrina contemporânea brasileira.

Como divisões possíveis deste tema, na doutrina constitucional, o tema dos direitos fundamentais tem merecido atenção de muitos pesquisadores, que notadamente se posicionam em três planos: teoria dos direitos fundamentais, direitos fundamentais e garantias fundamentais, ambos em espécie.

Logo, as discussões doutrinárias trazidas nas apresentações e debates orais representaram atividades de pesquisa e de diálogos armados por atores da comunidade acadêmica, de diversas instituições (públicas e privadas) que representam o Brasil em todas as latitudes e longitudes, muitas vezes com aplicação das teorias mencionadas à problemas empíricos, perfazendo uma forma empírico-dialética de pesquisa.

Com o objetivo de dinamizar a leitura, os artigos foram dispostos considerando a aproximação temática:

1. LAICIDADE ESTATAL, LIBERDADE RELIGIOSA E RECONHECIMENTO: A POLÊMICA SOBRE A PROIBIÇÃO DO USO DE ROUPAS RELIGIOSAS DURANTE O HORÁRIO DE TRABALHO

2. PRISÕES CAUTELARES E PRESUNÇÃO DE CULPA: NOTAS HISTÓRICAS SOBRE ESTA DIALÉTICA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

3. O DIREITO FUNDAMENTAL À INIMPUTABILIDADE PENAL ETÁRIA

4. PRINCÍPIO DA IGUALDADE: IGUALDADE MATERIAL E CRITÉRIO DE DISCRIMINAÇÃO LÍCITA PARA UNIVERSALIDADE DO ACESSO AO SERVIÇO PÚBLICO

5. RESPONSABILIDADE CIVIL E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

6. LIMITES CONSTITUCIONAIS À REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE REUNIÃO PELO LEGISLADOR ORDINÁRIO

7. O DIREITO À MANIFESTAÇÃO E A REPRESSÃO DO ESTADO EM NOME DA SEGURANÇA NACIONAL: UMA REFLEXÃO SOBRE OS MOVIMENTOS DE PROTESTO NO BRASIL.

8. O DIREITO À EXISTÊNCIA DIGNA NA SOCIEDADE SOLIDÁRIA E A CATEGORIZAÇÃO DE PESSOAS

9. DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO E A TRIBUTAÇÃO DA RENDA

10. A INCONSTITUCIONALIDADE DO LIMITE DE DEDUÇÃO DAS DESPESAS EDUCACIONAIS NO IRPF E A TUTELA JURISDICIONAL PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO.

11. A APLICABILIDADE DO INCIDENTE DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NAS EXECUÇÕES FISCAIS COMO FORMA DE

EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS VOLTADO AO CONTRIBUINTE DEVEDOR

12. OS DESAFIOS DA JURISDIÇÃO PROCESSUAL EM FACE DA CONSTANTE BUSCA POR SEGURANÇA JURÍDICA: O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO NOS CASOS DE FIM DE VIDA

13. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE COMO DIREITO UNIVERSAL

14. UMA LEITURA ATUAL DO TRATAMENTO JURÍDICO DO DIREITO À VIDA SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

15. A RELATIVIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS E DA NÃO-INTERVENÇÃO EM FACE DA SUPREMACIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS

16. A RELAÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS DO MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL E OS INSTRUMENTOS DE CONTROLE DE QUALIDADE DO AR

17. DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: A RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL

18. DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL À PROPRIEDADE URBANA NA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL: ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

19. A AÇÃO POPULAR COMO MECANISMO ADEQUADO GARANTIDOR DO DIREITO DE PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO CONSAGRADA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA E A ANÁLISE QUANTO A LEGITIMIDADE ATIVA SECUNDÁRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Destaca-se que além da rica experiência acadêmica, com debates produtivos e bem-sucedidas trocas de conhecimentos, o Grupo de Trabalho DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II também proporcionou um entoado passeio pelos sotaques brasileiros, experiência que já se tornou característica dos eventos do CONPEDI, uma vez que se constitui atualmente o mais importante fórum de discussão da pesquisa em Direito no Brasil, e, portanto, ponto de encontro de pesquisados das mais diversas regiões do Brasil.

Por fim, reiteramos nosso imenso prazer em participar da apresentação desta obra e do CONPEDI e desejamos boa leitura a todos.

Profa. Dra. Daniela Menengoti Ribeiro - Unicesumar

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM e UENP

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS

PRINCÍPIO DA IGUALDADE: IGUALDADE MATERIAL E CRITÉRIO DE DISCRIMINAÇÃO LÍCITA PARA UNIVERSALIDADE DO ACESSO AO SERVIÇO PÚBLICO

PRINCIPLE OF EQUALITY: MATERIAL EQUALITY AND CRITERION OF LEGAL DISCRIMINATION TO UNIVERSALITY OF ACCESS TO THE PUBLIC SERVICE

Rafaela Cristina Rovani
Viviane Duarte Couto de Cristo

Resumo

O presente artigo tem por finalidade contribuir para o debate acerca da universalidade do acesso ao serviço público observando critérios de discriminação lícita à luz do princípio da igualdade material. Para isso, propõe uma reflexão sobre o princípio da igualdade e seus desdobramentos, tracejando os contornos da discriminação. Essa análise acerca da igualdade é de suma importância para estudo do serviço público e seu regime jurídico. Além disso, alvitra o estudo da universalidade do acesso em fronte ao critério de discriminação que permite ao Estado, diante da escassez de recursos, oferecer aos que mais necessitam um serviço público adequado.

Palavras-chave: Princípio da igualdade, Serviço público, Universalidade do acesso ao serviço público, Igualdade material, Critério de discriminação

Abstract/Resumen/Résumé

The aim of this article is to contribute to the debate on the universality of access to the public service by observing criteria of lawful discrimination based on the principle of material equality. For this, it proposes a reflection on the principle of equality and its unfolding the contours of discrimination. In addition, it proposes the study of the universality of access in front of the criterion of discrimination that allows the State, given the scarcity of resources, to offer those who need the most an adequate public service.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Principle of the iguality, Public service, Universality of acess to the public service, Material equality, Criteria of lawful discrimination

Introdução

"A identidade de cada um não é um dado, mas sim algo construído a partir das relações que se estabelecem nas sociedades humanas"[1].

O princípio da igualdade tem por escopo interditar tratamentos desuniformes entre as pessoas. Por meio deste princípio é vedado tratamentos desiguais e diferenciações absurdas e arbitrárias.

É imprescindível a análise acerca dos contornos do princípio da igualdade, haja vista ser um dos pilares principiológicos do ordenamento jurídico brasileiro. Haverá, portanto, uma abordagem acerca deste princípio constitucional e sua importância para efetivação da Constituição Federal e os direitos fundamentais do cidadão.

Para tanto, serão analisados, pois, suas divisões para melhor compreensão do princípio da igualdade, sendo elas igualdade formal e material, bem como, será feito um estudo acerca das discriminações lícitas e ilícitas.

A partir deste exame, importante esclarecer e dispor acerca do serviço público, tendo em vista que o serviço público tem sido um dos pontos mais controvertidos e cambiantes do Direito Administrativo.

Tal análise é necessária, visto que o princípio da igualdade se realiza, também, no serviço público. Deste modo, será estudado qual o regime jurídico de serviço público, a fim de analisar sua garantia fundamental.

O serviço público torna-se de grande valia para este estudo, tendo em vista ser o meio pelo qual o Estado presta serviço a fim de cumprir com os direitos fundamentais de forma isonômica, com a finalidade de garantir os pressupostos concatenados na Constituição Federal de 1988.

Cumpre ainda, analisar acerca da universalidade do acesso ao serviço público e quais são os seus contornos jurídicos para, por fim, avaliar o princípio da igualdade material e sua discriminação lícita na conjugação e prestação do serviço público à luz da universalidade do acesso a este serviço público.

Importa, por isso, o estudo do princípio da igualdade, suas formas de igualdade, os critérios de discriminação, os contornos do serviço público e a universalidade do acesso ao serviço público à luz da igualdade material, tendo em vista a seguinte problemática: em que

---

[1] SUIAMA, Sergio Gardenghi. Identidades, diferenças. **Boletim científico – Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília: ESMPU – Escola Superior do Ministério Público da União, n. 2, p. 131-139, abr./jun. 2004. p. 132.

medida o princípio da igualdade material à luz do princípio da igualdade permite igual acesso ao serviço público a todas as pessoas?

1. Princípio da Igualdade

O conteúdo ideológico do princípio da isonomia, juridicizado pelos textos constitucionais e assimilados pelos sistemas normativos vigentes, prevê que a lei não deve ser fonte de perseguições ou de privilégios, mas sim, deve ser um regulador da vida social, que tem como finalidade tratar equitativamente todos os cidadãos. Porém, a generalidade de tais enunciados, escrito à todos indistintamente, gera dúvidas sobre todos estarem abrangidos por ela e recebendo tratamento parificado. Neste sentido, o princípio possui um duplo objetivo: de um lado propiciar garantia individual e do outro tolher favoritismos.[2]

Ruy Barbosa[3] baseando-se na lição Aristotélica proclamou que:

> a regra da igualdade não consiste senão em tratar desigualmente os desiguais na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcional e desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. Os mais são desvarios da inveja, do orgulho ou da loucura. Tratar com desigualdade os iguais, ou os desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir os mesmos a todos, como se todos se equivalessem

Para Celso Ribeiro Bastos, o princípio da igualdade tem um dos mais difíceis tratamentos jurídicos, por conta do entrelaçamento existente no seu bojo de ingredientes de direito e elementos metajurídicos. [4]

Celso Antônio Bandeira de Mello prescreve ser inadmissível, diante do princípio da isonomia, discriminar pessoas, situações ou coisas mediante traço diferencial que não estejam nelas residentes.[5]

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, na qual prevê uma igualdade de aptidões e o direito ao tratamento idêntico pela lei, sendo vedadas discriminações absurdas e discriminações arbitrárias, sendo este princípio que constrói e mantém a ordem, paz, segurança e harmonia.

---

[2] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed: Malheiros, 1993. p. 10.
[3] BABORSA, Ruy; BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. Saraiva: São Paulo, 2009. p. 420.
[4] BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 164.
[5] MELLO, op. cit., p. 11.

É possível verificar a presença da palavra igualdade sendo constantemente repetida na Constituição de 1988. Em seu preâmbulo, art. 3º com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, art. 5 º com os direitos fundamentais, art. 7º com as melhorias na condição social, art. 170 com a equiparação da ordem econômica e social, entre outros. A intenção do legislador foi a de promulgar uma constituição cidadã e solucionar problemas de governos anteriores.

1.1. Igualdade formal e material

Para a busca da melhor interpretação pelos operadores de direito, os doutrinadores buscaram dividir o princípio da igualdade em formal e material.

Acerca da igualdade formal, Daniel Hachem[6] prescreve que quando investido de igualdade formal, "todos tem idêntico acesso independentemente de suas diferenças fáticas".

Robert Alexy ressalta que não há fundamento qualificado possível diferenciação, sendo arbitrária sua aplicação. Nesse sentido estabelece uma necessidade de fundamentação, sendo este inexistente, a regra da igualdade deve ser mantida: "de tudo isso se infere a necessidade de haver uma razão suficiente que justifique uma diferenciação, e também que a qualificação dessa razão como suficiente é um problema de valoração"[7]

De fronte ao art. 5º da Constituição Federal, que estabelece que todos são iguais perante a lei, percebe-se que o legislador deixou todos os indivíduos igualmente determinados, utilizando de seu direito sem qualquer discriminação.

Já a igualdade material, Daniel Hachem[8] prescreve que quando investido de igualdade material, "critérios discriminatórios de acesso podem ser aplicados conforme as distinções existentes no mundo dos fatos".

Nesta esteira, Rawls estabelece que "todos os valores sociais – liberdade e oportunidade, renda e riqueza devem ser distribuídos igualitariamente a não ser que uma distribuição desigual de um ou de todos esses valores traga vantagens para todos."[9]

A partir da noção constitucional extraída na constituição de 1988, cabe aos intérpretes do direito a tarefa de analisar as situações fáticas para que, com vistas à promoção da verdadeira igualdade jurídica, possam estender a aplicação dessas medidas de acordo com as necessidades

---

[6] 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, jan./mar. 2014. p. 124.
[7] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 408.
[8] HACHEM, loc. cit.
[9] RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 1. ed. São Paulo. Martins Fontes, 1997. p. 66.

concretas da sociedade, prezando sempre pela adequação ao surgimento de novas demandadas, oriundas do constante processo de desenvolvimento e transformação social.[10]

Neste sentido, a igualdade material é àquela onde os indivíduos podem receber tratamento diferenciado, de acordo com a situação e respeitando critérios de discriminação, onde os iguais são tratados igualmente e os desiguais são tratados desigualmente.

1.2. Critério de discriminação lícita e ilícita

O princípio da igualdade tem por escopo interditar tratamentos desuniformes entre as pessoas. Ocorre que a própria lei dispensa tratamentos desiguais, ou seja, as próprias normas legais discriminam situações à moda que as pessoas compreendidas em umas ou em outras vêm a ser colhidas por regimes diferentes, donde umas possuem determinados direitos que outra não possuem.[11]

Como exemplo, pode-se citar o tratamento diferenciado aos maiores de idade, aos advogados que possuem certos direitos e encargos distintos dos médicos, diferenciando suas faculdades e deveres. Às mulheres que se aposentam antes. Havendo discriminação também por raça, sexo, religião e outros.

Celso Antônio Bandeira de Mello[12] conceitua:

> A isonomia se consagra como o maior dos princípios garantidores dos direitos individuais. Praeter legem, a presunção genérica e absoluta é a da igualdade, porque o texto da Constituição o impõe. Editada a lei, aí sim, surgem distinções (que possam se compatibilizar com o princípio máximo) por ela formuladas em consideração à diversidade das situações. Bem por isso, é preciso que se trate de desequiparação querida, desejada pela lei, ou ao menos, pela conjugação harmônica das leis. Daí, o haver-se afirmado que discriminações que decorram de circunstâncias fortuitas, incidentais, conquanto correlacionadas com o tempo ou a época da norma legal, não autorizam a se pretender que a lei almejou desigualar situações e categorias de indivíduos. E se este intento não foi professado inequivocamente pela lei, embora de modo implícito, é intolerável e inconstitucional qualquer desequiparação que se pretenda fazer.

Ainda, Suiama prevê que as vítimas desses processos de dominação não são "apenas aqueles que são alvo do preconceito. À maioria que mais ou menos segue o padrão vigente restam o empobrecimento da experiência, a massificação e a intolerância."[13]

---

[10] ARAÚJO, Luis Claudio Martins. VIEGAS, Tiago Machado. Discriminação positiva e as ações afirmativas: equalização e reparação teórica das minorias estigmatizadas pelas medidas positivas de inclusão no serviço público. **Revista Questio Iuris**. vol. 09, n. 01, Rio de Janeiro, 2016. p. 181-204.
[11] MELLO, 1993, p. 12.
[12] Id., 1993, p. 45-46.
[13] SUIAMA, 2004, p. 138.

Por esta razão, importante analisar os critérios de discriminação lícita e ilícita, a fim de caracterizar a particularizar o fator de discrímen e suas peculiaridades, dentro de cada formato de discriminação. Afinal, quando é vedado à lei estabelecer discriminações? Quais os limites inerentes à função legal de discriminar?

A discriminação ilícita, pois, é quando o agravo à isonomia radica-se na escolha, pela lei, de certos fatores diferenciais existentes e inerentes nas pessoas, mas que não poderiam ter sido eleitos como a matriz do discrímen.[14] Por conta disso, acredita-se que traços característicos das pessoas não são suscetíveis de serem acolhidos pela norma a fim de haver discriminação, à luz do princípio da isonomia.

O art. 5º, caput da Constituição Federal dispõe que todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza, seja ela de raça, sexo, convicção religiosa, compleição corporal, etc. Certo deste preceito, não se pode, por razões preconceituosas serem tomadas gratuitamente como a matriz do discrímen.

Celso Antônio Bandeira de Mello[15] preceitua que "é certo que fator objetivo algum pode ser escolhido aleatoriamente, isso é, sem pertinência lógica com a diferenciação procedida". Diante disso, pode-se verificar que o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas.

Nas palavras de Pimenta Bueno[16]"a lei deve ser a mesma para todos; qualquer especialidade ou prerrogativa que não for fundada só e unicamente em uma razão muito valiosa do bem público será uma injustiça e poderá ser uma tirania."

Por estas razões, conclui-se que se o fator diferencial não resguardar conexão lógica com os diferentes tratamentos jurídicos, a distinção afronta o princípio da isonomia. E neste sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello preceitua que a lei não pode conceder tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso, em atenção a "traços e circunstâncias peculiarizadoras de uma categoria de indivíduos se não houver adequação racional entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferençada." [17]

A análise sob o vértice da discriminação lícita é aquele cuja matriz do discrímen não se choca com o princípio da igualdade. Exemplificando, tem-se o caso hipotético de que em certa região existe uma epidemia e indivíduos de certa raça são resistentes a tal, é certo que somente tais indivíduos pertencentes à raça refratária poderão candidatar-se à cargos públicos.

---

[14] MELLO, 1993, p. 15.
[15] Id., 1993, p. 18.
[16] BUENO, Pimenta. **Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império**. Rio de Janeiro, 1857, p. 424.
[17] MELLO, 1993. p. 39.

Por óbvio há uma discriminação em razão da raça, porém nada que hostilize o preceito igualitário da Constituição Federal.

Outro caso hipotético é um concurso para polícia feminina, havendo também desequiparação em razão de sexo, porém, sem gravame ao princípio da igualdade.

Os exemplos citados demonstram que em qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações pode ser acolhido pela lei como fator discriminatório, portanto, não é no traço de diferenciação que se deve buscar algum desacato ao princípio da igualdade. [18]

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, as discriminações são compatíveis com o princípio da igualdade quando apenas, e tão somente, o elemento é tomado como fator de desigualação, quando há correlação lógica entre a peculiaridade que é diferencial e o objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela não seja incompatível com a Constituição Federal. [19] Portanto, deve-se analisar aquilo que foi adotado como critério discriminatório, após, apurar se existe justificativa racional e por fim verificar se está em consonância com a Constituição Federal. Esses três requisitos devem ser analisados conjuntamente, sendo que a falta de qualquer um deles é suficiente para hostilizar o preceito isonômico do princípio da igualdade.

Celso Antônio Bandeira de Mello também preceitua: "o que autoriza discriminar é a diferença que as coisas possuam em si e a correlação entre o tratamento desequiparador e os dados diferenciais radicados nas coisas."[20] Neste sentido, a discriminação não pode ser gratuita ou fortuita.

Sidney Pessoa Madruga da Silva[21] prescreve que "igualdade tanto é não-discriminar, como discriminar em busca de uma maior igualização".

Para contextualizar, afirma Streck[22]:

> Esse novo modelo constitucional supera o esquema da igualdade formal rumo à igualdade material, o que significa assumir uma posição de defesa e suporte da Constituição como fundamento do ordenamento jurídico e expressão de uma ordem de convivência assentada em conteúdos materiais de vida e em um projeto de superação da realidade alcançável com a integração das novas necessidades e a resolução dos conflitos alinhados com os princípios e critérios de compensação constitucionais.

---

[18] Id., 1993, p. 17.
[19] Id., 1993, p. 21.
[20] MELLO, 1993, p. 34.
[21] SILVA, Sidney Pessoa Madruga da. **Discriminação positiva: ações afirmativas na realidade brasilei**ra. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 50.
[22] STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 283.

Neste sentido, a discriminação lícita pode se dar a fim de buscar uma maior igualização referente ao alcance de direitos sendo, portanto, positiva essa discriminação, ampliando a igualdade com distinções, no sentido do Estado prestar serviço adequado e eficiente a todos, favorecendo de modo diferenciado àquelas que estão em desvantagem social.

A partir deste entendimento, a igualdade material é melhor aperfeiçoada do que a igualdade formal pois supera as situações injustas de desigualdades, se posicionando sempre mais próxima à realidade.

2. Serviço público

Inicialmente, importante fazer apontamentos sobre o serviço público, sendo que ele é voltado à satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços e recursos escassos.

2.1. Conceito

Serviço público é o tipo de atividade econômica na qual o desenvolvimento compete preferencialmente pelo setor público, porém, não exclusivamente.[23]

Encontrado em Léon Duguit[24] a descrição de serviço público como "toute activité dont l' accomplissement doit être assuré, réglé et contrôlé par les gouverants, parce que l' accomplissement de l' interdépendence social, et qu'elle est de telle nature que'elle ne peut être réalisée complètment que par l'intervention de la force gouvernante", ou seja, serviço público é indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social.

Eros Grau[25] define serviço público como "atividade indispensável à consecução da coesão social; o que determina a caracterização de determinada parcela da atividade econômica em sentido amplo como serviço público é a sua vinculação ao interesse social".

Hely Lopes Meirelles[26] especifica serviço público como todo aquele prestado pela "Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniência do Estado."

Por outro lado, Paulo Modesto preceitua que não há uniformidade sobre o conceito de serviço público no direito positivo, havendo dois conceitos frequentemente utilizados, sendo o

---

[23] GRAU, Eros Roberto. **Constituição e serviço público**. In: Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 250.
[24] DUGIT, Léon. **Traité de Droit Constitutionnel**. 3. ed., t. 2, Paris: E. de Boccard, 1928, p. 61.
[25] GRAU, 2001, p. 266.
[26] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, São Paulo, Ed. Malheiros, 22. ed., 1997, p. 297.

primeiro deles o conceito subjetivo significando o aparato administrativo do Estado, e o segundo é o conceito objetivo, remetendo a uma modalidade de atividade técnica de natureza pública, uma específica atividade estatal ou tarefa administrativa. Esse último conceito se subdivide, pois hora a atividade pública se restringe as necessidades individuais (estrito), e ora satisfazem necessidade genéricas (amplo). Por fim, faz uma crítica aos conceitos que fazem generalizações ambiciosas, devendo haver uma preocupação mais direta com o direito positivo, devendo definir o conteúdo nuclear a fim de reduzir a ambiguidades sobre serviço público.[27]

Daniel Hachem, analisando sobre serviço público, prescreve que não há disposição específica no ordenamento jurídico pátrio que defina textualmente o 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). Partindo do ponto de vista material, os serviços públicos consistem em espécie de atividade econômica em sentido amplo, se caracterizando 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. São marcados notadamente pela sua utilidade e escassez. Independentemente de quem esteja autorizado a prestá-las e sob qual regime jurídico, são serviços que envolvem bens escassos e úteis, e, portanto, representam atividade de caráter econômico.[28]

A escassez acarreta numa alteração de comportamento do Estado, tornando-a menos burocrática, mais operacional e mais eficiente. Seu reflexo, portanto, é busca por um Estado mais forte, robusto, efetivo, fazendo com que ele seja mais apto a cumprir seu dever da garantia e resultados na realização do interesse público e isso ocasiona uma alteração na forma da regulação econômica, tornando a Administração Pública mais precavida, organizada, sustentável e eficiente.[29]

Emerson Gabardo prevê que o controle da escassez é uma função do Estado e que tão importante quanto o planejamento econômico de mercado, são as práticas sociais e políticas para caracterizar um Estado social, devendo em seu núcleo ser colocados programas de redistribuição econômica, e é com isso que por meio de alocação obrigatória de um sistema de

---

[27] MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, Formas de Prestação de Serviços ao Público e Parcerias Público Privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para as parcerias público-privadas. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, mai-jun-jul, 2005. p. 10-11.
[28] HACHEM, 2014, p. 125.
[29] OLIVEIRA, Paulo Augusto de. Regulação e o direito administrativo da escassez. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 14, n. 52, p. 97-117, jan./mar. 2016. p. 101-104.

organização e prestação de serviços nas áreas da saúde, educação, cultura e trabalho, além de estabelecer garantias para a população idosa, jovem e portadores de necessidades especiais que se identifica a política social.[30]

Acerca do interesse público, é possível concluir que a atribuição de sentido ao conceito é matéria das mais controvertidas.[31] José dos Santos Carvalho Filho confere a esse princípio a qualidade de "corolário natural do regime democrático, calcado, como por todos sabido, na preponderância das maiorias".[32]

Marçal Justen Filho, por sua vez, argumenta o contrário, concluindo que o núcleo do direito administrativo não reside no interesse público, mas na promoção de direitos fundamentais.[33]

Acerca do interesse público e a escassez, o Estado busca soluções para cumprimento dos direitos sociais e prestação de serviço público adequado, visto que, de acordo com Calixto Salomão Filho, o Estado está cada vez mais fraco, passando a ser controlado com mais frequência pelo domínio econômico.[34]

Nos últimos anos houve uma moderna regulação estatal, onde a ação estatal passou a depender do equilíbrio entre os entes privados, havendo respeito, competição, com metas e objetivos de interesse público, respeitando princípios norteadores como, universalização, modicidade dos preços e redução de desigualdade.[35]

Ainda, a Administração pública tem o dever de prestar serviço público nos diversos campos de interesse da coletividade. Com a escassez, percebeu-se que criar incentivos e estímulos que permitissem canalização dos esforços privados para a consecução dos objetivos públicos seria fomento público. Os mesmos princípios da administração pública norteiam o fomento, eis que não há como separar atividade administrativa de fomento, devendo obedecer todos os princípios, como legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, etc, sendo eles os garantidores da legitimidade da atividade de fomento. [36]

---

[30] GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 176-177.
[31] COSTA, Pedro D´angelo. FIGUEIRA, Luiz Eduardo. Os sentidos atribuídos ao conceito de "interesse público" no processo de remoção da comunidade do largo do campinho. **Revista Jurídica**. Unicuritiba. Vol. 02, nº 43, Curitiba 2016. p. 20-49.
[32] CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012.
[33] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
[34] SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e desenvolvimento. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 32-33.
[35] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Finalidades e fundamentos da moderna regulação econômica. **Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009. p. 6.
[36] OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 514-519.

A Constituição Federal de 1988 em seus arts. 173 e 174 denotam a possibilidade de se concluir que a norma engloba gestão pública de atividades, normas jurídicas que regulam os agentes econômicos, direito da ordenação social e planejamento estatal da economia, impondo o dever de conviver, regular, interagir e integrar a realidade econômica do país, sendo agente normativo e regulador, onde os regulamentos são direcionados às relações econômicas e não mais apenas a Administração Pública.[37]

Nesta acepção, Floriano de Azevedo Marques Neto preceitua que a moderna regulação estatal procura atuar no sentido de compor e articular os interesses públicos com os interesses dos particulares, "partindo do pressuposto de que a atuação privada em setores sujeitos à regulação não só é aceitável como é essencial para atingir o interesse público."[38]

Nesta esteira, tem-se que o serviço público é uma das atividades atribuídas ao Estado, que é o ente que tem condições de exercer e titularizar tais funções a fim de concretizar os valores da sociedade.

2.2. Regime Jurídico de serviço público

O art. art. 175 da Constituição Federal 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, o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão, os direitos dos usuários, política tarifária e a obrigação de manter serviço adequado.

Romeu Felipe Bacellar Filho sob a análise do inciso IV do art. 175 da Constituição Federal verifica que é necessário reconhecer o direito fundamental ao serviço público adequado, devendo o Estado prestar e fornecer utilidades ou comodidades materiais consideradas necessárias e imprescindíveis para a pessoa e a coletividade. [39]

Adriana Schier sustenta que o princípio da generalidade, da continuidade e modicidade das tarifas são o conteúdo essencial do regime jurídico de serviço público e que tal está protegido pela cláusula de vedação de retrocesso social.[40]

---

[37] MOREIRA, Egon Bockmann. Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 87-118, out/dez. 2013. p. 99-101.
[38] MARQUES NETO, 2009, p. 5.
[39] 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. 1820, AdHoc, p. 61-73, jan./dez. 2002. p. 64.
[40] SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Regime jurídico do serviço público: garantia fundamental do cidadão e proibição de retrocesso social**. 224 f. Tese (doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2009.

Porém, há autores que não concordam com a assertiva de que o serviço público adequado é um direito fundamental, sendo ele apenas indispensável para o exercício de direitos fundamentais.[41]

O serviço público, que é a atividade prestacional do Estado, encontra legitimação quando é instrumento que viabiliza o acesso a bens voltados à concretização dos direitos sociais, tendo como ideal uma sociedade justa e igualitária que não apenas assegure a autonomia privada, mas que também proporcione a todos o acesso à condições de vida digna.[42]

A Constituição Federal em seu art. 6º estabeleceu direitos sociais e também estendeu a eles regime jurídico dos direitos fundamentais, possuindo como ideal a justiça social, devendo o serviço ser adequado, conforma já citado no art. 175 do mesmo texto.

A supremacia dos direitos fundamentais se verifica no próprio art. 6º da Constituição Federal de 1988, como um dos princípios básicos, o reconhecimento dos "direitos fundamentais que o poder público deve respeitar, assegurando a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, bem como a assistência aos desamparados."[43]

De acordo com tais direitos ofertados e garantidos pela Constituição, tem-se que o serviço público prestacional é o que permite o Estado em desempenhar atividades a fim de garantir os direitos sociais.

Neste sentido, sustenta Ingo Wolfgang Sarlet[44], que "a maximização da eficácia e efetividade de todos os direitos fundamentais depende, em parte significativa da otimização do direito fundamental a uma boa administração."

Portanto, serviço público é o que viabiliza o acesso dos cidadãos a bens voltados à concretização de direitos sociais. Além disso, com a devida prestação de serviços públicos, existe a possibilidade de desenvolvimento, não só em diminuir a pobreza, mas garante aos cidadãos níveis de bem estar elevado.

Os direitos fundamentais sociais são conhecidos como os direitos fundamentais de segunda dimensão, que apesar de não ser o enfoque deste trabalho, cumpre esclarecer que eles

---

[41] ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 506-507.
[42] SCHIER, 2009. p. 106.
[43] DENCZUK, Tatiana. **Judicialização de políticas públicas para concretização do direito fundamental à saúde**: aprimorando a prestação jurisdicional por meio do processo civil. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania), Centro Universitário de Curitiba. Curitiba. 2016. p. 16.
[44] SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Marina Filchtner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais. Orçamento e reserva do possível**. Rio de Janeiro: Livraria do Advogado, 2008, p. 249.

foram assim categorizados pois evoluíram ao longo dos anos partindo dos direitos de primeira geração, ou seja, que garantiam direito individual às liberdades.

Neste sentido, os direitos fundamentais sociais vieram para socorrer os mais fracos e as minorias do mundo, e isso só poderia ser feito por meio de um estado prestador que promovesse a igualdade.

Perceptível, pois, que a concretização do serviço público adequado a todos os cidadãos se vinculam diretamente com o princípio da dignidade da pessoa humana, que está preceituado na Constituição Federal, em seu artigo 1º, inciso III.

Em assim sendo, Ana Paula Barcellos[45] preceitua que a dignidade da pessoa humana, "na condição de valor (e princípio) fundamental, que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões".

Bacellar Filho[46] colabora com essa afirmação refletindo que serviço público é um "meio que, ao possibilitar o exercício de direitos fundamentais, encontra seu fim na realização prática do valor máximo do sistema jurídico brasileiro: a dignidade da pessoa humana."

José Afonso da Silva prevê que é através do Estado que realizações sociais e justiça social sejam concretizadas, fundado na dignidade da pessoa humana.[47]

Ainda, Sarlet[48] preceitua que "boa parte dos direitos sociais radica tanto no princípio da dignidade da pessoa humana, quanto nos princípios que, entre nós, consagram o Estado social de Direito."

Nesta esteira, percebe-se que o serviço público é um direito fundamental e por conta disso, o serviço público adequado é essencial para a concretização dos direitos sociais.

Assim sendo, a defesa do serviço público prestado sob regime jurídico adequado, estando na categoria de direito fundamental, certamente contribui para a redistribuição de bens essenciais à vida digna e colabora para a emancipação dos indivíduos. Ainda, entende que para que seja eficiente tal prestação de serviços é imprescindível que as funções sejam prestadas em regime jurídico de direito público, ao qual o serviço público seja pautado na universalidade, continuidade da prestação e modicidade das tarifas.[49]

---

[45] BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 110.
[46] BACELLAR FILHO, 2002, p. 18.
[47] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 120.
[48] SARLET, 2008, p. 130.
[49] SCHIER, 2009, p. 117-121.

"A exigência de que os serviços públicos sejam colocados à disposição de todos os brasileiros implicando para o particular o poder de reivindicar junto ao Judiciário tratamento idêntico"[50] refere-se a perspectiva de universalidade do acesso ao serviço público, na qual passa-se a analisar individualmente.

3. Universalidade do acesso ao serviço público

Analisadas considerações sobre o que é o serviço público e o seu regime jurídico de direito público, passa-se a abordagem do que é a universalidade do acesso ao serviço público e sua ideia igualitária dos direitos fundamentais.

3.1. Conceito

Daniel Hachem[51] em seu artigo publicado na Revista de Direito Administrativo e Constitucional, dispõe que:

> 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.

Ainda, na mesma linha, tem-se que o princípio da universalidade do acesso ao serviço público endereça a administração pública, haja vista que ela deve prestar o serviço, tendo como obrigação a garantia de bens econômicos que são por ela oferecidos e que, sejam acessíveis a todas as pessoas. Neste sentido, verifica-se um dever de que o serviço público seja realmente universal e esteja ao alcance de todos.

Adriana Schier se posiciona no sentido de que o princípio da universalidade do acesso ao serviço público estabelece que a prestação do serviço deve ser assegurada a todos, sem excluir qualquer cidadão, sendo qual for o motivo de exclusão.[52]

---

[50] CLÈVE, Clèmerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória). In: Carlos Henrique de Carvalho Filho. (Org.). **Uma vida dedicada ao Direito. Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho**. O editor dos juristas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 34-53.
[51] HACHEM, 2014, p. 124.
[52] SCHIER, 2009.

Ainda neste sentido, Enrique Silva Cimma pressupões que "o serviço público é obrigatório no sentido de que a prestação deve cumprir-se, sem que possa a autoridade beneficiar com ela a alguns e negá-la para outros."[53]

Quando comparado o princípio da igualdade com a universalidade, Jorge Miranda[54] prevê que:

> Todos têm todos os direitos e deveres – princípio da universalidade; todos (ou, em certas épocas ou situações, só alguns) têm os mesmos direitos e deveres – princípio da igualdade. O princípio da universalidade diz respeito aos destinatários das normas, o princípio da igualdade ao seu conteúdo. O princípio da universalidade apresenta-se essencialmente quantitativo, o da igualdade essencialmente qualitativo.

A universalidade do acesso ao serviço público tem por escopo prestar serviço público adequado, a fim de satisfazer a garantia constitucional, devendo ainda respeitar princípios da administração pública.

"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."[55]

Significa, portanto, um dever positivo do Estado em oferecer condições necessárias para que o acesso ao serviço público seja realmente universal e que esteja ao alcance de todos.

3.2. Universalidade do acesso ao serviço público à luz do princípio da igualdade material

Transcorrido pelo princípio da universalidade do acesso, incumbe-se analisar tal princípio à luz da igualdade material, qual seja, verificar se este princípio permite tratamento diferenciado pelo ente prestador através da discriminação lícita.

De acordo com posicionamento de Daniel Hachem[56] tem-se que:

> 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 seja necessário para o fornecimento seja efetivamente universal e desde que a feição material do princípio da igualdade reclame a adoção de um critério diferenciado na prestação.

---

[53] SILVA CIMMA, Enrique. Derecho administrativo chileno y comparado: el servicio público. Santiago: Jurídica de Chile, 1995.
[54] MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. t. 4. 2. ed. Coimbra: Coimbra: 1993. p. 193.
[55] HACHEM, 2014, p. 138.
[56] Id., 2014.

Analisando, portanto, este princípio à luz da igualdade material, já exposta neste trabalho, percebe-se que existe, pois, a possibilidade da Administração Pública buscar a discriminação lícita a fim de realizar a universalidade do acesso ao serviço público.

Neste sentido, Marçal Justen Filho sustenta a discriminação fundamentada em critérios adequados, significando que a universalidade deve ser prestada em prol de todos os cidadãos que se encontrem em situação equivalente.[57] De tal forma, é permitido o tratamento discriminatório, desde que haja correlação lógica e respaldo constitucional para o discrímen.

Para Gregorio Peces-Barba Martínez "é um excesso não justificado tratar igualmente os desiguais"[58], podendo essa visão de discriminação lícita na igualdade material ser uma solução prática ao problema da escassez de recursos.

Daniel Hachem, por sua vez, prescreve que "o fato dele não necessitar por 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."[59]

Cabe citar a formulação de Boaventura de Sousa Santos[60] ao propor a conexão igualdade e diferença, ao invés da alternativa igualdade ou diferença:

> O multiculturalismo progressista pressupõe que o princípio da igualdade seja utilizado de par com o princípio do reconhecimento da diferença. A hermenêutica diatópica pressupõe a aceitação do seguinte imperativo transcultural: temos o direito a ser iguais quando a diferença nos inferioriza; temos o direito a ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza.

Esclarece Rodríguez de Santiago que o "Estado deve intervir nas posições jurídicas (especialmente de caráter patrimonial) dos faticamente mais favorecidos para que seja possível realizar o fim estatal de conseguir mais igualdade e justiça social."[61] Neste contexto, passa-se a analisar as condições de vida dos cidadãos e o propósito da Constituição passa a ser a redução das diferenças substanciais a fim de promover a igualdade material, propiciando à todos a possibilidade de exercício de seus direitos de liberdade.

---

[57] JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 746.
[58] PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Lecciones de derechos fundamenta-le**s. Madrid: Dykinson, 2004. p. 319.
[59] HACHEM, 2014, p. 149.
[60] SANTOS, Boaventura de Sousa. **Por uma concepção multicultural de direitos humanos. Reconhecer para libertar. Os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 458.
[61] RODRÍGUEZ DE SANTIGAGO, José Maria. **La administración del Estado socia**l. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 19.

Referente as possibilidade de o Estado, à luz da igualdade material, prover a universalidade do acesso ao serviço público, de acordo com Sabadell[62] tem-se que:

> As ações afirmativas são medidas de caráter político que tutelam os interesses de grupos sociais considerados marginalizados no intuito de produzir a igualdade material (quotas para o acesso a cargos eletivos, incentivos econômicos para empregador, favorecimento de candidatos em concursos etc.).

Neste sentido, abarcado da igualdade material e existindo a discriminação lícita, sendo realizada, portanto, uma análise fática sobre a real necessidade do cidadão em fruir tal serviço público e sendo constatada sua possibilidade de fruição individualmente por conta de uma não necessidade de amparo estatal, ainda assim, este indivíduo continua sendo titular deste direito previsto constitucionalmente.

Tem-se, pois, que há possibilidade de a Administração Pública, eivada pelo princípio da igualdade, sendo ela material e, ainda, repleta de um fator discriminatório lícito, realizar tratamento diferenciado aos cidadãos, a fim de que o serviço público seja adequado à todos, sendo possível por exemplo, quotas para acesso a cargos eletivos, incentivos econômicos para empregador, favorecimento de candidatos em concursos, etc.

Acerca da universalidade do acesso ao serviço público, a discriminação lícita e a igualdade material, Jorge Miranda[63] prescreve:

> Se distinguem não tanto duas espécies de preceitos jurídicos quanto dois momentos ou planos: o da atribuição dos direitos em igualdade e o da fixação das incumbências do Estado e da sociedade organizada perante as condições concretas das pessoas. Os direitos são os mesmos para todos; mas, como nem todos se acham em igualdade de condições para exercê-los, é preciso que essas condições sejam criadas ou recriadas através da transformação da vida e das estruturas dentro das quais as pessoas se movem.

O objetivo principal deste pensamento é favorecer os mais economicamente desfavorecidos na busca pela concretização dos direitos sociais e na satisfação do serviço público, haja vista a impossibilidade de concretização de todos esses direitos com tratamento igualitário, decorrente da escassez dos recursos.

Considerações finais

---

[62] SABADELL, Ana Lucia. **Manual de sociologia jurídica. Introdução a uma leitura externa do direito**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 238.
[63] MIRANDA, 1993, p. 202.

No que tange a escassez dos recursos e a necessidade do Estado em prestar serviço público adequado houve um olhar sobre a igualdade material e critério de discriminação lícita para universalidade do acesso.

O princípio da igualdade é base principiológica da Constituição Federal de 1988 e tem como finalidade tratar equitativamente todos os cidadãos. Os operadores e doutrinadores do direito dividiram tal princípio entre formal e material, afim de buscar uma melhor interpretação para o mesmo. Enquanto a igualdade formal aplica tratamento isonômico independente de condições fáticas, a igualdade material admite critério de discriminação, podendo receber tratamentos diferenciados a partir disso.

O fator de discrímen e suas peculiaridades foram abordadas, haja vista a necessidade de determinar as principais diferenças e seus limites de função legal. A discriminação ilícita se baseia no fator objetivo escolhido de forma aleatória, não possuindo razões valiosas e podendo suceder em injustiças. E neste sentido, esse tipo de discriminação se choca com o princípio da igualdade precedida na Constituição Federal de 1988.

Por outro lado, a discriminação lícita visa uma correlação lógica entre a peculiaridade que existe e o objeto, devendo tal desigualdade não ser incompatível com a Carta Magna de 1988.

Tais fatores são de suma importância para concretização de direitos fundamentais sociais quando na prestação de serviço público, pois é através dele que existe a possibilidade de desenvolvimento, não só para diminuir a pobreza, mas garantir aos cidadãos níveis de bem estar elevado, vinculando-se diretamente com o princípio da dignidade da pessoa humana.

De encontro com tais preceitos, sobrevém a escassez dos recursos em contrapartida da universalidade do acesso ao serviço público.

A universalidade do acesso ao serviço público garante prestação de serviço a todo e qualquer cidadão, sendo a escassez de recursos o real precursor para fundamentar a igualdade material e a discriminação lícita como fator diferenciador na prestação do serviço.

A análise fática realizada para tal conjectura recai sobre os cidadãos e a possibilidade de fruição por conta de uma não necessidade de amparo estatal, onde tal entendimento possibilita a concretização dos direitos sociais e satisfação desse serviço público prestado para os que realmente necessitam deste amparo, tendo em vista a impossibilidade de concretização de todos esses direitos com tratamento igualitário, decorrente da escassez dos recursos.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAÚJO, Luis Claudio Martins. VIEGAS, Tiago Machado. Discriminação positiva e as ações afirmativas: equalização e reparação teórica das minorias estigmatizadas pelas medidas positivas de inclusão no serviço público. **Revista Questio Iur**is. vol. 09, nº 01, Rio de Janeiro, 2016. pp. 181-204.

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. 1820, AdHoc, p. 61-73, jan./dez. 2002.

BABORSA, Ruy. BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. Saraiva: São Paulo, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1995.

BUENO, Pimenta. **Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império**. Rio de Janeiro, 1857.

CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória). In: Carlos Henrique de Carvalho Filho. (Org.). **Uma vida dedicada ao Direito. Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho**. O editor dos juristas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 34-53.

COSTA, Pedro D´angelo. FIGUEIRA, Luiz Eduardo. Os sentidos atribuídos ao conceito de "interesse público" no processo de remoção da comunidade do largo do campinho. **Revista Jurídica**. Unicuritiba. Vol. 02, nº 43, Curitiba 2016. p. 20-49.

DENCZUK, Tatiana. **Judicialização de políticas públicas para concretização do direito fundamental à saúde**: aprimorando a prestação jurisdicional por meio do processo civil. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania), Centro Universitário de Curitiba. Curitiba. 2016.

DUGIT, Léon. **Traité de Droit Constitutionnel**. 3. ed., t. 2, Paris: E. de Boccard, 1928.

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GRAU, Eros Roberto. Constituição e serviço público. In: **Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001.

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, jan./mar. 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Finalidades e fundamentos da moderna regulação econômica. **Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, São Paulo, Ed. Malheiros, 22. ed., 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed: Malheiros, 1993.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. t. 4. 2. ed. Coimbra: Coimbra: 1993.

MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, Formas de Prestação de Serviços ao Público e Parcerias Público Privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para as parcerias público-privadas. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, mai-jun-jul, 2005.

MOREIRA, Egon Bockmann. Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE,** Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 87-118, out/dez. 2013.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006.

OLIVEIRA, Paulo Augusto de. Regulação e o direito administrativo da escassez. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 14, n. 52, p. 97-117, jan./mar. 2016.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Lecciones de derechos fundamenta**les. Madrid: Dykinson, 2004.

RAWLS, John. **Uma teoria da just**iça. 1ª ed. São Paulo. Martins Fontes, 1997.

RODRÍGUEZ DE SANTIGAGO, José Maria. **La administración del Estado social**. Madrid: Marcial Pons, 2007.

SABADELL, Ana Lucia. Manual de sociologia jurídica. **Introdução a uma leitura externa do direito**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e desenvolvimento. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Por uma concepção multicultural de direitos humanos. Reconhecer para libertar. Os caminhos do cosmopolitismo multicultural.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Marina Filchtner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais. Orçamento e reserva do possível**. Rio de Janeiro: Livraria do Advogado, 2008.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Regime jurídico do serviço público: garantia fundamental do cidadão e proibição de retrocesso social**. 224 f. Tese (doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Sidney Pessoa Madruga da. **Discriminação positiva: ações afirmativas na realidade brasileira**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

SILVA CIMMA, Enrique. **Derecho administrativo chileno y comparado**: el servicio público. Santiago: Jurídica de Chile, 1995.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SUIAMA, Sergio Gardenghi. Identidades, diferenças. **Boletim científico – Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília: ESMPU – Escola Superior do Ministério Público da União, n. 2, p. 131-139, abr./jun. 2004.