

ALEXANDRE PERES RODRIGUES

**A EFETIVIDADE DE SERVIÇOS PÚBLICOS NA AVALIAÇÃO DE
GOVERNO**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Associado Dr. Sérgio Resende de Barros

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO – SP

2020

Versão corrigida em Abril de 2020. A versão original, em formato eletrônico (PDF), encontra-se disponível na CPG da Unidade.

ALEXANDRE PERES RODRIGUES

**A EFETIVIDADE DE SERVIÇOS PÚBLICOS NA AVALIAÇÃO DE
GOVERNO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito do Estado, sob orientação do Professor Associado Dr. Sérgio Resende de Barros.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO – SP

2020

Autorizo a reprodução e a divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e de pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Rodrigues, Alexandre Peres

A Efetividade de Serviços na avaliação de Governo; Alexandre Peres Rodrigues; orientador Sérgio Resende de Barros -- São Paulo, 2020.

165 f.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020.

1. Serviços Públicos. 2. Avaliação de Governo. 3. Participação do usuário na Administração Pública. 4. Controle Social da Administração Pública. 5. Governabilidade. I. Resende de Barros, Sérgio, orient. II. Título.

Folha de Aprovação

RODRIGUES, Alexandre Peres. **A Efetividade de Serviços Públicos na avaliação de Governo.** Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de Mestre em Direito do Estado, sob a orientação do Professor Associado Sérgio Resende de Barros.

Examinado em:

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Sérgio Resende de Barros

Instituição: Universidade de São Paulo

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

DEDICATÓRIA

Dedico esta obra a Jorge Arantes Peres Rodrigues, vida nova que inspira a nova vida, e a Carolina Pinto Arantes, por nossa velha vida que renova a vida.

AGRADECIMENTOS

A trajetória foi longa, árdua e cheia de desafios, e a caminhada só foi possível graças à amizade, valor maior que me auxiliou no fomento da autopercepção, da disciplina e da coragem para atender ao desafio.

Em maior ou menor grau, de forma direta ou oblíqua, pelos apontamentos e críticas, todos e todas aqui relacionados são preciosos colaboradores desta pesquisa.

Agradeço primeiramente ao Professor Sérgio Resende de Barros pela disposição em me receber como seu orientando, por acreditar no potencial da pesquisa e por ceder um pouco da sua grande sabedoria em nossos momentos de debate e orientação.

Logo a seguir, à Beatriz Nimer por todo o apoio, envolvimento, altruísmo e conhecimento, e a Leonardo Quintiliano, pela disponibilidade, paciência e colaboração. Ao Professor Rubens Beçak pelos preciosos apontamentos na banca de qualificação.

Aos colegas de Mestrado, em especial André Bello e Pedro Casquel, por toda a troca de experiências e fraternidade durante a orientação.

À Professora Eunice Prudente e à Marcia Annunziato, por todos os momentos de aprendizado e humanidade, na monitoria da graduação e em todas as demais prosas.

À Professora Maria Paula Dallari Bucci, pelas aulas calorosas, assim como às Professoras Mara Regina e Elza Boiteaux, e Professores Conrado Hübner e Masato Ninomiya, pelos aprendizados conquistados.

A Vicente Carrari, Daniel Arbix e Fernando Minchillo por todas as dicas, conselhos e receptividade imensos e efetivos.

A Florêncio Penteadó e à Roberta Inocência, pela crença no potencial da pesquisa. A Cesar Mortari e a Pedro Peruzzo, pelo impulso ao meio acadêmico.

A Gilberto Peres Rodrigues e à Maria Cecília Petrone Peres Rodrigues pela fé e pelo sustento, à Lucy Peres Rodrigues pelo zelo, a Antônio Peres Rodrigues Neto pela rebeldia e a Antônio Peres Rodrigues Filho pelo exemplo. À Carolina e ao Jorge, novamente, pela motivação e pela alegria.

EPIGRAFE

*“A maravilhosa beleza das corrupções políticas,
Deliciosos escândalos financeiros e diplomáticos,
Agressões políticas nas ruas,
E de vez em quando o cometa dum regicídio
Que ilumina de Prodígio e Fanfarra os céus
Usuais e lúcidos da Civilização quotidiana!
(...)
Amo-vos a todos, a tudo, como uma fera.
Amo-vos carnivoramente,
Pervertidamente e enroscando a minha vista
Em vós, ó coisas grandes, banais, úteis e inúteis,
Ó coisas todas modernas,
(...)
Que importa tudo isto, mas que importa tudo isto
Ao fúlgido e rubro ruído contemporâneo,
Ao ruído cruel e delicioso da civilização de hoje?
Tudo isso apaga tudo, salvo o Momento, (...)”*

(PESSOA, Fernando. *Ode Triunfal* - Poema de Álvaro de Campos, 1914).

“The law of progress holds that everything now must be better than what was there before. Don't you see if you want something better, and better, and better, you lose the good. The good is no longer even being measured.”

(ARENDDT, Hannah. *Entrevista concedida para Roger Errera*, New York Review of Books, 1974).

RESUMO

RODRIGUES, Alexandre Peres. *A Efetividade de Serviços Públicos na avaliação de Governo*. 165 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

A avaliação de governo é um tema inerente ao bom funcionamento dos estados modernos, já que permite ao cidadão julgar o desempenho político dos governos e o atendimento às diretrizes de Estado, como manifestação de poder frente aos representantes e dirigentes políticos. Ainda que a avaliação contenha um espectro vasto, cuja difusão na sociedade possa ser verificada por outros ramos do conhecimento, o seu estudo jurídico se vale do Direito Constitucional, suas categorias e princípios, de modo que avaliar torna-se tanto condição quanto efeito dos arranjos jurídicos inerentes ao Estado Democrático de Direito. Por outro lado, a atuação dos governos por meio de comodidades e utilidades públicas permite que um dos focos de avaliação seja realizado através dos serviços públicos, como nexos de ações do Estado externalizadas para a população, tanto mais se estes forem conceituados segundo uma acepção específica trazida por um Direito Administrativo constitucionalmente referido, alinhado ao cumprimento dos direitos humanos fundamentais. Nesse sentido, os serviços públicos podem ser qualificados como efetivos se indicarem critérios para uma produção real de efeitos práticos, através da adoção de critérios que reafirmem o seu conceito adotado. A efetividade nos serviços públicos subsidia sua avaliação, criando hipóteses de controle social da qualidade do serviço. A percepção vulgar dos serviços públicos pelo cidadão pode transferir a avaliação da qualidade do serviço para o julgamento da atuação dos próprios governos, com reflexos na mensuração da governabilidade e da participação popular na Administração Pública.

Palavras-chave: 1. Cidadania. 2. Governabilidade. 3. Controle Social da Administração Pública. 4. Serviços Públicos. 5. Participação do usuário na Administração Pública. 6. Democracia Participativa. 7. Efetividade. 8. Avaliação de Governo. 9. Direitos Humanos Fundamentais. 10. Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

RODRIGUES, Alexandre Peres. *A Efetividade de Serviços Públicos na avaliação de Governo*. 165 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

Government evaluation is a theme inherent to the proper functioning of modern states, as it allows citizens to judge the political performance of governments and its compliance with state guidelines, as a manifestation of power *vis-à-vis* political representatives and leaders. Although this evaluation contains a wide spectrum, whose diffusion in society can be verified by other branches of knowledge, its legal study yields Constitutional Law, its categories and principles, so that evaluation becomes as much a condition as an effect of legal arrangements arising out of democratic State of Law. On the other hand, government actions through public activities allows one of the evaluation focuses to be carried out through public services, as a nexus of external actions of the state to the population, especially if they are conceptualized according to a specific meaning, brought by a constitutionally referred Administrative Law, aligned with the fulfillment of fundamental human rights. In this sense, public services can be qualified as effective if they can indicate criteria for a real production of practical effects through the adoption of criteria that reaffirm their adopted concept. Effectiveness in public services supports its evaluation, creating means of social control of the quality of public services. The common perception of public services by citizens could expand the evaluation of the quality of services to a judgment of the performance of governments themselves, impacting the measurement of governability and of popular participation in Public Administration.

Key Words: 1. Citizenship. 2. Governability. 3. Social Control of Public Administration. 4. Public Services. 5. User participation in Public Administration. 6. Participative Democracy. 7. Effectiveness. 8. Government Evaluation. 9. Fundamental Human Rights. 10. Democratic State of Law.

ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
Arts.	Artigos
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADCT	Ato das Disposições constitucionais Transitórias
DASP	Departamento Administrativo do Serviço Público
DF	Distrito Federal
DJe	Diário de Justiça eletrônico
CF/88	Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988
EC	Emenda Constitucional
Min.	Ministro
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
CAPÍTULO I – A AVALIAÇÃO DOS GOVERNOS	19
1.1 CRITÉRIO ESTÁTICO DE AVALIAÇÃO DE GOVERNO	24
1.1.1. Elementos materiais.....	26
1.1.2. Elemento circunstancial.....	32
1.1.3 – Elemento condicional	36
1.2 – CRITÉRIO DINÂMICO DE AVALIAÇÃO DE GOVERNO	40
1.2.1. Equilíbrio da relação política.....	41
1.2.2. Governabilidade e relações de poder.....	44
CONCLUSÕES PARCIAIS.....	49
CAPÍTULO II – CONCEITUAÇÃO JURÍDICO-POLÍTICA PARA SERVIÇOS PÚBLICOS.....	51
2.1 – EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE SERVIÇOS PÚBLICOS.....	54
2.1.1 – A Constitucionalização do Direito Administrativo	61
2.1.2 – Amplitude conceitual de Serviços Públicos	67
2.2 – EVOLUÇÃO CONCEITUAL NO BRASIL	70
2.2.1 – Breve Histórico.....	70
2.2.2 – Os serviços públicos na Constituição Federal de 1988	72
2.3 – SERVIÇOS PÚBLICOS CONCEITUADOS SOB A PREMISA PROPOSTA ..	78
CONCLUSÕES PARCIAIS.....	85

CAPÍTULO III – SERVIÇOS PÚBLICOS EFETIVOS.....	87
3.1 –EFETIVIDADE E SERVIÇOS PÚBLICOS	87
3.2 – RAZÃO DE ESTADO NOS SERVIÇOS PÚBLICOS	89
3.2.1 – Serviços Públicos e Direitos Sociais	90
3.3 – A NOÇÃO DE SERVIÇO ADEQUADO.....	101
3.3.1 Princípio da Adequação.....	104
3.3.2. Adequação como elemento subjacente.....	110
3.4 – SERVIÇOS PÚBLICOS EM POLÍTICAS PÚBLICAS	112
CONCLUSÕES PARCIAIS.....	117
CAPÍTULO IV – CONTROLE DA GOVERNABILIDADE POR MEIO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS.....	119
4.1 – CRITÉRIOS NORMATIVOS	124
4.1.1. Lei paulista nº 10.294/1999	126
4.1.2. Lei Federal nº 13.460/2017	129
4.1.3 Decreto paulistano nº 58.426/2018.....	131
4.2 – CRITÉRIOS EXTRA NORMATIVOS	133
4.2.1 – Serviços Públicos e Democracia Participativa	137
CONCLUSÕES PARCIAIS.....	147
CONSIDERAÇÕES FINAIS	149
ÍNDICE DAS FONTES	157

INTRODUÇÃO

No momento em que se iniciava esta pesquisa, as instituições públicas e o ideal de democracia novamente periclitavam, frente a novos – ou velhos-novos – desafios de governabilidade dos governos em exercício. O distúrbio político-social conta com requintes *existenciais*, vez que pode ser apontada uma crise da sociedade política, sobre sua própria razão de ser. Neste compasso, questiona-se a própria legitimação dos poderes públicos, enquanto se estabelece o embate entre as estruturas institucionais postas e os horizontes apresentados pela sociedade da informação, caracterizada pela massificação do consumo, a disseminação de mazelas econômicas e a liquidez das relações sociais. Trata-se de uma complexidade derivada da globalização, que conta com reflexos econômicos e sociais intensos e respostas governamentais nem sempre na mesma magnitude.

Por todo o globo, formas neoliberais de ação, ao lado de movimentos neoconservadores, forçam soluções verticais para a crise e seus efeitos. A convergência dos avanços democráticos do segundo quartil do Século XX passa a ceder espaço para descompassos fáticos que criam dúvidas sobre o enraizamento e permanência das conquistas civilizatórias. De modo formal, as instituições em tese são funcionais, com relativa estabilidade e janelas de saneamento, no entanto cada vez mais surgem manifestações indiciadoras de falhas de uma atuação dos governos em favor dos interesses da população e providentes de uma democracia substancial. Enquanto não se vislumbra resolução próxima para o conflito, há um atordoamento na significação e efetividade dos próprios direitos humanos, com reflexos na relação do indivíduo para com o Estado a ele conjugado.

No Brasil, a crise político-econômica coloca em xeque os avanços efetuados pela CF/88. Diversas situações violam ou tendem a violar o conteúdo do pacto político brasileiro, e diferentes visões da crise advogam tanto pela reforma ou fortalecimento das instituições jurídico-políticas, quanto pela sua ruptura. Em ramificações da crise, as políticas públicas em geral vêm sofrendo cada vez mais descontinuidades institucionais, num planejamento míope, um “cinismo” governamental, relativamente aos fundamentos do Estado brasileiro, deturpados em nome de interesses personalistas de indivíduos ou grupos político-econômicos.

Pode-se afirmar que há uma crise de governabilidade vigente no país, nem tanto pelos episódios de conturbação nos idos de 2015 a 2017, mas principalmente por um descolamento progressivo dos governos e representantes de poder daquilo que a Constituição Federal de 1988 determinou como fundamentos e objetivos do Estado Brasileiro.

Um dos sintomas desta síncope se reflete na prestação e oferta de atividades do Estado para os particulares. Os serviços públicos estão inseridos neste universo, na forma de comodidades públicas que concretizam ações estatais pelo Estado ou quem lhe faça as vezes, emergentes de necessidades fáticas da comunidade para promoção de direitos fundamentais com vistas ao seu bem-estar, sobrevivência e integridade.

Serviços presentes nas diversas esferas de governo pelos mais variados regimes jurídicos e entes públicos apresentam discrepâncias com o seu fundamento legal ou constitucional, já que as prestações colocadas à disposição dos particulares não reverberam o seu objetivo esperado, não criam condições para a sua maturidade fática. Interesses privatistas servem como mote para a descaracterização ou o estocamento de serviços públicos, assim como a flacidez no seu controle e fiscalização periclitam sua qualidade e eficácia; ao fim, este caldo prejudica sua *ratio mater* de satisfação dos direitos fundamentais correlatos.

A população e os usuários de serviços públicos raramente encontram na prestação de utilidades e comodidades públicas qualquer conformidade a seus direitos fundamentais, qualquer alinhamento dos serviços aos seus fundamentos, tanto mais no decorrer de crises institucionais e escassez de recursos. A efetividade de serviços públicos é um critério que pode vir a favorecer a adesão dos governos aos fundamentos de Estado, conferindo-lhes legitimidade, conforme se verá pelo estudo do sentido deste termo. No entanto, a realidade mostra que, para o cidadão, a figura do Estado é somente uma burocracia coativa, uma estrutura débil, uma espécie de *Emplastro Brás Cubas* voltado para justificar a própria figura do Estado ou o governo que momentaneamente o titulariza. Não surpreende que os serviços públicos sejam alvo constante de críticas da população e pauta de promessas eleitorais, como eufemismo de uma avaliação da função e da relevância dos governos.

A ingovernabilidade enfeixada para o tema dos serviços públicos resulta na mensuração do grau de afirmação dos poderes constituídos, segundo a efetividade dos serviços prestados ou colocados à disposição dos cidadãos.

Pretende-se assim questionar como serviços públicos efetivos podem vir a se tornar critérios de avaliação da governabilidade. Desta forma, é possível sintetizar a inquietação desta pesquisa, sumarizada na seguinte sentença: *os serviços públicos, caso efetivos, podem servir de critério para a avaliação do governo e, a partir disso, se tornarem medida de governabilidade?*

Para esta empreitada, a metodologia a ser adotada envolverá o estudo da doutrina, em cruzamento interdisciplinar de temas, para que sejam afirmadas hipóteses dedutivas voltadas à confirmação de um raciocínio premeditado. A meta é formar premissas que possam confirmar ou não o questionamento levantado, assim como trazer possíveis decorrências desta conclusão. Além disso, é possível também apontar de forma subsidiária caminhos para criar parâmetros extra normativos, para o qual a doutrina possa indicar frentes de pesquisa e possibilidades epistemológicas.

Preliminarmente, realizar-se-á um estudo sobre o tema da avaliação de governo segundo a ótica do direito constitucional, com abertura para interpretações sistemáticas e principiológicas, ou seja, a Constituição vista como norma-moldura e vetor axiológico de conformação das estruturas e instituições jurídicas. A partir disto, é possível constatar a avaliação de governo como elemento retro alimentador da cidadania, vazante do princípio democrático e resultante da construção do Estado de Direito, o que irradia vetores valorativos para outros ramos jurídicos pares, como o Direito Administrativo. A justificativa para tanto decorre da ausência de dispositivos que verbalizem de maneira explícita e exata uma avaliação em si dos governos, realizada pelo indivíduo na condição de administrado – e não “eleitor” ou “cidadão” -, a não ser por decorrência implícita de princípios e teorias, cuja soma possa frutificar em pressupostos lógicos para a verificação da avaliação de governo pelo aporte do direito constitucional. Esta construção abriga um estudo da governabilidade, a qual adotará um sentido específico para servir aos fins propostos.

Em segundo lugar, será necessário adotar um conceito de serviços públicos que dialogue com as premissas levantadas. Para tanto, serão desconsideradas divergências doutrinárias do direito administrativo sobre o sentido de serviços públicos, preferindo-se adotar uma noção ampla deste conceito, que não coincida exatamente com uma ou outra escola ou corrente de pensamento, mas seja essencialmente funcional em relação às demais premissas desta pesquisa - em especial os temas da governabilidade e da democracia participativa. A funcionalidade reside na análise das prestações estatais voltadas ao

particular, num sentido mais fático, real e nem tanto técnico-jurídico. Assim, valoriza-se mais a percepção vulgar e o senso comum do cidadão-administrado sobre o que seria “serviço público” – mais próximo de “atividade pública” - do que construções eminentemente racionais que relacionem conteúdos jurídicos. A justificativa para tanto será conformar o sentido específico adotado para serviços públicos com as premissas criadas, em especial pela contribuição do direito constitucional e a incursão do tema da cidadania e da participação do cidadão na Administração Pública.

Em terceiro lugar, adotar-se-á um sentido próprio para o conceito de efetividade, para não se arriscar qualquer confusão com o “princípio da efetividade”, o que traria um resultado indesejado nas premissas que o utilizem, já que o sentido de efetividade na pesquisa é guiado e voltado a qualificar o sentido adotado de serviços públicos. Logo, a opção pelo sentido semântico de efetividade afastará análises mais profundas sobre termos próximos, como eficácia e eficiência. Para isso, será considerada a questão da eficácia social das normas. Na mesma linha, será adotado um sentido extrajurídico para o conceito de “qualidade nos serviços”, já que este dialogará com uma visão ampla sobre a qualidade, além dos dispositivos constantes em lei. Por outro lado, o sentido utilizado de adequação será jurídico, alinhado ao “princípio da adequação”, pelos mesmos motivos: a utilização de um sentido não jurídico elasteceria demais o escopo de adequação, alargando-o sobremaneira, o que traria um resultado indesejado para a adequação, que na pesquisa servirá tão somente como um dos critérios de efetividade, não merecendo maiores digressões.

Nesta senda, a opção metodológica interdisciplinar servirá para oxigenar as análises jurídicas, fazendo com que as discussões acadêmicas apresentem o maior diálogo possível com a realidade em seu entorno. Ao abordar uma problemática sob diversos enfoques, a chance de contato com a realidade é muito maior, tanto pela causalidade decorrente da diversidade técnica, quanto pela aderência à complexidade multifocal, plurívoca e abrangente dos fatos. Propõe-se assim a criação de critérios de avaliação bivalentes, os quais tendem a abranger um amplo espectro de possibilidades: estático e dinâmico, dogmático e zetético, prescritivo ou descritivo. A análise fática abrangerá o tema da governabilidade, em uma intersecção com os valores de direitos humanos, medindo a influência das diferentes categorias componentes do poder na relação de poder entre governantes e governados, subsidiando uma avaliação relacional e dinâmica, não apenas normativa. O cotejo analítico dos fatos permitirá a adoção de critérios de efetividade baseados também em critérios extra normativos, para uma noção geral de adequação e um

diálogo com o tema das políticas públicas. Por fim, esta técnica trará elementos para ampliar a análise do controle dos serviços públicos pelo seu usuário, promovendo a intersecção com os temas da democracia participativa e da governabilidade. Desta forma, abre-se caminho para inserir enfoques diversificados no seio do debate da avaliação de governo, costurando temas de direito constitucional e direito administrativo, com contribuições da Filosofia do Direito, Filosofia, Sociologia, Direitos Humanos e Teoria Geral do Estado.

Para esta pesquisa, o pareamento de obras doutrinárias será a fonte de pesquisa maior, o que não impede a existência de trechos de citação jurisprudencial como apoio das premissas levantadas ou de raciocínios fundantes das mesmas. Também será feita a interpretação histórica e lógico-sistemática de diplomas normativos, em especial as leis paulistana, paulista e federal sobre o tema de usuário de serviços públicos, as quais contam com escassas referências doutrinárias.

Com todos estes elementos, o objetivo será construir um macrosilogismo tendo por premissa maior a problemática da avaliação de governo e da governabilidade, e por premissas menores os feixes de efetividade dos serviços públicos; como síntese, pretende-se enformar a efetividade dos serviços como critério de avaliação dos governos. Possivelmente este é um silogismo de segundo grau, pois parecia tanto macrotemas – governabilidade e serviços públicos – quanto se vale de um enfoque oblíquo – *democracia e democracia participativa* - sobre a reunião destes macrotemas. Ou seja: a análise completa comporta dois sobrevoos – sobre serviços públicos e governabilidade – e a incursão de um tema específico – participação do usuário na Administração Pública como reforço da democracia participativa – para se chegar no resultado desejado. Para atingir este objetivo, serão empregadas técnicas dedutivas, que confrontarão premissas normativas com análises sobre a eficácia social das leis e normas, em especial acerca do potencial de efetividade dos serviços públicos e de paradigmas de qualidade destes serviços. Tomando por base esta técnica será possível refletir se as normas existentes no ordenamento carregam em si uma afirmação ou um déficit do controle da qualidade dos serviços pelo seu usuário, e com isso dimensionar os reflexos da governabilidade incidente sobre os serviços públicos, em função da sua efetividade. A partir dessas hipóteses específicas, será criado um padrão para estabilizar a fundamentação lógica das premissas adotadas, reforçando a veracidade das proposições frente aos fundamentos e teorias de apoio.

Esta é a proposta deste estudo, que será estruturado conforme segue.

O “Capítulo I” tratará especificamente da avaliação de governo, trazendo os nexos de apreciação do seu objeto pelos critérios da constituição e da governabilidade. Para isso, haverá um percurso sobre as relações políticas e as categorias formadoras do poder, o fundamento humanista da ordem jurídica através das declarações de direitos humanos e os reflexos político-jurídicos advindos do Estado Democrático de Direito.

Prosseguindo para o “Capítulo II”, serão trazidos estudos do Direito Administrativo relativos ao tema dos serviços públicos, para formar um conceito ajustado ao planejamento da pesquisa. Neste ponto, será abordado o tema, com a trajetória histórica deste conceito, prosseguindo para visões contemporâneas, através das quais o instituto será abordado sob outros olhares, em especial pelo filtro do Direito Administrativo subordinado aos princípios e regras constitucionais, como fontes emanadoras de preceitos essenciais e porta de entrada para valores e fundamento humanista de ordem jurídica. Com isso, tem-se presente a vertente do Direito Administrativo reagente ao administrado, por meio da qual se busca maior interação com o indivíduo e uma legitimidade ampla dos arranjos administrativos, visitando-se uma visão de serviços públicos voltada ao seu usuário, contemplando sua participação nos rumos da Administração Pública.

Em continuidade à conceituação de serviços públicos, segundo enfoques específicos, o “Capítulo III” dedicar-se-á para a estruturação da efetividade nos serviços. Para isso, o conceito adotado será qualificado como “efetivo” caso atenda a critérios cuja gênese ecoe algumas proposições: eficácia social dos serviços públicos, adesão destes aos seus fundamentos legais e uma visão fenomênica dos serviços. A abordagem será esquematizada pelo atendimento aos direitos humanos fundamentais, noção de adequação dos serviços públicos e correspondência dos serviços com políticas públicas.

Concluindo a pesquisa, o “Capítulo IV” será destinado a confrontar as premissas anteriores, ou seja, a avaliação de governo e os serviços públicos, os quais, transmutados pelos filtros da pesquisa, envolverão por fim os temas de governabilidade e efetividade. Como síntese das premissas, atingir-se-á o controle da qualidade do serviço público pelo seu usuário, através de paradigmas normativos de controle da qualidade, assim como direções para a formação de paradigmas extra normativos. Esta segunda camada terá o apoio da noção de democracia participativa como veículo de alimentação de avaliação dos governos por meio dos serviços públicos efetivos, voltados ao seu usuário.

Tal é o planejamento da pesquisa, que será desenvolvida a seguir.

CAPÍTULO I – A AVALIAÇÃO DOS GOVERNOS

A quem pertence o poder político? Como perdura esse poder numa sociedade?

Tais questionamentos ocupam o pensamento político há tempos: partindo da construção aristotélica do homem compreendido como animal político, destinado a viver em sociedade através das qualidades humanas do discurso, do discernimento, do juízo racional e do senso de justiça,¹ a ciência e os saberes passaram a investigar e buscar respostas para esses questionamentos.

Sua origem remete às necessidades humanas comunitárias, traduzidas em finalidades, que, fincadas, tornam-se valores enformadores de deveres e sustentáculos de poderes.² Identifica-se no fenômeno do poder político um ajuste de forças e demandas, tendente à permanência, apto a produzir efeitos em relação aos seus sujeitos.

Aristóteles, ao especificar o cidadão que habitava a pólis, já distinguia as funções de comando e obediência, identificando as virtudes para exercê-las:

Se então a virtude de um bom governante é a mesma de um homem bom, e supõe-se que se permanece sendo cidadão no ato mesmo de obedecer a um superior, a virtude do bom cidadão e a virtude do homem bom não pode absolutamente ser a mesma, pois a virtude do governante difere da de um cidadão.³

A não coincidência entre as funções de governar e ser governado implica naturalmente na distinção entre os sujeitos que governam e os que são governados. León Duguit evidencia haver em todas as sociedades humanas “indivíduos que parecem mandar em seus semelhantes e que de certo modo exigem obediência a suas determinações, fazendo uso da força quando julgarem necessário”⁴, o que justifica a diferenciação entre os atores políticos e a segmentação das figuras de governantes e governados - quem exerce e quem se submete ao comando político. Inclusive para o autor, essa diferenciação de

¹ Cf. ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10ª ed. São Paulo: Manole, 2005, p. 11,15, 16, 35.

² Cf. BARROS, Sergio Resende de. *Direitos Humanos: Paradoxo da Civilização*, 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 2.

³ Cf. ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Pedro Constantin Tolens, 5ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2010. p. 119.

⁴ Cf. DUGUIT, Léon. *Fundamentos do Direito*. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 53-54.

sujeitos políticos qualifica as agremiações humanas com vistas ao surgimento da figura do Estado, legitimando o poder conformado pelo direito.⁵

Com o surgimento dos Estados Modernos, rompe-se com a ordem absolutista - superada por meio da *ideia-força* da democracia – alterando a relação entre governantes e governados através de uma espécie de “cisão” do poder entre seus exercentes e titulares,⁶ fenômeno esse que contou com o respaldo de diversas teorias voltadas a explicar e racionalizar essa dualidade.⁷ Para tanto, a paz social inerente aos estados pós-feudais se valeu de um sentimento de confiança, um potencial ajustamento entre governantes e governados – apto a gerar a estabilidade do Estado e o cumprimento do seu pacto fundante.

No seio dessas teorias, afere-se a verificação de uma *fidúcia*⁸ existente entre titulares e exercentes do poder, com vistas a manter um mínimo de coesão na sociedade e assegurar alguma estabilidade do poder político: trata-se do tema da avaliação de governo.

Uma sociedade cujo fundamento é um poder acessível a todos presume ser governada se e somente se existir uma limitação no exercício deste poder.⁹ Os limites

⁵ Cf. DUGUIT, Léon. *Fundamentos do Direito*. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 57, 58 e 85.

⁶ SÉRGIO RESENDE DE BARROS, ao discorrer sobre a conformação do Estado Moderno, afirma que o contratualismo contribuiu para “elaborar a teoria que redimiou a democracia do conceito negativo herdado de Aristóteles e, ao baixar a soberania do rei o para o povo, produzir a radical inversão política, a subversão da titularidade do poder soberano, que deu alento à revolução liberal”. (Cf. BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos Humanos: Paradoxo da Civilização*, 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 324).

⁷ É o caso de HANS KELSEN, que, ao explicitar os mecanismos da representação e sua conjugação com a figura do Estado, nos meandros de sua Teoria Pura do Direito, corrobora esse raciocínio: “sob o pressuposto de, com a atribuição a outro indivíduo ou a outros indivíduos – especialmente a todos os que formam a comunidade estadual, à população do Estado -, ou seja, com a representação não queremos significar senão que o indivíduo que realiza a função está juridicamente, ou ético-politicamente apenas, vinculado a realizar esta função no interesse do indivíduo ou dos indivíduos aos quais, precisamente por isso, essa função é atribuída”. (Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 333). Note-se que o autor utiliza o termo “estadual” para referir-se a “pertencente ao Estado”, não se confundindo com conotações de federalismo ou afins, em conformidade com uma interpretação lógica e sistemática dos pressupostos da Teoria Pura do Direito.

⁸ NORBERTO BOBBIO insere este tema nos estudos sobre democracia, e inclusive se vale do termo *fidúcia* para descrever os modos de representação democrática, ao descrever os seus modos nas figuras da delegação ou da *fidúcia* dos representantes para com os representados. A segunda delas impele à representação de interesses gerais, presente no modo de exercício do poder da maior parte dos Estados. Veja-se: “se é delegado, A é pura e simplesmente um porta-voz (...) se ao invés disso é um fiduciário, A tem o poder de agir com certa liberdade em nome e por conta dos representados, na medida em que, gozando da confiança deles, pode interpretar com discernimento próprio os seus interesses”. (Cf. BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, p. 46-47).

⁹ JEAN JACQUES ROUSSEAU colore esta ideia destacando que o indivíduo que titulariza o poder não deve se obrigar perante os governados sob um autocontrato. Por outro lado, a alteridade de um pacto de direitos com os governados deverá obrigar o governante como autoridade pública, no exercício de poderes de mando, sob regras que incidem sobre toda a coletividade. Nesse sentido, afirma: “A fim de que o pacto social não venha a constituir, pois, um formulário vão, compreende ele tacitamente esse compromisso, o único que pode dar força aos outros: aquele que se recusar a obedecer à vontade geral a isso será constrangido por todo o corpo (...)”. (Cf. ROUSSEAU, Jean Jacques. *O Contrato Social*. Tradução de Antônio de Pádua Danesi. 3ª

implicam no controle dos mecanismos de poder - como a sua contrapartida política - e a avaliação do poder em si - como a contrapartida lógica. Desta feita, a avaliação informa a aderência dos governos aos valores regentes da sociedade,¹⁰ em especial o valor maior de obediência às leis e despersonalização do poder, princípio implícito que enforma os estados organizados segundo o princípio do Estado de Direito.

É possível destacar esta fidúcia por meios vulgares como manifestações individuais ou coletivas de apreço ou despreço, por meios difusos como o sufrágio, por meios oblíquos como o direito de reunião, dentre outros. No entanto, também é possível fazê-lo por manifestações formais e oficiais, seja por mecanismos jurídicos como impeachment, ações populares e similares, seja pelos instrumentos veiculadores dos *checks and balances* constitucionais, como a recusa na indicação de autoridades para cargos políticos, glosas orçamentárias, prestação de contas etc.

As manifestações de confiabilidade para com os governos podem ser caracterizadas como *formais* justamente por terem como parâmetro a obediência a normas jurídicas expostas no pacto de direitos entre governantes e governados, segundo suas diversas espécies.¹¹ Estes *pactos político-sociais, ou simplesmente pactos políticos*, enquanto gênero têm por conteúdo sintático a constatação e exposição de direitos fundamentais, por meio de uma solenidade necessária para conferir cogência e permanência das obrigações declaradas. Esta solenidade é feita por meio de uma declaração de direitos ou uma constituição, tonificadas a partir do Estado Moderno como os documentos que limitam o poder político, manifestam os direitos fundamentais e asseguram as liberdades que o prescrevem.¹² Afinal, desde o momento em que o homem foi capaz de estruturar a organização coletiva do Estado por princípios racionais e sistemas

ed. São Paulo Martins Fontes, 1996, p. 25). A síntese desta ideia também é descrita por CHEVALLIER. (Cf. CHEVALLIER, Jean Jacques. *As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias*. Tradução de Lydia Christina. 7ª ed. Rio de Janeiro: Agir, 1995, p. 167-170).

¹⁰ Os valores são dados histórico-políticos que derivam de “necessidades humanas traduzidas em finalidades, as quais fincadas se tornam valores, que enformam deveres, que sustentam poderes”, conforme narrativa de Sérgio Resende de Barros. (Cf. BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos Humanos: Paradoxo da Civilização*, 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 2).

¹¹ Importante notar que o formato de declarações de direitos, presente no conteúdo das constituições, é o meio adotado pelo constitucionalismo moderno para fazer com que os Estados adotem princípios comuns afetos ao pacto político. Essas serviram como modelos voltados a assegurar a efetividade de direitos fundamentais, inculcando garantias de direitos no texto das constituições. (Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 168-172).

¹² Trata-se de breve síntese da missão das Constituições. JOSÉ AFONSO DA SILVA destaca como objeto destas as “normas relativas à estrutura do Estado, forma de governo, modo de aquisição e exercício do poder, estabelecimento de seus órgãos, limites de sua atuação, direitos fundamentais do homem e respectivas garantias e regras básicas da ordem econômica e social”. (Cf. *Ibid.*, p. 36-37).

preconcebidos, a Constituição tornou-se instrumento de institucionalização política da sociedade.¹³

Dada esta característica, o Direito Constitucional, como a ciência que se assoberba de legitimar a composição política existente em dada sociedade, toma a frente do tema da racionalização e fidúcia do poder.¹⁴ A avaliação dos governos pela ótica do cumprimento das diretrizes e comandos presentes numa Constituição direciona o núcleo do ato de avaliar para a própria Constituição, na medida em que ela irradia o fundamento maior de Estado a que os Governos devem obediência perene, em um panorama de Estado Democrático de Direito.¹⁵

As normas constitucionais se tornam o equipamento jurídico-normativo apto a avaliar, ponderar, julgar os governos. A fidúcia presente na relação entre exercentes e titulares de poder alude à constituição – compreendida nos seus pressupostos, circunstâncias e meios –, como parâmetro de julgamento dos governos, de modo que as suas normas, princípios e valores podem ser vistos como um critério “estático” na avaliação de Governo, já que seu parâmetro tem um referencial constante – a depender da continuidade da própria ordem constitucional. Esta será a primeira camada de análise da afirmação indutiva de uma avaliação de governo.

Também há espaço para um critério “dinâmico” na avaliação de Governo, caracterizado por um referencial volátil, qual seja, a interação entre os exercentes e titulares do poder - interação essa pluritemática, não restrita ao parâmetro constitucional, jurídico-normativo. As formas de interação podem indicar dominação ou composição, sob maior ou menor equilíbrio entre as partes.

¹³ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, 40ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 32.

¹⁴ Importante anotar as possibilidades semânticas que resultam da incidência do termo Constituição sob o conceito de Estado, gerando o “registro da organização deste Estado, a da parte essencial de tal organização; a de estatuto do Poder, ou melhor, a da parte essencial deste estatuto; e a de ordem jurídica estatal, ou melhor, a da parte essencial desta ordem”. (Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 69).

¹⁵ Considerando-se este conceito como a soma das concepções de Estado de Direito e do Estado Social, atualizadas pela incursão da democracia nos elementos constitutivos do Estado e da ordem jurídica. Há tarefas específicas do Estado Democrático insculpidas na Constituição voltadas para transformação da realidade, e a lei ganha contornos elevados como instrumento de realização das missões e como mandamento de ação estatal. (Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 121-124).

Surge então o tema da governabilidade,¹⁶ que mede o equilíbrio da relação política dos agentes de poder, corolário do critério “dinâmico”. A impotência do ato de se governar é reflexo da quebra da confiabilidade na relação de poder, assim a governabilidade estuda a maneira pela qual a falta de fidúcia rompe ou obstrui o poder.

A governabilidade torna-se tanto condição do “bom governo” quanto consequência do “mau governo”, ampliando a avaliação de *governo* para a própria *governabilidade*, vez que o ato de *governar* qualifica-se muito mais como um processo, afinal a fidúcia é um elemento cambiante e dinâmico, tonificado pela vivacidade das relações sociais.

A soma dos critérios constrói arranjos que medem a aceitação e confirmação dos governos pelos governados, à vista dos parâmetros constitucionais que consubstanciam a pactuação do poder. É possível conceber um referencial para a avaliação dos governos, amplo o suficiente para percorrer visões estáticas ou dinâmicas deste fenômeno. Promove-se desta maneira o veredicto dos governos, sob o enfoque do direito constitucional.

Para chegar a tanto, o plano de pesquisa percorrerá a intersecção entre a constituição e o tema da governabilidade, com subsídio no pressuposto constitucional da avaliação de governo apoiado na teoria do Poder Constituinte, no Constitucionalismo e no princípio Democrático. São degraus necessários para a visualização conjuntural das forças que promovem e enformam o *recall* dos Governos. Isso abre caminho para o estudo do fenômeno do poder: será necessário percorrer a sua anatomia, destacando seus elementos e a maneira como promovem diversas relações entre desiguais. Cada um dos seus aspectos promove um tipo de relação entre os sujeitos, que tonifica em maior ou menor grau a fidúcia inerente à estabilização superveniente do poder entre os sujeitos. Faz-se premente verificar qual destes aspectos - e em que medida - fortalece a confiabilidade entre governantes e governados, de modo a equilibrar a relação política, segundo os parâmetros fornecidos pelo Direito Constitucional. Eis a segunda camada com que se criará a premissa de avaliação de governo.

O planejamento da pesquisa para este capítulo fica estruturado nessas duas camadas, avançando-se a análise em etapas contíguas conforme segue.

¹⁶ A expressão *governabilidade* contém diversos significados, mas seu conceito será esmiuçado em tópico posterior para aperfeiçoamento dos pontos nevrálgicos demandados pela análise e pela significação mais coerente com o plano geral da pesquisa. Em todo caso, neste momento alia-se à governabilidade o estudo da dinâmica relacional entre governantes e governados para equilíbrio do poder político na sociedade.

1.1 CRITÉRIO ESTÁTICO DE AVALIAÇÃO DE GOVERNO

A constituição exprime o modo de ser estatal, organizando seus elementos essenciais em resposta à realidade social e às forças políticas que convivem na sociedade.¹⁷ Como elemento jurídico essencial e *ideia-força* voltada à formação e conformação política do Estado, a constituição envolve o ato magno do poder público declarar os direitos a que deve obediência, assim como os deveres a que está vinculado.

É possível fixar o conceito de constituição como uma declaração de direitos voltada a “estabelecer por escrito um rol de direitos em favor dos indivíduos, de direitos que seriam superiores ao próprio poder que os concedeu ou reconheceu”¹⁸. Sua missão como pacto político é elencar os direitos fundamentais e limitar o poder que os instituiu, com vistas a garantir a liberdade individual, como valor intrínseco aos movimentos constitucionalistas modernos.¹⁹

Como reação a influxos históricos, os pactos e declarações de direitos atestam a ordenação do poder político, com função de versar sobre “pactos de governabilidade (...) no fundo, a concernência ao modo de governo (...) no fundamento, um acordo de vontades entre o rei e os reinóis para tornar viável um bom governo do reino”²⁰. Nesse sentido, haveria duas modalidades de pactos, os de união e os de sujeição, que unidos deram vazão à ideia de “comunidade governável” ou “governabilidade da comunidade”²¹, expostas nas teorias contratualistas do constitucionalismo moderno.

Com a universalização do formato de declarações de direitos, um modelo²² que pactua os direitos entre o governante e os governados ganha consistência em diversos documentos e ao longo de diversos períodos com vistas a efetivar os direitos fundamentais.

Sendo assim, a noção de Constituição qualifica os pactos de direitos estabelecendo o tratamento dos direitos fundamentais e a organização do Estado e dos

¹⁷ Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 39-40.

¹⁸ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, 40ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 318.

¹⁹ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 75.

²⁰ Cf. BARROS, Sergio Resende de. *Direitos Humanos: Paradoxo da Civilização*, 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 313.

²¹ Cf. *Ibid.*, p. 316-317.

²² Cf. SILVA, José Afonso da, *op. cit.*, p. 163-168.

Poderes. Portanto, as *constituições* como *pactos de direitos* têm a missão de transformar os fatores *políticos* em elementos *jurídicos*. Nesse sentido, na medida em que a Constituição regulamenta as normas do Estado, ela confere poder jurídico a esta normatização.

Logo, sendo a constituição o pacto de direitos incidente em dada sociedade, em dado momento e lugar, juridicamente conformado e historicamente referenciado, o poder político resulta limitado e os direitos garantidos através de normas constitucionais postas. Tal é a contribuição da ideia de Estado de Direito.

O Estado de Direito, consubstanciado no *princípio* do Estado de Direito, constitui o substrato material, procedimental e formal para o “conteúdo, extensão e modo de proceder da atividade do estado”, conformando as “estruturas do poder político e a organização da sociedade segundo a medida do direito”²³. Seus pressupostos materiais subjacentes determinam a existência de uma norma estruturante legal-constitucional para todos os poderes públicos, conferindo-lhes medida e forma, cuja supremacia vincula e conforma os agentes estatais e os seus atos, assim como determina o atendimento ao sistema de direitos fundamentais, como base estruturante de fundamento antropológico, sustentáculo das organizações sociais dos Estados Modernos, alçando o homem à condição de cidadão e administrado frente ao poder político.²⁴

Nesse esquadro, pode-se afirmar que os estados que adotaram o princípio do Estado de Direito em sua organização são qualificados como Estados Constitucionais, ou seja, estados juridicamente conformados por meio de uma declaração de direitos - a “constituição”.

Por meio desta construção, a constituição é um pressuposto da avaliação de governo, como princípio implícito da noção de Estado de Direito. Ou seja, averigua-se que a afirmação de um Estado Constitucional desloca os esforços de manutenção do Estado para a preservação da própria constituição, já que ela é o elemento de coesão para a unidade jurídico-política da qual depende a sociedade organizada.²⁵ Por consequência, considerando a Constituição como pacto fundante do Estado e instrumento de acomodação

²³ Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 243.

²⁴ Cf. *Ibid.*, p. 245-249.

²⁵ Cf. TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 65-66.

das forças político-sociais, é justamente ela - e os seus princípios e valores contíguos - que prescreverá as normas de governabilidade e os mecanismos de avaliação dos Governos.²⁶

A constituição é, pois, o quadro, a *moldura* onde constam as regras para manutenção do poder político, as quais somente serão aptas a gerar confiança sobre os governos e governantes se as cumprirem e respeitarem. Em suma: a Constituição é fonte e meio, atestado e certificado de governabilidade, cujo potencial legitimador da avaliação decorre do princípio do Estado de Direito. Partindo disso, têm-se o arcabouço de avaliação de governo.

Com a Constituição, está suprida a existência de um Estado Constitucional como antecedente necessário do julgamento dos governos pelos seus governados. A sua validação é ancorada por alguns fatores, ordenados segundo meios, modos e condições com os quais a avaliação é empreendida, entabulados como elementos materiais, circunstanciais e condicionais, os quais serão delineados a seguir.

1.1.1. Elementos materiais

O elemento *escrito* das constituições é um dado crucial do constitucionalismo moderno.²⁷ Isso ocorre pela necessidade dos pactos escritos correlacionarem racionalmente a durabilidade da Constituição e a estabilidade das instituições²⁸ e adquire maior relevância com a referibilidade do sistema jurídico brasileiro ao *civil law*, ou sistema romano-germânico.

A adoção de constituições escritas como referencial para os pactos de direitos, vez que “a exigência de reformar por escrito o pacto social forneceu a racionalização que abriu caminho para o direito constitucional”²⁹, trouxe como consequência a corporificação

²⁶ Nesse ponto é importante anotar que a CF/88 traz como fundamento de atuação da Administração Pública os parâmetros do Art. 37, em especial os princípios administrativos no seu *caput*, merecendo destaque o princípio da publicidade, do qual se concebe a avaliação dos governos simplesmente pelo dever de transparência a que estão sujeitos os agentes públicos.

²⁷ UADI LAMÊGO BULOS destaca que a constatação de elementos escritos “foi uma criação dos constituintes de onze das treze colônias norte-americanas que adquiriram independência, entre os anos de 1776 e 1780. A partir daí a palavra constituição ficou reservada para designar o ato legislativo escrito, dotado de superior hierarquia, responsável pelo delineamento das vigas mestras do Estado”. (Cf. BULOS, Uadi Lamêgo. *Constituição Federal Anotada*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 13-14).

²⁸ Cf. QUINTILIANO, Leonardo David. *Autonomia Federativa: Delimitação no Direito Constitucional Brasileiro*, 2012, 321 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 74. Essa constatação em si decorre de um dado geral sobre um escopo específico do constitucionalismo, qual seja, a proteção aos governados e entes federados.

²⁹ Cf. BARROS, Sergio Resende de. *Contribuição dialética para o constitucionalismo*. Campinas: Millennium, 2007, p. 215.

destas constituições em documentos solenes, cujo conteúdo elenca normas dotadas de poder coercitivo. Afinal, a formação histórica do Estado Moderno se deu com o assentamento de agrupamentos humanos pela maturação de processos históricos, dentre eles o de matriz econômico capitalista, eventualmente vertido na constituição jurídica dos governos. Essa conjuntura foi institucionalizada por meio de regras escritas que permitiram a pactuação do poder emitindo a segurança e a racionalização necessárias para a composição política do Estado Moderno.³⁰

Aproxima-se assim a Constituição de um “contrato”³¹, nem tanto por ser um contrato social, mas principalmente pela necessidade de racionalizar, instrumentalizar e assegurar as garantias em cláusulas-normas, compactuadas entre governantes e governados, cujo objeto é a regulação política do exercício do Poder.³²

A Constituição como tônica dos Estados Modernos estabelece então um acordo de vontades entre os dirigentes de poder e os seus dirigidos, tendo como objeto o próprio pacto político-social. Através disso, a razão de Estado é documentada na Constituição, a qual se coloca como pacto externo e independente do titular do poder – perfeitamente desembaraçada deste. A constituição apresenta-se como um fato porque constata a norma que regula o Poder – adstrita ao plano do *ser* – ao mesmo tempo em que se faz um

³⁰ Cf. BARROS, Sergio Resende de. *Contribuição dialética para o constitucionalismo*. Campinas: Millennium, 2007, p. 45.

³¹ Trata-se de uma aproximação e não uma coincidência, com o objetivo de assinalar uma construção lógico-sequencial apta a permitir a avaliação de governo por meio das normas constitucionais e do arcabouço do constitucionalismo. Alguns autores como SERGIO RESENDE DE BARROS não vislumbram esta aproximação: “Constituição não é contrato. Aqui está outro mito que precisa ser desfeito. O pressuposto da Constituição não é o ajuste de vontades: é o modo de produção e suas contradições, que não são solúveis pelo só ajuste de vontades. Ainda menos, pela vontade dos poucos que a editam. A Constituição tem esse pressuposto para aprimorá-lo. Essa, a sua missão histórica”. (Cf. *Ibid.*, p. 226).

³² É importante destacar que este raciocínio não é desqualificado pela existência de constituições não escritas, tais como a constituição inglesa. HANS KELSEN teoriza que o modo de produção consuetudinário de normas constitucionais não é desqualificado pela Constituição em seu sentido material, já que as normas produzidas pelo costume podem ser futuramente codificadas, assim como a constitucionalização dos costumes assegura o mesmo tratamento normativo que as demais normas. Não há meio de demover o aspecto contratualista dos pactos que ordenam as nações do sistema *common law*, nos quais reinam normas costumeiras sedimentadas na história ou em textos esparsos e jurisprudência de temas constitucionais. Nestes casos, pode-se tomar o elemento “normas escritas” por “comandos normativos determinados” sem perder-se a essência da ideia traçada anteriormente. Justifica-se: caso haja uma prescrição legal emanada pelo Estado - ou compactuada com ele -, apta a descrever um comando determinado e universal, então o objetivo da norma consuetudinária está cumprido, eis que atinge aquela finalidade. (Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 247-249). SÉRGIO RESENDE DE BARROS também adere a este entendimento. (Cf. BARROS, Sergio Resende de, op. cit., p. 205-206).

fenômeno jurídico porque institucionaliza a norma – adstrita ao plano do *dever-ser*³³, ambivalência essa que favorece sua permanência e estabilidade.

Por via de consequência, o modelo contratualista imprime à Constituição a própria ideia de documento não esgotável e não personalizável. Logo, é possível afirmar que uma constituição vista pela ótica de um pacto *geral* de pretensão político-social fornece os meios de se efetivar as regras de governabilidade através de normas postas.

Como efeito do contratualismo no constitucionalismo,³⁴ os poderes e instituições encontram fundamento em uma norma jurídico-positiva consubstanciada numa constituição. O surgimento desta constituição, bem como os agentes envolvidos e sua inter-relação neste processo, fazem parte do estudo da teoria do poder constituinte.

O poder constituinte é uma das categorias mestras do constitucionalismo moderno, vez que respalda os movimentos constitucionais desde então sob uma complexidade que envolve aspectos de ciência política, filosofia, direito constitucional e sociologia jurídica. Esta teoria vale-se de uma explicação racional para o Estado a partir do antagonismo entre sujeitos individuais e entes políticos³⁵.

No que se refere ao objeto desta pesquisa, a teoria do poder constituinte traduz o fenômeno verificado em “uma questão de poder, de força ou de autoridade política que está em condições de, numa determinada situação concreta, criar, garantir ou eliminar uma Constituição entendida como lei fundamental da comunidade política”³⁶.

Os fatores de poder, autoridade e força serão mensurados segundo o modelo constituinte e o núcleo da experiência constituinte respectiva.³⁷ Independente da matriz, o

³³ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 68.

³⁴ NORBERTO BOBBIO demonstra esse movimento no período contemporâneo, destacando que as formas contratuais vigoram nas relações interprivadas bem como nas funções políticas. (Cf. BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, p. 146).

³⁵ Esta oposição será melhor delineada em tópico adiante, sobretudo na composição do dualismo existente entre *sociedade civil e sociedade política*.

³⁶ Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 65.

³⁷ Dentre esses cita-se: a revelação da norma constitucional da matriz histórico-política inglesa; a proclamação da norma na matriz norte-americana, e a criação da norma na matriz francesa. O constitucionalismo inglês verifica o poder constituinte nos processos políticos que revelaram a norma consuetudinária e a firmaram nos pactos de direitos por meio da dialética histórica dos eventos da Magna Carta, da Revolução Gloriosa. O constitucionalismo norte-americano o verifica nos processos políticos de afirmação do poder do povo (e elites revolucionárias) e do registro das regras de contenção do poder político na dialética histórica dos eventos da Independência das treze colônias, do embate dos Federalistas e da Constituição de 1787. Finalmente, o constitucionalismo francês verifica o poder constituinte na criação da norma constitucional advinda da ruptura com o regime anterior e da supremacia da ideia de nação (sob

poder constituinte surge da ação de um agente (ou corpo de agentes), sob a forma de uma revelação, proclamação ou criação, de acordo com a conjuntura histórica e política de dada sociedade. As formas e os modos de realização não criam disparidades inconciliáveis nos postulados da teoria do poder constituinte, vistos, como por exemplo, na construção racional de uma abstração político-social objetivando uma criação jurídica. Essa criação será o resultado de um fator legicêntrico, “produto da razão e manifestação da vontade geral, inquebrantavelmente vinculativa de todos os cidadãos e aplicável a todas as situações por ela contempladas”³⁸.

As diretrizes normativas daquilo que é constituído serão fornecidas por agentes no exercício de uma potência criadora. A indeterminabilidade prévia e abstrata na sociedade desta potência criadora – a qual tenha a prerrogativa de criar ou modificar as forças políticas, dando-lhes força jurídico-constitucional - acaba por atribuir a titularidade do poder constituinte a um indivíduo ou a um grupo personificador do poder.³⁹ Estes agentes – na figura de revolucionários ou membros de uma assembleia constituinte – corporificam a força social gerando a “catarse política” apta a realizar a nova Constituição. Este agregado de forças canaliza o pacto entre governantes e governados, e os seus anseios se tornarão o conteúdo da constituição.

Há um aspecto presente na teoria do poder constituinte que faz coro com a linha de pesquisa presente: trata-se da posição do poder após o surgimento da Constituição. O poder constituinte não pode se repetir ou vulgarizar, seus atributos especiais justificam e são justificados pelo seu caráter excepcional e episódico. Dessarte, assim que surge a Constituição, o poder constituinte transfigura-se em fundamento metajurídico e abstrato, cedendo lugar para os poderes constituídos – seu fruto e concreção jurídica. Tal distinção carrega implicações no aspecto subjetivo dos poderes constituinte e constituído, eis que o poder sofre uma partição: vai dos titulares para os representantes do poder. Os titulares são os exercentes ideais, fictícios, abstratos. Os representantes são os exercentes reais, de fato, concretos⁴⁰; após a realização do poder constituinte, há um deslocamento do *poder real*.

fundamento supremo e transcendental), através dos eventos da Revolução de 1789, 18 de Brumário e consequentes. (Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 68-74).

³⁸ Cf. *Ibid.*, p. 107-108.

³⁹ Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 26.

⁴⁰ Toma-se o poder pelo qualificativo *real* porque o poder constituinte não se esgota, permanecendo *onipresente* na razão de Estado. É o fundamento remoto, o *verbo* da constituição, sua idealização racional. O poder é vivificado pelos seus exercentes, que não mais constituem o poder constituinte originário, apenas o poder derivado e decorrente.

Essa bipartição dos sujeitos de poder instituída pela teoria do poder constituinte ecoa um ideal de democracia representativa, que por sua vez funcionaliza aquela teoria. Compreende-se essa construção anotando-se que “as deliberações que dizem respeito à coletividade inteira, são tomadas não diretamente por aqueles que dela fazem parte, mas por pessoas eleitas para esta finalidade”⁴¹, ou seja, o produto do poder constituinte é reafirmado perenemente pela dinâmica de poder entre representantes e representados, que corporifica e viabiliza a tomada de decisões coletivas.

O fenômeno da representação política pode ser observado por outra ótica,⁴² que é aquela pertinente à institucionalização do Estado em contraposição à sociedade civil. Este processo é descrito a partir da separação da base econômica social da base governante, a ruptura da coincidência entre os elementos econômicos e políticos da sociedade, fruto do modo capitalista de produção, vez que a missão do Estado é proteger o modo de produção - não os agentes de produção. Este é o momento em que os componentes da sociedade civil devem se valer da representação para protegerem seus interesses como *classe*, ainda que coincidam com os interesses do modo de produção.

A partir da diversificação entre as figuras dos representantes e titulares de poder,⁴³ é possível conjugar a aderência do poder ao seu fundamento lógico, como requisito da própria representatividade. Assim, o representante a quem se confere um poder – que não lhe pertence - deve buscar uma consistência fático-social para se estabilizar no exercício de sua titularidade. O nexos de fatores que converge para essa estabilidade revela um atributo que soma novas camadas para representatividade: vem à tona a legitimidade.

⁴¹ Cf. BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, p. 44.

⁴² Cf. BARROS, Sergio Resende de. *Os direitos humanos na história*. In: FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio (org.). *Filosofia, sociedade e direitos humanos: ciclo de palestras em homenagem ao professor Goffredo Telles Jr.*, Barueri: Manole: 2012, p. 32-33.

⁴³ Um dado que corrobora este raciocínio e remonta ao pressuposto da avaliação de governo é a dimensão material do princípio do Estado de Direito, em especial o aspecto subjetivo intrínseco à legalidade. Isto vem presente na ideia de juridicidade, como dimensão ampla do *rule of law*, inferindo à Administração uma obediência não só à lei estrita, mas também aos princípios e institutos coerentes com a ordem jurídica, num espectro conglobante da legalidade. Esta ideia coincide com a ideia de separação entre as figuras de governantes e governados, o que garante a esfera do indivíduo perante a esfera do Estado e conforma a distância da esfera individual perante o Estado e os outros indivíduos, pois “garante[m] também uma distanciação e diferenciação do indivíduo através do direito perante os poderes públicos”. (Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 244).

A legitimidade dos titulares do poder é condição para que as normas tenham eficácia, sob pena das constituições prescreverem regras inócuas.⁴⁴ Governos legítimos são essenciais “à eficácia governamental, à estabilidade das instituições e à eficiência do Estado”, que conferem requisito essencial da governabilidade, “ou seja, da possibilidade da ação governamental ser eficiente, eficaz e estável, segundo valores básicos da sociedade e superiores do Estado”⁴⁵.

A legitimidade é o emblema de afirmação de um agente alheio - o povo, real detentor do poder – firmar-se na condição de representante do poder alhures. Com isso, ela afina-se com a ideologia predominante em certo tempo e espaço, o que é constatado⁴⁶ principalmente nas revoluções e sínopes constitucionais, ocasiões em que os novos valores dominantes, emergentes da ruptura, alimentarão a organização do Estado e das instituições vindouras. Com isso, a legitimidade tem conteúdo variável e histórico, remissivo ao consenso político social que viabiliza o Estado Constitucional - como elemento crucial do poder constituinte. É premissa lógica do fundamento jurídico-positivo da sociedade a obediência permanente ao poder constituinte; há sempre um pressuposto religioso ou ideológico – mormente metajurídico, majoritariamente fático – voltado a dar intensidade e força para o exercício da legitimidade, que serve de justificativa e estabilização do poder em dada ordem constitucional.

O critério da legitimidade é posterior ao nascimento do pacto, e permite que o poder em exercício se consolide por meio da sua aceitação pelos governados, aceitação esta consubstanciada por meio de fatores que promovam o equilíbrio da relação política, ou, em outros termos, fatores de *governabilidade*.

A junção da legitimidade ao poder constituinte e aos fatores de afirmação da Constituição reúne o conjunto de elementos materiais, a substância da avaliação de

⁴⁴ Cartas outorgadas ou arbitrárias, sintomáticas de imposição de força e pouca ou nenhuma legitimidade, não induzem qualquer governabilidade, conforme aprofundamento presente em capítulo adiante, no qual discorrer-se-á sobre a precariedade da força como elemento único de poder.

⁴⁵ Cf. NIMER, Beatriz Lameira Carrico. *Moralidade Administrativa*. In: BEÇAK, Rubens; NIMER, Beatriz Lameira Carrico; QUINTILIANO, Leonardo David (orgs.). *Princípios Constitucionais - Contribuições à Luz da Obra de Sérgio Resende de Barros*. Belo Horizonte: Arraes, 2018, p. 253. BEATRIZ NIMER traz a lume essa construção de Sergio Resende de Barros concatenando a inserção da ética e da moral com o direito como fator de legitimidade e componente da ideia geral de governabilidade.

⁴⁶ PAULO BONAVIDES se vale dos estudos de Max Weber, Carl Schmitt, Niklas Luhmann, Hans Kelsen, dentre outros, para dissertar sobre o conteúdo da ideia de legitimidade. Interessante notar a alcunha dada pelo autor da legitimidade como valor descompressor da tensão social, na medida em que “liberta o medo” da revolta pelos governados, e da tirania pelos governantes. O autor conclui a análise afirmando que a legitimidade hoje já não encontra plena guarida num formalismo jurídico e num procedimentalismo sociológico, encontrando mais sentido casuístico/sistêmico, eis que cada sistema encontra o seu modelo exclusivo de se legitimar. (Cf. BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no Federalismo das Regiões*, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 33-51).

governo. O próximo degrau será inferir a engenharia que sedimenta o elemento material: a dinâmica histórico-política do constitucionalismo.

1.1.2. Elemento circunstancial

O Constitucionalismo deve ser analisado sobretudo como um movimento,⁴⁷ em razão de suas acepções múltiplas e a relatividade com que é apresentado nas realidades nacionais. Oportuno dizer que a ideia de pactuação entre soberanos e súditos é anterior às constituições – vem nos antecedentes do Movimento Constitucionalista – já que é derivado do robustecimento de forais, cartas de franquia, contratos de colonização, leis fundamentais do reino, dentre outras espécies.⁴⁸

Nesse contexto, o movimento constitucionalista se apresenta como a “técnica jurídica de tutela das liberdades, surgida nos fins do Século XVIII, que possibilitou aos cidadãos exercerem, com base em constituições escritas, os seus direitos e garantias fundamentais, sem que o Estado lhes pudesse oprimir”⁴⁹. Importante notar que o constitucionalismo contemporâneo mantém tais características, principalmente a existência de um rol de normas de estatura constitucional constante em documentos escritos, mas evolui para outros patamares como a força normativa, a jurisdição constitucional, as normas programáticas e dirigentes, dentre outros elementos que definem um novo constitucionalismo, ou *neoconstitucionalismo*⁵⁰.

Assim, o Constitucionalismo denota a ideia política preponderante em dada sociedade e revela a feição ideológica presente numa sociedade. A dinâmica de forças sociais congregada pela constituição outorga a equação de limitação do poder e de

⁴⁷ Cf. TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 21-23.

⁴⁸ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, 40ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 32-37.

⁴⁹ Cf. BULOS, Uadi Lamêgo. *Constituição Federal Anotada*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 7.

⁵⁰ A doutrina se refere a este termo como o movimento constitucionalista surgido após o fim da Segunda Guerra Mundial, reativo aos excessos do nazismo, resultante de um sincretismo entre direito e moral que tornou viável a interpretação constitucional pincipiológica e aberta a vertentes axiológicas inferidas de forma histórica ou racional. Destina-se a reconhecer direitos humanos ou postulados indicadores de justiça social. O método de interpretação neoconstitucional se dá com a valorização dos fins em detrimento dos meios, perseguindo-se os valores derivados da aproximação do Direito com a Moral. Nesse conjunto encontra-se também o ideário democrático do indivíduo-cidadão, como manifestação da autodeterminação da pessoa em sua plenitude e correspondência com o valor da *dignidade da pessoa humana*. O neoconstitucionalismo se sustenta por essa sincronia de valores e métodos e se estabelece como uma teoria de inflexão axiológica no direito. (Cf. QUINTILIANO, Leonardo David. *Direitos Sociais e Vinculação do Legislador: as reformas previdenciárias e seus limites no Estado Social e de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 42-45, 288-290).

manutenção dos pactos. A interação dos fatos sociais que provê o poder e afirma sua titularidade é um dado complexo, que envolve uma trajetória não linear e dinâmica.

No limiar dos influxos político-sociais do poder, está descrito o embate entre governantes e governados, entre detentores do poder político e subordinados ao poder político; no cerne desta contenda, há uma oposição dos governados, resistida pelos governantes, culminada em documentos de estabilização social – os pactos de direitos – afirmados pelas contingências do movimento histórico. E no seio da ideia de pactos de direitos está o processo teórico do constitucionalismo.

É possível atribuir às constituições um aspecto mais processual do que estrutural, de maneira que as janelas sócio-políticas - como “sinergias sociais” potencialmente agregadoras das individualidades do contexto social – influenciam o conteúdo da constituição, que por sua vez alteram sua forma, fazendo com que a constituição em si se torne produto da dinâmica social e das relações econômicas conformadas pelo direito.⁵¹

Este raciocínio ressignifica o fenômeno do constitucionalismo frente a relações e temáticas adjacentes, que o qualificam sob uma veste relativa e inexata, cujo evoluir indica a presença de uma dinâmica dialética intrínseca aos processos jurídicos políticos.⁵² Este diálogo envolve a construção dialética por meio de tensões e concessões, avanços e retrocessos, por sobre um motor infundável de forças político-sociais em constante influência. Há múltiplas facetas – jurídica, política, econômica, social, ideológica – cuja concatenação confere dinamicidade para a análise, isto porque cada realidade político-social demanda uma conformação jurídica específica dos direitos e garantias fundamentais e da organização do Estado – vertidas na constituição nacional.⁵³

A partir da correlação histórico-dialética da sociedade civil em oposição à sociedade política – e o espaço reservado ao Estado⁵⁴ – incide uma acepção de

⁵¹ SÉRGIO RESENDE DE BARROS expande o conceito das constituições sob um enfoque múltiplo: “as relações econômicas condicionam em última instância na superestrutura cultural as relações jurídicas, no seio das quais as interações sociais se processam por um sem número de formas, condicionadas mais imediatamente por outras instâncias, constituindo a superestrutura jurídica, imposta pela ação de todos sobre cada um: a coação social, que resultado do fato de ser a sociedade necessária por causa da mais-valia que produz”. (Cf. BARROS, Sergio Resende de. *Contribuição dialética para o constitucionalismo*. Campinas: Millennium, 2007, p. 2, 3, 4, 153).

⁵² A dialética é evidente nos momentos em que a prática social e a teoria jurídica se inter cruzam durante o processo do constitucionalismo, pela síntese das formas ideais e reais no mundo fenomênico. (Cf. *Ibid.*, p. 5, 10, 229-230).

⁵³ Cf. *Ibid.*, p. 241-262.

⁵⁴ O estudo da formação da sociedade civil é importante para as considerações feitas sobre o constitucionalismo. Pode-se defini-la como a organização social que resulta do comércio e das relações de

constitucionalismo conferido pela ideologia, pelo modo de produção e pela mais valia social, em um intrincado encadeamento de posições sociais que redundaram em distinguir a atividade política da atividade econômica, e a conseqüente decomposição da burguesia como parte da organização política formal do Estado. Nesse contexto, “o desdobramento entre Estado e sociedade civil constituiu uma condição histórica-institucional do capitalismo” cuja lógica redundou em “uma necessária, embora relativa, autonomia dos agentes políticos em face dos agentes econômicos”⁵⁵. Por conseqüência, este distanciamento assimila a constituição jurídica do Estado condicionada por “mediações superestruturais convenientes ao capitalismo”⁵⁶.

Os fatores e o modo de produção enformam a ordem econômica da sociedade como manifestação do *ser*, anterior à organização jurídica manifestante do *dever-ser*. A juridicização do fator econômico traz coerência com a realidade fática e correspondência com as forças sociais existentes numa sociedade, já que estabiliza de modo não circunstancial o “confronto de posturas e texturas ideológicas e de interesses que, de uma ou de outra forma, resultaram compostos, para como peculiar estrutura ideológica aninhar-se no texto constitucional”⁵⁷.

O Estado evolve condicionado pelos ditames materiais engendrados dos influxos econômicos da sociedade; disso decorre a subordinação da classe política às necessidades da sociedade civil - representada por sua classe dominante - e a institucionalização da sujeição da sociedade civil pelo Estado. Cria-se um antagonismo entre sociedade civil e sociedade política, estabelecendo a existência e permanência de interesses não coincidentes que justificam a dialética constitucional e explicam anomalias político-sociais como, por exemplo, a ineficácia do Estado na prestação de atividades.

Esta dualidade cria uma agregação de todos os governados em torno de demandas perante o Estado, numa espécie de *unidade fictícia* da sociedade civil, no entanto, a parcela da sociedade civil que detém os meios de produção se destaca dentro do

produção, originada a partir do terceiro estado e da classe burguesa simultaneamente ao modo de produção capitalista e sua contraposição à nobreza e às classes dirigentes no exórdio do Estado Moderno, através da dicotomia dialética que serviu para compor as forças políticas que mantêm o modo de produção da vida social. (Cf. BARROS, Sergio Resende de. *Contribuição dialética para o constitucionalismo*. Campinas: Millennium, 2007, p. 13-23).

⁵⁵ Cf. *Ibid.*, p. 40.

⁵⁶ Cf. *Ibid.*, p. 44.

⁵⁷ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 328-329. Colorindo esta análise, EROS GRAU relata o caso brasileiro em especial, em que o capitalismo tardio gera desigualdades sociais e regionais e contradições estruturais, navegando sobre interesses dominantes heterogêneos e a coexistência de diferentes modos de produção.

grupo, impondo seus interesses como os de toda a classe.⁵⁸ O Estado - corporificado na classe política - assegura então o modo de produção e a estabilidade do pacto existente com a sociedade - capitaneado com a classe econômica - garantindo e organizando juridicamente as relações de dominância.

A conformação política do Estado por sua constituição jurídica ordena o modo de produção e permite que os processos naturais e culturais da sociedade sejam mantidos; neste escopo, a classe social hegemônica e detentora dos modos de produção prevalece no relacionamento com a classe política.⁵⁹ Por sua vez, a dialética promovida pelas contradições reinantes no modo de produção “condiciona o processo do constitucionalismo em seus três procedimentos básicos: a elaboração, a interpretação e a aplicação”⁶⁰, tendo os direitos humanos como vetor axiológico de humanização no decorrer desse processo.⁶¹ Esse fator contribui para se constatar uma razão de Estado cujo desempenho, por vezes semântico,⁶² evidencia um cumprimento dos direitos humanos meramente formal ou descompassado.

Dessarte, o constitucionalismo navega em uma dinâmica de fatores econômico-sociais integrados no processo social, protagonizados pela sociedade civil em sua dicotomia com a classe política, para atingir a organização política da sociedade. Este processo de verter fatores econômicos e culturais sobre os modos de consolidação do Estado Moderno propicia a conformação jurídica do Estado por meio da realização do pacto político-social, obtendo através da figura *constitucionalismo* o produto *constituição*, os quais conduzem a contradição das forças sociais sob um arranjo político possível.

Os nexos jurídico e político se encontram e dialogam em torno da relação entre os atores sociais com vistas à sua permanência e estabilidade, já que “o futuro é uma tarefa indeclinável da constituição, devendo, por isso, a lei constitucional fornecer aberturas para

⁵⁸ Cf. BARROS, Sérgio Resende de, *Contribuição dialética para o constitucionalismo*. Campinas: Millennium, 2007, p. 83.

⁵⁹ Cf. *Ibid.*, p. 54-58.

⁶⁰ Cf. *Ibid.*, p. 226.

⁶¹ Cf. *Ibid.*, p. 237.

⁶² Trata-se de termo utilizado na consagrada classificação ontológica das constituições por KARL LOEWENSTEIN, em que esta espécie reflete o processo real de poder atestando um direito na intensidade que melhor convém aos detentores do poder de fato. (Cf. LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*, Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1964. pp. 216-231). A remissão é oportuna por criar pontos de contato com as anomalias existentes entre os direitos positivados na Constituição e concretizados em políticas públicas, que serão melhor descritas no capítulo posterior que versará da razão de Estado em cotejo com os direitos humanos. Ainda que a origem das anomalias possa ser entendida com foco na eficácia das normas constitucionais, com foco na referibilidade das políticas públicas à juridicidade constitucional, ou por outros focos, a ideia de uma constituição semântica abre caminho para uma visão crítica das contradições na aplicação e tratamento das normas constitucionais, comunicante com a dialética do constitucionalismo.

captar a dinamicidade da vida política e social”⁶³. Os fatores de mutabilidade resultantes de uma Constituição “introduzem no estatuto jurídico do político horizontes temporais diferenciados que lhes permite continuar a assegurar um eventual consenso intergeracional e evitar uma insustentável distância entre a constituição escrita e a constituição material”⁶⁴.

Desta feita, a “constituição deve compor os fatores reais que atuam sobre a sociedade política a partir da sociedade civil”⁶⁵, concatenando interesses e adversidades consecutivos à sucessão histórica dos modos de produção. As contradições deste processo e sua dialética subjacente irrompem na própria sociedade uma *potência autoconstituente*, que pode ser vista como um poder constituinte dos fatos sociais,⁶⁶ uma potência que se transforma em competência jurídico-constitucional,⁶⁷ do que resulta na visão da Constituição como “convergência jurídica das divergências sociais”⁶⁸.

A partir do estudo dessa dinâmica, verifica-se uma juridicização *consequente* de substratos materiais *antecedentes*, de onde o constitucionalismo parte para gerar seus efeitos, dentre os quais uma *potencialidade para a governabilidade*. Ainda assim, resta cumprir uma condição essencial para cimentar os elementos de avaliação.

1.1.3 – Elemento condicional

Uma visão sistemática da constituição lança luzes sobre o lastro da avaliação de governo, aquilo que lhe dá fundamento lógico e racional. Nesse sentido, vale pesquisar o *atributo ontológico* do Estado Brasileiro: o princípio democrático.

A democracia é elemento inerente ao ideal dos governos legítimos, como fator de legalidade e conformidade destes, vez que sustenta o Estado de Direito através dos mecanismos de alternância de poder, de representatividade e de supremacia da vontade popular, que funcionam mais como instrumentos de aplicabilidade do que ideais de efetivação. A democracia pode ser vista como um elo entre as formas e os sistemas de Governo, vez que substancializa os caracteres de uma República num regime

⁶³ Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1435.

⁶⁴ Cf. *Ibid.*, p. 1435-1436. GOMES CANOTILHO empreende este raciocínio ao discorrer sobre as funções da Constituição, tendo como subsídio a afirmação deste documento jurídico como meio de conformação política da sociedade.

⁶⁵ BARROS, Sérgio Resende de, *Contribuição dialética para o constitucionalismo*. Campinas: Millennium, 2007, p. 63.

⁶⁶ Cf. *Ibid.*, p. 244.

⁶⁷ Cf. *Ibid.*, p. 254.

⁶⁸ Cf. *Ibid.*, p. 256.

presidencialista ou parlamentarista, através dos quais a vontade popular é estabelecida direta ou indiretamente por meio de decisões representativas de um titular de cargo eletivo.

A democracia também une o ideal da República ao pacto de direitos de uma comunidade política em dado momento histórico. A noção de um governo obediente às leis do parlamento se disseminou no período contemporâneo, pós Revoluções Liberais, de modo que os valores da liberdade e da igualdade - valores fundantes deste constitucionalismo - permitiram a subordinação do poder público às leis de um determinado ordenamento jurídico.⁶⁹

O Estado Moderno realiza as noções de *Estado de Direito* e de *Democracia*, de modo que a locução *Estado Democrático de Direito* agrega tais noções reunindo os valores informadores do Estado brasileiro, dentre o rol de valores veiculadores dos direitos fundamentais,⁷⁰ fundados sobre os “bens máximos sem os quais os humanos não existiriam como tal”⁷¹. Somando-se as duas noções, e reunindo no conceito de democracia os valores da liberdade e da igualdade⁷², realizam-se os valores chave de convivência humana para além da concepção liberal do Estado de Direito.⁷³ Remeter à alternância e representatividade do poder, limitado pelas normas presentes no pacto de direitos, constrói-se uma preponderância dos direitos fundamentais como ingredientes da República Federativa do Brasil e conformadores da ordenação jurídica do Estado.

O alvorecer de uma conjuntura política multilateral, em superação ao maniqueísmo do período da Guerra Fria, pacificou a democracia como modelo mais factível de veículo de ações de governo e defesa do Estado de Direito pela

⁶⁹ Liberdade aqui é compreendida como o poder de decisão autônoma, baseado em regras pré-estabelecidas e discutidas, enquanto que a igualdade é uma condição de harmonia de um sistema razoável e justo para as suas partes componentes. (Cf. BOITEUX, Elza Antônia Pereira Cunha, *A Constante Axiológica dos Direitos Humanos*. In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudineu de. *Direitos Humanos, Democracia e República: Homenagem a Fabio Konder Comparato*, São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 384, 387-388).

⁷⁰ Cf. BULOS, Uadi Lamêgo. *Constituição Federal Anotada*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 79.

⁷¹ EUNICE PRUDENTE percorre a preeminência política do homem destacando a sociabilidade como fator catalisador da organização político-jurídica que racionaliza os bens jurídicos ligados ao estabelecimento do macro princípio da dignidade da pessoa humana. (Cf. PRUDENTE, Eunice Aparecida de Jesus. *Preeminência Política - Os direitos da Personalidade são Fundamentais*. In: AUAD, Denise; OLIVEIRA, Bruno Batista da Costa de (orgs.). *Direitos Humanos, Democracia e Justiça Social: uma homenagem à Professora Eunice Prudente: da militância à Academia*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2017. p. 646).

⁷² NORBERTO BOBBIO especifica os caracteres de democracia pela nova concepção individualista da sociedade e do Estado, em superação à concepção orgânica da idade antiga e média, e pela consolidação da sociedade política como produto artificial da vontade dos indivíduos. (Cf. BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, p. 22).

⁷³ Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 119-120. Destaca o autor características do Estado Liberal: o império da lei, a divisão de poderes e as garantias individuais.

consustanciação da alternância do poder e do respeito às leis e princípios constitucionais.⁷⁴ Ainda assim, o prevalectimento da democracia como principal modelo de regimes de governo no mundo expandiu seu conceito para além de um paradigma de eleições periódicas e respeito às liberdades públicas rumo ao encontro de uma competição política efetiva, com disputa plausível, torneada pelos seguintes componentes: reatividade à performance governamental, transformação de campanhas e pautas partidárias em políticas públicas e a superação da regra de maioria como marco máximo de legitimidade democrática.⁷⁵

Isto porque democracia é uma construção histórica⁷⁶, mais próxima de um valor-meio para realização de valores da sociedade do que o um valor *per si*, servindo mais como um processo afirmativo do povo do que como um conceito político estático.

Reunindo estas ideias com os demais elementos trazidos para esta análise, remonta-se aos modos e meios de avaliação de governo. Assim, tem-se que:

O princípio democrático não elimina a existência das estruturas de domínio mas implica uma forma de organização desse domínio. Daí o caracterizar-se o princípio democrático como princípio de organização da titularidade e exercício do poder. Como não existe uma identidade entre governantes e governados e como não é possível legitimar um domínio com base em simples doutrinas fundamentais é o princípio democrático que permite organizar o domínio político segundo o programa de autodeterminação e autogoverno: o poder político é constituído, legitimado e controlado por cidadãos (povo), igualmente legitimados para participarem no processo de organização da forma de Estado e de governo.⁷⁷

⁷⁴ Cf. ISSACHAROFF, Samuel. *Fragile Democracies: Contested Power in the Era of Constitutional Courts*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2015, p. 269-270.

⁷⁵ Cf. *Ibid.*, p. 1-3, 127-129, 145-165, 243- 244. Adotando como marco a queda do muro de Berlim, a democracia se torna a forma de exercício do poder mais difundida nos Estados modernos, e o autor, ao analisar as democracias surgidas da descolonização ou redemocratização após 1989, destaca fatores empíricos na consolidação e retroalimentação deste modelo de governo derivado mais do ambiente eleitoral, cultural e político-social favorável à dinâmica democrática, e menos da forma de governo ou das peculiaridades do presidencialismo ou parlamentarismo de dada sociedade. A alternância no poder deve ser efetivada com a ruptura legislativa ou normativa de focos concentradores de poder e pela atuação das Cortes Constitucionais enquanto instituições defensoras dos princípios democráticos e dos direitos de minorias, ativistas nos espaços não ocupados pelos demais poderes com vistas a efetivar ações de governo ou políticas públicas. O resguardo de medidas de autoritarismo e da sistemática do *rule of law* fomenta o ideal democrático e impede excessos por parte de governos fortalecendo o compromisso dos poderes constituídos com os princípios democráticos e com a afirmação do processo democrático: alternância no poder com o consentimento dos que deixam o governo e transição pacífica entre as partes; disputa eleitoral possível e prestação de contas dos pretendentes ao poder. O autor traz vasta narrativa desta dinâmica de fatores e condições pela análise histórica e jurídica da atuação das Cortes ao redor do mundo, com o lastro da Democracia envolta nos seus pressupostos.

⁷⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 127-130.

⁷⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 290.

Fazendo remição ao constitucionalismo, verifica-se como uma de suas características atuais uma *tensão constante* com o tema da democracia, já que o empoderamento da jurisdição constitucional e o maior alcance da hermenêutica impõem valores para os órgãos estatais em detrimento de deliberações políticas representativas.⁷⁸ Isso é feito por uma vinculação jurídica de postulados ético-morais, cujo efeito é um redimensionamento substancial da democracia.

Revisitando a teoria do poder constituinte, toma-se como titular desse poder o povo, em que pese *povo* confundir-se com *população*, com maioria política, com cidadãos em exercício de direitos políticos. Releva-se assim a aptidão para deter esse poder de constituir juridicamente o Estado por parte de quem participa deste *povo*. Quanto mais ampla esta noção de povo, maior a legitimidade do poder constituinte, pontuando a máxima generalidade dos detentores do poder.⁷⁹

Entretanto, na prática a titularidade não coincide completamente com o exercício do poder constituinte, já que há a impossibilidade técnica⁸⁰ de todos os detentores do poder – nominais ou efetivos – exercerem a sua titularidade, eis que “este já não é um problema de filosofia política e sim de técnica constitucional”⁸¹. Nesse sentido, o povo, detentor do poder, delega-o a representantes eleitos por mecanismos de democracia semidireta ou indireta.

Logo, pode-se assumir que a titularidade é bipartida entre dois pontos fulcrais: a *detenção estática* e o *exercício efetivo*. Há um conflito, ao menos um embate, entre os detentores e os representantes do poder. Neste meandro, está localizado o princípio democrático, como justificativa racional para conciliar esse conflito. A democracia torna-se assim uma condição para que os demais elementos acima - validadores da constituição como parâmetro de julgamento dos governos -, que compõem o arcabouço avaliativo, tornem-se eficazes, porque a falta daquela implica no desmantelamento entre a detenção e o exercício do poder, impedindo que a constituição, como norma-quadro de avaliação de governo, produza seu potencial de manutenção do poder político e das demandas sociais.

⁷⁸ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva: 2014, p. 53.

⁷⁹ Naturalmente, há críticas a esta afirmação, quando vista sob um prisma módico: a generalidade “nominal” (putativa) é afeta às constituições outorgadas e governos autocráticos, enquanto que a generalidade “real” (efetiva) é afeta àquelas promulgadas e governos democráticos. A distribuição real do poder está para a imposição ou não da força, à medida que a generalidade dos detentores do poder está para a titularidade efetiva do poder constituinte.

⁸⁰ Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 23, 24, 85.

⁸¹ *Ibid.*, p. 32.

Tais substratos envolvem componentes presentes nas forças sociais, cuja interação dinâmica traz implicações políticas e abre caminho para o estudo do poder. Urge verificar a composição deste conjunto de forças e as condições de seu equilíbrio.

1.2 – CRITÉRIO DINÂMICO DE AVALIAÇÃO DE GOVERNO

A relação política existente entre os diversos atores sociais, especialmente entre governantes e governados, cria condições de ajustar os conflitos da comunidade por um equilíbrio de forças, equilíbrio esse graduado em intensidade e meios de exercício pelo fenômeno do poder. A dinamicidade do poder ajusta o equilíbrio de forças e permite compreender o fator político numa perspectiva de interação entre os atores sociais.

O poder é o elemento decisório e deliberativo na sociedade que concatena seus fatores políticos por meio da “coordenação da ação em comum com vistas à projeção de efeitos voltados para a satisfação de necessidades próprias de uma comunidade”⁸². O poder enquanto feixe de ação política permite o caminhar da sociedade na medida em que promove a dinâmica necessária à movimentação das forças sociais. Através do consenso ou do controle, o *poder* torna-se *poder legítimo* e cria condições para estabilizar as forças sociais, por meios explícitos, ocultos ou onipresentes, os quais manifestam, em maior ou menor grau, as categorias de poder: violência, autoridade, força e obediência.⁸³

Assim, a feição política do poder promoverá uma coesão social, desde que a imposição consequente da força (ou poder de polícia estatal) seja associada a outros modos antecedentes de cumprimento de deveres pelo Estado, como as obrigações e pactos de direitos. Nesse sentido, o direito conforma a feição política do poder e a composição entre governantes e governados; à medida que o direito controla e determina comportamentos, ele racionaliza o poder através de métodos, valores, princípios e mecanismos.⁸⁴ Como

⁸² Cf. BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Curso de Filosofia Política*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 12.

⁸³ Cf. OLIVEIRA, Mara Regina de. *O desafio à autoridade da lei – A relação existente entre poder, obediência e subversão*. Rio de Janeiro: Corifeu, 2006, p. 16-29. Um sistema social ordenado visa a provocar uma ação de *obediência* do detentor do poder aos subordinados, já que é a tonificação do próprio direito nas sociedades juridicamente organizadas. A característica desse poder jurídico ordenador é a sua racionalidade, que substitui a *força* bruta pela *obediência* às leis. A *força* distingue-se do fenômeno do poder porquanto o substitui ou o elimina, e age sempre sob uso econômico e não rotineiro, já que evita a confusão com a *violência*, haja vista que a violência vulgarizada diminui o poder. A *autoridade* é o componente mais sutil do poder, vez que evidencia uma disposição de gerar *obediência*, assim como uma aptidão de aplicar a *força*, sob a possibilidade de provocar influência social concentrada na ideia de liderança e reputação, sendo tanto eficaz quanto mais espaços de liberdade aptos a gerar *obediência* existirem. (Cf. *Ibid.*, p. 106-115).

⁸⁴ Cf. BITTAR, Eduardo Carlos Bianca, op. cit., p. 22.

elemento externo ou tardio do poder, o direito age nas suas categorias, expandindo ou retraindo-as, conforme se verá a seguir.

1.2.1. Equilíbrio da relação política

Norberto Bobbio considera que um poder refletor dos ideais de democracia deverá contar com a característica da visibilidade, dentre outras.⁸⁵ Isto se deve ao fato de que a representação como modo de exercício do poder permite publicizá-lo e materializá-lo numa pessoa ou instituição, e por consequência controlá-lo, responsabilizando seus atores. Longe disso estão situações de assimetria e estímulo à subserviência, portanto distantes do ideal democrático. Situações de ocultamento ou manipulação da coisa pública indiciam uma invisibilidade do poder e um distanciamento dos princípios de democracia.

Celso Bastos verte a análise tomando a evolução da sociedade política como uma relação de poder estatal que surge com a concentração do poder em um ou alguns indivíduos com o controle das prerrogativas necessárias para “resolver as questões que afetam a todos”⁸⁶, decidindo uma única autoridade em *ultima ratio* as questões e fins do Estado como um todo.

Celso Lafer estuda o poder pelo agir conjunto, segundo as concepções *arendtianas*, e o decompõe nos elementos de autoridade, força e obediência: a primeira reflete o contexto de desigualdade de posições na vida política sem o elemento coercitivo mas contendo o elemento dissuasivo, enquanto que o elemento coercitivo é natural da força, que pode ou não gerar obediência, de modo que somente a primeira permite uma continuidade.⁸⁷

Léon Duguit alia a noção de Estado à prerrogativa de impor a força material preponderante sobre uma coletividade.⁸⁸ A força se torna assim um elemento essencial do próprio Estado, mas não autossuficiente, visto que a força é subordinada a uma regra de direito superior que a legitima. Agrega-se a isso o fator metabólico de reunião da força ao

⁸⁵ Cf. BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, p. 87, 89, 97, 102.

⁸⁶ Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, pg. 4-5.

⁸⁷ Cf. LAFER, Celso. *Hannah Arendt: pensamento, persuasão e poder*. 2ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003, p. 64-66.

⁸⁸ Cf. DUGUIT, Léon. *Os Elementos do Estado*. Tradução de Eduardo Salgueiro. Lisboa: Editorial Inquérito, 1950, p. 42.

direito presente na categoria da autoridade⁸⁹, entendida nesta seara como o fator do qual emana o pressuposto de validade das normas, e competência de prescrever normas que valham para si e para outrem, pela norma superior pressuposta.

Eduardo Bittar aponta o assento jurídico como ingrediente de normalização dos comportamentos sociais nos diversos extratos da sociedade, racionalizando os mecanismos de poder.⁹⁰ Assim, pode-se afirmar que o Direito substitui o poder pelo elemento da coerção e pelo uso da lei como garantia e molde da liberdade social. O direito busca a manutenção da ordem sob a regulação normativa e jurisdicional do fenômeno *poder*, de forma acessória, secundária e indispensável, já que se vale da coerção como *ultima ratio* – após cumprimento dos anseios sociais e das ideias de justiça.

Hans Kelsen discorre sobre o poder como elemento estruturante de um Estado, afirmando “a relação designada como poder estadual (...) ser juridicamente regulada, o que significa que os indivíduos que, como governo do Estado, exercem o poder, recebem competência de uma ordem jurídica para exercerem aquele poder”⁹¹.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho destaca a noção de poder como produto do consenso político-social e decorrência do pacto de direitos, embebido de noções da Teoria Geral do Estado.⁹² O indivíduo, como sujeito antagonista ao Estado, não é analisado tão somente no seu recorte físico-biológico, já que o fator político é um dado essencial: o Estado é uma agregação de indivíduos ligados por vínculos territoriais, culturais e interesses comuns, produto de uma associação política que submete os indivíduos à autoridade do todo, cujo exercício compete a um corpo dirigente. Por meio de um governo, o poder político se delimita no tempo e no espaço, e o Estado como ente artificial agrega os

⁸⁹ Essa constatação vem dos estudos de HANS KELSEN. Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 216.

⁹⁰ Cf. BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 587-590.

⁹¹ Cf. KELSEN, Hans, op. cit., p. 320.

⁹² Principalmente pela ideia de “soberania” como conceito chave ligado tradicionalmente à noção de Estado que reflete a capacidade de um corpo político organizado impor a sua vontade. Nesse compasso, soberania congrega a ideia de ausência de subordinação de uma ordem estatal a nenhuma outra da mesma espécie. Ainda assim, o conceito vem sofrendo releituras ao longo do tempo, cujo aprofundamento sugere que a soberania “não quer dizer que, sob o aspecto moral, não estejam as regras positivadas subordinadas a outras normas nem que a organização estatal não possa subordinar-se a normas resultantes de seu acordo com outra organização da mesma natureza, ou resultantes do longo uso nas relações interestatais”. (Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*, 40ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 79).

elementos conformadores da ideia de Nação⁹³ - soberania, finalidade, população e território.⁹⁴

Por estas acepções, é possível mensurar o equilíbrio na sociedade pela concatenação das categorias de poder, bem como dos fatores que as qualificam, colocados em movimento pelo Estado e atores sociais: o poder mostra-se eminentemente relacional.

A abstração de um *sujeito estatal*, enquanto ficção legal representativa das pessoas que titularizam o Governo, cede lugar para a concretude de um *sujeito individual*, em si e *per si*, elemento molecular do poder que dele participa como seu detentor ou antagonista, influenciando na criação das condições para sua legitimação.

Há um ideal de reciprocidade entre os componentes da sociedade, albergando direitos, deveres, possibilidades e condições de vida como a sua válvula motriz. A agremiação de indivíduos organizados politicamente apresenta elementos metabolizantes cujo liame poderá observar alguns aspectos tais como⁹⁵ ⁹⁶: uma “concepção razoável de justiça política”, um “respeito adequado de um povo para consigo mesmo, baseado na consciência comum das suas provações durante a história e da cultura e suas realizações”, e o direito à autodeterminação enquanto povo, o que envolve uma natureza moral descrita como “certo orgulho adequado e senso de honra”⁹⁷.

A noção de pessoa extravasa assim a visão de indivíduo contraposto a Estado, para servir como elemento de conformação da ordem jurídica. A posição central da pessoa nesse quesito de conformidade faz com que o Estado só se legitime através do assentamento das desigualdades entre indivíduos, afinal, os governantes são indivíduos que

⁹³ Um conceito de Nação devidamente sintético e funcional para esta pesquisa pode ser descrito como o “meio social onde o fato Estado se produz”. Cf. DUGUIT, Léon. *Os Elementos do Estado*. Tradução de Eduardo Salgueiro. Lisboa: Editorial Inquérito, 1950, p. 8.

⁹⁴ Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 28ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 119.

⁹⁵ Utiliza-se aqui como base as ideias trazidas por JOHN RAWLS. (Cf. RAWLS, John. *O Direito dos Povos*, tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 80-81).

⁹⁶ Note-se que a indicação de critérios gerais para fomentar a reciprocidade dialoga com implicações de teorias contratualistas. (Cf. BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, p. 143). Também se verifica esta classificação nas análises sobre a metodologia de JOHN RAWLS em estudo realizado por RONALD DWORKIN. (Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 235, 261-263, 269).

⁹⁷ Cf. RAWLS, John, op. cit., p. 44-45. Este autor também valoriza o critério da reciprocidade de tal forma que a sua ausência indicia desequilíbrio ou descompensação entre liberdade e igualdade, de forma a permitir desigualdades sociais e econômicas excessivas, numa lacuna de “paz democrática”. (Cf. RAWLS, John, op. cit., p. 64-65).

exercem a sua vontade individual norteada em maior ou menor grau pelos princípios coletivos da nação, através da formação de relações de comando e obediência.⁹⁸

O indivíduo ganha autonomia em face do Estado, determinando que as interações entre a pessoa e a instituição envolvam as categorias de poder. Daí, a relação do Estado com seus nacionais indicia ou não o equilíbrio da relação política:

Se crescermos sob uma estrutura de instituições políticas e sociais razoáveis e justas, afirmaremos essas instituições quando envelhecermos e elas persistirão ao longo do tempo. Nesse contexto, dizer que a natureza humana é boa é dizer que os cidadãos que crescem sob instituições razoáveis e justas – instituições que satisfazem qualquer uma das concepções políticas liberais razoáveis de justiça – afirmarão essas instituições e atuarão para assegurar que seu mundo social perdure.⁹⁹

O fator relacional implica na disseminação de comandos jurídicos que podem comunicar autoridade, obediência, força ou violência. No entanto, estas categorias não se consolidam por si só, porque elas dependem de uma interação entre os sujeitos.

Uma abordagem sobre esse dado pode ser feita pelo estudo da governabilidade, o qual será analisado a seguir.

1.2.2. Governabilidade e relações de poder

Governabilidade é um conceito polissêmico cujo alcance varia em função do significado que lhe é aplicado.¹⁰⁰ Governabilidade é o substantivo que denomina o efeito

⁹⁸ Alude-se novamente à diferenciação entre governantes e governados exposta anteriormente, pelas palavras de LÉON DUGUIT, como: “a separação, num grupo social, de indivíduos possuidores de força maior que a de outros indivíduos, grupo que, de fato, pode impor aos outros a sua vontade por meio de maior força (...) esta maior força pode revestir formas infinitamente diversas. Foi, nas sociedades primitivas, uma força material ou uma força moral baseada em crenças religiosas. Nas sociedades modernas, extremamente complexas, são estas forças, por si próprias, extremamente complexas.” (Cf. DUGUIT, Léon. *Os Elementos do Estado*. Tradução de Eduardo Salgueiro. Lisboa: Editorial Inquérito, 1950, p. 8-9). Alude-se também aos aspectos de poder e sua função e diferenciação, conforme exposto na Nota 82 acima.

⁹⁹ Cf. RAWLS, John. *O Direito dos Povos*, tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 8-9.

¹⁰⁰ Há certa proximidade entre os termos governabilidade e governança, que traduzem fenômenos similares. No entanto, pela morfologia dos termos, governabilidade identifica-se com uma ideia de qualidade intrínseca, e governança com uma ideia de ação ou movimento. Ainda assim, a distinção mais incisiva, e que corrobora a escolha do termo governabilidade para margear os rumos desta pesquisa, é aquela que identifica *governabilidade* com a “cidadania organizada” e *governança* com os agentes públicos envolvidos na implementação da política pública envolvida. Sendo assim, a avaliação de governo pela ótica do constitucionalismo e dos pactos de direitos é aquela que envolve a noção de cidadania, e, portanto, da governabilidade. (Cf. ARAUJO, Vinicius de Carvalho. *A conceituação de governabilidade e governança, da sua relação entre si e com o conjunto da reforma do Estado e do seu aparelho*. Escola Nacional de Administração Pública. Brasília: 2002. Disponível em:

<https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/661/1/A%20conceitua%20c3%a7%c3%a3o%20de%20governabilida>

de se governar algo, a qualidade de *algo* ser *governável*, de sofrer um mando, gestão, ou possibilidade de controle. Um governo comunica controle, um governante verte-o em poder, logo, o termo *governável*, sob o prisma do receptor da comunicação, demonstra a possibilidade de ser dirigido, comandado, direcionado, e, sob o prisma do emissor, a capacidade de emanar controle.

Seja pela capacidade dos governantes seja pela responsividade às exigências dos cidadãos, a governabilidade se caracteriza por um processo em curso, envolvendo componentes variados,¹⁰¹ cuja fragilidade pode ser visualizada por algum dos seguintes sintomas: *a)* nível de reação à sobrecarga de pautas ocasionando desequilíbrio fiscal; *b)* nível de coesão e legitimidade política presente na relação das instituições com as forças de oposição; *c)* gestão administrativa reativa à crise de apoio político dos cidadãos às autoridades governamentais (crise de *input* “legitimidade” ou *output* “racionalidade”). Em especial este último reflete uma incapacidade do governo atingir os objetivos prometidos assim como a disposição dos cidadãos de “obedecerem espontaneamente às leis e diretrizes de governo, mesmo quando estas contrariem seus interesses contingentes”¹⁰², influenciando diretamente na perda de sua aptidão para produzir efeitos. O caminho previsível para este processo é a diminuição do consenso, seguida da ilegitimidade das autoridades governamentais, e o uso indiscriminado e desmedido da coerção, sepultando as trilhas de poder social. A reorganização do consenso se dá com o empoderamento da democracia em seu sentido amplo, ou seja, através dos processos e organizações políticas, como reafirmação da autoridade e do equilíbrio de forças sociais.

A governabilidade pode ser caracterizada também pelo seu sentido negativo, ou seja, pela sua falta ou pelos contornos do que seria uma “crise” de governabilidade.

[de%20e%20governan%c3%a7a%2c%20da%20sua%20rela%c3%a7%c3%a3o%20entre%20si%20e%20com%20o%20conjunto%20da%20reforma%20do%20Estado%20e%20do%20seu%20aparelho.pdf](#). Acesso em 02/09/2019). Além disso, *governança* liga-se muito à ideia de gestão, boas práticas, formas de viabilizar políticas públicas; alia-se à coordenação de ações visando a um fim, além da colocação em prática de modos de operação para atingir-se uma eficiência de governo. (Cf. Brasil. Tribunal de Contas da União. *Dez passos para a boa governança*. Brasília: TCU, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão, 2014). Importante também destacar a governança como modelo estrutural de gestão pública, ligado aos valores da reforma gerencial do Estado. (Cf. BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *O Modelo Estrutural de Governança Pública*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 10, junho/julho/agosto, 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.con.br/rere.asp>. Acesso em 15/07/2018). Em suma, *governança* traduz formas de imprimir governabilidade, vez que aparece num momento posterior, em que já foram estabelecidas as premissas e valores com vistas ao equilíbrio da relação política entre governantes e governados, sendo sua área de incidência as maneiras de efetivar ou dar maior eficiência para as premissas e valores já justapostos anteriormente. Assim, adota-se nessa pesquisa um prisma mais *etiológico* para *governabilidade* e mais *ontológica* para *governança*.

¹⁰¹ Cf. PASQUINO, Gianfranco. *Governabilidade*. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução de Carmem Varriale, Gaetano Lo Mónaco, João Ferreira, Luís *Guerreiro* Pinto Casais. 3ª ed. Brasília: Linha Gráfica Editora, 1991, p. 547-553.

¹⁰² Cf. *Ibid.*, p. 549.

Uma abordagem sobre os modelos de Administração Pública assevera esta crise como resíduo do avanço do *Welfare State*, manifestada por uma participação política excessiva de grupos e sobrecarga de demandas públicas, ou então a avaliação puramente técnica ou gerencial dos critérios de boa administração, desvinculado dos preceitos de legitimidade política¹⁰³; com isso, a governabilidade se intensifica, envolvendo políticas públicas que articulem governantes e governados em torno de estratégias e condições sistêmicas de coalização de interesses, para se colocar em prática as ações da administração.

Controle, legitimação, ação e comando são palavras chave para se entender o fenômeno da governabilidade; nesta esteira, representam o conjunto de fatores essenciais para o ato de governar.

Uma visão jurídico-dogmática da governabilidade a concebe como uma *ação de Governo que cumpre as razões de Estado constitucionalmente insculpidas*, “segundo os valores básicos da comunidade e superiores do Estado que a tem por base, a fim de realizar o ser humano nos indivíduos humanos, mediante a direção e a administração da maior valia de sua sociedade para essa realização”¹⁰⁴. Governabilidade refere-se à relação entre governos e indivíduos, de modo que a adoção de seu conceito imprime a conotação de governantes e governados frente aos pactos de direitos que os ligam.¹⁰⁵

Por esta acepção, a governabilidade toca os temas de direitos humanos fundamentais, imprimindo a eficácia das ações de Governo como medida de cumprimento das finalidades constitucionais. A fundamentalidade dos direitos humanos é motriz para o Estado, o Governo e a governabilidade, de forma que os pactos de direitos se justificam “quando forem por esse modo e por esse fim pactos de governabilidade e não, por outros modos e fins, meros pactos de governismo”¹⁰⁶.

A governabilidade é graduada, dentre outros fatores, pela eficácia de governo, sintomática da produção ou não de efeitos desejados, bem como da expressividade ou

¹⁰³ Cf. BENTO, Leonardo Valle. *Governança e Governabilidade na Reforma do Estado: entre eficiência e democratização*. 2002. 246 f. Tese (Mestrado em Direito). – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002, p. 78-81.

¹⁰⁴ Cf. BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos Humanos: Paradoxo da Civilização*, 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 449.

¹⁰⁵ SÉRGIO RESENDE DE BARROS cita expressamente esta ligação denominando-a “pactos políticos” ou “pactos de governabilidade”, como “concernência ao modo de governo” e acordo para viabilizar um bom governo. (Cf. *Ibid.*, p. 313). Agregando ainda outros elementos, o autor constrói uma noção de “valor de governabilidade” composta por influxos normativos vão ao encontro dos “valores contidos e expressos nos direitos humanos”, cuja efetivação vai além da mera afirmação de mecanismos de controle da legalidade formal e da legitimidade substancial. (*Ibid.*, p. 450).

¹⁰⁶ Cf. *Ibid.*, p. 460.

influência desses efeitos.¹⁰⁷ O teto da governabilidade pode ser assumido como a aderência plena dos representantes do Governo aos pactos de direitos para a concreção dos direitos humanos sob uma roupagem de “eficácia social do Estado”. Nesse sentido:

a possibilidade de um governo eficaz – aquele que realiza ao máximo a comunidade nas individualidades e as individualidades na comunidade da sociedade – implica diversas condições cráticas, mas que se resumem em estabilidade institucional e eficiência funcional, ambas se correlacionando entre si e com a eficácia social do Estado, na qual resultam. Todas, enfim, condicionando o exercício do poder político, terminando por possibilitar o seu melhor exercício. No derradeiro, essas condições estão uma em função da outra, embora possam estar uma sem a outra, no momento. Condicionam a eficácia do Estado e do seu governo e, por resultar assim condicionada, a eficácia é o critério para apurar a governabilidade. Em função da eficácia governamental, compreendendo a estabilidade institucional e a eficiência funcional, define-se a governabilidade; e bem defini-la constitui a primeira tarefa do direito político.¹⁰⁸

Governabilidade se relaciona também com a capacidade do Estado acomodar reivindicações dos diversos setores da sociedade para restauração do equilíbrio de poder. A incapacidade de racionalizar as forças econômicas e sociais - como no exemplo da inflação legislativa¹⁰⁹ - causa uma “ruptura da organicidade, da unidade lógico-formal e da racionalidade sistêmica do ordenamento jurídico, e, por consequência, na perda da própria capacidade de predeterminação das decisões concretas por meio do direito positivo”¹¹⁰. Como consequência, “a crescente inefetividade das [suas] normas para a resolução socialmente adequada e prospectivamente orientada dos conflitos” e “as dificuldades da dogmática jurídica, diante de todas essas disfuncionalidades, para continuar exercendo suas funções básicas de controlar a consistência do direito legislado e de forjar modelos teóricos para o enquadramento da produção normativa”¹¹¹.

¹⁰⁷ Tem-se aqui a ideia da própria eficácia dos governos enquanto conjunto de agentes defensores ou promotores de direitos fundamentais. Um sobrevoo pelos planos de Governo pode indiciar a sonegação de direitos fundamentais, por violação jurídica de direitos ou uso descabido da imperatividade pública; ou, ao inverso, o cumprimento daqueles por medidas efetivas de resultado eficaz. Tais temas serão mais explorados em capítulo adiante, que tratará sobre a razão de Estado.

¹⁰⁸ Cf. BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos Humanos: Paradoxo da Civilização*, 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 449.

¹⁰⁹ Também se notam deturpações da atuação do estado num processo legislativo eminentemente técnico de satisfação de *lobbys* e desenfreio do poder político e econômico, trivialização e vulgarização dos direitos humanos nas declarações de direitos e perversão do princípio da legalidade. (Cf. *Ibid.*, p. 451).

¹¹⁰ JOSÉ EDUARDO FARIA destaca no escopo de governabilidade as decisões governamentais acerca de “programas econômicos, políticas públicas e planos administrativos”. A governabilidade também seria reflexo das expectativas sobre as demandas da sociedade, e da capacidade de solução das mesmas por meio dos serviços, estruturas e instrumentos jurídicos a cargo do estado. (Cf. FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 116-122).

¹¹¹ Cf. *Ibid.*, p. 135-136.

Todos estes aspectos refletem o grau de *funcionalidade* do Estado ao especificar a capacidade e oportunidade de decisão de governo e a intensidade da intervenção e regulação da sociedade - pela implementação de suas decisões - naquilo que é devido pelo poder público para com seus cidadãos, inclusive no universo dos serviços públicos. A governabilidade se torna um fator de avaliação de governo, essencialmente dinâmico, na medida em que expõe a verve funcional do governo. Além disso, tendo a governabilidade lastro constitucional derivado do seu atendimento à ideia de juridicidade, ela reúne em si também o critério estático, caso seja amplamente dimensionada.

Desta feita, a governabilidade afeta as categorias de poder, já que reforça a autoridade titular da relação política e abre a possibilidade se de atestar o grau de obediência de suas ações e comandos, ou de expor graus de força desmedida destas.

Os efeitos da governabilidade incidem então sobre a criação ou manutenção de autoridade pública como sustentáculo do poder, reafirmando o pacto de direitos vigente, através da satisfação dos cidadãos com a atuação do Estado, que nada mais é do que a própria fonte da fidúcia que alimenta a avaliação de governo.

CONCLUSÕES PARCIAIS

É possível compreender o poder político no seu aspecto dual e relacional, como fenômeno que envolve governantes e governados sob matizes de comando e fidúcia. Desta forma, o julgamento dos governos orienta a permanência do poder político, promovendo a estabilidade do pacto de direitos entre governantes e governados; o produto disso é a possibilidade de avaliação de governo pelos seus governados. A constituição como moldura jurídica fornece subsídios para tratar a fidúcia sob uma perspectiva estática, com os substratos normativos que servirão de base para o julgamento das ações e políticas dos Governos. Isso tem como pressuposto a adoção do modelo de Estado de Direito e seus princípios implícitos, e como elementos alguns aspectos do contratualismo, do poder constituinte e do princípio democrático. A avaliação pode ser vista também de modo dinâmico através do estudo da governabilidade, que mensura a maior ou menor promoção de coesão social com o equilíbrio na relação entre governantes e governados pela aderência dos governos aos pactos de direitos e ação governamental em cumprimento aos direitos humanos fundamentais. Isso é refletido na dosagem das categorias de poder, em especial pela capacidade de gerar obediência e reforçar a autoridade, o que repercute na sua funcionalidade ou disfunção nos meandros da atuação estatal.

Logo, é possível criar uma primeira premissa: *“a avaliação de governo deriva do modelo de Estado Democrático de Direito, tendo por referencial as normas e princípios da Constituição, em conjunto com o tema da governabilidade, que correlaciona a aderência política com os fundamentos humanista e democrático do Estado, promovendo as expectativas sociais”*.

CAPÍTULO II – CONCEITUAÇÃO JURÍDICO-POLÍTICA PARA SERVIÇOS PÚBLICOS

O tema dos serviços públicos é um dos objetos tradicionais de estudo do Direito Administrativo, por meio do qual este campo do saber se estrutura e é compreendido. Por vezes, o estudo dos serviços públicos se confundiu com a própria natureza da doutrina administrativista - já que uma das formas de abordagem dos postulados administrativistas deu-se pela chamada Escola do Serviço Público¹¹² - no entanto, há terrenos distintos para cada qual, sendo que o estudo dos serviços públicos pode adstringir-se ao campo científico inerente ao Direito Administrativo, como seu critério ou atributo.

Considerando a tessitura do constitucionalismo desta pesquisa,¹¹³ com o viés de governabilidade e avaliação de governo, a noção de serviços públicos mais conveniente é aquela que dialoga com o *controle social dos serviços públicos*^{114 115}, como reverberação do predicado político do Direito Administrativo: a conjugação de regras e princípios instrumentalizadores das atividades do Estado.¹¹⁶

¹¹² Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 65-66.

¹¹³ Cf. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO elenca como base jusfilosófica do Direito Administrativo os postulados do Estado de Direito e atualmente os fundamentos estruturais do neoconstitucionalismo, o que estabelece pontos de ligação com o Direito Constitucional e a teoria do constitucionalismo. (Cf. *Ibid.*, p. 4-8).

¹¹⁴ O termo é utilizado em referência a FERNANDO HELLEN AGUILLAR, de quem vem o trecho que segue: “o direito administrativo atua como elo de comunicação entre relações privadas e públicas, como espaço institucional de fiscalização privada e pública do exercício de funções públicas. Para tanto oferece mecanismos elementares de proteção do cidadão em face de ação governamental”. (Cf. AGUILLAR, Fernando Hellen. *Controle Social de Serviços Públicos*. São Paulo, Max Limonad, 1999, p. 109). Essa construção será a semente a ser manipulada posteriormente para levar a pesquisa a outros pontos.

¹¹⁵ Haja vista a substanciação do controle social, em consonância com a postura doutrinária sobre novas posturas da Administração Pública, no anteprojeto de normatização da estrutura administrativa, onde se descreve o controle social dos órgãos e entidades do Estado no Artigo 66 do Anteprojeto “por meio da participação nos processos de planejamento, acompanhamento, monitoramento e avaliação das ações da gestão pública e na execução das políticas e programas públicos”, com o objetivo de “aperfeiçoamento da gestão pública, à legalidade, à efetividade das políticas públicas e à eficiência administrativa”. (Cf. MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO ORÇAMENTO E GESTÃO. *Comissão de Juristas: Proposta de Organização da Administração Pública e das Relações com Entes de Colaboração*. Brasília, Secretaria de Gestão, 2007, p. 55). Também há referência expressa às ouvidorias como entidades responsáveis pelo trato das reclamações, elogios e sugestões. (Cf. *Ibid.*, p. 24, 55).

¹¹⁶ CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO sintetiza as atividades do Estado por meio das suas funções, de modo que a *função administrativa* fornece o substrato do Direito Administrativo, realizando de maneira concreta o seu objeto - a satisfação do chamado interesse público. Sem que se inaugure a discussão sobre a abrangência da noção de interesse público neste momento, é importante ressaltar que o cumprimento concreto do interesse público estabelece pontos de ligação com a prestação de atividades pelo Estado segundo ditado pelas políticas públicas e seus fundamentos. (Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 68-69).

O cumprimento de finalidades exógenas traduz a natureza utilitarista com a qual esta área do saber foi construída: a de formar o arcabouço jurídico para teorização e fundamentação da estrutura jurídica reconhecida como administração pública.¹¹⁷ O teor originário do direito administrativo, corroborado pela sua formação histórica, explica esse fenômeno: o Direito Administrativo é conseqüente à Revolução Francesa e criado para inibir o Estado de polícia e o Absolutismo. A sua gênese na França alude às implicações do Estado de Direito na organização do Estado e na separação dos poderes.¹¹⁸

Ao destacar-se então de outros ramos jurídicos pares,¹¹⁹ o Direito Administrativo brasileiro teve demarcada sua autonomia científica por categorias específicas, formadoras do seu regime jurídico administrativo.¹²⁰ Por decorrência, ficou consolidado por finalidades endógenas: organização e diversificação do seu objeto de estudo. Logo, aqueles substratos fáticos que permitiram ao Direito Administrativo justificar o seu surgimento foram absorvidos pelos substratos que lhe garantiram autonomia nas ciências jurídicas.

¹¹⁷ A calibração desta estrutura jurídica em função das diversas escolas doutrinárias varia em movimentos pendulares que apontam para algum dos dois polos da função administrativa: a garantia e proteção do cidadão ou a exorbitância e predominância do Estado. A polarização não é estática e varia alternativa e gradualmente, a depender da política de Estado e de seu uso do aparato administrativo. Novos tempos invocam releituras desta polaridade, flertando-se também com uma multipolaridade presente na sociedade, cujos reflexos atualizam as finalidades do Direito Administrativo como um todo. (Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva: 2006, p. 74). Importante também anotar ressignificações dos sujeitos e objetos do Direito Administrativo, em especial o papel do indivíduo na relação jurídico-administrativo, de súdito para administrado, cidadão e, finalmente, colaborador. (Cf. *Ibid.*, p. 84-85).

¹¹⁸ Nesse sentido: “As concepções político-institucionais que afloravam, nessa época, propiciavam o surgimento de normas norteadoras do exercício dos poderes estatais, pois tinham clara conotação de limitação e controle do poder e de garantia dos direitos individuais. Assim, as ideias relativas ao Estado de Direito que emergiam nas primeiras décadas do século XIX tornaram-se fator propício para a formação do direito administrativo”. (Cf. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, 16ª ed., São Paulo: RT, 2012, p. 41). Também nesse sentido, ao versar sobre a construção teórica do Direito Administrativo na França pós revolucionária, descreve BUCCI: “[o] ato administrativo é tradicionalmente associado ao Estado de Direito, por ser portador de uma ideia da garantia dos administrados em face da autoridade, uma vez que ele inaugura um modo de agir do governante baseado no direito”. (Cf. BUCCI, *op. cit.*, p. 51).

¹¹⁹ Há entendimentos que coincidem as classificações de “direito público” e destacam o Direito Constitucional e o Direito Administrativo como regramento da estrutura orgânica do Estado: aquele o trata de forma estática e este de forma dinâmica. Esta visão é compreendida pela modelagem que os fins do Estado reverberam sobre os meios ou instrumentos disponíveis para alcançá-lo, dentre estes as atividades empreendidas pelo Estado no formato de serviços públicos. A categorização dos fins do Estado requer um movimento de concretização, cuja dinamicidade emana do Direito Administrativo, a partir do qual surgem instrumentos para consecução de fins. Os mecanismos administrativistas servem então para ordenação do poder político e dos processos técnicos de manifestação objetiva do Estado no mundo dos fatos. (Cf. NASCIMENTO, Amauri Mascaro; PINHO, Ruy Rebello. *Instituições de Direito Público e Privado*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1971, p. 42, 141-143).

¹²⁰ MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO traz esta constatação pela metodologia do Direito Administrativo que o conforma ao estudo do regime jurídico, sujeito e objeto da relação jurídico-administrativa. (Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 90-97). Em sentido similar, Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 47, 51.

O tema dos serviços públicos sofreu dificuldades para ser categorizado, já que é um conceito cambiável, historicamente referido e não facilmente dogmatizado.¹²¹ As circunstâncias específicas da utilidade ou comodidade a serem garantidas pelo Estado são o elemento primordial para a caracterização do *serviço*, no esteio do comando constitucional ou legal que o cria ou que qualifica a atividade ou forma de atuação do Estado como serviço público.¹²² Neste contexto, fundamentos normativos equacionavam tais circunstâncias, em larga margem de variabilidade e insegurança jurídica.

Tal situação vigorou até que a Constituição de 1988 regulamentou as normas jurídicas afetas à Administração Pública. Pelo seu poder irradiante e pela carga principiológica com a qual regulou a organização e funções do Estado, a Constituição fixou vigas mestras para o Direito Administrativo; o alicerce constitucional rege a estrutura e a ação administrativa do Estado: eis o perfil do Direito Constitucional como cerne de todo Direito Público interno.¹²³ Com o reforço dos direitos fundamentais, valorizou-se a contenção do poder do Estado mais do que as regras que o regulamentavam. Nesse conjunto, o perfil dogmático do Direito Administrativo cedia espaço para um fundamento maior de Estado, que engloba a organização e regramento da Administração Pública. Os objetivos do Estado Brasileiro são compartilhados pelo Direito Administrativo.

A Constituição trouxe um norte e uma disciplina para os serviços públicos, seja nos seus próprios dispositivos, seja naqueles trazidos pelo poder constituinte derivado – Emendas Constitucionais e conjunto normativo da Reforma Administrativa do Estado¹²⁴ – seja nas leis derivadas de comandos constitucionais.

¹²¹ MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO traz vasto panorama da problemática, caminhando por conceitos amplo e restrito de serviços públicos. (Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 129-133).

¹²² Cf. FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*, 9ª ed. São Paulo: Malheiros: 2008, p. 81-85.

¹²³ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, 40ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 47.

¹²⁴ Por Reforma Administrativa considera-se aqui o movimento de desestatização e introdução de um modelo de Administração Gerencial, que ganhou força com o Programa Nacional de Desestatização, Plano Diretor da Reforma Administrativa do Estado e leis correlatas. Na mensagem ao Congresso para aprovação do Programa, os nortes da Reforma são evidenciados como “direito do cidadão e condição de governabilidade”, frente aos desvios do Estado brasileiro quanto ao cumprimento de suas funções e como resposta aos anseios de justiça e desenvolvimento do povo. (Cf. CARDOSO, Fernando Henrique. *Mensagem ao Congresso Nacional, abertura da 1ª Sessão Legislativa Ordinária da 50ª Legislatura*. Brasília: Presidência da República, secretaria de Comunicação Social, 1995, p. 77-80). A reforma de 1995 mediu o distanciamento entre a autoridade e os meios de gestão, fazendo parte do terceiro ato (antecedido da reforma burocrática da Era Vargas com a criação do DASP - em 1938, e da reforma desenvolvimentista do regime militar com o marco no Decreto-Lei nº 200/1967) de movimentos alternados de racionalização pública ou privada na gestão dos rumos do Estado. (Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva: 2006, p., 108-109). Os serviços públicos estão especialmente contidos no macroplano de desestatização e a política pública correspondente no Programa Nacional de Desestatização, que direciona a

Fixada pelo poder constituinte de uma sociedade, a modelagem de uma atividade como serviço público alude a um modelo de concepção política, afinal, é a Constituição que especifica quais as atividades serão consideradas serviços públicos, ou ao menos qual regra constitucional permitirá a qualificação de atividades como serviços públicos. Desse modo, a evolução do conceito jurídico-político de serviços públicos conduziu sua trajetória reagindo aos rumos tomados pelo Direito Administrativo, em especial pela guinada constitucionalista desta disciplina.

A caminhada que segue percorrerá os significados do serviço público, bem como o seu histórico frente às escolas administrativas que o estudaram, culminando na compreensão de serviços públicos que é mais conveniente para os rumos dessa pesquisa, face aos substratos constitucionais a ela relacionados.

2.1 – EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Num esboço histórico, os serviços públicos reuniram a organização de recursos públicos – agentes, mecanismos e insumos – para a busca do bem-estar individual sob os influxos da vida coletiva. A função de um Estado agregador das demandas individuais necessitou da sistematização das atividades prestadas à coletividade – assegurada a manifestação das individualidades – como uma ideia própria, autônoma, segundo o momento histórico e a tessitura do seu regime jurídico, reunida sobre a noção de *serviço público*.¹²⁵

Ainda que o conceito de serviço público tenha surgido como fundamento do Direito Administrativo, ligado à própria autonomia científica desta disciplina, ele evoluiu posteriormente como um dos seus critérios, produto dialético das chamadas “crises do serviço público” e da alteração dos meios do Estado atuar na sociedade e nas relações

opção legislativa para o tipo de atividades e as regras incidentes para a desestatização. Neste esquadro, a transferência de bens e serviços públicos ao capital privado pode se dar de modo absoluto – no qual a titularidade é transferida ao particular – ou de modo relativo – no qual o Estado apenas delega a execução mas mantém-se titular da atividade. (Cf. MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de Serviço Público: inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 20-21, 31-34). Em nenhuma das modalidades é possível o descolamento dos valores constitucionais voltados à pessoa humana – o usuário do serviço – ou da conjuntura político-econômica em que está inserida a prestação da atividade, vez que a desestatização onera a atividade particular com uma relevância pública, que se irradia para a atividade – seja no nível de regulação nela incidente, seja na prerrogativa de participação acionária do acionista público após a privatização.

¹²⁵ Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 26.

econômicas.¹²⁶ Não é por menos que temas como privatização, gestão social da administração, reformas administrativas e seus pares influenciam na sua noção geral.

Essa relação umbilical a favor da autonomia administrativista pode ser também visualizada¹²⁷ através da construção da noção de interesse público como justificante das prerrogativas públicas e do poder de império administrativo, o que contribuiu para a especialização da dita função administrativa em resposta ao aumento e diversificação das atividades estatais. Isso se consolidou entre o final do século XIX e início do XX, período em que o Estado dirigia os processos de industrialização e respondia aos anseios e demandas do Estado Social.¹²⁸

Sua remissão histórica¹²⁹ aponta para Rousseau, o qual já coordenava serviço público com atividade estatal, numa acepção política deste conceito, reagente à separação de funções de Estado do ocaso da Revolução Francesa. Ainda assim, o germen dessa ideia vem da Roma Antiga e as utilidades públicas e privadas, prosseguindo para o Absolutismo e os serviços reais – disponíveis para o exercício e o suporte do poder político, reservando à Igreja suas atividades sociais apreendidas então como assistencialistas.¹³⁰

Com o advento do Estado liberal e a mudança da classe dirigente e dos matizes políticos,¹³¹ as atividades realizadas pelo Estado se voltam para assegurar os anseios negociais da burguesia dirigente, com o alargamento das atividades reservadas à iniciativa privada, porém sob regime de intervenção.

O que tornava uma atividade passível alcunha de serviço público era um ato de titulação da atividade pela Administração Pública e a exclusão desta pelos particulares, sem prévia concessão do regime público, através do ato chamado de *publicatio*¹³². São

¹²⁶ Cf. GROTTI, Dinorá Adelaide. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 20-22.

¹²⁷ Cf. KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Funções Administrativas do Estado*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). *Tratado de Direito Administrativo – Volume 4*. São Paulo: RT, 2015, p. 32-34.

¹²⁸ Especialmente neste ponto, os serviços públicos convergem na pressão por qualidade nas prestações do Estado e um movimento pela nacionalização dos serviços, o que gerou maior reivindicação por serviços públicos a cargo desse Estado Social. (Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 42-43).

¹²⁹ Cf. GROTTI, Dinorá Adelaide, op. cit., p. 24-26. Note-se que nos sistemas de *common law*, o conceito de utilidade pública fez as vezes do serviço público sob a ideia de regulação pública da atividade de interesse coletivo.

¹³⁰ Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de, op. cit., p. 30-31.

¹³¹ Cf. *Ibid.*, p. 33-35.

¹³² A reserva estatal prévia sobre uma atividade elencada como serviço público com a submissão da atividade a regime de direito público, cuja prestação ficaria a cargo do Estado ou de particular que detenha título habilitador para o exercício do múnus público. (Cf. KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, op. cit., p. 117).

atividades de interesse geral antes assumidas pela sociedade organizada – beneficências, assistências sociais etc – que agora seriam qualificadas para a Administração Pública. O aporte jurídico dos serviços públicos veio com a jurisprudência administrativa do Conselho de Estado francês¹³³, consolidada na doutrina pela chamada *Escola do Serviço Público*. Esta Escola surgiu na França do começo do Século XX, tendo como baluarte Léon Duguit, que defendia a essencialidade deste conceito para aperfeiçoamento daquela disciplina, na medida em que o Estado “seria uma cooperação de serviços públicos, organizados e controlados pelos governantes”¹³⁴.

A concepção de serviços públicos para Duguit¹³⁵ fez coro à acepção francesa de Estado de Direito, na qual concepções apriorísticas voltadas a arrazoar a dominação do Estado por meio da soberania cedia lugar para a obrigatoriedade de prestação de serviços como fundamento do próprio Estado,¹³⁶ o que se conecta com a responsabilização dos governantes e com a ideia de solidariedade social. Como fulcro havia a ideia de que as prestações do Estado aos indivíduos, visando à coesão social, compunham mais do que a segurança e defesa externas e internas e a jurisdição.

Nesta senda, serviço público é “toda atividade cuja realização deve ser regulada, assegurada e fiscalizada pelos governantes – porque a realização dessa atividade é indispensável ao desenvolvimento da independência social”¹³⁷. Além de fundamento para a atividade estatal – na figura do objeto material de realização do poder público em

¹³³ A separação de jurisdições administrativa e judicial no sistema francês se valeu da criação de critérios para localizar atos de império e de gestão na aferição de responsabilidade do Estado, culminando na afirmação da noção de serviço público durante o caso *Arrêt Blanco*, em 1873, na França, marco da responsabilidade civil da Administração Pública, em que o conflito de competências entre as diferentes justiças contou em seu bojo com a decisão sobre o conteúdo e funcionamento das atividades prestadas, qualificadas como serviço público. (Cf. GROTTI, Dinorá Adelaide. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 27-30).

¹³⁴ Cf. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, 16ª ed., São Paulo: RT, 2012, p. 348.

¹³⁵ Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 81-84.

¹³⁶ Para esta Escola, o “serviço público é colocado como fonte de legitimidade do Estado”, seu elemento central, que desloca o elemento legitimador da soberania como fonte do poder estatal para a discussão sobre a legitimidade pertinente à Teoria Geral do Estado. (Cf. DEL PICCHIA, Lucia Barbosa. *Léon Duguit e a noção de serviço público: elementos para o debate sobre o método no direito público*, 2008, 144 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 104). E mais: “[o]s governantes só são legítimos se atendem às obrigações impostas pela regra de direito objetivo [e] essas regras são justamente os serviços públicos”. (Cf. *Ibid.*, p. 132). Ressalte-se que este entorno teórico aparta a noção de serviços públicos das *utilidades públicas* do direito da *common-law*, cuja matriz eminentemente econômica afasta-se do lastro político e de legitimação do poder relacionado com a Escola francesa. (Cf. *Ibid.*, p. 119). Como efeito disso, já que o Estado define o que será ou não serviço público, este “pode adaptar o rol de serviços enquadrados conforme o modelo de atuação na ordem econômica vigente” e “pode facilmente passar de um Estado Social para um Estado Neoliberal, sem que enfrente problemas de legitimação, o que surgiria se o modelo teórico afirmasse a concepção material do serviço público”. (*Ibid.*, p.131).

¹³⁷ DUGUIT, Léon. *Os Elementos do Estado*. Tradução de Eduardo Salgueiro. Lisboa: Editorial Inquérito, 1950, p. 48-49.

conformidade com o Direito -, esta noção de serviços públicos também é limite¹³⁸ para a imposição de força - também intitulada “constrangimento” - dos governantes para com os governados. Trata-se de noção amplíssima de serviço público, comunicante com a evolução de atividades na sociedade e publicizados segundo o interesse coletivo subjacente a ele, englobando serviços de ordem técnica e mesmo de gestão estatal.¹³⁹

Fazendo coro com a época em que surgiu, a *Escola dos Serviços Públicos* reverbera bases filosóficas positivistas,¹⁴⁰ tangenciando proposições da Sociologia e da Teoria Geral do Estado, em conformidade com o contexto histórico e premissas ideológicas advindas da observação objetiva de fatos sociais.¹⁴¹

Interessante notar um elo entre esse primeiro conceito de serviços públicos e uma abordagem do Direito Constitucional.¹⁴² O conjunto de proposições que afirma a construção e consolidação do poder político serviria por fim como fator legitimador do próprio serviço público, eis que se nota uma coincidência dos serviços com as atividades estatais e o poder extroverso. Ainda que seja hoje superado pelas modernas visões do Direito Administrativo, esse destaque reflete uma amplitude simpática aos alicerces do contratualismo e dos pactos de direitos, porque toma a forma de uma “norma geral”, uma “cláusula padrão” da constituição de um Estado, já que todo e qualquer Estado deverá ter explícita suas funções em forma de atividades a serem executadas em atendimento a um bem comum. Assim, ao substituir nos pactos de direitos a ideia núcleo de soberania pela de execução de tarefas e serviços públicos, o elo está formado, ampliando a dimensão do entendimento sobre o que seriam serviços públicos neste contexto histórico.

Esta doutrina aproxima-se de substratos sociológicos num paradigma descritivo da realidade – campo do “ser” e não do “dever ser” - que é eminentemente prescritivo.

¹³⁸ Cf. DUGUIT, Léon. *Os Elementos do Estado*. Tradução de Eduardo Salgueiro. Lisboa: Editorial Inquérito, 1950, p. 11. Além disso, para o autor o Estado seria uma “cooperação de serviços públicos organizados e fiscalizados pelos governantes”. (Cf. *Ibid.*, p. 45).

¹³⁹ Cf. *Ibid.*, p. 58-60.

¹⁴⁰ A Escola Francesa do Serviço Público é contemporânea ao positivismo jurídico, e coincide com este na justificação do Estado Moderno pelo conflito e superação das premissas do Estado Absoluto. (Cf. KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Funções Administrativas do Estado*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). *Tratado de Direito Administrativo – Volume 4*. São Paulo: RT, 2015, p. 37).

¹⁴¹ Neste compasso: “não é a autoridade que determina a desigualdade entre soberano e seus súditos, mas sim a obrigação do Estado [de] prover serviços públicos necessários para a coletividade”, de modo que a “escola do serviço público afasta o direito público das relações desiguais de poder sujeição, e passa a considera-la um conjunto de regras e princípios essenciais para determinar a organização e o funcionamento regular e ininterrupto dos serviços públicos”. (Cf. *Ibid.*, p. 35).

¹⁴² Nesse sentido: “a construção francesa de serviço público está muito ligada à relação entre poder e a utilidade que este poder tem para toda gente. O poder precisa de uma justificativa. O poder político, junto com o monopólio da força, deve ter uma justificativa para seu exercício. Trata-se de um legado do Império romano, com um misto de poder-força e poder-prestação”. (Cf. *Ibid.*, p. 36).

Com isso, afirma *a posteriori* o que é serviço público, díspar de uma vertente normativa que já predefine as atividades merecedoras da alcunha de “serviço público” com base em pressuposições abstratas. Assim, esse escopo de serviços públicos serve mais como norte para a atividade parlamentar, do que como guia para aplicação do direito posto.

Fazem parte desta Escola ainda outras correntes, pertencentes a um mesmo esquadro histórico-político. A conexão do regime de direito público com a noção de serviço público surge apenas com Gaston Jéze, jurista francês que se valeu de uma visão formalista dessa noção exatamente para alinhar este critério aos diques do Direito Administrativo¹⁴³. Daí as outras atividades de interesse geral com regime jurídico de direito privado não mais se configuram serviço público. Por este viés, o olhar jurídico fronteira o conceito, mas com amplitude exacerbada.

Jéze distancia-se da visão de tendência sociológica de Duguit para alcançar uma acepção mais jurídica, ou seja, serviços públicos são determinados pelo conjunto de regras especiais que visam ao funcionamento regular e à satisfação das necessidades fundantes do serviço.¹⁴⁴ Isso poderia ser demonstrado pelo grau de imposição que os particulares sofriam por ordem do serviço, como exorbitância ao direito privado. Este motriz jurídico era determinado pela submissão a um regime de Direito Público, coincidindo estes serviços com a publicização das regras jurídicas em sua inteireza; nesse viés, o conceito de serviços públicos é tudo aquilo que submete uma atividade inteiramente a um regime de direito público.

Maurice Hariou opõe-se aos postulados de Duguit e Jéze na medida em que focava a essência de *serviço* nas potestades públicas que conviessem à atividade, e não a atividade em si.¹⁴⁵ O poder inerente à execução dos serviços era mais relevante para a conceituação de serviços públicos do que a natureza da atividade que redundaria na prestação dos *serviços* – os quais tinham poder de limitar aquele poder. Na sua visão, segmentando “serviço” de “poder” seria possível a realização de um fim coletivo, tendo como caminho o regime de direito público. Esta linha promove um enfoque institucional para os serviços, no papel dos órgãos e entidades públicas para a consecução das atividades. Nesse escopo, a soberania atesta poder jurídico e os serviços públicos são uma

¹⁴³ Cf. KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Funções Administrativas do Estado*. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella (coord.). *Tratado de Direito Administrativo – Volume 4*. São Paulo: RT, 2015, p. 35.

¹⁴⁴ Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 87-89.

¹⁴⁵ Cf. *Ibid.*, 90-92.

das manifestações do poder do Estado, que preexiste o serviço e se vale da soberania para a coesão social. Nesta senda, a faceta prestacional do poder estatal por meio dos serviços públicos depende de um interesse coletivo para legitimar-se.¹⁴⁶ A premência da noção de interesse público ganha então destaque, valorizando-se mais os meios para o estado empreender a atividade. A construção de serviços públicos fez com que o poder de império fosse ressignificado muito mais para a serviência ao dito interesse público do que para a dominação por meio deste.

Essas concepções derivam de uma inicial noção de serviços públicos, tendo em comum três elementos: o prestador como elemento “subjutivo”, o regime jurídico como elemento “formal”, e a atividade em si como elemento “material”. Cada uma das vertentes da primeira onda dos serviços públicos calibra em maior ou menor grau estes elementos, ressaltando um ou outro, com relevo desses enquanto critérios ou elementos estruturantes da noção de serviço público.

A visão específica da Escola do Serviço Público navega neste conjunto de elementos, concatenando uma linha mestra para a categorização técnica daqueles fatos sociais então apreendidos como “serviços públicos”¹⁴⁷. É oportuno atentar para o fato de que somente o Estado prestava as atividades caracterizadas como serviço público, naquela circunstância de tempo e espaço. Este apego a elementos predeterminados empreendeu uma uniformidade merecedora da primeira sistematização científica dos serviços públicos. No entanto, serviu também como estopim da chamada “primeira crise dos serviços públicos”, conforme delineado a seguir.

A sabatina histórica dessa Escola verificou inconsistências destes modelos pré-concebidos, nos quais não havia solução lógica para os serviços públicos prestados por particulares, frente aos modelos e desenhos propostos. Desta feita, criou-se combustível para uma crise do conceito de serviço público.

Importante notar que a mutabilidade do conceito de serviços públicos propicia um *estado constante de crise*, já que as circunstâncias fáticas denotam sua permanência assim como sua transformação.

¹⁴⁶ Cf. KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Funções Administrativas do Estado*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). *Tratado de Direito Administrativo – Volume 4*. São Paulo: RT, 2015, p. 38.

¹⁴⁷ Cf. GROTTI, Dinorá Adelaide. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 43-46.

Surge então a crise com a verificação de fenômenos merecedores da alcunha de “serviço público”, sem que dependessem de um ou mais daqueles critérios consagrados pela Escola Francesa.¹⁴⁸ Como resultado, criou-se um curto-circuito na conceituação técnica da noção de serviços públicos, com a abertura de nova rodada de hipóteses tendentes a tornar precisa uma definição jurídica de serviços públicos, inclusive em face de novos fatos sociais. A noção de serviço público foi colocada em xeque em face de um possível pareamento com outras ações administrativas, o que ocasionaria uma ruptura desta noção jurídica ao interagir no sistema jurídico.¹⁴⁹

Essa primeira crise teve também como pano de fundo¹⁵⁰ a expansão do Estado nas atividades econômicas através do incremento na regulação de atividades privadas, assim como o aumento da participação direta do Estado na economia pelos serviços industriais e comerciais, relativizando a própria noção de *interesse público* como pressuposto ou condição de realização do serviço público, eis que se torna a razão jurídica que o justifica e o alimenta.^{151 152}

¹⁴⁸ Cf. GROTTI, Dinorá Adelaide. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 53-61.

¹⁴⁹ Há uma abertura para outras possibilidades de prestação estatal que não sejam feitas por meio dos serviços públicos, com fenômenos sucedâneos aos serviços públicos, o que cria a ruptura da centralidade deste conceito na estruturação conceitual do direito administrativo. (Cf. PEREIRA, Marcelo. *O serviço público na atualidade*, 1993, 160 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1993.p. 28-31).

¹⁵⁰ Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 241.

¹⁵¹ Importante ressaltar que *interesse público* é um conceito largamente difundido nas áreas de direito público, para descrever abstrações inerentes à supremacia do poder público ou ao poder de império do Estado. O interesse público – segundo sua terminologia e sua construção dogmática - verbaliza o cumprimento dos pactos de direitos pelos governos, assim como qualifica os interesses coletivos e indica governabilidade. Nos assuntos de direito público, há sempre a variável dos interesses públicos, presente em diferentes graus. É um conceito jurídico indeterminado afeto às discussões administrativistas, e comunicante das discussões que envolvem direito e política, pelo escopo da visão de supremacia do Estado. Pode ter a forma de antecedente estruturante (“pressuposto”) ou requisito acidental (“condição”), seja do ato administrativo, seja da política pública que enforme algum serviço público correlato. Em geral, *interesse público* é tratado mais como um fator de imperatividade estatal geral do que como um conceito casuístico, porque está presente nas duas facetas do regime jurídico-administrativo – a supremacia e a indisponibilidade do interesse público. Esta ideia de regime jurídico-administrativo fincou a autonomia do Direito Administrativo brasileiro, e por repetidas vezes estabeleceu-se como verdadeiro dogma “metafísico” da atuação administrativa impositiva, favorecido muitas vezes pela indeterminabilidade de seu conteúdo. *Interesse público* não chega a ser realmente um fundamento etiológico do serviço público, mas a proximidade entre ambos os conceitos os torna reagentes aos mesmos fatores. Desta feita, uma releitura da noção de interesse público frente às premissas neoconstitucionais, ou mesmo a ruptura de sua visão binária (“interesses públicos versus interesses privados”), promove a releitura de *serviços públicos*.

¹⁵² O interesse público vem sendo entendido sob um ângulo multifocal e plural, que coloca em xeque o monopólio dos agentes públicos para atribuir uma feição pública a interesses gerais, eis que não há que se confundir a prerrogativa de consecução do interesse público com a exclusividade da sua qualificação, sob pena do Estado ser o único gestor de interesses públicos e flertar-se com um absolutismo do Estado dizer o que é ou não merecedor da alcunha de interesse público. (Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Ninguém é dono do interesse público*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-05/estado-direito-ninguem-dono-interesse-publico>. Acesso em 12/01/2019).

Assim como essa janela valorativa é estabelecida, também se verifica uma influência sistêmica dos baluartes constitucionais no Direito Administrativo.

2.1.1 – A Constitucionalização do Direito Administrativo

O Direito Administrativo também sofre os efeitos da tendência neoconstitucionalista e pós-positivista, sob a égide de uma releitura e uma reavaliação dialética dos fundamentos administrativistas em face de novos valores jurídico-constitucionais, e de uma nova realidade política - tanto mais sobre um dos seus critérios, os serviços públicos.¹⁵³

Nessa guinada teórica, ganha destaque o perfil humanista que a Constituição impõe por meio do meta-princípio da dignidade da pessoa humana. Este tem um alcance estrondoso pelo lastro axiológico e constitucional a que está conjugado, já que “agrega em torno de si a unanimidade dos demais direitos e garantias fundamentais do homem”¹⁵⁴. A categoria alçada por este princípio tinge-o como valor supremo da Constituição, irradiando a proteção aos direitos fundamentais como imperativo do Estado Brasileiro.¹⁵⁵ Por estes arranjos o Estado cumpre assim programa normativo constitucional, voltado à satisfação de direitos fundamentais,¹⁵⁶ pela própria ideia de uma Constituição Dirigente.¹⁵⁷

O Direito Administrativo se firma então como um dos instrumentos estatais para realização dos direitos fundamentais, principalmente carreado pela nova postura da Administração Pública reativa às inflexões dos administrados – usuários de serviço público ou sociedade civil organizada em contratação com o poder público. Em grande medida é superado o tratamento do indivíduo como mero súdito da Administração, cedendo espaço

¹⁵³ Cf. KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Funções Administrativas do Estado*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). *Tratado de Direito Administrativo – Volume 4*. São Paulo: RT, p. 96.

¹⁵⁴ Cf. BULOS, Uadi Lamêgo. *Constituição Federal Anotada*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 83.

¹⁵⁵ Com a reaproximação entre ética e direito, a fundamentação moral dos direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana na centralidade do ordenamento jurídico, os postulados do Direito Administrativo são desconstruídos cedendo espaço para a democracia sobre o autoritarismo, para a juridicidade sobre a legalidade, para os princípios sobre a discricionariedade, dentre outros. (Cf. BINENBOJM, Gustavo. *Temas de Direito Administrativo e Constitucional – artigos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 45-60). Também: Cf. CAMPOS, Luiza Ferreira, JUST, Gustavo. *Transformação do discurso administrativista: a assimilação das formas argumentativas “pós-positivistas” e as tentativas de redefinição de institutos-chave do direito administrativo*. In: MARRARA, Thiago (org.) *Direito Administrativo: transformações e tendências*. São Paulo: Almedina, 2014, p. 89-122.

¹⁵⁶ Cf. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988. Em conformidade aos fundamentos (Art. 1º, III e IV), e objetivos (Art. 3º, I e II) do Estado Brasileiro na CF/88.

¹⁵⁷ Para descrição e atualidade deste conceito, vide EROS GRAU. Cf. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018. 349-362.

para a figura do cidadão dotado de direitos; como consequência direta, surge uma ideia de democracia administrativa, em que o caráter democrático do Estado influi também sobre o modo de atuação da Administração Pública.¹⁵⁸

Ressalte-se, no entanto, a existência de limites materiais para a afirmação dos serviços públicos como conformadores dos direitos fundamentais, o que não limita o campo do serviço público ao mero cumprimento dos direitos fundamentais. Eis que existe um fator que legitima sua prestação e o exclui da órbita de prestação pelos atores privados:

Sempre que a atividade objeto do serviço corresponder (i) ao cumprimento de um dever ligado a um direito fundamental definitivo, (ii) ao desenvolvimento de prestações vinculadas a um direito fundamental a priori, ainda que não exigível como direito fundamental definitivo, ou (iii) a valores relevantes protegidos por outras normas constitucionais, inclusive aquelas cuja natureza programática exclua a caracterização de direitos subjetivos a prestações estatais. No primeiro caso, a prestação é exigível com base diretamente na Constituição, a partir de um direito fundamental; nos outros dois, a configuração do direito ao serviço é dada pelo desenvolvimento legislativo, democrático, dos valores constitucionais.¹⁵⁹

Dentro deste vasto campo, em atenção à diluição da verticalização estatal, ao colaborativismo e à poliformização dos centros de poder, surge um Direito Administrativo mais consensual, que embasa seus postulados numa maior participação do administrado nas decisões e processos da Administração, convertendo-se numa democracia administrativa tipificada na valorização dos direitos fundamentais, a partir dos quais incide a indisponibilidade do interesse público¹⁶⁰.

O particular passa a assumir um papel colaborativo, enquanto o Estado passa a promotor e fomentador de atividades de interesse coletivo. Um feixe multifocal para a função da Administração Pública e do papel das instituições fez frente às demandas do Estado Democrático de Direito, por meio do qual as reivindicações sociais e novas necessidades coletivas advindas dos avanços tecnológicos – principalmente das novas

¹⁵⁸ Esse sintoma decorre das transformações da sociedade de informação e da superação de um modelo administrativo rigidamente hierarquizado, que dá lugar para uma postura “mais reflexiva da burocracia, também no sentido de menos autoritária, isto é, mais dialogada ou consensual”. (Cf. NOHARA, Irene Patrícia. *Burocracia Reflexiva*. In: MARRARA, Thiago (org.). *Direito Administrativo: transformações e tendências*. São Paulo: Almedina, 2014, p. 352). Também: Cf. SILVA, Almiro do Couto e. *Os Indivíduos e o Estado na Realização de Tarefas Públicas*. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de, NOHARA, Irene Patrícia, MARRARA, Thiago (orgs). *Direito e Administração Pública: Estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 428-430.

¹⁵⁹ Cf. PEREIRA, César A. Guimarães. *Usuários de Serviços Públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 294-295.

¹⁶⁰ Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, 10ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 159, 163, 754.

formas de comunicação e da informação em massa – são foco de agendas de governo e pauta para políticas públicas.

Isso deriva de visões sobre o papel dirigente das constituições e de uma ressignificação do papel do Estado na Economia, sem contar a missão de um Estado Pós-Social no qual a consolidação, proteção e defesa de direitos fundamentais é prioridade máxima dos governos.¹⁶¹ Naturalmente, os serviços públicos são influenciados por este movimento, tendo a sua noção recalibrada em reação à atuação e função do estado contemporâneo, pós-moderno e economicamente neoliberal.

Como consequência dessa transmutação do Direito Administrativo, os direitos fundamentais ditam os arranjos com que os instrumentos da Administração Pública serão veiculados e o modo como a Administração validará a sua atuação,¹⁶² resultando na desconstrução de temas como interesse público, supremacia estatal, poder de polícia, atos administrativos, serviços públicos etc.

Num desses feixes se encontra a chamada “nova crise do serviço público”, delineada pela superação da noção tradicional de serviço público em face de alterações nas condições sociais do Estado Pós-Moderno, com reflexos no tema da exclusividade da prestação e da possível coincidência entre serviço e função estatal.¹⁶³

É possível identificar assim uma segunda grande onda da noção de serviços públicos como fruto dessas novas funções assumidas pelo Estado e pelas novas formas de participação do particular na gestão dos bens e interesses públicos, corolários de premissas de raízes neoconstitucionais e pós-positivistas de Estado.¹⁶⁴

¹⁵⁸ Cf. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 185-187, 339-342.

¹⁶² Pode-se ter como exemplo disso o elenco de direitos fundamentais do Art. 5º e consentâneos como mandamento de efetivação ou programação da atividade estatal, assim como os princípios constitucionais em especial aqueles constantes do Art. 37 da CF/88, como seus vetores de atuação.

¹⁶³ Cf. GROTTI, Dinorá Adelaide. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 63-69.

¹⁶⁴ Nesse sentido: “a segunda crise do serviço público se origina a partir da ampliação dos campos de atuação estatal, que acarreta na crise epistemológica associada ao vetor econômico e ideológico de redução da atividade estatal (retomada da força privada e dos agentes econômicos). Esta segunda crise (anos 80 e 90) é de maior coerência e maior restrição (...) Basicamente funciona assim: quando o conceito se expande ele perde a coerência. Consequentemente, com o movimento e a pressão dos agentes econômicos, que buscam uma nova coerência e maior restrição do conceito de serviço público”. E também: “ganha ênfase o princípio da subsidiariedade, a partir do qual o Estado passa da posição de provedor direto das necessidades coletivas para a posição de regulador da ordem econômica”. (Cf. KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Funções Administrativas do Estado*. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella (coord.). *Tratado de Direito Administrativo – Volume 4*. São Paulo: RT, p. 55-56).

São identificados como motes para a segunda crise o “avanço da esfera pública sobre a privada”, que “se consubstancia em um aumento da atuação da iniciativa privada na economia, com a devolução ao mercado de uma série de atividades que dele foram retiradas”¹⁶⁵ ao longo do Século XX. A crise é instalada então pelo enorme alargamento do rol de serviços públicos, assim como pela desqualificação destes serviços das atividades prementes à coesão social como sintoma da diminuição do Estado Social.

Como efeito, rompe-se a dependência do elemento subjetivo, eis que particulares podem vir a protagonizar serviços públicos – concedidos ou permitidos, ou ainda sob a roupagem de parcerias ou modos colaborativos. Do mesmo modo, há a quebra do dogma de atividade coletiva, uma vez que há serviços públicos prestados como apoio ou meio para as demais utilidades da própria Administração Pública. Exsurge então uma ruptura com a noção clássica de serviços públicos, e instala-se definitivamente a segunda crise dos serviços públicos.

Essa nova crise é identificada pela quebra dos critérios material – *operatividade da sua prestação* -, subjetivo ou institucional – *sua especificidade dentro das demais funções administrativas* -, e dogmático – *repercussão da sua viabilidade autônoma conceitual*. A crise dos serviços públicos então “se origina do abuso da categoria ou por passar o Estado a [ser] protagonista de atividades empresariais não essenciais, mas precisamente do contrário”¹⁶⁶.

Em decorrência, uma classificação unidirecional voltada tão somente para os quesitos de titularidade ou regime jurídico da atividade desempenhada vai de encontro ao movimento de desconstrução dos dogmas do Direito Administrativo proposto pela doutrina moderna, contanto que lidos sob a “referibilidade do serviço à realização do interesse público na afirmação da supremacia do princípio da dignidade da pessoa humana”¹⁶⁷.

Por outro lado, o tema dos serviços públicos já não encontra guarida numa simples dicotomia entre serviços públicos e atuação econômica,¹⁶⁸ justamente pela leitura

¹⁶⁵ Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, SP, p. 243.

¹⁶⁶ Cf. GROTTI, Dinorá Adelaide. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 72.

¹⁶⁷ Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Conceito de interesse público e a personalização do Direito Administrativo*. Revista Trimestral de Direito Público 26, São Paulo, 1999, p. 115-136.

¹⁶⁸ Conforme os postulados de Eros Roberto Grau, o serviço público é espécie do gênero atividade econômica em sentido amplo, voltada à satisfação de necessidades abarcadas ou geridas pelo Poder Público, ou mesmo desenvolvidas por este, correspondendo sempre à realidade social que determina a atuação pública. (Cf. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 97-99, 104-105).

que se faz dos princípios da Ordem Econômica em cotejo com os princípios constitucionais administrativos. A constitucionalização da Ordem Econômica resultou na distinção entre os conceitos de serviços públicos e atividade econômica, já que no domínio econômico esta última os absorve criando a categoria das atividades econômicas propriamente ditas, em contraposição aos serviços públicos.¹⁶⁹

Os serviços públicos se apresentam mais como uma dimensão da atuação do Estado, ao lado de outros institutos e regimes como a regulamentação da Administração Pública, a consecução de atividades de utilidade coletiva e a intervenção econômica na sociedade. Inclusive, a titularidade estatal não redundaria necessariamente na timbragem de serviço público, já que há serviços não privativos, caracterizados em função da relevância da prestação, assim como, em sentido contrário, atividades essencialmente econômicas realizadas pelo Estado por exploração direta podem não conter o timbre de serviço público.¹⁷⁰ A subdivisão de atividade econômica em sentido amplo segue as prescrições constitucionais e o seu conteúdo, ou seja, a atuação do Estado na atividade econômica em sentido estrito ocorre pela competição (art. 173) ou pelo monopólio (art. 177); noutro braço, os serviços públicos agem em outra esfera da atividade econômica ampla (art. 175), e noutra, ainda encontra-se o patamar de planejamento e regulação da atividade econômica privada (art. 174).

Sendo assim, o Estado atua na Economia participando ou intervindo: “participação” redundaria na atuação do Estado enquanto agente econômico e implica na exploração direta de atividade econômica por meio da absorção – instrumentalizado pelo monopólio – ou por meio do regime de competição - cujos instrumentos são a criação ou regulamentação de empresas estatais e o alargamento da contratação de atividades (com

¹⁶⁹ FERNANDO HELLEN AGUILLAR desmistifica o critério da essencialidade da atividade para a qualificação entre serviço público e atividade econômica propriamente dita - em sentido estrito. Os critérios são jurídico-positivos, dependentes de uma previsão constitucional e de uma convenção política, relegando ou não à atividade a qualidade de serviço público. Pode-se referir ao critério da essencialidade a assunção de certas atividades públicas sob o sentido amplo de serviços públicos, ou *utilidades públicas*, ou mesmo uma visão ampla do rol de atividades econômicas prestadas pelo Estado, variável segundo a doutrina e o autor. O autor reafirma a *acepção constitucional* dos serviços públicos ao largo de *conexões jurídicas* que ligam as necessidades da sociedade com os serviços públicos, as quais podem servir tão somente de ensejo político ou ideológico para a positivação de atividades como serviços públicos. Critica-se o critério da essencialidade na definição das atividades como serviços públicos justamente porque um rol fixo e essencial conduziria à intolerância porque diferentes visões quanto ao conteúdo do objeto em discussão tornam-se falsas pela própria metodologia absoluta de um critério tido como essencial. Esse engessamento não coaduna com a válvula mestra dos serviços públicos, primordialmente variável segundo a cultura e os influxos históricos, que não acompanha as *necessidades cognitivas* do tempo atual. (Cf. AGUILLAR, Fernando Hellen. *Controle Social de Serviços Públicos*. São Paulo Max Limonad, 1999, p. 144-149, 160-162).

¹⁷⁰ Cf. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 118-121).

entidades particulares ou do chamado terceiro setor).¹⁷¹ Já a “intervenção” implica na regulação das atividades privadas por meios das atividades de indução ou direção e os instrumentos derivados como planejamento, fomento ou incentivo. Isso abarca outros valores em destaque, como a livre concorrência e a proteção de mercado, os quais abraçam os serviços públicos com a conjugação de arranjos jurídicos¹⁷² nos institutos da regulação¹⁷³ e da contratualização¹⁷⁴ dos bens públicos, sob novos mecanismos ou nova regulamentação daqueles existentes.¹⁷⁵

Como produto desta segunda crise da noção de serviços públicos, verifica-se uma gradação da *publicatio* em razão do grau de regulação incidente sobre as atividades, e da fragmentação das atividades sujeitas a regime de *serviço público*. Sumarizando essa vertente: “se na primeira crise tínhamos uma fuga para o Direito Privado, na segunda vamos ter um recuo do Direito Público substituído por instrumentos de regulação e disciplina da atividade privada”¹⁷⁶. Como efeito desse longo caminhar, propiciou-se uma multidão de conceitos.

¹⁷¹ Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 818-825.

¹⁷² Trata-se da difusão e alargamento das hipóteses de o poder público contratar serviços para consecução de seus interesses, como evolução dos mecanismos e do papel do Direito Administrativo. (Cf. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contratos Administrativos*. In: JABUR, Gilberto Haddad; PEREIRA JUNIOR, Antônio Jorge (coord.). *Direito dos Contratos II*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 194-195).

¹⁷³ Importante notar que o paradigma da regulação de serviços envolve uma atuação robusta do Estado como coadjuvante do desenvolvimento, mas não como protagonista. Nesse sentido, a amplitude da regulação permite ao estado propiciar melhores condições de atuação aos atores sociais, vez que a intervenção na economia por um modelo neoliberal demanda fomento e facilitação da atividade empresarial, além da criação e manutenção de infraestruturas necessárias para a indução de mais atividades ao regime privado através de instrumentos da contratualização, privatização e despublicização. (Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 51-52).

¹⁷⁴ Entende-se por contratualização o conceito que reúne diversas formas de ajuste plurilateral entre entes da Administração ou entre esses e os particulares, com caráter colaborativo, sob um norte consensual como alternativa para atos de império e atos unilaterais de vontade do poder público. É um movimento decorrente das mudanças de paradigma do Direito Administrativo em função de novos valores e posturas sobre o interesse público e institutos decorrentes. (Cf. MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003, p. 213).

¹⁷⁵ Pode-se citar aqui os sucedâneos do modelo de concessões de serviço público tais como a permissão, autorização, arrendamento, franquia, credenciamento, ou mesmo consecutivos do programa de Reforma do Estado e das privatizações. Por exemplo, as Parcerias Público-Privadas, os Contratos de Gestão e Termo de Parceria, e os Convênios e Consórcios Públicos.

¹⁷⁶ Cf. KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Funções Administrativas do Estado*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). *Tratado de Direito Administrativo – Volume 4*. São Paulo: RT, p. 57. Para conferir a abrangência do tema “fuga para o direito privado”, também: Cf. SILVA, Almiro do Couto e. *Os Indivíduos e o Estado na Realização de Tarefas Públicas*. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de, NOHARA, Irene Patrícia, MARRARA, Thiago (orgs). *Direito e Administração Pública: Estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 421-423.

2.1.2 – Amplitude conceitual de Serviços Públicos

Preliminarmente, há distinções fáticas a se fazer neste ponto. Ainda que prestados para atividades de interesse geral e correspondam a interesses públicos, há situações que podem não reverberar verdadeiro serviço público num sentido técnico, já que o adjetivo “público” por si só não é suficiente para enquadrá-lo nesta categoria.¹⁷⁷ Omissis regime jurídico público (ou majoritariamente público) não é possível falar-se em serviço público propriamente dito, já que não estão presentes todos os requisitos para esta caracterização. No entanto, há situações limítrofes que indicam atividades similares a serviços públicos prestadas por particulares em parceria com o poder público e sob alinhamento de metas e programas de interesse coletivo, sob a contratualização de disposições e da regulação como paradigma de controle da atividade pública.

Superado este ponto, pode-se classificar os serviços públicos em sentido amplo ou restrito. Estes últimos estão circunscritos ao objeto do Direito Administrativo, enquanto que o sentido amplo admite quaisquer atividades administrativas dos três poderes, em caráter não técnico, “não sujeito aos preceitos norteadores da atividade tecnicamente caracterizada como serviço público”, o qual vem a ser exclusivamente a “atividade realizada no âmbito das atribuições da Administração, inserida no Executivo”, de “natureza prestacional, em que o poder público propicia algo necessário à vida coletiva”¹⁷⁸.

Por via de consequência, estando adstrito aos baluartes do Direito Administrativo, o Serviço Público *stricto sensu* é configurado e delimitado pelos princípios, agentes, atos e contratos administrativos, o que, longe de ser uma vã ordem consecutiva, implica numa evolução concomitante com os fundamentos do Direito Administrativo em si.

Há a abordagem a partir da natureza ou essência da atividade em que está inserto. Sendo assim, as atividades públicas alimentantes dos serviços e o seu vínculo reativo às necessidades ou interesses particulares sobrelevados por um interesse público gera uma múltipla terminologia sobre o tipo de interesse envolvido. Daí que os serviços podem ser descritos como “gerais” na medida em que representem “uma soma relevante de interesses individuais conformes”; “coletivos” na medida em que espelhem “uma demanda universal aferida por uma enormidade de indivíduos”; “públicos” na medida em que

¹⁷⁷ Cf. TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Brasileiro Concretizado: Hard Cases e soluções juridicamente adequadas*. São Paulo: Método, 2006, p. 608-610.

¹⁷⁸ Cf. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, 16ª ed., São Paulo: RT, 2012, p. 347. A autora inclusive destaca o fato de que as atividades-meio como arrecadação de tributos ou aquelas passíveis de terceirização não se incluem numa conceituação técnica de serviço público.

coloquem em prática “potestades públicas de relevo realizadas pelo poder público ou por particulares investidos em função pública”; e “de utilidade pública”, na medida em que representem “serviço existencial para a sociedade – considerando-se existencial como aquilo que se torne essencial ao indivíduo a favor da coletividade ou desta por si mesma”¹⁷⁹.

Outra vertente¹⁸⁰ que descreve o grau de usufruto da atividade pode ser colocada como fator de discrimen para os serviços públicos: estes seriam apenas as atividades tendentes a suprir necessidades de cidadãos individualmente considerados – os chamados serviços *uti singuli*. Somente para esses, resta configurada uma relação jurídica concreta, cujo objeto seja a atividade administrativa veiculadora do serviço. As demais atividades – *uti universi* – não distinguiriam a utilidade prestada a cada indivíduo e por isso não seriam serviços públicos num sentido técnico, estando mais próximas de um qualitativo de soberania – funções próprias e exclusivas do Estado. Importante mencionar a previsão no Código Tributário Nacional¹⁸¹, no qual o regime jurídico das taxas descreve esses tipos de serviço, culminando na bipartição entre serviços *uti universi* e *uti singuli*.¹⁸²

Outro enfoque envia os serviços pela leitura que se faz da missão do Estado e da concepção sobre os seus órgãos e estruturas.¹⁸³ Daí os serviços são públicos na medida em que seguem preceitos dialéticos e sociológicos, concretizando mais uma razão histórico-política do que uma racionalidade jurídica.

O Direito Comunitário Europeu destaca uma classificação especial para as atividades afetas ao poder público. As atividades prestacionais a cargo do Estado são analisadas de forma diferenciada, e disposição de serviços de interesse econômico geral

¹⁷⁹ Conforme classificação exposta por DINORÁ GROTTI. Cf. GROTTI, Dinorá Adelaide. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 44-46.

¹⁸⁰ Cf. *Ibid.*, p. 108-111.

¹⁸¹ Lei nº 5.172/66 (Código Tributário Nacional):

Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

(...)

Art. 79. Os serviços públicos a que se refere o artigo 77 consideram-se:

I - utilizados pelo contribuinte:

a) efetivamente, quando por ele usufruídos a qualquer título;

b) potencialmente, quando, sendo de utilização compulsória, sejam postos à sua disposição mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento;

II - específicos, quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de utilidade, ou de necessidades públicas;

III - divisíveis, quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários.

¹⁸² Cf. GROTTI, Dinorá Adelaide, *op. cit.*, p. 110.

¹⁸³ Cf. *Ibid.*, p. 87-88.

são valores comuns da União Europeia, alçados à categoria de princípios vitais para a coesão social e territorial.¹⁸⁴ Para os serviços de grande interesse econômico, naturalmente distantes da noção tradicional de serviços públicos, houve a incidência do paradigma regulatório sujeitando-se às normas de concorrência. A exclusividade na prestação dessas pelo Estado é questionada em face do paradigma de concorrência, criando-se um meio-termo entre as *public utilities* e o sistema francês de raiz jurídica romano-germânica.¹⁸⁵ Dessa forma, constam os serviços de interesse geral (para atividades de fins lucrativos ou não sujeitas a regime jurídico de serviço público) e os serviços de interesse econômico geral (para serviços de mercado sujeitos a obrigações de serviço público).¹⁸⁶ Esta segunda modalidade caracteriza-se por: quebrar o dogma da exclusividade na prestação de serviço público; relativizar a outorga estatal como condição de acesso à prestação do serviço; relativizar o limite temporal para exploração do serviço; desagregação na cadeia de prestação de atividades; precificação tarifária variável.¹⁸⁷ Nesse esquadro, serviços públicos correspondem a uma parte destas atividades de relevância coletiva, premente de interação com o vetor da concorrência do mercado comum europeu, não sendo então sua denominação essencial para a realidade comunitária – apenas pontual – ao lado de conceitos pares que reflitam a realidade prestacional pública de cada país, e em especial a afetação do conceito de serviços públicos aos países de raiz jurídica romano-germânica.

Especialmente sobre o critério orgânico, serviços públicos podem também ser classificados tanto no singular, como algum órgão da *Administração em atuação*, quanto no plural, como a pluralidade de órgãos ou *conjunto afeto ao aparelho administrativo*.¹⁸⁸

No que se refere ao grau de relevância pública da atividade, há uma classificação¹⁸⁹ que antagoniza serviço público com atividades privadas regulamentadas.

¹⁸⁴ O tratado que institui a União Europeia (Tratado de Maastricht) prevê no seu Art. 16º: “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, zelam por que esses serviços funcionem com base em princípios e em condições que lhes permitam cumprir as suas missões”. (Cf. UNIÃO EUROPEIA. *Versões Compiladas do Tratado da União Européia e do Tratado que institui a Comunidade Europeia* (2002). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12002M/TXT&from=PT>. Acesso em 02/12/2019).

¹⁸⁵ Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 109. Para maior aprofundamento das *public utilities*, ver Nota 195.

¹⁸⁶ Cf. GROTTI, Dinorá Adelaide. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 80.

¹⁸⁷ Cf. KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Funções Administrativas do Estado*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). *Tratado de Direito Administrativo – Volume 4*. São Paulo: RT, p. 75-76.

¹⁸⁸ Cf. GROTTI, Dinorá Adelaide, op. cit., p. 70.

¹⁸⁹ Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de, op. cit., p. 192-197.

Estas são as atividades privadas que envolvem uma comodidade para a população e podem gerar assimetrias informativas, de modo que exigem autorização prévia do poder público e regulação setorial. Por conterem relevância pública, muitas vezes são chamados serviços de “utilidade pública”, e representam um degrau abaixo da pujança inerente aos serviços públicos propriamente ditos, no entanto, não são alheios a controle – como seria uma atividade puramente privada – sendo revestido de uma proteção especial à livre iniciativa.

Serviço público também pode ser relacionado com obra pública,¹⁹⁰ ainda que ambos tenham diferenças estruturais: *obra* é aquilo que o *serviço* produz, como seu suporte ou corpo, tendo como pressuposto operação intelectual humana com vistas à concreção dos objetivos públicos. Diversifica-se do serviço em si, que se coloca como seu gênero.

Essa pluralidade de sentidos prova a amplitude com que o tema serviços públicos é entendido. Ainda assim, resta limitar seu significado para o objeto desta pesquisa, aquilo que condiz com os temas do constitucionalismo e da governabilidade. Para isto, será delineado um conceito constitucional de serviços públicos frente aos pressupostos já traçados, não antes de caminhar pelos reflexos no Brasil da trajetória evolutiva já descrita.

2.2 – EVOLUÇÃO CONCEITUAL NO BRASIL

O Brasil apresenta um desenvolvimento peculiar do tema, com algumas especificidades que valem ser analisadas.

2.2.1 – Breve Histórico

No Brasil, espelhou-se¹⁹¹ esta trajetória num primeiro momento com a prestação direta e exclusiva das atividades por órgãos do Estado,¹⁹² seguida de uma onda de descentralização estatal com o aumento do número de concessões e da criação de pessoas jurídicas estatais, até que eclodiu num esforço de privatizações fruto da Reforma Administrativa e da introdução dos paradigmas regulatórios na gestão pública.

¹⁹⁰ Cf. CRETELLA JUNIOR, José. *Dos Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 80.

¹⁹¹ Cf. GROTTI, Dinorá Adelaide. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 156-157.

¹⁹² Fenômeno explicado em grande parte pela industrialização e urbanização progressivas e aceleradas dos governos que se seguiram à Nova República, o que foi sucedido pela gradual transferência da execução aos agentes privados. (Cf. AGUILLAR, Fernando Hellen. *Controle Social de Serviços Públicos*. São Paulo Max Limonad, 1999, p. 108-109).

Pontualmente, pode-se nominar a Constituição de 1891 como a primeira que trouxe efetivamente referências a serviços públicos através das atividades de navegação, correios, telégrafos, rede ferroviária dentre outras, relegados então à titularidade exclusiva do Estado. A Constituição de 1934 avançou com o tratamento jurídico aos serviços, inclusive trazendo previsões de concessões de serviços. Já a de 1937 seguiu sua tendência estadista e avançou nas previsões e regulamentações dos serviços. A Constituição de 1946 manteve prescrições similares à de 1934 inaugurando a previsão da prestação de serviços diretamente ou por concessão ou permissão. A Constituição de 1967 inova na previsão de taxas remuneratórias de serviços e de monopólios estatais. Já a Constituição de 1988 culmina na evolução das constituições anteriores, avançando e diversificando os temas correlatos a serviços públicos, conforme será demonstrando adiante.¹⁹³

No decorrer deste período, o Brasil esteve algum tempo ligado ao liberalismo clássico com ênfase na diversificação de infraestruturas com vistas à estatização e ao intervencionismo presentes no período do Estado Novo.¹⁹⁴ Verificou-se grande influência da doutrina norte-americana das *public utilities*¹⁹⁵, adaptada segundo as necessidades de industrialização surgidas desde a Era Vargas até o período do regime militar a partir de 1964¹⁹⁶. Com a caducidade deste movimento, avançou-se rumo à desestatização, devido ao modelo adotado ter se tornado rarefeito.¹⁹⁷ Recentemente, houve uma guinada social com a redemocratização derivada da CF/88 que surtiu efeitos também nos serviços públicos.

¹⁹³ Cf. KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Funções Administrativas do Estado*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). *Tratado de Direito Administrativo – Volume 4*. São Paulo: RT, p. 89-91.

¹⁹⁴ Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 62-70.

¹⁹⁵ As *public utilities* representam a vertente dos sistemas jurídicos da *common-law* com raiz diversa da francesa, baseada na ideia de auto-organização social e de uma visão de Estado não totalitário, o qual mimetizou uma concepção endêmica das atividades prestadas pelo Estado. A vivência de uma autorregulação e da prevalência do mercado enformam a noção de *public utilities*. É relevante para esta ideia o conceito de interesse público com amplitude superior à soma dos interesses comuns individuais, imbuído de fatores circunstanciais e fáticos, os quais alçam atividades privadas a uma atenção estatal motivado pelo seu potencial de reagir a demandas sociais coletivas. (Cf. *Ibid.*, p. 100). Além disso, a não demarcação rígida entre o direito público e privado na realidade do direito da *common-law* denota a falta da existência de um regime jurídico especial e exorbitante para os serviços públicos, redundando no rompimento de discriminações a favor da pessoa pública e na igualdade de tratamento econômico em alinhamento ao ideal de liberdade que rege a iniciativa destes países. (Cf. KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, op. cit., p. 41-43).

¹⁹⁶ Para um panorama das condicionantes histórico-econômicas do período, Cf. AGUILLAR, Fernando Hellen. *Controle Social de Serviços Públicos*. São Paulo Max Limonad, 1999, p. 191-209.

¹⁹⁷ Esmiuchando esta ideia: “No Brasil, o esgotamento do modelo de intervenção direta na economia e de prestação de serviços públicos pelo próprio Estado, após ter propiciado um desenvolvimento satisfatório para o país na década de 30 a 70, foi agravado por dois fatores: a compressão dos preços e tarifas cobrados das empresas públicas e sociedades de economia mista (...) e a utilização dessas empresas para efetuar operações de financiamento quando a capacidade de endividamento da própria União já estava se esgotando”. (Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de, op. cit., p. 71).

Como conceito jurídico, a construção doutrinária para a noção de serviços públicos valeu-se de influência francesa para suas ideias-chave, em torno do regime jurídico administrativo próprio e da exclusividade do Estado na prestação dos serviços. A partir dos anos 1940, estas ideias ganham força e consolida-se uma noção brasileira de serviços públicos,¹⁹⁸ ao lado de outros critérios administrativistas pares como as concessões de serviços e poder de polícia, flertando-se sobre o tema de regulação, principalmente pela ideia de utilidade pública.¹⁹⁹

Pode-se afirmar que a trajetória brasileira quanto aos serviços públicos foi oblíqua, constatando curvas e ambivalências, de modo que o enredo evolutivo foi similar, mas temperado com peculiaridades e assombros técnico-jurídicos. Para isso, há o alerta da condição periférica do Brasil e a identidade própria que ela infere.²⁰⁰

Nesse ínterim, o Estado assumia novos encargos em decorrência da pressão da sociedade por maior subvenção de serviços sociais e econômicos, maximizando-se a oferta de serviços e os mecanismos jurídicos aptos a regulamentá-los ou controlá-los: é promulgada a CF/88.²⁰¹

2.2.2 – Os serviços públicos na Constituição Federal de 1988

O objetivo deste tópico é a apreciação dos diversos conceitos de *serviço público* existentes e presentes nos dispositivos da Constituição. A importância desta apreciação reside na inferência constitucional das atividades elevadas para a categoria de

¹⁹⁸ Imprescindível destacar a construção teórica pioneira que alia o conceito jurídico das autarquias com a organização da Administração Pública, adequada às necessidades dos serviços que venha a executar, como maneira da necessidade do serviço influir diretamente nas demandas de descentralização administrativa. A configuração das autarquias relaciona-se com a personalização do serviço que ela executa, de modo que a comunicação entre os dois temas é natural, e a acepção de serviço público torna-se ponto central do conceito de autarquias, ainda que não seja essencialmente sua condicionante ou estruturante. (Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Natureza e regime jurídico das Autarquias*. São Paulo: RT, 1968, p. 131-136, 173-176). Importante observar também o panorama de conceituações dos autores contemporâneos a esta ideia, relacionada com os aspectos inerentes aos serviços públicos. (Cf. *Ibid.*, p. 151-160).

¹⁹⁹ Cf. KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Funções Administrativas do Estado*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). *Tratado de Direito Administrativo – Volume 4*. São Paulo: RT, p. 48-52.

²⁰⁰ Há vezes que sintetizam com brilhantismo a peculiaridade político social brasileira na exacerbada dependência teórica das raízes europeias ou norte-americanas do conhecimento. O Brasil, enquanto Estado semi-periférico na geopolítica mundial, fica prejudicado com a importação de modelos abstratos, criados sob a experiência civilizatória daqueles países, criando estruturas jurídicas órfãs de *práxis* ou condicionamento político-social. (Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva: 2006, p. 4-5).

²⁰¹ Cf. MAROLLA, Eugênia Cristina Cleto. *Concessões de serviço público: a equação econômico financeira dos contratos*. São Paulo: Verbatim, 2011, p. 15-16.

serviços por definição constitucional, por identificação das parcelas de atuação estatal que possam configurar serviço público no sentido técnico-jurídico²⁰².

Ainda assim, é pertinente alertar²⁰³ para as especificidades deste tema no direito brasileiro, com vistas ao atendimento de uma operacionalidade para os rumos desta pesquisa, assim como ao cumprimento dos pressupostos metodológicos que constroem a linha mestra dos serviços públicos sob a visão da avaliação de governo desta pesquisa. A meta é provar a hipótese que a Constituição não segue um único conceito de serviços públicos, e traz diversas noções primas as quais conjugam uma parentalidade com uma ou outra acepção dos *serviços*, conforme panorama trazido acima.

A CF/88 acolhe uma noção ampla de serviços públicos, já que utiliza essa expressão tanto no sentido orgânico quanto no sentido material, sem rigor excessivo para qualquer daquelas acepções sobre serviço público. O motivo para tanto está no largo uso da expressão como variadas atividades empreendidas pelo poder público, sob sua titularidade, as quais visam a abranger uma multiplicidade de objetivos, competências, formas de organização e de gestão, remuneração e princípios de direito público aplicados.²⁰⁴

Corroborar esta visão o fato de que a Constituição relaciona as competências materiais dos entes federativos - especialmente as da União no Art. 21 - com as competências legislativas correlatas, ou seja, a capacidade de regular as atividades prestadas pelo ente federativo corresponde ao direito de realizar essas mesmas atividades, fazendo com que a competência para explorar serviço público dialogue com o rol de atividades estatais.²⁰⁵

Há diversas atividades prestacionais por parte do Estado: primeiramente em correspondência aos direitos fundamentais do Art. 5º, como ente garantidor de cada um dos direitos. Nem sempre para cada direito fundamental corresponde uma prestação correlata,

²⁰² Cf. GRAU, Eros Roberto. *Constituição e Serviço Público*. In: *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org). 1ª ed, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 252-259, 266-267.

²⁰³ Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 124-125.

²⁰⁴ O elenco constitucional de atividades valoriza o critério orgânico, o qual não perde a tessitura pública quando a sua execução é delegada a particulares em regimes de concessão e permissão, ou regimes colaborativos como das Parcerias Público-privadas e Convênios públicos. (Cf. GROTTI, Dinorá Adelaide. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 89-90).

²⁰⁵ Cf. AGUILLAR, Fernando Hellen. *Controle Social de Serviços Públicos*. São Paulo Max Limonad, 1999, p. 136. O autor destaca ainda que a outorga de competência legislativa ao ente federativo sobre determinada atividade não lhe dá o direito de explorar essa mesma atividade sob exclusividade, em regime de serviço público, de modo que o raciocínio não abrange o sentido estrito de serviços públicos. (Cf. *Ibid.*, p. 137).

já que há preceitos principiológicos ao lado de prestações propriamente ditas; nessa moldura, vale mencionar a classificação entre direitos fundamentais operativos e principiais - cujo exercício requer uma prestação para se verbalizarem.²⁰⁶ Ainda, há previsões sobre os serviços públicos como matéria legislativa, seja a de competência reservada (Art. 61 §1º, II, “b”), seja pelo conteúdo dos Decretos que instituir Estado de Defesa (Art. 136, §1º, II) e Estado de Sítio (Art. 139, VI).

Noutra ponta, consta na Constituição o rol de competências dos entes federados, onde se enumeram prestações a cargo da União com a alcunha de “serviço”²⁰⁷, como exemplo o serviço postal e correio aéreo nacional (Art. 21, X), telecomunicações (Art. 21, XI), radiodifusão sonora de sons e imagens (Art. 21, XII, “a”), energia elétrica e aproveitamento energético dos cursos d’água (Art. 21, XII, “b”), navegação aérea, aeroespacial e infraestrutura aeroportuária (Art. 21, XII, “c”), transporte ferroviário e aquaviário (Art. 21, XII, “d”), transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros (Art. 21, XII, “e”), portos marítimos, fluviais e lacustres (Art. 21, XII, “f”), serviços nucleares de qualquer natureza e pesquisa, lavra, enriquecimento, reprocessamento, industrialização e comércio de minérios nucleares (Art. 21, XXIII). Não se diz qual o regime jurídico, qual o grau da potestade, mas há uma indicação para a lógica pública que reveste a atividade.

Em continuidade, Estados-membros e Distrito Federal também seguem disposições similares,²⁰⁸ enquanto que os Municípios atendem a prescrições genéricas, porém igualmente emanadoras de atividades prestacionais.²⁰⁹ Não se olvide mencionar as disposições comuns a todos os entes federados nas tarefas de cuidar da saúde e assistência públicas e da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência (Art. 23, II), proporcionar os meios de acesso à cultura, educação, tecnologia, pesquisa e inovação (Art. 23, V), proteger o meio ambiente e combater a poluição (Art. 23, VI), preservar florestas, fauna e flora (Art. 23, VII), construção de moradias e melhoria das condições habitacionais

²⁰⁶ Cf. BARROS, Sergio Resende de. *Direitos Humanos: Paradoxo da Civilização*. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 42-47.

²⁰⁷ Note-se também que o autor destaca nesse artigo outras atividades que podem ou não redundar em prestações públicas, ligadas a poderes de polícia, competências legislativas, serviços universais e atividades que proveem necessidades coletivas, conforme análise trazida pelo autor. (Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 134).

²⁰⁸ Vale citar o Art. 25 §2º, atentando para a cláusula aberta de competências residuais do Art. 25 §1º. (Cf. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07/09/2019).

²⁰⁹ Vale citar o Art. 30, V, VI, VII, VIII, IX, além da cláusula aberta de competências suplementares do inciso II. Cf. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07/09/2019.

e de saneamento básico (Art. 23, IX), promover a integração social dos setores desfavorecidos (Art. 23, X), fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios (Art. 23, XI), implantar política de educação para a segurança do trânsito (Art. 23, XII).²¹⁰

Há também um elenco de previsões acerca da saúde nos caracteres “serviços públicos de saúde” no texto constitucional no Art. 166 §§ 9º e 10, Art. 167, IV, Art. 198 “caput” e §2º e nas ADCT Art. 76-A, I, Art. 76-B, I, Art. 77 “caput” e §3º e Art. 110. Além disso, no Sistema Tributário Nacional constam previsões sobre os serviços no regime jurídico das taxas (Art. 145, II), para serviços universais ou específicos e divisíveis.

Partindo para outra latitude, no que se refere às normas da Administração Pública, o termo *serviços públicos* aparece em diversas situações. Num sentido geral, aparecem as expressões “tempo de serviço” (Art. 38, IV), “modernização no serviço” (Art. 39 §7º) e “aproveitamento no serviço” (Art. 53, I das ADCT). Já num sentido específico consta regra referente à responsabilidade objetiva da Administração Pública, em que o regime específico atine às prestadoras de serviço público.²¹¹ Pode-se deduzir que a organização da Administração Pública reflete o sentido específico, vez que se vale da classificação das entidades da administração indireta constatada divisão entre empresas públicas e sociedades de economia pelo critério da prestação de serviço público ou exploração de atividade econômica.

Ainda nesse tema, destaque-se o Art. 37 §3º que prescreve a participação do usuário, ainda que em um escopo individual. Para os princípios da Ordem Econômica, consta um rol de atividades passíveis de serviço público.

Outro dispositivo que se relaciona com a Administração Pública é o Art. 241²¹² que relaciona o regime dos consórcios e convênios públicos, mencionando o termo “serviço público”. Pode-se deduzir que aqui o sentido é amplo, pois a previsão é genérica,

²¹⁰ O critério para formar este elenco foi a imediatidade de prestação estatal derivada da previsão constitucional, de modo que não foram elencadas outras competências materiais ou legislativas que podem redundar em serviços públicos de maneira mediata ou por decorrência da implementação de políticas públicas, por esforço interpretativo.

²¹¹ Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 138.

²¹² Segue transcrição do mesmo: “Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.”. (Cf. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07/09/2019).

já que não se limita a gestão de *serviços* conveniados ou consorciados para o sentido técnico de serviços públicos, ou um sentido específico – enquanto espécie de atividade econômica.

Finalmente, vem a lume a atuação do Estado na atividade econômica,²¹³ que é normativa e reguladora para o particular, ou direta e indireta para o Estado. A atuação indireta se faz também pelo perfil normativo e regulador – embora determinantes ao Estado - enquanto a atuação direta é realizada pelos serviços públicos, seja pela descentralização administrativa, seja pela contratualização da atividade – regime de monopólio estatal, criação de empresas estatais, concessão ou permissão de serviços.

Por meio deste esquadro, no qual os serviços públicos *stricto sensu* correspondem a um dentre os três feixes de atuação possível do Estado na Economia (*atuação direta* na atividade econômica),²¹⁴ é possível dimensionar o impacto que os serviços públicos causam na produção e circulação de bens e serviços da sociedade.

O conceito de atividade econômica é categoria adjacente a serviços públicos²¹⁵, já que a exploração de atividade econômica pelo Estado segundo os ditames do Art. 173, motivado por imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, reflete o segmento do Estado como ator do serviço ou agente empresarial – concretizado pela criação de empresas estatais.

O Art. 175 traz preceitos que prescrevem ser o serviço público de titularidade do Estado, a possibilidade de sua delegação, e as matérias essenciais a serem regulamentadas por lei – dentre elas a obrigação de adequação do serviço (Art. 175, parágrafo único, IV). Nesse conjunto, há um “dever estatal de garantir a prestação, seja direta ou indiretamente, seja ainda mediante a abertura da atividade à exploração pelos agentes privados, desde que assegurados os princípios que infirmam a prestação dos serviços”²¹⁶. Esta previsão contrapõe o sentido técnico de serviços públicos a atividade econômica, e pode ser caracterizada como fonte normativa do sentido restrito dos *serviços*.

²¹³ Trata-se de breve síntese dos comandos dispostos nos Arts. 173, 174, 175 e 177 da CF/88. (Cf. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07/09/2019).

²¹⁴ Cf. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 273-283.

²¹⁵ Cf. *Ibid.*, p. 141-142.

²¹⁶ Cf. KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Funções Administrativas do Estado*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). *Tratado de Direito Administrativo – Volume 4*. São Paulo: RT, p. 103-104.

Esse panorama comprova a multilateralidade dos serviços públicos presente nas disposições constitucionais, revestida de diversos regimes jurídicos, competências, obrigações do prestador e usuários e intensidade dos princípios de direito público envolvidos.

Importante notar que o STF alinhou-se a esta multilateralidade. Veja-se alguns dos seus pronunciamentos sobre serviços públicos: atribuiu-se aos Correios a qualificação de atividade econômica no RE nº 220906-DF e RE nº 220907-5; ao transporte aquaviário como atividade de interesse público no RE nº 220999-7; o serviço de docas como serviço público sujeito a concessão no RE nº 172816, dentre tantos outros.²¹⁷

Esse universo de decisões e posicionamentos demonstra não haver uma linearidade classificatória para as prestações executadas pelo Estado, sendo que os critérios e elementos de classificação são diversos, ficando deste modo prejudicada a pretensão de concepção única ou mesmo dicotômica para os serviços públicos na CF/88.²¹⁸

Por todo o conjunto desenhado, é possível apreender que a Constituição comporta uma noção amplíssima de serviços públicos (“todas as atividades exercidas pelo Estado”); uma noção ampla (“prestações estatais econômicas, sociais e *uti singuli* voltadas aos indivíduos”); uma noção restrita (“somente serviços *uti singuli*”); e uma concepção restritíssima (“serviços *uti singuli* não exclusivos do Estado como saúde, assistência social, educação”), ainda que haja pequenas variações sobre este quadro.²¹⁹

Consequentemente, os múltiplos sentidos, constitucionalmente referenciados, atribuídos a *serviços públicos* estimulam sua noção imprecisa ou vulgar, tanto mais no que se refere ao *serviço* como fator de avaliação de governo. Aquilo que a população usuária dos serviços entende como serviço público, como medida de governabilidade, possivelmente equivale ao sentido amplíssimo de serviço, ou ao menos a toda atividade

²¹⁷ Um breve elenco consta na pesquisa conduzida por EROS GRAU no que se refere ao conceito de atividade econômica, regime de serviço público e temas correlatos. (Cf. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 116-117). Esta observação presta-se a sinalizar uma variedade de posicionamentos e acepções do STF no que se refere ao tema, sem qualquer pretensão de mostrar um panorama qualitativo ou quantitativo dos posicionamentos, vez que a análise de jurisprudência não está no planejamento metodológico desta pesquisa.

²¹⁸ A multilateralidade se estabelece com a insuficiência de instrumentos para fazer frente a uma nova complexidade de atividades. (Cf. KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Funções Administrativas do Estado*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). *Tratado de Direito Administrativo – Volume 4*. São Paulo: RT, 2015, p. 92, 98-99).

²¹⁹ ODETE MEDAUAR destrincha essa classificação em “serviços muito amplos” - para designar nas previsões constitucionais qualquer atividade realizada pela Administração Pública -; e sentido amplo - para a prestação de serviço relevante realizado por qualquer um dos três poderes -, sem um apego excessivo ao conceito técnico-jurídicos. (Cf. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 16ª ed., São Paulo: RT, 2012, p. 347).

estatal que detenha os critérios subjetivo e material - como serviço executado pelo Estado ou quem lhe faça as vezes -, segundo uma percepção exterior.

Com isso, sem pretensões de aprofundamento na questão acima indicada, é necessário delimitar qual o sentido de serviços públicos mais adequado ao rumo desta pesquisa, e os efeitos científicos que se deseja gerar com isto.

2.3 – SERVIÇOS PÚBLICOS CONCEITUADOS SOB A PREMISSE PROPOSTA

Como resultado desta soma de elementos, há uma sincronia entre a prestação de serviços públicos e a satisfação de direitos fundamentais, do que deriva a obrigação do Estado de instituir ou regular serviço público.²²⁰ A missão de atendimento das necessidades coletivas e proteção aos direitos fundamentais não é subjugada pela dimensão econômica nos serviços públicos, já que os direitos fundamentais norteiam toda a ação estatal pela dimensão do constitucionalismo planificador da Constituição de 1988.

Com isso, toda uma gama de preceitos emerge, gerando: uma maior horizontalidade e valorização do administrado nas relações entre o poder público e o indivíduo; uma noção de neutralidade como matriz de democratização administrativa; a infusão do princípio da mutabilidade do serviço em favor da relativização de preceitos; a aceitação da ideia de multiplicidade de regimes jurídicos; a quebra da noção de exclusividade na prestação do serviço.

Tal releitura dos serviços públicos atualiza o modelo de prestações positivas do Estado, atrelando-as necessariamente às políticas públicas intrínsecas à concretização dos direitos fundamentais. Diz-se que o serviço público é a atividade que validará a coesão e interdependência social.²²¹ É possível então afirmar que um modelo cooperativo vem prevalecendo, pois a função estatal se alimenta de diretrizes de governo fincadas nas razões de Estado, com vistas à promoção e defesa dos direitos fundamentais.

²²⁰ O que é corroborado por análises amplas da categorização de serviços públicos na Constituição Federal, como o valor social dos serviços por força da topografia constitucional dos serviços no capítulo sobre a ordem econômica, e a irradiação dos princípios sobre os serviços do Art. 170, em especial a valorização do trabalho durante a livre iniciativa. Nesse sentido, os serviços públicos devem ser prestados pelo Estado “sem empecilho à liberdade humana, no quanto seja socialmente prezável”, promovendo a realização da liberdade pela justiça social. (Cf. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 202).

²²¹ A Constituição identifica as áreas prementes de serviços, assim como a intensidade dos mesmos na prestação, segundo o teor do direito envolvido no caso. (Cf. *Ibid.*, p. 124-130).

Partindo dessa configuração dos serviços públicos, norteados pelo atendimento aos direitos fundamentais e apartados da categoria *atividade econômica em sentido estrito*, é possível afirmar que a razão jurídica para a existência dos serviços será a insuficiência do regime jurídico privado ou dos mecanismos de mercado para satisfazer a prestação de determinados direitos fundamentais protegidos constitucionalmente.

Tampouco se pode ampliar demais a caracterização dos serviços públicos sob pena de flertar com um sentido não técnico dos *serviços*, e um retrocesso para discussões preliminares às crises do serviço público, e seus consequentes avanços.²²² Trata-se das funções públicas, como as decorrentes da instituição dos poderes, as atividades de império e as atividades-meio intestinas à atuação administrativa, insuscetíveis de delegação ao particular, e caracterizadoras da própria verticalidade estatais,²²³ que não se confundem com os serviços públicos por prescindirem de uma irresistível feição coletiva, de reflexos econômicos.

O que dá abertura para outras visões de serviço público, como aquela que traz o foco da análise para o usuário, ao invés da prestação.²²⁴ Por este enfoque, o usuário é figura central no serviço público,²²⁵ através da premissa de que apenas o serviço *uti singuli* atende ao regime e finalidade atinentes ao conceito de serviço público, vez que passível de fruição concreta do direito fundamental a ele subjacente. Por sua vez, os serviços *uti universi* estariam mais próximos das obras públicas, fruíveis por utilizadores difusos – beneficiários e não propriamente usuários -, de modo que atividades generalistas

²²² Isso porque a noção ampla de serviços públicos remete à teoria de León Duguit, a qual se encontra datada frente aos arquétipos neoconstitucionais que são mais adequados para esta pesquisa, vez que este autor “desenvolve todo um pensamento sobre direito e Estado, abordados de um ponto de vista metodológico diverso do positivismo-voluntarista, visão tradicional e ainda dominante do direito”. (Cf. DEL PICCHIA, Lucia Barbosa. *León Duguit e a noção de serviço público: elementos para o debate sobre o método no direito público*, 2008, 144 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 135).

²²³ Cf. AGUILLAR, Fernando Hellen. *Controle Social de Serviços Públicos*. São Paulo Max Limonad, 1999, p. 150-154.

²²⁴ Cf. PEREIRA, César A. Guimarães. *Usuários de Serviços Públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 3-5, 12, 15, 51.

²²⁵ O foco no usuário implica na aceitação de uma noção ampla de serviços públicos, próxima da noção de função administrativa e sua referência constitucional, o que é corroborado pelo conceito de serviços públicos adotado pela Lei nº 13.460/2017 em seu Art. 2º, II (“qualquer atividade administrativa ou de prestação direta ou indireta de bens ou serviços à população, exercida por órgão ou entidade da administração pública”). Daí admite-se para a noção de serviços públicos voltados ao usuário um recorte amplo alinhado aos “serviços públicos sociais ou econômicos consistentes na oferta de uma prestação ou na entrega de um bem ao usuário”, incluídos os “serviços públicos administrativos, que desempenham função complementar ou de suporte a um serviço público principal”, de todas as esferas federativas, de todos os poderes. (Cf. MARRARA, Thiago. *O Código de Defesa do Usuário de Serviços Públicos (Lei nº 13.460/2017): seis parâmetros de aplicabilidade*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/thiago-marrara/o-codigo-de-defesa-do-usuario-de-servicos-publicos-lei-n-13460-2017-seis-parametros-de-aplicabilidade>. Acesso em 16/10/2019).

promovidas pelo Estado não poderiam satisfazer direitos fundamentais em espécie,²²⁶ em razão da sua abstração e da fluidez em estabelecer uma relação jurídica com os beneficiários - que se exaurem pela sua própria realização sem criar uma sujeição do prestador com o usuário. Não se olvide o fato de que todo serviço *uti singuli* tem um interesse coletivo subjacente,²²⁷ que é a promoção de atividades públicas promotoras da coesão social pelo Estado; entretanto, o interesse coletivo subjacente ostenta posição secundária frente à satisfação concreta do usuário, finalidade primeira do serviço, ao se ter em conta a acepção humanista dos fins do Estado e da proeminência dos pactos político-sociais, tornando o indivíduo a finalidade do serviço, e não seu meio.

O foco no usuário afasta o foco na atividade administrativa em si, a qual prescindir “da identificação de um usuário, pois qualquer fornecimento de utilidade poderia ser tido como objeto de fruição indiretamente pela generalidade dos administrados”²²⁸. Pelo novo enfoque, o usuário detém um título habilitador ou um ato unilateral de admissão ao serviço mesmo sob anonimato, pois é a sua presença e participação que respalda o fundamento maior do serviço público,²²⁹ inclusive o fundamento democrático constitucional que respalda de forma indireta a prestação do serviço.²³⁰ O usuário adquire

²²⁶ Há ressalvas quanto a este posicionamento, segundo o filtro da governabilidade e do direito constitucional trazidos para esta pesquisa, tendo em conta que a relação jurídico-administrativa do serviço público fica absorvida pela análise constitucional. Logo, o usuário indireto, presente na relação *uti universi*, pode não ter relação jurídica administrativa direta com o prestador, mas permanece no direito constitucional de avaliar o resultado da política pública em que o serviço se insere, por reflexo do fundamento máximo do serviço, a proteção dos direitos humanos fundamentais. No entanto, esta avaliação será indireta e difusa, por exemplo, em decisões eleitorais ou processos eletivos, como a escolha de membros de Conselhos Tutelares etc.

²²⁷ Tem-se em conta, para a atividade que determina uma relação individual com afãs coletivos, que o usuário individual promove a realização do interesse coletivo, pois “é mediante o atendimento das expectativas e necessidades destes que se realizam os valores fundamentais subjacentes à definição de determinado serviço como público”. (Cf. PEREIRA, César A. Guimarães. *Usuários de Serviços Públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 79).

²²⁸ Cf. *Ibid.*, p. 34.

²²⁹ Cf. *Ibid.*, p. 108.

²³⁰ AGUSTIN GORDILLO assevera este ponto traçando uma ligação com a forma mais elementar e tradicional de participação do cidadão na vida política e administrativa do Estado, que é aquela realizada pelos meios de participação indireta na gestão pública com os mecanismos de representatividade democráticos. Ao sofrer pressões externas ou internas, a participação civil no governo é incrementada de diferentes modos, com a criação ou aperfeiçoamento de mecanismos de participação – eleições, regulação dos partidos políticos, liberdade de imprensa, ouvidorias etc -, os quais podem completar, melhorar, mas não substituir o fator democrático, pois visam principalmente a fomentar equilíbrio de participação e igualdade de gestão. (Cf. GORDILLO, Agustín A. *Ideias sobre Participación em American Latina*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari. *Doutrinas Essenciais: Direito Administrativo, Volume III: Controle da Administração, Processo Administrativo e Responsabilidade do Estado*. São Paulo, RT: 2013, p. 643-654). Especificamente quanto à participação na Administração Pública, este autor segue as mesmas premissas para agregar outros fatores de emancipação do usuário na rotina da Administração: audiências públicas, tratamento da informação pública, descentralização do poder político, efetividade da iniciativa popular, possibilidade de veto popular, direito de defesa, tutela de direitos difusos, controles de conveniência e oportunidade, *ombudsman* público, proteção do consumidor e do usuário. Tais modos devem agregar a opinião dos destinatários da decisão no próprio cotejo da decisão, abrangendo também terceiros interessados, de modo que a autenticidade da decisão varia em função da maior substancialidade democrática. Vale dizer,

assim uma posição instrumental para o serviço - o atingimento de sua finalidade e a funcionalidade dos seus direitos subjetivos ao serviço²³¹ -, pois a partir do usuário o serviço se legitima e é realizada a sua finalidade coletiva, com a satisfação da necessidade social ou econômica que o justifica. Como consequência, o usuário é parte integrante e agente ativo do serviço, pois a relação estabelecida com o Estado legitima democraticamente o serviço e a figura jurídica do usuário,²³² respaldando o mandamento constitucional constante no Art. 37 §3º da Constituição.

Nesse sentido, há uma proximidade do usuário – do serviço público constitucionalmente conformado – com o tema da cidadania, já que o seu regime jurídico a evidencia “no sentido funcional do serviço público, que se destina a incrementar os vínculos de integração entre o sujeito e a coletividade de que participa”, assim como “os de fiscalização da conduta do prestador ou do poder público”,²³³ ainda que as posições e a titularidade independam.

O viés dos serviços ao usuário e o lastro de observância e atendimento aos direitos fundamentais implicam também na valorização do controle social dos serviços, ou seja, a regulação da prestação dos serviços desempenhado de forma difusa pela sociedade. Esta modalidade de controle localiza-se principalmente nos espaços de menor regulação estatal, pois envolve o grau de concentração regulatória.²³⁴ Esta modalidade de controle se efetiva pela avaliação direta da sociedade sobre os serviços, ou pela interferência da sociedade nas decisões a respeito da composição e modelagem dos órgãos reguladores do serviço,²³⁵ ou seja, de modo formal ou informal,²³⁶ mormente frente à incapacidade do

democracias formais não induzem possibilidades reais de participação social ou política nos rumos da Administração. (Cf. GORDILLO, Agustín A. *Participación Administrativa*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari. *Doutrinas Essenciais: Direito Administrativo, Volume III: Controle da Administração, Processo Administrativo e Responsabilidade do Estado*. São Paulo, RT: 2013, p. 655-667).

²³¹ Cf. PEREIRA, César A. Guimarães, *Usuários de Serviços Públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 429.

²³² A ligação com a democracia é feita com a análise da posição do usuário na gestão e regulação do serviço e o grau de cooperação entre governantes e governados, para que seja avaliado o cumprimento do serviço a uma finalidade pública e o nível de coesão social inerente a um serviço público democraticamente conformado. Relacionando o tema com a má qualidade na prestação dos serviços, aduz-se que: “a precariedade dos serviços públicos leva à descrença no sistema democrático representativo, na capacidade do Estado de resolver problemas e à assunção individual ou coletiva da responsabilidade pelas soluções para os problemas concretos”. (Cf. *Ibid.*, p. 14).

²³³ Cf. *Ibid.*, p. 52-53.

²³⁴ FERNANDO AGUILLAR define a concentração regulatória pela intensidade e possibilidade de regulação dos serviços diretamente pelo poder público, através dos diversos instrumentos previstos para tanto, como os conselhos consultivos, os órgãos técnicos de inspeção e auditoria, as agências reguladoras, os tribunais de contas, dentre outros. Estas instâncias concorrem com a regulação social criando polaridades de controle do serviço. (Cf. AGUILLAR, Fernando Hellen. *Controle Social de Serviços Públicos*. São Paulo Max Limonad, 1999, p. 215).

²³⁵ FERNANDO AGUILLAR traz essa classificação com base na Lei nº 8.987/1995, marco regulatório contemporâneo à realização do seu estudo, de modo que se pode deduzir haver outras possibilidades de

Estado em concretizar os interesses de parcelas da população à margem dos interesses de mercado ou dos modelos econômicos superestruturais.²³⁷ Merece relevo a inserção das agências reguladoras como paradigma de fiscalização reativa, com abertura direta para o controle social na sua atividade fiscalizatória, assim como a previsão de audiências públicas, consultas públicas e a potencial amplitude regulatória das cláusulas dos contratos de gestão.²³⁸ Finalmente, importante dizer que a aproximação com o controle social também abre ramificações para o tema das ouvidorias, que se posicionam como o elo de comunicação entre o usuário e o serviço, como um dos meios de concretização do controle social.

O conceito de serviços públicos voltados para o usuário pode conter porosidades na medida em que certas posições dos usuários dão margem para redução de direitos: trata-se da figura do consumidor e a do cliente.²³⁹ A posição de consumidor, ainda que reduzida no universo amplo dos serviços públicos,²⁴⁰ firma-se principalmente por um interesse individual – aquisição e usufruto de bens e serviços no mercado de consumo – que se afasta num primeiro momento de uma solidariedade social.²⁴¹ Já a qualidade de

classificação nos dias atuais, face ao incremento da Lei de Parcerias Público-privadas, lei de usuários de serviços públicos, e outros diplomas correlatos. Ainda assim, há dispositivos de vanguarda para o controle social, como os Arts. 3º e 30º desta lei, que preveem a participação dos usuários na fiscalização das concessões e permissões de serviço público, a caráter cooperativo ou em comissão técnica fiscalizatória. (Cf. AGUILLAR, Fernando Hellen. *Controle Social de Serviços Públicos*. São Paulo Max Limonad, 1999, p. 248-249). Esta previsão legal positiva a participação do usuário nos tipos de serviços concedidos ou permitidos, através de diligências para redução da tarifa, nas audiências públicas sobre temas correlatos, por impulso nos órgãos reguladores, na fiscalização indireta na prestação e por outros meios que confirmam um zelo “pela correta e adequada prestação, o que necessariamente envolve a qualidade do equipamento e do próprio serviço”. (Cf. GOFFI, Ana Maria; SCARTEZZINI, Flaquer. *O princípio da Continuidade do Serviço Público*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 119).

²³⁶ Destaque-se o acesso extralegal por associações de usuários sob mecanismos de pressão ao poder público bem como a representação comunitária da sociedade civil organizada sob mecanismos de interferência no processo decisório, previstos ou não nas leis de regência do serviço. (Cf. AGUILLAR, Fernando Hellen, op. cit., 1999, p. 250).

²³⁷ Cf. Ibid., p. 289-292.

²³⁸ Destaque para a previsão de metas e indicativos de eficiência, os quais podem ser utilizados como critérios de verificação de requisitos para fins de controle social. (Cf. Ibid., p. 250-255).

²³⁹ Afirma-se que a visão restrita dos serviços públicos pende ao risco de reduzir o usuário a outras figuras similares, que, todavia, têm subtraídas as prerrogativas de cidadania – mais amplas em função da governabilidade inerente aos serviços – para uma relação negocial, meramente econômica. Para isso alude-se à noção constitucional dos serviços e a função garantista que o conceito amplo de serviços públicos oferece. (Cf. CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e diferenciação social*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 105).

²⁴⁰ CESAR GUIMARÃES PEREIRA traz um panorama da aplicação do regime consumerista para os serviços públicos, tema ainda controverso e com múltiplas posições. (Cf. PEREIRA, César A. Guimarães, op. cit., p. 214, 220-232).

²⁴¹ No entanto, seria ainda possível afirmar um interesse social indireto existente na relação consumidor-Estado, pelo próprio mandamento constitucional que obriga este à defesa e proteção do sujeito consumidor. Isso decorre da compleição do direito do consumidor como direito humano fundamental, que agrega à função de regulação do mercado de consumo a emancipação do consumidor como sujeito de direitos vulnerável que necessita da tutela estatal. Deste modo o direito do consumidor infere interesse social pois carrega um dos prismas da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado e assentamento da atuação do Estado nas

cliente, muito próxima porém mais ampla que a de consumidor, pode contribuir para o “enfraquecimento da Administração como coisa pública, gerida pelos integrantes da coletividade e para a realização dos seus interesses”²⁴². Ambas as posições podem distanciar o usuário das prerrogativas de cidadania, que é o alimento da democracia administrativa e do paradigma de direito administrativo voltado ao cumprimento de direitos fundamentais; decorre daí o direito de exigir eficiência e qualidade dos serviços públicos, que integra o administrado-usuário no contexto do serviço e o insere efetivamente nos rumos do Poder Público – avalizando a relação política na sociedade.²⁴³

Logo, para que o sentido de serviços públicos seja operativo aos fins desta pesquisa, é necessário aderir ao significado de *serviço orientado ao usuário* algumas proposições: *i*) a governabilidade do *serviço* é medida pelo usuário, para que a avaliação de governo apresente o lastro do constitucionalismo; *ii*) a oferta de direitos fundamentais específicos ao usuário não prejudica a defesa incontestada do direito fundamental *in abstracto* justificante do serviço em questão;²⁴⁴ *iii*) o serviço deve se voltar ao usuário tão somente pela sua razão de ser, sob pena de se reduzir o espectro da governabilidade desta pesquisa e o compromisso do governo com a satisfação do direito fundamental correlato.²⁴⁵

Consequentemente, serviços públicos analisados sob a ótica do usuário permitem medir a governabilidade inerente aos governos que titularizam estes serviços.

políticas públicas e serviços públicos. (Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva: 2006, p. 116).

²⁴² Cf. *Ibid.*, p. 115. Compreende-se esta constatação pela potencialidade do cliente assumir posturas egoísticas ou passivas, naturais para uma relação de clientela e prestador.

²⁴³ Cf. *Ibid.*, p. 117-118.

²⁴⁴ Há diferenciações segundo o tipo de atividade prestada, mas a governabilidade é medida pela aptidão do governo de criar ou organizar serviço público, ou conceder o seu uso em serviço já criado ou organizado, referenciando-se o direito fundamental correlato. (Cf. PEREIRA, César A. Guimarães. *Usuários de Serviços Públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 25-26).

²⁴⁵ Corroborando este ponto, entra o estudo dos momentos em que se estabelece a relação de serviço público, em especial num momento preliminar em que são identificados usuários hipotéticos ou potenciais, que apenas postulam o ingresso no serviço, cujo estudo ou análise servirá para subsidiar o impacto econômico para se estipularem tarifas. (Cf. *Ibid.*, p. 43).

CONCLUSÕES PARCIAIS

A dialética histórica pela qual o conceito de serviços públicos foi submetido para ganhar uma consistência jurídico-política envolveu uma análise sobre o fundamento do Estado, o grau de participação do Estado nas atividades econômicas e o campo científico específico do Direito Administrativo. Através de crises conceituais e releituras contemporâneas sobre o conceito de serviços públicos, a incursão principiológica de uma ideia de constituição dirigente sobre o Direito Administrativo colaborou na ressignificação do conceito de serviços públicos, culminando numa visão dos serviços voltados ao seu usuário. Assim, a adoção de um conceito que mais atenda à ideia de governabilidade será aquele que dê ênfase ao usuário de serviços, com filtro voltado à pessoa humana e participação nos serviços permite o controle social e a legitimação política dos serviços públicos.

Logo, é possível criar uma segunda premissa: *“os serviços públicos constitucionalmente referidos conjugam-se com uma visão das prestações estatais voltadas ao atendimento dos direitos humanos fundamentais e, com isso, permite-se adotar um conceito de serviços públicos voltado aos seus usuários”*.

CAPÍTULO III – SERVIÇOS PÚBLICOS EFETIVOS

A efetividade é uma qualidade a ser aplicada aos serviços públicos, segundo o estudo empreendido a seguir.

3.1 – EFETIVIDADE E SERVIÇOS PÚBLICOS

Também como reflexo do neoconstitucionalismo, é possível verificar um feixe de expressão da pós-modernidade num “anseio pela efetividade dos direitos”²⁴⁶, o que se apresenta também no Direito Administrativo. Sendo assim, a efetividade nos serviços públicos é um tema compatível com a constitucionalização do Direito Administrativo.

A efetividade é um conceito melhor analisado pelo seu polo negativo: perder a efetividade de um objeto é retardá-lo, inibir sua concretização. A efetividade no âmbito normativo implica numa “relação de conformidade (ou, pelo menos, de não contrariedade), com ela, das situações ou comportamentos que se realizam no seu âmbito de abrangência”²⁴⁷. Uma atividade inefetiva é uma atividade que não cumpriu seu ciclo de formação ou que restou natimorta.²⁴⁸ Como espécie de atividade não efetiva, o serviço público transporta as razões de sua inefetividade das suas raízes teóricas: ou o Direito Administrativo não fornece mecanismos adequados para inibir essa anomalia, ou seus agentes fazem mau uso dele. Daí, as disfuncionalidades do Direito Administrativo, seja nos seus critérios, seja nos seus instrumentos, é tema vasto e multifocal.²⁴⁹ Assim, há expressões de efetividade nos serviços públicos lastreadas na aproximação do Direito Administrativo com os *topoi* do constitucionalismo aqui apresentados, irradiando a análise para o estudo dos serviços públicos. A própria constituição – e o conjunto de suas normas -

²⁴⁶ Cf. PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Interesse Público líquido e pós-modernidade: a lógica do individualismo e os desafios do Estado Social no Século XXI*. In: MARRARA, Thiago (org.). *Direito Administrativo: transformações e tendências*. São Paulo: Almedina, 2014, p. 380. O autor analisa as implicações do fenômeno pós-moderno com a revisão do interesse público, o que dialoga com as posturas aqui levantadas justamente por coincidirem as premissas ideológicas. (Cf. *Ibid.*, p. 375-390).

²⁴⁷ Cf. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 314. O autor sintetiza a ideia nesse conceito, ao cotejar doutrinas variadas sobre o tema.

²⁴⁸ O termo “efetivo” traduz a ideia de produção de efeito real. Importante notar suas especificidades em relação a outros termos pares como “eficaz”, o qual traduz a ideia de produção do efeito esperado, e “eficiente”, que por sua vez remete a produção do efeito esperado, da forma desejada. Verbetes: *efetivo, eficaz, eficiente*. (Cf. INSTITUTO ANTONIO HOUAISS DE LEXICOGRAFIA (org). *Pequeno Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. São Paulo: Moderna, 2015, p. 358).

²⁴⁹ Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva: 2006, p. 95-96.

torna-se um fator real de poder enquanto serve de instrumento de reação aos demais fatores de poder para ordenar a dinâmica dos fatos sociais:

Sem dúvida, ao ser fundada pelos fatos, a Constituição está submetida a uma necessidade ativa. Mas também, enquanto fundamento do direito, ela submete os fatos a uma necessidade reativa. O que depende da efetividade do direito constitucional. Sem efetividade, falha a disciplina normativa. A solução dos problemas fica entregue aos fatores reais. Aí o direito fica reduzido a letra morta.²⁵⁰

A coordenação de fatores políticos e sociais – realizados através da constituição - imprime maior ou menor efetividade às normas tutoras do tema de serviços públicos. Deste modo, todo o campo normativo, voltado, direta ou indiretamente pela Constituição para os serviços públicos será efetivo na medida em que dialogar com os fatos fundantes ou refundantes desses serviços.

Nesse esquadro, vale pesquisar o sentido de efetividade como promoção fática das leis e normas. Este sentido conjuga-se com as questões inerentes à aplicação do direito, em especial a noção de eficácia jurídica e eficácia social das normas jurídicas.²⁵¹ A eficácia jurídica presume a aptidão da norma em produzir efeitos jurídicos por meio da regulação dos comportamentos sociais da norma; noutro passo, a eficácia social descreve a conduta concordante com a previsão normativa. Desta feita, a eficácia social envolve a efetividade da norma, porque vivifica a geração de efeitos previstos pela norma. A qualidade de efetividade na aplicação da norma reflete a obediência dos poderes e do corpo social aos efeitos previstos de forma abstrata na norma jurídica. Logo, a eficácia jurídica vai ao encontro da efetividade quando possui eficácia social. A efetividade pode ser assim descrita como uma aderência aos fins perseguidos pelo plano normativo da norma e uma conformidade real com os comportamentos que a norma pretende regular, induzir ou inibir.

Logo, tornar efetivos os serviços públicos é dar-lhes eficácia social, ou seja, fazer com que a missão legal ou constitucional ensejadora da criação do serviço seja verificada no mundo fático e permita a alteração empírica na realidade, pretendida pela norma que o criou. Efetivar um *serviço* é dar vazão àquilo que o serviço pretende defender ou fomentar, dar concreção aos preceitos constitucionais nele subjacentes.

²⁵⁰ Cf. BARROS, Sergio Resende de. *Contribuição dialética para o constitucionalismo*. Campinas: Millennium, 2007, p. 228.

²⁵¹ EROS GRAU traz classificações concordantes com este pressuposto, valendo estacar a efetividade material da norma como a realização pelos poderes públicos no mundo fático da situação jurídica imposta pela norma. (Cf. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 313-315, 323).

Para o sentido delineado nesta pesquisa, a efetividade é uma medida de governabilidade dos serviços públicos.²⁵² Para tanto, propõe-se modelos de indução de eficácia social, cada qual pavimentando uma espécie de análise: formal-constitucional, formal-legal e material; as duas primeiras contêm perfil mais abstrato, enquanto que a terceira, mais prático, sendo que a sua soma possibilita uma visão ampla sobre a efetividade nos serviços públicos, conforme os postulados colocados a seguir.

3.2 – RAZÃO DE ESTADO NOS SERVIÇOS PÚBLICOS

A justificativa passível de aliar serviços públicos e Governabilidade, sob o recorte administrativista-constitucional aqui sugerido, estabelece o prumo para uma razão de Estado autorreferente: os serviços públicos devem contemplar uma visão prospectiva. Justifica-se: o fato jurídico “serviços públicos” tem fôlego para perdurar na sociedade, caminhando ao lado das mudanças na sociedade, se, e somente se, mantiver o lastro a que deve fundamento, a cada atualização das demandas socioeconômicas e a cada passo de evolução sociopolítica.

Ainda que essa afirmação beire a infinidade, o direito oferece uma solução para que o núcleo dos serviços públicos mantenha-se íntegro nos percursos evolutivos da sociedade: trata-se da sua remição aos direitos humanos. Os direitos humanos caracterizam-se por uma indivisibilidade, essencialidade, imprescritibilidade, universalidade, dentre outros.²⁵³ Deste modo, são demasiado amplos para proteger o indivíduo enquanto permitem o desenvolvimento da sociedade, como uma espécie de *cláusula de encerramento* do sistema jurídico, já que assumem uma função integradora ativa para omissões e incoerências que porventura surjam na aplicação dos direitos.

O desenvolvimento é um pressuposto lógico de sobrevivência e perenidade da sociedade, sendo que em suas diversas acepções um “direito ao desenvolvimento” garante o evoluir social, político, cultural e econômico do corpo social, progressivamente às condições gerais de vida dos indivíduos, seus componentes individuais. Uma condição

²⁵² Vide trecho anterior da pesquisa referente ao tema da governabilidade. Em sendo assim, este termo compreende a noção de serviços públicos conformes à ideia de efetividade, pelo atendimento das diretrizes normativas, do substrato fático e elas subjacente, bem como ressoante da legitimidade política do poder.

²⁵³ Naturalmente, há diversos critérios e classificações, constando divergências quantitativas e qualitativas quanto a estas características; entretanto, o objetivo não é disputar esse elenco, e sim trazer uma ideia funcional para o argumento a ser traçado, de modo que as diferentes posições não serão aqui exploradas.

para tal equação persistir é a concretização dos direitos pela concatenação da dignidade da pessoa humana em conformidade com o reforço das instituições públicas, sob uma conjuntura de justiça social e democracia.²⁵⁴

Com isso, há uma ligação direta entre a melhoria do bem-estar coletivo e padrões de desenvolvimento de uma sociedade, sem prejuízo de outras visões pares, equidistantes da mesma conclusão, em favor de uma visão humanista. Entram em discussão então os direitos sociais como ponto crítico de afirmação dos direitos humanos.

3.2.1 – Serviços Públicos e Direitos Sociais

O desenvolvimento é uma razão de Estado lógica e coerente com a permanência da sociedade como corpo social. Por outro lado, a generalidade desta ideia cria uma neutralidade ideológica, já que seu ponto de partida é um modelo de sociedade consensual, que é avaliada como um corpo único e coeso, como uma unidade em cotejo com seus elementos externos - tal é a premissa do direito internacional e dos elementos *soberania e nação*.

Não se avalia assim os pontos de desequilíbrio ou disputa interna, ou modelos de sociedade de conflito, na qual há discrepâncias entre grupos ou categorias dentro da mesma sociedade, que induzem a um desenvolvimento irregular com velocidades diferentes para cada grupo. Os direitos sociais encontram-se nesse segundo modelo, pois trazem consigo o embate entre as demandas sociais ilimitadas e os recursos econômicos limitados, geridos pelo Estado e sob a mediação deste, enquanto os disponibiliza ou retrai.

Surge a dimensão social dos direitos humanos e toda a problemática existente na sua efetivação frente aos demais fatores político-econômicos, para enformar a razão de Estado. Aprofundando-se nessa vertente, chega-se ao encontro da guinada do Estado em direção aos direitos humanos e as suas repercussões.

A direção do Estado em favor dos direitos humanos coincide com a formação do Estado e com todas as construções voltadas à sua justificativa teórica, dentre as quais é possível citar o Estado Constitucional e o constitucionalismo, as teorias sobre o poder constituinte, o Estado Democrático de Direito e afins. Tudo aquilo que traz conformidade

²⁵⁴ Cf. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 367-372.

jurídica o Estado está inserto no empoderamento dos direitos humanos fundamentais, seja em quaisquer de suas espécies.²⁵⁵

Importante notar que nem toda construção teórica-constitucional a favor da limitação do poder político encontrou reprodução, na mesma razão e grau, no mundo dos fatos. Os embates entre desenvolvimentismo econômico e emancipação da pessoa humana encontram os direitos humanos mais como mecanismo retro alimentador do que como ponto de apaziguamento²⁵⁶. Neste escopo, a crise de projetos emancipatórios para políticas progressistas espargue a priorização dos direitos humanos, em função das suas tensões dialéticas, em especial pela tensão entre Estado e sociedade civil, traduzida como a alternância entre cooperação e contraposição, ou entre regulação de direitos de primeira dimensão e exigência de direitos de segunda e terceira dimensões.

Desta feita, apura-se uma correlação lógica entre o tema do desenvolvimento e os mecanismos-instrumentos econômicos e sociais constitucionalmente estabelecidos. Sendo a economia um fenômeno de poder, porque delimita tanto a atuação do indivíduo e do Estado sobre os fatores de produção e consumo, quanto a regulação entre os detentores e os não detentores do capital, a organização econômica propicia o desenvolvimento do ideal de democracia, justamente porque os fatores de produção e de consumo criam condições para suprir as “exigências fundamentais dos indivíduos”, com vistas a usufruir as suas oportunidades potenciais.²⁵⁷

Assim, se a missão do Estado é defender e promover direitos humanos fundamentais, ao mesmo tempo em que o desenvolvimento do Estado implica valorizar

²⁵⁵ Importante notar que esta construção não omite categorias de direitos, eis que direitos humanos aqui são entendidos em seu sentido amplo, como um bloco coeso, pluridimensionado (para primeira, segunda e terceira gerações ou dimensões), com modos de eficácia e aplicação diferenciados segundo a modalidade específica de direitos humanos a ser protegida. No entanto, não há distinção entre espécies de direitos humanos para fins de promoção ou defesa, a diretiva estatal vale para o conjunto de direitos humanos fundamentais. (Cf. BARROS, Sergio Resende de. *Direito do Consumidor e Geração de Direitos*, in *Revista de Direito do Consumidor*, v. 40, São Paulo: RT, 2002, p. 278-280).

²⁵⁶ Eis o que BOAVENTURA SOUZA SANTOS chama de “tensão dialética informadora da modernidade ocidental”. Cf. SANTOS, Boaventura de Souza. *Por uma concepção multicultural de direitos humanos*. In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*, São Paulo, nº 48, 1997, passim. Disponível em: http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF. Acesso em 26/12/2019.

²⁵⁷ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, 40ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 379. Inclusive, este autor aponta a frustração da *Constituição juridicamente definida da economia*, em decorrência “da resistência dos interesses e dos poderosos, de um lado, e da demagogia e leviandade, de outro”.

direitos essenciais para a sua evolução, logo, os direitos humanos alimentam as finalidades estatais e voltam-se ao centro das suas atividades - dentre elas os serviços públicos.²⁵⁸

Trata-se de razão de Estado presente como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil pela ordem constitucional formada com a Constituição de 1988, cujo enunciado norteia e lastreia o desenvolvimento amplo da sociedade escorado pelos valores-fonte de liberdade, justiça e solidariedade.²⁵⁹ O seu trato resulta numa sociedade justa, que realiza justiça social na direção do que aponta o texto constitucional e segundo políticas públicas que os concretize.²⁶⁰ São os ditames de justiça social referidos no caput do Art. 170 da Constituição, como meio de assegurar a todos existência digna através dos princípios e arranjos da Ordem Econômica e Social.

Como abordado anteriormente, a formulação conceitual de serviço público esteve umbilicalmente ligada à formulação teórica do Estado Social de Direito, como uma das reações jurídicas ao *Welfare State* e a mudança do modelo de Estado por este imposta. São noções que se inter-relacionam e dependem reciprocamente para estabelecer um discurso jurídico-normativo que fundamente a função do Estado e a natureza de suas atividades, num panorama de reconhecimento e conjugação jurídica dos direitos sociais. Por outras palavras: “as prestações públicas, vinculadas a um programa de transformação econômico e social, foram respaldadas no âmbito constitucional, daí o surgimento das chamadas Constituições Econômicas diretivas ou programáticas”, de modo que a noção de serviço público “positivada constitucionalmente, sempre está vinculada à assunção de tarefas positivas por parte do Estado”²⁶¹. Desta feita, a alocação do conceito de serviços públicos caminhou paralelamente ao acomodamento das demandas sociais pelo Estado, com a assunção de atividades por este.

Os serviços públicos são a contraprestação da obrigação de o Estado promover direitos fundamentais, o que faz disponibilizando serviços e bens materiais correspondentes. Sendo assim, um dos arranjos possíveis para a prestação de direitos é a

²⁵⁸ O que é corroborado pela justiça social como fundamento da República no Art. 1º, III da CF/88. (Cf. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07/09/2019).

²⁵⁹ Presente no Art. 3º, I, da CF/88. (Cf. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07/09/2019).

²⁶⁰ Cf. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 210, 212.

²⁶¹ Cf. DEL PICCHIA, Lucia Barbosa. *Léon Duguit e a noção de serviço público: elementos para o debate sobre o método no direito público*, 2008, 144 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 114-115.

criação ou equipagem de serviços públicos, nem tanto para primeira ou segunda geração, mas para fomento de direitos prestacionais ou implementação de direitos de defesa.²⁶²

Os direitos fundamentais prestacionais, como faceta positiva desses direitos, acabam sendo o alvo maior dessa redução. Esta classificação dos direitos fundamentais, sob uma ótica específica, em geral pareada com os direitos sociais,²⁶³ demanda uma iniciativa dos governos, uma agenda política coincidente com os arranjos *de Governo* criados em vista dos mecanismos jurídicos, legislativos e institucionais *de Estado*.²⁶⁴ A implementação de uma ação indica uma disponibilização pelo Governo de alguns desses mecanismos para a inserção material da prestação, baseada na classificação entre direitos fundamentais principiais e operativos, e a incidência de aplicação para cada qual.²⁶⁵ Além disso, pela concatenação do discurso dos governantes com sua atuação prática, pode-se avaliar o quanto a oferta de serviços públicos indicia ou não alguma aderência dos Governos às políticas de Estado, defensivas de direitos fundamentais, e, portanto, afirmadoras ou não de uma governabilidade inerente aos serviços públicos.

²⁶² INGO SARLET destaca que em geral serão os direitos prestacionais que apresentam maior relevância econômica porque alocarão recursos e meio para sua plena realização, enquanto que a disponibilização dos direitos de defesa pode ocorrer por mecanismos judiciais, o que a princípio não demandaria a recursos diretos para se efetivar. (Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Os Direitos Fundamentais na Ordem Constitucional Brasileira*. In: ANNONI, Danielle (org.). *Os novos conceitos do novo Direito Internacional: cidadania, democracia e direitos humanos*, 1ª ed., Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 235).

²⁶³ Apesar dos direitos prestacionais serem classificados normalmente como coincidentes aos direitos de segunda geração, há vozes dissonantes que afirmam o fato de que ambos os feixes de classificação tangenciam mas não coincidem, por uma dialética de recíproca complementação: não são todos os direitos a prestações direitos sociais, pois há demandas de implementação de mecanismos para fazerem valer direitos de associação, direitos políticos, de personalidade e muitas outras liberdades públicas; na mesma linha, nem todos os direitos sociais demandam prestações materiais, pois há aqueles direitos fundamentais sociais que não reivindicam uma atuação do Estado para sua plena realização, como os direitos sociais de defesa, ou liberdades sociais, na forma do direito de greve, de associação sindical, de não discriminação pelo trabalho etc. Logo, é importante dizer que nem todos os tradicionalmente classificados direitos a prestações se restringem a prestações materiais, já que há direitos sociais, de perfil prestacional, que alinham-se muito mais a um perfil de defesa do que a uma atuação positiva. (Cf. *Ibid.*, p. 231-234).

²⁶⁴ Novamente é importante recordar o critério adotado anteriormente para antagonizar Estado como instituição perene de fundo constitucional, e Governo como instituição episódica de fundo representativo e alternado.

²⁶⁵ Cf. BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos Humanos: Paradoxo da Civilização*, 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 42-47. A classificação tem como critério fundante os diferentes graus de concreção positiva ou precisão conceitual. Desta forma, direitos de conteúdo generalista não são autoexecutáveis, e podem ser exemplificados naqueles valores de maior amplitude e magnitude, como vida, segurança, resistência etc. Estes não têm o condão de reger por si só uma condição, e estão mais próximos de principiar regras e por isso são chamados de enunciativos ou principiais. A outra categoria abriga aqueles direitos humanos fundamentais que denotam uma especificidade passível de autoexecução: por isso ditos operacionais por estarem ligados a normas de conduta as quais dão exequibilidade aos enunciativos, como por exemplo: crivos de função social da propriedade para dar concreção ao direito à propriedade; os princípios processuais penais para dar concreção ao direito à liberdade; a gratuidade de certos atos emulativos para dar concreção ao direito à cidadania, dentre tantos outros paralelos que possamos traçar entre os dispositivos do Art. 5º e demais regras do texto constitucional. Assim, “os direitos humanos não perdem fundamentalidade, quando ganham operacionalidade. Isso porque esta garante aquela. É indissociável dos direitos humanos a fundamentalidade, mesmo nas situações operacionais que parecem triviais à vista desarmada”. (Cf. *Ibid.*, p. 46). Desta forma, as duas classificações se complementam, e cada qual integra a outra. Trata-se um todo indissociável, como espécie de gêneros intrínsecos.

O incremento de serviços públicos no Estado veio muito em função das demandas assumidas pelo Estado no período caracterizado pela premência do Estado Social²⁶⁶ - de perfil mais intervencionista e promotor – o que é demonstrado inclusive pelo sensível aumento do aparato público e burocrático. Ainda que historicamente referida, esta inflação de atividades permanece aos trancos e solavancos nos dias atuais, sempre pautadas na ordem do dia, seja pelo conflito com governos de agenda liberal ou neoliberal, seja pela reivindicação com governos de agenda mais progressista.

Os serviços públicos mais sensíveis e precários são aqueles com conotação social, mais visíveis aos usuários.²⁶⁷ Sua oferta apresenta imensas porosidades: “por mais que o país tenha ampliado a cobertura e a abrangência dos serviços públicos no último quarto do século passado, a oferta destas prestações (...) nunca se direcionou precipuamente para as parcelas mais desvalidas da população”, de modo que “a oferta e a prestação de serviços públicos foram, historicamente, mesmo quando a carga direito do Estado, voltadas para as classes médias urbanas, constituindo-se mais num elemento de concentração de renda, do que vetor redistributivo”²⁶⁸. O passado histórico indica serem

²⁶⁶ Cf. BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, p. 34-35.

²⁶⁷ Isso pode ser demonstrado num conjunto de pesquisas realizada pela Confederação Nacional de Indústrias, cada qual com foco em feixes de discussão que refletem indicadores para a indústria, segundo a avaliação dos usuários, os quais opinam de maneira não técnica sob os temas e denotam sua percepção enquanto sujeitos passivos dos serviços públicos. Neste conjunto, uma primeira abordagem que trata da relação entre tributação e serviços públicos traz como resultado um liame entre a baixa qualidade dos serviços públicos – com destaque para saúde e segurança pública - e o mau uso dos recursos arrecadados pelos tributos, com certa ojeriza para o aumento de recursos como fonte de melhora na qualidade. (Cf. Confederação Nacional de Indústria. *Retratos da Sociedade Brasileira 33 – Serviços Públicos, tributação e gastos do governo*, Nº 33, 2016. Disponível em:

https://bucket-gw-cni-static-cms-si.s3.amazonaws.com/media/filer_public/57/89/578911f0-60a8-4048-937a-63a3c8312c56/retratosdasociedadebrasileira_33_servicospublicos_tributacao_gastodogoverno.pdf. Acesso em: 02/12/2019). Uma segunda abordagem concatena a má gestão e ineficiência do governo com o excesso de burocracia, o que reflete na prestação dos serviços públicos e nos meandros da livre iniciativa. (Cf. Confederação Nacional de Indústria. *Retratos da Sociedade Brasileira 23 – Burocracia*, Nº23, 2015. Disponível em: https://bucket-gw-cni-static-cms-si.s3.amazonaws.com/media/filer_public/b2/ab/b2aba791-45fb-47ff-a60d-14113991ec63/retratosdasociedadebrasileira_23_burocracia1.pdf. Acesso em 02/12/2019). Interessante notar que há um elenco de serviços públicos ordenado segundo a avaliação negativa dos usuários, merecendo destaque os direitos sociais (“saúde” e “transporte público”) e a própria realização do serviço (“atendimento à população em repartições públicas”). (Cf. Agência CNI de Notícias. *6 serviços públicos de pior qualidade no Brasil, na opinião da população*. Disponível em: <https://noticias.portaldaindustria.com.br/listas/6-servicos-publicos-de-pior-qualidade-no-brasil-na-opinio-da-populacao/>. Acesso em 15/01/2019). A pesquisa mostra alguma perenidade e atualidade, já que uma nova onda realizada em 2018 de certa forma mantém resultados similares, com destaque para problemas no atendimento, equipamentos e novamente direitos sociais (“saúde”) como foco de desintegração sistêmica. (Cf. Agência CNI de Notícias. *75% dos brasileiros dizem que serviços públicos de saúde são ruins ou péssimos, mostra pesquisa da CNI*. Disponível em:

<https://noticias.portaldaindustria.com.br/noticias/economia/75-dos-brasileiros-dizem-que-servicos-publicos-de-saude-sao-ruins-ou-pessimos-mostra-pesquisa-da-cni/>. Acesso em 15/01/2019).

²⁶⁸ Cf. KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Funções Administrativas do Estado*. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella (coord.). *Tratado de Direito Administrativo – Volume 4*. São Paulo: RT, 2015, p. 121. Complementa-se essa crítica ao traçar como um dos diagnósticos desse fenômeno a

objeto de limitação orçamentária, reformas, políticas públicas controversas, obsolescência e indisponibilidade, sendo por isso os mais criticados pelos usuários. Isso alude à crise no manejo dos direitos fundamentais pelos Estados, notadamente dos econômicos e sociais:

(...) os efeitos nefastos da globalização econômica e do neoliberalismo, notadamente os relacionados com o aumento da opressão socioeconômica e da exclusão social, somados ao enfraquecimento do Estado, têm gerado a diminuição da capacidade do poder público de assegurar aos particulares a efetiva fruição dos direitos fundamentais, além de reforçar a dominação do poder econômico sobre as massas de excluídos (...) ²⁶⁹

Na mesma toada, há um agravamento desta situação nos países periféricos, ²⁷⁰ onde profundas disparidades econômico-sociais impedem uma perfeita referência da democracia com os ditames do liberalismo e “torna-se muito mais clara e visível a constatação de que a efetividade da defesa do cidadão oscila em geral segundo a situação econômica do cidadão”²⁷¹.

Entra aqui a discussão acerca do limite de atuação do Estado em favor dos direitos de conotação social e do grau de cogência das normas que os prescrevem. Quanto à primeira, vem a lume o tema da redução do Estado, observado principalmente pelos fenômenos da desnacionalização, desestatização, desregulação e desintervenção gradual do Estado na economia, e os reflexos incidentes sobre as conquistas democráticas, respingando sobre os direitos fundamentais.²⁷² Nesse sentido, pululam sintomas como: a

escassez de insumos e a mobilização de recursos para disponibilizar o serviço. Pelos rumos da pesquisa, é possível galgar mais um passo na análise do autor, reavaliando o grupo destinatário dos serviços públicos: com a modernização das relações de consumo e a inovação na oferta de serviços, o que implica na mudança da classe média urbana para a classe pobre urbana como principal grupo destinatário dos serviços públicos sociais. A classe média torna-se consumidora de planos de saúde e educação privada, que se diversificaram e permitiram o acesso para pessoas nem tão abastadas. Com isso, a saúde e educação públicas servem majoritariamente para as classes pobres que não têm recursos para adquirir planos de saúde ou educação privada. Quanto aos demais serviços públicos não sociais e de infraestrutura, condizentes com a primeira geração dos direitos humanos, as classes média e rica usufruem como usuárias inevitáveis de uma estrutura que somente o Estado poderá disponibilizar direta ou indiretamente (como por exemplo justiça eleitoral, vias pedagiadas, tráfego urbano etc), relegando os serviços públicos sociais tão somente para as classes pobres.

²⁶⁹ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Os Direitos Fundamentais na Ordem Constitucional Brasileira*. In: ANNONI, Danielle (org.). *Os novos conceitos do novo Direito Internacional: cidadania, democracia e direitos humanos*, 1ª ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 222.

²⁷⁰ FERNANDO AGUILLAR especifica a incidência pura dos influxos capitalistas nos países centrais, em que a menor premência dos dilemas entre riqueza e pobreza reverte os pontos de discussão para o nível de liberdade política e econômica segundo o grau de democracia presente na sociedade. Por outro lado, nos países periféricos, grupo em que o Brasil se situa, a situação é inversa e a democracia é ligada ao nível de disparidades econômico-sociais, o que fixa a discussão inevitavelmente para os componentes econômicos da questão, trazendo os temas da democracia e da liberdade em prejuízo ao abismo econômico de classes sociais. (Cf. AGUILLAR, Fernando Hellen. *Controle Social de Serviços Públicos*. São Paulo Max Limonad, 1999, p. 48-50).

²⁷¹ Cf. *Ibid.*, p. 68.

²⁷² Nesse ponto surge a noção de personalidade integral da pessoa, que reúne na realização do ser humano os direitos de *ser, estar e participar*, e indica que a proteção simplesmente da integridade física e psíquica não faz com que a pessoa mature suas potencialidades individuais e sociais enquanto ser humano. O patamar civilizatório que estabilizou, em maior ou menor grau, a vida urbana através dos avanços da medicina,

supressão dos instrumentos de cidadania; a redução e supressão de direitos sociais básicos; o enfraquecimento de instâncias jurídicas e processuais; a transfiguração da crise dos direitos fundamentais para os demais direitos.²⁷³

O segundo foco de discussão refere-se à eficácia real dos direitos sociais: o caminho que leva das promessas à concretização de realidades passa pelo cotejo do tipo de sujeito envolvido com a qualidade das normas que carregam os direitos referenciados. Os direitos sociais podem vir em normas programáticas de implementação diferida, mas a categoria dos destinatários como pessoas humanas carrega a premência das declarações de direitos humanos fundamentais. Quanto mais os governos implementam normas programáticas e atuam sem descumprir as demais normas constitucionais, mais estes governos estarão aderentes ao fundamento de Estado presente na Constituição. Ou seja, a eficácia deve ser a mais ampla possível por envolver a própria razão de Estado investida na noção de justiça social.²⁷⁴

Esta discussão envolve a força vinculante dos direitos sociais presente na Constituição, o que abre uma nova gama de possibilidades pela sistematização dos meios linguísticos e o nível de aplicabilidade do comando normativo. A vinculação formal existe quando existem os meios para a densificação do comando referente ao destinatário da norma pela espécie de norma, seja pela implementação de políticas públicas, seja pela imposição judicial. A vinculação material existe a partir da aptidão do conteúdo da norma para gerar direitos subjetivos a prestações sociais e a garantia de igualdade material sem que o comando se refira a um destinatário em especial.²⁷⁵

A eficácia dos direitos sociais é ampliada para constatar-se que a tarefa estatal para sua concretização implica não apenas na “delimitação de um direito a prestações estatais concretas”, mas também na “realização de políticas públicas, a organização de

saneamento básico e organização de serviços públicos, permitiu que a vida se prolongue e se tenha maior estabilidade físico-psíquica, mas não necessariamente supriu as mazelas de segregação social e de desorganização urbana, alimentação, informação plena e acessível, dentre outros direitos que permanecem na penumbra de uma proteção dos direitos humanos de primeira dimensão. (Cf. PRUDENTE, Eunice Aparecida de Jesus. *Direito à personalidade integral – cidadania plena*. Tese de doutorado. Área Direito do Estado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor Orientador: Dalmo de Abreu Dallari, 126 f., 1996, p. 111-114).

²⁷³ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Os Direitos Fundamentais na Ordem Constitucional Brasileira*. In: ANNONI, Danielle (org.). *Os novos conceitos do novo Direito Internacional: cidadania, democracia e direitos humanos*, 1ª ed., Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 223-224.

²⁷⁴ Cf. BARROS, Sergio Resende de; *A Eficácia dos Direitos Humanos*, In: COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria Arruda de; MATSUO, Alexandra Hery Hansen (orgs.). *Direito: teoria e experiência: estudos em homenagem a Eros Roberto Grau*, Tomo I. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 245-254.

²⁷⁵ Cf. QUINTILIANO, Leonardo David. *Direitos Sociais e Vinculação do Legislador: as reformas previdenciárias e seus limites no Estado Social e de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 94-97, 113-114, 122-124, 291-303.

serviços, a racionalidade, a eficiência e a transparência na aplicação de recursos públicos – com todo o direito à fiscalização e à participação necessária para o exercício dessas garantias”²⁷⁶. Nessa linha:

Não há como desconsiderar a natureza excepcional dos direitos fundamentais originários a prestações sob o aspecto de direitos subjetivos definitivos, isto é, dotado de plena vinculatividade e que implicam a possibilidade de impor ao Estado (e ao particular, quando for o destinatário), inclusive mediante recurso à via judicial, a realização de determinada prestação assegurada por norma de direito fundamental, sem que com isto se esteja colocando em xeque a fundamentalidade formal e material dos direitos sociais de cunho prestacional.²⁷⁷

Desta feita, é possível afirmar que as prestações estatais necessárias à efetivação de direitos sociais – normalmente inscritas na criação ou adaptação de serviços públicos – têm a forma de uma imposição constitucional,²⁷⁸ uma ordem maior de efetivação, seja para as tarefas da Administração Pública, seja para o Parlamento, relativamente aos direitos originários inscritos nos dispositivos constitucionais correlatos.²⁷⁹

Logo, a implementação dos serviços públicos varia em função dos recursos disponíveis a cargo do Estado,²⁸⁰ vez que a sua “extensão concreta pode ser afetada pelas escolhas alocativas dos órgãos democráticos”. Logo, o “que se pretende submeter ao regime de serviço público deve ser em grande parte resultado de escolhas democraticamente tomadas”, em alusão às pautas constitucionais para “disponibilização

²⁷⁶ Cf. PEREIRA, César A. Guimarães. *Usuários de Serviços Públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 302.

²⁷⁷ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Os Direitos Fundamentais na Ordem Constitucional Brasileira*. In: ANNONI, Danielle (org.). *Os novos conceitos do novo Direito Internacional: cidadania, democracia e direitos humanos*, 1ª ed., Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 245.

²⁷⁸ Há um mandamento constitucional para que se criem condições de efetivação dos direitos sociais, derivativa da própria razão do Estado, com vistas a legitimar as transformações econômicas e sociais planificadoras do Estado Brasileiro surgido com a Constituição de 1988, o que se depreende da interpretação sistemática do preâmbulo, do Art. 1º, III e IV, Art. 3º, I e III, *paripassu* com a premência dos direitos fundamentais nos Arts. 5º e 6º. (Cf. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07/09/2019).

²⁷⁹ Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 477-478.

²⁸⁰ Há aqui uma discussão paralela que remete à teoria da reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais dela decorrente. No entanto, não é objetivo da pesquisa trazer as análises econômicas dos serviços públicos, relativos a este enfoque, para o que se indica conferir o estudo da reserva do possível em cotejo com a visão dos serviços públicos voltada ao seu usuário, constatada que a reserva do possível relaciona-se com a efetividade e não com a eficácia jurídica dos direitos sociais, a qual resta manifestada pelo reconhecimento de conteúdos extravagantes à prestação estatal concreta. (Cf. PEREIRA, César A. Guimarães, op. cit., p. 313-317, 332).

efetivas de certos serviços públicos quanto no da impossibilidade de publicização de outros²⁸¹. Nesse sentido:

A transferência de tarefas – repete-se – para os sujeitos privados não significa um abandono da responsabilidade estatal pela prossecução do interesse público inerente à realização do princípio da socialidade. Não se trata, pois, de uma desconstrução do Estado Social a favor das autoregulativas do mercado livre. A garantia de dimensões prestacionais indispensáveis à realização e concretização de direitos econômicos, sociais e culturais, não assenta já, exclusiva e predominantemente, numa tarefa de socialidade do Estado, antes tem como suporte as prestações fornecidas, com caráter de universalidade, por infraestruturas privadas. No plano teórico pode discutir-se se a nova cidadania social se reconduz à atribuição de direitos sociais ou se se trata de oportunidades sociais condicionadas à prestação de serviços sociais.²⁸²

Ainda assim, sem prejuízo da razão de Estado envolver uma iniciativa representada na contrapartida concreta referente aos direitos sociais,²⁸³ há espaço para robustecer ou criar serviços públicos insculpidos em direitos fundamentais. Serviços públicos vistos como instrumentos de concretização de direitos fundamentais compreendem os direitos prestacionais ou positivos, assim como os direitos liberais clássicos ou negativos, como a liberdade, a personalidade etc, já que estes são materializados por meio dos serviços públicos. A mesma lógica se aplica aos direitos de terceira geração, de característica híbrida, positiva e negativa,²⁸⁴ vez que sua concretização se efetiva pela mesma lógica, e por conterem uma manifestação mais ampla das diretrizes prestacionais de segunda e terceira dimensão.²⁸⁵

Os direitos fundamentais de primeira geração são condicionados pelo atendimento a uma burocracia, muitas vezes superável por avanços técnicos ou pela inovação de recursos e insumos a cargo do poder público;²⁸⁶ já para os direitos fundamentais de segunda geração há pouca ou nenhuma efetividade, vez que o Estado

²⁸¹ Cf. PEREIRA, César A. Guimarães. *Usuários de Serviços Públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 260.

²⁸² Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 354.

²⁸³ Grosso modo, os direitos sociais são aqueles que demandam mais prestações do Estado para a sua satisfação em função do seu caráter negativo, sensível de atuação estatal para se concretizarem. Além disso, os direitos sociais demandam um direito subjetivo contra o Estado, porque seu titular é um usuário hipotético que ocupará a posição de titular assim que criado o serviço, e contém caráter apriorístico para a atuação estatal que prefere sobre demais direitos e usuários pela qualidade do direito envolvido que normalmente se enquadra na categoria de direitos mínimos ou mínimo existencial, sem contar a subsidiariedade inscrita no Art. 173 da Constituição que impede a livre estipulação de atividades econômicas como serviços públicos. (Cf. PEREIRA, César A. Guimarães, op. cit., p. 303-304).

²⁸⁴ Cf. BARROS, Sergio Resende de. *Direito do Consumidor e Geração de Direitos*, in *Revista de Direito do Consumidor*, v. 40, São Paulo: RT, 2002, p. 278-282.

²⁸⁵ Cf. PEREIRA, César A. Guimarães, op. cit., p. 271.

²⁸⁶ Um exemplo pode colorir a afirmação: o robustecimento da mediação de conflitos como modelo em substituição à jurisdição, tendência que vem aumentando nos últimos anos.

relega a implementação ou consolidação de direitos sociais a segundo plano.²⁸⁷ O diagnóstico se faz pelos sintomas: a “explosão anômica de litigiosidade” dos direitos sociais; a gestão racional e econômica de riscos sociais e o descomprometimento público com as vigas-mestras do Estado Social.²⁸⁸

Avalia-se que o Estado solidifica de forma exauriente apenas os serviços públicos de primeira dimensão, pelas próprias limitações jurídico-normativas existentes naqueles de segunda dimensão, na forma das normas programáticas presentes em grande parte das prestações sociais. Estas são verificadas em comandos de legislação constitucional apenas para o núcleo essencial do direito, sem maior densidade para os consectários de sua aplicabilidade, trazendo como resultado a necessidade de esforço maior dos poderes para sua efetivação,²⁸⁹ sob pena de sua ineficácia ou inefetividade.

O aspecto material dos serviços públicos – a prestação concreta da atividade – traz uma complexidade fática que deve sobejar uma análise sistêmica do fenômeno social repercutido na implementação de tais serviços. Assim, os critérios empíricos e “sensível[is] aos influxos do ambiente”²⁹⁰, dialogando com política, economia e demais fatores, trazem uma visão ampla de serviços públicos, condizente com uma acepção crítica dos critérios normativos²⁹¹, presentes na visão de governabilidade expostas em capítulo anterior. Logo, “o grau de abstração das categorias dogmáticas disponíveis não acompanhou a dinâmica das transformações do próprio ordenamento jurídico”²⁹², já que o direito resta defasado na comunicação com os fatos sociais, em razão da capacidade reflexiva da teoria jurídica em não criar nem empoderar ferramentas aptas à descrição jurídica de novos fenômenos.^{293 294}

²⁸⁷ Novamente, exemplos para colorir a afirmação: o esforço político pela terceirização ampla, o avassalamento das leis trabalhistas, e o desmonte dos resquícios do *Welfare State* em políticas públicas e planos de governo.

²⁸⁸ Cf. FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 271-273.

²⁸⁹ Cf. QUINTILIANO, Leonardo David. *Direitos Sociais e Vinculação do Legislador: as reformas previdenciárias e seus limites no Estado Social e de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 135-136, 141-145. Como esforço pelo Judiciário o autor cita o caso do Princípio da Proibição do Retrocesso, cuja aplicação sofreu avanços e retrocessos para os direitos sociais, com revesses que indiciam relativização e pouca autonomia.

²⁹⁰ Cf. CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e diferenciação social*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 101.

²⁹¹ Cf. *Ibid.*, p. 101-102.

²⁹² Cf. *Ibid.*, p. 103.

²⁹³ Esse raciocínio se vale de inconsistências presentes na racionalidade jurídica, considerando o direito como sistema “operativamente fechado e cognitivamente aberto”, as quais dificultam a admissibilidade de enfoques não normativos e reforçam o apego a antinomias ou elementos formais. (Cf. *Ibid.*, p. 103-104). A função de garantir expectativas normativas pelo direito não se confunde com o direito em si, ou seja, os serviços públicos não coincidem necessariamente com as prestações que ele suprirá; desta forma, a análise da efetividade dos *serviços* deve envolver a natureza da prestação e toda a complexidade fenomênica a ela inerente, tornando a descrição da governabilidade dos serviços públicos plurifocal.

²⁹⁴ Concatenando este raciocínio com o filtro da pesquisa realizado anteriormente – a visão dos serviços públicos voltados ao usuário – é possível citar descompassos entre a norma e os fatos, de modo que o

Há outros focos de análise que permitem concluir que a eficiência estatal gira em torno de interesses oligárquicos, resultando em prejuízos coletivos.²⁹⁵ A desfragmentação do Estado com anéis burocráticos e “balcões privilegiados de negociatas, corrupção e assalto aos cofres públicos”²⁹⁶, relegando privilégios a grupos de poder e colocando em xeque a própria autonomia dos entes estatais,²⁹⁷ o que resulta na priorização deturpada das políticas públicas.

Um exemplo disso é o crescimento da influência da chamada *Administração Paralela*²⁹⁸, mecanismo de auto regulação da prática social sobre a abstração normativa, que se verifica por meio de procedimentos informais ou paralegais, não-ilícitos que adaptam dispositivos legais para dar efetividade aos comandos jurídicos. A sua existência e incremento provam a incapacidade do cumprimento estrito de previsões legais. Essa situação movimenta a máquina administrativa e o fenômeno da contratualização em torno da instrumentalização de interesses particulares nos poros da Administração Pública, já que são as oligarquias político-sociais quem detêm os meios de influir ou fazer surgir os procedimentos paralegais, em vista do seu poder econômico e jurídico. Resulta disso a ineficácia da atividade administrativa regular, subjugada pela *Administração paralela*²⁹⁹.

Naturalmente, o esforço para oligarquizar o acesso a direitos ou para acobertar possibilidades de efetivação de direitos sociais afasta o governo da razão de Estado e deixa os direitos humanos fundamentais à deriva.

Desta forma, efetivar serviços públicos significa alocá-los ou saneá-los com o objetivo de vencerem os obstáculos, impostos principalmente aos direitos sociais, com

fomento para a participação do usuário nos rumos do serviço caminha junto a impasses consistentes, como a “insuficiência dos mecanismos de representação para refletir a opinião democrática dos usuários e o aumento dos custos econômicos derivado da procedimentalização”, resolvidos com a criação de instrumentos e a ponderação de critérios. (Cf. PEREIRA, César A. Guimarães. *Usuários de Serviços Públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 131).

²⁹⁵ Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva: 2006, p. 6.

²⁹⁶ Cf. CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 58.

²⁹⁷ Cf. *Ibid.*, p. 58-59.

²⁹⁸ Conceitua-se *Estado paralelo* como aquele que está à margem do estado de Direito e com ele coexiste, pelo evoluir de espaços extra-legais ou de legalidade atenuada, ou pela aplicação inexistente ou deficiente da lei, bem como sua instrumentalização para fins não oficiais. Outros indícios são a não regulamentação de direitos fundamentais e a não mobilização dos governos para implementação de políticas públicas, de forma a desvalorizar direitos sociais e a construção do Estado Democrático de Direito. Logo, o *Estado paralelo* é uma manifestação que se obtém na *Administração paralela*, enquanto visto sob a ótica do direito administrativo. (Cf. *Ibid.*, p. 62).

²⁹⁹ Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva: 2006, p. 20-23, 25, 29-30, 91-92.

vistas a emancipar os direitos humanos como um todo, e validar a razão de Estado circunscrita ao conceito geral de desenvolvimento.

3.3 – A NOÇÃO DE SERVIÇO ADEQUADO

Como fenômeno institucional de reflexos sociais, os serviços públicos devem repercutir expectativas afetas à cidadania e reagir a demandas da população. Investiga-se assim o alinhamento do serviço não só aos seus fundamentos legais e constitucionais, mas também a temas oblíquos e laterais, de similitude temática e conformidade ontológica, num esforço plurilateral.

A raiz constitucional de *serviços públicos* entronca as suas variadas manifestações sob os vetores que lhe são condizentes: a dignidade da pessoa humana, os princípios da Administração Pública, a segurança jurídica, a proporcionalidade, dentre outros. A coordenação do *ethos* de serviços públicos coerente com a matriz principiológica da CF/88 sintetiza um valor-fonte, uma ideia nuclear, a eflorescência de uma conformidade *lato sensu* do serviço ao seu fundamento. Em síntese: uma *adequação* do serviço ao seu fundamento.

Adequar significa conformar, acomodar em torno de algo, compatibilizar objetos³⁰⁰. Um sentido amplo de adequação abrange um largo espectro conformador de um objeto, ontológico e dogmático, jurídico e sociológico, e assim por diante.

A ideia de adequação pode ser então compreendida como sinônimo de conformidade do serviço à sua finalidade essencial; sua utilização ampla pode culminar numa macro acepção de *adequação* como condensação dos fundamentos gerais do serviço – constitucionais, legais, fáticos.³⁰¹ A própria qualificação de uma prestação como serviço público traz como consequência a eclosão de um direito subjetivo dos usuários a um

³⁰⁰ Afinal, este termo traduz a qualidade de algo apropriado, conveniente para determinado uso ou fim, que está perfeitamente ajustado com algo. Verbetes: *adequado*. (Cf. INSTITUTO ANTONIO HOUAISS DE LEXICOGRAFIA (org). *Pequeno Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. São Paulo: Moderna, 2015, p. 30).

³⁰¹ Trata-se de opção metodológica para a construção das premissas desta pesquisa. Aproxima-se da noção de adequação como critério do princípio constitucional da proporcionalidade, porém enviesa-se o sentido adotado para adequação segundo a construção lógica voltada a criar pontos de contato com a efetividade. Para maior detalhamento do princípio constitucional da adequação (Cf. QUINTILIANO, Leonardo David. *Direitos Sociais e Vinculação do Legislador: as reformas previdenciárias e seus limites no Estado Social e de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 211-215).

serviço que cumpra os parâmetros legais e constitucionais e seus pressupostos fáticos, como consequência da premência pública desta atividade.

É possível avaliar se dado serviço público se reveste da qualidade de adequação acaso este *serviço* seja funcional e condizente com o seu lastro jurídico-sociológico.³⁰² Tanto é que a própria Constituição já tinge o pressuposto e a finalidade do serviço com critérios de adequação (Art. 175, parágrafo único, IV): através do comando constitucional cria-se a sintaxe entre o substantivo “serviço” e o adjetivo “adequado”, abrindo espaço para que essa construção seja regulamentada e discriminada de outras situações pares. Cria-se espaço inclusive para uma alusão mediata à razão de Estado informadora do serviço público.

Deste modo, o serviço público deverá existir em função da sua prestação como *serviço adequado*: um serviço não adequado descumpre sua função político-social (na figura das exigências coletivas) e também sua programação constitucional (na figura dos comandos normativos). Resultará num serviço anêmico, distante de seu substrato fático, em desacordo de sua fonte normativa, num serviço não efetivo. Calibrando o conjunto de ideias traçadas, é possível elaborar: *efetivo é o serviço público adequado*.

O amálgama destes elementos torna possível a singularização da efetividade pelo atributo da adequação. A adequação espelha uma faceta da efetividade do serviço na medida em que se alinha com o fundamento normativo e fático do serviço e também o comunica com a legitimidade sócio-política do poder dirigente. Serviços públicos *adequados* são *efetivos* se têm potencial para promover ou não a finalidade pretendida, para atingir o resultado para o qual foram criados.

Importante mencionar que a adequação apresenta larga margem de relatividade,³⁰³ já que seus parâmetros podem ser alterados no tempo e espaço, e sua construção aproxima-se muito mais de um processo do que de um dado estático. Especialmente para os serviços públicos, a adequação encontra alguns axiomas.

Pode-se afirmar como um núcleo da “adequação” a condensação dos princípios gerais dos serviços públicos, constitucionalmente referidos. Desta forma, destacam-se as chamadas “leis de Rolland”³⁰⁴, que se impõem a todos os serviços,³⁰⁵ em função do escopo

³⁰² Cf. MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de Serviço Público: inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 245.

³⁰³ Cf. *Ibid.*, p. 251.

³⁰⁴ Louis Rolland foi contemporâneo a Duguit e Jéze e de certa forma relativizou a concepção deste último sobre o absolutismo e premência do regime jurídico para a definição dos serviços públicos. Entendia que era

normativo intrínseco a toda e qualquer atividade desempenhada pelo Estado, dos atributos intrínsecos a todos os serviços, e modernamente compreendido segundo os ditames da segurança jurídica e da ideia de juridicidade enquanto ampliação do princípio da legalidade.³⁰⁶

Neste contexto, o escopo original dos serviços públicos previa como valores norteadores do desenho jurídico-conceitual a continuidade, a adaptabilidade, a titularidade pública e a igualdade de usuários. Esse impulso inicial eclodiu em outras segmentações do tema, a revestir-se de transparência, responsabilidade, acessibilidade e presteza.

A adequação no serviço pode ser convalidada por padrões de eficiência e qualidade na prestação do serviço, no entanto a abordagem constitucional do instituto promoveu uma leitura ampla do tema, condizente com o respeito aos direitos fundamentais, afinal, o universo principiológico no qual navegam os serviços públicos insere diretrizes de Estado e do regime constitucional por meio dos Arts. 1º e 3º da Constituição Federal.³⁰⁷ Aqui entra a janela para o fundamento humanista do pacto brasileiro de 1988, fazendo com que os direitos fundamentais possam empoderar a noção geral de *serviço público* e tornar espesso um conceito amplo de adequação.

Posteriormente, valores intrínsecos ao plano de reforma administrativa do estado foram reunidos ao conceito de adequação criando uma aderência dos serviços ao seu fundamento jurídico maior – constitucional, legal e sociopolítico.

Estabelecem-se os parâmetros de adequação por critérios normativos, que positivam de forma direta o Princípio da Adequação. Ainda assim, destaque-se o espaço

obrigação dos governos prover o bem comum, o que era feito pelos postulados que enformam a prerrogativa de aplicar com poder de império as atividades públicas, transformados nos princípios de direito público devido à sua densidade normativa. (Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 89-90).

³⁰⁵ Este conjunto mínimo de caracteres inerentes a todo e qualquer serviço público foram propostos por Louis Rolland nos anos 1930 na França, na esteira da Escola do Serviço Público e dos mandamentos de Duguit para a sistemática conceitual dos serviços públicos. (Cf. GROTTI, Dinorá Adelaide. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 255-256).

³⁰⁶ EGON MOREIRA entende que os critérios da igualdade e da continuidade dependem da efetiva mutabilidade dos contratos de concessão carreadores de serviços públicos, com vistas a sinalizar por segurança jurídica, numa visão relacional entre a adequação e a dinamicidade necessária aos contratos de concessão modernos. (Cf. MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de Serviço Público: inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 44).

³⁰⁷ Cf. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07/09/2019.

existente para outro grupo de critérios que densificam uma noção geral de adequação de forma indireta pela previsão de critérios de qualidade e adequação do serviço.³⁰⁸

Resta analisar ambos os critérios em sua plenitude, através das acepções possíveis para a noção de adequação, caminhando pelas possibilidades normativas, expostas em diversos diplomas que versam sobre o tema dos serviços públicos.

3.3.1 Princípio da Adequação

O Princípio da Adequação envolve então uma soma de noções que atribuem um sentido jurídico à ideia geral de adequar, represando sua generalidade e indeterminação; “adequar” reflete conformidade, proporcionalidade e finalidade.

Primeiramente, a Lei nº 8.078/1990 – Código de Defesa do Consumidor – trouxe vetores de qualificação dos serviços públicos. Há relações de consumo em transações concernentes ao poder público, tanto como consumidor quanto como fornecedor, ainda que não seja possível tomar como absoluta essa constatação.³⁰⁹ Logo, não é estranho ao escopo do código consumerista dispor sobre serviços públicos, já que há aqueles onde se verificam relações de consumo com o poder público.³¹⁰

A aplicação é pontual e parcial – valem os dispositivos que não contrariam outros diplomas sobre serviços públicos. A Lei nº 8.078/90 tangencia os serviços públicos como princípio da Política Nacional de Relações de consumo (Art. 4º, VII); direito básico do consumidor (Art. 6º, X) e regras de prestação dos serviços (Art. 22)³¹¹. Desta forma, o

³⁰⁸ A opção metodológica bipartite inspira-se na separação entre forma e conteúdo, sobretudo pela diferença entre um objeto e seu regime jurídico, sob pena de se flertar com tautologias de estiagem científica. (Cf. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 112-113). Nesse compasso, entende-se “adequação” como uma ideia mais ampla do que sua aplicação jurídico-administrativista presente no “princípio da adequação”; o objeto “adequação” engloba o regime do “princípio da adequação”, que não o esgota.

³⁰⁹ Há correntes doutrinárias que restringem as hipóteses de aplicação do Código de Defesa do Consumidor para o poder público, mormente em relações aparentadas a relações de consumo mas que não contenham essa qualidade, face ao poder de império ou de relações de subordinação do administrado (inclusive sob o regime tributário de taxa ou tarifa) e há alguma unanimidade na aplicação deste Código para a exploração de atividades econômicas pelo poder público, eis que mais próximas do perfil das transações comerciais e da figura do poder público como fornecedor de produtos ou serviços para um usuário. (Cf. PEREIRA, César A. Guimarães. *Usuários de Serviços Públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 134-211).

³¹⁰ Cf. MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de Serviço Público: inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 305.

³¹¹ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (...)

VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos; (...)

Código consumerista elenca a adequação, a continuidade, a eficiência e a segurança como condições da prestação do serviço. Há um viés negocial para os critérios de adequação da lei do consumidor, vez que a proteção e promoção do consumo como política pública estatal deve observar uma racionalização enfeixada pela eficiência dos serviços e produtos sob um crivo de mercado.³¹² Aqui a ideia núcleo de adequação já engloba toda uma série de adjetivos ou critérios implícitos para os serviços públicos, ainda que não tenham sido esmiuçados por este diploma legal.

A Lei nº 8.078/1990 tangencia um conceito normativo do Princípio da Adequação no Art. 6º, X (já citado) enquanto prescreve direitos básicos do consumidor referentes aos fornecedores públicos. Há uma possibilidade exegética de definição deste princípio ao aliá-lo à ideia de eficácia, num contexto de regularidade na prestação dos serviços segundo as diretrizes da lei consumerista, o que, no entanto, carece de exatidão.

Em segundo lugar, vem a Lei federal nº 8.987/1995 que regulamenta o Art. 175 da CF/88, prevendo a hipótese de prestação de serviços públicos de forma indireta sob regime de concessão ou permissão. Este comando foi concretizado nesta lei, que regulou os regimes de concessão e permissão, e trouxe dispositivos relativos aos serviços públicos, como princípios, critérios e regulamentação de tarifas. Trata-se de dispositivo que infere uma incumbência de prestar o serviço público por meio do regime de concessão ou permissão à iniciativa privada. Consequentemente, a Lei nº 8.987/1995 é uma lei-quadro³¹³ que dá concretude ao dispositivo constitucional, na forma de lei nacional de regulamentação do tema para todos os entes federativos³¹⁴, o que robustece os princípios e normas gerais para todos os serviços públicos dos três entes federativos.

Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...)

X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

(...)

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

³¹² Observe-se o sentido preciso de racionalizar, ligado à lógica do *racional-técnico*, distinto do *razoável-político*, cuja distinção pode ser visualizada no trecho: “enquanto o controle do razoável envolve forte conteúdo político, sindicável apenas diante de “zonas de certeza (positiva ou negativa)”, mas nunca na chamada “zona cinzenta”, o controle da racionalidade, sendo técnico, permite uma avaliação objetiva do resultado, que em síntese, representa o atendimento do princípio da eficiência, elevado à categoria de princípio constitucional”. (Cf. SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Proteção do Usuário de Serviços Públicos*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, SUNDFELD, Carlos Ari (orgs.). *Doutrinas Essenciais: Direito Administrativo, Volume VI: Administração Pública Indireta e Regulação*. São Paulo: RT, 2012, p. 1267).

³¹³ Expressão utilizada por EGON MOREIRA, que destaca a lei como parâmetro normativo para a prestação de serviços públicos (Cf. MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de Serviço Público: inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 50).

³¹⁴ Cf. AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de Serviço Público*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, 15-16.

A Lei nº 8.987/1995 trouxe o rol mais completo do Princípio da Adequação dos serviços públicos no seu Art. 6º,³¹⁵ o que levou adiante a tábua de conformidade para operacionalizar os variados aspectos constitucionais da adequação, atualizados com a Reforma Administrativa. Todo esse conjunto de critérios conotam adjetivos ligados à quadratura de um sentido lato de “adequação”, de modo que cada feixe reflete um perfil, um olhar técnico-jurídico sobre as manifestações daquilo que é adequado. Assim, o Art. 6º §1º da Lei nº 8.987/1995 enumera a continuidade, regularidade, generalidade, modicidade, cortesia, segurança, atualidade e eficiência como critérios de verificação de adequação, incidentes sobre todos os serviços públicos, não só aos concedidos, porque refletem as ditas “leis de Rolland”.

Congregam-se vários enfoques para eclodir no sentido geral de adequação. Pode-se reuni-los no quadro normativo que a Lei nº 8.987/1995 traz: regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia e modicidade. Em complemento, há outros quadros, como a Lei paulista nº 7835/1992, agregando à adequação a qualidade e o atendimento ao interesse público.³¹⁶

Em primeiro lugar, *regular* é o serviço que se presta ao cumprimento estrito de regras e normas de serviço, como decorrência do princípio da *juridicidade* aplicado aos serviços públicos.³¹⁷ Normas e regras aqui devem ser vistas sob um ângulo amplo, abrangendo também normas infralegais e regulamentares que infiram parâmetros de qualidade e atendimento ao interesse público – em paráfrase ao dispositivo da Lei paulista de serviços públicos pertinente. A regularidade é condicionante de um serviço lícito e conforme aos seus fins. A regularidade é medida para mensuração do cumprimento do *serviço* à sua finalidade. Outro enfoque para a regularidade aponta para a estabilidade e

³¹⁵ “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.

§ 3o 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, considerado o interesse da coletividade.”

³¹⁶ Com destaque: “Art. 17 - Para os fins do disposto no inciso I do artigo anterior, serviço adequado é o que atende ao interesse público e corresponde às exigências de qualidade, continuidade, regularidade, eficiência, atualidade, generalidade, modicidade, cortesia e segurança.” Cf. SÃO PAULO (ESTADO). Lei nº 7.835, de 08 de maio de 1992. *Dispõe sobre o regime de concessão de obras públicas, de concessão e permissão de serviços públicos e dá outras providências*. Diário Oficial do Estado, São Paulo, SP, 09 de maio de 1992, p.1.

³¹⁷ Afinal, “regular” é o serviço que esteja em conformidade com as leis e princípios que o regem, de modo que o contato com o princípio da legalidade é decorrência lógica e direta.

submissão a procedimentos prévios – regras de conhecimento público e normas técnicas – com vistas a manter a normalidade na prestação.³¹⁸

A continuidade reflete a permanência da atividade estatal fulcrada no serviço público, sob a forma de um desempenho obrigatório. Contínuo é aquilo que permanece em atividade sem interrupções imprevisíveis. Deriva da ideia de indisponibilidade do interesse público, e tem importância histórica na doutrina administrativista francesa pela ponte que fez com a própria função do Estado. A feição executivo-administrativa do Estado não pode ser inerte ou intermitente, doutro modo deturparia a própria missão do Estado em si. Este critério cria como resultado a manutenção de uma permanência da oferta do serviço. Isto não significa que o Estado deve prestar atividades a todo o tempo, como um *motor não exaustivo em ciclo perpétuo*, porém o Estado deve ter presente uma estrutura potencial para prestar as suas atividades e colocá-la em movimento, assim que as condições fáticas ou jurídicas o permitirem – trata-se da continuidade relativa.³¹⁹ Por outro lado, o Estado não poderá gerir-se – em condições normais³²⁰ – pela imobilidade, pela passividade, pela omissão de atividades. Também se define a continuidade pela permanência das condições funcionais da atividade, seja por critérios técnicos, seja em consideração ao usuário concreto efetivamente considerado, sendo ambos manifestação externa do funcionamento regular do serviço conforme a necessidade pública subjacente.³²¹ Há um núcleo duro da continuidade que se aproxima do absoluto: são os serviços ditos essenciais, para os quais as regras de interrupção são mais rigorosas – ainda que haja controvérsia³²² sobre o alcance dos limites da essencialidade e desse absolutismo. Finalmente, a continuidade reflete diretamente a adequação na medida em que carrega em si o dever jurídico de implementação do comportamento adequado - delimitado à situação concreta -, frente às exigências e demandas do direito subjetivo em espécie.³²³

A generalidade ou universalidade afere a abrangência na prestação do serviço, um vetor de acessibilidade como manifestação do princípio da igualdade dos usuários e isonomia no seu tratamento. O escopo dos serviços deve ser universal e não deverá haver

³¹⁸ Cf. MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de Serviço Público: inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 253.

³¹⁹ Cf. GROTTI, Dinorá Adelaide. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 261-262.

³²⁰ A própria Lei nº 8.987/1995 elenca hipóteses de descontinuidade na interrupção por emergência ou após aviso prévio fulcrada em razões de ordem técnica ou inadimplemento do usuário no Art. 6º, §3º.

³²¹ Cf. MOREIRA, op. cit., p. 254.

³²² Cf. GROTTI, Dinorá Adelaide, op. cit., p. 264-276. Também: Cf. MOREIRA, Egon Bockmann, op. cit., p. 267-268.

³²³ Cf. GOFFI, Ana Maria; SCARTEZZINI, Flaquer. *O princípio da Continuidade do Serviço Público*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 119, p. 113.

discriminação para a sua prestação, sem eleição de usuários nem preterição de necessidades – naturalmente observadas as condições de oferecimento da atividade estatal sob o filtro da proporcionalidade.³²⁴ Há um braço de neutralidade no serviço que reforça a isonomia dos usuários e a amplitude da sua oferta. A oferta deve ser assim ampla ou potencial, abrigando todos os sujeitos que acusem necessidades sociais ou direitos fundamentais descobertos, na esteira da visão constitucional dos serviços públicos – sob fruição geral e incondicionada. O Estado deverá perseguir a isonomia com vistas a “corrigir os desníveis no acesso a direitos e oportunidades na oferta de serviços públicos”³²⁵, derivativo do acesso de novos grupos de usuários aos serviços como produto natural da universalidade. Isso não impede porém que sejam criadas categorias diferentes de usuários para corrigir desigualdades e promover uma discriminação positiva, fulcrada em lei, alinhada a objetivos de efeitos redistributivos.

A modicidade concerne ao custo do serviço e o seu reflexo para o usuário. Sem prejuízo da variável econômica presente na prestação de atividades pelo Estado, a complexidade jurídica dos serviços públicos deve considerar os demais aspectos que os diversifica das atividades econômicas em sentido estrito: alude-se ao desenho constitucional das atividades estatais qualificadas como serviços públicos, vale dizer, à missão do Estado enquanto defensor e promotor de direitos fundamentais, especialmente como distribuidor de riquezas e promotor de políticas públicas. Com isso, paralelamente aos vetores econômicos inerentes à realização da atividade, o custo dos serviços públicos seguirá um ideal de razoabilidade, aferido na formação do preço de taxas e tarifas. A medida do custo varia em função da magnitude do valor consagrado pela Constituição, e do maior ou menor papel do Estado na sua formação. A modicidade também funciona como critério para a generalidade na medida em que permite o acesso universal ao compatibilizar o retorno econômico do prestador do serviço com uma viabilidade financeira do usuário.

Seguro é o serviço prestado com a cautela necessária para afastamento de riscos ou negligências na atividade. A noção de segurança está ligada à de qualidade na prestação, já que os parâmetros para a atividade segura virão em normas técnicas e em

³²⁴ Cf. GROTTI, Dinorá Adelaide. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 288-289.

³²⁵ Cf. KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Funções Administrativas do Estado*. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella (coord.). *Tratado de Direito Administrativo – Volume 4*. São Paulo: RT, 2015, p. 100-101.

modos de realização consagrados. Afinal, para ir ao encontro de uma oferta geral, o serviço não pode apresentar riscos ou ingerências indevidas de material, infraestrutura ou pessoas.

Pareado com a noção de qualidade está a cortesia, que traduz o atendimento ao usuário sob princípios éticos, de urbanidade e de moral social. Este critério é a janela para a dignidade da pessoa humana, a moralidade, a publicidade e a impessoalidade, traduzido inclusive no direito dos usuários terem acesso aos dados do serviço.³²⁶ Trata-se de alçar estes valores a um perfil de dever jurídico, de obrigatoriedade, de medida de qualidade, valorizando assim a figura do usuário enquanto usufrui do serviço.

O critério da atualidade reflete o compasso da atividade com as atualizações técnicas e tecnológicas. O serviço não poderá ser engessado, arcaico, superado, sob pena de nublar a qualidade do serviço e subverter o efeito regular, universal, contínuo e seguro que se espera da atividade estatal. A mutabilidade do serviço permite que haja sua efetiva continuidade, sob uma iniciativa de pesquisa e supervisão da atividade para um conjunto de usuários efetivos, assim como para um universo de usuários potenciais com um incremento eventual da demanda – intercorrência a que o serviço deverá fazer jus. A atualidade envolve assim um núcleo de modernidade de recursos e técnicas voltados à satisfação da atividade estatal – a prestação deverá seguir o estado da técnica das atividades relacionadas. Um conceito de atualidade abrigando seus elementos está na Lei Paulista de Concessões e Permissões de Serviços Públicos³²⁷. Além disso, a atualidade implica uma adaptabilidade do serviço às necessidades e exigências de interesse público, o que é cambiável no tempo e no espaço, segundo o objetivo a ser atingido pela Administração Pública no caso concreto, denotando as novas visões do Direito Administrativo.

Por fim, o elemento eficiência reflete o Princípio Constitucional da Eficiência da Administração Pública do Art. 37 da CF/88,³²⁸ segundo a atualização imposta pela Emenda Constitucional nº 19/98 a qual inseriu este princípio no *caput* deste artigo por força da Reforma Administrativa de 1995 e da escola da Administração Gerencial. Especificamente para os serviços públicos, a eficiência emana o cumprimento das normas base para o serviço e o aprimoramento dessas regras segundo o estado da técnica relativo à atividade.

³²⁶ Cf. MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de Serviço Público: inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 257.

³²⁷ Vide Nota 316 acima.

³²⁸ O Princípio da Eficiência relaciona-se de forma lateral com alguns dos pontos levantados nesta pesquisa, porém seu estudo aprofundado verterá a rumos incompatíveis com o recorte aqui traçado e o método delineado para a construção dos silogismos pretendidos, de forma que não haverá uma análise disso.

Não se olvide nesse ponto as vigas mestras dos serviços públicos como espécie de atuação administrativa, vez que os demais princípios constitucionais da Administração Pública do Art. 37 também hasteiam um sinal de adequação da atividade estatal. A legalidade, a impessoalidade, a publicidade e a moralidade são pontos a se observar, já que irradiam sua carga principiológica para toda a Administração Pública. Estes incorporam o solo dentro do qual a adequação caminha sob seus diferentes perfis e com seus diferentes elementos já destacados. Adequado é o serviço que reúne de maneira concomitante os aspectos da regularidade, da continuidade, da modicidade, da cortesia etc. Adequado também é o serviço regular, contínuo e *afim*, que respeita sobretudo a legalidade, a impessoalidade, a publicidade, a moralidade e a eficiência.

Estes elementos trazem aspectos centrais da adequação, sob o feixe jurídico do Princípio da Adequação, como síntese de sua elaboração, porque extravasam a soma destes aspectos, por meio da harmonização dos elementos que definem o sobredito princípio em casos concretos, sob as vestes de um direito administrativo constitucionalmente orientado. Ainda assim, não esgotam a adequação do serviço ao seu fundamento.

3.3.2. Adequação como elemento subjacente

A multiplicidade de regimes jurídicos incidentes sobre os serviços públicos – sintoma da sua diversidade e variabilidade – faz com que haja diversidade nos critérios de adequação modulados para cada serviço público em face das suas peculiaridades.³²⁹

Esses critérios ou atributos de adequação ampliam o campo normativo da adequação, presente nas leis que o definem e lhe dão as características gerais. Então, é possível tratar esses *critérios* como *normas principiológicas* de adequação, já que concedem carga valorativa para os postulados que tratam de adequação,³³⁰ o que não se confunde com o Princípio da Adequação em si anteriormente exposto.

A ideia de adequação do serviço público aos parâmetros gerais dos regimes jurídicos dos diversos serviços extrapola os dispositivos sobre o Princípio da Adequação,

³²⁹ FLORIANO MARQUES DE AZEVEDO NETO elenca um rol mínimo constando os critérios da *universalidade, continuidade e eficiência*. (Cf. KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Funções Administrativas do Estado*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). *Tratado de Direito Administrativo – Volume 4*. São Paulo: RT, 2015, p. 118).

³³⁰ A doutrina não é unânime no tratamento dos critérios como princípios, mas o entendimento a favor da carga principiológica é embasado, por exemplo, por EGON MOREIRA. (Cf. MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de Serviço Público: inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 242-243).

caso se detenha para uma visão restrita da adequação segundo os dispositivos legais que a circunscrevem. Uma noção ampla de adequação abrange diversos elementos – normas, conceitos ou elencos – porque o próprio significado de adequação envolve conformar, compatibilizar, dentre outros verbos de alargamento interpretativo. Tal amplitude traz ideias pares ao Princípio da Adequação, mas vão além deste justamente pela sua essência similar a uma “cláusula aberta”.

Estes critérios acabam por alimentar o próprio Princípio da Adequação, dando-lhe vetores de interpretação, porque substancializam contornos gerais de regularidade e eficiência de variadas espécies de regimes jurídicos de serviços públicos. A partir de outras hipóteses e pontos de partida, a adequação alcança uma densidade mais elevada e um patamar científico diversificado, como premissa fundante e retro alimentadora da noção geral de adequação frente aos serviços públicos.³³¹

Cria-se, a partir disso, uma fonte de influência sistêmica para a consolidação do que seria um serviço amplamente adequado, ao largo dos parâmetros positivados, o qual merece ser brevemente mencionado para indicar possíveis hipóteses de pesquisa a serem oportunamente desenvolvidas, que não serão realizadas nesta oportunidade.

³³¹ Inclusive constata-se na doutrina um esforço em caracterizar um “direito fundamental ao serviço público adequado”, pelo direito subjetivo de exigir a prestação de atividades materiais pelo Estado, através dos serviços públicos instrumentalizados para a efetivação de demais direitos fundamentais. Trata-se de decorrência lógica do gozo e acesso dos direitos sociais constitucionais, envolvida pela obrigação estatal de satisfazer o cidadão em decorrência do regime constitucional de prestação de atividades pelo Estado. O conteúdo semântico da adequação pode ser encontrado nas leis que tratam do tema, mas a previsão de um “direito a dar concreção a outros direitos”, ambos marcados pela fundamentalidade, é identificado por esta construção. (Cf. HACHEM, Daniel Wunder. *Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão: repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material*. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, jan./mar. 2014, p. 123-158,).

3.4 – SERVIÇOS PÚBLICOS EM POLÍTICAS PÚBLICAS

Numa acepção fenomênica - do serviço público “em movimento” - *efetivar* é concretizar a política pública relacionada, prescrita no direito humano e inscrita no serviço público que lhe dá voz, referenciado pela razão de Estado e atendendo ao princípio da adequação a ele inerente.

A atuação do Estado interfere nas esferas privadas por diferentes modos e graus: prestações, programas finalísticos, programas relacionais ou atos incitadores. Cada qual destes é usado de modo concomitante, criando um espaço de convivência localizado entre modelos liberais ou intervencionistas.³³² A exteriorização e manifestação do Estado podem se dar por meio das políticas públicas, como planos de governo para cumprimento das diretrizes normativas nas quais o Estado está imiscuído.

Políticas Públicas tomam a forma de diretrizes de interesse público que determinam programas de ação para o Governo, e deveres de conduta voltados aos governados, para a ordenação e coordenação de fins políticos, econômicos, sociais e culturais “relevantes para plenificar o Estado Democrático de Direito”³³³.

Podem ser vislumbradas pela conjugação de meios públicos e atividades privadas para implementação de “objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”, com a interpenetração das esferas jurídica e política vertendo seus processos de comunicação “na estrutura burocrática do poder, Estado e Administração Pública”, e atribuindo “critérios de qualificação jurídica de decisões políticas”³³⁴.

As políticas públicas servem para operacionalizar a norma e o objetivo constitucional de certa área do saber, concretizando o planejamento da ação estatal em determinado setor da sociedade. Nesse espectro, as políticas públicas expressam a política geral do Estado dirigida em função de um valor superlativo - concordante com uma

³³² Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva: 2006, p. 246-247.

³³³ Cf. BARROS, Sergio Resende de. *Contribuição dialética para o constitucionalismo*. Campinas: Millennium, 2007, p. 246.

³³⁴ Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari, op. cit., p. 241-242.

ideologia presente na constituição -, por meio da racionalização e sistematização de ação coordenada, expressa em uma política específica setorial.³³⁵

A estruturação de planos técnicos de atuação racional envolve a formulação de objetivos possíveis e realização factível, com a mobilização de forças e recursos pelo Estado, o que cria um paradigma de atuação qualitativa do governo, evoluindo do simples cumprimento das leis para a realização efetiva da ação de governo. Em suma: as políticas públicas envolvem uma postura pró-ativa do Estado dirigida pelas normas Constitucionais.³³⁶

Nesse sentido, a Constituição contém as premissas materiais para consecução dessas políticas, o que efetiva os direitos fundamentais pela sua “metamorfose programática em políticas públicas, bem como à metamorfose democrática das políticas públicas em políticas do povo, sob pena de se tornarem em sua essência meras políticas eleitorais”, assim “(...) atendendo ao interesse da administração enquanto sujeito jurídico”³³⁷.

Abrigando competências governamentais como manifestação de vontade estatal, as políticas públicas podem ser visualizadas como programas de ação destinados à concretização de direitos individuais e coletivos, o que também forma um conteúdo essencial da autonomia federativa.³³⁸ Isso se explica pela necessária interação entre as funções estatais para suprir a complexidade e duração característica de tais políticas, cuja afirmação material envolve a conjugação dos poderes executivo e legislativo na sua elaboração e execução, assim como destes e do poder judiciário no seu controle e avaliação.³³⁹

³³⁵ Cf. BARROS, Sergio Resende de. *Essência e Aparência*. In: BEÇAK, Rubens; NIMER, Beatriz Lameira Carrico; QUINTILIANO, Leonardo David (orgs.). *Princípios Constitucionais - Contribuições à Luz da Obra de Sérgio Resende de Barros*. Belo Horizonte: Arraes, 2018, p. 11-12.

³³⁶ Cf. *Ibid.*, p. 337-338.

³³⁷ Cf. *Ibid.*, p. 13.

³³⁸ Cf. QUINTILIANO, Leonardo David. *Autonomia Federativa: Delimitação no Direito Constitucional Brasileiro*, 2012, 321 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 123-124.

³³⁹ LEONARDO QUINTILIANO inclusive adota uma posição que aloca as políticas públicas entre *políticas de governo* e *políticas de Estado* e as aproxima do conceito de *governança* porque designativas do próprio processo de governar sob um conjunto coordenado de ações. Este enfoque demonstra a complexidade das políticas públicas no macroplano da ação estatal, reforçando a sua parentalidade com os serviços públicos, e corroborando o pressuposto tratado neste capítulo. Com o objetivo de construir a sua ideia, o autor expõe a etimologia do termo *governança*, daí a adoção deste termo para a expressão de seu raciocínio. (Cf. *Ibid.*, p. 134-136). Entende-se que o sentido adotado de *governança* por este autor não choca com o sentido de *governabilidade* trazido nesta dissertação, por compartilharem vários pontos de contato.

É clara sua identificação com o segmento da representatividade do poder, pois dentre seus atores obscuros encontram-se os grupos de pressão, que influem na pauta política - como coautores ou coadjuvantes -, ou na efetividade das políticas em si – enquanto moldam o seu conteúdo para os seus interesses. Esclarecendo:

Como a representação constitucional é representação de ideias, não sente o indivíduo representados os seus interesses. Para a defesa destes interesses, une-se ele em outros grupos, serve-se ele de outros instrumentos – os grupos de pressão. O grupo de pressão é todo e qualquer grupo que procure influir no governo em defesa de um interesse. Não quer para si o governo, contenta-se com que este sirva a seus interesses. Não luta por ideias, salvo na medida em que estas se tornem interesses.³⁴⁰

Importante notar que o Estado atua respaldado em inúmeras políticas públicas, setoriais ou temáticas, de forma que um estudo completo do tema foge ao objeto desta pesquisa. Importante também referir as políticas públicas que dialogam com os serviços públicos, cotejando os aspectos conceituais de cada um desses institutos.

Nesse ponto vale citar o fenômeno da administrativização das políticas públicas. Nesse sentido, ao invés de se assumir políticas públicas simplesmente como atos políticos presentes na função política de Governo, amplia-se sua acepção para um quadro normativo de ação informado por elementos do aparelho burocrático para efetivar a prestação governamental. A articulação dos mecanismos públicos que darão concreção à política pública depende diretamente dos instrumentos de Direito Administrativo: estruturas organizacionais, recursos financeiros, figuras jurídicas - em especial os princípios administrativos e o uso da discricionariedade administrativa.³⁴¹ As políticas públicas podem inclusive fazer brotar os instrumentos administrativos necessários para a operacionalização do governo, pois vêm no momento posterior à determinação das políticas de governo e de implementação da legislação correlata. Assim, o Direito Administrativo “disciplina organização, composição, funções e processos”³⁴² das políticas públicas.

³⁴⁰ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, 40ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 119.

³⁴¹ Nesta intersecção, propõe-se uma “nova percepção dos fenômenos jurídicos e a interação com o contexto social”, com vistas à operacionalização da política pelos parâmetros de legalidade e constitucionalidade. A autora propõe uma nova categorização do Direito Administrativo frente à articulação entre política e direito necessária para corresponder aos desafios da relação administrativista em cotejo com a sociedade, característica de um Direito Administrativo mais negocial ou “dialogico”. (Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva: 2006, p. 249-250, 255, 278).

³⁴² Cf. *Ibid.*, p. 67-68.

Serviços públicos em geral estão no bojo de políticas públicas; serviços que sejam efetivos tornam as políticas públicas funcionais, as vivificam. Os serviços públicos aparecem então como um dos braços para execução de políticas públicas, uma das formas de estimular resultados sociais ou econômicos. Nesse sentido, as políticas (“fins”) usariam de serviços públicos (“meios”) como uma de suas formas de institucionalização, e um dos caminhos para alcançar objetivos práticos.³⁴³ Afinal, “os serviços públicos formam a base das políticas sociais e um importante indicador de legitimação do governo”³⁴⁴.

Existe um elo entre políticas públicas e os serviços delegados (prestados por particulares mantendo a titularidade estatal), pois este mecanismo de prestação de serviços representa a exploração de atividades econômicas enviesado por uma política pública específica. A falha na prestação do serviço concedido reflete-se sobre toda uma coletividade - há uma gama de usuários que não se beneficiará do serviço e diminuirá a eficácia da política pública envolvida.³⁴⁵

Logo, serviços públicos efetivos traduzem o conteúdo de políticas públicas funcionais. O aspecto fenomênico de serviços públicos efetivos, condizentes com a razão de Estado e com o sentido amplo de adequação, está na sua inserção em políticas públicas.

³⁴³ Um exemplo disso está no tratamento do tema violência doméstica pelo Estado, política pública que frutificou na Lei nº 11.340/2006 em alterações legislativas, em um conjunto articulado de ações, dentre elas a implementação de um serviço público correlato – delegacias especializadas de atendimento à mulher.

³⁴⁴ Segundo uma visão sistêmica e de interação entre os fatores jurídicos, políticos e econômicos: Cf. CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e diferenciação social*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 107.

³⁴⁵ Cf. KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Funções Administrativas do Estado*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). *Tratado de Direito Administrativo – Volume 4*. São Paulo: RT, 2015, p. 149.

CONCLUSÕES PARCIAIS

A efetividade nos serviços públicos deriva de uma construção que decompõe o conceito de efetividade a partir da promoção da eficácia social, para que o serviço cumpra o ensejo para o qual foi criado e a sua governabilidade seja mensurada. Isso pode ser verificado pela concatenação de três aspectos: a correspondência dos serviços públicos às razões de Estado voltadas essencialmente ao cumprimento dos direitos fundamentais e em especial aos direitos sociais; a referibilidade dos serviços ao princípio da adequação bem como a uma noção ampla de adequação; e a concretização dos serviços públicos em políticas públicas constitucionalmente referenciadas e administrativamente equipadas.

Logo, é possível criar-se uma terceira premissa: ***“a efetividade é uma qualidade que pode estar presente nos serviços públicos se veicular neles eficácia social, através da promoção dos direitos humanos fundamentais, da adoção da ideia de serviço adequado e da presença dos serviços em políticas públicas”***.

CAPÍTULO IV – CONTROLE DA GOVERNABILIDADE POR MEIO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

A pesquisa aqui delineada permite inferir: os serviços públicos devem cumprir a finalidade para a qual foram criados. Houve um esforço em trazer os contornos jurídicos que possibilitaram essa constatação, sob a alcunha da efetividade. Integrar tais premissas com o tema que trata do equilíbrio das relações políticas envolve uma complexidade, com feixes multifacetários de análise, de caráter interdisciplinar, com pontos de partida diversos.

Afinal, o tema dos serviços públicos sob uma ótica puramente administrativista seria insuficiente³⁴⁶ para analisá-lo na amplitude necessária para interagir com o tema da governabilidade, cujo estudo tangencia a sociologia do direito, a filosofia do direito e a teoria geral do Estado. A noção de governabilidade apregoa um sentido amplo para a relação entre governantes e governados, entre pessoas e instituições, que não se dissipa no recorte de serviços públicos com viés humanista e personalista constitucional, mas força a busca de outras fontes de intersecção.

A governabilidade, enquanto qualifica a dualidade entre indivíduo e Estado, valoriza os direitos fundamentais constitucionais da pessoa, revestida na condição de “governada”. Vertendo-se para a ótica do Direito Administrativo, governabilidade se relaciona primordialmente com a figura do “usuário” – o indivíduo receptor das utilidades públicas e sujeito passivo de políticas públicas - porque é ele quem atesta a presença do Estado por intermédio dos serviços públicos.³⁴⁷

³⁴⁶ A ciência cuja tarefa de ordenação das estruturas do Estado, segundo preceitos jurídicos normativos – constitucionais, judiciais ou legais – discriminada segundo uma metodologia e enfoque próprios, é o Direito Administrativo. A sua razão de ser e o seu desenvolvimento histórico fizeram prevalecer uma autonomia dogmática, que não discute ou pesquisa fundamentos etiológicos de seus objetos de estudo, ou seja, volta-se ao critério utilitário, funcional, estuda as relações de Estado sob o enfoque de subordinação, de verticalidade entre sujeitos de direito. Tradicionalmente o direito administrativo não questiona o porquê, não indaga o que seria e aconteceria caso o seu objeto fosse analisado de forma diferente. Uma visão moderna do direito administrativo, sob um influxo das premissas neoconstitucionais, acaba por erodir em parte o enclausuramento administrativista. Em especial, isso se aplica para o tema dos serviços públicos, que pode permitir teores extroversos, tangente a diversas áreas do Direito, porta de entrada para diálogos maiores e mais robustos. O risco de manter o estudo dos serviços públicos enclausurado em dogmas e visões puramente estáticas da realidade é desconsiderar os fatos ao redor, cuja complexidade denota uma faceta política. A longevidade de serviços públicos vai ao encontro da questão da governabilidade, ao longo de incursões que evoluem de uma subsunção do serviço aos seus fundamentos legais-constitucionais, para uma efetividade dos serviços públicos em conformidade com os parâmetros delineados em capítulo anterior.

³⁴⁷ Há distinção, no universo dos usuários, entre aqueles que conotam relação jurídica concreta com o poder público e aqueles que simplesmente se beneficiam de suas prestações. Ainda que ambos sejam sujeitos

Consequentemente, é o usuário dos serviços públicos quem avalia o governo pelo arcabouço da constituição. Seu campo de observação e julgamento será os serviços públicos em sentido amplo – como “função ou atividade estatal” – e não num sentido técnico-jurídico³⁴⁸, mais afeto aos casos de proteção econômica da liberdade de empresa e de mercado, tanto mais porque *função* tem uma conotação de dinamicidade que decorre da realização efetiva e concreta de prestações estatais.³⁴⁹

O controle da governabilidade por meio dos serviços públicos torna-se assim elemento de coesão e requisito de ordenação das *manifestações de conjunto* da sociedade,³⁵⁰ em razão dos seus objetivos, forma e circunstâncias.

Esta aproximação dialoga com a noção clássica de serviço público e as atividades ostensivas que exteriorizem a presença do Estado,³⁵¹ sendo um termômetro da avaliação de governo pelo usuário por meio de sua relação imediata com as instituições públicas.³⁵² A exemplificação disso pode ser visualizada na recente crise de

passivos das utilidades públicas, o critério do “tipo de uso” que se faz do serviço público os distingue. Neste conjunto, podem figurar o grupo dos empreendedores ou promotores de atividade econômica, os quais acusam governabilidade por outros meios, quais sejam, pela aderência ou não dos governos na consecução dos objetivos da Ordem Econômica e dos papéis da Administração Pública no que se refere às regras de livre iniciativa e livre concorrência. Note-se que a livre iniciativa é um dos fundamentos do Estado Brasileiro (Art. 1º, IV), ao lado da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III), e coloca-se também como princípio vetor da Ordem Econômica, sendo classificado como direito humano fundamental de primeira dimensão, já que corolário do valor “liberdade”. Trata-se de grupos de indivíduos com objetivos distintos, de modo que o estudo isolado de cada grupo verteria a pesquisa para o campo da regulação econômica e não para a avaliação de governo - segundo os ditames do constitucionalismo e do perfil humanista dos serviços públicos. De modo que serão tratados nesta pesquisa os usuários sob um enfoque generalista que abarque todos os usuários, para que não se perca o lastro de governabilidade e constitucionalismo tratados anteriormente. Todavia, é necessário ter em conta o grupo de usuários “simplesmente beneficiários” pois estes usufruem a utilidade pública para realização de seus direitos sociais, e por isso corroboram a construção dos serviços públicos efetivos discutida anteriormente.

³⁴⁸ O fator de *discrimen* está no fato de que “função” está mais ligada a autoridade e poder, e, portanto, mais próxima dos interesses do Estado enquanto pessoa jurídica, ao largo da “atividade social” imposta ao Estado por força do poder constituinte e das teorias da representação, cuja prestação se dá por meio dos serviços públicos. As funções públicas dependem do poder extroverso, e caso executadas por particulares serão descaracterizadas, ao contrário dos serviços públicos que podem sê-lo sem perder sua característica inerente. (Cf. KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Funções Administrativas do Estado*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). *Tratado de Direito Administrativo – Volume 4*. São Paulo: RT, 2015, p. 72).

³⁴⁹ Nessa linha: “as funções públicas sustentam a existência do Estado enquanto os serviços públicos sustentam a existência do bem-estar geral dos habitantes do Estado. Os serviços públicos não se dirigem à vida do Estado, mas sim à satisfação de uma prestação concreta a seus habitantes”. Conclui afirmando que função pública e serviço público não necessariamente se ligam. (Cf. PEREIRA, Marcelo. *O serviço público na atualidade*, 1993, 160 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1993, p. 89-90).

³⁵⁰ DALMO DALLARI traz esse conteúdo para o esquadro da Teoria Geral do Estado, levando em consideração o elemento do poder social na organização e funcionamento da sociedade. (Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 28ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 34-45).

³⁵¹ Cf. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 100 e 152.

³⁵² Cf. GROTTI, Dinorá Adelaide. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 130-132.

governabilidade, exposta na conturbada transição do poder político entre 2016 e 2018, que gerou focos de protesto sobre o governo – seu papel, sua eficiência, sua probidade –, trazendo para um foco da avaliação do governo a exteriorização da prestação de atividades pelo Estado³⁵³. Ainda que a população tenha tímida educação política e parca cultura reivindicatória, as prestações do Estado vêm causando desconforto a variar pela intensidade das sínopes e movimentos político-eleitorais.³⁵⁴

A execução das comodidades e utilidades por entidades públicas implica na avaliação de governo por circunstâncias leigas, segundo a percepção vulgar dos usuários de serviços. O fato de a atividade se fazer por regime jurídico de direito público ou privado em nada interfere no julgamento da utilidade por aquele que a usufrui. Afinal, a Administração Pública “organiza o serviço, estabelecendo as estruturas materiais para sua prestação efetiva – seja através dos órgãos administrativos, seja por meio de alguma forma de delegação”³⁵⁵, colocando em prática as condições de realização concreta do serviço segundo o título habilitador dos usuários de serviço.

Neste esquadro, aludindo à noção clássica de serviço público da *Escola Francesa*, são relevantes para a percepção do usuário de serviços tão somente os critérios subjetivo (“Estado ou quem lhe faça as vezes”) e material (“atividade disponibilizada direta ou indiretamente para o usuário”): aquilo que é dedutível, perceptível concretamente sobre o serviço é a sua função, sua razão de ser para o seu usuário – qualificado então como “governado”.³⁵⁶

A funcionalidade e instrumentalidade dos serviços públicos para com seus usuários possibilita verificar que estes representam atividades visíveis e exteriores, utilidades ou comodidades. Nesse sentido, é possível concluir que os serviços públicos são

³⁵³ Este é um foco constante de debates e propostas de reforma administrativa, incidentes sobre o tamanho e o uso da máquina pública, tendo como núcleo da inquietação a falta de efetividade dos serviços públicos, seja quanto à ineficácia seja quanto à ineficiência. CARLOS ARI SUNDFELD resume bem a questão ao dizer que “o maior problema do serviço público brasileiro nem é o fiscal, mas o fato de ele não funcionar bem”. Cf. EL PAÍS. “*Há uma desigualdade e injustiça salarial enorme dentro do serviço público*”. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/11/05/politica/1572980808_559776.amp.html#referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com&_tf=Fonte%3A%20%251%24s. Acesso em 09/01/2019.

³⁵⁴ Cf. NIMER, Beatriz Lameira Carrico. *Ação Popular como instrumento de Defesa da Moralidade Administrativa*, 2016, 205 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 74-79.

³⁵⁵ Cf. PEREIRA, César A. Guimarães. *Usuários de Serviços Públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 83.

³⁵⁶ Cf. DEL PICCHIA, Lucia Barbosa. *Léon Duguit e a noção de serviço público: elementos para o debate sobre o método no direito público*, 2008, 144 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 135-136.

ao mesmo tempo: *i*) um dos meios de comunicação do poder estatal em si, e *ii*) um dos meios de exteriorização da figura do Estado.

Os serviços públicos comunicam o poder estatal como elemento componente da supremacia estatal geral. Aludindo brevemente ao constitucionalismo, verifica-se que a atribuição do poder ao ente *Estado* dissemina uma *organização geral* da forma de governo, sistema de governo e regime de governo, e a efetividade prática destes elementos em relação ao planejamento constitucional original.³⁵⁷ As decisões políticas organizacionais adequam as *estruturas administrativas públicas*³⁵⁸, as quais se concretizam em *ações* e *atividades* (gêneros e espécies). As *ações* estão mais para as políticas públicas - carregadas de planejamento abstrato que não necessariamente reverte em estruturas físicas ou materiais interligadas -, enquanto que as *atividades* estão mais para utilidades e serviços - fruíveis ou colocados à disposição. Desse modo, os serviços públicos seriam o derradeiro vértice da organização do Estado e, por isso, comunicam o poder estatal justamente porque são regidos por um regime de direito público.

Já em relação à segunda constatação – *serviços públicos como exteriorização da figura estatal* -, vale observar que os serviços públicos coisificam, concretizam o conjunto de órgãos e atividades que interferem de maneira imperativa na vida particular, como decorrência natural daquela primeira constatação. Na medida em que a ação estatal é trazida ao mundo fenomênico, os serviços públicos perpetram no plano fático o próprio substrato do poder político “vivo”, em plena atuação e movimento.

Há diversos fatores que confirmam isso, sendo-os: a concretização de promessas eleitorais; o respeito aos direitos humanos de primeira dimensão e o progressivo atendimento aos de segunda e terceira dimensões; a gestão eficiente dos serviços públicos existentes; o suprimento de normas programáticas pela criação de novos serviços públicos, dentre outros.

Vale dizer: os serviços públicos são uma manifestação do Estado, da presença e da atuação do governo. A divisão de tarefas presente nas diferentes competências federativas pouco importa para a manifestação pública do serviço: para o leigo, não há alteração na avaliação do serviço, para fins de aferir a governabilidade, se este é prestado

³⁵⁷ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, 40ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 105-108.

³⁵⁸ Note-se que se preferiu utilizar o termo “estruturas administrativas públicas” para distinguir da noção de Administração Pública justamente porque o intento é abarcar todo e qualquer conjunto de recursos materiais e humanos sob um regime jurídico de direito público, de qualquer dos Poderes ou Unidades federativas, para um ápice de maior abrangência possível.

pela União, pelo Estado ou pelo Município,³⁵⁹ ou por quaisquer dos poderes ou esferas de influência pública.³⁶⁰ As atividades-meio da Administração Pública³⁶¹, ou aquelas condizentes com um interesse coletivo secundário, refletem apenas indiretamente a comunicação da supremacia geral estatal, porque não são utilidades públicas propriamente ditas, não são exteriorizadas para a população. Os atos públicos – pronunciamentos, leis e decisões administrativas – também não alcançam a repercussão suficiente para que sejam fatores diretos de governabilidade, pois afetam o dia a dia dos governados por meio interposto.³⁶² De modo que a atuação estatal propriamente dita, a *longa manus* do poder dirigente, a execução dos meios interpostos, são decisivas para mensurar esta comunicação de poder, e, por arrastamento, do nível de governabilidade.

Vale mencionar que certas atividades de Estado demandam uma estrutura perene, especializada e *expert*, para a melhor execução do serviço. Este ponto é característico do Estado do Bem-estar Social³⁶³, o que leva a crer que as utilidades sociais a cargo do Estado poderão vir a obedecer a lógica similar.

Deste modo, é evidente que a criação ou configuração de estruturas, pela inflexão de governos sobre um Estado, demarca o modo como o poder político se expressa na sociedade. De um ente etéreo e possivelmente indeterminado – o Estado -, passa-se a um sujeito nominado e determinável – o Governo e a Administração Pública. Este sujeito é determinável através do cruzamento de funções públicas com os seus respectivos agentes políticos, dirigentes de pessoas jurídicas, responsáveis legais, gestores contratuais, dentre outros. A presença do Estado no mundo fenomênico, por meio de sujeitos e atividades concretas, demarca o contorno através do qual o usuário de serviços públicos pode qualificar o serviço público, e, por via indireta, o próprio poder dirigente.

³⁵⁹ Inclusive a deficiência na prestação do serviço pode ser sintoma de desarranjos federativos, como desequilíbrios do ponto ótimo da repartição de competências. (Cf. QUINTILIANO, Leonardo David. *Autonomia Federativa: Delimitação no Direito Constitucional Brasileiro*, 2012, 321 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 57-58).

³⁶⁰ Vale mencionar a multiplicidade de interesses que torna os entes públicos um bloco heterogêneo, inculcado por diversas vontades nem sempre coincidentes, que variam segundo a função ou competência de cada um dos entes (Poderes ou entidades estatais). (Cf. AGUILLAR, Fernando Hellen. *Controle Social de Serviços Públicos*. São Paulo Max Limonad, 1999, p. 76-78).

³⁶¹ Utiliza-se aqui a diferença entre Estado e Governo, considerando-se que o Estado está para a Administração Pública e estruturas subordinadas, assim como o Governo está para os Agentes Políticos e estruturas episódicas.

³⁶² Justifica-se o raciocínio pela constatação de que os usuários de serviços irão avaliar as comodidades e prestações efetuadas, não as leis, regulamentos ou atos que as embasem.

³⁶³ MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO destaca que os “despojos de governo”, ou seja, o corpo administrativo episódico, voltado para compor a estrutura representativa governamental – em oposição a uma estrutura Estatal -, gera uma instabilidade administrativa e interrupções e descontinuidade na prestação de atividades, o que sabotaria própria ideia do *Welfare State*, que necessita de um “corpo administrativo capaz, especializado e treinado”. (Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, 40ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 263).

Isso é feito através de modos de avaliar o governo pelo controle social do serviço, o que se verifica constatando a *qualidade* do serviço público; o serviço é julgado segundo aquilo que pode oferecer de melhor, com a presteza que se espera da atividade. Há mecanismos e instrumentos voltados a isso, seja nos dispositivos presentes de leis que especificam indicadores de qualidade, seja no conjunto de fatos sociais que atendam a uma “ideia geral de qualidade”³⁶⁴, atendendo a um princípio de *accountability*.

4.1 – CRITÉRIOS NORMATIVOS

Um critério de origem normativa é fonte e origem de ordenação jurídica. Ainda que haja discussões sobre o nível de incursão democrática efetiva nas leis, o critério normativo é o mais seguro paradigma de conformidade jurídica, corroborado por visões “agnósticas”³⁶⁵ sobre o conceito de serviço público, que o definem tão somente pela nomeação de certa atividade como tal pelo legislador ou constituinte.

Advoga nesse sentido a visão da lei como instrumento político,³⁶⁶ na qual a lei é um meio para a concreção de um programa de *bem comum*, ou de *processos de governo*, justamente porque é um meio formal voltado a colacionar a vontade da maioria representada, com poder habilitante para os governos realizarem seus programas enquanto expressão legítima da vontade do povo.

O conjunto normativo ínsito ao tema dos serviços públicos aponta a existência de um microsistema³⁶⁷ regulador dos *serviços*, voltado ao controle da qualidade dos

³⁶⁴ Esta construção avizinha a noção ampla de adequação como parâmetro de efetividade dos *serviços* tratada no capítulo anterior, porque compartilha a mesma lógica de análise que demonstra a existência de critérios extra normativos a partir de premissas normativas. No entanto, a “noção ampla de adequação” circunscrevia-se num objeto *interno* (a qualidade de efetividade nos serviços), enquanto que a “ideia geral de qualidade” circunscreve-se num objeto *externo* (o julgamento do serviço pelos usuários), diferenciando-se por isso. Além disso, a amplitude da adequação está nos diferentes regimes jurídicos dos serviços públicos, enquanto que a amplitude da qualidade está em critérios metajurídicos, conforme se verá adiante.

³⁶⁵ Intitula-se “agnósticas” as visões não valorativas sobre o conceito de serviço público, as quais se valem de um critério dogmático formal para conceituá-lo. Nesse sentido, “serviço público é o que o ordenamento jurídico de um dado país diz que é”, sendo como tal dada atividade categorizada como serviço público “simplesmente porque o constituinte assim decidiu”. (Cf. AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de Serviço Público*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 17).

³⁶⁶ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 45-46.

³⁶⁷ A ideia de microsistema como um conjunto normativo coeso e autorreferente, com pontos de abertura interpretativa para outras fontes normativas, alicerçando um verdadeiro “marco legal”. (Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 371-373).

mesmos, que carregam em seu bojo princípios e regras atinentes aos serviços públicos, e os diversos instrumentos que os vivificam.³⁶⁸

A norma-mãe constitucional que versa sobre o tema da qualidade nos serviços públicos está presente no Art. 37 § 3º, o qual prescreve a possibilidade e os parâmetros de participação do usuário na administração pública, descrevendo os valores da avaliação periódica do serviço e mensuração de sua qualidade (inciso I), o acesso às informações sobre governos (inciso II), e a responsabilização de serviços públicos negligentes ou abusivos (inciso III).³⁶⁹ Ao analisar a topografia e o conteúdo da norma, resta evidente tratar-se da instrumentalização do princípio da eficiência e de uma janela para os valores da Reforma Administrativa.³⁷⁰

Ainda assim, há diplomas específicos para cada modalidade de serviço, dada a margem de adaptabilidade necessária às atividades prestacionais por ente federado ou por espécie de serviço, em razão da própria natureza volúvel dos *serviços*. Naturalmente, tais especificidades não podem redundar em antinomias, pois há a incidência superior das normas gerais do microsistema primário. No entanto, as especificidades criam múltiplas normas-base previstas em leis estaduais ou municipais, relacionadas a cada circunstância fática ou jurídica especial, ou mesmo aos contratos administrativos ou normas técnicas que fundamentem estas especificidades.³⁷¹

São paradigmas nesse sentido os comandos normativos que descrevem o regime jurídico dos serviços públicos:³⁷² Art. 22 da Lei federal nº 8.078/90 (mandamentos para fornecimento de serviços públicos ao consumidor); Art. 7º, 29, 30 e 31 da Lei nº

³⁶⁸ Tratam-se de categorias administrativas que referem-se “à gestão ou execução dos serviços públicos, considerados, em essência, como aquelas atividades que atendem as necessidades fundamentais da população e que, por isso, são assumidas pelo poder público”. (Cf. *A figura da Concessão*. In: MEDAUAR, Odete (org.). *Concessão de Serviço Público*. São Paulo: RT, 1995, p. 11).

³⁶⁹ CESAR GUIMARÃES PEREIRA esmiúça este dispositivo, descrevendo a polissemia de *usuário* segundo a previsão de cada inciso do artigo de lei relacionado: “no inciso I, alude-se ao usuário de serviço público, que recebe prestações e tem direito de receber serviços de qualidade. Nos incisos II e III, alude-se explícita ou implicitamente a usuário em sentido impróprio, equivalente a cidadão ou administrado, que detém interesse para a busca de informações sobre registros administrativos e atos de governo, os quais vão muito além do que atinge o usuário de serviço público propriamente dito”. (PEREIRA, César A. Guimarães. *Usuários de Serviços Públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 84).

³⁷⁰ Já que o texto vigente do Art. 37 §3º veio a partir da promulgação da EC nº 19/98.

³⁷¹ Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 388-391, 404-406.

³⁷² Adota-se como critério de verificação do controle da qualidade do serviço o conjunto de regras e princípios, incidentes em cada uma das leis, que traga os direitos subjetivos passíveis de reivindicação (“direitos e deveres dos usuários”, “diretrizes de prestação ou fornecimento dos serviços”, ou “condicionantes da promoção dos serviços”). Caso as leis contenham mecanismos específicos de controle, estes serão pormenorizados em tópico específico.

8.987/95 (direitos e deveres das partes das concessões e permissões de serviços públicos); Art. 33 da Lei federal nº 9.074/1995 (formas de participação dos usuários na fiscalização nas concessões e permissões de serviços e relatório sobre os serviços prestados); Art. 4º da Lei federal nº 11.079/04 (diretrizes para a contratação de parcerias público-privadas); Art. 27 da Lei federal nº 13.303/16 (noção de função social dos serviços públicos por meio de um conjunto de indicativos de aderência do serviço às práticas de conformidade jurídico-social para as empresas estatais), Arts. 15 a 18 da Lei paulista nº 7.835/1992 (direitos e deveres das partes no contrato de concessão e permissão no Estado de São Paulo), dentre outros diplomas que elencam dispositivos qualitativos das regras e princípios atinentes aos serviços públicos.

Este conjunto de normas indica um panorama sobre o tema, no entanto vale pesquisar a fundo como certas leis específicas, temáticas para os usuários de serviços públicos, traduzem a ideia de qualidade e controle do serviço pelo seu usuário.

4.1.1. Lei paulista nº 10.294/1999

A Lei nº 10.294 do Estado de São Paulo, promulgada em 22 de Abril de 1999, é um marco no tema de controle da Administração Pública e participação do cidadão na Administração Pública, ao instituir o regime paulista de usuários de serviços públicos e a primeira lei de um Estado-membro a versar especificamente desses temas.

Tratou-se de iniciativa do Poder Executivo Paulista, em continuidade a um projeto político de reforma administrativa compartilhado por grupos políticos que se destacaram na Constituinte por ideias liberais de cunho mais progressista e eventualmente ocuparam os cargos do Executivo federal e paulista,³⁷³ implementando seu projeto político.³⁷⁴

³⁷³ Cf. LIMA, João Alberto de Oliveira; NICOLA, João Rafael Nicola; PASSOS, Edilenice. *A gênese do texto da Constituição de 1988*. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Temáticas, 2013, p. 19-27. Trata-se da gênese de criação do Partido Social Democrata Brasileiro – PSDB – por divergências instaladas durante a Assembleia Constituinte de 1987 por uma ala liderada pelo Deputado Federal Mário Covas e visões mais progressistas do que as de seu partido político de então – o PMBD. O PSDB eventualmente ocupou a Presidência da República com Fernando Henrique Cardoso e a chefia do Executivo paulista com Mario Covas, implementando então o projeto normativo que defendia desde a Constituinte, culminando na Reforma Administrativa do Estado e na confecção de leis alinhadas ao modelo gerencial de Administração Pública, tais como a Lei de Usuários de Serviço Público. Confira também: NAVARRO, Thais; SALVADOR, Alexandre; Schelp, Diogo. *30 anos da Constituição: a história da Carta – as origens, os bastidores e a herança do texto que fundou o Brasil democrático*. São Paulo: Abril, 2018, p. 61, 96, 118, 184.

³⁷⁴ Cf. BRESSER, Pereira Luiz Carlos. *Reflexões Sobre a Reforma Gerencial Brasileira de 1995*. Revista do Serviço Público, 50, 1999, p. 23-26. Disponível em:

Uma das propostas abordava um serviço público reativo às reclamações do cidadão,³⁷⁵ previsto na redação original do parágrafo 3º do Art. 37 da CF/88.³⁷⁶ O dispositivo constitucional germinava os direitos relativos à posição da população como usuária dos serviços. No entanto, com a Reforma Administrativa do Estado a partir de 1995³⁷⁷ e o fomento de temas relativos à desburocratização da Administração Pública e a afirmação de uma política pública veiculadora de um modelo gerencial para a Administração Pública³⁷⁸ houve espaço para a alteração deste dispositivo.

A EC nº 19 de 04 de junho de 1998³⁷⁹ alterou o Art. 37 § 3º para incluir a regulamentação da participação do cidadão-usuário na Administração³⁸⁰, sendo que a alteração do comando normativo de “reclamação” para “participação” indica uma nova direção na posição do usuário de serviços, num paradigma ativo e não apenas reativo, transformando a própria qualidade jurídica da Administração como fornecedora dos serviços.

A partir disso, o braço paulista da reforma administrativa regulamentou o tema da participação dos usuários no serviço na órbita de sua competência, em conformidade

<http://www.bresserpereira.org.br/papers/1999/93.ReflexoesSobreRefGerencial.p.pg.pdf>. Acesso em 02 de junho de 2019

³⁷⁵ Cf. LIMA, João Alberto de Oliveira; NICOLA, João Rafael Nicola; PASSOS, Edilenice. *A gênese do texto da Constituição de 1988*. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Temáticas, 2013, p. 140.

³⁷⁶ Transcreve-se a redação alterada pela EC nº 19/98: “Artigo 37 (...) § 3º As reclamações relativas à prestação de serviços públicos serão disciplinadas em lei”. (REVOGADA) (Cf. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* (1988). Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12/06/2019).

³⁷⁷ Note-se um dos focos da reforma no chamado “Projeto Cidadão”, que serviu de apoio à implantação do modelo gerencial no Brasil e previa o aperfeiçoamento das relações entre a Administração Pública e os cidadãos com a simplificação das obrigações burocráticas, a criação de um sistema de reclamações do cidadão, um sistema de informação dos serviços públicos e indicadores de sua qualidade. (Cf. BRASIL, Presidência da República. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília: 1995, p. 61-63)

³⁷⁸ Trata-se de modalidade de Administração Pública contemporânea que surge como reação à expansão das funções econômicas e sociais do Estado e ao desenvolvimento tecnológico e à globalização, orientada pelos valores da eficiência e qualidade e o cidadão como beneficiário e cliente bem como a ressignificação do interesse público para abarcar a coletividade e não só o ativo burocrático do Estado. (Cf. *Ibid.*, p. 15-18). Também: Cf. CARDOSO, Fernando Henrique. *Mensagem ao Congresso Nacional, abertura da 1ª Sessão Legislativa Ordinária da 50ª Legislatura*. Brasília: Presidência da República, Secretaria de Comunicação Social, 1995, p. 77-80.

³⁷⁹ É uma norma constitucional derivada que instituiu a reforma administrativa do Estado sob a epígrafe de modificar o regime e dispor sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, dentre outros temas. (Cf. BRASIL. *Emenda à Constituição Federal n. 19, de 04 de junho de 1998*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm. Acesso em: 12/06/2019).

³⁸⁰ Transcreve-se a redação vigente após a EC nº 19/98 para destacar tal transformação: “Artigo 37 (...). § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no Artigo 5º, X e XXXIII; III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.”

com a EC nº 19/98, culminando na Lei estadual nº 10.294/1999. De certa forma, inaugura-se um regime jurídico próprio para os usuários de serviço,³⁸¹ atualizando a *accountability* das prestações estatais e introduzindo mecanismos institucionais e legais para fazer valer a coerência dos serviços públicos com suas finalidades legais-constitucionais.

A lei paulista traz como um de seus fundamentos, exposto como direito básico do usuário de serviço, a “qualidade na prestação do serviço” (Art. 3º, II). Logo, é evidente o diálogo com a governabilidade e a adequação dos serviços às suas finalidades maiores.

Ainda que o regime dos usuários de então fosse similar ao dos consumidores, com pontos de contato e influências,³⁸² a segmentação do regime jurídico dos usuários de serviço se deu apenas com a Lei federal nº 13.460/2017, norma geral para o regime de usuários de serviços públicos – tendo o Código de Defesa do Consumidor como fonte de interpretação e integração subsidiária. Por outro lado, a confluência de um “modo de pensar” voltado ao receptor dos serviços – consumidor ou usuário – fez com que uma ideia geral de adequação e qualidade dos serviços voltada para seu destinatário ficasse cada vez mais presente na legislação.

Nesses meandros, a lei paulista enuncia direitos e instrumentos com vistas à maior participação do usuário nos serviços públicos, dentre os quais: a obrigatoriedade de constar o quadro de serviços públicos prestados pelo Estado (Arts. 4º e 5º); parâmetros pré-determinados de qualidade no serviço e práticas de simplificação do atendimento (Art. 7º); regras procedimentais para atender aos parâmetros expostos (Arts. 9º, 13, 14, 16, 18, 19, 20, 21, 24, 26, 27); e normatização de sanções e responsabilização de agentes (Art. 28).³⁸³

Como diploma instituidor do regime jurídico dos usuários de serviços públicos, a lei elenca direitos e deveres dos usuários (Art. 5º, 6º, 7º e 8º de serviços públicos), reunindo diversos parâmetros ligados ao contexto de desburocratização, acesso à informação, transparência e participação. Quanto à rede de efetivação destes instrumentos, a lei institui Ouvidorias e Comissões de Ética em todos os órgãos e entidades do Estado de São Paulo; a previsão da Comissão de Centralização das Informações dos Serviços Públicos do Estado de São Paulo e do Sistema Estadual de Defesa do Usuário de Serviços

³⁸¹ Conforme os apontamentos trazidos no Capítulo II que tratam do tema.

³⁸² Com destaque para um intercâmbio legislativo com janelas de influência e subsidiariedade para cada qual dos regimes jurídicos de consumidores e usuários, conforme aduz o Art. 16 da Lei nº 10.294/99: “Artigo 16 - O processo administrativo será instaurado de ofício ou mediante representação de qualquer usuário de serviço público, bem como dos órgãos ou entidades de defesa do consumidor.” (Cf. SÃO PAULO (ESTADO). *Lei nº 10.294, de 20 de abril de 1999. Dispõe sobre a proteção e defesa do usuário do serviço público do Estado*. Diário Oficial do Estado, São Paulo, SP, 21 de abril de 1999, p. 2).

³⁸³ Cf. SÃO PAULO (ESTADO), op. cit., p.2.

Públicos (Arts. 8º a 10 e 29 a 31),³⁸⁴ influenciando na organização administrativa com um órgão responsável pelo controle da qualidade no serviço, defendendo os valores de prestação de contas e responsabilidade social da Administração Pública.

A lei paulista sistematizou a função das Ouvidorias e concretizou a qualidade no serviço público com mecanismos de dialogicidade e eficiência, pontos fulcrais que serviram de influência para outros diplomas normativos e políticas públicas de incremento da participação do usuário na Administração.

4.1.2. Lei Federal nº 13.460/2017

Tendo como mote novamente a Reforma Administrativa e a nova redação do Art. 37 §3º da CF/88, o então Ministério da Administração criou uma comissão de juristas para dar concreção a uma lei que pudesse regular e discriminar os postulados daquele Art. da Constituição, concretizando o princípio da adequação dos serviços públicos pela participação do usuário na Administração, e discriminando a formas de fiscalização da regularidade e da eficiência dos serviços.³⁸⁵

A lei paulista de usuários de serviços públicos foi usada como fonte de inspiração e referência,³⁸⁶ abrindo caminho para a norma geral regulamentadora do Art. 37 §3º, I da CF/88: trata-se da Lei Federal nº 13.460/17.³⁸⁷ Desta forma, o objeto da lei nova é regulamentar a participação do usuário na administração pública e mensurar a qualidade do serviço público, dando aplicabilidade a esta norma de eficácia limitada e cumprindo mandamento constitucional de democratização dos serviços públicos.

³⁸⁴ Cf. SÃO PAULO (ESTADO). Lei nº 10.294, de 20 de abril de 1999. Dispõe sobre a proteção e defesa do usuário do serviço público do Estado. Diário Oficial do Estado, São Paulo, SP, 21 de abril de 1999, p.2.

³⁸⁵ Cf. SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Proteção do Usuário de Serviços Públicos*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, SUNDFELD, Carlos Ari (orgs.). *Doutrinas Essenciais: Direito Administrativo, Volume VI: Administração Pública Indireta e Regulação*. São Paulo: RT, 2012, p. 1281-1283. Importante dizer que tal empreendimento só se concretizou por meio de decisão judicial proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADO nº 24/DF que reconheceu a mora legislativa e determinou a elaboração da lei referente ao Art. 37 §3º, anotando a inércia legislativa inclusive com a existência do respectivo projeto de lei sob tramitação inconclusa. (Cf. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADO 24 / DF. Relatoria Min. DIAS TOFFOLI. DJE 018, de 31/01/2018).

³⁸⁶ A lei federal originou-se do PLS 439/1999 no Senado Federal, de autoria do Senador Lúcio Alcântara (PSDB/CE), cuja ementa era a “proteção e defesa do usuário dos serviços públicos prestados pela administração direta, indireta e delegada da União”. Logo, pode-se deduzir que a lei visava a expandir a nível nacional o regime jurídico dos usuários de serviços públicos, inaugurada em São Paulo, e por ocasião da Reforma Administrativa veiculada pelo PSDB. A proximidade é latente pela redação de alguns dos seus dispositivos, bem como pela logicidade e sistematização da lei federal que distem como eixos os direitos dos usuários, controle pelas ouvidorias e processo administrativo de reclamações e participação.

³⁸⁷ Cf. BRASIL. Lei n. 13.460, de 26 de Junho de 2017. *Dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113460.htm. Acesso em: 12/06/2019.

A política pública subjacente a essa lei nova é a modernização dos serviços públicos, qualificado por um macroplano de desburocratização – possivelmente fruto dos avanços tecnológicos e das comunicações. Prova disto é o abarcamento do tema dos usuários de serviço nos planos normativos de simplificação do atendimento prestado durante os serviços públicos (Decreto federal nº 9.094, de 17 de Julho de 2017) e da oferta de serviços públicos digitais (Decreto federal nº 8.936 de 19 de dezembro de 2016). Os temas são correlatos, e a regulamentação de aspectos laterais ao serviço demonstram a mobilização estatal para a promoção da desburocratização e da implementação dos avanços tecnológicos na realidade externa da administração pública – justamente na sua realidade visível e aparente que é a prestação de serviços pelos entes públicos, prescrito em diversos dispositivos da lei (Arts. 5º, IV, VI, XI, XIII, XIV, XV; Art. 7º §3º; Art. 10 §§1º,2º,4º,6º; Art. 11 e Art. 12).³⁸⁸

Outra política pública que a Lei nº 13.460/17 tangencia é a do tratamento da informação, robustecendo a política de acesso às informações no regime jurídico inaugurado pela Lei federal nº 12.527/2011. Não é por menos o liame entre os dois temas, já que a informação regular é pressuposto e condição para uma boa prestação do serviço público: a disponibilidade da informação permite que o serviço se perfilhe com princípios democráticos, assim como a publicidade da informação agrega-lhe legitimidade.

A preocupação com o uso correto e escorreito das informações vem tanto como direito básico do utente de serviços públicos (Art. 6º, III, IV, VI), como nos instrumentos trazidos por esta lei, como a Carta de Serviços ao Usuário, as manifestações dos usuários e as rotinas das Ouvidorias, com um rol mínimo de atribuições e anotações sobre os procedimentos de reclamações dos usuários (Arts. 13 a 17da referida lei), além de disposições que tratam indiretamente da transparência e tratamento adequado da informação pública ou privada sob custódia pública.³⁸⁹

A lei de 2017 amplia o campo de incidência da lei paulista³⁹⁰ ao estabelecer o regime jurídico dos usuários de serviço público, prescrevendo normas básicas de participação, proteção e defesa do usuário enquanto sujeito à prestação dos serviços. Chega-se inclusive a dar a alcunha de “Código dos Usuários de Serviço Público” para a

³⁸⁸ Cf. BRASIL. *Lei n. 13.460, de 26 de Junho de 2017. Dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113460.htm. Acesso em: 12/06/2019.

³⁸⁹ Cf. BRASIL, *Ibid.*

³⁹⁰ Inclusive há inegável proximidade entre as duas leis, não só conceitual e topográfica, como também genética, já que ambas nasceram de iniciativa parlamentar voltada à regulamentação do Art. 37 §3º da CF/88.

Lei nº 13.460/17 tamanho é o esforço de criar e fincar um regime jurídico para a relação entre o utente e o prestador de serviços públicos³⁹¹, passível de cumprir o seu mandamento constitucional de formas de participação do usuário na administração pública.

A caracterização de um regime jurídico próprio necessita de regras e princípios específicos, o que a Lei nº 13.460/17 cumpre de forma exígua: há rol de diretrizes para os serviços públicos (Arts. 3º, 4º e 7º); elenco de direitos básicos e deveres dos usuários (Arts. 5º, 6º e 8º) e instrumentos para efetivação da lei: Carta de Serviços, Manifestações dos Usuários, Avaliação Continuada dos Serviços, Conselhos de Usuários e disposições pertinentes ao empoderamento das Ouvidorias (presentes de maneira direta ou dispersa em dispositivos variados)³⁹². Para resolver possíveis lacunas, a lei indica como fontes subsidiárias a Lei de Acesso à Informação – Lei nº 12.527/11 - para as questões a ela pertinentes e o Código de Defesa do Consumidor para os serviços caracterizados como relação de consumo (Art. 1º §2º e Art. 2º parágrafo único)³⁹³. Naturalmente, em sendo regime de direito público, devem ser aplicadas as regras e princípios do Direito Administrativo, e os preceitos normativos já existentes sobre serviços públicos, pelos demais parâmetros normativos condizentes.

4.1.3 Decreto paulistano nº 58.426/2018

Após a instituição pela norma geral federal do regime jurídico dos usuários de serviço, segmentado e individualizado de outros regimes jurídicos, o Município de São Paulo regulamentou as disposições e criou o seu Código de Defesa dos Direitos dos Usuários do serviço, por impulso principalmente da Controladoria Geral municipal, novamente aludindo à qualidade da excelência do serviço e do seu controle pelos usuários.

Por meio desse Decreto, a Controladoria Geral do Município abriga a coordenadoria de defesa do usuário, assim como é instituída a Política Municipal de

³⁹¹ A segmentação de regime jurídico para uma relação multifacetária e complexa como o serviço público gera seus impasses. A complexidade se dá em razão da polissemia deste conceito e da variedade de realidades tomadas como “serviço público”, além da proximidade evidente com serviços adstritos às relações de consumo. A Lei nº 13.460/17 ensaia uma resolução para estes possíveis conflitos de lei em seu Art. 1º, §2º (“A Aplicação desta lei não afasta a necessidade de cumprimento do disposto: I – em normas regulamentadoras específicas, quando se tratar de serviço ou atividade sujeitos a regulação ou supervisão; e, II – na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, quando caracterizada relação de consumo.”), o que não resolverá situações de fato limítrofes, em que a distinção pode não ser tão clara. No entanto, esta análise foge ao escopo desta pesquisa, sendo pertinente neste momento tão somente apontá-la.

³⁹² Cf. BRASIL. *Lei n. 13.460, de 26 de Junho de 2017. Dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública.* Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113460.htm. Acesso em: 12/06/2019.

³⁹³ Cf. BRASIL, *Ibid.*

Atendimento ao Cidadão, regulando os direitos e deveres dos usuários (inclusive prevendo Conselho de Usuários) e a atuação das ouvidorias. Amplia-se o escopo de atendimento possibilitando o exercício de direitos por canais de atendimento por meios presenciais e eletrônicos, inclusive redes sociais e aplicativos, e abrange os representantes das pessoas jurídicas como sujeitos ativos do regime jurídico de usuário (Art. 1º §3º, V e Art. 1º §4º, respectivamente).³⁹⁴

Há uma seção voltada especificamente para a avaliação dos serviços (Art. 4º do Decreto)³⁹⁵, expondo critérios e meios de avaliação, destacando pesquisa de satisfação com ampla publicidade e critério de ajuste do controle interno da Controladoria Geral do Município.

Em relação à Política Municipal de Atendimento ao cidadão, houve um alinhamento com a Lei nº 14.029/2005 da Prefeitura Municipal de São Paulo, que por sua vez instituiu a Política Municipal de Defesa do Usuário de serviços no âmbito paulistano – sob parca inovação legislativa para este regime à época. Neste esquadro, merece destaque a disseminação formal de boas práticas e padrões de qualidade no atendimento, com objetivos próprios e diversas diretrizes consentâneas, em especial a visão integrada da prestação de serviços (Arts. 28 e 29 do Decreto).³⁹⁶

Como um dos instrumentos desta Política se encontra a “solicitação de serviços públicos”, como objeto derivado dos canais de atendimento, bem como o Comitê Municipal de Atendimento, como instância administrativa de planejamento e gestão (Arts. 36 a 37 e Arts. 43 e 44, respectivamente).³⁹⁷

Merece relevo também o conceito amplíssimo de serviço público adotado por este regulamento,³⁹⁸ alargando o espectro de atuação relativamente à lei federal.

³⁹⁴ Cf. SÃO PAULO (MUNICÍPIO). *Decreto nº 58.426, de 18 de setembro de 2018. Regulamenta a Lei Federal nº 13.460, de 26 de junho de 2017, dispondo sobre a atuação dos responsáveis por ações de ouvidoria e a participação, proteção e defesa dos direitos do usuário de serviços públicos; transfere a Coordenadoria de Defesa do Usuário do Serviço Público Municipal – CODUSP para a Controladoria Geral do Município; institui a Política Municipal de Atendimento ao Cidadão, no âmbito da Cidade de São Paulo; revoga os dispositivos que especifica.* Diário Oficial da Cidade de São Paulo, São Paulo, SP, 19 de setembro de 2018, p.1.

³⁹⁵ Cf. *Ibid.*, p.1.

³⁹⁶ Cf. *Ibid.*, p.1.

³⁹⁷ Cf. *Ibid.*, p.1.

³⁹⁸ Vide a descrição de conceitos adotada no Art. 1º, §3º, III do Decreto municipal: “§3º. Para os fins deste decreto, considera-se: (...) III – serviço público: qualquer utilidade ou comodidade material destinada à satisfação das necessidades da coletividade em geral e fruível singularmente pelos cidadãos;”. (Cf. SÃO PAULO (MUNICÍPIO), *Ibid.*, p.1).

4.2 – CRITÉRIOS EXTRA NORMATIVOS

Nos tópicos anteriores, foram apresentados critérios normativos, presentes em dispositivos legais, os quais podem promover um controle da qualidade dos serviços pelos seus usuários, induzindo a uma governabilidade intrínseca à avaliação dos governos. Resta agora pesquisar se estes critérios são suficientes para suprir esta tarefa.

Os serviços públicos devem se ater à razão de Estado, ao *ethos* político-jurídico constitucional, reafirmando a diretiva do constituinte originário. Os serviços públicos, sendo atividades prestadas pela Administração Pública por meio dos governos representativos, conformam a realidade fática à ordem constitucional.³⁹⁹

Em especial, a visão dos serviços públicos voltada ao seu usuário e a inserção da ideia de controle social dos *serviços* carregam em si insumos de governabilidade para a relação política subjacente aos serviços públicos, dos governados-usuários em relação aos governantes-prestadores: o destinatário do serviço é quem o avalia, concretizando a ideia-força de normatizar as *formas de participação do usuário na administração pública*.

Outros ramos do conhecimento avizinham a ideia geral de controle do serviço sob outros pontos de vista, pela contribuição do método zetético⁴⁰⁰ do gênero dos enfoques teóricos. Este traduz uma visão metajurídica, além da perspectiva jurídica, enquanto visita o tema das relações políticas sob uma acepção ampla, o que extravasa uma abordagem dogmática porque admite a presença dos fatos sociais como pontos específicos de estudo. Inclusive, essa abordagem não perde o lastro constitucional, pois cria um nexos com um sentido material de Constituição, o qual “se desvenda através de ciências próprias, tais

³⁹⁹ Reafirmando-se pontos já levantados: “A criação e a organização de um serviço público são instrumentos para a realização dos valores constitucionais e refletem escolhas políticas, formuladas pelos órgãos detentores da competência para manifestar a vontade democrática, de acordo com as pautas materiais da Constituição”. (Cf. PEREIRA, César A. Guimarães. *Usuários de Serviços Públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 258).

⁴⁰⁰ Há subsídios para aplicar nesta pesquisa a consagrada distinção entre enfoque dogmático e enfoque zetético, que separa em dois grupos de premissas metodológicas para a investigação científica: aquele que valoriza a ação e o fator resposta, e aquele outro que valoriza a especulação e o fator pergunta. Esse último, condizente com o método zetético, coloca em debate os conceitos básicos, as premissas e os princípios, colocando em cheque as opiniões e afirmações e empreendendo uma postura investigativa da natureza da coisa. Assim, o método zetético busca constatações e enunciados para formar uma visão ampla sobre o fenômeno em análise e dar caminhos para perguntas de satisfação indireta ou mediata. Ainda que tais métodos não sejam estanques, e mesclam-se em diferentes graus para diferentes abordagens, é importante trazer à tona a zetética para problemas multifocais, necessitados de diferentes abordagens, não circunscritos a uma visão dogmática ou positivista da questão em análise. (Cf. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão e Dominação*, 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 39-43).

como a sociologia, a economia, a política, que formulam regras ou princípios acerca do que existe, e não acerca do que deve existir, como se dá com o direito⁴⁰¹.

Tampouco aqui se perde a concordância com as demais áreas do conhecimento, ao se ter em conta a missão constitucional de ordenação e legitimação do poder político.⁴⁰² O fundamento do poder instituído com a CF/88 está no respeito aos direitos humanos fundamentais. Não se olvide o fato de que os serviços públicos são elementos da Ordem Econômica Constitucional, cujos princípios do Art. 170 da Carta apontam para um amálgama da justiça social com a livre iniciativa, protegendo dois valores de natureza diversa num regime jurídico híbrido, em que o lastro humanista vai ao encontro de diretrizes de livre mercado. A raiz última é o atendimento aos direitos fundamentais da pessoa humana, a camada mais profunda dos serviços é o escopo humanista-constitucional de direitos.

Isso porque a lei é deficitária para garantir por si só uma mudança no plano fático, já que tão somente oferece direções para o movimento ordenado. Eis uma das anomalias do princípio da legalidade – deturpado ou subdimensionado⁴⁰³ – pois imprime uma ineficácia das leis “que não se cumprem por impossibilidade de execução ou por falta de empenho político das autoridades” ou “por manifestação retórica da iniciativa governamental, cuja vocação é não se traduzir em ação⁴⁰⁴”. Para tanto, leva-se em conta o objetivo dirigente da uma constituição que determina as “possibilidades demarcadas pela estrutura das relações econômicas” – já presentes no mundo dos fatos –, relevantes na medida em que os poderes Executivo e Legislativo as implementa – por leis ou políticas públicas – ou o Judiciário as efetiva - na omissão daqueles, como veículos de uma *produção prática* do Direito e vivência do elemento jurídico na sociedade, o que resulta no

⁴⁰¹ Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. *Existe efetivamente uma Constituição Econômica?* In: BARROSO, Luis Roberto; CLÉVE, Clermerson Merlin (orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional. – Volume VI – Constituição Financeira, Econômica e Social*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2013, p. 327.

⁴⁰² Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 100.

⁴⁰³ Vide Nota 43 na qual se discorre brevemente sobre a ideia de juridicidade.

⁴⁰⁴ Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva: 2006, p. 175. Corrobora este entendimento FERNANDO HELLEN AGUILLAR, que afirma que a mera existência de leis que afirmam o papel dos usuários na regulação dos serviços não redundam num automático poder decisório sobre os serviços, eis que em geral leis são compostas de disposições “ociosas e redundantes”. (Cf. AGUILLAR, Fernando Hellen. *Controle Social de Serviços Públicos*. São Paulo Max Limonad, 1999, p. 248).

encadeamento dos elementos normativos com os elementos empíricos, transpondo a estrutura da norma jurídica – em sentido *lato*.⁴⁰⁵

Este universo metajurídico traduz, no sentido proposto nesta pesquisa, a noção de conformidade das relações de poder pelos fatos sociais. Nesse sentido, o controle promove o ajuste à finalidade social, de modo que indivíduos e sociedade considerem a realidade social “para que as ações não se desenvolvam em sentido diferente daquele que conduz efetivamente ao bem comum, ou para que a consecução deste não seja prejudicada pela utilização deficiente ou errônea dos recursos sociais disponíveis”⁴⁰⁶.

Nesse sentido, é importante destacar o conflito existente entre as “normas constitucionais, que o jurista luta por fazer prevalecer, e a prática constitucional, que o político termina por impor”, o que pressiona o Poder Judiciário a “fazer prevalecer o aspecto político da estabilidade institucional sobre o aspecto jurídico formal de garantias e soluções, muitas vezes consideradas utópicas”⁴⁰⁷. Conflito esse que implica na relevância da deliberação e interpretação constitucionais como fatores de abertura do ordenamento jurídico a outros ramos do saber.⁴⁰⁸

A abordagem metajurídica remete à diferença entre princípio estático e princípio dinâmico das normas, trazidos por Kelsen para descrever os sistemas de produção normativa.⁴⁰⁹ O princípio estático circunscreve a prescrição de uma norma em função de seu conteúdo, já que a validade daquela “pode ser reconduzida a uma norma a cujo conteúdo pode ser subsumido o conteúdo das normas que formam o ordenamento, como o particular ao geral”⁴¹⁰; as normas derivadas da norma pressuposta fundam sua validade por decorrência lógica e por conteúdo evidente. Já o princípio dinâmico

⁴⁰⁵ Cf. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 307-308.

⁴⁰⁶ Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 28ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 31.

⁴⁰⁷ Cf. MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Teoria sobre as Teorias da Constituição*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Orgs). *Tratado de Direito Constitucional v. 1*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 45-46. De maneira similar, sob a análise de um modelo de regras numa perspectiva crítica das teorias positivistas, DWORKIN destaca o espaço dos juízes para suprir as contingências não previstas nas leis, devido à vagueza ou obscuridade da emanação de ordens com teor jurídico mas não obrigacional, tendo-se em conta a cogência das regras jurídicas. (Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 29-32).

⁴⁰⁸ Em especial a atividade deliberativa das Cortes Constitucionais permite a abertura interpretativa a teorias externas, elementos morais e fatores linguísticos e comunicativos, para que se atinja a sapiência necessária e atitude demandada para afastar-se do ocultamento de dilemas jurídico-sociais sob uma mera “cortina de legalismos”. (Cf. MENDES, Conrado Hübner. *Deliberative Performance of Constitutional Courts*. 2011. 278f. Tese (Doutorado em Filosofia). Universidade de Edinburgo, Escócia, 2011, p. 204-205).

⁴⁰⁹ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 217-221.

⁴¹⁰ Cf. *Ibid.*, p. 217.

circunscreve o contrário, ou seja, a prescrição da norma está aliada ao fundamento de validade ao processo de sua produção, e não ao conteúdo da norma, já que a norma fundamental pressuposta tem por conteúdo “a instituição de um fato produtor de normas, a atribuição de poder a uma autoridade legisladora ou (...) uma regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento”⁴¹¹; o conteúdo é apenas o ponto de partida não evidente e remissivo a regras de competência, sendo portanto adaptável, volúvel e consuetudinário. Os dois princípios estão reunidos na mesma norma quando a norma fundamental confere poder a uma autoridade legisladora ao mesmo tempo em que possibilita a esta autoridade estabelecer normas de conduta passíveis de derivar novas normas por mera operação lógica.

Pode-se então avaliar se as normas existentes sobre a qualidade dos serviços reagem mais a um ou outro princípio. A sua densidade revela um conteúdo referente ou autônomo, adaptável ou estático? Em que medida as prescrições normativas existentes têm vigor para seguir os fatos sociais? E mais: considerando que os parâmetros normativos representam a vontade popular soberana, transformada em comandos normativos definidores de uma qualidade no serviço público, a existência de outros critérios definidores de um serviço público de qualidade incrementaria o atendimento da governabilidade dos serviços públicos?⁴¹² São questões que empreendem novos cálculos e amontoam análises rumo a outros planos.

Estes enfoques extrapolam os critérios puramente normativos na medida em que apresentam visões críticas em relação a eles. A qualidade do serviço pode ser realocada por fatores sistêmicos – não simplesmente jurídicos -, sem que se descaracterize o ponto de partida legal e constitucional, derivado do princípio de participação. Isso ocorreria, por exemplo, na avaliação difusa do serviço por meio de eventual incompatibilidade tecnológica, pela quebra da dicotomia entre usuário e fornecedor em razão de multipolaridade de beneficiários indiretos, e outros modos de participação que a sociedade de informação permite ou fomenta.

⁴¹¹ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 219.

⁴¹² Nesse ponto vale destacar o pensamento de CELSO CAMPILONGO, que ao tratar da diferenciação social do Direito sobre outros sistemas sociais destaca que a função regulatória dos serviços públicos, em conjugação com uma noção ampla dos *serviços*, determina que os serviços essenciais “não podem ser diluídos ou reduzidos à utilização demagógica que deles faz a política”. O direito cumpre seu papel dogmático, mas sua necessária abertura cognitiva cria este impasse. (Cf. CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e diferenciação social*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 111).

Enfim: pode haver uma governabilidade presumida nos serviços públicos através dos critérios normativos que têm base numa construção que coincide *legitimidade* com *representatividade democrática*, ou seja, a vontade do povo titular do poder consubstanciada exatamente na manifestação do legislador. Mas nem sempre a confecção de uma lei por si só tornará efetivo o controle da qualidade do serviço público, já que a realidade fática mostra-se mais complexa e dinâmica do que a previsão normativa possa albergar. Há uma governabilidade potencial, de perfil fático, presente nos critérios extra normativos, que partem do princípio da participação para ir ao encontro de um ideal geral de participação do usuário, sob enfoques metajurídicos.

Resta avaliar os postulados que permitem tal constatação.

4.2.1 – Serviços Públicos e Democracia Participativa

Ainda que os parâmetros normativos conttenham dispositivos afetos ao controle dos serviços, a sua mera realização por meio de leis não esgota as possibilidades semânticas da qualidade do serviço efetivo. Vale dizer: construções como “vontade popular soberana” se tornam arcaicas num momento em que se discutem os rumos e desafios das democracias contemporâneas, face à revolução das comunicações, ao novo papel do cidadão numa sociedade globalizada e à releitura dos modelos de estados contemporâneos, posteriores ao *Welfare State*⁴¹³. Há novas fronteiras que de certa forma se afastam de uma visão unilateral e unidirecional de democracia, designada simplesmente pela alcunha de “vontade popular soberana”, a qual coincidiu com os ideais iluministas e liberais – concomitantes a um momento histórico de consolidação das democracias modernas -, mas já não guarda eco numa sociedade em que há uma distância cada vez maior entre os exercentes e os titulares do poder, e na qual as leis imobilizam-se frente à velocidade das relações sociais.

Desta forma, todas as leis e dispositivos trazidos cumprem sua função normativa, mas não se sabe quão obsoleto ou falho é este alcance normativo. Uma lei votada pelo parlamento não implica necessariamente numa reverberação total e completa da vontade do povo. Conceitos e termos abstratos em lei nem sempre declaram direitos; enunciados de direitos nem sempre afirmam instrumentos de efetivação.

⁴¹³ Cf. AGUILLAR, Fernando Hellen. *Controle Social de Serviços Públicos*. São Paulo Max Limonad, 1999, p. 23-27.

Além disso, as crises econômicas levam a uma perda da racionalidade decisória do Estado, criando uma síncope político-constitucional verificável em instituições estéreis, no que se refere à regulação e repressão. Deste modo⁴¹⁴, constata-se uma espécie de *democracia delegativa* como deformação da democracia representativa e inviabilidade dos pactos político-sociais, ocasionando “baixo grau de institucionalização” e “cidadania de baixa intensidade” com respeito meramente aos direitos políticos à custa do “não reconhecimento dos direitos liberais à maioria da população”⁴¹⁵.

Especialmente sob o filtro proposto – foco no usuário e premência do controle social -, a democracia pode vir a assentar a cooperação no processo e a colaboração para as decisões que conformarão o serviço à sua governabilidade, e isso é feito principalmente pela vertente da democracia participativa.

Há uma dimensão complexa da democracia enquanto princípio normativo e forma de legitimação do poder. A noção de democracia participativa⁴¹⁶ ⁴¹⁷ traduz a cidadania ativa⁴¹⁸ com a inserção do indivíduo nos serviços públicos e tudo o mais que refira à sua existência, considerando que o governo não dispõe de meios para resolver os problemas do cotidiano por si só,⁴¹⁹ movendo a noção abstrata do cidadão “titular de direitos e deveres” para a materialização do cidadão “articulado na transformação das formas de poder”, generalizando-as.⁴²⁰ Isto é feito com o apoio efetivo nas ações e o uso

⁴¹⁴ Cf. CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 54-59.

⁴¹⁵ Cf. *Ibid.*, p. 57.

⁴¹⁶ Um conceito possível de democracia participativa, alinhado à acepção constitucional sobre o tema, a traduz como “a estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efetivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controle crítico na divergência de opiniões, produzir *inputs* políticos democráticos”. (Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 288).

⁴¹⁷ Têm-se ciência de que a noção de democracia participativa varia conforme a concepção de democracia de cada organização jurídico-política, vale dizer, cada país tem variações semânticas quanto ao alcance e termos desta noção, de forma que os arranjos constitucionais-administrativistas decorrentes sofrerão influência da concepção de democracia adotada. Não é objetivo desta pesquisa fazer incursões sobre o direito comparado, já que o material de análise para este ponto será o direito constitucional brasileiro, com seus temas decorrentes.

⁴¹⁸ A democracia participativa mostra-se como uma *via preferencial de afeição do direito constitucional à democracia*, como forma complementar da democracia representativa. (Cf. FREITAS, Juarez. *Direito Constitucional à Democracia*. In: FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson V. (orgs.). *Direito à Democracia: ensaios transdisciplinares*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 15). Corroborando-se esta ideia: “o protagonismo dos agentes de Estado somente se justifica, emancipatoriamente, se suscitar o desenvolvimento do protagonismo social, no exame das questões nevrálgicas relacionadas às políticas públicas. A democracia preferencialmente participativa e direta é, por todo o exposto, a que mais apresenta força adaptativa para cuidar de estatuir prioridades políticas confiáveis, numa equação cooperativa e complementar dos mecanismos de democracia direta e representativa”. (*Ibid.*, p. 38).

⁴¹⁹ Cf. GRUNE, Carmela. *Participação cidadã na gestão pública: a experiência da Escola de Samba de Mangueira*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 48.

⁴²⁰ Cf. *Ibid.*, p. 49. Para isso, destaca-se a subsidiariedade do cidadão no processo democrático, realizado pela democracia participativa e a sua interdependência com a democracia representativa, além da pluralidade

concreto de instrumentos inerentes,⁴²¹ substancializando as previsões normativas, afinal, num ambiente democrático “o Estado ganhará legitimação na medida dessa capacidade de permitir o influenciamento da população no exercício do poder constituído”⁴²², de modo que a participação popular diminuiria a distância entre a prestação dos serviços públicos e as exigências constitucionais a ela correlatas.

A democracia como ideal enformador do Estado de Direito deve se acomodar às mudanças inerentes à dinâmica política de uma sociedade. Assim, há uma convergência da ideia de democracia com o Estado de Direito *substancial*⁴²³ que cria “uma reviravolta paradigmática, ao compatibilizar a democracia (como direito e como processo) com a Constituição, voltada a assegurar direitos e deveres, sem a efetividade dos quais a democracia não prospera”⁴²⁴.

Como efeito, há a resignificação do ideal de democracia frente aos valores contemporâneos.⁴²⁵ O caráter mutante da democracia é inerente à sua dialética natural, vez que a transformação é seu “estado natural”, em contraposição a um despotismo estático e uniforme. A democracia assim se aproxima de um conjunto de regras de procedimento para formação de decisões coletivas, o que reforça esse caráter dinâmico, ajustável, ligado a um meio ou “processo”.

Um conceito conveniente a esta soma de elementos é a “função governativa em que a vontade soberana do povo decide, direta e indiretamente, todas as questões de governo, de tal sorte que o povo seja sempre o titular e o objeto”⁴²⁶. Esta “decisão das questões de governo” abriga os serviços públicos, na medida em que o ideal democrático

inerente à deliberação dos processos democráticos. (Cf. GRUNE, Carmela. *Participação cidadã na gestão pública: a experiência da Escola de Samba de Mangueira*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 50-51). E mais: “a gestão compartilhada possibilita a articulação social e estimula o exercício da cidadania ativa, por meio da descentralização de poder e do respeito ao interesse público para concretizar as melhores alternativas ao destino comum”, efetivando o Estado Democrático de Direito. (Cf. *Ibid.*, p. 68-69).

⁴²¹ Com destaque para as Ouvidorias e o seu uso como intercâmbio entre o usuário e o Governo, presente em diversas legislações, e que emancipam o controle social quanto mais presentes estiverem para com os usuários e mais recorrentes forem suas atuações práticas.

⁴²² Cf. AGUILLAR, Fernando Hellen. *Controle Social de Serviços Públicos*. São Paulo Max Limonad, 1999, p. 293.

⁴²³ O adjetivo se justifica na contraposição ao Estado de Direito meramente *formal*, o qual se satisfaz com o simples atendimento a regras e normas. Aqui, *substancial* traz o referencial argumentativo de cumprimento real da Constituição através do atendimento das razões de Estado e da concretização dos direitos fundamentais, em remissão às premissas tratadas anteriormente nessa pesquisa.

⁴²⁴ Cf. FREITAS, Juarez. *Direito Constitucional à Democracia*. In: FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson V. (orgs.). *Direito à Democracia: ensaios transdisciplinares*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 12.

⁴²⁵ Cf. BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, p. 9-12.

⁴²⁶ Cf. BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no Federalismo das Regiões*, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 17.

de participação ou influência no processo de decisão de governo pode influir no tema dos serviços públicos.

Nesse sentido, há vozes que colocam em xeque⁴²⁷ o ideal clássico de democracia – segundo o qual a lei votada no parlamento pelos membros eleitos pelo povo supre a vazão democrática das organizações jurídicas - frente aos influxos contemporâneos e desafios sociais vigentes. Estes denotam um contexto de reavaliação do papel das instituições representativas, e do seu poder de impor legitimidade e eficácia ao ideal democrático. O próprio êxito da democracia como regime político é afrontado com as complexidades sócio-políticas atuais, férteis em ideologias vagas e interesses imprecisos.

A democracia ganha outras roupagens na época contemporânea, com destaque para: *i)* a sua transfiguração como faceta de “república”, ou seja, como gênero de um regime político de governo contrário às formas autocráticas; *ii)* o seu alinhamento à legitimidade de governos, que tenham respaldo da soberania popular, afastando-se de uma perspectiva de formas de governo, e portanto de democracia como mero fenômeno antagonista do autoritarismo; *iii)* a ressignificação da forma deliberativa como mecanismo de funcionamento do sistema político, já que o desenho institucional democrático encoraja a participação e valorização de interesses individualistas em detrimento de interesses gerais e de bem comum.⁴²⁸ Como resultado, são instaladas controvérsias merecendo também destaque: *I)* a crítica que se faz sobre o principal instrumento de concretização da democracia eleitoral - o mandato eletivo - como mero espelhamento do instituto civilista do mandato, e a consequente subversão político ideológica do mandato como mecanismo codificador; *II)* um papel qualificado dos partidos políticos, vistos efetivamente como entidades dissociativas do processo político e voltadas tão somente para interesses particulares de grupos, travestidos de relevância pública.⁴²⁹ Há outras críticas presentes nas teorias sobre a democracia, não sendo objeto de minúcia nesta pesquisa, servindo tão somente para indicar a existência de um vasto repertório contrário ao ideal estático de democracia – através do qual a simples produção de documentos normativos esgotaria por si só a representação da vontade popular – já que a democracia envolve um processo - um percurso a seguir que se legitima mais pela obediência aos princípios que enformam ritos e caminhos do que pela simples soma sequencial de preferências deliberativas.⁴³⁰

⁴²⁷ Cf. BEÇAK, Rubens. *Democracia: hegemonia e aperfeiçoamento*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 17-18.

⁴²⁸ Cf. *Ibid.*, p. 55, 59, 60, 70, 71, 72.

⁴²⁹ Cf. *Ibid.*, p. 21, 24.

⁴³⁰ Cf. *Ibid.*, p. 76.

Os embates sobre a democracia encontram eco também numa crise de consciência política que demonstra a participação pífia da comunidade nos assuntos políticos, a não ser no exercício de mandatos eletivos. Isto pode ser percebido⁴³¹ por certo sentimento de repúdio frente aos assuntos políticos motivados pelo mau uso do poder, prevalência de interesses pessoais nos negócios públicos, polarização ideológica radical, dentre outras síncopes de envolvimento da comunidade na política. Fruto disso é uma partição da política da realidade das pessoas, ou ao menos uma feição “cambial” do espaço público. Política equivaleria às oportunidades de exploração egoística do espaço público, o que certamente denota uma releitura dos conceitos de participação democrática.

Na raia ao lado, surge também a discussão acerca da educação para a cidadania como uma das promessas não cumpridas da democracia.⁴³² Esta educação seria o modo de transformar o indivíduo súdito em cidadão, com o exercício da prática ativa democrática, o “amor pela coisa pública”. Num ambiente democrático, a passividade no exercício da coisa pública seria indício de submissão e, portanto, retrógrado aos fundamentos do Estado Democrático de Direito. O sufrágio neste caso é menos importante que o escorço de uma cultura política disseminada nos mais diversos extratos sociais. Num sentido de promessa não cumprida, esta constatação assume a feição de processo – dinâmico e volúvel – reagente ao maior ou menor grau de ocupação de novos espaços públicos - tradicionalmente dominados por organizações burocráticas. Eis a fórmula que localiza o movimento de democratização do estado rumo à democratização da sociedade, ou da instituição dos parlamentos rumo à reverberação da democracia nas mais diversas instituições da sociedade, inclusive aquelas não diretamente afetas à vida política (família, escola, empresas), presentes no conceito de sociedade civil e de sociedades policráticas.

Além disso, discute-se como um protagonismo maior do Poder Executivo na seara legislativa - fenômeno afeto à realidade atual brasileira – influenciaria no fortalecimento ou arrefecimento do ideal democrático.⁴³³ Nesse sentido, o Executivo repercute as eleições diretas por voto majoritário, e de modo vulgar seria o representante maior do povo - titular do poder. Diz-se vulgar porque esta “liderança” artificial não é aceita sem alarmes: trata-se do fenômeno da hipertrofia do Poder Executivo. O prefixo indicador de superioridade desequilibra a equação de separação e divisão de poderes

⁴³¹ Cf. BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Curso de Filosofia Política*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 14-16.

⁴³² Cf. BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, p. 31-33, 55-57.

⁴³³ Cf. BEÇAK, Rubens. *A Hipertrofia do Executivo Brasileiro: o impacto da Constituição de 1988*. 2005. 184 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 157, 159-163, 167-168.

indicativa de uma atuação excessiva do Executivo em funções legislativas atípicas, através das leis delegadas, medidas-provisórias e decretos-lei. Este fenômeno é potencializado com as necessidades surgidas do Estado Social – atividades relacionadas à promoção da igualdade material para realização da justiça social - e a movimentação gradual do Executivo para a posição de principal executor das medidas de Governo e formulador das políticas públicas. Como resultado, houve uma contenção da capacidade legiferante do Poder Executivo com a EC nº 32/2001, voltado às medidas provisórias. Verificaram-se sintomas como a paralisia legislativa e uma deturpação da capacidade de legislar do Poder Executivo, indiciadoras de uma anomalia jurídico-política que coloca penumbra na real função e dimensão daquele ideal democrático.

Estes tópicos constroem uma conjuntura desfavorável à suficiência da democracia representativa para suprir as demandas de um Estado de Direito substancial, ou, em outras palavras, de aferir governabilidade. Afinal, “o direito constitucional à democracia afeiçoa-se, de ordem preferencial, à democracia participativa, num permanente ensaio de tentativas, acertos e erros”⁴³⁴, permitindo com isso que a democracia participativa seja complementar à democracia representativa, dissipando uma possível e ilusória dicotomia.

Assim, têm-se a possibilidade de ir ao encontro de um conceito substantivo de democracia, o qual efetiva a norma subjacente ao comando legal por reverberar a própria legitimidade democrática em si.

Por esta razão, as lacunas da representatividade política podem ser supridas pela democracia participativa, concordante com a ideia de interpretação aberta da Constituição e o largo espectro da democracia enquanto vista sob a ótica de horizontalidade, transversalidade e difusão na sociedade. Vem a lume também a construção da democracia participativa como complemento da democracia representativa, vez que “na atual modernidade não parece defensável o predomínio das situações de representatividade como única forma de legitimação da tomada de decisão política”⁴³⁵,

⁴³⁴ Cf. FREITAS, Juarez. *Direito Constitucional à Democracia*. In: FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson V. (orgs.). *Direito à Democracia: ensaios transdisciplinares*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 15.

⁴³⁵ Cf. BEÇAK, Rubens; CAPUCELLI, Rodrigo Crepaldi Perez. *O constitucionalismo Democrático no Brasil: entre a crise da representatividade e a participação*. In: *Revista Brasileira de Filosofia do Direito*, Maranhão, v.3, n.2, Jul/ Dez/2017, p. 64. O autor destaca o fato de que a democracia representativa não é um estágio primário da democracia participativa, tampouco uma vertente localizada em polo distinto daquela, já que haverá “representação” inevitavelmente em algum trecho da “participação” nos espaços democráticos para deliberação pública. (Cf. *Ibid.*, p. 56-74).

apontando-se como soluções o aprimoramento da representatividade e a sua concatenação com a participação.

Deste modo, a governabilidade intrínseca aos serviços públicos se imbrica na ineficácia da representatividade democrática presente na incapacidade dos partidos políticos e demais grupos sociais de agregar interesses numa sociedade complexa - movida pelos sistemas econômico, social, cultural e outros segmentos heterogêneos - e reduzirem a desproporcionalidade da representação congressual.⁴³⁶

Por este recorte, a governabilidade pode ser entendida como a capacidade dos *representantes* do poder político dialogarem com os *detentores* do poder político. O lastro de governabilidade constante no ideal de Democracia está presente mais nas razões de Estado - daquilo a que se presta a organização estatal – do que nas disposições legislativas abstratas, não necessariamente satisfativas da realidade social. E os serviços públicos encontram-se no meio desta tensão, como atividades estatais nas quais o Estado imprime sua razão de ser.

Advoga nesse sentido primeiramente a construção do Estado de legalidade em contraposição ao Estado de legalismo. Aqui, o Estado de Direito como construção jurídico-racional e abrigo de valores afetos à democracia se firma como um “imperativo axiológico”, e justifica por meio da ideologia os regimes políticos das mais diversas matizes; caso o faça para regimes autoritários ou precariamente democráticos, estar-se-á enveredando para o chamado Estado de legalidade, ou uma redução dos ideais democráticos para o cumprimento da vontade legislativa manifestada na mera obediência à lei, ou “legalismo”, descontada a devida consideração aos princípios e garantias individuais, ou aos resultados esperados da aplicação da lei pela alteração fática e concreção de valores sociais.⁴³⁷

Trata-se de distorção que transformou o princípio da legalidade no molde primordial do Estado de direito canonizando a lei como referência máxima e talvez única para a atuação do Estado, ao largo do direito em si – ampliado para princípios, fontes, precedentes judiciais e tratados internacionais. A relação entre lei e direito pode ser

⁴³⁶ Cf. CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 53.

⁴³⁷ Cf. BARROS, Sergio Resende de. *Contribuição dialética para o constitucionalismo*. Campinas: Millennium, 2007, p. 139-140. O autor também sintetiza essa construção ao qualificar esse fenômeno na conversão do Estado de Direito “em uma forma legal vazia de seus valores fundamentais, sendo a lei reduzida a instrumento de realização de políticas eleitorais ou até de desideratos pessoais do grupo político dominante”. (Cf. *Ibid.*, p. 140.)

normalmente traduzida pelas qualidades de *essência* e *aparência*, de modo que nem sempre a lei é essência: torna-se *aparência* caso contrarie o direito. Alinhando este pensamento com as premissas anteriores, a legalidade ampla – na qualidade de *essência*, imbricada ao direito – afirma os direitos humanos e a noção de justiça social, indo ao encontro de um ideal social-cultural de *bem comum*. Na contramão, o legalismo e seu caráter místico reduzem as políticas de governo a postulados formalistas não operativos de direitos fundamentais, negando o direito por uma visão jurídica unidimensional, com o resultado de perda da legitimidade dos poderes e do governo em si.⁴³⁸

Também reforça a democracia participativa a teoria da sociedade aberta dos intérpretes constitucionais.⁴³⁹ Segundo esta teoria, a tessitura constitucional, reverberante do ideal democrático, deve admitir o envolvimento das todas as potências públicas, participantes materiais do processo social na sua interpretação. Para tanto, a democracia é assumida não apenas como delegação de poder do povo para órgãos estatais, mas também como meio de interligar a política e a *práxis* com vistas à realização dos direitos fundamentais. Com isso, os critérios de interpretação constitucional correspondem ao conjunto de fatores sociais existentes: o pluralismo interpretativo reage ao nível de abertura de atores sociais (cidadãos, grupos, órgãos estatais, opinião pública), os quais vivenciam direta ou indiretamente o contexto fático afetado pela norma constitucional, participando ativamente deste processo. A atividade interpretativa reflete e gesta a realidade, e quanto maior a sua amplitude, maior a legitimidade do seu processo. Prevalece por fim a interpretação oficial da jurisdição constitucional, não antes de realização da mediação de interesses entre Estado e sociedade, executada pelos demais intérpretes de forma difusa, indireta e a longo prazo. Os campos de interpretação variam qualitativamente em razão da função social do intérprete, da natureza do poder em que é investido, e do espaço que ocupa na conjugação de forças políticas. A atividade interpretativa, relativa e horizontal por natureza, prática e variável por experiência, plural e ativo por necessidade, teórica e prática por conformidade, torna-se assim tanto produto quanto alicerce da sociedade aberta, como processo de comunicação geral e plural.

Com esse subsídio, atores sociais com perfil diversificado – dentre eles os usuários de serviços públicos - podem avaliar fenômenos jurídicos em razão de parâmetros

⁴³⁸ Cf. BARROS, Sergio Resende de. *Essência e Aparência*. In: BEÇAK, Rubens; NIMER, Beatriz Lameira Carrico; QUINTILIANO, Leonardo David (orgs.). *Princípios Constitucionais - Contribuições à Luz da Obra de Sérgio Resende de Barros*. Belo Horizonte: Arraes, 2018, p. 6-22.

⁴³⁹ Cf. HABERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editor Sérgio Antônio Fabris, 1997, passim.

de interpretação constitucional e segundo critérios socioculturais, pois são autorizados para tanto. A avaliação inclusive pode revestir-se de julgamento e fazer as vezes de mensuração de governabilidade pública, eis que este tema compõe uma forma de interpretação aberta ínsita aos receptores da atividade de governo. Conforme destacado anteriormente, essa abertura interpretativa a fenômenos extrajurídicos alia-se ao sentido extenso de democracia já que alimenta as características de pluralidade, representatividade, horizontalidade e transversalidade de participação.

Finalmente, um terceiro argumento a favor da democracia participativa é aquele que releva o perfil prescritivo do discurso jurídico. Este flexiona as atitudes normativas para uma característica de *não adaptabilidade*, ao “considerar[em] irrelevantes as observações da realidade”, já que “se manifestam basicamente através de normas, de prescrições de *dever-ser*, que se impõem de modo contra-fático”⁴⁴⁰. Com isso, há uma resistência natural das normas jurídicas para acomodar novas realidades e se aproximar dos seus destinatários, o que eliminaria as incertezas que porventura surgissem na aplicação das normas. Como consequência, vez que a participação dos administrados e governados é diminuída, valoriza-se a interpretação constitucional, ampliando os diques do ideal democrático sobre os fenômenos político-constitucionais, tais como os serviços públicos. Nesse sentido, a sociedade caminha sobre um dissenso social movido pelas expectativas normativas, vez que a homogeneidade de interesses é fictícia pois “repousa em abstrações sociais sustentadas por procedimentos como a eleição democrática, o voto solene e público feito pelo legislativo, no campo político, e dos procedimentos civis, criminais e legislativos, no campo jurídico”⁴⁴¹. Esta constatação demonstra um caráter metajurídico da problemática e a interdisciplinaridade da análise, principalmente no que tange à efetividade da norma jurídica quando pareada com os mecanismos da anatomia do poder.⁴⁴²

A noção de democracia participativa relativa às disposições normativas dos usuários dos serviços públicos afirma-se de forma mais pungente na Lei paulista nº 10.294/99 e Lei nº 13.460/17, ambas fruto de um modelo de Administração Pública Gerencial⁴⁴³, que apresentam janelas de participação e possibilidades de *accountability* por

⁴⁴⁰ Cf. OLIVEIRA, Mara Regina de. *O desafio à autoridade da lei – A relação existente entre poder, obediência e subversão*. Rio de Janeiro: Corifeu, 2006, p. 94.

⁴⁴¹ Cf. *Ibid.*, p. 96.

⁴⁴² Cf. *Ibid.*, p. 101.

⁴⁴³ Esta raiz gerencial abriga inconsistências com uma acepção democrática de participação, pelos seguintes motivos: padronização na forma de prestação de serviço; cultura de formalismo e impessoalidade com enfoque defensivo em relação ao usuário; descompromisso com qualidade efetiva; apropriação de mecanismos de mercado para solução de controvérsias e alocação de recursos; incompatibilidade do cidadão como mero cliente de serviços públicos; *accountability* proporcional à capacidade organizativa do grupo. São

meio dos seus instrumentos (Ouvidorias, manifestações de usuários, conselhos de usuários, comissões de ética e comissões de centralização das informações dos serviços, acesso à informação, sistemática de relatórios etc). Por outro lado, dispositivos normativos que contenham noções vagas e abstratas de controle social e adequação dos serviços públicos – presentes também nestas e nas demais leis citadas anteriormente – refletem muito mais a consolidação de uma democracia representativa, enviesada pela ineficácia, eis que coloridas mais pela exposição de preceitos do que pela indicação de meios de concretização.

A democracia participativa representa, portanto, o limiar de uma participação nos serviços públicos, porque permite uma percepção não inercial do serviço e uma regulação dinâmica pelos seus usuários, utilizando de fatos sociais e normas não jurídicas (comunitárias, educacionais, religiosas, culturais etc) para criar meios e formas de participação, muito além daquilo que as leis preveem.

Esta é uma possibilidade de caminhos e direções a seguir, os quais indicam múltiplos referenciais de avaliação, cujos meandros podem ser vistos ao horizonte mas não serão decupados nesta pesquisa

CONCLUSÕES PARCIAIS

O conceito de serviços públicos voltado ao usuário permite com que o administrado ou governado promova a avaliação de governo, revestindo-se o serviço público de uma generalidade passível de exteriorizar a presença e a atuação do Estado. Com isso, a governabilidade dos serviços públicos vai ao encontro do controle social do serviço, que por sua vez se verifica através da qualidade do serviço público. A qualidade dos serviços está presente em diversos critérios normativos, com destaque para as leis que tratam do regime jurídico do usuário de serviço. A qualidade do serviço pode ser visualizada também em critérios extra normativos, com base numa noção geral de qualidade do serviço público, que conta com o apoio em substratos fáticos condizentes com um ideal de participação. Por esta abordagem, coloca-se em xeque a suficiência das normas jurídicas como solução e norte para adstringir a noção de qualidade, de modo que a democracia participativa apresenta um questionamento crítico sobre o êxito dos critérios normativos prescreverem parâmetros completos e contemporâneos de qualidade dos serviços, face à ressignificação dos elementos *representação*, *participação*, e *correspondência social* das leis e normas.

Logo, é possível criar uma quarta premissa: ***“a avaliação de governo pelo usuário de serviços públicos é feita pelo controle da governabilidade dos serviços públicos efetivos o que é realizado através da observância de preceitos existentes nas leis que tratam dos usuários de serviços públicos, bem como numa ideia geral de qualidade dos serviços presente nos fatos sociais, operante de uma democracia participativa, enquanto feixe de controle social dos serviços públicos voltados aos seus usuários”.***

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As recentes crises políticas de governos brasileiros caracterizam-se também pelo descolamento dos cidadãos às ações dos governantes e suas decisões, especificamente na prestação de utilidades ou comodidades públicas fruíveis ou colocadas à disposição da população.

Por este enfoque, os serviços públicos podem servir como critério de afirmação dos próprios governos, através de uma construção teórica que prime pela relação entre serviços públicos e avaliação de governo.

Para tanto, têm-se a avaliação de governo como exercício do julgamento dos governantes pelos governados, por decorrência lógica da separação entre as funções de comando e obediência nas sociedades políticas e a consubstanciação de limites e controle dos governos, naturais ao princípio do Estado de Direito.

Isso é feito através de manifestações formais presentes em normas constitucionais, que se mostram como um critério estático de avaliação. Esse raciocínio deriva da aceção da própria constituição como equipamento de avaliação, enformada por uma declaração de direitos apta a promover a estabilização jurídico-política da sociedade.

Os fatores que corroboram esta constatação são de diversas ordens. Primeiramente, há um elemento material presente no arcabouço da constituição, que realça o elemento escrito como referencial dos pactos de direitos e documentação da razão de Estado, assim como o elemento da representatividade política como afirmação do poder, por decorrência da teoria do poder constituinte. Em segundo lugar, observa-se um elemento circunstancial o qual alude ao estudo do constitucionalismo pelo influxo dinâmico dos fatos econômicos e sociais, num processo dialético de conformação política por meios jurídicos. Finalmente é possível notar um elemento condicional presente no princípio democrático como fator de racionalidade do conflito entre detentores e representantes do poder, e condição para os demais elementos validadores da constituição.

Também há espaço para critérios dinâmicos de avaliação, sob um perfil relacional entre governantes e governados, já que a avaliação mensura o equilíbrio da relação política e, no seu núcleo, do poder em si. O equilíbrio de poder se torna consequência do pacto político, através da comunicação de suas categorias— força,

obediência, autoridade e violência -, que podem confirmar ou não a legitimidade do poder político e do seu detentor.

Assim, surge a governabilidade como condição do bom ou mau governo, eis que cria meios do poder promover ou não a coesão social através da calibração das suas categorias, pois qualifica a capacidade dos governantes de responder às demandas sociais com maior ou menor sacrifício do consenso e manutenção do apoio político. Sob um viés jurídico-dogmático, o ato de governar reflete governabilidade enquanto promove ações e comandos reverberantes de razões de Estado insculpidas na constituição, gerando maior eficácia à medida que cumpre os direitos humanos fundamentais. Também se verifica a governabilidade na capacidade de gerar congruência das diversas forças econômicas e sociais e na capacidade de solução das diferentes demandas, por meio da concretização de expectativas e garantia da unidade lógico-formal do ordenamento jurídico.

A soma destes aspectos indica o grau de funcionalidade do Estado, pelo reforço da autoridade e geração de obediência, com a dosagem da força e da violência, o que abre espaço para a avaliação dos governos pela satisfação dos cidadãos com a atuação estatal. Ganha destaque na avaliação de governo principalmente o estudo de uma governabilidade constitucionalmente referida, que envolve um amplo espectro dos aspectos levantados, já que além da característica dinâmica intrínseca, flerta também com os critérios estáticos.

Partindo para o estudo dos serviços públicos, faz-se necessário traçar um recorte metodológico que verbalize a amplitude e funcionalidade necessárias para este tema servir de insumo para a avaliação de governo, o que é feito através de um enfoque jurídico-político. Nesse sentido, a evolução histórica do significado de serviços públicos, em toda sua gama de crises e movimentos dialéticos, aponta para uma valorização do sentido amplo de serviço público, entendido como função ou atividade estatal, o que é corroborado pela amplitude conceitual existente para serviços públicos, bem como pelo aporte de diversas noções para este termo presentes na Constituição Federal de 1988. Logo, o conceito de serviços públicos enquanto atividade pública prestada aos particulares permite o controle social dos serviços pelo referencial neoconstitucional, o qual imprime a satisfação de direitos fundamentais, além de permitir maior consensualidade e dialogicidade ao direito administrativo, como consequência de um dirigismo constitucional.

Consequentemente, um sentido de serviços públicos que aporte estes diversos aspectos será aquele que enfoque no seu usuário, como fator corretivo de uma amplitude

conceitual vasta, mantendo o lastro na proteção de direitos fundamentais e valorização da pessoa e do cidadão usufrutuário de serviços públicos. Este raciocínio releva a centralidade do usuário para a estruturação do serviço, através da sua fruição concreta pelo usuário subjacente, característico dos serviços *uti singuli*. Os serviços públicos voltados ao seu usuário afastam o enfoque na prestação do serviço e permitem um intercâmbio com um fundamento humanista de Estado, já que somente a participação do usuário valida o serviço por imprimir legitimidade democrática a este.

Tem-se assim uma aproximação do ideal de cidadania, pela interferência direta do usuário com a concretização do controle social do serviço em si. Por esta construção, verifica-se uma proximidade entre governabilidade e serviços públicos, através das janelas de integração e fiscalização do usuário com o prestador, que o ideal de participação dos usuários carrega em si.

Uma qualidade dos serviços públicos que repercute na sua governabilidade é verificar se estes são ou não efetivos. A efetividade neste caso não se confunde com o princípio da efetividade, já que denota o potencial de concretização de uma ação ou planejamento, somado a uma relação de conformidade com fundamentos normativos e fáticos do serviço.

Nessa linha, a constituição serve de lastro para os fundamentos jurídicos dos serviços, ou para referencial dos fundamentos fáticos a eles inerentes. Ainda assim, a constituição não promove as suas normas por si só, a sua eficácia jurídica inerente deve somar-se a uma eficácia social, como produção de efeitos fáticos concordantes com a norma que lhe dá fundamento. Têm-se assim a efetividade como uma junção do plano normativo com a conformidade fática das condutas. Desta feita, a efetividade ganha consistência principalmente com a veiculação de uma eficácia social e geração dos efeitos previstos na norma pelo corpo social, criando diálogos com o tema da governabilidade.

Nos serviços públicos, a efetividade se mostra pelo potencial destes gerarem eficácia social, o que abriga três modelos de indução. O primeiro deles tem uma natureza formal-constitucional, e indica eficácia social pela aderência dos serviços públicos a uma razão de Estado, exposta no atendimento aos direitos humanos essenciais, já que sua leitura ampla permite que haja desenvolvimento do Estado através de serviços públicos. Nesta seara, deve-se atentar principalmente para os serviços que veiculem direitos sociais, cuja omissão torna mais precário o desenvolvimento do Estado à medida que o evolver econômico desvinculado do social contradiz o fundamento humanista do Estado. Além

disso, os serviços públicos carreadores de direitos sociais vinculam-se de forma mais pungente com o tema da governabilidade porque são aqueles com maior dificuldade de implementação, menor grau de eficiência, e mais visíveis aos usuários, de modo que se tornam mais sensíveis à sua avaliação.

A seguir, há um modelo de inspiração formal-legal que se vale do princípio da adequação como elemento normativo aglutinador dos padrões de qualidade na prestação dos serviços públicos. Este princípio percorre uma trajetória que vai desde as leis de Rolland até a Reforma Administrativa do Estado, ganhando destaque sua positivação na Lei nº 8.078/90 e Lei nº 8.987/95, as quais expuseram vetores de adequação dos serviços públicos e estabeleceram um conceito normativo do Princípio da Adequação. Assim foi possível operacionalizar os aspectos da adequação por meio de diversos critérios expostos em lei, expostos na regularidade, continuidade, eficiência segurança, atualidade, generalidade, cortesia e modicidade, cada qual denotando um aspecto da adequação.

Esta construção prima pela noção de adequação dos serviços públicos como culminação dos marcos gerais do serviço sob os parâmetros legais, mas também sob a influência dos pressupostos fáticos que fundamentem a sua finalidade. Esses últimos são portas de entrada para uma diversidade conceitual de adequação, como critérios que avizinham o Princípio da Adequação, porque contornam um sentido amplo de adequação sob vetores interpretativos. É o que se entende por adequação como elemento subjacente, cujo enfoque valoriza a funcionalidade do serviço público sob visões de inspiração jurídico-sociológicas, as quais alimentam a função político-social presente nos diferentes quesitos de adequação enquanto afirmam a legitimidade sócio-política do poder dirigente, já que aderem ao serviço o resultado fático originalmente traçado no plano normativo.

Por fim, o terceiro modelo de indução tem natureza material e perfil prático, pois traduzem a efetividade sob uma visão predominantemente fenomênica. Nesse sentido, surge o tema das políticas públicas carreadoras de serviços públicos concordantes com as razões de Estado e reverberantes do princípio da adequação. O perfil dos serviços públicos em movimento é empreendido pelo estudo das políticas públicas na medida em que manifestam planos de governo e atuação estatal por meio de diretrizes de interesse público determinativas e plenificadoras do Estado Democrático de Direito. Enquanto concretizam programas de ação dos governos, as políticas públicas também carregam em seu bojo serviços públicos como mecanismos de planejamento e estruturação, e formas de sua execução, de modo que se cria uma ligação direta entre os dois temas com a potencial

funcionalidade das políticas públicas por meio dos serviços públicos. Isso as torna avatares da atuação qualitativa dos governos e do tema da representatividade do poder, inclusive indicando o nível de legitimação do governo. Deste modo, serviços públicos que sejam efetivos estão inseridos em políticas públicas e a institucionalizam para que as mesmas atinjam seus objetivos. Com isso, a efetividade em serviços públicos estará presente naqueles serviços que atendam à razão de Estado e ao Princípio da Adequação - visto sob uma lente ampla –, além de estarem presentes em políticas públicas.

Finalmente, a avaliação de governo - exposta no grau de governabilidade – incide sobre os serviços públicos efetivos – segundo os critérios de efetividade e a aceção dos serviços voltados ao seu usuário – com o controle da qualidade destes serviços pelos seus usuários. Isso porque “qualidade” reúne os postulados de direitos humanos enformadores da governabilidade, e “controle” alberga o protagonismo do usuário constitucionalmente referido.

O controle da governabilidade nos serviços públicos é uma das manifestações de conjunto da sociedade porque torna viva a relação imediata do usuário com as instituições públicas. Para isso, o usuário-cidadão avalia as formas exteriores de prestação de atividades pelos governos, e o faz mormente como uma função estatal, o que afasta um sentido técnico-jurídico de serviços públicos. A avaliação é feita pela percepção vulgar dos usuários, principalmente pelos critérios subjetivo e material dos serviços, o que ocasiona uma forma de avaliação abrigadora de serviços públicos tanto como meios de comunicação do poder estatal em si, quanto como um dos meios de exteriorização da figura do Estado, sendo essas as duas premissas que afirmam a governabilidade dos serviços públicos.

No primeiro caso, a comunicação do poder estatal repercute na afirmação da supremacia estatal geral por meio da organização de estruturas essenciais e concretização de ações e atividades públicas, expostas respectivamente pelas políticas públicas e serviços públicos. Considerando a abstração inerente às políticas públicas, resta aos serviços públicos assumir o ápice da organização do Estado, de maneira que comunicam o poder pela administrativização de decisões políticas, repercutindo de maneira nos temas afetos à legitimação do poder a afins, porque regidas por regime de direito público.

No segundo caso - e por consequência do primeiro - os serviços públicos tornam concreta a estrutura administrativa, de modo que interferem de modo fenomênico na esfera particular, e afeiçoam-se com um aspecto dinâmico do poder político.

Por estas premissas, verifica-se que os serviços públicos aparecem como fatores diretos de governabilidade porque afetam de maneira direta a esfera particular, tendo em conta que prescindem de meio interposto para influir na percepção do governo pelos particulares, diferentemente das leis e atos normativos que as afetam, as quais não se mostram aos seus destinatários— em especial os particulares avaliadores de governo – sem a devida regulamentação.

Corroborando esse raciocínio a característica do modelo de Estado de Bem-Estar Social que demanda uma estrutura administrativa constante e especializada para fazer frente às suas necessidades, e imprime uma determinação dos arranjos de governo e dos modos de expressão do poder político na sociedade. Este será o objeto de avaliação do serviço pelo usuário, conferindo modos de manifestação do poder dirigente e com isso robustecendo a ideia de controle social. Nesse sentido, avaliar o bom ou mau governo pelo serviço público efetivo ou inefetivo implica no julgamento da qualidade do serviço, qual seja, no conjunto de instrumentos e mecanismos que semeiem a prestação dos serviços - na sua oferta, prestação e execução.

Isto pode ser alcançado primeiramente por critérios normativos, presentes em algumas leis e diplomas normativos específicos sobre o regime jurídico dos usuários de serviços. Para veicular estes critérios, parte-se da premissa da lei como instrumento político para valorização da maioria representada. Estes critérios compõem-se do conjunto de normas que descrevem a qualidade nos serviços públicos, irradiadas desde o Artigo 37 §3º da Constituição Federal até incursões específicas em diversos diplomas que tratam do regime jurídico de serviços públicos. Há mergulhos mais profundos nos dispositivos da Lei paulista nº 10.294/99, Lei federal nº 13.460/17 e Decreto paulistano nº 58.426/18, cujas regras e princípios específicos acerca de formas de participação do usuário de serviços na Administração Pública traduzem da melhor forma o tema da qualidade e controle do serviço pelo seu usuário.

Além disso, é possível ampliar este espectro para vislumbrar critérios extra normativos, os quais trazem uma visão ampla de controle dos serviços, sob pontos de partida de inspiração zetética e abordagem metajurídica. Este enfoque ganha espaço pela influência dos fatos sociais sem a perda da ancoragem constitucional, justamente por um possível déficit da lei por si só para incutir uma leitura e consideração do fenômeno social na ciência jurídica; trata-se do conflito entre a *norma* e a *prática*, assim como entre um princípio estático e um princípio dinâmico das normas, relevando as atividades de

deliberação e interpretação constitucionais como abertura para elementos extra normativos e crítica dos meramente normativos.

Logo, há uma governabilidade potencial no controle dos serviços públicos pelos seus usuários, para além dos critérios expostos em lei, presente numa ideia geral de participação em razão de uma noção abrangente de qualidade nos serviços públicos, o que pode ser consubstanciado pela incursão da democracia participativa.

A democracia participativa faz frente a uma resignificação da ideia clássica de democracia como expressão da vontade popular soberana representada no parlamento, porque há deformações no processo de representação democrática, pela reavaliação do papel das instituições, valorização da forma deliberativa como integrante do sistema político, dentre outros elementos. Isso coloca em cheque as previsões normativas, devido ao seu alcance limitado, dando azo a visões críticas. Também a vertente participativa reforça a cidadania ativa para cooperação e colaboração do usuário nas decisões políticas, o que tornará as previsões normativas substantivas e coincidentes com uma dinâmica social. Além disso, há uma oxigenação do ideal de democracia face aos valores sociais, num processo dialético que permite a influência e participação nos processos decisórios e a resignificação do sufrágio, como elemento mais importante do processo democrático.

Por meio destas ideias, a representatividade é suprida pelos inputs de democracia participativa, fortalecidos por um perfil de sociedade complexa com uma diversidade de interesses; a governabilidade toma assim a forma da uma aptidão para diálogo entre os atores políticos.

Este ponto é afirmado pela teoria que contrapõe o Estado de legalidade ao Estado de legalismo, para que não se reduza os potenciais axiológicos dos ideais democráticos para uma mera obediência à lei, em descon sideração a princípios e garantias individuais. Esta teoria também assevera a diferença entre a *essência* e *aparência* das leis, tendo a legalidade ampla uma função maior de *essência*, porque afirma os direitos humanos e a justiça social enquanto promove uma busca pelo bem comum por mecanismos não formalistas ou unidimensionais.

Outra teoria que reforça a democracia participativa nos serviços públicos é a sociedade aberta dos intérpretes constitucionais, a qual permite a congregação de todas as potências públicas como partícipes do processo social na interpretação das normas da Constituição, ecoando um ideal democrático que interliga a política a práxis. Por meio

dela, interligam-se nexos de realização dos direitos fundamentais com a integração de eventos político-sociais para fins de interpretação das leis e atos normativos, permitindo com que atores sociais variados avaliem fenômenos jurídicos, como os serviços públicos.

Ainda há espaço para favorecer a democracia participativa pelo aspecto prescritivo do discurso jurídico, condizente com a teoria da norma jurídica. A adaptabilidade presente nos influxos fenomênicos no mundo do “ser” é diminuída em face da característica contra fática das prescrições legais, no mundo do “dever-ser”. As atitudes normativas tendem a desconsiderar aspectos da realidade para que sejam eliminadas as manifestações de incerteza que surjam na aplicação das normas. Nesse meandro, a interpretação das normas aparece como fator de correção das expectativas normativas da sociedade. Logo, uma abertura para métodos metajurídicos diminui o dissenso social e promove uma maior efetividade em si das normas.

Com isso, a democracia participativa é tangenciada por disposições legais que tratam da participação do usuário no serviço, em diversos diplomas normativos, porém de forma ineficaz ou incompleta, presa demais à exposição de preceitos abstratos ou conceitos vagos sobre controle social e adequação dos serviços que não necessariamente apresentem meios de concretização, em contrapartida.

Há espaço para um ideal de participação dos usuários e de fomento a uma democracia participativa, por formas não inerciais de influência nos serviços, que dão condição de criar uma regulação dinâmica dos seus usuários, sob a influência de normas não jurídicas e fatos sociais para sua consecução, dando aberturas para outros caminhos e parâmetros de controle da governabilidade dos serviços públicos.

ÍNDICE DAS FONTES

1 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUILLAR, Fernando Hellen. *Controle Social de Serviços Públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contratos Administrativos*. In: JABUR, Gilberto Haddad; PEREIRA JUNIOR, Antônio Jorge (coord.). *Direito dos Contratos II*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de Serviço Público*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Pedro Constantin Tolens.. 5ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2010.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10ª ed. São Paulo: Manole, 2005.

BARROS, Sergio Resende de. *A Eficácia dos Direitos Humanos*. In: COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria Arruda de; MATSUO, Alexandra Hery Hansen (orgs.). *Direito: teoria e experiência: estudos em homenagem a Eros Roberto Grau*, Tomo I. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. *Contribuição dialética para o constitucionalismo*. Campinas: Millennium, 2007.

_____. *Direito do Consumidor e Geração de Direitos*, in *Revista de Direito do Consumidor*, v. 40, São Paulo: RT, 2002.

_____. *Direitos Humanos: Paradoxo da Civilização*. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. *Essência e Aparência*. In: BEÇAK, Rubens; NIMER, Beatriz Lameira Carrico; QUINTILIANO, Leonardo David (orgs.). *Princípios Constitucionais - Contribuições à Luz da Obra de Sérgio Resende de Barros*. Belo Horizonte: Arraes, 2018.

_____. *Os direitos humanos na história*. In: FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio (org.). *Filosofia, sociedade e direitos humanos: ciclo de palestras em homenagem ao professor Goffredo Telles Jr*. Barueri: Manole: 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Existe efetivamente uma Constituição Econômica?* In: BARROSO, Luis Roberto; CLÉVE, Clermerson Merlin (orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*. – Volume VI – *Constituição Financeira, Econômica e Social*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2013.

- BEÇAK, Rubens. *Democracia: hegemonia e aperfeiçoamento*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BEÇAK, Rubens; CAPUCELLI, Rodrigo Crepaldi Perez. *O constitucionalismo Democrático no Brasil: entre a crise da representatividade e a participação*. In: *Revista Brasileira de Filosofia do Direito*, Maranhão, v.3, n.2, Jul/ Dez/2017.
- BINENBOJM, Gustavo. *Temas de Direito Administrativo e Constitucional – Artigos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Curso de Filosofia Política*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.
- BOITEUX, Elza Antônia Pereira Cunha, *A Constante Axiológica dos Direitos Humanos*. In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudineu de (orgs.). *Direitos Humanos, Democracia e República: Homenagem a Fabio Konder Comparato*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no Federalismo das Regiões*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRASIL, Presidência da República. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília: 1995.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *ADO 24 / DF. Relatoria Min. DIAS TOFFOLI*. DJe 018, de 31/01/2018.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Dez passos para a boa governança*. Brasília: TCU, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão, 2014.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva: 2006.
- BULOS, Uadi Lamêgo. *Constituição Federal Anotada*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e diferenciação social*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. *O Direito na Sociedade Complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- CAMPOS, Luiza Ferreira, JUST, Gustavo. *Transformação do discurso administrativista: a assimilação das formas argumentativas “pós-positivistas” e as tentativas de redefinição de institutos-chave do direito administrativo*. In: MARRARA, Thiago (org.) *Direito Administrativo: transformações e tendências*. São Paulo: Almedina, 2014.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARDOSO, Fernando Henrique. *Mensagem ao Congresso Nacional, abertura da 1ª Sessão Legislativa Ordinária da 50ª Legislatura*. Brasília: Presidência da República, Secretaria de Comunicação Social, 1995.

CHEVALLIER, Jean Jacques. *As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias*. Tradução de Lydia Christina. 7ª ed. Rio de Janeiro: Agir, 1995.

CRETELLA JUNIOR, José. *Dos Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DUGUIT, Léon. *Fundamentos do Direito*. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Martin Claret, 2009.

_____. *Os Elementos do Estado*. Tradução de Eduardo Salgueiro. Lisboa: Editorial Inquérito, 1950.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão e Dominação*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 40ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Estado de Direito e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1988.

FREITAS, Juarez. *Direito Constitucional à Democracia*. In: FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson V. (orgs.). *Direito à Democracia: ensaios transdisciplinares*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

GOFFI, Ana Maria; SCARTEZZINI, Flaquer. *O princípio da Continuidade do Serviço Público*. São Paulo: Malheiros, 2006.

GORDILLO, Agustín A. *Ideias sobre Participation em American Latina*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari. *Doutrinas Essenciais: Direito Administrativo, Volume III: Controle da Administração, Processo Administrativo e Responsabilidade do Estado*. São Paulo: RT, 2013.

_____. *Participación Administrativa*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari. *Doutrinas Essenciais: Direito Administrativo, Volume III: Controle da Administração, Processo Administrativo e Responsabilidade do Estado*. São Paulo, RT: 2013.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

_____. *Constituição e Serviço Público*. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org). *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003.

GROTTI, Dinorá Adelaide. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRUNE, Carmela. *Participação cidadã na gestão pública: a experiência da Escola de Samba de Mangueira*. São Paulo: Saraiva, 2012.

HABERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editor Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HACHEM, Daniel Wunder. *Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão: repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material*. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 123-158, jan./mar. 2014.

INSTITUTO ANTONIO HOUAISS DE LEXICOGRAFIA (org). *Pequeno Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. São Paulo: Moderna, 2015.

ISSACHAROFF, Samuel. *Fragile Democracies: Contested Power in the Era of Constitutional Courts*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Conceito de interesse público e a personalização do Direito Administrativo*, Revista Trimestral de Direito Público 26, São Paulo, 1999.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 10ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Funções Administrativas do Estado*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). *Tratado de Direito Administrativo – Volume 4*. São Paulo: RT, 2015.

LAFER, Celso. *Hannah Arendt: pensamento, persuasão e poder*. 2ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

LIMA, João Alberto de Oliveira; NICOLA, João Rafael Nicola; PASSOS, Edilenice. *A gênese do texto da Constituição de 1988*. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Temáticas, 2013.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Tradução Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1964.

MAROLLA, Eugênia Cristina Cleto. *Concessões de serviço público: a equação econômico financeira dos contratos*. São Paulo: Verbatim, 2011.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Teoria sobre as Teorias da Constituição*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Orgs). *Tratado de Direito Constitucional - volume I*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 16ª ed. São Paulo: RT, 2012.

_____. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003.

_____. *A figura da Concessão*. In: MEDAUAR, Odete (org.). *Concessão de Serviço Público*. São Paulo: RT, 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

_____. *Natureza e regime jurídico das Autarquias*. São Paulo: RT, 1968.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO ORÇAMENTO E GESTÃO. *Comissão de Juristas: Proposta de Organização da Administração Pública e das Relações com Entes de Colaboração*. Brasília, Secretaria de Gestão, 2007.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, Tomo IV. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de Serviço Público: inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)*. São Paulo: Malheiros, 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; PINHO, Ruy Rebello. *Instituições de Direito Público e Privado*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1971.

NAVARRO, Thais; SALVADOR, Alexandre; Schelp, Diogo. *30 anos da Constituição: a história da Carta – as origens, os bastidores e a herança do texto que fundou o Brasil democrático*. São Paulo: Abril, 2018.

NIMER, Beatriz Lameira Carrico. *Moralidade Administrativa*. In: BEÇAK, Rubens; NIMER, Beatriz Lameira Carrico; QUINTILIANO, Leonardo David (orgs.). *Princípios Constitucionais - Contribuições à Luz da Obra de Sérgio Resende de Barros*. Belo Horizonte: Arraes, 2018.

NOHARA, Irene Patrícia. *Burocracia Reflexiva*. In: MARRARA, Thiago (org.). *Direito Administrativo: transformações e tendências*. São Paulo: Almedina, 2014.

OLIVEIRA, Mara Regina de. *O desafio à autoridade da lei – A relação existente entre poder, obediência e subversão*. Rio de Janeiro: Corifeu, 2006.

PASQUINO, Gianfranco. *Governabilidade*. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução de Carmem Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Casais. Brasília: Linha Gráfica Editora, 1991.

PEREIRA, César A. Guimarães. *Usuários de Serviços Públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2006.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Interesse Público líquido e pós-modernidade: a lógica do individualismo e os desafios do Estado Social no Século XXI*. In: MARRARA, Thiago (org.). *Direito Administrativo: transformações e tendências*. São Paulo: Almedina, 2014.

PRUDENTE, Eunice Aparecida de Jesus. *Preeminência Política - Os direitos da Personalidade são Fundamentais*. In: AUAD, Denise; OLIVEIRA, Bruno Batista da Costa de (orgs.). *Direitos Humanos, Democracia e Justiça Social: uma homenagem à Professora Eunice Prudente: da militância à Academia*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2017.

QUINTILIANO, Leonardo David. *Direitos Sociais e Vinculação do Legislador: as reformas previdenciárias e seus limites no Estado Social e de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *O Contrato Social*. Tradução de Antônio de Pádua Danesi. 3ª ed. São Paulo Martins Fontes, 1996, p. 25

SARLET, Ingo Wolfgang. *Os Direitos Fundamentais na Ordem Constitucional Brasileira*. In: ANNONI, Danielle (org.). *Os novos conceitos do novo Direito Internacional: cidadania, democracia e direitos humanos*. 1ª ed., Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

SILVA, Almiro do Couto e. *Os Indivíduos e o Estado na Realização de Tarefas Públicas*. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de, NOHARA, Irene Patrícia, MARRARA, Thiago (orgs.). *Direito e Administração Pública: Estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Proteção do Usuário de Serviços Públicos*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, SUNDFELD, Carlos Ari (orgs.). *Doutrinas Essenciais: Direito Administrativo, Volume VI: Administração Pública Indireta e Regulação*. São Paulo: RT, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Direito Constitucional Brasileiro Concretizado: Hard Cases e soluções juridicamente adequadas*. São Paulo: Método, 2006.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

2 TESES E DISSERTAÇÕES

BEÇAK, Rubens. *A Hipertrofia do Executivo Brasileiro: o impacto da Constituição de 1988*. 2005. 184 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

BENTO, Leonardo Valle. *Governança e Governabilidade na Reforma do Estado: entre eficiência e democratização*. 2002. 246 f. Tese (Mestrado em Direito). – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002.

DEL PICCHIA, Lucia Barbosa. *Léon Duguit e a noção de serviço público: elementos para o debate sobre o método no direito público*, 2008, 144 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

NIMER, Beatriz Lameira Carrico. *Ação Popular como instrumento de Defesa da Moralidade Administrativa*, 2016, 205 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

MENDES, Conrado Hübner. *Deliberative Perfomance of Constitutional Courts*. 2011. 278f. Tese (Doutorado em Filosofia). Universidade de Edinburgh, Escócia, 2011.

PEREIRA, Marcelo. *O serviço público na atualidade*, 1993, 160 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1993.

PRUDENTE, Eunice Aparecida de Jesus. *Direito à personalidade integral – cidadania plena*, 126 f., 1996. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1996.

QUINTILIANO, Leonardo David. *Autonomia Federativa: Delimitação no Direito Constitucional Brasileiro*, 2012, 321 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

3 CONTEÚDO DISPONÍVEL EM INTERNET

AGÊNCIA CNI DE NOTÍCIAS. *6 serviços públicos de pior qualidade no Brasil, na opinião da população*. Disponível em: <https://noticias.portaldaindustria.com.br/listas/6-servicos-publicos-de-pior-qualidade-no-brasil-na-opinio-da-populacao/>. Acesso em 15/01/2019.

_____. *75% dos brasileiros dizem que serviços públicos de saúde são ruins ou péssimos, mostra pesquisa da CNI*. Disponível em:

<https://noticias.portaldaindustria.com.br/noticias/economia/75-dos-brasileiros-dizem-que-servicos-publicos-de-saude-sao-ruins-ou-pessimos-mostra-pesquisa-da-cni/>.

Acesso em 15/01/2019.

ARAUJO, Vinicius de Carvalho. *A conceituação de governabilidade e governança, da sua relação entre si e com o conjunto da reforma do Estado e do seu aparelho*. Brasília: Escola Nacional de Administração Pública. 2002. Disponível em:

<https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/661/1/A%20conceitua%20a7%20a3o%20de%20governabilidade%20e%20governan%20a7a%20c%20da%20sua%20rela%20a7%20a3o%20entre%20si%20e%20com%20o%20conjunto%20da%20reforma%20do%20Estado%20e%20do%20seu%20aparelho.pdf>. Acesso em 02/09/2019.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

Acesso em: 07/09/2019.

_____. *Emenda à Constituição Federal n. 19, de 04 de junho de 1998*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm. Acesso em: 12/06/2019.

_____. *Lei n. 13.460, de 26 de Junho de 2017. Dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113460.htm. Acesso em: 12/06/2019.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *O Modelo Estrutural de Governança Pública*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), 10, 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.con.br/rere.asp>. Acesso em 15/07/2018

_____. *Reflexões Sobre a Reforma Gerencial Brasileira de 1995*. Revista do Serviço Público, 50, 1999. Disponível em:

<http://www.bresserpereira.org.br/papers/1999/93ReflexoesSobreRefGerencial.p.pg.pdf>. Acesso em 02 de junho de 2019.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE INDÚSTRIA. *Retratos da Sociedade Brasileira 23 – Burocracia*. Disponível em: https://bucket-gw-cni-static-cms-si.s3.amazonaws.com/media/filer_public/b2/ab/b2aba791-45fb-47ff-a60d-14113991ec63/retratosdasociedadebrasileira_23_burocracia1.pdf. Acesso em 02/12/2019.

_____. *Retratos da Sociedade Brasileira 33 – Serviços Públicos, tributação e gastos do governo*. Disponível em: https://bucket-gw-cni-static-cms-si.s3.amazonaws.com/media/filer_public/57/89/578911f0-60a8-4048-937a-63a3c8312c56/retratosdasociedadebrasileira_33_servicospublicos_tributacao_gastodogoverno.pdf.

Acesso em: 02/12/2019.

EL PAÍS. *“Há uma desigualdade e injustiça salarial enorme dentro do serviço público”*. Disponível em:

https://brasil.elpais.com/brasil/2019/11/05/politica/1572980808_559776.amp.html#referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com&_tf=Fonte%3A%20%251%24s. Acesso em 09/01/2019.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Ninguém é dono do interesse público*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-05/estado-direito-ninguem-dono-interesse-publico>. Acesso em 12/01/2019.

MARRARA, Thiago. *O Código de Defesa do Usuário de Serviços Públicos (Lei nº 13.460/2017): seis parâmetros de aplicabilidade*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/thiago-marrara/o-codigo-de-defesa-do-usuario-de-servicos-publicos-lei-n-13460-2017-seis-parametros-de-aplicabilidade>. Acesso em 16/10/2019.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Por uma concepção multicultural de direitos humanos*. In: Revista Crítica de Ciências Sociais, São Paulo, nº 48, 1997. Disponível em: http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_hu_manos_RCCS48.PDF. Acesso em 26/12/2019

SÃO PAULO (ESTADO). *Lei nº 7.835, de 08 de maio de 1992. Dispõe sobre o regime de concessão de obras públicas, de concessão e permissão de serviços públicos e dá outras providências*. Diário Oficial do Estado, São Paulo, SP, 09 de maio de 1992, p.1

_____. *Lei nº 10.294, de 20 de abril de 1999. Dispõe sobre a proteção e defesa do usuário do serviço público do Estado*. Diário Oficial do Estado, São Paulo, SP, 21 de abril de 1999, p.2.

SÃO PAULO (MUNICÍPIO). *Decreto nº 58.426, de 18 de setembro de 2018. Regulamenta a Lei Federal nº 13.460, de 26 de junho de 2017, dispondo sobre a atuação dos responsáveis por ações de ouvidoria e a participação, proteção e defesa dos direitos do usuário de serviços públicos; transfere a Coordenadoria de Defesa do Usuário do Serviço Público Municipal – CODUSP para a Controladoria Geral do Município; institui a Política Municipal de Atendimento ao Cidadão, no âmbito da Cidade de São Paulo; revoga os dispositivos que especifica*. Diário Oficial da Cidade de São Paulo, São Paulo, SP, 19 de setembro de 2018, p.1.

UNIÃO EUROPÉIA. *Versões Compiladas do Tratado da União Europeia e do Tratado que institui a Comunidade Europeia (2002)*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12002M/TXT&from=PT>. Acesso em 02/12/2019.