

Redefinição do papel do Estado na prestação de serviços públicos: realização e regulação diante do princípio da eficiência e da universalidade

Dinorá Adelaide Musetti Grotti

Sumário: Introdução; 1 - As privatizações em face da crise fiscal e financeira do Estado; 2 - A Constituição Federal de 1988 e a universalização dos serviços públicos; 3 - Instrumentos para viabilizar as políticas de universalização; 3.1 Universalização e política tarifária; 3.2 Financiamento da universalização e subsídios; 4 - A atuação do Ministério Público; 5 - O papel do Poder Judiciário. Observações finais.

Introdução

As alterações efetuadas na quadra final do século passado, por conta da chamada Reforma do Estado, levaram a um desmonte do Estado prestador, produtor, interventor e protecionista, bem como a um redimensionamento de sua atuação como agente regulador da atividade econômica.

Via de consequência, diante das várias técnicas de reversão do estatismo, reaparece a discussão sobre o serviço público, na esteira de um amplo processo de privatização, por um lado, e liberalização, por outro, de alguns dos principais setores da economia, que até então se encontravam submetidos a um planejamento e gestão estatal, quase sempre monopólica.

Junto a esta alteração no modelo de Estado, o perfil do serviço público sofreu significativas inovações decorrentes de normas oriundas da Comunidade Européia, que buscaram dar um tratamento econômico a atividades que sempre foram consideradas serviços públicos, em especial mediante a inserção da concorrência nestas atividades como fundamento da eficiência, com base na ideologia do mercado. No dizer de Marçal Justen Filho:

"Reputa-se que o maior argumento contra o serviço público reside não no desempenho de atividades por parte do Estado, mas na ausência de concorrência. Um monopólio público é tão nocivo quanto um privado e o maior fator para gerar ineficiência e precariedade no âmbito dos serviços públicos reside na ausência de competição entre sujeitos diversos."

Não seria exagero afirmar que a teoria dos serviços públicos, no âmbito comunitário europeu, orienta-se não propriamente à extinção da figura, mas se volta a produzir a implantação da competição ou de mecanismos equivalentes à competição. O que se pretende é evitar que o Estado (ou um agente privado) valha-se da posição de monopólio para prestar atividades mais inadequadas e onerosas do que seria possível. Reputa-se que a intervenção regulatória estatal é insuficiente ou inadequada para gerar a ampliação da eficiência econômica indispensável à prestação de serviços adequados. A melhor alternativa é reduzir a intervenção estatal e ampliar os mecanismos de competição, que são o instrumento mais satisfatório para produzir eficiência."¹

No primeiro momento, não se formulou qualquer distinção entre serviço público e atividade

econômica em sentido restrito ². Veja-se que o Direito Comunitário não consagrou tratamento próprio e distinto para o serviço público, aludindo antes a "serviços econômicos de interesse geral", referido originariamente no art. 90-2, e depois no art. 86-2 ³, do Tratado de Roma e a que o Tratado de Amsterdã de 1997 deu ênfase especial, consolidando os avanços da Comunidade, ao erguê-lo ao plano dos valores comuns da União, destacando sua importância na "promoção da coesão social e territorial da União", em seu art. 86 ⁴. Nessa linha caminharam a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, de 08.12.2000, publicada no Diário Oficial das Comunidades Europeias de 18.12 ⁵ e o Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa ⁶, assinado em 29.10.2004 e publicado no Jornal Oficial da União Européia de 16.12.2004, conforme se constata do disposto nos artigos II-96 ⁷, III-122 ⁸, III-166-2 ⁹, III-238 ¹⁰, ¹¹.

Observa Almiro do Couto e Silva que

"a principal questão, nesse debate, é a compatibilização do conceito comunitário de serviço de interesse econômico geral, de raiz marcadamente liberal e muito próximo da noção anglo-americana de *public utilities* ¹², com o conceito francês de serviço público também adotado por outros países europeus ¹³. Enquanto o conceito de serviço público é um conceito jurídico, o que está expresso no Tratado de Roma é de índole econômica, conformado pela idéia de mercado (designadamente do mercado comum), de que a livre concorrência é, em princípio, inafastável. Já se percebe que esse debate interessa ao Brasil, pois nosso conceito de serviço público (...) é fortemente influenciado pela noção francesa. Essa noção, entretanto, na sua pátria de origem, desde Duguit até hoje, sofreu mutações profundas, sendo as mais significativas precisamente as decorrentes de normas comunitárias. Foi ela levada, por imposição daquelas normas, a acomodar-se com o mercado e com a concorrência, daí resultando o conceito de serviço público 'à la française', de que hoje tanto se fala" ¹⁴.

A influência comunitária atenuou a distinção entre os regimes jurídicos de atividade econômica privada e serviço público ¹⁵, suscitando debates quanto à utilidade da permanência do conceito de serviço público ou, pelo menos, a sua utilidade da mesma forma que antes, por haverem se modificado substancialmente os pressupostos econômicos, sociais, políticos e culturais, sobre os quais esta instituição surgiu e se desenvolveu.

Lembra Mônica Spezia Justen que,

"apesar desse cenário aparentemente avesso à preservação da idéia de serviço público, surge uma nova abordagem do tema que recupera um aspecto da relevância dos serviços públicos para construção de uma solidariedade social e de uma coesão social. Essa nova forma de compreender os serviços públicos implica a recondução desse instituto tipicamente de Direito Administrativo ao plano mais nobre em que um instituto jurídico pode existir: o plano do direito constitucional. Essa ponderação se faz em face da constatação de que os serviços públicos estão umbilicalmente unidos aos princípios emanados constitucionalmente" ¹⁶.

1 - As privatizações em face da crise fiscal e financeira do Estado

O Estado brasileiro ¹⁷ não escapou às novas tendências e adotou como meta a redução de suas próprias dimensões: várias empresas estatais, inclusive as prestadoras de serviço público, ou áreas absorvidas pelo Estado foram transferidas para o setor privado; a concepção tradicional de serviço público foi atingida e o regime de exploração dos serviços públicos sofreu alterações, admitindo-se a exploração em regime privado, por meio de autorizações, ao lado das concessões e permissões, que ressurgem com uma nova roupagem, introduzindo-se a gradativa competição entre prestadores, por diversos mecanismos, como fundamento da eficiência, com base na ideologia do mercado, sujeitando-se tanto a regimes de regulação como às regras nacionais de defesa da concorrência.

Forçoso é reconhecer que, no Brasil, as privatizações de empresas estatais e a redescoberta das concessões ocorreram especialmente em face da chamada crise fiscal e financeira do Estado de caráter eminentemente conjuntural, levada a cabo primordialmente para dar condições de sobrevida ao plano de estabilização econômica adotado com o Plano Real e, na verdade, pouco contribuíram para a melhora do serviço público e "para um projeto de reforma do Estado em que a reestruturação do setor público fosse encarada como uma oportunidade para a criação de formas institucionais inovadoras e principalmente adaptadas às particularidades do país", um país em desenvolvimento, que devia promover a expansão de suas redes e garantir o acesso aos usuários considerados não-econômicos em um contexto pós-privatização. Essa falta de visão estratégica e de planejamento de longo prazo gerou boa dose de inadequação dos meios aos fins e uma série de problemas para a regulação dos setores privatizados, particularmente aqueles sob o regime legal de serviço público ¹⁸. No dizer de Diogo Rosenthal Coutinho, a privatização deve,

"como toda política econômica, levar em conta as particularidades do país em que é introduzida. No caso da regulação econômica que se segue às privatizações no Brasil, um país em desenvolvimento, trata-se do desafio de dosar duas racionalidades opostas: a vantagem oferecida à empresa privada pela exploração rentável do serviço público e sua contrapartida: obrigações de investimentos, continuidade e tarifas acessíveis.

Em que proporções se traduz essa dosagem quando as privatizações acontecem em um país como o Brasil, marcado por desigualdades sociais, que tem um mercado interno cuja capacidade de consumo é potencialmente extraordinária ao mesmo tempo que uma parcela considerável da população não tem acesso a serviços essenciais?" ¹⁹.

Desde a óptica das reformas liberalizantes ocorridas e, em especial, da atividade de regulação que as sucedeu, pergunta-se se é justificável a distinção entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento (como passaram a ser conhecidos os países pertencentes ao bloco dos subdesenvolvidos, ou seja, os países pobres do mundo)?

Fácil é verificar que países em desenvolvimento vêm construindo estruturas de regulação em contextos muito distintos dos do mundo desenvolvido. Enquanto os países do mundo desenvolvido

durante décadas desenvolveram políticas de planejamento e investimento maciço em infraestrutura e a universalização ao serviço público era uma tarefa praticamente cumprida, os países em desenvolvimento devem expandir as suas redes e promover a prestação dos serviços a muitos usuários tidos como não-econômicos [20](#).

As peculiaridades e problemas ímpares dos países em desenvolvimento, nos quais há agravada problemática em torno do acesso a serviços essenciais, evidenciam a relevância de estratégias regulatórias diferenciadas daquelas adotadas pela regulação convencional do mundo desenvolvido. Essa constatação pode ser feita, por exemplo, "em função dos antecedentes de crises fiscal, financeira e externa dos anos 1980 (que afetaram especialmente a América Latina), das carências e déficits de infra-estrutura de serviços públicos, da dificuldade em capacitar o corpo técnico para a regulação e, de maneira ampla, dos desafios que a construção de uma autonomia regulatória engendra" [21](#).

Nesse contexto de subdesenvolvimento, a relação equidade/eficiência também assume feições distintas, devendo a regulação levar em consideração aspectos redistributivos em maior intensidade, pois "a equidade como justiça distributiva é claramente acolhida pela ordem econômica e seus princípios no caso brasileiro - dependendo a realização de um raciocínio jurídico a respeito deste ponto de casos concretos que suscitem a interpretação de textos normativos e a produção da norma jurídica" [22](#).

Observe-se que o subdesenvolvimento pode ser medido de diferentes maneiras. Dentre elas, a falta de uma infra-estrutura que dê suporte para as atividades econômicas, cujo fluxo depende de meios físicos e instalações, como redes de energia elétrica, telecomunicações, gás natural, ferrovias, rodovias, hidrovias, portos, aeroportos, transporte urbano e saneamento básico. Não é à toa que provisão de infra-estrutura seja um dos assuntos mais debatidos nas teorias do crescimento econômico [23](#).

Todavia, o problema de acesso pode estar relacionado à capacidade aquisitiva dos consumidores (e não à oferta de acesso decorrente de gargalos de fornecimento). Como bem pondera Alexandre Ditzel Faraco,

"é preciso ponderar que muitas vezes a mera difusão do acesso apenas atenderá a uma demanda reprimida de quem tem mais poder aquisitivo, não gerando um processo de inclusão no mercado consumidor daqueles para quem não é economicamente viável oferecer o serviço (o que conduz novamente à conclusão de que a universalização exige políticas públicas e específicas e não dependentes dos objetivos concorrenciais)" [24](#).

Há ainda um outro ponto de vista relevante: o estudo econômico das externalidades sociais positivas que os investimentos em expansão da infra-estrutura geram. Externalidades [25](#) são tradicionalmente classificadas como um tipo de falha de mercado e ocorrem quando efeitos sociais (positivos ou negativos) não são refletidos nos preços de determinado produto.

"O exemplo do setor da educação ilustra bem a idéia. Jamais o que o estudante está disposto ou tem condições de pagar pela escola pode remunerar o imenso benefício

social trazido pela educação de cada indivíduo. Até porque esse benefício não é passível de remuneração. Isso responde pelos maus resultados na educação quando sujeita às regras de mercado - ou a escola privada desvirtua o sistema educacional, oferecendo ensino de baixa qualidade e, portanto, deixando de produzir externalidades sociais positivas, ou o preço cobrado pelo ensino geralmente torna-o inacessível à grande maioria, o que também gera grandes externalidades sociais negativas." [26](#)

Outros exemplos de externalidades sociais positivas podem ser considerados os benefícios socioeconômicos gerados por investimentos em energia elétrica, telecomunicações e transportes em uma determinada região e a melhoria da saúde da população que resulta de investimentos em saneamento básico.

2 - A Constituição Federal de 1988 e a universalização dos serviços públicos

O Brasil tem uma base constitucional do serviço público. Embora não haja uma definição constitucional, vários referenciais da Lei Fundamental de 1988 demonstram o préstimo jurídico da noção e os princípios fundamentais que lhes conferem prerrogativas e restrições especiais em relação aos particulares [27](#), dentre os quais se destaca o da generalidade dos serviços públicos [28](#).

Tal princípio, também chamado, com mais propriedade, de universalidade dos serviços públicos - que alguns vêem como um princípio autônomo -, é uma manifestação do princípio da igualdade, isto é, a possibilidade de que o serviço possa ser exigido e usado por todos, ainda que limites quantitativos possam ser impostos na operação do serviço, por razões materiais e de segurança. Aliás, se o serviço não se destina a ser ofertado a um número indeterminado de usuários, sequer se caracteriza como público. Significa, portanto, que os mesmos devem atender a todos que deles necessitem, indistintamente, independentemente do poder aquisitivo, satisfeitas as condições para sua obtenção [29](#). Sua manutenção se constitui num dever legal, podendo ser exigidos tanto daqueles que tenham a competência para instituí-los quanto daqueles que os executem.

Esta característica deve ser valorizada por estar relacionada com os fins do Estado e com os princípios constitucionais garantidores da cidadania (art. 1º, inc. II) e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da CF/88), da igualdade (art. 5º, *caput*) e com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, arrolados no art. 3º da Constituição Federal de 1988, quais sejam: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária (princípio da solidariedade); II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (princípio distributivo); IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Este último inciso resume, de certo modo, o sentido global da norma. O Estado Social é, fundamentalmente, um promotor do bem-estar coletivo. Sua legitimidade consiste, antes de tudo, na promoção do bem comum, pelo desempenho de uma atividade programada nos mais diversos setores.

A universalização tem arrimo forte também nos princípios estruturantes da ordem econômica,

basicamente a justiça social (artigo 170, caput) e a redução das desigualdades sociais e regionais (artigo 170, VII).

A Lei Maior consagra ainda expressamente esse princípio nos artigos 196, *caput*, quanto à universalização das ações e serviços de saúde, e 208, II, e 211, § 4º, quanto ao ensino, bem como na legislação infraconstitucional.

Ademais, por exigência constitucional (art. 175, parágrafo único, inciso IV), os serviços públicos deverão ser prestados, independentemente da sua forma de prestação, de modo adequado. A Constituição brasileira, pois, determina que a lei, ao dispor sobre a prestação dos serviços públicos, imponha a seus prestadores a "obrigação" (dever, rigorosamente) "de manter serviço adequado", mas deixa ao legislador ordinário a tarefa de definir quais sejam os parâmetros do que se deva considerar como tal.

O conceito de serviço adequado, ainda que genérico e indeterminado, foi detalhado na Lei Federal nº 8.987, de 13.02.95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, como sendo "o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas" (art. 6º, § 1º), aos quais deve ser acrescentado "o direito a tratamento igualitário, que constitui aplicação do princípio da isonomia", que domina todas as formas de atuação do Poder Público, como uma consequência ou corolário do princípio da igualdade de todos perante a lei, consignado no art. 5º, caput, da Constituição brasileira de 1988, e que se impõe também na prestação dos serviços públicos [30](#).

Via de consequência, a regra do artigo 6º da Lei nº 8.987/95, além de sintetizar princípios gerais operativos dos serviços públicos concedidos ou permitidos, consagra disciplina que se aplica à Administração Pública extensivamente. Se esse diploma legal estabelece as qualificações para caracterizar o serviço público, a ele aplicável enquanto objeto de concessão ou permissão, tais índices de exigência também devem prevalecer na prestação de serviços efetuada diretamente pelo Poder Público. Todo serviço público, simplesmente por sê-lo, deve ser prestado adequadamente, o que significa, basicamente, ser dotado das características acima referidas, incluída a generalidade.

Por sua vez, a Lei Federal nº 9.074, de 07.07.95, que estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos, em seu art. 3º, inciso IV, impõe ao poder concedente "o atendimento abrangente ao mercado, sem exclusão das populações de baixa renda e das áreas de baixa densidade populacional, inclusive as rurais".

A simples leitura do texto acima transcrito revela a importância da questão do ponto de vista social, vedando a "elitização do serviço público" e a criação ou reforço de "graus de cidadania na sociedade", uns participando do Poder Público e recebendo seus serviços e outros excluídos da sociedade civilizada e de seus benefícios [31](#).

A generalidade não é senão a igualdade dentro do critério da proporcionalidade, onde os iguais são tratados igualmente na proporção de suas igualdades e os desiguais são tratados desigualmente na proporção de suas desigualdades. A fixação de regras distintas nesses casos não ofende o princípio da igualdade.

Assim, a prestação dos serviços públicos deve considerar as condições e as diferenças sociais dos usuários e a determinação da expansão dos serviços voltada para a consecução do atendimento universal, de modo a possibilitar o acesso a tais serviços a todos, "independentemente das forças do mercado".

"Toda política de universalização tem, pois, um viés distributivista voltado a realizar a justiça social e a redução das desigualdades. Segue daí que, sempre, para se consagrar o princípio da universalização, o poder público terá que eleger os grupos que estão a necessitar de políticas específicas para serem incluídos no acesso e fruição do serviço. É dizer: como em qualquer política pública, não se concebe universalização sem eleição dos segmentos da sociedade beneficiários desta política. Definir uma política pública de universalização (...) compreende três passos: I) eleger a parcela de beneficiários; II) indicar as fontes de financiamento dos custos desta política (e, por conseguinte, selecionar entre quais parcelas da sociedade serão repartidos estes ônus); e, finalmente, III) escolher os mecanismos adequados aos objetivos de universalização e definir a cronologia e a gradação de sua implementação." [32](#)

3 - Instrumentos para viabilizar as políticas de universalização

Não há dúvida de que esta linha legalmente prescrita leva a uma série de medidas subseqüentes que compreende a política tarifária para a remuneração dos serviços, subsídios cruzados, subsídios orçamentários, planejamento da execução e expansão dos serviços, gerenciamento das concessões, sistemas de controle; política social; sistema de financiamento; participação da comunidade, etc.

3.1 Universalização e política tarifária

A adoção de uma política tarifária que oportunize condições de acesso e fruição dos serviços a parcelas da sociedade que não possuam condições econômicas para efetuar o pagamento da tarifa economicamente razoável é uma das principais formas de se promoverem políticas de universalização [33](#).

"Isso se dará não só pelo respeito ao princípio da modicidade tarifária, como pela eventual introdução de uma tarifa social [34](#) dirigida a parcelas desafortunadas, de modo a permitir que estas tenham acesso à fruição dos serviços públicos. A política tarifária pode então assumir o caráter redistributivista típico de uma política pública, de modo a beneficiar parcela da sociedade considerada hipossuficiente aos ônus inclusive de parcela considerada hipersuficiente." [35](#)

Um sem-número de objetivos podem ser legitimamente buscados ao se disciplinar o regime tarifário de um determinado serviço público [36](#). Ao estabelecer no artigo 175, parágrafo único, inciso III [37](#), que a lei disporá sobre a *política tarifária*, o Texto Fundamental de 1988 deixou ao legislador infraconstitucional a definição e a determinação dos princípios a orientarem tal política e a escolha entre as possíveis opções no tocante à regulação do s preços.

Concretamente, verifica-se que a Lei Federal nº 8.987/95 introduziu uma série de preceitos que podem representar, por si sós, o fundamento de validade de medidas administrativas em matéria tarifária. Dentre eles se destaca o *princípio da modicidade tarifária* (arts. 6º, §§ 1º e 11) [38](#), que de certa forma é um corolário da generalidade, pois sua observância propicia o amplo acesso de todos que tenham necessidade do serviço [39](#); nada impede, outrossim, que o Poder Público adote, por exemplo, a fixação de tarifas mais acessíveis ao usuário (preço político) e compense o concessionário, por outra forma, para manter hígido o equilíbrio econômico-financeiro firmado no contrato.

Nessa linha de entendimento, a Lei nº 8.987/95 previu a possibilidade de fixação de tarifas diferenciadas "em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários" (art. 13). Assim, não se vê impedimento na fixação, por exemplo, de tarifas de energia elétrica diferenciadas para residências, estabelecimentos prestadores de serviços, estabelecimentos comerciais e industriais. Também parece não existir impedimento à fixação de tarifas progressivas, em função do maior consumo.

A Lei 8.987/95, ao autorizar o tratamento diferenciado nas situações acima descritas, respeitou o campo do legislador específico a ser ditada pelo ente titular do serviço público e não impediu que outros critérios de diferenciação de tratamento tarifário sejam lançados em legislação específica de cada serviço. Pode ser estabelecido tratamento tarifário diferenciado apenas para determinadas categorias de usuários, buscando-se, com isso, o atendimento de uma política pública. Assim ocorre quando na legislação de regência de um dado serviço (como o de transporte coletivo de passageiros) é conferida gratuidade ou regime diferenciado a pessoas acima de determinada idade, a desempregados, a estudantes, a aposentados, etc. [40](#).

A distinção não ocorre por força de razões técnicas ou de custo do serviço, mas em razão da implementação de uma dada política pública. Desde que tal tratamento seja para o atendimento de um fim público (assim como a proteção ao idoso, a busca do pleno emprego e o incentivo à educação), não afronta o princípio da isonomia. Havendo um nexo lógico entre a diferenciação tarifária estabelecida e o fim de interesse público perseguido, não haverá ofensa ao princípio da isonomia e sim instituição legítima de uma política pública por meio do regime tarifário [41](#).

Por vezes, a tarifa pode ser empregada como mecanismo de racionalização do consumo nos serviços públicos em que o uso indiscriminado pode comprometer a continuidade de sua fruição (por exemplo, energia elétrica e abastecimento de água). Através de um aumento generalizado de tarifas, da criação de níveis tarifários em função da variação de consumo ou de metas que visem à sua redução, é possível criar um estímulo econômico para que ocorra uma redução na demanda e, com isso, preservar sua continuidade, estabelecendo-se uma política tarifária com tal objetivo [42](#).

Ainda nos termos do artigo 11 da Lei nº 8.987/95, "no atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, a possibilidade de previsão de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas".

Deve-se, ainda, anotar que a *cobrança pela outorga da concessão* pode significar um risco à observância do princípio da modicidade das tarifas. Ao cobrar pela outorga, o Poder Público

aumenta os custos que o concessionário terá para prestar o serviço delegado. Como consequência, "a tarifa há de ser maior neste sistema do que nos tradicionais, em que não se faz a cobrança" [43](#), pois

"a tarifa paga pelo usuário é não apenas uma contraprestação pelos serviços a ele oferecidos, mas também um pagamento em benefício dos cofres públicos. Trata-se de uma forma indireta e oculta de apropriação da riqueza privada pelo Estado, que não se subordina ao regime tributário. Os valores correspondentes a essa tributação oculta são transferidos para a tarifa e exigidos dos usuários sem submissão ao regime jurídico correspondente" [44](#).

Aliás, e em grande parte dos casos, os valores *extremamente elevados das tarifas públicas brasileiras são o resultado da avidez* estatal por recursos. Não é incomum que parte significativa das tarifas se direcione à satisfação dos encargos gerados pela cobrança pelo poder concedente de encargos em razão da outorga.

Além disso, no dizer de Marçal Justen Filho, "*a concessão é um instrumento de implementação de certas políticas públicas*. Não é pura e simplesmente uma manifestação da atividade administrativa contratual do Estado. Muito mais do que isso, é uma alternativa para realização de valores constitucionais fundamentais" [45](#).

3.2 Financiamento da universalização e subsídios

"Uma política de universalização (...) é uma política compensatória. Seu objetivo primordial é atender, na oferta de uma utilidade pública (bem ou serviço essencial), a uma parcela da sociedade que, pelo livre agir das forças de mercado (mesmo com mecanismos concorrenciais fortes), não seria atendida. (...)

Universalizar um serviço, porém, enseja custos. E, como toda política pública, enreda duas decisões fundamentais: I) quem paga pelos custos, ou seja, a definição das fontes de financiamento desta política de tarifas diferenciadas e II) quem dela deve se beneficiar, o que remete aos critérios (e eventuais limites) de elegibilidade dos grupos potencialmente beneficiados por estas medidas." [46](#)

A reestruturação de diversos setores de serviços públicos com a transferência de atividades para a iniciativa privada e a introdução da competição trouxe a necessidade de explicitação das fontes de financiamento das obrigações de universalização.

O art. 35, *caput*, da Lei nº 9.074/95 exige que a concessão de novos *benefícios tarifários*, para além daqueles constantes da política tarifária geral, seja acompanhada de prescrição legal determinando a origem dos recursos aptos a neutralizar seu impacto [47](#). Ressalte-se que tal regra efetiva para os serviços públicos em geral foi afastada pela Lei Geral das Telecomunicações, que delegou ao Presidente da República a prerrogativa de indicar as fontes de custeio das obrigações de universalização dentre aquelas que, de antemão, arrolou (artigo 81) [48](#).

Paira dúvida sobre a viabilidade de outorga de *subsídio* pelo poder concedente para composição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. A interpretação *a contrario sensu* do art. 17 da Lei nº 8.897/95 [49](#) leva à conclusão de que inexistente impedimento para o estabelecimento do subsídio pelo Poder Público, desde que haja previsão legal e esteja à disposição de todos os concorrentes [50](#), [51](#).

Há que se distinguir o *subsídio externo* e o *subsídio cruzado*. O subsídio cruzado - aquele que se estabelece internamente à prestadora - se contrapõe ao subsídio externo, advindo de fonte situada fora do âmbito da prestadora (como os subsídios públicos, de origem orçamentária ou de fundo específico).

O subsídio cruzado consiste na transferência de recursos obtidos num determinado segmento de usuários para outro, a fim de que o segmento beneficiado possa pagar valores mais baixos. Na maioria das situações, é um efeito buscado pela regulamentação como mecanismo para viabilizar o atendimento da política pública que visa à universalização do serviço, isto é, que busca torná-lo acessível ao maior número possível de usuários, encontrando legitimidade no princípio da modicidade das tarifas, previsto expressamente na lei geral de concessões. Para que o serviço considerado essencial seja levado a todos os potenciais usuários a valores acessíveis torna-se indispensável a intervenção do poder concedente para viabilizar economicamente a oferta do serviço. Dessa forma, a categoria de usuários de custo menor acaba gerando um ônus financeiro maior do que o necessário para que, com a sobra de recursos proporcionada, seja possível financiar a prestação do serviço a tarifas módicas para outras categorias de usuários.

Vários são os exemplos desta prática. "As tarifas cobradas de usuários urbanos do serviço de energia elétrica em diversos sistemas jurídicos são destinadas a subsidiar a eletrificação rural [52](#). No Brasil, antes da desestatização do setor de telecomunicações, os usuários da telefonia de longa distância (chamadas interurbanas) eram os responsáveis diretos para o subsídio ao baixo valor cobrado da telefonia local (pelo pulso e pela assinatura do serviço). No transporte coletivo de passageiro, os usuários dos subúrbios distantes pagam tarifas iguais aos usuários das regiões centrais, muito embora os custos para a prestação dos serviços a estes últimos sejam consideravelmente maiores. E assim por diante.

A prática de subsídios cruzados era, e continua sendo, um dos mais importantes fundamentos para justificar a manutenção - e em alguns casos a criação - de monopólios para a prestação de serviços públicos. O argumento empregado é o de que somente com o monopólio da exploração econômica dos vários segmentos do serviço público seria possível oferecê-lo quando a exploração econômica autônoma fosse inviável. Somente um explorador em regime de monopólio poderia transferir os ganhos obtidos num dado segmento para outros, que fossem deficitários.

Para buscar o objetivo acima descrito - de equalização das tarifas, independentemente dos custos reais proporcionados pelos diferentes segmentos de usuários -, o subsídio cruzado foi, e continua sendo, um dos importantes instrumentos de realização de política tarifária" [53](#).

Devido à introdução da concorrência na prestação do serviço público, a *prática de subsídios cruzados foi vedada em alguns setores*, justificada pela "necessidade de se criarem condições isonômicas entre os diversos competidores" e evitar a concorrência desleal entre os prestadores de serviços. Esses objetivos seriam afetados por aquela prática, pois, é "nos segmentos mais rentáveis

(fontes dos subsídios) que se alocam os mercados mais propícios à competição" [54](#). Ademais, "o agente que ocupasse posição mais forte no mercado (uma posição de dominação) poderia, por meio de subsídios entre serviços ou segmentos de usuários, reduzir artificialmente suas tarifas, buscando, com isso, prejudicar a concorrência" [55](#).

Foi o que ocorreu, por exemplo, no setor de telecomunicações no Brasil. A Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472, de 16 de julho de 1997), que instituiu um novo marco regulatório para o setor, vedou expressamente a prática de subsídios cruzados entre serviços. De um lado, considerou-a conduta anticoncorrencial, proibindo-a *a priori* como conduta empresarial das operadoras daquele setor; de outro, a excluiu como fonte de recurso para a universalização de serviços [56](#). O subsídio cruzado como fonte de recursos para a universalização foi admitido apenas em caráter transitório, para uso eventual da criação do fundo (art. 81, parágrafo único, I, da Lei Geral de Telecomunicações) [57](#), [58](#), o que só veio a acontecer com a edição da Lei nº 9.998 [59](#), de 17.08.2000, três anos depois da promulgação da LGT. Portanto, a regra excepcional e transitória não deveria mais ser aplicada, haja vista que desde a edição dessa Lei já se encontra instituído o Fust, devendo os custos não-recuperáveis das obrigações ser custeados por esses recursos. Todavia, não é o que se tem verificado.

"Não apenas as obrigações de universalização constantes do primeiro PGMU (aprovado pelo Decreto nº 2.592/98), quanto às novas obrigações constantes do segundo PGMU (Decreto nº 4.769/03, com vigência a partir de 1º de janeiro de 2006), são e seguirão sendo financiadas pela própria concessionária (sem aportes de recursos do Fust ou de fonte orçamentária), o que significa dizer que seguirão advindo de subsídios entre modalidades de serviços e principalmente subsídios entre segmentos de usuários.

Trata-se, a meu ver, de evidente distorção da regra prevista na LGT no tocante ao financiamento das metas de universalização. O correto seria que fossem apuradas as parcelas irre recuperáveis destas obrigações e que as mesmas passassem (ao menos para as obrigações a viger no período de concessão, constantes do segundo PGMU) a correr por conta do Fust. Ocorre, contudo, que esta não foi a opção adotada pelo PGMU. Diante do fato de o Fundo já ter sido constituído, restaria vedada esta opção. Em sentido contrário se tem sustentado que a Lei nº 9.998/00 (justamente a lei que instituiu o Fust) aludiu ao emprego dos recursos na complementação de metas estabelecidas no PGMU, o que permitiria dizer que a lei teria admitido a existência de obrigações de universalização não custeadas pelo Fundo e, por conseguinte, passíveis de correr por conta dos subsídios entre serviços ou usuários. Sendo assim, por esta linha de interpretação, teria a lei nova (Lei do Fust) ampliado a vigência da regra do parágrafo único do artigo 81 da LGT, conferindo ultratividade para as duas fontes excepcionais de financiamento ali contidas. É uma tese." [60](#)

Nos setores que experimentaram esta alteração de regime jurídico, a universalização dos serviços passou a ser atendida por meio de recursos do próprio orçamento governamental ou por meio de fundos setoriais, cuja manutenção recai sobre todos os agentes do mercado [61](#).

Vários são os meios que o ordenamento jurídico coloca à disposição dos administrados, com vistas

a exigir e assegurar a responsabilização estatal, destacando-se que o Ministério Público e o Poder Judiciário muito têm contribuído para conferir efetividade aos direitos econômicos, sociais e culturais.

4 - A atuação do Ministério Público

A Instituição foi fortalecida na Constituição Federal de 1988 com novas garantias e em virtude do alargamento de suas funções, definindo-o no art. 127 como "instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis"[62](#), [63](#).

Transformou-o em um verdadeiro defensor da sociedade, tanto no campo penal quanto no campo cível, como fiscal dos demais Poderes Públicos e defensor da legalidade e da moralidade administrativa, inclusive cabendo-lhe promover judicialmente a *ação civil pública* (se houver violações legais, não havendo possibilidade de ajustamento)[64](#) e extrajudicialmente o *inquérito civil* (instrumento de procedimento investigatório), o *compromisso de ajustamento de conduta* [65](#) (se houver acerto entre as partes) e *recomendações*, para a imposição de obrigação de fazer à Administração, atuando obrigatoriamente no processo, quando não for parte, como fiscal da lei. Pode, ainda, utilizando-se da estrutura da Promotoria, auxiliar, indiretamente, aqueles órgãos que também exercem a função de formuladores de política pública, através de fornecimento de informações, ou dados relativos à questão tratada.

O Compromisso de Ajustamento de Conduta, previsto no art. 5º, § 6º, da Lei 7.347/85, visa a adequar a atuação dos órgãos públicos ou entes privados às normas constitucionais e legais, podendo ser deduzido no curso do Inquérito Civil Público ou procedimento administrativo correlato. Quando realizado no curso do Inquérito Civil Público, o compromisso terá a natureza de acordo extrajudicial de ajustamento, sem necessidade de homologação judicial e nele são ajustados prazos e condições à implementação das políticas públicas adequadas, não podendo isto implicar qualquer renúncia a direitos ou aceitação de condutas ilegais [66](#).

No caso de omissão, inexistência, ou deficiência de políticas públicas, pode o Ministério Público, via ação judicial, ou extrajudicial, intervir para a sua concretização e, com isto, fazer com que os direitos sociais e fundamentais previstos no Texto Constitucional e na legislação infraconstitucional se tornem realidade.

Destaca Fábio Konder Comparato que, no Estado contemporâneo, o Ministério Público tem duas atribuições, a *impediente* e a *promocional*: a impediente, "pela atribuição constitucional que lhe foi dada de impugnar em juízo os atos dos demais Poderes, contrários à ordem jurídica e ao regime democrático", e a promocional, pela nova "atribuição de promover a realização dos objetivos fundamentais do Estado, expressos no art. 3º da Constituição, pela defesa dos interesses individuais e sociais indisponíveis, consubstanciados no conjunto dos direitos humanos".

A conjugação dessas duas atribuições "faz do Ministério Público um órgão eminentemente ativo, que não pode nunca recolher-se a uma posição neutra ou indiferente diante da violação de direitos

fundamentais, mormente quando esta é perpetrada pelos Poderes Públicos" [67](#).

Ressalta ainda esse Autor a importância do Ministério Público [68](#) no controle da execução orçamentária, observando que ele deveria pedir, com frequência, no exercício de seu dever de fiscalização da ação governamental, auditorias dos Tribunais de Contas, para a verificação do cumprimento das diretrizes, metas e objetivos dos orçamentos plurianuais, bem como para constatar se as diferentes unidades da Federação cumprem as determinações constitucionais de vinculação de receitas asseguradas pela Carta Magna às áreas de saúde e educação (CF, art. 198, §§ 2º e 3º, e art. 212). Também a Emenda Constitucional 31, de 14 de dezembro de 2000, instituiu o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza - com o objetivo de viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência -, cujos recursos, discriminados no art. 80 do ADCT, serão aplicados em ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social, voltados para a melhoria da qualidade de vida.

Apesar de ser a área de atuação do Ministério Público bastante ampla, com o objetivo de aprimorar a vocação democrática do Ministério Público com a defesa intransigente dos interesses sociais e individuais indisponíveis, que configuram a essência dos direitos humanos, propõe Fábio Konder Comparato que referida instituição

"deveria pautar seu programa funcional, prioritariamente, em três direções: 1) potencializar suas prerrogativas constitucionais de ação judicial em favor das classes e grupos sociais desfavorecidos, fiscalizando e impugnando a elaboração e a execução dos diferentes orçamentos na parte referente às políticas públicas destinadas a estender e a aprofundar os direitos econômicos, sociais e culturais; 2) realçar essa atuação judicial pelo estabelecimento de compromissos de ajuda mútua com as diferentes organizações governamentais e associações civis que defendem esses direitos fundamentais; 3) firmar convênios com os Ministérios Públicos Estaduais e do Distrito Federal para o desenvolvimento de um trabalho comum nos setores em que as políticas públicas ligadas aos direitos fundamentais de caráter socioeconômico são da competência conjunta das diferentes unidades da Federação Brasileira, como ocorre nas áreas de educação e saúde." [69](#)

5 - O papel do Poder Judiciário

Como a efetividade de direitos no mais das vezes se traduz por meio de prestações materiais, atuações positivas, a intervenção do Judiciário na implementação dessas políticas, na hipótese de omissão do Executivo, tem sido tema de um acirrado debate.

De um lado, há os que denunciam a crescente intromissão do Poder Judiciário nas atividades administrativas, configurando o que José Afonso da Silva chama de judicialismo, ou seja,

"o movimento ou a prática que conduz o Judiciário a intrometer-se nas atividades da Administração Pública, a título de verificar a ocorrência de improbidade. Preocupa, contudo, a possibilidade real de o Judiciário se imbuir da função de guarda da

moralidade pública e, a pretexto de exercê-la, avançar ao fundo do mérito, da oportunidade e conveniência de atividade da Administração Pública. No âmbito municipal isso já vem acontecendo de modo preocupante. Não se trata aqui da velha questão do governo dos juízes, mas de uma forma de controle de ações governamentais, que, por ir além da razoabilidade a que se há de ater a jurisdição, terá forte conteúdo político a entravar a atuação do governante." [70](#)

Nessa linha, Adilson Abreu Dallari denuncia os excessos ou desbordamentos do controle da legalidade, invadindo o mérito da atuação administrativa [71](#).

De outro lado, há aqueles que defendem que as normas programáticas podem legitimar o particular a exigir uma prestação positiva do Estado em determinado sentido. Assim, Luiza Cristina Fonseca Frischeisen sustenta que o Judiciário deve "garantir a aplicação dos direitos sociais, ao julgar ações civis públicas que visem a impor obrigações de fazer aos administradores, omissos na implantação das políticas públicas da ordem social fixadas na Constituição Federal". E, mais adiante, complementa:

"Na hipótese da propositura de ação civil pública, visando à obrigação de fazer para a administração a implantação de um direito social, que pertence, portanto, a mais de uma pessoa, podendo mesmo pertencer a toda uma comunidade, o Juiz deverá dizer, então, qual é a obrigação da administração, o que muitas vezes implica uma opção entre várias possibilidades, devendo o magistrado verificar, dentro dos ditames constitucionais e legais, qual delas causa maior benefício ou menor dano para a comunidade e seus integrantes, considerados quer individualmente, quer coletivamente." [72](#)

Para Cíntia Lucena:

"Mesmo quando algumas ações não estão previstas em lei como prestações devidas pelo Estado para a garantia do direito à saúde, pode-se aplicá-lo diretamente quando estiver em risco a continuidade da vida humana, que só passa a ser garantida com a intervenção estatal. Nesses casos, o fundamento reside na obrigação de o Estado garantir um nível de vida para seus cidadãos que seja compatível com o princípio da dignidade da pessoa humana, cabendo ao Judiciário determinar o cumprimento dessa obrigação." [73](#)

Américo Bedê Freire Junior, ao analisar decisão apontada como emblemática do Supremo Tribunal Federal (AGRRE - 271.286/RS, Relator Ministro Celso de Mello [74](#)), salienta que ela representa uma alteração da concepção das normas constitucionais, passando o intérprete a ter o dever, e não meramente o poder, de implementar a Constituição. Frisa que não pretende colocar o Judiciário acima dos demais poderes, pois, ao contrário, foi outorgada ao Executivo e ao Legislativo a tarefa de proporcionar a efetivação da Constituição; contudo, quando tal mister não foi cumprido, não pode o juiz ser co-autor da omissão e relegar a Constituição a um nada jurídico [75](#).

Apesar das divergências existentes e de se reconhecer que grande tem sido a contribuição do Judiciário no controle das políticas públicas para garantir a sua efetividade, não há como aceitar a

competência do Judiciário para decidir sobre prioridades da Administração, pois, no dizer de Adilson Abreu Dallari, "isso viola o princípio da separação de poderes (ou, mais exatamente, de funções governamentais), agride o princípio representativo, não se coaduna com o planejamento democrático e desmantela todo o sistema de elaboração e execução orçamentária" [76](#).

Impõe-se ainda ressaltar que, se por um lado norma programática não cria a capacidade de exigir determinada prestação positiva do Poder Público, resta assentado na doutrina que o particular fica, por meio dela, investido de um poder jurídico de exigir uma *abstenção*, em face de leis e de atos administrativos que sejam manifestamente contrários aos ditames do comando programático [77](#). Essa é a posição de boa parte da doutrina [78](#), valendo transcrever os ensinamentos de Canotilho:

"Pode censurar-se, através do controle da constitucionalidade, atos normativos densificadores de uma política de sinal contrário à fixada nas normas-tarefa da Constituição. Mas a *política deliberativa* sobre as *políticas* da República pertence à política e não à justiça." [79](#)

Reconhece-se, outrossim, nas normas programáticas a capacidade de orientar a criação e a aplicação da lei [80](#). Nessa esteira todas as funções estatais ficam adstritas às tarefas previstas na Constituição: o legislador, ao elaborar projeto de lei, não pode furtar-se à observância dos programas erigidos na ordem constitucional. O administrador, ao exercer sua competência discricionária, deve ter em conta as finalidades perseguidas pela norma constitucional. É a eficácia interpretativa da norma programática "que ultrapassa, nesse ponto, a outras do sistema constitucional ou legal, porquanto apontam os fins sociais e as exigências do bem comum, que constituem vetores de aplicação da lei" [81](#). De igual modo o juiz, ao aplicar a lei ao caso concreto, também deve valer-se de interpretação que se harmonize com os preceitos programáticos, ou seja, que caminhe na direção norteadada pela Lei Maior.

Observações finais

1. Embora se reconheça que, modernamente, a noção de serviço público já não tem a função ímpar que outrora lhe coube, quando foi apresentada como operatória para caracterizar sozinha o direito administrativo e invocada, na França, como critério delimitador da competência da jurisdição administrativa (o que é irrelevante para os países de jurisdição una, como o nosso), não se deve radicalizar a crítica a ponto de retirar todo préstimo à noção jurídica de serviço público, na qual o Estado de bem-estar viu um instrumento capital para seu próprio desenvolvimento e consagração, em especial nos Estados pobres, onde permitiu melhorar a situação de todos.
2. O serviço público, como toda instituição jurídica, sofre as transformações impostas pelo momento histórico em que se desenvolve e, para sobreviver, precisa adaptar-se a elas.
3. Diante das modificações ocorridas nos últimos anos na estrutura do Estado em geral, e nos serviços públicos em particular, põe-se o problema de saber qual o direito que regulará as atividades consideradas socialmente importantes, quais os modos de garantir a realização das finalidades do serviço público num contexto de competição.
4. Encontrar a medida exata entre a proposta social de bem-estar e a proposta econômica de serviços públicos atual apresenta-se como um dos grandes desafios deste século.

5. É imprescindível que a regulação para a competição dos setores envolvidos não constitua mera obediência às leis do mercado, nem se faça às custas do aprofundamento das iniquidades sociais e do aviltamento do indivíduo, devendo orientar-se pelo respeito aos direitos fundamentais e pelo exercício pleno da cidadania, que inclui uma consciência de dignidade, por serem os únicos meios de evitar uma total adesão às regras do mercado.

6. Daí a importância de que a regulação em condições de subdesenvolvimento (medido pelo déficit de infra-estrutura e pelas desigualdades de renda) atente para objetivos sociais para, com isso, obter ganhos de equidade.

7. Com base nos princípios e objetivos fundamentais da República (art. 1º, II e III, e art. 3º, I, III e IV, da Constituição), bem como nos princípios da ordem econômica (art. 170, *caput* e incisos III e VIII, da Constituição), pode-se afirmar que a universalidade do serviço público é um princípio cuja aplicabilidade após as privatizações deve ser valorizada.

8. A atividade regulatória estatal, em qualquer de suas manifestações (quer setorial, quer da concorrência), deverá privilegiar as metas de universalização e continuidade da fruição de um serviço público, sob pena de, em não o fazendo, violar, entre outros, os princípios constitucionais da dignidade humana e a redução de desigualdades sociais e regionais.

9. Dessa forma, para que ocorra aumento efetivo do bem-estar, desde a perspectiva redistributiva, deve-se promover, de forma proativa, a inclusão de novos usuários às redes de saneamento básico, energia, telefonia e gás, tendo em conta que nas sociedades contemporâneas são utilidades cuja ausência afeta a dignidade humana

Vale ressaltar que nos setores socialmente relevantes, que incluem, por óbvio, os serviços de educação e da saúde, o Estado não pode retirar por completo, deixando a atividade exclusivamente a cargo dos particulares e assumindo apenas a função de regulação. Segundo Calixto Salomão Filho, "a existência de relevância social na atividade faz com que ela não possa ser prestada pelos particulares sem efeitos distributivos perversos. Isso se dá simplesmente pelo fato de que esses setores - onde do exercício da atividade decorrem benefícios ou malefícios (externalidades) que atingem grupos sociais menos favorecidos - não são passíveis de regulação, devendo o Estado prestá-los diretamente" [82](#).

10. A prestação dos serviços públicos subsiste como um dos importantes modos de atuação administrativa e se reveste de grande importância, sobretudo porque impõe ao Poder Público uma exigência de atendimento das necessidades básicas da vida social, ligadas, inclusive, a direitos sociais assegurados na Constituição. O Estado não deve nem pode demitir-se de assegurar e garantir direitos sociais: quando não executar, deve fomentar ou financiar diretamente a execução de serviços sociais necessários à coletividade. O Estado contemporâneo continua executor, regulador, fiscalizador e financiador de serviços sociais, mas pode contar também com mecanismos de parcerias ágeis para ampliar sua capacidade de assegurar a efetiva fruição dos direitos sociais básicos.

11. A concorrência e a universalização dos serviços não são vetores que se excluem, mas podem estar diretamente relacionadas.

12. Privatizar empresas que atuam na prestação de serviços essenciais, como saneamento, não pode significar a desregulação do setor. Não pode ser visto como mero negócio. E infelizmente assim tem sido.

13. Num contexto de crise do Estado social, valiosa tem sido a contribuição do Ministério Público e do Poder Judiciário no controle das políticas públicas para assegurar a efetividade das políticas públicas em geral e possibilitar a responsabilização do Estado pela omissão na sua implementação.

14. É preciso que os usuários estejam alertas e presentes no controle do desempenho dos serviços para exigir sua adequada prestação e denunciar irregularidades e abusos que ocorram. Para tanto, devem ser ampliados os instrumentos de participação, voltados à construção de um novo modelo das relações prestador x usuário, calcado na informação, transparência, colaboração, respeito e maior aproximação entre ambos. Frise-se que a participação do usuário na Administração Pública, inclusive para avaliar a qualidade dos serviços prestados, foi contemplada na própria Constituição, no § 3º do art. 37 (com a redação dada pela EC 19/98), como um mecanismo conducente a incentivar o cumprimento do princípio da eficiência.

* Doutora e Mestre pela PUC/SP. Professora de Direito Administrativo da PUC/SP. Ex-Procuradora do Município de São Paulo.

¹ *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p.38.

² No Tratado de Roma, o setor de transportes é o único domínio para o qual foi expressamente mencionada a expressão serviço público. O artigo 73 (ex-artigo 77) estipula que 'são compatíveis com o presente Tratado os auxílios que vão ao encontro das necessidades de coordenação dos transportes ou correspondam ao reembolso de certas prestações inerentes à noção de serviço público', e o artigo 86, nº 2 (ex-artigo 90, nº 2), permitiu derrogações às regras da concorrência nas condições especificadas para os 'serviços de interesse econômico geral', quando estas regras constituam um obstáculo ao cumprimento, de direito ou de fato, da missão que lhes foi confiada.

³ A cláusula submete as empresas incumbidas da prestação dos serviços de interesse econômico geral às regras da concorrência desde que a aplicação daquelas regras não impeça a realização da missão particular a que se destinam. O art 86 do Tratado de Amsterdã (ex-art. 90 do Tratado da União Européia) assim postula:

'2. As empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse econômico geral ou que tenham a natureza de monopólio fiscal ficam submetidas ao disposto no presente Tratado, designadamente às regras de concorrência, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de fato, da missão particular que lhes foi confiada. O desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afetado de maneira que contrarie os interesses da Comunidade.'

⁴ Art. 16 do Tratado da Comunidade Européia, na versão do Tratado de Amsterdã, de 1997, assim estatui: 'Sem prejuízo do disposto nos artigos 73º, 86º e 87º, e atendendo à posição que os serviços de interesse econômico geral ocupam no conjunto dos valores comuns da União e ao papel que desempenham na promoção da coesão social e territorial, a Comunidade e os seus Estados-Membros, dentro do limite das respectivas competências e no âmbito de aplicação do presente Tratado, zelarão por que esses serviços funcionem com base em princípios e em condições que lhes permitam cumprir as suas missões'.

⁵ O art. 36 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia (atual artigo II-96 da Constituição Européia), cujo título é 'Acesso aos serviços de interesse econômico geral', dispõe: 'A União reconhece e respeita o acesso a serviços de interesse económico geral tal como previsto nas legislações e práticas nacionais, de acordo com a Constituição, a fim de promover a coesão social e territorial da União'.

⁶ Referido Tratado estabelece uma Constituição para a Europa e revoga o Tratado que institui a Comunidade Européia e o Tratado da União Européia, bem como, nas condições estabelecidas no Protocolo relativo aos Atos e Tratados que completaram ou alteraram o Tratado que institui a Comunidade Européia e o Tratado da União Européia, os atos e tratados que os completaram ou alteraram, sob reserva do nº 2 do presente artigo (art. IV-437)

⁷ Art. II-96. 'A União reconhece e respeita o acesso a serviços de interesse econômico geral tal como previsto nas legislações e práticas nacionais, de acordo com a Constituição, a fim de promover a coesão social e territorial da União'.

⁸ Artigo III-122 'Sem prejuízo dos artigos I-5, III-166, III-167 e III-238, e atendendo à posição que os serviços de interesse econômico geral ocupam, enquanto serviços a que todos na União atribuem valor, e ao papel que desempenham na promoção da sua coesão social e territorial, a União e os Estados-Membros, dentro dos limites das respectivas competências e no âmbito de aplicação da Constituição, zelam por que esses serviços funcionem com base em princípios e em condições, designadamente económicas e financeiras, que lhes permitam cumprir as suas missões. A lei européia estabelece esses princípios e condições, sem prejuízo da competência dos Estados-Membros, para, na observância da Constituição, prestar, mandar executar e financiar esses serviços'.

⁹ 'Artigo III-166 (...)

2. As empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse econômico geral ou que tenham a natureza de monopólio fiscal ficam submetidas às disposições da Constituição, designadamente às regras de concorrência, na medida em que a aplicação dessas disposições não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de fato, da missão particular que lhes foi confiada. O desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afetado de maneira que contrarie os interesses da União.'

¹⁰ Artigo III-238. 'São compatíveis com a Constituição os auxílios que vão ao encontro das necessidades de coordenação dos transportes ou correspondam ao reembolso de certas prestações inerentes à noção de serviço público'.

¹¹ A Constituição europeia deve ser ratificada pelos 25 países-membros da União Europeia (UE), via referendo - consulta pública - ou via Parlamento. Até agora, 13 países já realizaram o processo, que só deverá terminar em 2006. A França e a Holanda rejeitaram o tratado. Ambos realizaram referendos. Acrescente-se que na primavera de 2006 dois novos países aspirantes à UE - Romênia e Bulgária - enfrentarão o relatório final da Comissão Europeia sobre a sua preparação para a adesão, que está agendada para 1º de janeiro de 2007. Ainda há as aspirações de adesão da Croácia.

¹² Nos Estados Unidos inexistente o conceito de serviço público e praticamente toda a atividade econômica é deixada ao setor privado, sendo pouquíssimos os casos em que o Estado dela se desincumbe. Geralmente o Estado limita-se a exercer a função de mero *regulador* daquela atividade. De outra parte, o direito que rege a atividade do Estado e as relações por este travadas com os indivíduos é basicamente a *common law*, o direito comum, o mesmo direito, em princípio, que disciplina as relações dos indivíduos entre si (Silva, Almiro do Couto e. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público 'à brasileira'? *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n.230, p.47-48, out./dez.2002.).

¹³ É o que se poderia chamar a segunda crise daquele conceito, pois a primeira seria a descrita por Jean Louis Corail em *La crise de la notion juridique de service public*, 1954, a ponto de questionar-se, como ocorreu em colóquio promovido pela Universidade de Paris-Dauphine, em 1977, se '*L'idée de service public est-elle encore soutenable?*' (Paris, 1999, PUF, obra coordenada por Jean-Marie Chevalier, Ivar Ekeland e Marie-Anne Frison-Roche).

¹⁴ Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público 'à brasileira'? *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 230, p. 48-49, out./dez. 2002. Acrescenta o Autor que 'ao influxo dessa nova formulação do conceito de serviço público, vários monopólios foram quebrados ou eliminados privilégios de empresas estatais que se desincumbiam de serviços daquela natureza. Cuida-se, atualmente, de conceito que se pretende seja flexível, não sendo conveniente, portanto, que tenha sede constitucional. Observa Frank Moderne que 'o recurso à lei (para definir o campo do serviço público, designar a coletividade organizadora e determinar as modalidades do seu controle) - ou a utilização dos princípios gerais do direito que regem seu funcionamento - são suficientes para salvaguardar uma estrutura jurídica mínima, sob a dupla fiscalização do juiz constitucional e do juiz administrativo' (*L'idée de service public dans le Droit des États de l'Union Européenne* Paris: l'Harmattan, 2001, coletânea de estudos dirigida por Frank Moderne e Gérard Marcou, p.32, apud SILVA, Almiro do Couto e. Op. cit., p.49, nota 8).

¹⁵ Os textos da União Europeia também deram espaço à noção de serviço universal, no sentido de um serviço básico, segundo uma qualidade definida e a um preço acessível. Tais documentos e expressões repercutiram nos países europeus e em vários outros.

¹⁶ *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003, p.231.

¹⁷ No âmbito brasileiro há três transformações estruturais: 1) extinção de determinadas restrições ao capital estrangeiro; 2) flexibilização dos monopólios estatais; 3) privatização (Lei nº 8.031/90, depois substituída pela Lei nº 9.491/97).

¹⁸ Privatização, regulação e o desafio da universalização do serviço público no Brasil. In: FARIA José Eduardo (org). *Regulação, direito e democracia*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002, p.67-69.

¹⁹ COUTINHO, Diogo Rosenthal. Privatização, regulação e o desafio da universalização do serviço público no Brasil. In: FARIA , José Eduardo (org). *Regulação, direito e democracia*, p.69.

²⁰ Diogo Rosenthal Coutinho, em tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, analisa a regulação de atividades econômicas associadas à essencialidade do serviço público desde a óptica da tensão entre equidade (como a aplicação concreta do princípio da igualdade formal) e eficiência, tal como tradicionalmente compreendida pelo pensamento econômico neoclássico e, em especial, pela escola da law and economics, com particular atenção ao setor de telecomunicações. (Regulação e redistribuição: a experiência brasileira de universalização das telecomunicações. 2003. 325 f. Tese (Doutorado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003).

²¹ COUTINHO, Diogo Rosenthal. *Regulação e redistribuição: a experiência brasileira de universalização das telecomunicações*, p. 86.

²² *Ibidem*, p.86-87. Acrescenta o Autor: 'Admite-se que a categoria ampla 'países em desenvolvimento' abarca muitas nações em estágios muito diferentes de desenvolvimento e com ambientes sócio-econômicos, políticos e culturais muito distintos' (op. cit., p.98), ou seja, 'traços marcantes de desigualdade de renda e carências significativas em termos de acesso a serviços públicos' (op. cit., p.171).

²³ BOWLES, David; MADDOCK , Rodney. The Supply of Direct Exchange Lines in Developing Countries in S. Macdonald and G. Madden (eds.) *Telecommunications and Socio-Economic Development Elsevier Science*. 1998, p.25.

²⁴ Concorrência e Universalização nas Telecomunicações: Evoluções recentes no Direito Brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v.8, p.16. out./dez.2004.

²⁵ Externalidade é uma circunstância econômica cujo custo não está contido nos preços praticados (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.462).

²⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001, p.29.

²⁷ Assim, estatui a Carta da República de 1988 que o serviço público é de incumbência do Poder Público (art. 175); elenca determinados serviços como de sua alçada, deixando espaço - embora reduzido - para a definição de um serviço como público pelo legislador ordinário; lhes traça princípios vetores e regras especiais, tais como: dever de os prestadores manterem serviço adequado (artigo 175, parágrafo único, IV); responsabilidade objetiva dos mesmos (art. 37, § 6º); regulamentação da greve na Administração Pública por lei específica; participação democrática dos usuários; sujeição ao regime de direito público dos bens afetados à realização do serviço público

(proibição de execução forçada desses bens, considerando que a mudança de destino do bem pode paralisar a prestação do serviço); execução direta pelo Estado em caso de resgate ou encampação de serviços concedidos e reversão dos bens afetados à prestação dos serviços; dever de assunção direta da continuidade dos serviços pela Administração, no caso de falência ou extinção da empresa concessionária.

²⁸ 'O princípio da generalidade apresenta-se com dupla faceta. Significa, de um lado, que os serviços públicos devem ser prestados com a maior amplitude possível, vale dizer, deve beneficiar o maior número possível de indivíduos.

Mas é preciso dar relevo também ao outro sentido, que é o de serem eles prestados sem discriminação entre os beneficiários, quando tenham estes as mesmas condições técnicas e jurídicas para a fruição. Cuida-se de aplicação do princípio da isonomia ou, mais especificamente, da impessoalidade (art. 37 da CF). Alguns autores denominam esse modelo como princípio da igualdade dos usuários, realçando, portanto, a necessidade de não haver preferências arbitrárias' (CARVALHO FILHO, José dos Santos *Manual de direito administrativo*. 14.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.267)

²⁹ Nesse sentido, SARMIENTO GARCÍA, Jorge (Dir.) *Derecho público: teoría del Estado y de la Constitución; derecho constitucional; derecho administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997, p.635; MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1966, t.2., p.78; DROMI, Roberto. *Derecho administrativo*. 4.ed. atual. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995, p.534. Marçal Justen Filho destaca que se caracteriza a generalidade 'quando se oferta o serviço ao maior número possível de usuários, abrangendo todas as manifestações de necessidade, sem discriminações incompatíveis com o princípio da isonomia. Ofende-se a generalidade não com a mera fixação de limites, mas com o 'privilégio' na eleição dos usuários que serão beneficiados. Outra manifestação de ofensa à generalidade se verifica quando uma parte significativa do universo de usuários não é atendida' (*Teoria geral das concessões de serviço público*, p.306). Vera Maria de Oliveira Nusdeo Lopes sustenta que o princípio da generalidade não se confunde com o da igualdade, 'pois visa a assegurar os serviços públicos a todos os habitantes de uma região ou país, enquanto pelo princípio da igualdade ou uniformidade garante-se que a todos o serviço será prestado em igualdade de condições' (*O direito à informação e as concessões de rádio e televisão*. São Paulo: RT, 1997, p.76).

³⁰ O princípio da igualdade 'exige a igualdade no acesso, funcionamento e utilização do serviço, não podendo esta ser negada a ninguém se a capacidade e possibilidades do serviço o permitem, nem fixar-se discriminações injustificadas no acesso e utilização do mesmo, nas condições e modalidades da prestação, e nas contraprestações ou encargos exigidos para seu desfrute' (SOUVIRÓN MORENILLA, José Maria *La actividad de la administración y el servicio público*. Granada: Comares, 1998, p.514; LACHAUME, Jean-François. La notion de service public *In: MOREAU, Jacques (Dir.). Droit Public*. 3.ed. Paris: Economica, 1995, t.2, p.934; LINOTTE, Didier; ROMI, Raphaël. *Services publics et droit public économique*. 5.ed. Paris: Litec, 2003, p.80-81; GUGLIELMI, Gilles J. *Introduction au droit des services publics*. Paris: L.G.D.J., 1994, p.40-41).

A título de exemplo, a Lei Orgânica do Município de São Paulo, de 1990, menciona, no parágrafo

único do art. 123, que os serviços públicos serão prestados 'sem distinção de qualquer espécie'.

Guglielmi atesta que a jurisprudência reconhece como perfeitamente legal a realização de uma igualdade pelo serviço público, isto é, a busca de uma igualdade de fato à custa de restrições à igualdade de direito. Certos serviços públicos são fundamentalmente 'desigualadores' porque excluem categorias de usuários. É o caso da assistência social, dirigida apenas aos necessitados: estas intervenções não são contrárias ao direito porque correspondem a uma demanda social e se realizam pela via legislativa (GUGLIELMI, Gilles J. *Op. cit.*, p.44).

Entende Carbajo que o princípio da igualdade dos usuários perante o serviço público 'beneficia não apenas os usuários efetivos, mas igualmente os usuários potenciais que se beneficiam do direito de acesso ao serviço público' (CARBAJO, Joel. *Droit des services publics*. 3.ed. Paris: Dalloz, 1997, p.48-49).

'Existe, para os usuários potenciais do serviço público, um direito de acesso ao serviço público que pode ser submetido a condições diversas, mas que não deve ser contrário ao princípio da igualdade perante o serviço público'. Todavia, não implica identidade de condições de utilização do serviço para todos os potenciais usuários. Estas diferenças de tratamento entre os usuários potenciais podem decorrer da lei, de uma diferença de situação ou de razões de interesse geral (CARBAJO, Joel. *Op. cit.*, p.49).

De um lado, 'a igualdade de acesso e de tratamento é proporcional, isto é, a igualdade aplica-se aos usuários que se encontram na mesma situação. De outro, as exigências do princípio da igualdade diante do serviço público cedem, às vezes, diante de certas considerações de interesse geral'. E, em qualquer caso, os usuários que preenchem as mesmas condições têm direito às mesmas prestações (GUGLIELMI, Gilles J. *Op. cit.*, p.41-42).

Carbajo é bastante claro a respeito deste ponto: 'As diferenças de tratamento são legais entre as diferentes categorias de usuários, desde que esta distinção categorial repouse em diferenças apreciáveis de situação, em considerações de interesse geral em relação às condições de exploração do serviço público ou na lei' (CARBAJO, Joel. *Droit des services publics*, p.50).

Ainda de acordo com Carbajo, as distinções categoriais, em razão de apreciável diferença de situação, podem decorrer de: a) diferença de prestações fornecidas: os usuários recebem do serviço público uma prestação diferente; b) prestação que, embora idêntica à dos demais usuários, repousa sobre uma diferença apreciável de situação do usuário em relação ao serviço público, a qual permite justificar as diferenças de tratamento (diferença entre o possuidor de uma piscina particular e os outros usuários do serviço público de água). E ainda: 'Necessidades de interesse geral podem justificar, em relação às condições de exploração do serviço, a criação de categorias distintas de usuários. A referência ao interesse geral vem, às vezes, justificar discriminações categoriais que a mera diferença de situações não teria, talvez, permitido justificar' (CARBAJO, Joel. *Op. cit.*, p.50-51).

³¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996, p.97.

³² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As políticas de universalização, legalidade e isonomia: o caso 'telefone social'. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, n.14, p.75-115, p.78-79, abr./jun.2006.

³³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As políticas de universalização, legalidade e isonomia: o caso 'telefone social'. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, n.14, p.94.

³⁴ Importante notar que tarifa social não se confunde com tarifa módica. Esta última é aquela praticada com o menor valor possível para cobrir os custos de operação, ensejar o retorno dos investimentos e conferir margem razoável de retorno ao prestador. Por definição, a tarifa módica não será deficitária. Já a tarifa social é aquela artificialmente engendrada a partir de impulsos externos à relação econômica (objetivos sociais, de políticas públicas) e que pode inclusive (no mais das vezes é) ser deficitária, na medida em que tem por pressuposto o complemento por subsídios internos ou externos. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Op. cit.*, p.81, nota de rodapé n.12).

³⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Op. cit.*, p.81-82.

³⁶ Inúmeros são os objetivos que podem vir a ser perseguidos por meio da instituição de uma dada política tarifária. A propósito, esclarece, Jacintho Silveira Dias de Arruda Câmara: 'É possível que, por meio de uma redução artificial dos valores cobrados se busque o controle inflacionário; tarifas módicas para categorias carentes podem ser conseguidas à custa da cobrança de valores mais altos de outros usuários; a contenção de gasto de um recurso escasso pode ser perseguida por meio do aumento de tarifas; inclusão social; incentivo à cultura, ao trabalho, ao lazer; enfim, um sem-número de objetivos podem ser legitimamente buscados ao se disciplinar o regime tarifário de um determinado serviço público (*O regime tarifário nas concessões de serviços públicos*. 2004. 300 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2004, p.91-92).

³⁷ Embora tenha sido alterada a fórmula normativa adotada nas Constituições brasileiras anteriores, que sempre se reportavam à modicidade das tarifas que realizasse a 'justa remuneração do capital' como princípio a ser observado na concessão e na permissão dos serviços públicos (art. 137 da Constituição de 1934; art. 147 da Carta de 1937; art. 151, parágrafo único, da Constituição de 1946; art. 160, II, da Carta de 1967; art. 167, II, da Emenda nº 1/69), não deve ser considerada revogada a determinação quanto à moderação da contrapartida paga pelos usuários. Diz José dos Santos Carvalho: 'A Constituição anterior era mais clara a respeito da *performance* das tarifas [...]. A despeito, porém, da atual redação, bem mais lacônica, deve ter-se como assegurados tais objetivos' (*Manual de direito administrativo*, p.308, nota 33).

³⁸ A modicidade da tarifa não se confunde com a gratuidade da prestação do serviço público. Esta não pode ser considerada como um princípio comum ao conjunto dos serviços públicos, pois depende da opção política.

Para larga parcela de doutrinadores prevalece, como requisito, a *modicidade* da contraprestação devida pelos usuários na fruição dos serviços públicos, de modo a não onerá-los excessivamente ou marginalizá-los no acesso ao serviço público (PORTO NETO, Benedicto. *Concessão de serviço público no regime da Lei nº 8.987/95: conceitos e princípios*. São Paulo: Malheiros, 1998, p.46 e 90).

Se o Estado conferiu tão significativo relevo à atividade a que atribuiu tal qualificação, por entendê-la importante para os membros do corpo social, seria, no dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello, 'rematado dislate que os integrantes desta coletividade a que se destinam deveriam, para desfrutá-lo, pagar importâncias que os onerassem excessivamente e, pior que isto, que os marginalizassem' (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 21.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.649).

Marçal Justen Filho esclarece que modicidade da tarifa 'corresponderá à idéia de menor tarifa em face do custo e do menor custo em face da adequação dos serviços' (*Teoria geral das concessões de serviço público*, p. 308).

Este princípio, assim como outros já mencionados, deve ser analisado caso a caso, de acordo com as nuances de cada serviço. Quanto aos serviços de rádio e televisão (radiodifusão sonora ou de sons e imagens), previstos nos artigos 21, XII, a, e 223 da CF/88, não se pode falar em contraprestação pelo usuário, pois o prestador do serviço se remunera por outras formas (divulgação de mensagens publicitárias cobradas dos anunciantes; venda de direitos de transmissão, etc.)

³⁹ A Lei Federal de Concessões é inaplicável às telecomunicações (art. 210 da LGT). O art. 2º, I, da Lei Geral de Telecomunicações estabelece como dever do Poder Público 'garantir a toda a população, o acesso às telecomunicações, a tarifas e preços razoáveis, em condições adequadas'. Registra Carlos Ari Sundfeld que 'aqui, não se trata de exigir que os preços sejam baixos (módicos), mas justos e compatíveis com os serviços (razoáveis)' (A regulação de preços e tarifas dos serviços de telecomunicações. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 325, nota 17).

⁴⁰ A igualdade constitui uma garantia para todos os usuários do serviço no sentido do direito que possuem a que lhes seja dispensado igual tratamento, jurídico e econômico, sem efetuar discriminações injustificadas. Por outras palavras, a prestação do serviço deve ser igual para aqueles que se encontrem em situações comparáveis (LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean Claude; GAUDEMET, Yves. *Traité de droit administratif*. 14.ed. Paris: L.G.D.J., 1996. t.1, p. 851; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceira público-privada e outras formas*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005, p.99), 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, deparando-se o intérprete com a conhecida dificuldade inerente ao princípio da isonomia, relacionada ao problema de identificar os limites da igualdade.

É inconteste que existem limites às exceções ao princípio da igualdade, os quais permitem distinguir quando se está diante de uma distinção de tratamento admissível ou incompatível com a nossa Lei Maior. Exige-se a razoabilidade do motivo de distinção, examinando o fim perseguido com a discriminação, o qual deve ser valorado não só em abstrato, mas também em relação ao caso concreto, bem como a proporcionalidade das medidas através das quais se execute a distinção de tratamento (MIGUEZ MACHO, Luis *Los servicios públicos y el régimen jurídico de los usuarios*. Barcelona: Cedecs, 1999, p.144). Há também que se lembrar que do inciso XLI do art. 5º da Constituição de 1988 deriva uma proibição de '*qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*'.

No magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello, é preciso que exista 'uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo. Segue-se que, se o fator diferencial não guardar conexão lógica com a disparidade de tratamentos jurídicos dispensados, a distinção estabelecida afronta o princípio da isonomia' (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3.ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1993, p.39).

Deve haver uma relação de causa e efeito entre o *discrímen* estabelecido e a finalidade a atingir (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p.99). Assim sendo, considera-se válida a fixação de tarifas diferenciadas em razão da situação financeira ou de consumo ou mesmo de atividade de determinados usuários ou de outras circunstâncias devidamente justificadas. São típicas hipóteses de política tarifária, a exigir lei.

⁴¹ CÂMARA, Jacintho Silveira Dias de Arruda. *O regime tarifário nas concessões de serviços públicos*, p. 91

⁴² *Ibidem*, p. 98. O Supremo Tribunal Federal, em decisão tomada por maioria de votos, considerou legítima a instituição de sobretarifa como forma de induzir à diminuição do consumo de energia elétrica (Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 9, Pleno, Relª Min. Ellen Gracie, m.v. j. 28.06.2001. Posteriormente, o Supremo manteve o entendimento, indeferindo pedido que se fundava na falta de legitimidade para cobrança de tarifa mais alta para reduzir o consumo de água em relação ao serviço de abastecimento no Distrito Federal (RE (AgR) 201.630-DF, 1ª T., Relª Min. Ellen Gracie, v.u., j. 11.06.2002, DJ 02.08.2002).

⁴³ CÂMARA, Jacintho Silveira Dias de Arruda. *Op. cit.*, p. 88, nota 76. A instituição de cobrança pela outorga é justificada como meio de exigir uma contraprestação imediata do empresário pela infra-estrutura já existente (rodovias, redes de telecomunicações, usinas hidroelétricas, por exemplo) ou plena oportunidade de explorar um empreendimento de alta rentabilidade (como os serviços de telefonia móvel). É inegável, porém, seu impacto nas tarifas. Para que não haja burla ao princípio, deve se somar à cobrança pela outorga um eficiente regime tarifário em que o poder concedente assegure um limite razoável de transferência desses custos à tarifa. Uma das alternativas possíveis é o poder concedente fixar um limite máximo de tarifa a ser cobrado no momento da licitação ou mesmo sopesar este critério da melhor oferta com o da menor tarifa.

⁴⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*, p. 72 e nota 40.

⁴⁵ *Ibidem*, p.58. Além disso, no direito brasileiro, o instituto da concessão, inúmeras vezes referido na Constituição de 1988, insere-se numa dimensão constitucional e se configura como uma opção acerca do desempenho de serviços públicos, o que implica 'a incidência de um plexo de princípios e regras pertinentes à relação entre o Estado, a iniciativa privada no âmbito econômico e a comunidade a quem os serviços são prestados' (JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p.58-59.).

Para tanto, deve ser excluída a demagogia regulatória, que ocorre quando o poder concedente: a) ignorou, por ocasião da configuração da outorga, os previsíveis efeitos sociais e econômicos da implantação da concessão, preocupando-se apenas com a percepção imediata de elevada remuneração para os cofres públicos; e b) ignora, subsequente, a situação jurídica da concessionária, passando a prestigiar a insatisfação popular e a pressionar o concessionário a reduzir a contrapartida de benefícios e vantagens às onerosas condições de outorga' (*op. cit.*, p.68). Assim, o primeiro caso ocorre pela previsão de que a tarifa a ser cobrada dos usuários incorporará verbas destinadas ao poder concedente, resultado esse que se obtém por duas vias: quando o Poder Público adota como critério de julgamento da licitação a maior oferta pela outorga de concessão, ou quando prevê uma participação econômica do poder concedente nos resultados da exploração (*op. cit.*, p.71). Ora, isso pode significar um risco à observância do princípio da modicidade das tarifas.

⁴⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As políticas de universalização, legalidade e isonomia: o caso 'telefone social'. *Revista de Direito Público da Economia*, n.14, p.93-94.

⁴⁷ Registre-se que, de acordo com a lei, o benefício tarifário poderá ser coberto pela receita da tarifa, constituindo, assim, custo da concessionária, a ser contemplado na equação econômica do contrato, ou por outros recursos, não diretamente referidos à concessão. Sempre mediante previsão legal. Preceitua o art. 35: 'A estipulação de novos benefícios tarifários pelo poder concedente fica condicionada à previsão, em lei, da origem dos recursos ou da simultânea revisão da estrutura tarifária do concessionário ou permissionário, de forma a preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Parágrafo único. A concessão de qualquer benefício tarifário somente poderá ser atribuída a uma classe ou coletividade de usuários dos serviços, vedado, sob qualquer pretexto, o benefício singular'.

⁴⁸ Destaca Floriano de Azevedo Marques que, 'o que se tem no setor é uma mitigação do princípio da reserva legal, conferindo-lhe, excepcionalmente, a possibilidade de instituição de benefícios tarifários destinados a grupos dotados de hipossuficiências sem necessidade de autorização legal específica'. (As políticas de universalização, legalidade e isonomia: o caso 'telefone social'. *Revista de Direito Público da Economia*, n.14, p. 110).

⁴⁹ Nos termos do art. 17 da Lei nº 8.987, 'considerar-se-á desclassificada a proposta que, para sua viabilização, necessite de vantagens ou subsídios que não estejam previamente autorizados em lei e à disposição de todos os concorrentes'.

⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*, p.123; DALLARI, Adilson Abreu. *Concessões e permissões sob a tutela da Lei nº 8.987, de 13.02.95. BDA*, São Paulo, v.12, n.8, p. 13-523, p.518-519, ago.1996; GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.300; FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*. 8.ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 2006, p.98-99 e 108; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização, privatização, concessões e terceirizações*. 4.ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p.156, 162-163.

⁵¹ Observe-se que na Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada, cabe ao parceiro público remunerar parcial ou integralmente o particular contratado.

⁵² CÂMARA, Jacintho Silveira Dias de Arruda. *O regime tarifário nas concessões de serviços públicos*, p. 93-94. Como salienta Francisco Villar Rojas, a fixação de uma tarifa única do serviço pode caracterizar a prática de subsídios cruzados: 'Falar de tarifa única significa admitir que alguns usuários paguem tarifas não ajustadas aos custos reais, tanto se são superiores, como se são inferiores àqueles. É evidente que o fornecimento de eletricidade é mais oneroso numa zona que em outras, tanto em termos econômicos (fornecimento em territórios extrapeninsulares), como geográficos (o fornecimento é menos oneroso nas zonas próximas às centrais de produção elétrica). O mesmo pode se dizer do fornecimento de combustíveis gasosos e de qualquer outra atividade, como os serviços postais não reservados, sujeitos a tarifa uniforme em todo o território nacional. Trata-se de um procedimento que responde à vontade de assegurar o equilíbrio interterritorial e a coesão econômica e social nas atividades indispensáveis para os cidadãos, que não pugna com o princípio da equivalência' (Tarifas, tasas, peajes y precios administrativos: estudio de su naturaleza y régimen jurídico. Granada: Comares, 2000, p.174-175).

⁵³ CÂMARA, Jacintho Silveira Dias de Arruda. *O regime tarifário nas concessões de serviços públicos*, p.4-95.

⁵⁴ *Ibidem*, p.273-274.

⁵⁵ *Ibidem*, p.96-97.

⁵⁶ Confirmam-se, neste sentido, os arts. 70, I, e 81 da Lei 9.472/97: 'Art. 70. Serão coibidos os comportamentos prejudiciais à competição livre, ampla e justa entre as prestadoras do serviço no regime público ou privado, em especial: I - a prática de subsídios para a redução artificial de preços;'; 'Art. 81. Os recursos complementares destinados a cobrir a parcela do custo exclusivamente atribuível ao cumprimento das obrigações de universalização de prestadora de serviço de telecomunicações, que não possa ser recuperada com a exploração eficiente do serviço, poderão ser oriundos das seguintes fontes: I - Orçamento Geral da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; II - fundo especificamente constituído para essa finalidade, para o qual

contribuirão prestadoras de serviço de telecomunicações nos regimes público e privado, nos termos da lei, cuja mensagem de criação deverá ser enviada ao Congresso Nacional, pelo Poder Executivo, no prazo de cento e vinte dias após a publicação desta Lei. Parágrafo único. Enquanto não for constituído o fundo a que se refere o inciso II do *caput*, poderão ser adotadas também as seguintes fontes: I - subsídio entre modalidades de serviços de telecomunicações ou entre segmentos de usuários; II - pagamento de adicional ao valor de interconexão.

⁵⁷ CÂMARA, Jacintho Silveira Dias de Arruda. *O regime tarifário nas concessões de serviços públicos*, p. 96, nota 83.

⁵⁸ Foi a tal prática que a Lei Geral de Telecomunicações buscou coibir, por meio do supracitado art. 70, I (CÂMARA, Jacintho Silveira Dias de Arruda. *Op. cit.*, p.96-97).

⁵⁹ Logo após a publicação da Lei nº 9.998/2000 foi editado o Decreto nº 3.624, de 05.10.2000, que dispõe sobre a regulamentação do Fundo. Além desse, foram editados dois outros Decretos (nº 3.753 e nº 3.754, ambos de 19.02.2001), os quais aprovam, respectivamente, o Plano de Metas para a Universalização dos Serviços de Telecomunicações em Escolas Públicas de Ensino Profissionalizante - PGMU-EP e o Plano de Metas para a Universalização dos Serviços de Telecomunicações em Escolas Públicas de Ensino Médio - PGMU-EM.

⁶⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As políticas de universalização, legalidade e isonomia: o caso 'telefone social'. *Revista de Direito Público da Economia*, n. 14, p.99-100.

⁶¹ CÂMARA, Jacintho Silveira Dias de Arruda. *Op. cit.*, p.96.

⁶² Diplomas legais infraconstitucionais legitimam a ação do Ministério Público em defesa dos direitos sociais: a Lei de Apoio às Pessoas Portadoras de Deficiência, Lei 7.853, de 24.10.1989, disciplina a atuação do Ministério Público, determinando sua intervenção obrigatória nas ações públicas coletivas ou individuais, em que se discutam interesses relacionados à deficiência de pessoas (art. 5º); o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069, de 13.07.1990, estabelece as competências do Ministério Público (art. 201) e determina sua atuação obrigatória na defesa dos direitos e interesses tratados no corpo da Lei (art. 202); o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078, de 11.09.1990, legitima concorrentemente o Ministério Público a defender os interesses e os direitos dos consumidores e vítimas (art. 82), incumbindo-o também do papel de fiscalização da referida lei (art. 92); a Lei de Organização da Assistência Social, Lei 8.742, de 07.12.1993, incumbe o Ministério Público de zelar pelo efetivo respeito aos direitos estabelecidos na Lei (art. 31).

⁶³ Com base na Constituição Federal foi editada a Lei nº 8.625, de 12.02.93, que institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispondo sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados.

A Lei Complementar Federal nº 75, de 20.05.93, dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União.

No Estado de São Paulo, a Lei Complementar nº 734, de 26.11.93, institui a Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo e foi alterada pelas Leis Complementares nºs 945, de 08.07.2003, e 981, de 21.12.2005.

⁶⁴ Inúmeras ações civis públicas têm sido propostas pelo Ministério Público para compelir o Poder Público a matricular crianças na rede de ensino, bem como a implementação de políticas públicas de saúde, tendo sido o resultado plenamente satisfatório Citem-se, exemplificativamente:

"Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, em face do Município de São Paulo, representado pelo Dr. Celso Roberto Pitta do Nascimento, julgada procedente para fim de determinar que a municipalidade preste o serviço público de educação infantil em creches para crianças de até 03 anos e 11 meses, em condição de igualdade, a todas as crianças cujos pais desejem matriculá-las, seja por meio da rede própria conveniada ou indireta, respeitados os princípios da universalidade e gratuidade, até o ingresso na educação infantil pré-escolar" (Processo 006.00.900674-0 - Ministério Público de São Paulo X Município de São Paulo).

"Julgado procedente o pedido contido na ação civil ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, representado pelo Promotor de Justiça de Defesa dos Interesses Difusos e Coletivos da Infância e Juventude, em face do Município de São Paulo, representado pelo Dr. Celso Roberto Pitta do Nascimento, Excelentíssimo prefeito municipal, determinando, por via de consequência, que o requerido preste o serviço público de educação infantil em estabelecimento pré-escolar, em condição de igualdade, a todas as crianças a partir dos quatro anos de idade, cujos pais desejem matriculá-las, quer por meio de rede pré-escolar própria, conveniada ou indireta, respeitados os princípios de universalidade e gratuidade, até o ingresso no ensino fundamental" (Processo 001.00.901413-1 - Ministério Público de São Paulo X Município de São Paulo).

"Educação - Direito preservado pela Constituição Federal e dever imposto ao Estado - Matrícula de menor que não se pode negar sob a alegação da 'falta de vagas' - Ordem concedida - Expressa renúncia do direito de recorrer - Recurso oficial não provido" (Apelação Cível nº 106.357-5 - Taubaté - 6ª Câmara "Janeiro/2000" de Direito Público - Relator: Christiano Kuntz - 27.01.00 - v.u.)

"O Ministério Público do Estado de São Paulo, por meio da Promotoria de Justiça de Defesa dos Interesses Difusos e Coletivos da Infância e Juventude da Capital e do Grupo de Atuação Especial de Proteção às Pessoas com Deficiência, com fundamento nos artigos 127, caput, 129, inciso III, e 227 § 1º, da Constituição Federal, no artigo 103, inciso VIII, da Lei Orgânica Estadual do Ministério Público (Lei 734, de 1993), bem como no art. 3º da Lei Federal 7.853/89, no art. 11 do Estatuto da Criança e do Adolescente (recentemente alterado pelas Leis Federais nº 11.185, de 07.10.2005, e 11.259, de 30.12.2005) e nos artigos 1º, IV, 5º e 21 da Lei Federal 7.347/85, propôs ação civil pública com pedido de liminar e preceito cominatório, em face da Fazenda Pública do Estado de São Paulo, objetivando obter medicamentos junto à rede pública de saúde para tratamento de um menor portador da doença Distrofia Muscular tipo Duchenne (distrofia muscular progressiva), doença genética letal que degenera o tecido muscular esquelético e a musculatura respiratória até a paralisação total da musculatura do corpo. Com igual fundamento, tal órgão

ingressou com ação civil pública para fornecimento de medicamento a menor, portadora de problemas cardíacos, cujo tratamento exige drogas de custo elevado, não fornecidas pelo SUS. Em outra ação, de igual fundamento, o Ministério Público intentou ação civil pública com vistas a obter o fornecimento de remédios e vagas em creches a menores portadores de epilepsia sintomática dominante com crises febril plus" (Ações Civis Públicas 002.04.902.333-2, 008.04.900.545-3, 002.03.902.561-8, todas ingressadas pelo Ministério Público do Estado de São Paulo).

Além de ações que objetivaram o fornecimento de medicação adequada ao tratamento de doenças, vale a pena trazer à colação um exemplo em que o aludido órgão solicitou à Fazenda do Estado e do Município de São Paulo o reconhecimento do direito de as crianças com intolerância ao leite de vaca receberem fórmulas de soja ou outras alternativas ao leite. Vê-se que nesse caso não se trata de uma doença rara ou desconhecida, mas de fato comum, que assola grande número de crianças, e que o sistema público de saúde não reconhece a não ser em obediência à ordem judicial (Ação Civil Pública 053.03.021510-5, ingressada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo).

Cite-se ainda, no plano preventivo da saúde, uma ação civil pública intentada contra a Fazenda Pública do Estado de São Paulo, com o fim de que o SUS passasse a fornecer teste rápido de diagnóstico do vírus HIV nas maternidades e hospitais da rede pública que realizem partos, com o fim de, identificado o vírus na gestante, ela receber a medicação adequada para que se reduzam as possibilidades de contaminação da criança. O parquet assevera que a identificação do vírus da AIDS na gestante é imprescindível para que se possa iniciar um tratamento capaz de impedir a transmissão da doença ao neonato. Nesse caso, a Promotoria de Justiça instaurou inquérito civil, apurando que não estava disponibilizada para a rede do SUS quantidade suficiente de teste rápido para a cobertura das situações referidas. Também foi assinado termo de ajustamento de conduta com a Prefeitura do Município de São Paulo, por meio do qual o Município aludido se comprometeu a fornecer o "teste rápido" em todos os hospitais e maternidades da rede pública municipal de saúde que realizem partos (Ação Civil Pública 053.02.027.595-4, intentada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo).

⁶⁵ O compromisso de ajuste é, portanto, o ato jurídico firmado perante o Ministério Público, através de instrumento escrito, pelo qual a administração e/ou ente privado se compromete a cessar a conduta ilegal ou inconstitucional (comissiva ou omissiva) no prazo e condições negociados.

⁶⁶ Vários compromissos de ajustamento têm sido firmados entre o Ministério Público e os Municípios, tendo como objetivo suprir a carência de vagas de educação infantil, no bojo dos inquéritos civis públicos. Citem-se, como exemplo, os compromissos de ajustamento firmados entre o Ministério Público do Estado de São Paulo e a Prefeitura Municipal de São Paulo, por meio da Secretaria Municipal de Educação, no bojo dos Inquéritos Civis Públicos nºs 117/229/03 e 233/03, bem como a Recomendação nº 001/2003-PROEDUC, de 14.02.2003 (obrigatoriedade de matrícula na 1ª série do Ensino Fundamental da Rede Pública de Ensino. Faixa etária inferior a 7 (sete) anos de idade) e feita pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, por meio da Promotoria de Justiça de Defesa da Educação aos estabelecimentos de ensino da Rede Pública de Ensino.

⁶⁷ COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da (orgs) *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, p.254.

⁶⁸ *Ibidem*, p.257.

⁶⁹ *Ibidem*, p.260. Um ponto, ainda, está a reclamar atenção. Relaciona-se com a definição de critérios que permitam maior independência da instituição, como a eleição da chefia do Ministério Público pelos integrantes da carreira, sem a intervenção do Poder Executivo.

⁷⁰ Perspectivas das formas políticas. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.) *Perspectivas de direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p.147 e 149.

⁷¹ Privatização, Eficiência e Responsabilidade. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord.). *Uma Avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo. Obra em homenagem a Eduardo García de Enterría*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.228.

⁷² FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p.105-106. Eduardo Santos de Carvalho posiciona-se no sentido de que 'o tradicional entendimento segundo o qual seriam juridicamente impossíveis os pedidos de prestações positivas, que impliquem despesas do Estado, não mais se justifica no atual regime constitucional' (Ação civil pública: instrumento para a implementação de prestações estatais positivas. *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, n.20, p.67-92, p.16, jul./dez. 2004). Carlos Bernardo Alves Aarão Reis, membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, adota posição semelhante, ao entender legítima 'a *impugnação judicial a políticas públicas não prioritárias quando inexistentes ou, quando existentes, deficitárias as políticas públicas destinadas a atender às metas constitucionais; e a aplicação do princípio da proibição ou da vedação ao retrocesso social à seara administrativa, apontando o núcleo essencial dos direitos fundamentais como o limite do retrocesso aceitável à luz do princípio da proporcionalidade - com vistas a possibilitar a efetividade dos direitos fundamentais, sem prejuízo, por óbvio, à provocação do Judiciário para impor as condutas constitucionalmente devidas ao administrador*' (Notas acerca da efetividade dos direitos fundamentais sociais como limite à discricionariedade administrativa, p. 12. Disponível em:

<<<http://www.congressovirtualmprj.org.br/site/uploads/EfetivD.Sociais.doc>>. Acesso em: 20 jun. 2005).

⁷³ Direito à saúde no constitucionalismo contemporâneo. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord.). *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p.266-267.

⁷⁴ Em decisão emblemática, o Supremo Tribunal Federal consagrou essa postura: [...] O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que

visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção de seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF (AGRRE- 271.286/RS, 2ª T., Rel. Min. Celso de Mello, v.u. j. 12.09.2000, DJ 24.11.2000).

⁷⁵ *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.70.

⁷⁶ Dallari, Adilson Abreu. Privatização, eficiência e responsabilidade. In: Moreira Neto, Diogo de Figueiredo (coord.). Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo. Obra em homenagem a Eduardo García de Enterría, p.227-228.

⁷⁷ Ainda sob esse aspecto, a questão pode se revelar muito tormentosa, exigindo cuidado na apreciação do Judiciário. É o caso do exemplo citado por Fábio Konder Comparato em que 'uma política econômica voltada exclusivamente para a estabilidade monetária, interna e externa, pode se revelar incompatível com várias normas-objetivo da Constituição, notadamente com a de busca do pleno emprego, inscrita no art. 170, VIII' (Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In: Bandeira de Mello, Celso Antônio (Org.). *Direito administrativo e constitucional: estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997, p.356). Convém salientar que em casos como esses as medidas adotadas pela administração podem, em um primeiro momento, causar a impressão de infringência a programas constitucionais que visem o pleno emprego. Em longo prazo, entretanto, a política governamental (estabilização monetária) pode se revelar justamente eficaz, enquanto *condição necessária* para o alcance do pleno emprego e desenvolvimento econômico do país, sendo adotada tanto por administrações liberais como por aquelas de tradição socialista. Deve haver, portanto, criteriosa análise do Judiciário, tudo para que os valores e as finalidades dos programas engendrados pela Administração não sejam substituídos pelos valores e finalidades vislumbrados pelo órgão judicante.

⁷⁸ Confira-se, nesse sentido SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p.177-178; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v.14, n.57-58, p.233-256, p.243, jan./jun.1981; FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*, p.131

⁷⁹ *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p.876.

⁸⁰ Nesse sentido: SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p.157-158; BANDEIRA DE MELLO. *Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social*, p.243.

⁸¹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p.157.

⁸² SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*, p.29.