

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

SEBASTIÃO SÉRGIO DA SILVEIRA

VIVIAN DE ALMEIDA GREGORI TORRES

MONICA HERMAN SALEM CAGGIANO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal 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 Napolini 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

C755

Constituição e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Monica Herman Salem Caggiano; Sebastião Sérgio Da Silveira; Vivian de Almeida Gregori Torres - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-401-3

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. Constituição. 3. Participação popular. 4. Poder Judiciário. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

Apresentação

As pesquisas relatadas nesta obra, tem como base os artigos científicos apresentados no Grupo de Trabalho: Constituição e Democracia II, no XXVI Encontro Nacional do CONPEDI, ocorrido entre os dias 19 a 21 de julho de 2017, no Centro Internacional de Convenções do Brasil, sediado em Brasília, sobre o tema “Desigualdades e Desenvolvimento: o papel do direito nas políticas públicas”.

A proposta do trabalho é inovadora, vez que a partir da apresentação dos resumos narrados pelos pesquisadores, realiza-se um debate no âmbito do Grupo de Trabalho, facultando aos participantes a oportunidade de aprimorar a pesquisa realizada, bem como trocar experiências e informações.

O resultado obtido foram conceitos amadurecidos que espelham uma perspectiva ampla, sobre temas polêmicos e atuais, que também tem a pretensão de dar continuidade à ideia de divulgar a pesquisa produzida por alunos de pós-graduação.

O esforço e dedicação dos participantes foram fundamentais para o sucesso do Grupo de Trabalho e a expectativa é de que o debate ocorrido contribua para o aprimoramento do conhecimento da temática.

Os artigos científicos discutidos foram apresentados na ordem a seguir:

1. “PRERROGATIVA DE ESCOLHA E FUNÇÃO: PERSPECTIVAS SOBRE O FORO PRIVILEGIADO E A NOMEAÇÃO DE MINISTROS DO STF”, de autoria de Leonardo Barcellos Lopes e Maria Fernanda Miranda Lyra. O trabalho trata da importância de uma análise conjunta sobre a proposta de emenda constitucional que restringiria o foro por prerrogativa de função e a nova interpretação sugerida no âmbito do Supremo Tribunal Federal para essa matéria, somadas a um possível novo modelo de indicação e nomeação de Ministros da Corte. Considerando o princípio da separação de poderes, argumentaram que o momento é oportuno para reformar e emprestar ainda mais credibilidade às decisões da Corte, notadamente na fase em que se encontra, atuando como verdadeiro protagonista da cena política nacional.

2. “PODER CONSTITUINTE DECORRENTE E REPARTIÇÃO POLÍTICO-ADMINISTRATIVA DE COMPETÊNCIAS: APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SIMETRIA NO FEDERALISMO BRASILEIRO”, tendo por autores Camilo Plaisant Carneiro e Raisal Duarte Da Silva Ribeiro, a pesquisa objetiva conceituar o Poder Constituinte, explicando suas derivações e aplicação prática desta espécie de Poder em relação aos Estados que compõem a Federação brasileira. Através de pesquisa bibliográfica e legislativa buscam explicar a repartição político-administrativa de competências, observando se há efetivo respeito ao princípio da simetria no Estado brasileiro. São analisadas as Constituições dos Estados brasileiros em busca de respostas à pergunta: os Estados apenas repetem a Constituição Federal ou inovam em seus textos constitucionais.

3. “O TRANSCONSTITUCIONALISMO COMO MÉTODO PROPULSOR DA CONCREÇÃO DOS DIREITOS COLETIVOS NA SOCIEDADE MULTICÊNTRICA”, artigo apresentado por Elis Betete Serrano e Juvêncio Borges Silva, que exploram o método proposto pelo Professor Marcelo Neve quanto ao transconstitucionalismo, focado na sua relação com os direitos coletivos na sociedade multicêntrica. Demonstram que o método tem crescente importância devido à ausência de maneiras para resolução de atribuições entre ordens jurídicas conflitantes, buscando arquitetar o modo de relação entre essas ao invocar um diálogo e um conseqüente entrelaçamento de sapiências ao desenvolver meios de aprendizado recíproco, ressaltando a importância da consideração de direitos fundamentais, em especial os de natureza coletiva. Ao final, demonstram alguns efeitos práticos da utilização do transconstitucionalismo para impulsionar os direitos coletivos.

4. “O SERVIÇO PÚBLICO NO BRASIL E A CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA IGUALDADE”, de autoria de Diego Lenzi Reyes Romero e Alexandra Barbosa Campos de Araujo. Os autores apresentam a reflexão no sentido de que no Estado Social, o poder público é responsável por concretizar direitos fundamentais, tendo por foco o bem-estar, sendo que a igualdade é princípio norteador dos serviços públicos, os quais são regidos pelos princípios da continuidade, da mutabilidade e da universalidade. No caso, esse último indica que o serviço público deve ser acessível por todos, indistintamente, e adequado, para, assim, efetivar a garantia fundamental prevista legalmente. Observam que a igualdade, no enfoque da pesquisa, é a material, segundo a qual é possível se aplicar um fator de discriminação de modo a garantir que todos os que são efetivamente necessitados, tenham acesso a um serviço público adequado e eficiente.

5. “O PRINCÍPIO DA SOBERANIA POPULAR DIANTE DA APATIA POLÍTICA CONTEMPORÂNEA E OS REFLEXOS NO EXERCÍCIO DO FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE CIDADANIA”, artigo apresentado por Roberta de Miranda

Castellani e Anna Christina Zenkner, O estudo tem por objetivo analisar o problema político contemporâneo no Brasil, sob o enfoque do termo “cidadão” e sua concepção através da evolução histórica, até o conceito contemporâneo como “cidadão soberano”. As autoras focam no princípio constitucional da soberania do povo e o meio pelo qual é efetivado. Analisam o termo “Democracia” e seu real significado. Evidenciam, ao final, uma “apatia” política presente na sociedade brasileira, argumentando que o combate à apatia política deve ser feito para que essa barreira cultural política seja rompida e assim nasça um cidadão com senso crítico próprio e não apenas uma superficialidade de informações recebidas por veículos de comunicação.

6. “FINANCIAMENTO ELEITORAL E DEMOCRACIA – UM ESTUDO SOBRE A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.650”, de autoria de Renan Luiz dos Santos da Silva e Anna Paula Oliveira Mendes. O trabalho analisa o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.650, pelo Supremo Tribunal Federal, à luz da problemática que envolve o financiamento de campanhas eleitorais. Os autores inicialmente discutem os modelos de financiamento de campanhas eleitorais, sequencialmente empreendem uma análise do tema sob uma perspectiva de direito comparado e, por final, estabelecem uma crítica da decisão da Suprema Corte, sob a perspectiva das questões políticas e implicações sociais do julgamento na realidade prática da vida política do país.

7. “PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: EVOLUÇÃO E CRÍTICAS”, temática apresentada por Thaminne Nathalia Cabral Moraes e Silva e Gina Gouveia Pires de Castro. O estudo analisa o Princípio da Legalidade e a Separação dos Poderes, apresentando um histórico da Legalidade no mundo e no Brasil e, ao final, fazem algumas críticas ao primeiro e a forma, como este, vem sendo conduzido na atualidade.

8. “A RESERVA DE INICIATIVA E A INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS AUTORIZATIVAS”, artigo apresentado por Guilherme Aparecido da Rocha e Daniel Barile da Silveira. O trabalho tem como objeto as leis autorizativas, expediente utilizado por legisladores em relação às matérias cuja iniciativa foi reservada ao chefe do Poder Executivo. Os autores objetivam identificar por que elas são utilizadas, tendo em vista que a jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, as classifica como inconstitucionais. Secundariamente, revisitam a tese de inocuidade, que tem amparado a existência das leis autorizativas. A pesquisa tem natureza compreensivo-analítica, pois visa reconstruir elementos de espécies legais oriundas da década de 30 que continuam a ser utilizadas no âmbito do Poder Legislativo.

9. "(RE)LEITURA DEMOCRÁTICA DA EXPRESSÃO ARISTOTÉLICA: DEVEMOS TRATAR IGUALMENTE OS IGUAIS E DESIGUALMENTE OS DESIGUAIS, NA MEDIDA DE SUA DESIGUALDADE". Tema abordado por Vinicius Da Costa Gomes, que elabora uma pesquisa analítica descritiva da igualdade geométrica e aritmética de Aristóteles possibilitando uma (re)leitura democrática da expressão "devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade". Preliminarmente, explica o contexto da frase por meio de uma análise da igualdade geométrica e aritmética. Posteriormente faz uma desconstrução diante da leitura do pensamento kantiano, da igualdade formal e da igualdade material. Por fim, demonstra como a expressão pode ser relida em um contexto democrático.

10. "ANÁLISE DO FENÔMENO DO PROTAGONISMO JUDICIAL À LUZ DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, DA TEORIA DISCURSIVA DE JÜRGEN HABERMAS E DA PROPOSTA DO DIÁLOGO INSTITUCIONAL", estudo proposto por Ana Paula Gonçalves da Silva e Michele Rocha Cortes Hazar. As autoras destacam a recorrência do fenômeno do protagonismo judicial no cenário jurídico do constitucionalismo brasileiro, dando ênfase ao ativismo judicial. São apresentados posicionamentos favoráveis e contrários à temática, optando pelo argumento de que o ativismo judicial é prejudicial à consolidação dos ideais constitucionais vigentes. Concluem que a existência da teoria discursiva de Jüger Habermas, como alternativa à atividade arbitrária exercida pelo judiciário, demonstra-se mais condizente com um Estado democrático e com o diálogo institucional.

11. "O EXERCÍCIO DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO CONTEXTO DO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO: LIMITES E POSSIBILIDADES A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988". Artigo apresentado por Adriano Aranão e Renato Bernardi. A pesquisa analisa as possibilidades e limites da discricionariedade administrativa no Estado Social e Democrático de Direito, propondo a releitura dos princípios da legalidade, da supremacia do interesse público e da igualdade perante a administração. Apresenta critérios distintivos entre ato administrativo vinculado e discricionário, além de discorrer sobre os parâmetros constitucionais e legais que devem nortear a decisão discricionária. Inspirando nas luzes pós-positivistas, a pesquisa conta com a revisão bibliográfica sobre o tema e, adotando o método dedutivo, busca aproximar os preceitos constitucionais da atuação discricionária do administrador público.

12. "O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO MEMBRO DE UM SISTEMA DE "COMITÊS-PODERES" EM UMA DEMOCRACIA", de autoria de Daniel Oitaven Pamponet Miguel e Fábio Periandro de Almeida Hirsch. O texto analisa a postura dos tribunais constitucionais perante o Executivo e o Legislativo à luz da visão de Sartori sobre o

papel dos comitês em uma democracia. A pesquisa é teórica, qualitativa e assume o procedimento metodológico da análise de conteúdo bibliográfico, justificando-se pela lacuna na literatura nacional quanto à aplicação da categoria “comitê” à posição institucional do Judiciário. Concluímos que os tribunais constitucionais, materialmente, compõem, com o Legislativo e o Executivo, um “sistema de comitês-poderes” e que sua atuação não tem apenas uma dimensão técnica, mas também uma dimensão político-estratégica, tanto no nível intrainstitucional quanto no patamar interinstitucional.

13. “O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL: UMA BELA TEORIA PARA UMA PRÁTICA DIFÍCIL”, temática proposta por André Luiz Batalha Alcântara e Henrique Sampaio de Azevedo. O trabalho busca realizar uma avaliação crítica do Princípio da vedação do retrocesso social. Para tanto, descrevem como surgiu esse princípio e como ele foi importado para o Brasil. Posteriormente identificam quatro possíveis acepções para esse princípio e apresentam críticas de cunho fático, hermenêutico e normativo. Por fim, concluem que o referido princípio acaba não atingido o objetivo a que se propõe.

14. “CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO INFANTIL”. Artigo apresentado por Raquel Sant'Ana Bonisson. O trabalho aborda a possibilidade da intervenção do Poder Judiciário na elaboração e implementação de políticas públicas decorrentes da omissão do Poder Executivo e Legislativo, desmitificando o poder discricionário da administração pública, garantindo a efetividade dos princípios constitucionais retomados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Visando atingir o objetivo proposto, o autor, realiza uma análise do sistema de proteção integral da criança e adolescente; do poder discricionário da administração pública e a possibilidade da intervenção do Judiciário no Poder Executivo, bem como especifica os critérios e limites para tal interferência, levando em consideração o mínimo existencial e a reserva do possível.

15. “AS TRANSFORMAÇÕES POLÍTICAS NO ESTADO CONTEMPORÂNEO: AS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS”. Pesquisa exposta por Sandro Seixas Trentin. O artigo pretende analisar as transformações políticas visualizadas no estado contemporâneo, buscando a promoção de um Estado Democrático de Direito e a efetivação dos direitos fundamentais através das políticas públicas, com ênfase no espaço local como ambiente adequado para desenvolvimento desse processo. O autor fez um estudo sobre o novo cenário para a implementação de políticas públicas e a efetivação de direitos, no que se refere aos direitos fundamentais.

16. “A PROPRIEDADE RURAL NOS DEBATES DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE”, de autoria de João Daniel Macedo Sá. O estudo procura refletir sobre o processo constitucional brasileiro, para tanto, propõe analisar a proteção da propriedade rural a partir dos debates da Assembleia Nacional Constituinte, que antecederam e delinearão os contornos da Constituição Federal de 1988. Desse modo, procura identificar em que medida, e sob qual contexto político, foi desenhada a fundamentação da proteção conferida à propriedade rural. Ao final, apresenta uma crítica ao resultado do processo legislativo e defende a necessidade de pensar os objetivos das políticas públicas no espaço agrário sob um novo enfoque constitucional, que traduza uma atuação mais eficiente do poder público.

17. “NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: UM CONSTITUCIONALISMO DO FUTURO?”, pesquisa apresentada por Thiago Henrique Costa Silva e João Da Cruz Gonçalves Neto. Baseado no “constitucionalismo do futuro”, de José Roberto Dromi, o artigo busca delinear as características do novo constitucionalismo latino americano e traça um paralelo entre os dois. Para tanto, através de uma abordagem dedutiva, realiza uma pesquisa bibliográfica e estuda de forma comparativa as constituições latinas. Segundo os autores, os pensamentos anticolonialistas são fundamentos desse novo modo de pensar o constitucionalismo, que devolve o poder ao povo, sustentando um Estado plurinacional, promovendo uma verdadeira refundação estatal. Esse modelo, que parte da prática para a teoria, ainda está sendo formatado, mas apresenta avanços inegáveis em relação ao constitucionalismo.

Como se vê pela leitura dessa apresentação, os artigos exploraram de forma ampla a pluralidade da temática constitucional e democrática da atualidade.

Por fim, esperamos que o presente trabalho seja fonte de inspiração para o desenvolvimento de novos projetos e textos em defesa do estado democrático de direitos.

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – Universidade de São Paulo

Prof. Dr. Sebastião Sergio da Silveira – Universidade de Ribeirão Preto

Profa. Dra. Vivian A. Gregori Torres – Universidade Nove de Julho

O SERVIÇO PÚBLICO NO BRASIL E A CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA IGUALDADE

THE PUBLIC SERVICE IN BRAZIL AND THE CONCRETIZATION OF THE FUNDAMENTAL PRINCIPLE OF EQUALITY

**Diego Lenzi Reyes Romero
Alexandra Barbosa Campos de Araujo**

Resumo

No Estado Social, o poder público é responsável por concretizar direitos fundamentais, visando ao bem estar. A igualdade é princípio norteador dos serviços públicos, os quais são regidos pelos princípios da continuidade, da mutabilidade e da universalidade. Esse último indica que o serviço público deve ser acessível por todos, indistintamente, e adequado, para, assim, efetivar a garantia fundamental prevista legalmente. Vale ressaltar que a igualdade aqui tratada é a material, segundo a qual é possível se aplicar um fator de discriminação de modo a garantir que todos os que efetivamente necessitam tenham acesso a um serviço público adequado e eficiente.

Palavras-chave: Serviço público, Igualdade, Serviço adequado

Abstract/Resumen/Résumé

In the Social State, the government is responsible for realizing fundamental rights, aiming at well being. Equality is the guiding principle of public services, which are governed by the principles of continuity, mutability and universality. The latter indicates that the public service must be accessible by all, without distinction, and adequate, in order to effect the fundamental guarantee provided for by law. It is worth mentioning that the equality here treated is material, according to which it is possible to apply a discrimination factor in order to ensure that all who effectively need have access to an adequate service.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Public service, Equality, Adequate service

INTRODUÇÃO

A necessidade do homem em viver em sociedade traduz a sua própria essência e isso é comprovado pelo próprio desenvolvimento do mundo em que vivemos e a sua conformação atual.

Esse viver em sociedade, no entanto, traduz inúmeros desafios e problemas, os quais demandam a normatização dessa relação através do Estado, além da ação direta desse vislumbrando a conformação dessas necessidades, proporcionando aos cidadãos o que se entende por bem-estar.

No Estado brasileiro não é (ou não deveria ser) diferente, pois a sua formação e atuação parte da concretização de direitos fundamentais, dentre eles o princípio da igualdade – como também é regra na maioria das nações ocidentais –, conforme está gravado no artigo 1º, da Constituição Federal de 1988.

A prestação de serviços públicos, como uma forma de atuação-intervenção direta do Estado na sociedade, apresenta-se, portanto, como de vital importância para a concretização dos direitos fundamentais.

O princípio da igualdade, como referido, está engravado no âmago do Estado brasileiro, e tal condição reflete inúmeras políticas públicas, traduzidas também em serviços públicos, visando sua concretização prática ao fim de gerar bem-estar e dignidade à sociedade.

Destarte, partindo de tais premissas, o presente trabalho, através de uma resumida análise histórica e dos fundamentos do serviço público, pretende trazer uma reflexão quanto à efetiva concretização do princípio da igualdade dentro do Estado brasileiro.

2 - O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A MODERNA CONCEPÇÃO DE ESTADO

O início da concepção de igualdade, como conhecida hoje, remonta um passado remoto no qual os pensadores e filósofos, a partir da observação da natureza e das relações interpessoais, passaram a ter consciência de que os seres humanos, apesar das suas grandes diferenças internas (biológicas) e externas (culturais), que os tornam únicos, mereciam ser vistos e considerados mediante critérios iguais, equânimes.

Os primórdios desse pensamento remontam o que se denomina “período Axial”, centrado entre os séculos VIII e II a.C., no qual os filósofos passaram a caracterizar a figura humana através de um critério de igualdade em relação aos seus pares, com centro em um

ideal de liberdade individual, em que pese as ora indicadas diferenças culturais e religiosas entre os povos. Tal noção gerou um embrião do que se pode chamar de direitos do homem, ou direitos humanos, que, ainda que não engendrada em um ordenamento formal, passou a conformar a visão filosófica acerca da pessoa humana. Tal noção medieval contou também com a contribuição das próprias religiões, como o cristianismo, que centravam o homem como a criação divina mais complexa e elaborada, como um ser dotado de existência tanto material (corporal), quanto divina, merecedora, portanto, de uma tutela específica quanto à sua existência (COMPARATO, 2010, p. 24-33).

Muito mais adiante, através da teoria de Kant e seus imperativos, a concepção quanto ao homem e sua igualdade e dignidade foi alavancada a outro patamar, em face da distinção desse das coisas¹ em razão da impossibilidade de atribuir-lhe um preço específico, bem como pela capacidade racional desse de conduzir-se e conduzir a sociedade através das leis que ele próprio edita, tendo a capacidade, portanto, de gerir o seu próprio futuro e de seus pares. Esse é o fundamento da ética kantiana, que, nas precisas palavras de COMPARATO (2010, p. 35), podem ser assim resumidas: “Tratar a humanidade como um fim em si implica o dever de favorecer, tanto quanto possível, o fim de outrem. Pois sendo o sujeito um fim em si mesmo, é preciso que os fins de outrem sejam por mim considerados também como meus”.

A conformação mais próxima do que se possa entender por igualdade, como um direito inerente ao homem, somente recebeu contornos jurídico-políticos a partir das revoluções liberais no século XVIII, especificamente com a “*Virginia Bill of Rights*” de 1776, que, mesmo de forma adequada à cultura da época², formalizou a ideia – ainda que embrionária nos termos entendidos nos dias de hoje –, que também culminou com a Declaração do Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que em seu artigo 1º, consagrou que “os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem ser fundadas na utilidade comum” (TABORDA, 2015, p. 250).

As revoluções liberais que seguiram, então, passaram a ter como princípio fundante a igualdade, como um ideal de liberdade dos cidadãos, em contraponto ao poder de polícia do Estado e às barreiras culturais que a própria sociedade apresentava à conformação do referido ideal (BONAVIDES, 2007, p. 211). A igualdade, portanto, voltava-se em relação ao Estado e à (restrita) sociedade que dele se nutria, fomentando e alavancando a ideia de democracia,

¹ Em síntese apertada, para Kant, o homem distinguia-se dos demais seres vivos e seres inanimados, denominados “coisas”, por ter vontade própria, que, segundo ele, é uma espécie de razão específica, a razão prática. (COMPARATO, 2010, p. 33.)

² Segundo a cultura que se apresentava à época, a igualdade ainda não alcançava os direitos políticos às mulheres e ao proletariado, resumindo-se a afetar os burgueses proprietários e pais de família. (TABORDA, 2015, p. 255.)

como forma de indicação de que os componentes do Estado deveriam ser subservientes à sociedade que lhes legitimava (COMPARATO, 2010, p. 62-63). Nas palavras de Paulo Bonavides, em relação à Revolução Francesa:

Não foram unicamente quebrantadas as instituições feudais e as hierarquias que sacralizavam a tradição e o passado, senão que se construiu ou se tentou construir, sobre esferas ideais, para um aporfiar de libertação, menos a *polis* desse ou daquele povo, mas a de todo o gênero humano; *polis* cujos alicerces, posto que ainda abstratos, não foram outros senão a liberdade, a igualdade e a fraternidade (BONAVIDES, 2007, p. 30).

E complementa, de forma enfática: “O homem-cidadão sucedia ao homem-súdito” (BONAVIDES, 2007, p. 30). Assim formatou-se o que se entende por Estado Liberal de forma pura (BONAVIDES, 2007, p. 43) e, em que pese os ideais formais trazidos como fundamento dos ideais revolucionários, dentre eles o de igualdade, logo se percebeu que materialmente esses acabaram por não serem conformados, ao menos como se pretendia teoricamente.

Isso porque, a despeito da liberdade que todos os cidadãos tinham em relação ao poderio e subjugação do Estado, gozando de igualdade formal, perante a Lei, a maioria da sociedade (leia-se proletariado) passou a ser subjugada politicamente (pois lhes era restrito o sufrágio) e economicamente pela própria elite revolucionária, causando, no âmago da sociedade, uma diferenciação entre classes. (TABORDA, 2015, p. 255)

O estado liberal, então, como moldado, passou a sofrer pressões da massa populacional, pois a igualdade a ela relegada não lhe supria as necessidades. Nas palavras de BONAVIDES, em citação ao filósofo alemão Alfred Viekandt:

Mas, como a igualdade a que se arrima o liberalismo é apenas formal, e encobre, na realidade, sob seu manto de abstração, um mundo de desigualdades de fato – econômicas, sociais, políticas e pessoais –, termina “a apregoada liberdade, como Bismarck já o notara, numa real liberdade de oprimir os fracos, restando a estes, afinal de contas, tão somente a liberdade de morrer de fome. (BONAVIDES, 2007, p. 101)

Tal qual ocorreu com as revoluções liberais, a insurgência de uma classe oprimida, agora a de trabalhadores, fomentou alterações no modelo estatuído, surgindo e se desenvolvendo o ideal do socialismo. Nos séculos XVIII a XIX, seguintes à revolução liberal, houve, então, o desenvolvimento e a incipiente implementação de parques direitos chamados sociais, tendo como ápice a formatação da teoria marxista, como a reação da classe operária em relação à dominação do capital, no final do século XIX e início do século XX.

A teoria de Karl Marx, portanto, vislumbrou um novo ideal de liberdade e de igualdade entre o que ele denominou de classe burguesa e classe trabalhadora, criticando profundamente o que o Estado Liberal propunha como liberdade, como uma forma de “perpetrar e cristalizar as desigualdades substanciais existentes entre os homens” (TABORDA, 2015, p. 256).

A crítica proposta por Marx representou uma resposta da sociedade proletária do século XIX a cada vez mais complexa e gravosa situação de penúria a que eram submetidas. Assim, a figura do Estado, apartado das relações privadas por força do liberalismo vigente, foi alterada, o qual, por intermédio da criação de direitos sociais, passou a intervir nas ditas relações de modo a propiciar a possibilidade de participação política da classe trabalhadora, bem como estimular a distribuição da riqueza. Tais alterações, que ocorreram de forma gradual, acabaram por alterar substancialmente o modo de relação do Estado com os particulares, gerando o embrião do que se entende por Estado Social. Nas palavras bem colocadas por COMPARATO (2010, p. 66):

O resultado dessa atomização social, como não poderia deixar de ser, foi a brutal pauperização das massas proletárias, já na primeira metade do século XIX. Ela acabou, afinal, por suscitar a indignação dos espíritos bem formados e a provocar a indispensável organização da classe trabalhadora. A constituição francesa de 1848, retomando o espírito de certas normas das Constituições de 1791 e 1793, reconheceu algumas exigências econômicas e sociais. Mas a plena afirmação desses novos direitos humanos só veio a ocorrer no século XX, com a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919

No que toca à igualdade, interessante notar que, tanto a revolução liberal do século XVIII, quanto à revolução do proletariado firmada no século XX, tiveram como base fundamental o pensamento de que o homem estava sendo tolhido de sua liberdade, em vilipêndio ao conceito de igualdade relativo ao poder que lhe subjugava, quer o poder político, quer o poder econômico (BONAVIDES, 2007, p. 169). Paulo Bonavides (2007), ao cotejo das obras de Jean Jacques Rousseau, ícone do liberalismo que fundamentou a revolução liberal, e Karl Marx, expoente do ideal socialista, resume de forma absolutamente brilhante esse pensamento:

O *Manifesto Comunista*, ponto de partida da ideologia de Marx, poderia ter começado com as mesmas palavras do *Contrato Social*. Na verdade, o que levou Marx àquela profunda e sombria reflexão crítica foi a perplexidade da mesma dor: o espanto de ver o Homem escravizado. (BONAVIDES, 2007, p. 172-173)

Da confluência dessa evolução histórica, que envolve de forma preponderante os ideais de liberdade e igualdade do homem e a sua concretização, surgiu o que se denomina de

Estado Social. Esta formatação de administração pressupõe a centralização dos direitos fundamentais dos cidadãos e coloca o Estado como parte central em sua concretização, mediante intervenção positiva, quer nas relações havidas com o próprio ente estatal, quer nas relações privadas, com vistas a ideais de bem-estar social e melhor distribuição do resultado dos bens de produção, de modo a criar uma atmosfera através da tutela de direitos e garantias individuais, em que seja possível o desenvolvimento das liberdades de toda a sociedade. (TABORDA, 2015, p. 257)

Referidas alterações no paradigma mundial quanto à configuração da ordem estatal fizeram surgir, principalmente após as grandes guerras mundiais, uma plêiade de normatizações com fulcro a conformar, em âmbito mundial, as relações entre Estado e particulares e entre os próprios particulares. Estas tiveram como mote a afirmação histórica dos direitos humanos e têm como principal postulado a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, a qual foi predecessora de inúmeras outras, quer no âmbito da Organização das Nações Unidas – ONU ou outras regionais, quer ditadas pela Organização Internacional do Trabalho – OIT, estas últimas às centenas (COMPARATO, 2010, p. 69).

O princípio da igualdade, então, ganhou os contornos que, em linhas gerais, hodiernamente é concebido, ligado à concepção de igualdade material (conceito que será abordado mais adiante unido ao objetivo do presente trabalho), como uma igualdade de chances ou oportunidades, pois “com o objetivo de colocar todos os membros da sociedade em condições iguais de competição pelos bens da vida considerados essenciais, muitas vezes é necessário favorecer uns em detrimento de outros” (TABORDA, 2015, p. 257)

A igualdade, assim, como fundante do próprio Estado Social, passa a ser corolário do ideal dos legisladores, aplicadores da lei, bem como dos próprios destinatários desta. Ou seja, como define Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 10):

A Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente de todos os cidadãos. Esse é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes

Com base nas concepções e premissas ora lançados, quer em relação à formatação do Estado, quer em relação ao alcance dado ao princípio da igualdade ou isonomia, que passamos ao próximo tópico do presente artigo, o qual também tem cunho preparatório à confluência das ideias ora pretendidas.

3 - O ESTADO SOCIAL E A ATUAÇÃO-INTERVENÇÃO DO ESTADO

A formatação do Estado Social (bem como suas derivações posteriores – mormente o que se denominou de neoliberalismo – as quais deixa-se de abordar no presente estudo propositadamente em razão da sua extensão e do objetivo ora proposto), tem como pressuposto ações da administração estatal de modo a conformar situações geradoras de desigualdade entre entidades e cidadãos e entre os próprios cidadãos, limitando a autonomia privada, de modo a promover a proteção social e organizar a economia.

A atuação-intervenção do Estado, então, passa pela noção de obrigação no desenvolvimento de políticas de exaltação do bem-estar, com fulcro na democratização econômica e social, e, com isso, objetivar a sedimentação da igualdade entre as pessoas.

Nessa senda, o caráter da administração estatal alterou-se, diante da interferência em cada uma das formações sociais, agregando importância a conformação de atividades de desenvolvimento prestacional e promocional, na forma de serviço público e fomento. Assim, não mais se restringe o Estado ao papel de ordenar e sancionar (poder de polícia), mas uma intervenção mais complexa no domínio social e econômico, com o dever de regular situações, bem como prover a sociedade com serviços públicos, em áreas em que esta demanda a sua prestação, como meio de alimentar a própria existência desta. (OLIVEIRA, 2006, p. 514-515).

Assim, os ordenamentos jurídicos constitucionais ocidentais do século XX, passaram a conter dentre as suas diretrizes a consecução de direitos sociais, bem como indicar a necessidade da atividade prestacional do Estado o dever de atuação e intervenção, para a sua consecução. Cita-se, nesse rol, as constituições Francesa, de 1946, a Portuguesa, promulgada no ano de 1976, bem como a Espanhola, de 1978, que, cada uma com suas peculiaridades, indicaram uma posição necessária em relação à atuação-intervenção dos poderes públicos no sentido de garantir direitos sociais, corrigir desigualdades e promover o desenvolvimento humano. (SCHIER, 2009, p. 111-113)

Dentro dessa mesma lógica e baseada nos ordenamentos ora mencionados é que a Constituição Brasileira de 1988 consagrou um catálogo bastante completo de direitos sociais, tidos como fundamentais, inclusive o da igualdade, bem como previu expressamente a prestação de serviços públicos adequados (BRASIL, 1988) como indispensáveis à sua consagração.

3.1 - A ATUAÇÃO-INTERVENÇÃO DO ESTADO: ATIVIDADE ECONÔMICA E SERVIÇO PÚBLICO

A análise da atuação-intervenção do Estado pode ser baseada, inicialmente, em uma dicotomia: *interesse público x interesse privado*. A base de identificação das formas em que esta interação ocorre é associada, em uma primeira e superficial análise, ao critério econômico, pois esse é o recorte verificado na própria Constituição Federal brasileira e, didaticamente, a doutrina tem entendido ser a melhor maneira de fazê-lo.

Sobre a questão, Paulo Modesto parte de uma análise ligada a um modelo histórico que denomina de “soma-zero”, ou seja, que diferencia, como água e óleo, as atividades públicas das privadas, na exata medida da diferenciação entre interesse público e interesse privado. De acordo com esse pensamento, as fronteiras entre as dicotomias indicadas seriam bastante firmes, não havendo pontos de convergência entre os dois lados. (MODESTO, 2007, p. 3)

Nesse ponto, cita a doutrina de Vital MOREIRA, que explicita de forma absolutamente clara tal questão:

Na representação liberal o Estado detinha o monopólio do público e a administração pública era a administração estadual. Estabelecer a fronteira entre o Estado e a sociedade era o mesmo que estabelecer a divisória entre a administração pública e os particulares. A administração pública relevava o Estado. Os particulares eram administrados, não podiam ser administração nem compartilhar dela. A relação entre as esferas do Estado e da sociedade, do público e do privado, da Administração e dos particulares era claramente representada mediante uma “metáfora espacial” (Birkinshaw, Harden & Lewis, 1990: 281), representando duas áreas separadas por uma fronteira. O crescimento da actividade do Estado, a ampliação da administração pública fizeram deslocar a fronteira; mas não levaram a alterar o paradigma. Podia variar a proporção relativa de cada área, não a ideia de dicotomia e de fronteira. Na versão liberal teríamos o Estado mínimo e a sociedade civil máxima; na versão do Estado totalitário, teríamos o Estado máximo e a sociedade civil mínima. Trata-se somente de dois extremos de um continuum, que no “Estado social” do capitalismo avançado fez aumentar substancialmente a esfera do Estado e da administração, sem com isso se aproximar da versão dos Estados totalitários protagonizada pelos fascismos e pelos socialismos de Estado. As mudanças eram por princípio de soma zero: o que era apropriado pelo Estado deixava de pertencer à sociedade. (MOREIRA, 2013, p. 3)

Entretanto, com o advento do Estado Social, a linha fronteira perde sua força, na exata medida em que os ordenamentos jurídicos passaram a admitir a possibilidade de convergência de interesses públicos e privados, destinados a um mesmo objetivo. No Brasil, mais especificamente na Constituição de 1988, em que pese a separação existente entre a disciplina da ordem econômica e financeira, as atividades indicadas como serviço público, no artigo 175, da CF, e as atividades de exploração direta da atividade econômica, indicadas no

artigo 173, há expressamente a indicação da possibilidade de ação-intervenção de uma esfera outra. Quanto às primeiras, verifica-se do texto legal que os particulares têm a possibilidade de exercer, mediante concessão ou permissão, serviços antes relegados somente ao poder público, ainda que se tenha de observar uma miríade de direitos dos usuários, políticas de preços e, não menos importante, a devida adequação na sua prestação. Em relação ao segundo, ligado à esfera privada, indicada como a exploração direta da atividade econômica, a própria Carta Magna indica a possibilidade de ação-intervenção do Estado, no entanto, expressa restrições bastante definidas, admitindo-as somente na hipótese de “necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei” (BRASIL, 1988), bem como mediante atribuição expressa de monopólios. (BRASIL, 1988). Assim sendo, nessa seara, os particulares é que tem poder de atuação livre e por direito próprio, não necessitando qualquer autorização estatal a tanto. (MODESTO, 2013, p. 4-5)

A Constituição Federal brasileira deixa claro o estabelecimento e prevalência do sistema capitalista, sem descurar do olhar social, com fundamento na propriedade privada dos meios de produção, bem como no livre exercício de atividades econômicas e restrição da atuação do Estado no âmbito particular, da economia, tocando-lhe regular, dentro de certas balizas, a atividade econômica, atuando nessa de forma apenas excepcional. Isso é verificado através da indicação e fundamentalidade da livre iniciativa e da livre concorrência, conforme indica expressamente o inciso IV, do artigo 170, da Constituição Federal:

Artigo 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] IV – livre concorrência. (BRASIL 1988)

A propósito da questão ora tratada, nas palavras de Egon Bockman Moreira (2013, p. 89):

No caso brasileiro, a ordem econômica constitucional é capitalista, sobretudo porque se apoia na apropriação privada dos bens e fatores de produção, no direito de propriedade, na iniciativa privada e na livre concorrência (Constituição, art. 1º, inc. IV; art. 170). Isso caracteriza o modo de produção capitalista que hoje não deixa de sê-lo devido à exploração direta da atividade econômica por parte do Estado (Constituição, art. 173), nem pela convivência reguladora e planejadora do Estado na economia (Constituição, art. 174) ou monopolização pública de setores econômicos (Constituição, art. 177). Um capitalismo funcionalizado à justiça social, com fundamento no Estado Social Democrático de Direito (arts. 1º, 3º, 5º e 170).

Os critérios e as atividades, ações e intervenções possíveis entre Estado e iniciativa privada, ou sociedade, assim, definidos através da análise do sistema constitucional brasileiro, são conceituados, então, a partir do critério econômico, ou seja, de o que se tem, ou não, por

atividade econômica. A propósito, indispensável serem citadas as lições de Eros Roberto GRAU, o qual propõe conceitos bastante ricos quanto à tal questão.

Inicialmente, esse propõe a diferenciação do que se entende por intervenção do Estado e atuação do Estado, indicando que esta expressão pressupõe a atuação estatal em seu próprio âmbito, qual seja, o público. Exemplo clássico disso é a realização de serviços públicos. A intervenção, de expressão de caráter mais restrito, indica a atuação Estatal em âmbito que originalmente não é o seu, ou seja, o privado, conforme já explicitado. (GRAU, 2014, p. 90-91)³

A partir de referida distinção, o jurista, ao propor a classificação do que se entende por atividade econômica e serviço público, bem como suas interações, propõe separação do conceito de atividade econômica em sentido amplo e atividade econômica em sentido estrito. Àquela expressão, indica ser um gênero, do qual participam todas as atividades que envolvam a satisfação de necessidades e envolvam a utilização de recursos escassos, como bens e serviços. Assim, segundo ele, o próprio serviço público seria uma atividade econômica, no sentido de gênero.

A distinção, então, quanto às atividades econômicas indicadas na Constituição Federal, estaria na espécie, ou seja, no gênero “atividade econômica”, estariam englobadas duas espécies: as atividades econômicas em sentido estrito e o serviço público. (GRAU, 2014, p. 99-100)

Com base em tal classificação, indica que o artigo 173, da CF refere a possibilidade de atuação do Estado no âmbito econômico, ou seja, mediante atividade econômica em sentido estrito. Também com base na mesma, compreende-se que o serviço público, como atuação originária do Estado, não pode ser dissociado totalmente da atividade econômica. O propósito da diferenciação proposta reside, no que indica o próprio jurista:

Pretende o capital reservar para sua exploração, como atividade econômica em sentido estrito, todas as matérias que possam ser, imediata ou potencialmente, objeto de profícua especulação lucrativa. Já o trabalho aspira atribua-se ao Estado, para que este as desenvolva não de modo especulativo, o maior número possível de atividades econômicas (em sentido amplo). É a partir deste confronto – do estado em que tal confronto se encontrar, em determinado momento histórico – que se ampliarão ou reduzirão correspectivamente, os âmbitos das atividades econômicas em sentido estrito e dos serviços públicos. Evidentemente, a ampliação ou retração de um ou outro desses campos será função do poder de reivindicação, instrumentado por poder político, de um e de outro, capital e trabalho. A definição, pois, desta ou daquela parcela da atividade econômica em sentido amplo como serviço público é – permanecemos a raciocinar em termos de modelo ideal – decorrência da captação,

³ Em razão de tal distinção, que se entende por pertinente, adota-se no presente estudo a indicação de atuação-intervenção do Estado, também porque outra parte da doutrina simplesmente indica o vocábulo intervenção, em relação a quaisquer das atuações estatais.

no universo da realidade social, de elementos que informem adequadamente o estado, em um certo momento histórico, do confronto de interesses do capital e do trabalho” (GRAU, 2014, p. 107)

A partir de tal noção e classificação, Marçal Justen Filho (2010) explicita que, em que pese ambos os conceitos – serviço público e atividade econômica – terem natureza de atividade econômica – esta no sentido de gênero, como já visto –, pode-se promover diferenciação em decorrência de um caráter instrumental. Esse indica que o serviço público é resultante da obrigatoriedade da prestação de certo serviço destinado à satisfação de uma necessidade decorrente diretamente de um direito fundamental. Ou seja, a diferenciação do serviço público em relação à atividade econômica parte da indispensabilidade da sua prestação, pois se relegado à iniciativa privada, haveria a possibilidade de, dentro dos interesses de mercado, esta não ser realizada. Já com relação à atividade econômica, o fator de diferenciação, em sentido contrário, estaria na faculdade da realização da prestação e, portanto, da satisfação do interesse vinculado à mesma.

Complementa indicando que o serviço público também pode assumir caráter complementar à atividade econômica, quando esta também tem o condão, ainda que indireto, de concretização de direitos fundamentais, como no fornecimento de alimentos e medicamentos à sociedade, em que pese o inegável objetivo de lucro existente nos mesmos.

Nesse sentido, Justen Filho (2009, 572-574) ressalta que a gratuidade passa a não ser o critério diferencial entre os institutos, na exata medida em que os próprios serviços públicos, no sentido amplo da expressão, não carregam em si tal característica, salvo em casos específicos.

Por sua vez, Celso Antônio Bandeira de Mello, também ao delimitar as fronteiras entre atividade econômica e serviço público, não admite indicar-se o serviço público como atividade econômica, mesmo em sentido amplo, isso porque entende que aquele (o serviço público) é realizado mediante regime jurídico público, pelo que não se admite de imiscuir-se na economia.

Indica que, afora os monopólios expressamente previstos na Constituição Federal, que se referem ao petróleo, gás, minérios e minerais nucleares, conforme artigo 177, I-V, as atividades econômicas, ou seja, realizada no âmbito particular somente podem ser realizadas pelo Estado em hipóteses estritamente balizadas na lei maior, como já referido anteriormente, por imperativo de segurança nacional ou relevante interesse público, na exata medida do artigo 173, da CF.

Já as atividades exclusivamente indicadas para realização do Estado, como indicado no artigo 175, da CF, bem como no artigo 21, incisos XI e XII, definidas como serviços públicos, podem ser realizadas por particulares mediante concessão ou permissão daquele. Refere, também, as atividades que, em que pese serem classificadas como serviço público não são de exclusividade do Estado e, portanto, podem também serem livremente exploradas pelos particulares.

Complementa, indicando que a intervenção do Estado na ordem econômica, definidas as balizas ora mencionadas, pode ocorrer em três maneiras: a primeira indicada como poder de polícia, relativa à atividade legislativa e fiscalização executiva; a segunda como intervenção direta, atuando no mercado através de empresas públicas ou afins; e a terceira, mediante estímulo dos particulares com fomento e isenções fiscais. (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 788-789)

Em relação ao tema, nas palavras de Rafael Munhoz de Mello (2011, p. 2):

A intervenção estatal na ordem econômica pode se dar de três maneiras distintas: i) através da atuação direta do Estado na prestação de serviços ou produção de bens; ii) através da edição de normas jurídicas que disciplinem e limitem a atuação econômica dos particulares, sejam elas gerais e abstratas, sejam individuais e concretas; iii) através da atividade de fomento, por meio da qual o ente estatal procura incentivar o comportamento dos particulares, oferecendo-lhes estímulos. Trata-se de concepção bastante difundida em nossa doutrina, sem grandes variações terminológicas.

As diferenciações e conceituações em tela são plenamente relevantes ao objetivo do presente trabalho, pois são base para a conceituação do que se entende por serviço público dentro da ordem jurídica nacional, tema sobre o qual trataremos de forma um pouco mais detida a seguir.

4 - O SERVIÇO PÚBLICO E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O serviço público, como conceituado e classificado alhures, é relegado à observação de princípios próprios, derivados dos princípios do direito administrativo.

A doutrina define como sendo três os principais princípios do serviço público, os quais acabam por conformar o seu regime jurídico, quais seja, os princípios da continuidade, da mutabilidade e o da igualdade.

Diógenes Gasparini explica que o princípio da continuidade corresponde à impossibilidade de paralisação dos serviços públicos, pois esses são imprescindíveis ao desenvolvimento e à própria segurança da sociedade. (GASPARINI, 2011, p. 71). Em relação

ao princípio da mutabilidade, indica que esse é ligado à possibilidade de o Estado “promover mudanças no regime de prestação do serviço público, visando conformá-lo ao interesse da coletividade ou imprimir-lhe tecnologia adequada com a atualidade da prestação” (GASPARINI, 2011, p. 353).

Quanto ao princípio da igualdade relativo ao serviço público, Marçal Justen Filho leciona que a questão não se resume à mera igualdade formal, ou seja, que a prestação seja absolutamente idêntica a todos que o serviço esteja disponível. Para explicar seu ponto de vista, desmembra a igualdade em outros dois princípios, o da universalidade e o da neutralidade. O primeiro define como sendo o princípio pelo qual todos os serviços públicos deverão ser prestados aos sujeitos que estejam em equivalências de situações, como consequência de uma ideia de isonomia. Em relação ao segundo, explica que esse se destina a evitar a possibilidade de negativa do serviço em relação a discriminações não justificáveis, por sua natureza ou pela situação verificada. (JUSTEN FILHO, 2009, p. 610).

Celso Antônio Bandeira de Mello, quanto ao princípio da universalidade do acesso aos serviços públicos, indica que esse tem como característica o seu amplo fornecimento e disponibilidade à sociedade, informando que “o serviço é indistintamente aberto à generalidade do público” (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 672).

Em relação à igualdade afeta aos serviços públicos, Eduardo Garcia De Enterría e Tomás-Ramón Fernández, a compreendem no sentido de isonomia de tratamento, com diferenciações possíveis, como um princípio do serviço público:

De todos os modos, o acesso a um serviço público há de observar sempre o princípio da igualdade, que está na base de todo serviço desse tipo, igualdade dotada, no entanto, de um caráter relativo, na medida em que, em certas ocasiões, atua em relação a grupos ou categorias de usuários e, obviamente, a partir do cumprimento por estes dos requisitos em cada caso previstos em caráter geral, em atenção à própria natureza do serviço e suas específicas possibilidades de funcionamento. (GARCIA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 2014, p. 103)

Quanto ao tema, Daniel Wunder Hachem disserta que, além da obrigatoriedade da prestação do serviço público, decorrente do dever do Estado em prestá-lo – ainda que por intermédio de outrem, como visto – há a necessidade de absoluta adequação do serviço público, relativamente à sua prestação, conforme indicado no inciso IV, do artigo 175, da Constituição Federal, e regulado especificamente pela Lei nº 8.987 de 1995, que prevê em seu artigo 6º, parágrafo primeiro, que dispõe que o serviço adequado é aquele “que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade,

cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”, sendo esses requisitos conformadores da ideia e objetivo de igualdade na prestação do serviço público. (GUÉRIOS, 2012, p. 34-35).

Aduz que os termos da adequação como posta na Carta Magna tem “o fito de alcançar a finalidade a que essa atividade se propõe, que é permitir a todos os acesso a esses bens e serviços úteis e escassos (e, portanto, econômicos) mesmo quando eles não estejam disponíveis no mercado”, e, complementa, indicando que o serviço, nesses termos, “deve ser adequado aos fins que se destina, o que pressupõe a sua submissão a um regime jurídico especial e mais benéfico ao cidadão” (HACHEM, 2014, p. 126-127).

Com base em tais premissas, conduz sua tese identificando um grau de fundamentalidade no próprio regime jurídico do serviço público, na medida da extrema importância que esse tem em relação à concretização dos direitos fundamentais à sociedade.

Adriana SCHIER, seguindo a tal linha de raciocínio, defende ser o serviço público adequado efetivamente um direito fundamental, também em ligação direta com a concretização do princípio da igualdade, quando afirma que:

Adotando-se esta perspectiva, o direito ao serviço público prestado sob o regime da Lei nº 8987/95 (serviço público adequado), pode ser considerado como direito fundamental na medida em que está vinculado, de maneira direta e inegável, enquanto instrumento de concretização do direito à igualdade, previsto no art. 5º, caput e inc. I. Isto porque, conforme já tratado, adota-se, na presente tese, a ideia de que o serviço público adequado, universal, contínuo e com tarifas módicas, é um mecanismo de distribuição de riqueza, através do qual se minimizam as desigualdades sociais mediante o fornecimento de prestações a todos os necessitados. Constata-se, deste modo, a vinculação direta e imediata ao direito à igualdade, em sua perspectiva concreta, sendo possível, então, reconhecer o traço de fundamentalidade ao serviço público. Mas, além disso, tem-se que é a observância aos princípios da universalidade, modicidade e continuidade que garantirão que tal serviço seja prestado de maneira a se tornar um mecanismo de efetiva redução das desigualdades sociais. (SCHIER, 2009, p. 132)

Com entendimento semelhante, no entanto, ressaltando mais a instrumentalidade do serviço público, como forma de concretização dos direitos fundamentais, Ana Cláudia FINGER explica:

Nessa linha, a pesquisa evidencia o serviço público como uma atividade desenvolvida pelo Poder Público, portanto, sob um regime jurídico administrativo, correspondente à satisfação de necessidades essenciais da sociedade, segundo princípios de generalidade, continuidade, modicidade de tarifas e eficiência. Sendo a sua prestação um dever do Estado para atendimento de uma essencial necessidade da comunidade, o serviço público constitui um direito público subjetivo do cidadão, constituindo instrumento de realização efetiva dos direitos fundamentais sociais. (FINGER, 2015, p. 61)

Assim, dentro da noção de fundamentalidade do serviço público, seja do seu próprio regime jurídico, seja como instrumento de alcance dos direitos fundamentais, Daniel Hachem afirma que esses, com vistas à concretização e observação correta do princípio da igualdade – adequado à evolução do seu conceito, como verificado alhures – não respeitam uma universalidade absoluta em relação à sua prestação. Ou seja, a igualdade que trata não é a de cunho formal, que assegura a todos os cidadãos, indistintamente, serem possuidores do direito à fruição dos serviços públicos, mas, sim, uma igualdade de cunho material, que aplica um fator de discriminação possível, de modo a garantir que todos os que efetivamente necessitem, tenham acesso ao serviço público adequado. Nas suas palavras:

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. (HACHEM, 2014, p. 138)

E complementa:

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. (HACHEM, 2014, p. 139)

Tal linha de pensamento é plenamente compatível com a de Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 12-13) que quanto à possibilidade de discriminação, fundamentada no princípio da igualdade, discorre:

O princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas. Sem embargo, consoante se observou, o próprio da lei, sua função precípua, reside exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais. Isto é, as normas legais nada mais fazem que discriminar situações, à moda que as pessoas compreendidas em umas ou em outras vêm a ser colhidas por regimes diferentes. Donde, a algumas são deferidos determinados direitos e obrigações que não assistem a outras, por abrangidas em diversa categoria, regulada por diferente plexo de obrigações e direitos.

Assim, como critério para o *discrímén*, relativamente ao serviço público, Dinorá GROTTI informa que “a prestação do serviço deve ser igual para aqueles que se encontrem em situações comparáveis, respeitadas as distinções de suas condições, que conduzam a eventuais diferenças de cuidados. Qualquer discriminação deve ser justificada em função da

condição ou situação em que objetivamente cada usuário se encontra”. (GROTTI, 2003, p. 300)

A concepção ora apresentada em relação à igualdade, vista através do seu caráter material, como instrumento a possibilitar aos cidadãos uma efetiva igualdade na chegada, ou seja, de propiciar a todos os bens econômicos fornecidos pelos serviços públicos, surgem várias questões meritórias, e que demandam análises individualizadas. A exemplificar o ora exposto, Daniel Hachem (2014, p. 142) questiona:

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

As respostas às questões postas, absolutamente pertinentes, entretanto, não serão exploradas no presente artigo, na exata medida em que demandariam análises aprofundadas em relação a cada um dos inúmeros exemplos que poderiam se cogitar, dentro da imensa gama de serviços públicos previstos na nossa Constituição Federal.

Assim, ao que importa ao objetivo do trabalho, admite-se esse recorte, diante do limite proposto pelo próprio tema que se buscou abordar.

CONCLUSÃO

A aplicação do princípio da igualdade, como forma de concretizar outros direitos fundamentais, assim reconhecidos perante a Constituição Federal brasileira, demanda muito mais do que uma simples definição teórica acerca da forma na qual a igualdade deve ser tratada.

Os questionamentos são muitos, e podem ser minimamente resumidos na doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 11):

A dizer: o que permite radicalizar alguns sob a rubrica de iguais e outros sob a rubrica de desiguais? Em suma: qual o critério legitimamente manipulável – sem agravos à isonomia – que autoriza distinguir pessoas e situações em grupos apartados para fins de tratamentos jurídicos diversos? Afinal, que espécie de igualdade e que tipo de desigualdade faculta a discriminação de situações e de pessoas, sem quebra e agressão aos objetivos transfundidos no princípio constitucional da isonomia?

As perguntas, nesse caso, têm tanta importância quanto as suas respostas. Isso porque, dentro do ordenamento jurídico pátrio, ainda que se tenha efetiva possibilidade de discriminação em relação ao acesso aos serviços públicos, com base na evolução do conceito de igualdade e na moderna concepção de Estado, que privilegia de forma absoluta os direitos fundamentais, o espaço para realização de tal distinção, na prática, acaba por ser absolutamente reduzido. Até diante da disparidade de culturas internas, bem como a inexatidão dos limites a serem observados, levaria fatalmente a um possível abuso de discricionariedade por parte do aplicador do *discrímén*.

Pensa-se até que, fatalmente – e infelizmente –, seria mais um tema a abarrotar os tribunais pátrios, que, em que pese o esforço hercúleo para satisfação dos anseios dos jurisdicionados, não teriam condições de analisar de forma própria todos os casos individuais relativos à possibilidade, ou não, do acesso ao serviço público almejado.

Assim, também se pode questionar se esforço teórico formulado pela doutrina, no sentido de erigir a igualdade material até como princípio fundamental, ou mesmo na condição de instrumento de alcance dos direitos fundamentais, teria eco no estado atual do Estado brasileiro. Isso faz pensar se, efetivamente, haveriam condições de eleger os corretos critérios de discriminação a efetivamente concretizar a noção apresentada. Em relação ao que ora se apresenta, importante remeter-se às lições de Paulo Bonavides (2007, p. 203):

Na democracia moderna oferece problemas capitais, ligados às contradições internas do elemento político sobre o que se apoia (as massas) e a hipótese de um desvirtuamento do poder, por parte dos governantes, pelo fato de possuírem estes o controle da função social e ficarem sujeitos a tentação, daí decorrente, de o utilizarem a favor próprio (caminho da corrupção e da plutocracia) ou no interesse do avassalamento do indivíduo (entrada do totalitarismo)

Além disso, além do critério econômico, que se resumiria no critério de que os mais abastados poderiam pagar pelos serviços públicos em detrimento da gratuidade para os que não tem condições, outras dificuldades ou questões poderiam ser postas, como sugere Amartya Sen (2010, p. 159-160):

[...] apesar dessas vantagens, a decisão de direcionar as políticas para o combate das deficiências de capacidade e não para as de renda não elimina, por si mesma, a necessidade de julgar a pobreza econômica dos potenciais beneficiários, uma vez que existe também a questão de como as provisões públicas devem ser distribuídas. Há ainda o problema de cobrar pelos serviços públicos segundo o potencial para pagar por eles, o que traria de volta a necessidade de aquilatar a renda do potencial beneficiário.

E complementa:

Se a intenção for prover serviços gratuitamente aos pobres, mas não aos que podem pagar por eles, existe o problema adicional de apurar as condições econômicas de cada pessoa. Isso pode ser particularmente difícil, especialmente em países onde não é fácil extrair informações sobre renda e riqueza. (SEM, 2010, p. 159-160)

Por consequência, a definição de critérios minimamente objetivos definidos pelo Estado – o que não se tem como uma tarefa factível no campo prático –, com vistas no que já propõe a Constituição Federal, seria absolutamente necessária à concretização plena do princípio da igualdade, no que se entende por igualdade material, ou de chegada, de acesso serviços públicos, pena de não se ter plenamente concretizado o Princípio da Igualdade nos termos alcançados a partir da concepção de Estado Social.

REFERÊNCIAS

ARIÑO, Gaspar. *Economia y Estado: Crisis y reforma del sector publico*. Madrid: Marçal Pons. 1993.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

FINGER, Ana Cláudia. Serviço Público: um instrumento de concretização de direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 232, p. 59-82, fev. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45685/45067>>. Acesso em: 18 Nov. 2016. <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v232.2003.45685>.

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal.** Belo Horizonte: Fórum. 2009.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo, II.** Revisor técnico Carlos Ary Sundfeld. Tradutor José Alberto Froes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo.** 16 ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988.** 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição brasileira de 1988.** São Paulo: Malheiros. 2003.

GUÉRIOS, Patrícia Borges. **A prorrogação extraordinária do prazo do contrato de concessão de serviço público como modalidade residual de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.** 03.08.2012. 123 f. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania) – UNICURITIBA – Centro Universitário Curitiba. Curitiba. 2012.

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.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MELLO, Rafael Munhoz de. Atividade de Fomento e o Princípio da Isonomia. In: **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - REDAE** Edição: 25 | fev/mar/abr 2011 Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/rafael-munhoz-de-mello/-atividade-de-fomento-e-o-principio-da-isonomia> Acesso em 18 nov 2016.

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, maio-jun-jul, 2005. Disponível em: www.direitodoestado.com.br Acessado em 18 nov 2016.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: Breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. *In: Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Organizadores Daniel SARMENTO e Flávio GALDINO. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. pp. 551-602.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras. 2010.

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, UFPR, Curitiba, 2009. Disponível em: http://www.dominipublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=190510

TABORDA, Maren Guimarães. O princípio da igualdade em perspectiva histórica: conteúdo, alcance e direções. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 211, p. 241-269, mar. 2015. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47142/45717>>. Acesso em: 18 Nov. 2016. <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v211.1998.47142>.