

**SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS E A LEGITIMIDADE DO PODER
JUDICIÁRIO NO SEU CONTROLE SOB A ÓTICA HABERMASIANA: ANÁLISE
CONCRETA SOBRE O RECURSO ESPECIAL Nº 1.041.197/MS, DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**SERVIZI ESSENZIALI PUBBLICI E LA LEGITTIMITÁ DEL POTERE GIUDIZIARIO
NEL CONTROLLO NELL'OTTICA HABERMASIANA: ANALISE DELLA
CONCRETEZZA SUL RICORSO SPECIALE N 1.041.197/MS, DELLA SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Iuri Bolesina¹

Tais Ramos²

RESUMO

Este artigo tem por intenção realizar um estudo de caso que foi julgado pelo Superior Tribunal de Justiça e diante das lições de Jürgen Habermas, averiguar a legitimidade do Poder Judiciário ao exercer o controle de serviços públicos essenciais administrados pelo Poder Executivo. Com o auxílio do método dedutivo e do procedimento histórico-crítico, o presente estudo se desenvolve em três momentos distintos: num primeiro na busca por um conceito, ainda que aproximado de serviços públicos e serviços públicos essenciais; no momento seguinte, a partir das premissas do mínimo existencial; e, por fim, o Recurso Especial nº 1.041.197/MS será objeto de análise, mormente a partir das lições do mestre alemão acima citado, visando esclarecer, primeiramente, se há legitimidade do poder judiciário no controle de serviços públicos essenciais e, em seguida em que hipóteses tal legitimidade se mostra íntegra.

PALAVRAS-CHAVE: Serviços Públicos Essenciais; Mínimo existencial; Jurisdição Constitucional; Teoria Habermasiana.

¹ Mestrando e Bolsista CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior) do Programa de Mestrado e Doutorado em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Pós-graduando *lato sensu* em Direito Civil pelo Instituto Meridional de Educação – IMED. Integrante do Grupo de Pesquisa “*Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional - instrumentos teóricos e práticos*”, coordenado pela Professora Dr^a. Mônia Clarissa Hennig Leal, vinculado ao Diretório de Grupo do CNPQ intitulado “*Constitucionalismo Contemporâneo*”. Advogado. E-mail: iuribolesina@gmail.com.

² Mestranda e Bolsista CNPq (Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico) do Programa de Mestrado e Doutorado em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Integrante do Grupo de Pesquisa “*VERDADE, MEMÓRIA E JUSTIÇA...*”, coordenado pelo Professor Dr. Rogério Gesta Leal, vinculado ao Diretório de Grupo do CNPQ intitulado “*Estado, Administração Pública e Sociedade*”, E integrante do Grupo de Pesquisa “*Observação pragmático-sistêmica do Serviço Público*”, coordenado pelo Professor Dr. Janriê Rodrigues Reck, vinculado ao Diretório de Grupo do CNPQ intitulado “*Constitucionalismo Contemporâneo*”. Graduada em Direito e Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Advogada OAB/RS. E-mail: taisramos@gmail.com.

RIASSUNTO

Questo articolo è destinato a realizzare uno studio di caso che è stato respinto dal Supremo Tribunal de Justiça e nelle lezioni di Jürgen Habermas, verificando la legittimità del potere giudiziario di esercitare il servizio di controllo essenziale pubblico gestito dal potere esecutivo. con l'aiuto del metodo deduttivo e la procedura storico-critico, questo studio si sviluppa in tre fasi distinte: una prima nella ricerca di un concetto, anche i programmi di utilità approssimative dei servizi essenziali pubblici, il momento successivo, nello stabilimento del minimo esistenziale, e, infine, il ricorso speciale 1.041.197/MS che sarà analizzato, in particolare nelle lezioni del suddetto maestro tedesco, con l'obiettivo di chiarire, in primo posto, se c'è la legittimità del potere giudiziario nel controllo dei servizi essenziale pubblici e quindi in tali casi se la legittimità visualizzata si mostra giusta.

PAROLE CHIAVE: Servizi Essenziali Pubblici; Minimo Esistenziale; Giurisdizione Costituzionale; Teoria Habermasiana

1 Elementos introdutórios

O presente estudo se desenvolve em três momentos distintos e pretende ao fim, com base em um estudo de caso que foi julgado pelo Superior Tribunal de Justiça e diante das lições de Jürgen Habermas, na obra *Direito e Democracia: entre a facticidade e validade*, averiguar a legitimidade do Poder Judiciário ao exercer o controle de serviços públicos essenciais administrados pelo Poder Executivo.

Para tanto, num primeiro momento, se tenderá a busca pela aproximação, ao menos, do conceito de serviço público e de serviço público essencial, contando com bases doutrinárias e legais, em especial do Brasil, porém em embargo de lições e legislação alienígenas.

Ato contínuo, se destacará a figura do mínimo existencial, visando esclarecer seu conteúdo e alcance, a fim de que reste aclarada a sua proximidade com a fruição dos serviços públicos essenciais. Isso para que se possa aproximar a ideia de serviço público essencial a visão contemporânea de dignidade da pessoa humana. Ao lado disso, se trabalhará a legitimidade do Poder Judiciário para a sua concretização.

Ao fim, o Recurso Especial nº 1.041.197/MS será objeto de análise, mormente a partir das lições do mestre alemão acima citado, visando esclarecer, primeiramente, se há legitimidade do poder judiciário no controle de serviços públicos essenciais. Em segundo momento, caso a primeira investida se mostre verdadeira, se mirará responder em que hipóteses tal legitimidade de mostra íntegra.

2 Apontamentos sobre a definição conceitual de serviço público e sobre a posição legal do serviço público essencial

Conceituar serviço público é tarefa que há algum tempo suga a atenção da doutrina que transita no âmbito do direito administrativo e, ainda mais especificamente, naquelas matérias voltadas em absoluto para o estudo do serviço público. É bem por isso que o serviço público “é confundido com outras figuras jurídicas que, embora apresentem características de ordem material muito parecidas e sejam também de interesse coletivo, têm natureza jurídica diversa” (SCHNEIDER, 2010, p. 97). Neste sentido, Reck (2009) adverte que o conceito do serviço público aparece imbricado ao próprio serviço público, como se fossem idênticos o que faz com que se ganhe em operatividade e se perca em riqueza analítica³.

Não obstante, tecnicamente a ideia de serviço público e o conceito de serviço público conduz a uma via que se separa. Num primeiro momento o conceito de serviço público é – tende a ser – aberto acolhendo diversas formas estruturais. De outro lado, o serviço público em si é fechado, pois equivale àquilo que o conceito de serviço público apontar. Em melhor síntese:

O conceito de serviço público pode ser observado a partir de uma dualidade dureza/vagueza sob o aspecto distintivo. Como o conceito de serviço público é uma distinção de dois lados, o sistema ganha em determinabilidade, tendo apenas duas alternativas. [...] Isso significa que o conteúdo do conceito de serviço público nunca é decidido de uma vez por todas. A resposta final é sempre adiada, e os juristas podem argumentar uns com os outros a excelência de uma ou outra posição. esse modo de operar tem uma vantagem fundamental: a vagueza/pluralidade não atinge o próprio serviço público. Plural e vago é o conceito. O serviço público sempre é duro, seja na forma, seja na diferença: serviço público é aquilo que o conceito de serviço público diz que é. (RECK, 2009, p. 301)

Em igual via, Aragão⁴ reconhece tal duplicidade, indicando que o conceito de serviço público, tal qual o próprio serviço público, ainda quando da sua memorável origem francesa,

³ “O conceito de serviço público é uma forma que está ligada a outra forma, a do próprio serviço público. O serviço público necessita de uma unidade da diferença para poder cruzar de um lado a outro. Falta-lhe, contudo, essa informação. Quem cumpre esse papel de possibilitar o sentido – e com isso, a existência – do serviço público é o conceito de serviço público. Com isso, o conceito de serviço público não só distingue, mas também permite que exista o próprio serviço público (enquanto comunicação que é)”. (RECK, 2009, p.300-301)

⁴ “Os serviços públicos constituem conceito que historicamente tende a uma amplitude bastante dilargada, oriunda da sua matriz francesa, que, via de regra, equiparava os serviços públicos a toda atividade estatal. Muito disso se deve ao caráter mítico que os serviços públicos adquiriram ao longo do tempo, como se a exclusão de alguma atividade estatal do seu conceito representasse uma *capitis diminutio*, uma desvalorização dessa atividade, lançando-a em um limbo jurídico. Com base nisso, grande parte dos conceitos existentes na doutrina dos serviços públicos abrange, com maior ou menor amplitude, atividades estatais que, se possuem a mesma base axiológica ou teleológica – o bem-estar da coletividade –, têm regimes jurídicos com pouco ou nada em comum (atividades indelegáveis/atividades delegáveis à iniciativa privada; financiadas por impostos/por tarifas e taxas; exploráveis comercialmente/gratuitamente; exclusivas do Estado/compartilhadas com a iniciativa privada;

se equiparam a toda atividade estatal voltada para o bem estar da coletividade com vistas a direitos (também os fundamentais)⁵. É a partir desta visão que a maioria dos conceitos de desenvolve.

Com efeito, adianta-se uma premissa fundamental para a definição dos conceitos que serão apresentados, Melo⁶ sublinha que:

[...] para estar presente um objeto mencionável como serviço público, devem concorrer cumulativamente os seguintes requisitos: (a) tratar-se de uma *prestação de atividade singularmente fruível pelos usuários*; (b) consistir em atividade *material*; (c) destinar-se à *satisfação da coletividade em geral*; (d) ser reputada pelo Estado como particularmente importante para a satisfação dos interesses da Sociedade (e) ter sido havida como insuscetível de ser relegada tão só aos empreendimentos da livre iniciativa, razão porque a assume como *pertinente a si próprio* (ainda que nem sempre com exclusividade) e (f) *submetê-la a uma específica disciplina de direito público*. [...].

Vê-se, pois, que o conceito de Serviço Público não guarda relação exclusiva com o Estado, podendo, ser prestado também pela sociedade. Dada a sua relevância social, o serviço público é de atendimento híbrido e por tal razão não está, em absoluto, vinculado ao interesse e a discricionariedade do administrador. Sem embargo do que foi dito atenta-se para o fato de que nem o fato da atividade ser importante socialmente, nem a sua relevância ou utilidade social, tampouco o fato do serviço ser desempenhado pelo Estado são, por si só, causa suficiente para caracterizá-lo como serviço público.⁷

Dito isso, tem-se quanto o conceito que a diferença marcante se dá no modo de colocação deste⁸, alguns conceitos mais amplos ou mais restritos, outros mais econômicos ou

de uso obrigatório/facultativo; manifestações do *jus imperii* estatal ou não; atividades administrativas, legislativas e jurisdicionais, etc.)". <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>

⁵ "O que importa notar da história do serviço público é que nasce como símbolo de uma busca da igualdade e da autoconstituição racional de uma comunidade a partir de direitos (e direitos fundamentais). esses símbolos sobrevivem a despeito das mudanças do Estado Liberal para o Social, só sendo erodidos a partir do neoliberalismo para, talvez, retornarem no pós-crise de 2008 ou no chamado pós-neoliberalismo". (RECK, 2009, p.94)

⁶ <http://www.biblio.juridicas.unam.mx>

⁷ "Ressalte-se, pois, desde logo que não será meramente (a) o fato da atividade ser muito importante para a vida social o que suscitará sua ereção em serviço público. Uma imensa gama de atividades agrícolas, industriais, comerciais, apresenta subido relevo para a Sociedade, sem que respondam ao conceito indicado. Pense-se nas ligadas ao setor alimentar ou farmacêutico, para referir casos evidentes. (b) Também não basta o fato do Estado reconhecer-lhes uma assinalada importância, pois as de benemerência, com sua conseqüente utilidade social, justamente por isto, recebem do Poder Público um tratamento favorecido, a atestar que lhes atribui o devido realce, sem que, todavia, se qualifiquem necessariamente como serviços públicos; (c) Nem mesmo a circunstância de se tratar de empreendimentos desempenhados pelo próprio Estado é que lhes defere a identidade em apreço". <http://www.biblio.juridicas.unam.mx>.

⁸ Seguem alguns exemplos de conceitos: Moreira (2006) define da seguinte forma: "No Direito Administrativo se tem tradicionalmente entendido o *serviço público* como uma *atividade econômica excluída por lei do mercado para que o Estado a discipline imperativamente e a execute por seus próprios meios ou por delegação*, um conceito que admite variações sem maior importância na bem assentada doutrina universal que se construiu a partir de sua origem francesa". Medauer (1996) assevera que: "Saber quando e porque uma atividade é considerada serviço público remete ao plano da concepção política dominante, ao plano da concepção sobre o

mais jurídicos, há também os mais vagos ou os mais fechados. De qualquer sorte, vale o destaque de Rolim (2006, p. 99) ao afirmar que:

[...] a noção de serviço público é conceitualmente uma idéia dinâmica que reflete as escolhas de determinada sociedade em determinado momento; entretanto, o caráter de essencialidade e necessária universalidade da prestação bem como a instrumentalidade da atividade compõem, de forma geral, o cerne desse conceito.

Dito isso, pode-se ter em mente que o conceito de serviço público (ou a sua crise conceitual) é dinâmico e vago, sofrendo mutações ao longo do tempo e no espaço em que é conceituado afetando, por consequência direta o próprio serviço público – o seu reconhecimento, sua forma de concretização, efeitos e sujeições econômicas, políticas e jurídicas –. Assim, Aragão (2007, p.13) afirma que:

Os serviços públicos são especialmente atingidos por essa crise conceitual, uma vez que, tendo sido sempre considerados como integrantes da esfera pública, com a mitigação das fronteiras entre o público e o privado, os seus contornos conceituais, que por sinal nunca foram muito firmes, passam por uma nova crise, demonstrando, paradoxalmente, a imensa força da noção de serviço público, sobrevivente a sucessivas crises e a profundas mudanças na sociedade, no Estado e na economia.

O mesmo ocorre com o serviço público essencial que, *a priori* não terá um conceito fechado, tampouco será de fácil enquadramento como serviço público, apesar de seu objeto de tutela ser menos dificilmente identificado, pois, como revela Luis Antonio Rizzato Nunes “há

Estado e seu papel. É o plano da escolha política, que pode estar fixada na Constituição do país, na lei e na tradição. A Constituição pátria considera como serviços públicos p.ex.: o transporte coletivo, no art.30,V; serviços telefônicos, telegráficos, no art. 21, XI; energia elétrica, no art. 21,XIII. [...] Finalidades diversas levam a considerar certa atividade como serviço público, dentre as quais: retirar da especulação privada setores delicados; propiciar o benefício do serviço aos menos favorecidos; suprir carência da iniciativa privada; favorecer o progresso técnico. Em essência, serviço público significa prestações; são atividades que propiciam diretamente benefícios e bens, aos administrados, não se incluindo aí as de preparação de infra-estruturas (arquivo, arrecadação de tributos, p.ex.). Abrange prestações específicas para determinados indivíduos, p.ex. água, telefone e prestações genéricas, p.ex. iluminação pública, limpeza de ruas. No momento em que a atividade de prestação recebe a qualificação de serviço público, conseqüências advêm, em especial quanto ao regime jurídico, mesmo que fornecida por particulares". Já Mello (2001), aduz que: Serviço público é toda a atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestados pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público - portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais - instituído pelo Estado em favor de interesses que houver definido como próprios no sistema normativo. [...] a noção de serviço público há de se compor necessariamente de dois elementos: um deles, que é seu substrato material, consiste na prestação de utilidade ou comodidade fruível diretamente pelos administrados; o outro, traço formal indispensável, que lhe dá justamente caráter de noção, consistente em um específico regime de Direito Público, isto é, numa "unidade normativa". Por seu turno, Di Pietro (2009), pondera que serviço público é “toda a atividade material que a lei atribui ao Estado para que exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente as necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público” Meirelles (1999) assim define: “Serviço Público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado. Fora dessa generalidade não se pode indicar as atividades que constituem serviço público, porque variam de acordo com a exigência de cada povo e de cada época. Nem se pode dizer que são as atividades coletivas

no serviço considerado essencial um aspecto real e concreto de urgência, isto é, necessidade concreta e efetiva de sua prestação" (NUNES, 2000, p. 306). Pode-se dizer que o serviço público essencial guarda estreita relação com o provimento da dignidade ao ser humano, através dos princípios e objetivos fundamentais do Estado brasileiro, os quais vêm estampados logo na abertura da Carta Constitucional, nos artigos 1º e 3º. Contemporaneamente, a doutrina local percebe o serviço público essencial como aquele que:

São essenciais os assim considerados por lei ou os que pela própria natureza são tidos como de *necessidade pública*, e, em princípio, de *execução privativa* da Administração Pública. São exemplos os serviços de segurança nacional, de segurança pública e os judiciários. [...] Os serviços públicos essenciais são, enfim, aqueles que não podem faltar. (GASPARINI, 2006, p.294)

No Brasil, vale o destaque que, por meio da Lei 7.783/89, em especial dos artigos 10 e 11, Parágrafo Único, em atendimento ao § 1º, art. 9º, da Constituição Federal, positivou-se o que se entende como serviços ou atividades essenciais, vinculando a ideia ao critério de risco, ao dizer que “são necessidades inadiáveis, da comunidade aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população”. Neste sentido, informada legislação destacou um rol –exemplificativo, já que o critério de essencialidade é amplo é adstrito às necessidades humanas – de serviços essenciais, note-se:

Art. 10 - São considerados serviços ou atividades essenciais: I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; II - assistência médica e hospitalar; III - distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; IV - funerários; V - transporte coletivo; VI - captação e tratamento de esgoto e lixo; VII - telecomunicações; VIII - guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares; IX - processamento de dados ligados a serviços essenciais; X - controle de tráfego aéreo; XI - compensação bancária.

Art. 11. [...]

Parágrafo único. São necessidades inadiáveis, da comunidade aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população.

A disposição dos serviços públicos essenciais é igualmente pautada pelos princípios que regem os serviços públicos (SCHNEIDER, 2010), dentre eles a permanência, a generalidade, a eficiência, a modicidade e a Cortesia, preceitos que impõem ao agente que presta o serviço o dever de agir dentro das balizas da razoabilidade e com vistas à Dignidade da Pessoa Humana. Tal situação é ratificada pela Lei 8.987/95 que regulamenta a concessão e

vitais que caracterizam os serviços públicos, porque ao lado destas existem outras, sabidamente dispensáveis pela comunidade, que são realizadas pelo Estado como serviço público".

permissão da prestação de serviços públicos, que foi incisiva, em seu art. 6º, § 1º e 2º, ao prever que:

Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

§ 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

O mesmo artigo, em seu §3º, enumera as hipóteses em que o serviço essencial poderá ser suspenso ou interrompido, asseverando que: “Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando: I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e, II – por inadimplemento do usuário, considerando o interesse da coletividade”. Perceba-se que o texto legal somente abre margem para a descontinuidade da prestação do serviço, em caso de mora no pagamento, nos casos de emergência ou após aviso prévio, em função do interesse social. Orientação semelhante é feita pela Portaria nº 04, de março de 1998, da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, ao preverá nulidade plena das cláusulas que: “imponham, em caso de impontualidade, interrupção de serviço essencial, sem aviso prévio”.

O até então consignado se presta para ilustrar a tamanha importância que é dedicada pelo Estado à essencialidade dos serviços públicos essenciais, mormente por representar um meio pelo qual se alcança dignidade aos seres humanos que compõem o povo brasileiro, tendo em conta que manejam bens e serviços indispensáveis quando se pensa em vida com dignidade e efetivação de direitos prometidos constitucionalmente.

Por serem evidentes, deixa-se de apontar os diversos efeitos nefastos que a falta de serviços públicos essenciais engendra na vida cotidiana do ser humano. Apenas para se ter em vista algumas das consequências, destaca-se o conspícuo ensinamento de Silveira (1999, p. 211) ao advogar, que:

Diferentemente do corte da linha telefônica, água, energia elétrica e saúde, são bens da vida de capital importância e seu abrupto seccionamento causa inúmeros transtornos ao ser humano. Não há equivalência direta entre o não-pagar e o corte. Esta é medida duríssima que penaliza uma família ou empresa inteira, muitas já penalizadas por outras sanções do Estado brasileiro, pródigo em tantas punições ao cidadão, mormente agora quando o País passa por um a processo recessivo sem precedentes, que se apresenta com um nível alto de desemprego e escorchantes taxas de juros.

Em síntese, o não cumprimento da entrega de serviços públicos essenciais – bens tão essenciais para a vida com dignidade do ser humano –, não se justifica salvo em casos extremos e devidamente justificados pelo poder público. Poder-se-ia aceitá-la em casos de emergência, calamidade, interesse social, mas não por outros motivos, muitos dos quais parciais e mesquinhos que também podem ser alcançados por outras vias que não inflijam dor e abalo físico e moral ao ser humano.

3 O mínimo existencial e a concretização de direitos essenciais à manutenção da dignidade humana através do Poder Judiciário

Há consenso que o mínimo existencial, enquanto construção jurídica de força subjetiva, se deu no seio do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, quando do julgamento do BverfGE 82, 60, oportunidade na qual restou vinculado à dignidade da pessoa humana. É, portanto, uma figura jurídica que pode ser reconhecida como direito fundamental material dada a sua especialidade (BITTENCOURT NETO, 2010).

Por ser um direito atrelado à dignidade da pessoa humana se reconhece a figura jurídica como um conceito aberto e não definitivo. Há, por exemplo, diversas perspectivas do mínimo existencial, como alimentação, liberdade, lazer, autonomia, igualdade, saúde, entre outros (LEAL, 2009), “não dispensando, portanto, a necessária contextualização (o que é moradia digna, por exemplo, varia significativamente até mesmo de acordo com as condições climáticas)” (SARLET, 2010, p. 26). Em outros termos não se vê a possibilidade de tornar o mínimo existencial um conceito fechado, pois varia de acordo com o contexto espacial, temporal, pessoal do sujeito afetado e as técnicas e os recursos deste contexto contemporâneo. Assim, Leivas (2006, p.135 apud TREISCH) no entendimento de Corinna Treisch conceitua o mínimo existencial, em sua dupla perspectiva (física e cultural) asseverando que:

O mínimo existencial é a parte de consumo corrente de cada ser humano, seja criança ou adulto, que é necessário para a conservação de uma vida humana digna, o que compreende a necessidade de vida física, como a alimentação, vestuário, moradia, assistência de saúde, etc. (mínimo existencial físico) e a necessidade espiritual-cultural, como educação, sociabilidade, etc. Compreende a definição do mínimo existencial tanto a necessidade física como também cultural-espiritual, então se fala de um mínimo existencial cultural.

De acordo com a teoria das necessidades humanas, o mínimo existencial abrange o nível essencial (existencial ou básico) das necessidades humanas e não o nível vital (mínimo vital). No nível essencial (existencial ou básico) estão às necessidades humanas intermediárias, íntimas à qualidade e que se inclinam a ser universais em todas as culturas.

São necessidades como saneamento, lazer, proteção à infância, saúde, alimentação, segurança, exercício da democracia, entre vários outros exemplos, de modo digno (DOYAL, GOUGH, 1994), ou seja, a satisfação dessas necessidades se dá com quantidade e qualidade suficientes para cada sujeito.

Ao lado disso, destaca-se que o conteúdo que forma o mínimo existencial é diferente da intensidade que deve ser entregue. Como destaca a lição de Leal (2009), a concretização do mínimo existencial será variável sempre variável já que a quantidade e a qualidade da sua entrega pode variar de espaço para espaço no mesmo tempo, como, para ilustrar, as necessidades verificadas no Rio Grande do Sul e as necessidades no Amazonas. Haverá um nível distinto de atuação para a concretização do mínimo existencial. Logo se o conteúdo do mínimo existencial pode ser lido de um plano axiológico, íntimo da dignidade humana, a sua concretização deve respeitar uma visão mais restrita, condizente com as variáveis de determinado Estado, em tempo e cultura próprios⁹.

Trata-se, pois, um direito absoluto, ainda que não ilimitado. É neste sentido que Torres (2010, p.94-95). afirma que:

Em circunstâncias normais, pode-se falar de uma proteção absoluta. Mas a convicção de que existem direitos que nunca são desprezados, nem sob circunstâncias mais extremas – e apenas estes são direitos absolutos genuínos – pode ser considerada autovinculante para um indivíduo que tem a liberdade de se sacrificar por determinados princípios, mas não pode valer desde o ponto de vista do direito constitucional. [...] Nesse contexto é que se torna admissível cogitar-se de *direito absoluto*, que não significa direito ilimitado nem afasta totalmente os constrangimentos legais. Os direitos absolutos são aqueles que valem categoricamente nos limites traçados pela Constituição [...] sujeitam-se apenas às limitações absolutas, derivadas da própria liberdade e legalidade [...]

A confluência das singularidades do mínimo existencial (a) guardar íntima vinculação com a dignidade da pessoa humana e (b) ser reconhecido em uma de suas dimensões como direito fundamental autônomo, engendra forças impositivas e extremas qualificadas. Primeiro, possui grau de hierarquia extremo perante as outras normas. Segundo, tem valor jurídico impositivo extremo, vinculando a todos e sendo plenamente justiciável. Terceiro, regula objetos de extrema importância, todos vinculados à dignidade da pessoa humana, perante o Estado e a comunidade. E, por fim, quarto, carece de extrema interpretação, pois é direito de

⁹ Significa dizer, também, que se pretere o debate de fundamentação do direito (verificação de correlação do seu conteúdo com o conteúdo da dignidade humana) o que acaba por manter um círculo de repetição sobre o que é “correto” e/ou “incorreto” (o que é ou não dignidade da pessoa humana), culminando na baixa tradição de (tentativas de) reconhecimento de “novos” direitos ou de “novas” dimensões de direitos afetos à dignidade da pessoa humana.

conteúdo principiológico e aberto¹⁰. É considerado, pois, como o “supertrunfo” em face dos direitos e da maioria.(NOVAIS, 2006)

Uma vez definido o mínimo existencial, restar saber se há legitimidade na sua concretização pelo Poder Judiciário. A reflexão inicial deve ser: qual a diferença entre um Poder Legislativo e/ou um Poder Executivo arbitrário e enclausurado nos labirintos de sua casa e um Poder Judiciário não democrático e discricionário? Nenhuma. A recíproca é igualmente verdadeira.

O Judiciário, popularmente tido como o poder estatal menos democrático, modernamente pode ser tido como um espaço amplamente democrático. Tal situação é bem trabalhada pelo constitucionalismo democrático (MELLO, 2004) pela teoria da jurisdição constitucional aberta (as quais se aproveitam das proposições de Peter Häberle¹¹). Significa dizer que a jurisdição (constitucional especialmente) deve estar aberta para a deliberação de todos, tornando-se um canal de participação e representação popular num processo de incessante avaliação e debate acerca da Constituição. (ALEXY, 2008)

Está-se a defender que o Poder Judiciário, através da abertura da jurisdição (constitucional) para a participação democrática, aliada com a possibilidade da formação de intérpretes diversos do texto constitucional, pode valorizar a Constituição, o pluralismo e a coexistência em sociedade. Ao lado disso, sua legitimidade na concretização de direitos (e do mínimo existencial) restará ampliada. Em outros termos uma jurisdição democrática é mais

¹⁰ “O primeiro extremo é o grau de hierarquia extremo na ordem graduada do direito intra-estatal. Isso resulta do mero fato que direitos fundamentais são direitos com hierarquia constitucional. O grau de hierarquia extremo seria de pouco interesse se não acrescesse o segundo, a *força de imposição extrema*. Dela dispõem direitos fundamentais quando eles, primeiro, vinculam todos os três poderes, portanto, também o dador de leis, e quando essa vinculação é controlada judicialmente, portanto, é justificável. [...] Também a união entre grau de hierarquia extrema e força de imposição extrema iriam significar pouco se os direitos fundamentais regulassem questões especiais insignificantes. Rigorosamente o contrário é, porém, o caso. [...] Convertem-se em um problema real os três extremos tratados até agora, o grau de hierarquia extremo, a força de imposição extrema e os objetos extremamente importantes, primeiro, pelo enlace com um quarto problema, a medida máxima de necessidade de interpretação. [...] Tudo isso explica porque em todos os estados, dotados com catálogo de direitos fundamentais e jurisdição constitucional, sobre a interpretação dos direitos fundamentais, não só é refletido com calma, mas também litigado na arena política. Pode falar-se de uma luta pela interpretação dos direitos fundamentais”. (ALEXY, 2008, p.49-51)

¹¹ “Es conocido que Häberle defiende, proyectando sobre el Derecho constitucional la doctrina de Karl Popper, la existencia de una “sociedad abierta de intérpretes de la Constitución”. Con ello alude a que la función de interpretar la Constitución no es una función exclusiva del tribunal constitucional, sino todo lo contrario: la interpretación de la Constitución corresponde también, por supuesto, a los otros tribunales, a los abogados, a la comunidad científica jurídica, pero no sólo a ellos (la “sociedad cerrada” de intérpretes de la Constitución), sino también, en términos más generales, a toda la opinión pública, a todos los ciudadanos, con una libre competencia de interpretaciones de todos ellos (no hay “*numerus clausus*” de intérpretes constitucionales: es la “sociedad abierta” de intérpretes de la Constitución, que incluye a asociaciones, partidos políticos, sindicatos, iglesias, Casa Real, ciudadanos, etc). Es más, dice Häberle, sólo formalmente tiene el tribunal constitucional la “última palabra”, pues materialmente quienes tienen la última palabra, o mejor: la penúltima palabra, son los ciudadanos y la comunidad científica”. <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio>

um ambiente de concretização de direitos de forma legítima. Com a sapiência, Hennig Leal (2007, p.193) assevera:

Esta convergência e interação é que pautam, a nosso ver, o desafio da jurisdição constitucional no sentido de sua legitimação e legitimidade. Uma vez posta a impossibilidade de se voltar atrás com relação à existência e à atuação da jurisdição constitucional, o debate que se põe é, então, o de como incluí-la, efetivamente, nos espaços da democracia, isto é, diante da (assim acreditamos) inevitabilidade de existência de um tal controle, a questão central que se põe é a de como construir, a partir da noção de Constituição aberta, também uma jurisdição constitucional aberta. Em outras palavras, cremos que o resgate da legitimidade da jurisdição constitucional não passa, precipuamente, por uma limitação ou restrição de sua atuação, muito menos por um retorno ao Legislativo como fórmula mágica para a restauração dos pressupostos da separação dos poderes. Isto porque, num Estado em que se pretende a igual dignidade, não há como se privilegiar, de forma simplista, a maioria identificada com o sistema representativo, pois o grande desafio que se coloca é a inclusão das minorias, muitas vezes fragilizadas no jogo democrático das leis, não só no sentido de participação, mas também no sentido de fruição dos direitos.

A posição aqui defendida, contudo, não é imune de críticas - que em geral são rebatidas¹² -, já que não há resolução definitiva, e sim apenas atenuação (SARMENTO, 2008) de situações argumentadas sob quebra do princípio democrático, insegurança jurídica, paternalismo, interpretação inadequada da Constituição, repetição acrítica das jurisprudências construídas no passado, governo dos juízes¹³, politização da justiça, judicialização da política, ativismo judicial (BARROSO, 2011), falta de dados técnicos, econômicos e financeiros (SOUZA NETO, 2008), até mesmo para a existência de um Direito Judicial em detrimento ao

¹² Para um inventário bastante completo das críticas e contra-críticas indica-se MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011. Em complemento SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (org.). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p.515-551.

¹³ Das críticas até este momento indicadas, ver MAUS, Ingborg, O judiciário como superego da sociedade - sobre o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". In: *Novos Estudos*, nº 58. São Paulo: CEBRAP, novembro, 2000, p.135-139. De qualquer forma destaca-se o seguinte trecho da p.314: "Esses dois conceitos emancipatórios são postos radicalmente em questão por meio da ascensão da Justiça à qualidade de administradora da moral pública. A mencionada introdução de pontos de vista morais e de "valores" na jurisprudência não só a arma com maior grau de legitimação, imunizando assim suas decisões contra qualquer crítica, mas também conduz a uma liberação da Justiça de qualquer vinculação legal que pudesse garantir sua sintonização com a vontade popular. Toda menção a um dos princípios "superiores" ao direito escrito leva - quando a Justiça os invoca - à suspensão das disposições normativas individuais e a decidir o caso concreto de forma inusitada".

Direito Legal¹⁴. Como bem se vê o problema – se é que há problema – não está na jurisdição (constitucional) em si, mas em como é conduzida¹⁵.

A tensão, entretanto, de ser devidamente alocada. Evidentemente os Poderes Legislativo e Executivo gozam de uma preferência (não só da presunção democrática) para a concretização do mínimo existencial, máxime porque o farão por meio de políticas públicas que podem atingir resultados mais satisfatórios e amplos. Todavia, em casos concretos e singulares somente o Poder Judiciário poderá sanar a situação apresentada de violação à dignidade humana, ainda que tenha que controlar ou concretizar direitos e políticas públicas, exercendo sua faceta contramajoritária.

O mínimo existencial é bom exemplo dessas situações especiais, já que a sua urgência e primazia não autorizam que o Poder Judiciário (democrático e aberto) fique inerte ou agrilhado aos demais Poderes¹⁶. E nem por isso o Poder Judiciário poderá ser taxado de ativista, pois, estará cumprindo com o comando constitucional maior de defesa e promoção da dignidade da pessoa humana.

4 O controle judicial dos serviços públicos essenciais sob a ótica habermasiana: análise concreta sobre o Recurso Especial nº 1.041.197/MS

Viu-se inicialmente que a Lei 7.783/89, em seu artigo 10, apresenta um rol – exemplificativo – de serviços públicos essenciais, trazendo no inciso II o dever estatal de assistência médica e hospitalar. O que se busca no momento, é analisar um caso concreto que debate o controle judicial dos serviços públicos essenciais diante do mínimo existencial.

¹⁴ “[...] os novos textos constitucionais, ao incorporarem princípios, configurarem Estados Democráticos de Direito, estabelecerem objetivos e fundamentos do Estado, asseguram o espaço necessário para interpretações construtivistas por parte da jurisdição constitucional, já sendo possível falarem um ‘direito judicial’ em contraposição a um ‘direito legal’” (CITTADINO, 2002, p.18)

¹⁵ “Há que distinguir, portanto, entre legitimidade da jurisdição constitucional e legitimidade no exercício dessa jurisdição. A primeira é pacífica, conforme o entendimento da doutrina; a segunda, controversa”. (BONAVIDES, 2011, p.2)

¹⁶ “É bem de ver, no entanto, que a ideia de democracia não se resume ao princípio majoritário, ao governo da maioria. Há outros princípios a serem preservados e há direitos da minoria a serem respeitados. Cidadão é diferente de eleitor; governo do povo não é governo do eleitorado. No geral, o processo político majoritário se move por interesses, ao passo que a lógica democrática se inspira em valores. E, muitas vezes, só restará o Judiciário para preservá-los. O *deficit* democrático do judiciário, decorrente da dificuldade contramajoritária, não é necessariamente maior que o do Legislativo, cuja composição pode estar afetada por disfunções diversas, dentre as quais o uso da máquina administrativa nas campanhas, abuso do poder econômico, a manipulação dos meios de comunicação. O papel do Judiciário e, especialmente, da cortes constitucionais e supremos tribunais deve ser resguardar o processo democrático e prover os valores constitucionais, superando o *deficit* de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso; sem, contudo, desqualificar sua própria atuação, exercendo preferência política de modo voluntarista, em lugar de realizar os princípios constitucionais”. (BARROSO, 2010, p.390-391)

De início vale o destaque que se optou pelo caso apresentado em razão deste trabalhar em seu seio a ideia de serviços públicos essenciais, mínimo existencial e controle judicial desses serviços, bem como porque o voto elaborado restou adequadamente elaborado e fundamentado com base na justa hermenêutica constitucional. A partir disso, busca-se um paralelo com as investidas acadêmicas de Habermas.

O caso sob análise se trata do Recurso Especial nº 1.041.197/MS, interposto pelo Estado do Mato Grosso do Sul em feito que, originalmente, foi demandado pelo Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul em face do recorrente. A Ação Civil Pública buscava obrigar o Estado do Mato Grosso do Sul a cumprir convênios firmados com a Fundação Municipal de Saúde, gestora do Hospital Universitário de Dourados, notadamente quanto à entrega de equipamentos médico-hospitalares faltantes sob o argumento angular de que o serviço público essencial de assistência médica hospitalar e a própria política pública de saúde não estavam sendo cumpridas, violando diretamente direitos fundamentais. Ao fim, a demanda foi julgada procedente, determinando obrigação de fazer ao Estado do MS (conforme ementa em rodapé¹⁷).

¹⁷ ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS (SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL) – POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS – DIREITO À SAÚDE – FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTOS A HOSPITAL UNIVERSITÁRIO – MANIFESTA NECESSIDADE – OBRIGAÇÃO DO ESTADO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – NÃO-OPONIBILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL. [...] 3. A partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora em pró das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de transformar a realidade social. Em decorrência, não só a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, como também, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais. 4. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Com efeito, a correta interpretação do referido princípio, em matéria de políticas públicas, deve ser a de utilizá-lo apenas para limitar a atuação do judiciário quando a administração pública atua dentro dos limites concedidos pela lei. Em casos excepcionais, quando a administração extrapola os limites da competência que lhe fora atribuída e age sem razão, ou fugindo da finalidade a qual estava vinculada, autorizado se encontra o Poder Judiciário a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada. 5. O indivíduo não pode exigir do estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Por outro lado, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem motivos, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado Democrático de Direito. Por este motivo, o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial. 6. Assegurar um mínimo de dignidade humana por meio de serviços públicos essenciais, dentre os quais a educação e a saúde, é escopo da República Federativa do Brasil que não pode ser condicionado à conveniência política do administrador público. A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário. Recurso especial parcialmente conhecido e improvido. (REsp 1041197/MS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/08/2009, DJe 16/09/2009).

Dentre as razões recursais apresentadas destaca-se a seguinte: a ingerência inadequada do Poder Judiciário no critério discricionário do Poder Executivo ao exercer o controle de constitucionalidade, considerando a (a) separação dos poderes, (b) a reserva do possível e (c) o poder de decisão das prioridades por parte do Poder Executivo. Os argumentos foram rebatidos pelo Ministro e devidamente fundamentados, como se passa a verificar ao lado das construções de Habermas sobre o tema da legitimidade da jurisdição.

De início vale assinalar que a questão acerca da legitimidade do Poder Judiciário para atuar nas competências precípua de outros poderes de República (também a brasileira) é questão celeumática e que, como o próprio autor alemão – Habermas – assevera, ainda não foram suficientemente respondidas pela teoria constitucional (HABERMAS, 1997). É neste sentido, ademais, que Habermas aduz que sequer a existência de Tribunais Constitucionais é auto-evidente e, nos espaços em que eles existem, há inúmeras controvérsias, grande parte amarrada a clássica repartição de funções institucionais¹⁸. De qualquer sorte, Habermas acredita na legitimidade da jurisdição constitucional, quando ela age como atua como um “fiel depositário para um processo político” (HABERMAS, 1997, p.347), ou seja, como instância que atua na guarda de direitos para a plena autonomia privada e pública.

No âmbito do exercício de controle de constitucionalidade exercido no Recurso Especial analisado, a alegação de violação do princípio da separação dos poderes, ficou resolvida a partir de elementos autorreferenciais da Constituição Federal de 1988. O Ministro deixou claramente assentado que tal princípio, advindo do Estado Liberal, merece uma leitura contemporânea e atualizada com os fundamentos elementares da Constituição Federal de 1988. Persistir utilizando o conceito clássico da separação dos poderes importaria, nos casos de ilegalidade cometida pelo Poder Executivo ou Legislativo, em tornar o Poder Judiciário em mero expectador das ações dos demais poderes sob uma pretensa afirmação de legalidade. Seria o mesmo que se escudar no princípio da separação dos poderes para evitar qualquer tipo de fiscalização ao cumprimento dos objetivos e princípios constitucionais. Daí porque hoje se diga, nas palavras do Ministro, que:

[...] não só o Poder Executivo, mas também o Poder Judiciário sofreram alterações em sua estrutura funcional, de modo a possibilitar a efetividade dos direitos sociais. Se, de um lado, a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente

¹⁸ “[...] há controvérsias sobre o seu lugar na estrutura de competências da ordem constitucional e sobre a legitimidade de suas decisões. E tais controvérsias constituem um indício da necessidade de clarificação, resultante do enfeixamento *institucional de funções*, que são nitidamente diferenciadas numa teoria da constituição. Gostaria de destacar alguns aspectos desta discussão. A crítica à jurisdição constitucional é conduzida quase sempre em relação à distribuição de competências entre legislador democrático e justiça; e, nesta medida, ela é sempre uma disputa pelo princípio da divisão dos poderes”. (HABERMAS, 1997, p.298)

delineados, de outro, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos direitos sociais constitucionalmente garantidos. A ilicitude gerada pelo não-cumprimento injustificado do dever da administração pública em implementar políticas de governo acarreta a desarmonia da ordem jurídica, o que faz merecer correção judicial, sob pena de transformar em letra morta os direitos sociais. [...] Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais¹⁹.

Neste mesmo sentido, reside a razão de se afastar o entendimento de que estaria o Poder Judiciário impedido de corrigir distorções em matéria de serviços públicos inadequadamente prestados em face da discricionariedade estendida ao poder executivo pelo princípio da separação dos poderes. Vê-se de plano que, se assim o fosse, a “efetivação de outros princípios igualmente constitucionais ficaria comprometida, o que contraria a hermenêutica atual que privilegia a harmonização das normas e princípios constitucionais conflitantes”²⁰.

Habermas, contudo, sinaliza o perigo de se assumir a Constituição como guardiã dos valores universais de uma nação e alcançar ao Judiciário, no exercício do controle de constitucionalidade, o poder para dizer o que é correto e o que é incorreto, já que, assim, se transforma numa instância autoritária de interpretação e argumentação unilateral calcada em valores diversos, supostamente advindos da Constituição (interpretada)²¹. Neste contexto, a missão a elementar da jurisdição constitucional:

seria, então, a de assegurar a autonomia pública e privada dos cidadãos, isto é, ele deve proteger o sistema de direitos que assegura e possibilita o exercício da autonomia, o que revela, portanto, a concepção procedimentalista habermasiana, que pretende coferir à jurisdição constitucional uma nova locução democrática [...] (LEAL, M.C.H., 2007, p.137)

Assim, diante das razões apresentadas pelo Ministro, mostra-se acertada a posição adotada diante da matriz habermasiana de jurisdição constitucional, já que se reconhece que o

¹⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1041197/MS*. Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 25/08/2009, DJe 16/09/2009)

²⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1041197/MS*. Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 25/08/2009, DJe 16/09/2009).

²¹ “O discurso de auto-entendimento ético-político dos cidadãos encontra sua manifestação concentrada numa jurisprudência constitucional orientada por valores, que se apropria hermenêuticamente do sentido originário da constituição, na medida em que atualiza criativamente desafios históricos cambiantes, opondo-se ao sentido originário. Ainda mais ousado do que a nossa hermenêutica jurídica apoiada em Gadamer, Perry vê o juiz constitucional no papel de um professor profético que procura garantir a continuidade de uma tradição constitutiva para a vida da comunidade, interpretando a palavra divina dos fundadores. E, ao fazer isso, ele não deve fixar-se no teor estrito, nem tornar-se dependente de convicções majoritárias. [...] Ao deixar-se conduzir pela idéia da realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária. No caso de uma colisão, *todas* as razões podem assumir o caráter de argumentos de colocação de objetivos, o que faz ruir a viga mestra introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica de normas e princípios do direito” (HABERMAS, 1997, p.320-321).

princípio da separação dos poderes somente pode atuar como barreira a atuação do poder judiciário quando a administração pública atua dentro dos limites concedidos pela lei (expressa). De outro lado, em se verificando a violação à legalidade, neste caso em razão do não cumprimento de um serviço público essencial (também expresso), o princípio cede a atuação do Poder Judiciário.²²

Vencido o argumento de que a separação dos poderes seria óbice para a atuação do poder judiciário em matéria de controle de serviços públicos o voto seguiu para a apreciação do argumento da reserva do possível.

Vale o destaque exordial de que tal teoria é advinda do julgamento do BverfGE n.º 33, S. 333, pelo Tribunal Constitucional alemão²³, que entendeu que “o direito à prestação positiva – no caso, o aumento do número de vagas na universidade – encontra-se sujeito à reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode esperar, de maneira razoável da sociedade” (MÂNICA, 2007) Vê-se, pois, que a teoria da reserva do possível não tratou, originariamente, da (in)existência de recursos materiais para a efetivação dos direitos fundamentais propriamente dita, mas sim da razoabilidade da postulação apresentada²⁴.

Neste sentido, agrega-se que, no Brasil, criou-se, em torno da teoria da reserva do possível, um discurso que se tornou banalizado em seu uso, representando, não raras vezes, uma alegação vazia de defesa processual, invocada por um Estado que busca, por meio de discursos ligados a escolhas e a limites econômicos e financeiros, fugir de suas obrigações constitucionais.

Trabalhar, no plano político-jurídico, com a ideia de que o condicionamento dos direitos fundamentais deve ser dependente dos valores existentes nos caixas do Poder Executivo parece disparate, já que, ao fim e ao cabo, estar-se-ia substituindo a vencida teoria da programaticidade de determinadas normas de direitos fundamentais pela teoria da reserva

²² “[...] quando a Administração extrapola os limites da competência que lhe fora atribuída e age sem sentido, ou fugindo da finalidade a qual estava vinculada, descabe a aplicação do referido princípio, e autorizado se encontra o Poder Judiciário a reconhecer que o Executivo não cumpriu com sua obrigação legal [...] No entanto, quando a Administração Pública, de maneira clara e indubitável, viola direitos fundamentais por meio da execução ou falta injustificada de programas de governo, a interferência do Poder Judiciário é perfeitamente legítima e serve como instrumento para restabelecer a integridade da ordem jurídica violada”. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1041197/MS*. Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 25/08/2009, DJe 16/09/2009)

²³ “No caso, a Corte alemã analisou demanda judicial proposta por estudantes que não haviam sido admitidos em escolas de medicina de Hamburgo e Munique em face da política de limitação do número de vagas em cursos superiores adotada pela Alemanha em 1960. A pretensão foi fundamentada no artigo 12 da Lei Fundamental daquele Estado, segundo a qual “*todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação*” (MÂNICA, 2007, p.169-186).

²⁴ Parece claro que a razoabilidade tem relação com os recursos disponíveis. Algo que pode parecer razoável num determinado contexto de fartura pode deixar de sê-lo em um contexto de escassez. Mas este argumento, como se verá adiante, não pode ser, por si só e exclusivamente, o fator determinante ou o elemento central da decisão judicial.

do possível, reforçando-a com argumentos como separação de poderes e discricionariedade administrativa. Estar-se-ia, assim, próximo de se cogitar acerca da reversibilidade social ou do esvaziamento do conteúdo mínimo dos direitos fundamentais. Pior do que isso, se estaria obstaculizando ilegalmente a concretização do mínimo existencial.

No caso concreto, o Estado do Mato Grosso do Sul seguiu exatamente a linha acima atacada, mirando se esquivar do cumprimento do mínimo existencial, que no caso em tela era personificado pelo serviço público essencial de prestação médica e hospitalar com dignidade, e como resposta (acertada) do juízo recebeu a seguinte fundamentação:

[...] o princípio da reserva do possível não pode ser oposto a um outro princípio, conhecido como princípio do mínimo existencial. Desse modo, somente depois de atingido esse mínimo existencial é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em quais outros projetos se deve investir. Ou seja, não se nega que haja ausência de recursos suficientes para atender a todas as atribuições que a Constituição e a Lei impuseram ao estado. Todavia, se não se pode cumprir tudo, deve-se, ao menos, garantir aos cidadãos um mínimo de direitos que são essenciais a uma vida digna, dentre os quais, sem a menor dúvida, podemos incluir o pleno acesso a um serviço de saúde de qualidade. Esse mínimo essencial não pode ser postergado e deve ser a prioridade primeira do Poder Público. Somente depois de atendido o mínimo existencial é que se pode cogitar a efetivação de outros gastos. Por esse motivo, não havendo comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário determine a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político²⁵.

Fica evidenciado que o argumento trazido pelo Estado recorrente foi vazia, sem qualquer comprovação fática da insuficiência de recursos ou da falta de razoabilidade do pedido. De outra banda, deveria o administrador público, antes de tudo – inclusive das alegações acerca da reserva do possível”, observar a construção de seu orçamento para, a par dos valores necessários para suprir a falta de equipamentos hospitalares e médicos, destinasse seus recursos para tal fim em detrimento de outros não tão preemptórios quanto a saúde.

Diante disso, pode-se se imiscuir na última alegação, que diz respeito a ingerência do Poder Judiciário na escolha das prioridades administrativas. Ao longo da argumentação apresentada, parece aclarado que “assegurar um mínimo de dignidade humana por meio de serviços públicos essenciais, tais como a educação e a saúde [...] não pode ser condicionado à conveniência política do administrador público”²⁶.

A questão é: como definir o que é prioritário num universo de demandas diversas e infinita? Em casos diversos a identificação poderia ser mais complexa, contudo, no caso

²⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1041197/MS*. Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 25/08/2009, DJe 16/09/2009).

²⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1041197/MS*. Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 25/08/2009, DJe 16/09/2009).

concreto o apontamento da violação, diante do mínimo existencial e do fato do serviço público violado ser essencial, restou facilitada, pois:

Basta uma leitura do art. 2º da Lei n. 8.080/90 e do art. 196 da Constituição Federal para se concluir que o direito à saúde deve ser uma prioridade do estado; até porque, está intimamente ligado com o direito à vida, fonte de onde irradiam todos os demais direitos fundamentais. [...] No caso concreto, esta obrigação prioritária do estado não vem sendo prestada de forma a satisfazer o comando constitucional e legal. Conforme registrou o acórdão recorrido, em razão da demanda e "*da falta de equipamentos médicos-hospitalares, o Hospital Universitário de Dourados, por vezes, oferece e presta atendimento nos corredores e em cadeiras de fio, fato que, evidentemente, ofende a dignidade daqueles que precisam de um serviço adequado e eficiente*"²⁷.

Ao lado disso, contudo, deve-se mirar que a opção pelo que é mais prioritário no universo de prioridades, ao fim e ao cabo, não deve ficar exclusivamente atrelado nem ao Judiciário, nem ao Executivo. Uma vez que Judiciário e Executivo asseguram a autonomia pública e privada dos cidadãos – muito através da concretização do mínimo existencial e dos serviços públicos essenciais –, cada qual por meio de seus instrumentos, o ônus da decisão é compartilhado pelos cidadãos que passam a ser, concomitantemente, autores e destinatários da decisão (e da norma) politicamente deliberada e não imposta.

Essa atuação política, afirma Habermas, age como um processo de razão e cooperação social e não meramente como indicações de vontades. Isso porque, o cenário contribui para à persuasão e exposição das razões e direitos de cada um para si e de cada perante o outro (HABERMAS, 1997). É, segundo o autor alemão, uma verdadeira abertura para o outro.

A partir da matriz habermasiana, é possível verificar que a legitimidade do Poder Judiciário pode ser ampliada através da abertura da jurisdição constitucional para a participação democrática no seu seio, aliada com a possibilidade da formação de intérpretes diversos do texto dos direitos fundamentais, além de afiar os compromissos constitucionais, se presta para valorizar o pluralismo e a coexistência em sociedade. Ao mesmo tempo, corrobora-se a legitimidade da jurisdição constitucional, no exercício de defesa dos direitos fundamentais e da democracia – que tendem a serem aproximados –, porém, agora, com novo auxílio da participação popular como igual guardião dos valores constitucionais (LEAL, M.C.H.L, 2007)

No caso concreto, e sob os auspícios de Habermas, entende-se como justa e legítima a intervenção do poder judiciário no controle de serviços públicos essenciais entregues pelo

²⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1041197/MS*. Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 25/08/2009, DJe 16/09/2009)

Poder Executivo. Isso considerando que a violação da dignidade da pessoa humana que se viu com a não concretização do serviço público essencial de atendimento médico e hospitalar ofende e atrofia a autonomia pública e privada do cidadão, de modo que tal conduta não deve ser assistida inertemente pelo Poder Judiciário²⁸⁻²⁹.

²⁸ Por esta senda é o voto desenvolvido pelo aposentado Ministro do Superior Tribunal de Justiça, José Delgado, ao julgar o ROMS 8915/MA O direito do cidadão de se utilizar dos serviços públicos essenciais para a sua vida em sociedade deve ser interpretado com vistas a beneficiar a quem deles se utiliza.

²⁹ “a omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário, afinal de contas, este não é mero departamento do Poder Executivo, mas sim um Poder que detém parcela da soberania nacional”. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1041197/MS*. Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 25/08/2009, DJe 16/09/2009)

5 Considerações Finais

A busca pela definição final do conceito de serviço público é matéria que tem ocupado as pesquisas acadêmicas das áreas afins. Já há algum tempo investidas neste sentido revelaram que as raízes da ideia de serviço público são de origem francesa e, não obstante, somente mais modernamente logrou-se observar que o conceito de serviço público e o serviço público em si são coisas distintas, em que pese amarrados. A figura do conceito do serviço público trata-se de uma figura aberta e vaga, apta a ser moldada quando necessária. Porém, nem por isso abre mão de singularidades que lhe são próprias, como a sua relevância social e a sua vinculação parcial com boa parte das atividades estatais.

O mesmo se dá com os serviços públicos essenciais, aqueles que, grosso modo, não podem faltar, sob pena de inviabilizar a plena fruição da dignidade humana ou da autonomia pública e privada. É neste sentido que se apontou que os serviços públicos essenciais guardam estreita aproximação com o mínimo existencial, já que ambos protegem a parcela mínima de direitos, gozados em níveis essenciais, que asseguram o piso da dignidade da pessoa humana.

Apropriando-se deste conhecimento, se investiu na análise concreta de um julgado do Superior Tribunal de Justiça, no qual as figuras de serviço público essencial, mínimo existencial e controle jurisdicional da atividade administrativa entravam em debate. Posto tal cenário, se valeu do auxílio da doutrina habermasiana para verificar a legitimidade da jurisdição constitucional no controle de serviços públicos essenciais.

Ao fim, logrou-se verificar que o autor alemão – Habermas – observa a jurisdição constitucional como um tutor das condições de participação política dos cidadãos, o que perpassa pela garantia e concretização de meios que assegurem a autonomia privada e

pública. Bem se vê, a partir daí, que os serviços públicos essenciais, por garantirem uma parcela considerável do mínimo existencial, atuam como instrumentos de políticas públicas aptos a resguardar a autonomia pública e privada dos cidadãos, para que possam agir comunicativamente no cenário político.

Logo, diante do caso concreto analisado e a partir das premissas habermasianas, o controle exercido pelo Poder Judiciário sobre as decisões do Poder Executivo em termos de serviço público essencial que não estava sendo adequadamente prestado, entende-se como justificada e legítima a sua intervenção.

6 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O conceito de serviços públicos no direito constitucional brasileiro. In: *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 17, fevereiro/março/abril, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 01 de julho de 2012.

BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 5ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____, Luís Roberto. *Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BITTENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil*. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a07v1851>. Acesso em: 03 dez. 2011.

BRASIL. *Lei Federal nº 8.987/95*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 01/07/2012.

_____, *Lei Federal nº 7.783/89*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 01/07/2012.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1041197/MS*. Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 25/08/2009, DJe 16/09/2009).

_____, Superior Tribunal de Justiça. *ROMS 8915/MA*. Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 12/05/1998, DJe 17/08/1998,

CAMAZANO, Joaquim Brage. Algumas ideas de Peter Häberle sobre la jurisdicción constitucional. In: *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Brasília: IDP, Ano 4, 2010/2011. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio>. Acesso em: 15 nov. 2011.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação dos poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. Ed. 22, São Paulo: Atlas, 2009.

DOYAL, L. GOUGH, I. *Teoría de las necesidades humanas*. Barcelona: Icaria, 1994.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 11.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a facticidade e validade*. Vol 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

LEAL, Monia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição na ordem democrática. Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do poder judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do poder judiciário na implementação de políticas públicas. In: *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 169-186, jul./set. 2007.

MAUS, Ingborg. O judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. In: *Novos Estudos*, nº 58. São Paulo: CEBRAP, novembro, 2000.

MEDAUER, O. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: RT, 2003.

MEIRELLES, H. L. *Direito administrativo brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELO, Celso Antonio Bandeira de. *Serviço público: conceito e características*. Disponível em: <<http://www.biblio.juridicas.unam.mx>>. Acesso em: 01/07/2012.

_____, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14^a ed. São Paulo: Malheiros, 2001

MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004

MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra editora, 2006.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000.

RECK, Janriê Rodrigues. *Observação pragmático-sistêmica do conceito de serviço público*. Tese (doutorado) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo/RS, 2009.

ROLIM, Maria João Pereira. Tributação e Financiamento de Obrigações Públicas no Setor Elétrico. In: LANDAU, Elena (Org.). *Regulação Jurídica do Setor elétrico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SARLET, Ingo W; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet;, Luciano Beneti Timm; Ana Paula Barcellos [et al]. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010.

SARMENTO, Daniel. A Proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (org.). Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

SCHNEIDER, Yuri. *Direito Administrativo*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

SILVEIRA, Reynaldo Andrade da. *Práticas Mercantis no Direito do Consumidor*. Curitiba: Juruá, 1999.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (org.). Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar. 2010.