



**GESTÃO PÚBLICA E PODER JUDICIÁRIO: BREVES CONSIDERAÇÕES
ACERCA DA INTERVENÇÃO JUDICIAL PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

**PUBLIC MANAGEMENT AND JUDICIARY: BRIEF CONSIDERATIONS ON
THE JUDICIAL INTERVENTION EFFECTIVE FOR FUNDAMENTAL RIGHTS**

Rayneider Brunelli de Oliveira Fernandes

Graduando em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto. Última atualização do currículo em 19/03/2012. Endereço para acessar este CV: <<http://lattes.cnpq.br/3414127149513311>>. E-mail: rayneider@yahoo.com.br.

Rafhael Frattari Bonito

Instituição Universidade Federal de Ouro Preto Resumo da Biografia Professor Orientador. Doutor e mestre pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, na área de concentração do Direito Tributário. Atualmente, é professor adjunto da Universidade Federal de Ouro Preto, e professor dos cursos de graduação e de mestrado em Direito na Universidade FUMEC. Atua na área de Direito, com ênfase em Direito Tributário, principalmente com os seguintes temas: tributação e sociedade (filosofia do direito tributário), análise da jurisprudência tributária do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, além de ter interesse na relação entre o direito e o tempo, sobretudo com o uso de metodologias da História, como a história cultural e das mentalidades. Tem ainda experiência como coordenador de curso na Universidade Federal de Ouro Preto, e interesse em debates que envolvam o ensino jurídico e a metodologia da pesquisa jurídica. CV: <<http://lattes.cnpq.br/0597499952236901>>.

RESUMO

O presente trabalho tem por meta a análise do modo que o Poder Judiciário vem intervindo na prestação dos serviços públicos. Como se observa, rotineiramente, decisões judiciais vem condenando, com fulcro exclusivo na dignidade da pessoa humana e demais direitos fundamentais que dela são corolários, o Estado e a concessionária a prestar forçadamente serviços públicos. Esses provimentos jurisdicionais não atentam para as políticas

orçamentárias e competência do Executivo para delinear a maneira que tal exercício deva se efetivar. Entretanto, o Judiciário também não pode ficar inerte nas hipóteses em que a omissão estatal possa por em risco o mínimo existencial ou o núcleo vital do direito fundamental em questão.

Palavras-chave: Serviço Público. Judiciário. Direito Fundamental. Prestação. Administração.

ABSTRACT

The present article has the objective of analyze the way that the Judiciary is intervening in the installment of the public services. As it can observe, routinely, judicial decisions are condemning, with fulcrum exclusively in human dignity and their corollaries fundamentals rights, the State and private public utilities to install public services coercively. These jurisdictional provisions do not pay attention to the budgetary policies and the Executive's competence to design the exercise of such service. However, the Judiciary also cannot get quiet in the hypothesis that the state omission can put in risk the minimum existencial or the vital core of the fundamental right in question.

Keywords: Public Service. Judiciary. Fundamental Law. Installment. Administration.

Sumário: 1. Colocação do problema e hipótese de trabalho. 2. Breve esboço da temática. 2.1. O serviço público. 2.1.1. Serviço público *à la française*. 2.1.2. Noção de serviço público norte-americano. 2.1.3. A evolução no conceito de serviço público. 2.1.4. Critérios de caracterização, princípios e classificação doutrinária dos serviços públicos. 2.1.5. O serviço público no Brasil – peculiaridades pertinentes do sistema brasileiro. 3. Ativismo judicial: o fenômeno. 3.1. A atuação do Judiciário na seara dos serviços públicos. 3.2. A atuação perante as concessionárias. 3.3. A atuação perante o Estado. 4. Princípio da reserva do possível e vedação do retrocesso. Considerações finais. Referências.

1 COLOCAÇÃO DO PROBLEMA E HIPÓTESE DE TRABALHO

A exigibilidade da prestação do serviço público encontra fulcro na qualificação de determinada atividade como pressuposto apto a dar efetividade aos

direitos fundamentais do ser humano. A sua necessidade é tão forte que permeia a implementação do direito à dignidade (SARLET, 2002, p. 48-49)¹, fundamento este tido como valor supremo da ordem jurídica². O serviço público é o meio eficaz de generalizar as comodidades fatais à existência sadia da sociedade que antes estavam somente à disposição das camadas sociais mais abastadas. Nesse passo, deve ser ressaltado que não há um direito fundamental de acesso aos serviços públicos, mas sim que os serviços públicos são indispensáveis ao exercício de alguns direitos fundamentais (COHEN; HENRY, 1997, p. 12)³.

Assim, o revestimento de certa atividade como serviço público é elemento de coesão social, emanado da relevância que a sua prestação representa para os cidadãos. Essa concepção não exclui a abordagem do serviço público sob a ótica mercadológica, que visa operacionalizar a sua exploração lastreada em seus aspectos econômicos, mas permanecendo fundada no interesse público.

¹ A dignidade da pessoa humana possui um elemento negativo, de vedação ao Estado e aos particulares da prática de atos a ela atentatórios, e um elemento positivo: “Como tarefa (prestação) imposta ao Estado, a dignidade da pessoa reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a promoção da dignidade, especialmente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade, sendo, portanto, dependente (a dignidade) da ordem comunitária, já que é de se perquirir até que ponto é possível ao indivíduo realizar, ele próprio, total ou parcialmente, suas necessidades existenciais básicas ou se necessita, para tanto, do concurso do Estado ou da comunidade (este seria o elemento mutável da dignidade)”.

² É cediço afirmar que a dignidade da pessoa humana não é um direito, mas sim um valor supra constitucional podendo ser considerado sob dois ângulos: a) dignidade em sentido moral; e b) dignidade em sentido material. . Em sentido moral significa o direito de ter direitos, vedando a possibilidade de o indivíduo ser menoscabado. Ao lado deste aspecto, para se alcançar a dignidade em sentido material, o Estado deve fornecer um piso mínimo de dignidade. Isso significa mínimo existencial, art. 6º, CF (educação, saúde, moradia, lazer, trabalho etc.). O que nos diferencia da coisa é a dignidade, o indivíduo é um fim em si mesmo, por isso ele tem dignidade, já a coisa é meio para o atingimento de um fim, por isso ela não tem dignidade, mas sim preço.

³ “[...] a liberdade, compreendida de forma positiva, depende da capacidade da pessoa funcionar, conferindo por isso um valor especial ao acesso a certas atividades e bens específicos, na medida em que condiciona esta capacidade. O acesso aos serviços públicos é seguramente importante para a 'capacidade de funcionar' na sociedade. Além disso, é um fator de identidade que contribui para o sentimento de fazer parte de uma comunidade”.

Entretanto, deve-se prever que para a máquina estatal conseguir viabilizar o oferecimento dessas tantas essencialidades por meio do serviço público, empreende-se a aplicação de fartos recursos⁴. Em países com ampla restrição fiscal como o nosso, essa questão acaba se revelando ainda mais complexa. Deste modo, indaga-se:

➤ Diante de tantas necessidades básicas desatendidas pelo Estado e pelo mercado e de um apertado orçamento, quais devem ser preteridas? Se muitas dessas essencialidades humanas estão intimamente ligadas à realização da dignidade humana e direitos fundamentais que dela são corolários, como saber qual deva ser preferida?

➤ O Poder judiciário estaria interferindo no campo dessa escolha de cunho político da competência do Legislativo e Executivo ao determinar a prestação de determinado serviço público?

O artigo 61, § 1º, II, da Constituição da República confere ao Chefe do Poder Executivo a competência privativa para apresentar projetos de lei que disponham sobre as atribuições dos órgãos da Administração Pública, ou seja, que estabeleçam normas referentes aos serviços a serem por ela prestados.

Nesse desiderato, é evidenciado que o Poder Executivo é quem detém a atribuição de se estruturar para ajustar as necessidades da população com o dinheiro haurido. O Executivo tem o dever de proceder à arrecadação dos recursos, e o direito de escolher como dispor do orçamento na seara da prestação dos serviços públicos.

Ainda assim, o Poder Judiciário prolata decisões de forma recorrente que determinam a execução de determinado serviço público. Frente ao disposto na Constituição, esse posicionamento não estaria afrontando o princípio da separação dos poderes? Atuando assim o Judiciário não está criando despesas sem lastro orçamentário para o Executivo?

⁴ Não se pode deixar de ponderar que a demanda pela maior eficiência na gestão dos recursos públicos é pujante. Vive-se hoje a transição da Administração Burocrática para o cenário da Administração Pública Gerencial, caracterizada pela descentralização das decisões e focada na eficácia das suas atividades. Neste paradigma, verifica-se o incentivo à criatividade e inovação por parte dos servidores para alcançar os seus fins, sem deixar de controlar a qualidade dos seus serviços. A Administração Gerencial tem, desde quando surgiu, a meta de enfrentar certos desafios como a falta de dotação orçamentária do setor público; a falta de profissionalização, valorização e motivação de seus servidores; a crescente demanda pelo serviço público; a necessidade de constante aprimoramento através da absorção de novos conhecimentos e tecnologias.

O presente trabalho objetiva tentar responder a essas dúvidas. A hipótese que aqui será defendida, em apertada síntese, é a de que tal comportamento generalizado adotado pelo Judiciário corresponde a atitudes típicas do ativismo judicial, que devem ser afastadas. Nesta trilha, argumenta-se (HABERMAS, 1997, p. 280 e ss.)⁵ que:

- O Judiciário está majorando, por meio das suas decisões, os gastos do Poder Executivo, sendo que é até mesmo vedado o aumento de despesas em processos legislativos deflagrados pelo Poder Executivo (art. 63, I, CF);
- O juiz não é a autoridade competente para a elaboração do orçamento para custear a prestação dos serviços públicos, assim não deve ser também a que defina a execução, quando não se verifica nenhuma ilegalidade;
- *A priori*, o juiz não é o profissional mais qualificado para tomar tal decisão, uma vez que não compõe o órgão responsável pela execução do serviço e não conhece das condições financeiras disponíveis; O princípio da reserva do possível substancia o fato de o Chefe do Executivo ter de tomar escolhas trágicas ao definir o serviço público que deve receber mais recursos;
- Essa interferência acarreta evidente desequilíbrio nas contas do Executivo e privados concessionários.

Como se vê, em tempos de judicialização, que representa a transferência de poder político para o judiciário, e constitucionalização, que fez com que a Constituição de 1988 tratasse de inúmeros assuntos, esse debate adquire incontestável relevância para a nossa sociedade. A necessidade de demarcação do âmbito de atuação do Judiciário relativa à prestação dos serviços públicos é hoje inarredável, e justifica o presente trabalho que se propõe a enfrentar esse desafio.

2 BREVE ESCORÇO DA TEMÁTICA

2.1 O serviço público

Para entender melhor a questão, pode ser útil abordar, *a priori*, as noções de serviço público de dois grandes modelos: o francês e o anglo-saxônico (com vista ao ordenamento jurídico norte-americano).

Por conseguinte, expor-se-á a linha evolutiva do conceito de serviço público em função dos paradigmas de Estado (liberal, social e neoliberal). Serão tratados

5 Sobre a Teoria do Discurso de Habermas, “argumentos são razões que resgatam, sob condições do discurso, uma pretensão de validade levantada através de atos de fala constatativos ou regulativos, movendo racionalmente os participantes da argumentação a aceitar como válidas proposições normativas ou descritivas”.

então os princípios, critérios de caracterização e classificação doutrinária dos serviços públicos. Após isso, finalmente, avança-se para o estudo da concepção de serviço público no estágio atual do ordenamento jurídico brasileiro, e das diferenças entre atividade econômica e serviço público.

2.1.1 Serviço público *à la française*

A ideia de serviço público surge na França. No início do século XX, com Duguit e Jèze, formou-se a Escola do Serviço Público e foi construída a noção de serviço público naquele país.

Duguit (1928) entendia que serviço público estaria conectado diretamente à ideia de atividade cujo desempenho dependesse fortemente da atuação estatal. O serviço público, nessa conceituação, exprime-se numa obrigação dos governantes de existir o exercício dessa atividade para o desenvolvimento da interdependência social.

Nessa concepção, no entanto, Duguit não vincula a prestação do serviço público à gestão estatal; essa (a prestação) é instrumento que visa certificar as garantias dos cidadãos, consistindo no oferecimento de comodidades, diferente do simples desempenho de alguma outra atividade qualquer, sem tanta importância para a sociedade (BAQUER, 2003, p. 514)⁶.

Considera-se que é munida de conteúdo teleológico a acepção de Duguit na medida em que na época se dizia que a única justificativa da existência (fundamento) do Estado, ente dotado de soberania e legitimado a sobrepor seus interesses sobre o dos particulares, seria o dever deste de assegurar a prestação de serviços públicos aos administrados. Essa noção foi tão forte que até hoje é mencionado o serviço público *à la française*.

⁶ Como leciona Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, “em uma situação em que apenas poucas camadas sociais têm como resolvidos determinados problemas vitais, a ideia de serviço público certamente serve para ampliar a base e se generalizar. É muito presente, então, a nota de solidariedade, tão característica da noção francesa do serviço público, e que oferece claras conotações políticas. Ela só é alcançada mediante um esforço consistente, e para levá-lo adiante é exigida uma decidida determinação social e política. (...) Se trata de um largo processo, custoso e complicado de ser alcançado e mantido, mas que tem como aspiração a generalização do que até um momento anterior apenas poucos podiam desfrutar”.

A noção esboçada por Duguit ainda serviu como critério de distinção jurisdicional, diferindo as matérias de competência da jurisdição comum, exercida pelo Poder Judiciário, e administrativa, a cargo do Conselho de Estado, e, conseqüentemente, como fator preponderante para a aplicação do direito administrativo, característica que marca de modo indelével o desenvolvimento da disciplina na França (BINENBOJM, 2008).

Jèze (1936) explicita um conceito que atribui ao serviço público uma associação do mesmo com o procedimento de direito público por força da vontade do legislador. Duguit, entretanto, não menciona nada a este respeito.

Em meados do século XX, a noção de serviço público foi enfraquecida em virtude de situações que abarcavam elementos privados, tais como: a gestão privada do serviço público e a Administração Pública desempenhando atividades comerciais e industriais, culminando, assim, na crise da concepção de serviço público (CORAIL, 1954).

A crise acarretou mudanças na noção de serviço público, passando a ser aceita a gestão por particulares e admitida a intromissão do direito privado no regime jurídico do serviço público; surgindo ainda a categoria do serviço público industrial e comercial.

2.1.2 NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO NORTE-AMERICANO

Sinteticamente, a concepção exprimida na maioria dos países de *common law*, que adotam o modelo das *public utilities*, é a de que a única distinção entre o oferecimento de um serviço público e o exercício de uma atividade econômica qualquer é o controle exercido pelo Poder Público (por meio das agências federais ou estaduais).

Tanto as *public utilities* quanto as demais atividades são prestadas por empresas privadas, mas deve-se haver um balizamento, *i.e.*, uma conciliação entre a ganância capitalista (maximizadora do lucro) e o interesse público quando do desempenho das primeiras.

A função reguladora estatal consiste na moderação do ônus tarifário para o usuário, fiscalização da qualidade do serviço e garantia do regime de concorrência

frente à tendência monopolizadora do mercado por meio de agências⁷ reguladoras (JUSTEN FILHO, 2002) dotadas de independência.

Em suma, após analisar os dois principais modelos sobre os quais a concepção de serviço público foi elaborada, um fator comum que se podem observar entre as duas noções é a intervenção pública, ora desempenhando a atividade diretamente, ora conferindo tal exercício aos particulares, permitindo assim considerar elementos que o mercado desprezaria.

2.1.3 A evolução no conceito de serviço público

Ainda que a voos de pássaro, tentar-se-á traçar as transformações mais expressivas na concepção de serviço público.

Sob o paradigma do Estado liberal, era tomado como serviço público tudo aquilo que a Administração Pública desempenhava. O Poder Público pretendia exercer um papel mínimo, desempenhando apenas suas atividades precípuas.

Já o Estado Social absorveu atribuições, interferindo mais substancialmente na vida de seus administrados. O Poder Público, nesse estágio, passa a criar entidades personalizadas, atuando paralelamente à Administração Pública Direta, para uma prestação mais eficiente dos serviços públicos.

A ideia de serviço público nesse contexto estava diretamente associada à noção de interesse da coletividade, consubstanciando-se em atividades que demandavam notável atenção pública.

⁷ De acordo com o *Administrative Procedure Act*, é denominada agência qualquer autoridade do Governo dos Estados Unidos, sujeita ou não ao controle de outra agência, com exclusão do Congresso e dos Tribunais. Disponível em: <<http://www.archives.gov/federal-register/laws/administrative-procedure/551.html>>. Acesso em: 25 abr. 2011.

Era a essência da política keynesiana (ALÉM, 2010), nitidamente intervencionista, que o Estado deveria atuar em diversas searas (VAN CREVELD, 2004, p. 510-511)⁸ (realização da política de grandes obras, controle cambial, seguro social) para assegurar aos seus cidadãos comodidades como a educação em todos os níveis, gratuidade na assistência médica, auxílio ao desempregado, recursos adicionais para a criação dos filhos. Por isso, diversas atividades foram assumidas pelo Poder Público e consideradas a partir de então serviços públicos.

Já em tempos de Estado neoliberal, vive-se outra quadra. O Poder Público cria entidades de direito privado para exercer atividades comerciais, industriais, tipicamente econômicas, e particulares passam a operar serviços sempre tidos como públicos mediante concessão, permissão ou autorização da Administração. Nesse ambiente, atividades havidas como serviço público, mesmo tendo a execução por empresas privadas, não perdem seu *status*. *A fortiori*, o Poder Público ainda continua incumbido do dever de vê-los prestados, porque a titularidade de tais serviços continua com o ente federado.

Há a argumentação na doutrina de que o princípio da livre iniciativa não informa a prestação de serviços públicos. Realmente, à vista que o modo de execução do serviço é ditado pelo Poder Público mediante titulação, não há mesmo no que se falar em livre-iniciativa.

Entretanto, relativizando a proposição acima, não se pode deixar de reconhecer que há serviços eminentemente públicos que, atendendo somente às regulamentações pertinentes à atividade, podem ser prestados livremente pela iniciativa privada. Por exemplo, a assistência à saúde no Brasil é tanto competência dos entes federados quanto livre à iniciativa dos particulares, nos termos do artigo 23, II e do artigo 199, *caput* da Carta da República.

⁸ No livro *The General Theory of Employment, Interest and Money* (1936), escrito no contexto da Grande Depressão por John Maynard Keynes, foi elaborada a ideia de que a oferta agregada e a demanda agregada não formavam um equilíbrio automático de acordo com os teóricos do liberalismo como Adam Smith. Pelo Contrário, era possível que a demanda ficasse estacionada numa conjuntura que restringisse a oferta. Keynes defendia que o Estado deveria solucionar essa situação por meio da estimulação artificial da demanda. Martin Van Creveld, dissertando sobre a referida obra, conclui a ideologia keynesiana assinalando que o objetivo principal da ingerência estatal era “[...] pôr dinheiro nas mãos do povo.” Assim, ao invés de uma espiral descendente como a que se verificavam na Crise de 1929, os diversos métodos que poderiam ser adotados pelo Estado como a liberação de crédito e a redução de tributos acabariam por estimular a produção, gerar receita tributária, “[...] e assim por diante, numa espiral cuja direção, esperava-se, seria sempre ascendente”.

Portanto, há livre iniciativa nos serviços que não são de exclusiva titularidade estatal, como saúde (art. 199 da CR/88), educação (art. 209 da CR/88), previdência social (art. 202 da CR/88) e assistência social (art. 204, I e II da CR/88).

Essas atividades, como entende Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 687), são serviços públicos somente quando prestados pelo Estado, classificados como serviços que “podem ser públicos”.

2.1.4 Critérios de caracterização, princípios e classificação doutrinária dos serviços públicos.

Os critérios mais ressaltados pela doutrina para atribuir a certa atividade a qualidade de serviço público são principalmente três, a saber: material, formal e subjetivo.

O substrato material da noção de serviço público corresponde à finalidade da execução da atividade. De forma cogente, o serviço é prestado visando atender o interesse da sociedade.

O critério formal enuncia o requisito legal para que uma atividade seja tomada como serviço público, figurando assim que só será serviço público o que a lei definir como tal. Outro aspecto do elemento formal é a submissão da prestação ao regime jurídico de Direito Público, o regime jurídico-administrativo.

O substrato subjetivo do serviço público refere-se à pessoa que realiza a atividade. Se for o Estado quem prestar, será serviço público. No entanto, o critério teve de ser repensado depois, pois é dado aos particulares atualmente a possibilidade de execução das atividades consideradas serviço público.

Nesse diapasão, entende-se que o critério subjetivo não mais se refere à forma de execução do serviço público, mas à titularidade da atividade.

Indireta (mediante concessão, permissão ou autorização) ou direta, a forma de prestação de um serviço público não tem o condão de alterar a titularidade da atividade. O ente político (titular) estipula os diversos aspectos que envolvem a execução do serviço, fiscaliza a empresa privada delegatária, e ainda pode reclamar a prestação da atividade quando achar conveniente ou insuficiente à gestão privada. É de todo conveniente abordar ainda os princípios que regem o serviço público para

depois nos referirmos aos diversos aspectos que o circundam, atentando especialmente para os que apresentam conexão com a remuneração da prestação.

Hely Lopes Meirelles (2001, p. 316) enumera cinco princípios que disciplinam o serviço público, quais sejam: a) o da permanência, impondo a continuidade da prestação; b) o da generalidade ou igualdade; c) o da eficiência, que “exige a atualização do serviço”, criando novos mecanismos para melhorar a prestação do serviço público (sendo indispensável à regulação da prestação); d) o da modicidade, que “exige tarifas razoáveis”; e) o da cortesia, demandando um “bom tratamento para com o público”. Tais requisitos são essenciais, e a Administração deve intervir se faltar qualquer um deles para restabelecer sua normal operação ou retomar sua prestação.

2.1.5 O serviço público no Brasil – peculiaridades pertinentes do sistema brasileiro

A Carta da República distingue serviço público de atividade econômica incumbindo, por meio de seu artigo 175, ao “[...] Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”; e atribuindo à esfera privada a exploração de atividade econômica, através do artigo 173, enunciando que: “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

Sob essa ótica, pode-se concluir que somente quando a atividade econômica apresentar a característica originária de serviço público do interesse crucial do povo no desempenho desta pela Administração, o Poder Público poderá executá-la.

Interpreta-se, assim, que a Constituição não deixou limitada ao simples critério do interesse da coletividade a configuração do serviço público, *i.e.*, não basta que uma atividade apresente relevância social para que seja serviço público. Também não é de todo restritivo o rol de serviços públicos elencados na Constituição. Os Estados-membros têm competência remanescente, ou seja, poderão incluir em suas respectivas constituições estaduais serviços que a CF/88

não os confere. E ainda, os Municípios podem, com fulcro no artigo 30, V da CF/88, organizar e prestar, direta ou indiretamente, serviços públicos de interesse local (e.g. o serviço funerário), bastando estes estarem previstos na Lei Orgânica do Ente. O Distrito Federal reúne as competências estaduais e municipais, estando apenas limitado a não usurpar as federais.

A Lei Magna ainda diferencia os serviços públicos privativos do Estado (v.g. art. 21, XI e XII da CF/88), que podem ser prestados diretamente pelo Poder Público diretamente ou mediante concessão, autorização ou permissão a empresas privadas, dos já referidos não privativos (saúde, educação, assistência social e previdência social), que não dependem de concessão aos particulares para seu desempenho lícito.

A Carta Magna, ao atribuir aos entes federados competência material, disciplina os serviços públicos, diferenciando-os em: a) serviços de prestação obrigatória e exclusiva do Estado (art. 21, X da CF/88: serviço postal e correio aéreo nacional); b) serviços que exigem a prestação do Estado, mas são obrigatoriamente concedidos a terceiros (rádio e televisão, conforme a previsão da complementaridade dos setores privado e público do art. 223 da CF/88); c) serviços de execução forçosa pelo Estado, mas sem exclusividade (radiodifusão sonora e de sons e imagens, educação, saúde, assistência social e previdência social); d) serviços que o Estado não deve prestar (de forma direta) necessariamente, porém não os desempenhando, são compelidos a promover-lhes a execução, “tendo, pois que outorgá-los em concessão ou permissão a terceiros” (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 682). Este último grupo compreende todos os demais serviços, notadamente os expostos no artigo 21, XI e XII da CF/88.

Entende-se por concessão um contrato, precedido por Lei, em que ficam avençados pelo Poder Público e pelo particular os diversos aspectos que se relacionam à prestação do serviço público.

Permissão é ato unilateral da Administração Pública, precário em relação à concessão. Regulando inteiramente a atividade, impondo condições para seu exercício lícito, o Poder Público, mediante titulação, permite ao particular exercê-la.

Já com relação à figura da autorização, a segunda concepção acerca dessa modalidade lecionada por Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 685) é mais ideal, enunciando que esta modalidade visa abarcar casos que, devido a

emergências contingenciais, se trata de uma manifestação administrativa aquiescente de exercício de um serviço público, até a adoção dos “[...] convenientes procedimentos por força dos quais se outorga permissão ou concessão”.

Quando a execução de um serviço público for entregue a uma pessoa jurídica de direito público, utiliza-se a nomenclatura “outorga” para denominar essa transferência de titularidade. Nesse caso, a própria lei que autoriza a criação atribui à autarquia a prestação de um serviço público típico de Estado.

Ainda considera-se que quando o ente federativo titular do serviço público transferir para uma empresa pública por ele criada a execução da atividade em regime de monopólio não há também que se falar em concessão, configurando assim também uma outorga, pois não há contrato.

Nesse sentido, pode-se observar que não há diferença com relação à forma de o Estado atribuir a uma autarquia ou empresa estatal a prestação de um serviço público, pois essa deverá ser sempre feita por meio de lei específica.

3 ATIVISMO JUDICIAL: O FENÔMENO

É cediço que a maioria dos Estados democráticos de direito são organizados no modelo de separação de Poderes. As funções estatais de legislar, administrar e julgar são atribuídas a órgãos distintos, especializados e independentes (HABERMAS, 1997, p. 239)⁹.

Não obstante, Legislativo, Executivo e Judiciário exercem controle recíproco, de forma a opor ao surgimento de instâncias hegemônicas que teriam o condão de arriscar a democracia. Como bem preleciona Luís Roberto Barroso (2009, p. 14):

A Constituição é, precisamente, o documento que transforma o poder constituinte em poder constituído, isto é, Política em Direito. Essa interface entre dois mundos dá à interpretação constitucional uma inexorável dimensão política. Nada obstante isso, ela constitui uma tarefa *jurídica*. Sujeita-se, assim, aos cânones de racionalidade, objetividade e motivação das decisões judiciais, devendo reverência à dogmática jurídica, aos princípios de interpretação e aos precedentes.

9 “Do ponto de vista da lógica da argumentação, a separação entre as competências de instâncias que fazem as leis, que aplicam e que as executam resulta da distribuição das possibilidades de lançar mão de diferentes tipos de argumentos e da subordinação de formas de comunicação correspondentes, que estabelecem o modo de tratar esses argumentos”.

Assim, as interpretações constitucionais elaboradas pelos juízes não são somente jurídicas, mas também políticas. No entanto, as dimensões da capacidade institucional do Judiciário devem ceder passo a posições melhor qualificadas.

Entende-se, deste modo, que o magistrado pode não ser o árbitro dotado do melhor juízo de razoabilidade para a aplicação do direito ao caso concreto.

Outro fato que não deve ser afastado de apreciação são os efeitos sistêmicos e imprevisíveis que o provimento jurisdicional pode causar (BARROSO, 2009, p. 13-14)¹⁰.

De fato, como é abordado de forma brilhante por Luís Roberto Barroso (2009, p. 14), o ativismo judicial:

[...] expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Trata-se de um mecanismo para contornar, *bypassar* o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso. Os riscos da judicialização e, sobretudo, do ativismo envolvem a legitimidade democrática, a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias.

Os riscos para a legitimidade democrática, em razão de os membros do Poder Judiciário não serem eleitos, se atenuam na medida em que juízes e tribunais se atenam à aplicação da Constituição e das leis. Não atuam eles por vontade política própria, mas como representantes indiretos da vontade popular. É certo que diante de cláusulas constitucionais abertas, vagas ou fluidas – como dignidade da pessoa humana, eficiência ou impacto ambiental –, o poder criativo do intérprete judicial se expande a um nível quase normativo. Porém, havendo manifestação do legislador, existindo lei válida votada pelo Congresso concretizando uma norma constitucional ou dispondo sobre matéria de sua competência, deve o juiz acatá-la e aplicá-la. Ou seja: dentre diferentes possibilidades razoáveis de interpretar a

10 “A doutrina constitucional contemporânea tem explorado duas ideias que merecem registro: a de capacidades institucionais e a de efeitos sistêmicos. *Capacidade institucional* envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou conhecimento específico. Formalmente, os membros do Poder Judiciário sempre conservarão a sua competência para o pronunciamento definitivo. Mas em situações como as descritas, normalmente deverão eles prestigiar as manifestações do Legislativo ou do Executivo, cedendo o passo para juízos discricionários dotados de razoabilidade. Em questões como demarcação de terras indígenas ou transposição de rios, em que tenha havido estudos técnicos e científicos adequados, a questão da capacidade institucional deve ser sopesada de maneira criteriosa. Também o risco de *efeitos sistêmicos* imprevisíveis e indesejados pode recomendar, em certos casos, uma posição de cautela e deferência por parte do Judiciário. O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a micro justiça. Ele nem sempre dispõe das informações, do tempo e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público. Tampouco é passível de responsabilização política por escolhas desastradas”.

Constituição, as escolhas do legislador devem prevalecer, por ser ele quem detém o batismo do voto popular.

Em suma, o magistrado não deve ignorar as consequências políticas e sociais de suas decisões, devendo estar atento às repercussões delas para evitar eventuais danos aos direitos fundamentais da sociedade como um todo.

3.1 A atuação do Judiciário na seara dos serviços públicos

Nesta parte, será abordada a interferência do Poder Judiciário na execução dos serviços públicos por meio da análise jurisprudencial. Logo em seguida, serão expostos os argumentos que sustentam a nossa hipótese de que a atuação judicial nessa esfera está se dando de forma exacerbada.

Mais adiante, serão abordados temas que interferem diretamente na gestão pública, quais sejam: princípio da reserva do possível e vedação do retrocesso. Essas duas cláusulas são afetadas à efetivação do serviço público, e repercutem na postura que os três Poderes devem adotar em relação à suficiência da prestação.

3.2 A atuação perante as concessionárias

Como foi abordado no apanhado didático exposto acima, o serviço público no Brasil pode ser prestado tanto diretamente pelo Estado quanto por particulares por meio de concessão, permissão ou autorização.

Observa-se que não ficaram reservados à Administração Pública os serviços públicos que buscam garantir exclusivamente o mínimo existencial. Pelo contrário, com as alterações mais recentes no texto constitucional (v.g. o fim de alguns monopólios), ampliou-se ainda mais a possibilidade da prestação dos serviços públicos ser feita por particulares.

Dito isso, pode-se visualizar que a intervenção do Poder Judiciário pode também se dar frente aos delegatários de serviço público.

Nessa esteira, para ilustrar a questão, a 2ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento do Agravo de Instrumento 70018098004 no ano

de 2006, entendeu que em face do princípio da dignidade da pessoa humana, o serviço de fornecimento de energia elétrica, se for o caso, deve ser prestado aos pobres, humildes e doentes independentemente de pagamento.

Foi aduzido que se determinado cidadão não pode pagar o serviço porque é pobre e não dispõe de recursos, o poder público deve prestar gratuitamente tal serviço, inclusive remunerando, se necessário, eventual concessionário do serviço, de modo a evitar a descontinuidade.

Sustenta ainda que o importante é que o serviço de fornecimento de energia elétrica é essencial à vida e à saúde das pessoas, por isso que o poder público é responsável pela sua prestação que tem caráter constitucional obrigatório. O fato de vir a delegar tal prestação não retira seu caráter de essencialidade e de obrigatoriedade (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, A.I. 70018098004, Des. Rel. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, j. em 20/12/2006).

A despeito da questão da legalidade do corte no fornecimento dos bens de caráter contínuo na hipótese de inadimplemento; nestes casos, observa-se que o ônus da prestação de serviços *uti singuli*, que deveriam ser dos respectivos usuários, foi repassado para a empresa concessionária.

Considerando que existe previsão das tarifas sociais na legislação, os magistrados decidiram, sem aparente respaldo legal, sob o único argumento de que a exação afrontaria a dignidade humana, excluir os débitos referentes à prestação do serviço público.

É importante frisar que é óbvio que em certos casos o corte no fornecimento causaria imenso prejuízo a muitas famílias; entretanto, a questão aqui levantada é no sentido de que o prejuízo advindo dessas decisões, negando a cobrança, fundamentadas em condições subjetivas do devedor, abala o equilíbrio econômico-financeiro da concessão.

Extrapola as competências do Poder Judiciário obrigar diretamente o concessionário a fazer uma prestação, ou não cobrar por ela, não prevista em seu marco regulatório. Neste caso, está se invadindo a competência discricionária do Poder Executivo de determinar o modo que deva se dar o suprimento dessa necessidade.

Como bem se posiciona Alexandre Aragão (2011, p. 16), o Judiciário:

Pode, nos casos excepcionais de ameaça de núcleo essencial de direitos e atendimento à reserva do possível, determinar ao Estado/Poder Concedente que de alguma forma supra aquela necessidade, sem predeterminar o meio a ser adotado para tanto.

Conforme o artigo 9º, § 4º da Lei 8.987/95, é possível ao Estado alterar o marco regulatório inicial e impor ao concessionário a prestação de novas obrigações, mas desde que, concomitantemente, readapte a equação econômica. Ora, o Judiciário não está acima dessa norma para poder descumpri-la livremente como vem reiteradamente fazendo.

Alexandre Aragão (2011, p. 16), nesse sentido, assim preleciona:

A competência do Judiciário para impor novas obrigações só poderia ser admitida se também fosse admitida a sua competência para, concomitantemente, isto é, na mesma liminar, sentença ou acórdão, recompor a equação econômico-financeira, o que é de todo impensável por constituir matéria tipicamente discricionária do órgão regulador, face aos múltiplos meios de re-equilíbrio sempre existentes (aumento da tarifa, do prazo contratual, mudança das metas, redução dos investimentos etc.).

Aliás, fere a segurança jurídica a imposição da prestação de determinado serviço público que esteja fora do marco regulatório nos moldes do provimento jurisdicional plasmado exclusivamente na invocação de direitos fundamentais.

Não está se negando aqui que possa ser infligida a aplicação dos direitos fundamentais entre os particulares, mas deve-se reconhecer imensa cautela nessas situações. Os direitos fundamentais, nesses casos, devem ser vistos como já consubstanciados nas normas de regulação que regem a prestação dos serviços públicos.

É bom lembrar que a titularidade do serviço é do Estado, não do particular que figura como mero prestador. Assim, não seria prudente a condenação dessas empresas a suportar os efeitos da decisão que impõe a prestação independente de pagamento; pois, a exagerada e irresponsável aplicação da dignidade humana desrespeita as normas que definem a prestação do serviço público e atinge quem não tem o dever de prover interesses coletivos.

3.3 A atuação perante o Estado

A saúde tem sido o principal setor alvo das intervenções judiciais. Decisões extravagantes, aplicando expressamente direitos fundamentais a casos singulares referentes a terapias, medicamentos e cirurgias incutem desastrosos desajustes na realização das políticas públicas.

Provimentos jurisdicionais movidos pela emoção do magistrado e crença de estar fazendo a melhor opção, assentados na dignidade humana e nos direitos constitucionais à vida e saúde, acabam por impor sério comprometimento aos limites materiais dos orçamentos destinados ao setor¹¹.

Nesta linha, o Judiciário perde o seu foco, pois, ao invés de realizar a justiça e a valorização dos direitos fundamentais, conduz à banalização destes. Medidas liminares reiteradas, a médio e longo prazo, não são os instrumentos adequados (HABERMAS, 1997, p. 323)¹² a decidir acerca da aplicação correta dos recursos públicos.

Mesmo admitindo que as normas programáticas não apresentem eficácia plena, o Poder Judiciário não deve sempre quedar-se inerte¹³. Deve, contudo, ater-se a interferir para proteger o individuo somente nos casos concretos em que a omissão estatal possa por em risco o mínimo existencial ou o núcleo vital do direito fundamental em questão.

11 Cf. notícia do STF que garantiu o fornecimento de medicamentos para dois irmãos portadores de Epidermólise Bolhosa Distrófica. Com a decisão do STF, fica mantida sentença que obrigou o governo estadual a fornecer os insumos necessários para o tratamento da doença, considerada rara, grave e incurável. Neste caso, o custo estimado do tratamento anual de cada paciente é de R\$1 milhão. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=188964>>. Acesso em: 14 set. 2011.

12 “[...] adequação significa a validade de um juízo deduzido de uma norma válida, através da qual a norma subjacente é satisfeita”, pois “a validade jurídica do juízo tem o sentido deontológico de um mandamento, não o sentido teleológico daquilo que é atingível no horizonte dos nossos desejos, sob circunstâncias dadas. Aquilo que é melhor para cada um de nós não coincide *eo ipso* com aquilo que é igualmente bom para todos”.

13 O STJ admite o bloqueio de verbas públicas para efetivar a execução de ordem de fornecimento de medicamentos (STJ, AgRg no EREsp 796.509/RS. Min Rel. Luiz Fux, j. em 11.10.2006, DJ 30.10.2006, p. 233).

4 PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E VEDAÇÃO DO RETROCESSO

O constituinte, ao atribuir aplicação imediata aos direitos e garantias fundamentais¹⁴, prevista no artigo 5º, § 1º da Constituição, sem diferenciar os direitos positivos dos negativos, acabou exigindo do intérprete a adoção de uma hermenêutica pioneira para torná-los efetivos.

Canotilho, ao discorrer sobre o tema, entendeu que o postulado da aplicabilidade imediata dos direitos sociais prestacionais não pode resolver-se de acordo com a dimensão do tudo ou nada, motivo pelo qual o seu alcance ficará subordinado à análise da hipótese em concreto, ou seja, da norma de direito fundamental trazida à baila. A aplicabilidade imediata dos direitos positivos pode ser examinada apenas como uma presunção, de forma que eventual recusa de sua aplicação deverá ser necessariamente justificada (CANOTILLO, 2001, p. 431).

O princípio da reserva do possível tem origem na Alemanha. A Corte Constitucional Federal, ao apreciar um determinado caso (BverfGE n. 33, S.333) em que um estudante demandava o direito de cursar o ensino superior público mesmo não havendo vaga, julgou a necessidade que fossem reconhecidos os limites da razoabilidade em relação aos direitos prestacionais, entendendo que se pode exigir do Estado somente aquilo que estivesse dentro de um patamar lógico de razoabilidade (KRELL, 2002, p. 52)¹⁵.

Tratando muito bem desse assunto, Ricardo Lobo Torres (1999, p. 279) disserta no sentido que:

Encontram-se sob a reserva do possível e constituem meras diretivas para o Estado, pelo que não se confundem com os direitos da liberdade nem com o mínimo existencial. (TORRES, 2003, p. 2) “[...] Dependem de escolhas orçamentárias, sempre dramáticas num ambiente de escassez de recursos financeiros, que conduzem inexoravelmente à exclusão de alguns – a depender das opções por investimentos em hospitais, sanatórios ou postos médicos”.

Por outro lado, o Executivo não pode também utilizar o princípio da reserva do possível reiteradamente e sem justa causa como um excludente absoluto de

14 A dificuldade de aplicação imediata dos direitos fundamentais está na baixa densidade normativa (garantindo-lhe eficácia por meio da legislação infraconstitucional) e limite material das vias orçamentárias.

15 Destaca ainda a referida Suprema Corte que os intitulados direitos sociais “estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade”.

responsabilidade. Nesta trilha, confira uma parte do Acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que julgou um caso em que o autor, portador de obesidade mórbida e cardiopatia, demandavam a realização da cirurgia bariátrica com urgência:

Contudo, não tinha condições de esperar, pois se encontrava em iminente risco de morte, tamanha era a gravidade da sua situação, uma vez que a médica atestou que estava inapto, até mesmo, para realizar as suas atividades habituais e laborativas (fl. 12).

Agora, mesmo após a realização da cirurgia, conforme atestou o requerente à fl. 169, vem o apelante aduzir que a obrigação de fornecer tratamento de saúde não é absoluta nem irrestrita, em virtude da limitada eficácia das normas constitucionais acerca da matéria, além de ser inviável a interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas efetuadas pelo Poder Executivo, o que se mostra, no mínimo contraditório, na medida em que já cumpriu a obrigação e fazer objeto da presente lide.

A respeito da eficácia limitada das normas constitucionais relativas à saúde, não há o que ser mencionado sobre programaticidade, tendo em vista que, ao se tratar de direitos fundamentais, como ocorre *in casu*, a sua aplicação deve ser imediata, sob pena de violação ao regramento consagrado na CRFB.

O eminente Des. Jaime Ramos, ao julgar caso semelhante, deixou assentado: "A falta de dotação orçamentária específica não pode servir de obstáculo à aquisição e ao fornecimento de medicamentos e suplementos alimentares ao doente necessitado, sobretudo quando a vida é o bem maior a ser protegido pelo Estado, genericamente falando." (AC n. 2008.006525-1, de Palhoça, j. em 28.02.2008).

De igual forma, não há como falar em violação ao princípio da separação de poderes, nem em indevida interferência de um nas funções de outro, quando o Judiciário intervém a pedido daquele que é o próprio titular do direito, cujo escopo é, tão somente, obrigar o Poder Executivo, seja de que esfera for, a cumprir o seu dever constitucional de garantir saúde às pessoas.

Desse modo, não se trata de intervenção do Poder Judiciário nas funções típicas do Poder Executivo, mas de efetivação da norma suprema. (SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça de Santa Catarina Ap. Cív. 2009.061736-9, Des. Rel. José Volpato de Souza, DOU 13/05/2010).

O Ministro Luiz Fux, no julgamento do Recurso Especial 811608/RS (*in DJ* 04/06/2007, p. 314), externou o seu posicionamento no sentido de que a cláusula da reserva do possível não imuniza o administrador do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp. 811.608/RS, 2007). A este respeito, identifica-se a existência do limite da reserva do possível.

Diante do fato que a efetivação dos direitos fundamentais depende da implementação dos serviços públicos, e que estes, por sua vez, estão subordinados

a dotação orçamentária para a sua prestação; poder-se-ia aventar que seria permitido que o seu oferecimento, a depender das preferências do gestor, viesse a ser diminuído.

Contra isso, surge a teoria da vedação do retrocesso. Nesta linha, uma vez verificado avanço na consecução da concretização do direito fundamental, o retorno ao patamar anterior não é mais possível, sob pena de inconstitucionalidade. Acerca dessa limitação ao Executivo e Legislativo, assim leciona Luís Roberto Barroso (2003, p. 370):

A vedação do retrocesso é uma derivação da eficácia negativa, particularmente ligada aos princípios que envolvem os direitos fundamentais. Ela pressupõe que esses princípios sejam concretizados através de normas infraconstitucionais [...] e que, “[...] com base no direito constitucional em vigor, um dos efeitos gerais pretendidos por tais princípios é a progressiva ampliação dos direitos fundamentais.

No entanto, também pondera o mesmo autor que:

O que a vedação do retrocesso propõe se possa exigir do Judiciário é a invalidade da revogação de normas que, regulamentando o princípio, concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente. (BARROSO, 2003, p. 370)

Assim, a vedação do retrocesso não representa a estratificação da dimensão que a norma infraconstitucional constituiu. Pelo contrário, é instrumento de defesa contra supressão arbitrária de benefícios que ampliam direitos fundamentais. Numa outra acepção, pode-se visualizar a vedação do retrocesso também como propulsor da otimização de recursos para a prestação eficiente dos serviços públicos.

Nesse passo, a relativização da proibição do retrocesso prevê por bem a mutabilidade que a prestação possa sofrer em face das alterações nas demandas sociais. É uma análise que deva ser feita caso a caso, considerando impactos e finalidades das mudanças inseridas nas políticas públicas. Se não fosse assim, o Legislativo estaria vinculado em termos absolutos às escolhas anteriormente tomadas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como afirmando, a efetivação de alguns direitos fundamentais está condicionada a uma atividade positiva do Estado. Os serviços públicos, historicamente, contribuem para a concretização de valores que a Constituição prezou, e ainda são elementos de coesão social, revelando as comodidades que o povo reclama.

Os direitos sociais, por sua vez, para a sua substancial aplicação, necessitam de regulação infraconstitucional e recursos orçamentários condizentes com a sua essencialidade.

O Judiciário, ao apreciar diversas demandas que o provocam a aplicar diretamente direitos fundamentais no caso concreto e exigir do Executivo a cessação da omissão, muitas vezes, se sente pressionado quando instado a proferir medidas cautelares. O juiz sabe que se negar a antecipação de tutela no caso, pode ser que no momento da sentença o direito fundamental já possa ter sido lesado irreversivelmente.

O Executivo, em diversas ocasiões, quando recebe a ordem judicial de prestar determinado serviço público, não dispõe de dotação orçamentária para tal execução. Então, para não aumentar mais ainda o prejuízo (cominado pelas astreintes), sacrifica a quantidade ou qualidade dos serviços públicos que seriam destinados a outros cidadãos.

Essa situação, como se vê, não é aceitável; entretanto, verifica-se que ela não decorre de culpa exclusiva dos dois Poderes envolvidos. O Legislativo também deve ser chamado para assumir seu papel nesse problema.

Nesse desiderato, o presente trabalho visa também fornecer sugestões para que o conflito aqui identificado se encerre ou diminua em muito a sua constatação na quadra que se vive atualmente.

Como explicitado no texto, o Judiciário deve conter a sua intervenção na prestação dos serviços públicos. Tumultuar despesas que possam ser ilididas para um momento superveniente em nada coopera para a efetivação dos direitos fundamentais. Muito pelo contrário, ao garantir o bem de um cidadão, prejudica-se o de muitos outros.

A cláusula da reserva do possível, que não é barreira intransponível, deve ser sempre considerada pelo Judiciário na apreciação de ocasiões em que é instado a se manifestar sobre alguma omissão estatal que supostamente fere direitos fundamentais.

O Executivo e Legislativo devem também observar a vedação do retrocesso, perseguindo sempre o avanço na implementação das políticas públicas. A adoção do modelo de Administração Gerencial em definitivo é necessidade urgente do Brasil. A otimização de recursos e controle de processos concentrados na eficácia das atividades da Administração Pública é demanda inafastável.

Nesse novo modelo, também deve ser pensado na implantação de mecanismos de democracia direta. Deste modo, a participação do cidadão na gestão dos recursos destinados à prestação do serviço público e controle das agências reguladoras diminuirão as distorções vivenciadas nesses setores.

O Legislativo também deve ser convocado para participar dessa frente e agir rapidamente e com qualidade para viabilizar as reformas estruturais do Executivo. Terá, por sua vez, de regulamentar melhor para modernizar as legislações pertinentes à efetivação dos direitos fundamentais.

Acredita-se que, uma vez adotadas essas posturas (que exigem muita dedicação e trabalho), alcançar-se-á o objetivo aqui almejado nas entrelinhas: evitar a necessidade de provocação do Judiciário para suprir as omissões do Executivo. Se o problema atinge a todos, a solução não pode partir apenas de alguns.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Serviços Públicos e Direitos Fundamentais. **RFD - Revista da Faculdade de Direito da UERJ**. Rio de Janeiro, v. 1, n. 19, jun./dez. 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. 1.102 p.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 04 abr. 2011.

_____. **Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art. 175 da Constituição

Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm>. Acesso em: 14 set. 2011.

_____. **Decreto-Lei 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del0200.htm>>. Acesso em: 25 mar. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. 811.608/RS** (2006/0012352-8), Min. Rel. Luiz Fux, DJ 04/06/2007, p. 314.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br>>. Acesso em: 10 de mar. 2011.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. *In*: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A Nova Interpretação Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 370.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2001. 782p. RIO GRANDE DO SUL. TJRS. **A.I. 70018098004**. Des. Rel. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, j. em 20/12/ 2006. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70018098004&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%29&requiredfields=&as_q=>>. Acesso em: 14 set. 2011.

SANTA CATARINA. TJSC. **Apelação Cível 2009.061736-9**. Des. Rel. José Volpato de Souza, DOU 13/05/2010. Disponível em: <http://jurisprudenciabrasil.blogspot.com/2010/05/jurid-apelacao-civel-acao-de-obrigacao.html?utm_source=feedburner&utm_medium=feed&utm_campaign=Feed%3A+JurisprudnciaBrasil+%28Jurisprud%3AAncia+Brasil%29>. Acesso em: 14 set. 2011.

TORRES, Ricardo Lobo. A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. *In*: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 279-285.

_____. A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 2.

Recebido em: 06/11/2011

Pareceres emitidos em: 08/11/2011 e 19/11/2011

Aceito para a publicação em: 01/02/2012