

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO**

PAULO RICARDO MAROSO PEREIRA

**DIREITO DE RECLAMAÇÃO DO USUÁRIO DE SERVIÇO PÚBLICO: UM
INSTRUMENTO DE CONTROLE SOCIAL NO ATUAL MODELO DE
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA**

PORTO ALEGRE

2017

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO**

PAULO RICARDO MAROSO PEREIRA

**DIREITO DE RECLAMAÇÃO DO USUÁRIO DE SERVIÇO PÚBLICO: UM
INSTRUMENTO DE CONTROLE SOCIAL NO ATUAL MODELO DE
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA**

Dissertação de Mestrado apresentada junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rafael Da Cás Maffini

**PORTO ALEGRE
2017**

PAULO RICARDO MAROSO PEREIRA

**DIREITO DE RECLAMAÇÃO DO USUÁRIO DE SERVIÇO PÚBLICO: UM
INSTRUMENTO DE CONTROLE SOCIAL NO ATUAL MODELO DE
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA**

Dissertação de Mestrado apresentada junto
ao Programa de Pós-Graduação em Direito
da Universidade Federal do Rio Grande do
Sul como requisito parcial para obtenção do
título de Mestre em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Rafael Da Cás Maffini (Orientador)

Prof. Dr. Ricardo Antonio Lucas Camargo (UFRGS)

Prof. Dr. Aragon Érico Dasso Júnior (UFRGS)

Prof. Dr. Christian Guy Caubet (UFSC)

PORTO ALEGRE

2017

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, à minha família, a base de tudo. Em especial aos meus pais Paulo Gilberto e Lucia Helena, e aos meus tios e primos que me acompanharam durante todo esse percurso, dando-me confiança e força nos momentos necessários.

Agradeço, também, aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul pelos ensinamentos durante esses dois anos de estudos e discussões acadêmicas extremamente valiosos para meu aperfeiçoamento e amadurecimento pessoal e profissional. O aprendizado durante esse período não ficou restrito às aulas, mas também às discussões, às apresentações de trabalhos com as devidas correções e sugestões, aos estágios de docência e, é claro, também às conversas informais do café, sempre de grande proveito.

Uma lembrança especial aos professores Dr. Luis Fernando Barzotto e Dr. Rafael Da Cás Maffini por terem me proporcionado grandes experiências na aprendizagem da docência durante os estágios realizados. Um agradecimento particular ao “Professor Maffini”, orientador deste trabalho, pela sinceridade e objetividade nas sugestões e críticas a respeito da pesquisa, e também pela presteza e disponibilidade para atendimento de minhas requisições.

Do corpo de docentes, ressalto ainda a importância dos conselhos e recomendações propostos pelos Professores Dr. Ricardo Antonio Lucas Camargo e Dr. Aragon Érico Dasso Júnior durante a Banca de Qualificação, certamente de grande valia para o complemento e enriquecimento dessa pesquisa.

Indubitável a relevância dos amigos e dos colegas - tanto dessa Pós-Graduação, quanto das Ciências Sociais - nesse período. Sem poder citá-los nominalmente, sob pena de cometer algum grave esquecimento, fica aqui a lembrança mais que sincera de agradecimento, pois além da confiança nas ocasiões necessárias e do compartilhamento de bons momentos de distração durante esses últimos dois anos, sem dúvida também foram fonte de aprendizado ao longo desse período, a partir do diálogo e da troca de experiências e vivências.

Grandes recordações também do Grupo de Assessoria Popular, o GAP, e também dos demais integrantes do Serviço de Assessoria Jurídica Universitária (o SAJU) dessa Universidade, pela luta incondicional na tentativa de instrumentalização e popularização do Direito enquanto ferramenta de transformação social.

Agradecimento especial também aos funcionários do PPGD e da Biblioteca do Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul pelo auxílio incondicional nas mais diversas ocasiões.

Não há como deixar de mencionar o importantíssimo auxílio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES para esta pesquisa. Durante boa parte do curso de Mestrado fui agraciado com bolsa de pesquisa por essa Fundação para o desenvolvimento deste e de outros temas, o que contribuiu significativamente para a qualidade dos trabalhos realizados, haja vista a possibilidade de dedicação exclusiva a eles.

Por fim, nada seria possível sem a interação da música e do esporte, canais insubstituíveis de recarga e canalização das energias. E também aos amores, alguns passageiros, outros duradouros, próximos ou distantes, mas nunca efêmeros ou superficiais, sempre marcantes e transformadores de minha personalidade.

A todos, registro meu muito obrigado!

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade verificar a extensão democrática do Direito de Reclamação do Usuário de Serviço Público no atual modelo gerencial da Administração Pública brasileira, analisando em especial a essência desse instrumento sob dois vieses básicos: o do controle social e o da participação popular na Administração Pública. Para tanto, a fim de compreender seu estágio atual no ordenamento jurídico brasileiro, enquanto instrumento de uma Administração Pública Gerencial, fundamental o estudo das formas anteriores de Administração - Patrimonial e Burocrática. Em um segundo momento, trata-se de analisar o impacto dessa Reforma no direito brasileiro, tanto das alterações da Emenda Constitucional n. 19/98, quanto através das mudanças semânticas de outros institutos jurídicos. Na segunda parte do trabalho o estudo dirige-se especialmente para a abordagem do Direito de Reclamação do Usuário de Serviço Público, analisando sua norma original e sua posterior alteração, bem como o regime jurídico que atualmente se encontra (direito positivo e competência para legislar sobre a matéria). Por fim, examina-se a compatibilidade de tal instrumento sob três conceitos chaves para uma Administração Pública democrática: processo administrativo, controle social e participação popular na Administração Pública. O método de abordagem utilizado é o hipotético-dedutivo, a partir do procedimento monográfico auxiliado pelo histórico; quanto à técnica de pesquisa, esta é apoiada na pesquisa documental em fontes primárias e na pesquisa bibliográfica em fontes secundárias.

Palavras-chave: Direito de Reclamação do Usuário de Serviço Público. Administração Pública. Administração Gerencial. Emenda Constitucional n. 19/98. Processo Administrativo. Controle Social da Administração Pública. Participação Popular na Administração Pública.

ABSTRACT

This paper aims to verify the democratic extension of the Public Service User's Right of Complaint in the current Brazilian Public Administration management model, analyzing in particular the essence of this instrument under two basic biases: social control and popular participation in Public Administration. Therefore, in order to understand its current status in the Brazilian legal system, as an instrument of a Public Management, it is fundamental to study the previous forms of Administration - Patrimonial and Bureaucratic. In a second moment, it is a question of analyzing the impact of this Reformation in the Brazilian law, as much of the alterations of the Constitutional Amendment n. 19/98, as well as through the semantic changes of other legal institutes. In the second part of the study, the study focuses on the Public Service User's Right of Complaint approach, analyzing its original standard and its subsequent amendment, as well as the legal regime currently in place (positive law and competence to legislate on school subjects). Finally, the compatibility of this instrument is examined under three key concepts for a democratic Public Administration: administrative process, social control and popular participation in Public Administration. The method of approach used is the hypothetical-deductive, based on the monographic procedure aided by history; as for the research technique, it is supported by documentary research in primary sources and bibliographical research in secondary sources.

Keywords: Right of Complaint of the Public Service User. Public Administration. Management. Constitutional Amendment n. 19/98. Administrative Process. Social Control of Public Administration. Popular Participation in Public Administration.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
PARTE I: A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA E A PARADIGMÁTICA REFORMA ADMINISTRATIVA DE 1998	
1 BREVE PANORAMA HISTÓRICO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA ANTES DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 19/1998.....	16
1.1 MODELO PATRIMONIAL DE ADMINISTRAÇÃO	19
1.1.1 O conceito de Patrimonialismo em Max Weber	26
1.1.2 O Direito Administrativo brasileiro no modelo patrimonial	33
1.2 MODELO BUROCRÁTICO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	41
1.2.1 O conceito de Burocracia em Max Weber	49
1.2.2 O Direito Administrativo brasileiro no modelo burocrático	53
1.3 CONCLUSÕES DO CAPÍTULO 1	57
2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PÓS EMENDA CONSTITUCIONAL N. 19/1998: A REFORMA ADMINISTRATIVA GERENCIAL.....	63
2.1 O MODELO GERENCIAL	64
2.2 A REFORMA GERENCIAL BRASILEIRA	68
2.2.1 As principais reformas trazidas pela Emenda Constitucional n. 19 ao ordenamento jurídico brasileiro: o Direito Administrativo do modelo gerencial	75
2.2.2 O Modelo Gerencial de Administração Pública vinte anos após sua implementação: avaliações, críticas e o Pós-Gerencialismo?	81
2.3 CONCLUSÕES DO CAPÍTULO 2	91

**PARTE II: O ALCANCE DEMOCRÁTICO DO DIREITO DE RECLAMAÇÃO DO
USUÁRIO DE SERVIÇO PÚBLICO NO MODELO GERENCIAL DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA**

3 O DIREITO DE RECLAMAÇÃO DO USUÁRIO DE SERVIÇO PÚBLICO: BREVE HISTÓRICO E CONTEXTO ATUAL NO DIREITO BRASILEIRO	95
3.1 A DELIMITAÇÃO JURÍDICA DO DIREITO DE RECLAMAÇÃO DO USUÁRIO DE SERVIÇO PÚBLICO ANTES E DEPOIS DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 19/1998	96
3.1.1 A norma do parágrafo terceiro do artigo 37 no texto original da Constituição Federal de 1988.....	96
3.1.2 A alteração pela Emenda Constitucional n. 19/1998 e a nova compreensão do Direito de Reclamação do Usuário de Serviço Público	102
3.1.2.1 A Defesa do Usuário de Serviço Público em âmbito administrativo e a Legislação Pátria Vigente.....	107
3.2 DA NOÇÃO DE USUÁRIO DE SERVIÇO PÚBLICO NO ATUAL MODELO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	121
3.3 O DIREITO DE RECLAMAÇÃO DO USUÁRIO DE SERVIÇO PÚBLICO NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO	134
3.3.1 A Legislação Nacional	134
3.3.2 As Legislações Estaduais	144
3.4 DA COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR SOBRE O DIREITO DE RECLAMAÇÃO DO USUÁRIO DE SERVIÇO PÚBLICO.....	148
3.5 CONCLUSÕES DO CAPÍTULO 3.....	155

4 DIREITO DE RECLAMAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA GERENCIAL: PROCESSO ADMINISTRATIVO, CONTROLE SOCIAL E PARTICIPAÇÃO POPULAR NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	159
4.1 DIREITO DE RECLAMAÇÃO E O PROCESSO ADMINISTRATIVO.....	159
4.2 DIREITO DE RECLAMAÇÃO E O CONTROLE SOCIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	169
4.3 DIREITO DE RECLAMAÇÃO E A PARTICIPAÇÃO POPULAR NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	179
4.4 CONCLUSÕES DO CAPÍTULO 4.....	197
CONSIDERAÇÕES FINAIS	201
REFERÊNCIAS.....	206

INTRODUÇÃO

A relação entre Estado e indivíduo representa um dos principais campos de estudo ao longo da história, tendo sido abordada sob diversos ângulos e sob distintas áreas do conhecimento. Inúmeras teorias foram – e continuam sendo – formuladas causando tensão nessa relação ao dar prevalência a um dos polos da dialética.

Nesse início de Século XXI, o modelo democrático liberal – mesmo diante de suas imperfeições – revela-se aparentemente como uma forma harmônica e plural de debate e convivência dessas teorias divergentes especialmente no contexto da realidade mundial ocidental. De forma retórica, constrói-se constantemente um discurso de defesa desse tipo de democracia especialmente no que toca às possibilidades de concretização dos Direitos do Homem, muito embora na prática as atitudes tomadas por diversos governantes indiquem outra direção.

No Brasil, haja vista os fatos políticos recentes, o cenário não é diferente. A aparente “estabilidade” da democracia brasileira contrasta-se com a dura realidade social experimentada pela maioria dos brasileiros, os quais dependem – e muito – da atuação positiva do Estado, seja na formulação e implementação de Políticas Públicas, seja na prestação de Serviços Públicos.

Os Movimentos Sociais experimentados pelo país no mês de junho de 2013 em diversas cidades brasileiras (intitulados de “Jornadas de Junho”), embora não tendo alcançado um resultado efetivo, foram significativos para demonstrar uma insatisfação geral da população com a atuação Governamental (de todos níveis federativos), explicitando os diversos setores que, segundo os manifestantes, necessitariam de mudanças urgentes. Não por acaso, grande parte das reivindicações foram dirigidas à má qualidade dos serviços públicos, seja educação, saúde, transporte (este a mola propulsora que desencadeou as mobilizações), etc.

Dessa forma, verifica-se fundamental a análise do ordenamento jurídico-constitucional vigente, a fim de identificar quais instrumentos legais gozam os cidadãos que os possibilitem externar sua insatisfação com a prestação desses Serviços Públicos de forma direta com a Administração Pública.

Destaca-se, nesse viés, o Direito de Reclamação do Usuário de Serviço Público previsto no art. 37, §3º, I, da Constituição Federal, instrumento específico para esse tipo de postulação em âmbito administrativo. Todavia, por tal direito

reclamar regulamentação infraconstitucional, são poucos os entes federados no país que exerceram essa competência regulamentar, prejudicando seu exercício prático.

Embora o Direito de Reclamação estivesse previsto no texto constitucional original, sofreu modificação pela Emenda Constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998 – a chamada Reforma Administrativa. Em virtude do próprio nome conferido à Emenda Constitucional n. 19/98 – “Reforma Administrativa” – denota-se a importância do seu estudo de modo a analisar as mudanças trazidas pelo constituinte derivado para a Administração Pública, com destaque para o Princípio da Eficiência, acrescentado ao *caput* do art. 37, da Constituição Federal, como mais um dos princípios norteadores da atividade administrativa.

A Reforma Administrativa e o Princípio da Eficiência apresentaram-se no contexto da época como os expoentes capazes de exercer uma ruptura paradigmática no modo de estruturação do Setor Público: trouxe-se a ideia de uma Administração Pública Gerencial em oposição ao chamado modelo de Administração Pública Burocrática, até então vigente. Essa alteração na estrutura administrativa objetivava, além das inovações trazidas ao texto constitucional (como, por exemplo, o próprio Princípio da Eficiência e a Avaliação de Desempenho do Servidor Público), reformular alguns conceitos do Direito Administrativo (tais como Serviços Públicos, Usuário de Serviços Públicos, Estabilidade do Servidor Público, Participação e Controle Social na Administração Pública, etc.) sob uma nova perspectiva mais adequada à nova realidade da máquina pública.

Com isso, o presente estudo busca interpretar o Direito de Reclamação do Usuário de Serviço Público sob a luz desse modelo Gerencial de Administração Pública instituído pela Reforma Administrativa e dessas suas novas concepções dos institutos do Direito Administrativo. A pesquisa, portanto, parte da seguinte problemática: a partir da Emenda Constitucional n. 19 de 1998, e da mudança paradigmática do modelo de Administração Pública, de que forma o Direito de Reclamação do Usuário de Serviço Público pode auxiliar na construção de uma Administração Pública democrática? Qual sua relação com os conceitos de Controle Social e de Participação Popular na Administração Pública?

Parte-se da hipótese de que tal instrumento seja capaz de promover uma aproximação entre usuário e Administração Pública a partir de um sistema dialógico proporcionado pelo processo administrativo. Esse diálogo permitiria que fossem analisadas questões pertinentes à prestação dos serviços públicos, tanto em um

sentido de controle social da prestação das atividades público-administrativas, quanto em um sentido de participação popular na Administração Pública através da provocação da instância administrativa (instauração de um processo administrativo) visando a sanar supostas irregularidades. A participação popular, portanto, estaria ligada à possibilidade de atuação dos cidadãos por canais institucionalizados do Estado.

A escolha dessa problemática de pesquisa tem como plano de fundo a qualidade dos serviços públicos prestados pelo Poder Público, seja de forma direta ou indireta, e o papel dos usuários frente a tais situações.

Nesse sentido, considerando-se o novo modelo de Administração Pública proposto pela Emenda Constitucional n. 19 – modelo denominado Gerencial -, busca-se compreender, do ponto de vista dos usuários de serviços públicos, a efetividade do comando constitucional inserido no inciso I, do parágrafo terceiro do art. 37, que permite a Reclamação do Usuário de Serviço Público; vale dizer, se este dispositivo é um meio efetivo de comunicação entre indivíduo e Estado, a fim de que este possa qualificar a prestação de serviços perante a sociedade.

Como consequência lógica, propõe-se neste trabalho verificar a compatibilidade de tal instrumento com o Estado de Direito Democrático, em especial com as noções de controle social e participação dos cidadãos na esfera da Administração Pública. Isto é, se há possibilidade de estabelecer uma correlação lógica entre o Direito de Reclamação e o dever do Poder Público de assegurar formas de controle e de participação dos cidadãos no âmbito da Administração, viabilizando um poder transparente e democrático (participativo).

De uma perspectiva mais geral objetiva-se averiguar de que forma o Direito de Reclamação do Usuário de Serviço Público pode se configurar como ferramenta capaz de viabilizar o controle e a participação dos cidadãos no modelo Gerencial de Administração Pública Brasileira. Especificamente, intenta-se: compreender, através de uma breve análise histórica, as principais mudanças provocadas pela Emenda Constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998 na forma de estruturação da Administração Pública Brasileira; verificar o papel do Direito de Reclamação como instrumento democrático (participativo); se não estiver regulamentado, verificar quais outros instrumentos do ordenamento jurídico vigente podem supri-lo na defesa dos usuários em face da prestação de serviços públicos insatisfatórios; verificar a legitimidade para interposição de tal instrumento; vale dizer, se extensível apenas

aos usuários efetivos, ou a qualquer usuário (efetivo ou potencial); analisar a relação entre o exercício do Direito de Reclamação e o Processo Administrativo, o Controle Social e a Participação Popular no atual modelo de Administração Pública.

O método de abordagem que será utilizado na execução da pesquisa é o método hipotético-dedutivo, em que se parte de uma hipótese pré-determinada buscando falseá-la para se chegar às conclusões da pesquisa, refutando ou confirmando a hipótese anteriormente constituída. O método de procedimento que fomentará a pesquisa é o monográfico, que tem como objetivo analisar um tema em todas as suas particularidades, de forma aprofundada e sob diversas perspectivas. Já a técnica de pesquisa a ser utilizada no decorrer da investigação científica será a documentação indireta, com a pesquisa documental em fontes primárias, como as leis, e principalmente com a pesquisa bibliográfica em fontes secundárias, como livros, artigos e monografias.

Ainda sobre o método, importante referir a importância para o presente trabalho do auxílio – especialmente no primeiro capítulo – de uma abordagem histórico-sociológica da Administração Pública. Tal recurso intenta identificar o viés da Reforma Administrativa de 1998 e seus reais objetivos. A análise histórica denota-se fundamental na compreensão dos fenômenos atuais e, por isso, sua relevância neste trabalho. Já nos demais capítulos, o método segue uma forma analítico-descritiva do instrumento ora tratado, o Direito de Reclamação do Usuário de Serviço Público, visando a compreendê-lo sob a perspectiva jurídica.

Para tanto, o presente trabalho estrutura-se de modo a, na Primeira Parte, contrastar os diferentes modelos referidos de Administração – Patrimonialista, Burocrático e Gerencial -, verificando as principais modificações trazidas pela Emenda Constitucional 19/98 ao ordenamento jurídico brasileiro. Já na segunda parte, analisar-se-á mais detidamente o Direito de Reclamação do Usuário de Serviço Público e sua relação com o Estado de Direito Democrático (mais especificamente com as noções de controle social e de participação popular no Poder Público), a fim de verificar de que forma esse instrumento permite a atuação dos cidadãos no âmbito da Administração Pública.

No primeiro capítulo, portanto, pretende-se, a partir de uma breve análise histórica, entender qual o contexto administrativo em que se insere o Direito de Reclamação na atualidade. Isso significa situá-lo sob a égide do modelo Gerencial.

Assim, a fim de melhor compreendê-lo, intentar-se-á percorrer um breve estudo histórico da Administração Pública brasileira e de seus modelos administrativos predecessores de modo a identificar os motivos que deram origem às propostas Gerencialistas no cenário nacional. Dessa forma, os chamados modelos Patrimonialista e Burocrático (conceitos baseados na sociologia de Max Weber) serão abordados especificamente, analisando-se tanto seus aspectos caracterizadores como também a forma assumida pelo direito administrativo de cada modelo. Objetiva-se, assim, entender o contexto político, econômico, social e administrativo em que se assentou a Administração Pública até a Reforma Constitucional de 1998, com o fito de melhor captar o objetivo que se propôs o constituinte derivado com a implementação da chamada Reforma Administrativa.

Destaca-se, também, que em ambas abordagens – Administração Patrimonial e Administração Burocrática – serão dedicados um tópico sobre a compreensão de Max Weber sobre os conceitos de patrimonialismo e burocracia e um tópico referente ao direito administrativo de cada período. Com o primeiro busca-se a definição dos conceitos sob a perspectiva weberiana, haja vista tratarem-se de categorias de análise do sociólogo alemão. Já com o segundo objetiva-se traçar um paralelo entre as definições teóricas trazidas de cada período com a realidade legal existente. Refere-se, todavia, que essas abordagens serão sucintas já que tais estudos, por si só, mereceriam uma apreciação própria e de maior fôlego, o que foge aos objetivos da presente dissertação.

Já no segundo capítulo, o estudo volta-se para a Emenda Constitucional n. 19/98 e suas implicações no ordenamento jurídico brasileiro. Neste ponto, a abordagem concentra-se na caracterização das propostas Gerencialistas no campo da Administração Pública, tanto a partir da análise de sua aplicação em outros países, como mais especificamente no contexto brasileiro. Apontar-se-ão, aqui, as principais reformulações no ordenamento jurídico pátrio decorrentes dessa nova forma de estruturação administrativa e seus reflexos na prestação dos Serviços Públicos, com destaque para as privatizações, concessões à iniciativa privada, modelo de Estado Regulador e Agências Reguladoras. Assinala-se, também, a alteração do parágrafo terceiro, do artigo 37, da Constituição Federal, que modificou a norma do Direito de Reclamação do Usuário de Serviço Público, acrescentando, ainda, dois novos incisos, visando à “participação” dos usuários na Administração Pública.

Seguindo a mesma estrutura, a Segunda Parte do trabalho também se subdivide em dois capítulos. O objetivo desta seção é, primeiro, minuciar o Direito de Reclamação e suas nuances; e, segundo, tentar compatibilizá-lo com três conceitos fundamentais para uma Administração Pública democrática - processo administrativo, controle social e participação popular na Administração Pública -, a fim de examinar o real alcance democrático desse instrumento.

Portanto, no terceiro capítulo, detalhar-se-á o Direito de Reclamação, desde a norma original estatuída pelo constituinte de 1988, até a sua reforma com a Emenda Constitucional n. 19. Além disso, por se tratar de norma de eficácia limitada – dependente de lei regulamentadora -, procurar-se-á elencar alternativas previstas no atual ordenamento que permitam o exercício da reclamação dos usuários onde a lei de regulamentação desse direito ainda não houver sido editada (como, por exemplo, as Leis de Processo Administrativo).

Aborda-se, ainda, o questionamento a respeito da terminologia utilizada pelo parágrafo 3º, do art. 37, CF, o qual traz a expressão “usuários”. Indaga-se, então, a melhor forma de compreender esse conceito, utilizando-se de diferentes formas de interpretações sobre ele. Conclui-se o capítulo com uma análise sobre a existência de legislação vigente sobre o Direito de Reclamação (em âmbito nacional e dos Estados) e com um estudo sobre a competência para tratar dessa matéria.

No último capítulo o estudo procura relacionar o Direito de Reclamação, o Estado de Direito Democrático e a Administração Pública atual. Para tanto, analisar-se-á o Direito de Reclamação em sua faceta mais característica, qual seja, a do processo administrativo, bem como examinar seu alcance democrático a partir de dois outros conceitos: de controle social e de participação popular na Administração Pública. A pesquisa, portanto, fundamenta-se na perspectiva analítica do Direito de Reclamação do Usuário de Serviço Público em face de sua má prestação pelo Estado, configurando-o como instrumento capaz de estabelecer um diálogo maior entre indivíduos e a Administração Pública na busca para uma melhor qualificação na prestação dos serviços.

Por fim, duas observações são importantes para melhor delimitação do tema: sobre a noção de serviço público a ser utilizado neste trabalho e sobre o instituto da chamada Reclamação Administrativa (Decreto federal n. 20.910/32).

Indubitável que a tarefa de definir um conceito de serviço público seja extremamente árdua, o que sugere inclusive um estudo próprio e profundo sobre o

tema. Nesse sentido, ciente das intermináveis discussões sobre o alcance da expressão, partir-se-á neste trabalho da premissa de que os serviços públicos compõem a noção de “atividade econômica em sentido amplo”, conforme observa Eros Grau (2006). Em segundo lugar, diante das insuficiências dos critérios de definição (subjetivo, material e formal), entende-se que devam ser conjugados a fim de uma melhor definição do conceito. Assim, utilizar-se-á o conceito trazido por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que parte de um conceito restrito, considerando apenas as atividades exercidas pela Administração Pública, com exclusão das funções legislativa e jurisdicional:

Daí nossa definição de serviço público como **toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.** (DI PIETRO, 2013, p. 106) (grifo da autora).¹

Esse conceito, conforme a própria autora explica, acaba por distinguir também os serviços públicos propriamente ditos das demais atividades administrativas de natureza pública, como polícia, fomento e intervenção. (DI PIETRO, 2013).²

Essencial, ainda, a compreensão de que cabe ao Estado por meio da *lei* a escolha de quais atividades sejam, em determinado momento, consideradas como serviços públicos. No direito brasileiro, fundamental nesse sentido é o papel da Constituição, seja na seleção de quais serão os serviços que assumirão essa qualidade, seja na repartição das competências desses serviços entre os entes federados.³

Por fim, fundamental estabelecer uma premissa distintiva em relação a outro instrumento do Direito Administrativo brasileiro. Não se deve confundir o Direito de

¹ Embora a autora utilize a expressão “necessidades coletivas” em seu conceito, importante as lições de Eros Grau (2006) a respeito da diferença que o autor traz entre as noções de “interesses sociais”, que caracterizariam o serviço público, e de “interesses coletivos”, que estariam afeitos às atividades econômicas em sentido estrito.

² Da mesma forma, a concepção aqui estabelecida de serviço público não está pautada na separação entre serviços “*uti singuli*” e “*uti universi*” utilizada por Cesar A. Guimarães Pereira (2006) como critério fundamental de seu conceito.

³ Sobre esse ponto específico, Eros Grau (2006) ressalva que, embora a Constituição encerre todos os elementos e critérios que permitam a identificação de quais atividades empreendidas pelo Estado consubstanciem-se em serviços públicos, isso não significa que todas as atividades atribuídas à prestação estatal previstas no texto constitucional sejam serviços públicos. Como exemplo o autor traz o caso do artigo 21, inciso XXIII, que seria, na verdade, exemplo de atividade econômica em sentido estrito, e não de serviço público.

Reclamação do Usuário de Serviço Público – objeto deste trabalho – com a chamada Reclamação Administrativa, a qual está disciplinada no Decreto federal n. 20.910, de 06 de janeiro de 1932. Essa tem por finalidade a cobrança de dívida passiva da Fazenda Pública. Embora esse instrumento também seja citado como competente para defesa de todo e qualquer direito contra a Administração Pública, entende-se que após o advento da Lei n. 9.784, em tais casos deva-se utilizar o procedimento da lei geral, restando assegurada - por própria determinação da Lei de Processo Administrativo, art. 69 - a Reclamação Administrativa no caso específico acima citado. Nesse sentido, não convém confundi-la com o Direito de Reclamação do Usuário de Serviço Público, haja vista que esse também é um procedimento específico e, portanto, deve ser regido por lei própria.

PARTE I: A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA E A PARADIGMÁTICA REFORMA ADMINISTRATIVA DE 1998

1 BREVE PANORAMA HISTÓRICO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA ANTES DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 19/1998

A Reforma Administrativa de 1998, concretizada pela Emenda Constitucional n. 19, intentou corrigir os problemas identificados na Administração Pública brasileira ao longo de sua história. Segundo o próprio Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (1995), o momento exigia a reconstrução da Administração Pública em bases modernas e racionais, em contraponto ao modelo burocrático até então vigente, o qual se limitava a padrões hierárquicos rígidos e ao controle dos processos – e não de resultados -, revelando-se lento e ineficiente para a magnitude e complexidade dos novos desafios que o Estado brasileiro passara a suportar a partir da globalização econômica. O Plano Diretor revelava, ainda, que esse modelo burocrático não teria obtido êxito em conseguir extirpar da administração os vícios inerentes ao modelo Patrimonial – mais antigo -, tais como patrimonialismo, nepotismo, clientelismo, os quais teriam permanecido até aquele momento no cotidiano da administração pública brasileira.

Denota-se, com isso, que a referida Reforma não estava apenas preocupada com o futuro da Administração Pública, mas também objetivava a superação de vícios que, na sua visão, tinham uma origem mais remota, associadas em geral ao modelo Patrimonial de administração.

Nesse sentido, para o presente trabalho, de modo a compreender a dimensão das alterações veiculadas pela Emenda Constitucional n. 19/98, verifica-se fundamental a necessidade desse breve estudo histórico sobre as duas primeiras formas de administração comumente sinalizadas pela doutrina: modelos patrimonial e burocrático. Objetiva-se, dessa forma, demonstrar - com o auxílio das obras citadas - que os problemas atuais da administração pública permeiam a trajetória do Estado brasileiro, desde sua formação enquanto colônia, passando pela formação de Estado Independente, até os dias de hoje. Não se quer dizer - talvez como propõem alguns desses autores - que isso esteja na raiz do “povo brasileiro” em um sentido antropológico, ou até instituído como uma prática social em um sentido sociológico, mas apenas ressaltar que tais autores já perceberam em outras épocas

os mesmos vícios que vivenciamos na atualidade, tais como corrupção, nepotismo, patrimonialismo, etc.

Daí a importância do estudo histórico para buscar as origens de tais peculiaridades e verificar os efeitos por elas provocados no curso da história de determinada sociedade.⁴

Para tanto, o primeiro capítulo partirá da análise histórica das raízes da administração brasileira. Será dividido, então, em duas abordagens principais: uma para o modelo mais antigo, o patrimonial, e outra para o modelo burocrático, mais recente. Cada abordagem, entretanto, será analisada sob uma mesma estrutura metodológica: primeiro, destacar-se-ão os elementos caracterizadores de cada modelo – a fim de que se compreenda quais eram suas características peculiares e por que são assim denominados -; em um segundo momento, por tratarem-se de categorias de análise sistematizadas pelo sociólogo Max Weber, buscar-se-á identificá-las sob o prisma dos tipos ideais criados pelo autor – verificando se há relação entre essa teoria e o seu uso no contexto brasileiro; e, por fim, tratar-se-á brevemente de observar, na legislação própria de cada período, elementos que possam corroborar essas categorizações.

1.1 MODELO PATRIMONIAL DE ADMINISTRAÇÃO

O modelo patrimonial de administração é tratado, comumente, como uma forma de administração anterior ao modelo burocrático. Em linhas gerais, a marca principal desse modelo é a confusão entre as esferas do público e do privado, havendo uma excessiva interferência de relações pessoais na gestão do Estado:

No patrimonialismo, o aparelho do Estado funciona como uma extensão do poder do soberano, e os seus auxiliares, servidores, possuem status de nobreza real. Os cargos são considerados prebendas. A *res publica* não é diferenciada das *res principis*. Em conseqüência, a corrupção e o nepotismo

⁴ “Todo povo tem na sua evolução, vista à distância, um certo ‘sentido’. Este se percebe não nos pormenores de sua história, mas no conjunto dos fatos e acontecimentos essenciais que a constituem num largo período de tempo. Quem observa aquele conjunto, desbastando-o do cipoal de incidentes secundários que o acompanham sempre e o fazem muitas vezes confuso e incompreensível, não deixará de perceber que ele se forma de uma linha mestra e ininterrupta de acontecimentos que se sucedem em ordem religiosa, e dirigida sempre numa determinada orientação. É isso que se deve, antes de mais nada, procurar quando se aborda a análise de um povo, seja aliás qual for o momento ou o aspecto dela que interessa, porque todos os momentos e aspectos não são senão partes, por si só incompletas de um todo que deve ser sempre o objetivo último do historiador, por mais particularista que seja” (PRADO JÚNIOR, 2000, p. 7).

são inerentes a esse tipo de administração. (BRASIL. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, 1995, p. 15) (itálico do original).

Tais nomenclaturas – patrimonialismo e burocracia - estão ligadas estreitamente com as proposições de Max Weber sobre os tipos ideais de dominação. Na literatura nacional, Raymundo Faoro – seguindo a sociologia weberiana – utiliza-se desses conceitos de forma singular, principalmente no que toca à noção de “patrimonialismo” e de sua influência no contexto brasileiro. Para ele, essa forma de administração é a responsável pela manutenção e perpetuação até a década de 1950 (quando publicada a obra) de um patronato político nas esferas de poder do país. Importante a ser destacado na obra do autor, todavia, são os elementos que ele aponta para formação do modelo patrimonial na administração brasileira.

Raymundo Faoro (2001) destaca a grande influência da história portuguesa sobre a formação do Estado Brasileiro, em especial na forma do Estado Patrimonial e do estamento burocrático aqui desenvolvidos. Tais elementos, para o autor, decorrem do fato de que, ao contrário dos demais países europeus, Portugal após sua Guerra de Reconquista configurou-se sob um sistema Patrimonial, e não Feudal:

Na monarquia patrimonial, o rei se eleva sobre todos os súditos, senhor da riqueza territorial, dono do comércio – o reino tem um *dominus*, um titular da riqueza eminente e perpétua, capaz de gerir as maiores propriedades do país, dirigir o comércio, conduzir a economia como se fosse empresa sua. O sistema patrimonial, ao contrário dos direitos, privilégios e obrigações fixamente determinados do feudalismo, prende os servidores numa rede patriarcal, na qual eles representam a extensão da casa do soberano (FAORO, 2001, p. 38) (itálico do autor).

Relata o autor que nesse sistema o Estado torna-se uma empresa do príncipe – um “empresário audacioso” -, intervindo excessivamente e exposto aos riscos por amor à riqueza e à glória (FAORO, 2001). Argumenta que estas são as bases do que chama de “capitalismo de Estado”: “politicamente condicionado, que florescia ideologicamente no mercantilismo, doutrina, em Portugal, só reconhecida por empréstimo, sufocada a burguesia, na sua armadura mental, pela supremacia da Coroa” (FAORO, 2001, p. 40).

Esse sistema fará do Estado uma imensa empresa de tráfico, favorecendo o capitalismo comercial, mas impedindo o capitalismo industrial. Aliás, essa é marca

fundamental da tese de Raymundo Faoro (2001): ao passo que nos países em que funcionava o feudalismo haverá as condições para o desenvolvimento do capitalismo industrial, nos outros, onde reinava o patrimonialismo – como Portugal – somente o capitalismo comercial (“capitalismo de Estado”) poderá se desenvolver, gerando os efeitos nas relações sociais daí resultantes até os dias atuais.⁵

Como decorrência desse poder estatal sobre a economia, o Estado passa a ser a “empresa” em que todos querem se associar, formando uma classe de pessoas que dele querem se apropriar a fim de extrair os benefícios dele resultantes; forma-se, então, o chamado Estamento⁶: “Os estamentos florescem, de modo natural, nas sociedades em que o mercado não domina toda a economia, a sociedade feudal ou patrimonial” (FAORO, 2001, p. 62).

Esse estamento assumirá caráter burocrático⁷ pois a forma de participação dessas pessoas será através dos cargos públicos⁸:

[...] a monarquia portuguesa - precursora do capitalismo de Estado - constituía um regime patrimonial assentado sobre um estamento político poderoso. O mundo político dominava a vida econômica. Os descobrimentos e a colonização eram empresas da Coroa, de resto a maior empreendedora do país. O Estado, portanto, se antecipava a qualquer desenvolvimento na colônia, a fim de moldar-lhe a feição a aprumar-lhe o rumo. Com a emergência do fenômeno, o estamento se burocratiza, mas mantém o caráter aristocrático, com uma ética e um estilo particularizados. Esse tipo de *burocracia patrimonial*, que dominava a colônia, constitui a base do Estado brasileiro (BARBOSA, COSTA e VIEIRA, 1982, p. 8) (itálico dos autores).

Por sua vez, o Rei valer-se-á desses cargos como moeda de troca para estabilizar os conflitos sociais e manter o poder centralizado nas suas mãos, com a

⁵ “Daí se geram consequências econômicas e efeitos políticos, que se prolongam no século XX, nos nossos dias. Os países revolvidos pelo feudalismo, só eles, na Europa e na Ásia, expandiram uma economia capitalista, de molde industrial. [...] A Península Ibérica, com suas florações coloniais, os demais países desprovidos de raízes feudais, inclusive os do mundo antigo, não conheceram as relações capitalistas, na sua expressão industrial, íntegra” (FAORO, 2001, p. 40-41).

⁶ “O estamento político [...] constitui sempre uma comunidade, embora amorfa: os seus membros pensam e agem conscientes de pertencer a um mesmo grupo, a um círculo elevado, qualificado para o exercício do poder”. (FAORO, 2001, p. 61).

⁷ Faoro ressalva, contudo, que essa feição burocrática não é no sentido weberiano moderno – de aparelhamento racional –, mas no sentido de “apropriação do cargo”, de pertencimento ao quadro administrativo do Estado (2001, p. 203).

⁸ “O cargo público, em sentido amplo, a comissão do rei, transforma o titular em portador de autoridade. Confere-lhe a marca de nobreza, por um fenômeno de interpenetração inversa de valores. Como o emprego público era, ainda no século XVI, atributo do nobre de sangue ou do cortesão criado nas dobras do manto real, o exercício do cargo infunde o acatamento aristocrático aos súditos. Para a investidura em muitas funções públicas era condição essencial que o candidato fosse ‘homem fidalgo, de limpo sangue’ (Ordenações Filipinas, L. I, tít. I) ou de ‘boa linhagem’ (idem, tít. II)” (FAORO, 2001, p. 202).

desvantagem de permitir uma maior ingerência desse grupo sobre a economia do Estado:

O conglomerado de direitos e privilégios, enquistados no estamento, obriga o rei, depois de suscitá-lo e de nele se amparar, a lhe sofrer o influxo: a ação real se fará por meio de pactos, acordos, negociações (FAORO, 2001, p. 66).

Essa, portanto, será para Faoro a estrutura estatal e social que servirá de base para o governo das colônias portuguesas, dentre elas o Brasil.

No caso dessas colônias – em especial do Brasil –, Raymundo Faoro observa que o fenômeno dos cargos públicos é mais decisivo, haja vista a necessidade dessa “longa manus” dos funcionários para exercerem o governo nesses locais, em razão da grande distância para a Metrópole:

O senhor de tudo, das atribuições e das incumbências, é o rei – o funcionário será apenas a sombra real. Mas a sombra, se o sol está longe, excede a figura. [...] O funcionário é a sombra do rei, e o rei tudo pode: o Estado pré-liberal não admite a fortaleza dos direitos individuais, armados contra o despotismo e o arbítrio (FAORO, 2001, p. 198).

No Brasil, um grande exemplo desse sistema - como será visto ainda neste capítulo - são as capitanias hereditárias. Instituídas desde o início da colonização portuguesa, eram independentes entre si e gozavam de certa autonomia, mas submetiam-se ao poder central representado pelo monarca (DI PIETRO, 2002).

No exercício de tais cargos públicos a corrupção já era prática comum nesse momento, como observa Caio Prado Júnior:

Os mais honestos e delegados da administração régia são aqueles que não embolsam sumariamente os bens públicos, ou não usam dos cargos para especulações privadas; porque de diligência e bom cumprimento dos deveres, nem se pode cogitar. Aliás o próprio sistema vigente de negociar os cargos públicos abria naturalmente portas largas à corrupção. Eles eram obtidos e vendidos como a mais vulgar mercadoria. Mas isto ainda é o de menos, porque estava nos métodos aceitos e reconhecidos. O que fazia Vieira, já século e meio antes, conjugar no Brasil o verbo “rapio” [...] em todos os modos, tempos e pessoas, era esta geral e universal prática que já passara para a essência da administração colonial, do peculato, do suborno e de todas as demais formas de corrupção administrativa (2000, p. 341-342).

Nesse mesmo período surgiram os engenhos, moldados pelo modelo escravocrata de trabalho e pela relação entre duas classes antagônicas: senhores

de engenho, de um lado, e escravos e semilivres, de outro. Tal configuração terá impacto, segundo Caio Prado Júnior, no campo do desenvolvimento de outras profissões. Conforme o autor, nessa época poucas profissões eram vistas como “dignas” de “homens livres”, haja vista que praticamente todo trabalho era feito por escravos, destacando-se apenas as “funções públicas” e os profissionais liberais (como advogados, cirurgiões, etc.).⁹

Outro autor que se utiliza dessa mesma raiz histórica ibérica para construção de sua tese sobre a formação social do Brasil é Sérgio Buarque de Holanda (2013). O autor extrai a configuração das relações sociais no país a partir da noção de “iberismo”: um forte predomínio do mundo agrário que teria condicionado a natureza das relações ali criadas (economia latifundiária, monocultora e exportadora; ruralismo; patriarcalismo; escravagismo; patrimonialismo; etc.).

Uma das características mais marcantes dessa matriz cultural para Holanda seria a repulsa às “modalidades de racionalização” dos portugueses:

Sucede que justamente a repulsa firme a todas as modalidades de racionalização e, por conseguinte, de despersonalização tem sido, até aos nossos dias, um dos traços mais constantes dos povos de estirpe ibérica. (HOLANDA, 2013, p. 133).

Desse paradigma o autor constrói sua teoria do “Homem Cordial” como síntese do indivíduo brasileiro: aquele que é incapaz de estabelecer relações impessoais, avesso a formalidades (HOLANDA, 2013).¹⁰ Essa forma de relacionamento se estenderia à esfera pública, onde em vez de predominar o “puro burocrata” – que ocupa um cargo por competência própria - encontrar-se-ia o “funcionário patrimonial”, contratado em razão da confiança pessoal (HOLANDA, 2013, p. 146).

No Brasil, pode dizer-se que só excepcionalmente tivemos um sistema administrativo e um corpo de funcionários puramente dedicados a interesses objetivos e fundados nesses interesses. Ao contrário, é possível acompanhar, ao longo de nossa história, o predomínio constante das

⁹ “Sobram ainda, para os indivíduos livres da colônia, as profissões liberais - advogados, cirurgiões, etc. São naturalmente ocupações por natureza de acesso restrito. Exigem aptidão especial, preparos e estudos que não se podem fazer na colônia, e portanto recursos de certa monta. São por isso muito poucos os profissionais: em 1792 não havia no Rio de Janeiro senão 32 advogados e 24 solicitadores. Os médicos então eram exceção” (PRADO JÚNIOR, 2000, p. 287-288).

¹⁰ “A lhaneza no trato, a hospitalidade, a generosidade [...] representam um traço definido do caráter brasileiro, na medida, ao menos, em que permanece ativa e fecunda a influência ancestral dos padrões de convívio humano, informados no meio rural e patriarcal” (HOLANDA, 2013, p. 146).

vontades particulares que encontram seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impessoal. Dentre esses círculos, foi sem dúvida o da família aquele que se exprimiu com mais força a desenvoltura em nossa sociedade. E um dos efeitos decisivos da supremacia incontestável, absorvente, do núcleo familiar – a esfera, por excelência dos chamados “contatos primários”, dos laços de sangue e de coração – está em que as relações que se criam na vida doméstica sempre fornecem o modelo obrigatório de qualquer composição social entre nós. (HOLANDA, 2013, p. 146).

Importa notar que, dessas raízes ibéricas, tanto Raymundo Faoro¹¹ quanto Sérgio Buarque de Holanda¹² conferem caráter de herança de certas atitudes que se perpetuam até a atualidade no comportamento do “brasileiro”¹³ e, conseqüentemente, nas formas de suas estruturas e instituições sociais (como o Estado).¹⁴

Dentre outras perspectivas sobre o período patrimonial de administração ressalta-se o estudo realizado pelos autores Fernando Abrucio, Paula Pedroti e Marcos Vinicius Pó (2010). De caráter menos antropológico/sociológico - como Faoro e Holanda – e mais político, os autores chamam a atenção para a coexistência no período colonial de dois modelos de administração: um centralizador e outro descentralizador. O primeiro – centralizado – baseava-se no controle mais estrito da Metrópole sobre as atividades administrativas realizadas na Colônia

¹¹ “O problema não seria pertinente a este ensaio se o feudalismo não houvesse deixado, no seu cotejo funerário, vivo e persistente legado, capaz de prefixar os rumos do Estado moderno. Patrimonial e não feudal o mundo português, cujos ecos soam no mundo brasileiro atual, as relações entre o homem e o poder são de outra feição, bem como de outra índole a natureza da ordem econômica, ainda hoje persistente, obstinadamente persistente. [...] Dominante o patrimonialismo, uma ordem burocrática, com o soberano sobreposto ao cidadão, na qualidade de chefe para funcionário, tomará relevo a expressão” (FAORO, 2001, p. 35-36).

¹² “Essa vitória [antítese liberalismo-caudilhismo] nunca se consumará enquanto não se liquidem, por sua vez, os fundamentos personalistas e, por menos que o pareçam, aristocráticos, onde ainda assenta nossa vida social. Se o processo revolucionário a que vamos assistindo [...] tem um significado claro, será este o da dissolução lenta, posto que irrevogável, das sobrevivências arcaicas, que o nosso estatuto de país independente até hoje não conseguiu extirpar. Em palavras mais precisas, somente através de um processo semelhante teremos finalmente revogada a velha ordem colonial e patriarcal, com todas as conseqüências morais, sociais e políticas que ela acarretou e continua a acarretar”. (HOLANDA, 2013, p. 180).

¹³ Sobre esse caráter antropológico do “brasileiro”, Roberto da Matta – um dos últimos ensaístas a propor um estudo sobre este tema -, embora não suscite relação direta com o passado português/ibérico, também identifica no “brasileiro” uma marca de personalismo em suas relações sociais. Na obra “Carnavais, Malandros e Heróis” (1997), o autor utiliza-se de diversas dialéticas – tais como: casa e rua; pessoa e indivíduo; pessoalidade e impessoalidade; igualdade e hierarquia; protestantismo e catolicismo; - para demarcar o comportamento dual do “brasileiro”, ora pendendo para um lado, ora para outro, mas tudo em razão dos diferentes ambientes e relações sociais que está envolvido em cada caso.

¹⁴ A importância do estudo desses autores para esse trabalho reside nessa constatação do reflexo da formação histórica brasileira sobre as instituições nacionais daquele momento e não na determinação antropológica de constituição de um perfil do “brasileiro”, ou na determinação sociológica de instituição desses comportamentos como práticas sociais enraizadas, imutáveis ao longo do tempo.

Brasileira, principalmente através do Conselho Ultramarino e da Igreja Católica, os dois principais instrumentos desse período para garantir uma uniformização do processo colonizador; esse modelo administrativo caracterizava-se no excesso de procedimentos e regulamentos, em um entendimento de que o Estado viria antes da sociedade. Já o segundo modelo – descentralizado – resultava da estrutura local de governança, marcada pelo poderio patrimonialista das câmaras municipais: “A mistura de centralismo excessivamente regulamentador, e geralmente pouco efetivo, com o patrimonialismo local resume bem o modelo de administração colonial” (ABRUCIO, PEDROTI E PÓ, 2010, p. 29).¹⁵

Ainda, não só os autores citados, como tantos outros, ressaltam no curso da história brasileira o grande predomínio e influência do modelo patrimonial de administração.¹⁶

No campo da gestão pública, há certo consenso de que esse panorama patrimonial de administração superou os grandes movimentos histórico-políticos locais do século XIX – Independência e Proclamação da República – permanecendo em exercício até o início do século XX, quando os movimentos sociais que dali surgiram exigiram uma nova conformação das estruturas de poder, em oposição à política coronelista e clientelista em voga.

Gercina de Oliveira atribui grande relevância nesse movimento de reforma à Revolução de 1930, a qual propiciara:

1. criação de condições que permitiram a estruturação e o funcionamento da indústria como setor significativo do aparelho produtivo.
2. nova configuração da estratificação social, onde: cresce e fortalece a classe média cidadina; desponta um operariado urbano cujas relações de emprêgo são definidas, contratualmente, através de uma legislação trabalhista; e, aparece a classe empresarial urbana como detentora de grande parcela de poder político;
3. criação de condições para maior participação política das novas classes e das antigas, através da reformulação do sistema eleitoral;
4. fortalecimento do Governo Federal, através da centralização

¹⁵ Ademais, justamente sobre esse poder local – que se prolonga na história brasileira - importante as lições trazidas por Victor Nunes Leal a respeito do “coronelismo”: “Como indicação introdutória, devemos notar, desde logo, que concebemos o ‘coronelismo’ como resultado da superposição de formas desenvolvidas do regime representativo a uma estrutura econômica e social inadequada. Não é, pois, mera sobrevivência do poder privado, cuja hipertrofia constituiu fenômeno típico de nossa história colonial. É antes uma forma peculiar de manifestação do poder privado, ou seja, uma adaptação em virtude da qual os resíduos do nosso antigo e exorbitante poder privado têm conseguido coexistir com um regime político de extensa base representativa”. (1978, p. 20).

¹⁶ Nesse sentido, Victor Nunes Leal (1978), Clóvis Abreu Vieira, Frederico L. da Costa e Lázaro O. Barbosa (1982); Cecília Vescovi de Aragão (1997); Luiz Carlos Bresser Pereira (1998); Emerson Gabardo (2002); Adriana Schier (2002); Pedro Thomé de Arruda Neto (2010); dentre outros.

administrativa e política sobre várias áreas antes entregues aos Governos Estaduais;
 5. expansão e aperfeiçoamento do sistema educacional; e.
 6. tentativa de reorganização da burocracia federal em bases racionais. (OLIVEIRA, 1970, p. 62-63).

A Revolução de 1930 teve o mérito de colocar o país na trilha da industrialização e de propiciar algumas conquistas sociais e políticas importantes, mas ainda assim encontrava resistência nas contradições da estrutura a que estava configurado o Estado brasileiro naquele momento (OLIVEIRA, 1970), p. 63).¹⁷

A fim de superar esse contexto de um Estado e de uma Administração de caráter Patrimonial, foi promovida em 1936 no Brasil, por Maurício Nabuco e Luís Simões Lopes, sob o governo de Getúlio Vargas, uma reforma administrativa formatada no modelo Burocrático, baseada nas ideias de Max Weber:

A administração pública burocrática foi adotada para substituir a administração patrimonialista, que definiu as monarquias absolutas, na qual o patrimônio público e o privado eram confundidos. Nesse tipo de administração o Estado era entendido como propriedade do rei. O nepotismo e o empreguismo, senão a corrupção, eram a norma. [...] Tornou-se assim necessário desenvolver um tipo de administração que partisse não apenas da clara distinção entre o público e o privado, mas também da separação entre o político e o administrador público. Surge assim a administração burocrática moderna, racional-legal. (BRESSER PEREIRA, 1996b, p. 10).

1.1.1 O conceito de Patrimonialismo em Max Weber

Conforme visto anteriormente, a ampla doutrina que aborda o tema das formas de estruturação da Administração ao longo do tempo costuma utilizar a expressão “Patrimonialismo” para caracterizar uma dessas formas específicas, no caso aquela que precede o modelo Burocrático. No Brasil, percebeu-se que tal nomenclatura difundiu-se, principalmente, a partir das obras de Sérgio Buarque de Holanda e Raymundo Faoro.

¹⁷ Fernando Abrucio, Paula Pedroti e Marcos Vinícius Pó (2010) também conferem importância nessa reestruturação administrativa à diplomacia e às Forças Armadas, as primeiras organizações profissionais de caráter burocrático formadas no país: “A Primeira República foi marcada por um paradoxo no que se refere à modernização do aparato burocrático: ao mesmo tempo que ela enfraqueceu o Estado e reforçou o modelo patrimonial, também foi nesse período que se formaram as duas burocracias profissionais cujas características mais se aproximavam do projeto de modernização administrativa preconizado pelo Estado varguista. Em particular, os diplomatas, com seu modelo de meritocracia para o serviço civil, paradigma que serviu de inspiração para a criação do Dasp [...]. Mas não se pode esquecer que as Forças Armadas tiveram um papel essencial na pressão política por um Estado nacional mais forte e centralizador, e foi por esse prisma que se erigiu a administração pública moderna dos anos 1930” (2010, p. 34-35).

Tratando-se de uma categoria weberiana de análise verifica-se a necessidade de trazer, ainda que brevemente, a compreensão do sociólogo alemão sobre esse conceito.

Ao realizar um estudo histórico sobre as diferentes formas de organização social ao redor do planeta, Weber identificou que todas as áreas da ação social são profundamente influenciadas por complexos de dominação (1978, p. 941). Embora não seja exercida da mesma forma em todos os lugares, a dominação é um caso especial de poder¹⁸ e pode ser definida genericamente como:

[...] “dominação” quer dizer uma situação na qual a vontade manifestada (“comando”) do “dominador” [ou “dominadores”] quer influenciar a conduta de um ou de vários (“dominado” ou “dominados”) e de fato as influencia de tal modo que as condutas, em um grau socialmente relevante, se realizam como se o “dominado” [ou “dominados”] tivesse feito do conteúdo do comando a máxima de suas condutas para seu próprio bem. Visto de outro lado, essa situação chama-se “obediência”. (WEBER, 1978, p. 946) (tradução nossa).¹⁹

Sendo uma forma de exercício do poder, Weber então relaciona a dominação com a noção de “administração”, demonstrando a estreita ligação entre ambos os conceitos. Para o autor, a dominação manifesta-se e funciona como administração, e toda administração necessita de dominação, já que para administrar (dirigir a administração) é preciso que certos poderes de mando encontrem-se nas mãos de alguém (1978, p. 948). Esse fator é fundamental na compreensão do porquê da aplicação da lógica weberiana às formas de administração assumidas ao longo do tempo pelas sociedades modernas – inclusive no Brasil. Isto é, sendo a administração um exercício de dominação, as diferentes formas de tipos ideais de dominação gerarão – ou exigirão - diferentes formas de administração.

Tratando especificamente do Patrimonialismo, e partindo da separação clássica do autor sobre as três formas de dominação social existentes - tradicional, carismática e racional-legal²⁰ -, Weber o classifica como sendo uma forma de

¹⁸ “Poder”, em um sentido bem geral para Weber, seria a possibilidade de impor ao comportamento de terceiros a vontade própria (WEBER, 1978, p. 942).

¹⁹ No original: “To be more specific, *domination* will thus mean the situation in which the manifested will (*command*) of the *ruler* or rulers is meant to influence the conduct of one or more others (*the ruled*) and actually does influence it in such a way that their conduct to a socially relevant degree occurs as if the ruled had made the content of the command the maxim of their conduct for its very own sake. Looked upon from the other end, this situation will be called *obedience*”.

²⁰ Importante referir que todas essas formas de dominação representam tipos ideais. Isso significa dizer que são categorias de análise feitas pelo autor e que não necessariamente precisam guardar estrita semelhança com as formas encontradas na pesquisa empírica. Conforme Guerreiro Ramos,

Dominação Tradicional, isto é, como uma de suas diferentes espécies. A dominação tradicional, por sua vez, caracteriza-se genericamente por ser um poder doméstico descentralizado através da cessão de terras e eventualmente de equipamentos para filhos ou outros dependentes da comunidade doméstica (WEBER, 1978, p. 1011) (tradução nossa)²¹. Nesse sentido, a legitimidade e o exercício do poder nessas comunidades repousam não em regras objetivas, como, por exemplo, no modelo burocrático, mas na tradição ali experimentada, a qual é vista como natural (“foi assim desde sempre”).

O fator determinante que irá diferenciar o Patrimonialismo frente às outras espécies da dominação Tradicional é a existência de um quadro administrativo. Vale dizer, a dominação tradicional pode ser exercida sem um quadro administrativo – como era originariamente através do Patriarcalismo e da Gerontocracia – ou, posteriormente, com um quadro administrativo, através da forma Patrimonial e do Sultanato:

A dominação tradicional se fundamenta na santidade da tradição e na crença na legitimidade do soberano, assinalado pela tradição, para exercer o mandato. Aqui não se conhece a regra ou norma objetiva e racional, nem pode haver uma criação deliberada de estatutos jurídicos e administrativos. Os dominados devem obediência à pessoa do soberano, do qual são “servidores”, o conceito de “funcionário” sendo mais próprio para os profissionais da burocracia. Originariamente, a dominação tradicional não possui quadro administrativo e os dominados são “companheiros tradicionais” do senhor, seus “iguais” e não seus “súditos”. Estes tipos originários de dominação tradicional são a gerontocracia (autoridade exercida pelos maiores em anos) e o patriarcalismo. Com o aparecimento do quadro administrativo, a dominação tradicional se transforma em patrimonialismo ou no tipo marginal entre o tradicionalismo e o carismatismo – o sultanato” (GUERREIRO RAMOS, 2006, p. 273).

Essa necessidade de criação de um quadro administrativo surge em razão da ampliação do raio de competência do exercício do poder do Senhor. Ao passo que na dominação tradicional de tipo patriarcal e gerontocrática o poder era exercido no seio de uma comunidade doméstica, quando essa comunidade se expande e toma forma mais ampla exige que o Senhor adote uma nova forma de administração dessa comunidade, que será exercida por meio de funcionários, dando-se origem

“Os ‘tipos ideais’ são conceitos puros que necessariamente representam deformações da realidade” (2006, p. 269).

²¹ No original: “Patrimonial domination is thus a special case of patriarchal domination – domestic authority decentralized through assignment of land and sometimes of equipment to sons of the house or other dependents”.

aos cargos patrimoniais:

Nos casos mais simples, os grandes domínios do príncipe compreendem a sua própria casa, juntamente com um complexo de dependências senhoriais às quais as famílias camponesas estão ligadas. Essa forma também requer uma organizada administração e, portanto, uma divisão adequada de funções desenvolvidas proporcionalmente de acordo com a extensão da propriedade; isso se torna ainda mais verdade na administração política agregada. Surgem assim, os cargos patrimoniais. (WEBER, 1978, p. 1025) (tradução nossa).²²

Nessa forma patrimonial de administração, tais funcionários têm as seguintes obrigações e deveres perante o senhor:

De resto, o dependente presta trabalhos e serviços compulsórios, entrega presentes honoríficos, recolhe tributos regularmente e irregularmente cobrados, tudo formalmente de acordo com a necessidade e juízo do mestre [senhor] e com o costume arraigado. O mestre [senhor], naturalmente, é livre para expropriar o dependente arbitrariamente, e o costume considera originalmente certo o direito do mestre [senhor] dispor livremente sobre as pessoas e os bens deixados pelo dependente depois da morte. (WEBER, 1978, p. 1011) (tradução nossa).²³

Ponto fundamental para compreensão do exercício do poder em qualquer comunidade diz respeito à legitimidade do soberano (dominador) – e, por conseguinte, à crença (dos dominados) nela. Essa legitimidade, todavia, não está fundamentada sempre da mesma forma. Na concepção de Weber ela variará de acordo com as diferentes formas de dominação propostas pelo autor – racional-legal, tradicional ou carismática -, de modo que em cada uma delas o poder estará legitimado de forma diferente. (WEBER, 1978, p. 213).

No caso em estudo, a dominação tradicional – genericamente considerada – legitima-se na crença na santidade de ordens e poderes senhoriais tradicionais²⁴, de modo que o “senhor” é obedecido em virtude da dignidade pessoal que lhe atribui a

²² No original: “In the simplest case the prince’s great domains comprise his own household, together with a complex of manorial dependencies to which the households of manorial peasants are attached. This already requires an organized administration and hence a suitable division of functions developing in proportion to its size; the latter is even more true of the attached political administration. In this fashion the *patrimonial offices* come into being”.

²³ No original: “For the rest, the retainer renders compulsory labor (*Fronden*) and services, honorary gifts, regularly and irregularly levied taxes, formally according to the master’s need and discretion, in fact according to established custom. The master remains, of course, free to expropriate him at will, and custom too takes it originally for granted that the master can freely dispose of persons and possessions left behind at the retainer’s death”.

²⁴ No original: “Authority will be called traditional if legitimacy is claimed for it and believed in by virtue of the sanctity of age-old rules and powers”.

tradição (WEBER, 1978, p. 226).²⁵ No caso da espécie dominação patrimonial esse fator da tradição exerce papel fundamental sobre a consensualidade em torno da figura do senhor patrimonial e do exercício de seu poder:

Em regra, entretanto, o dominador [senhor] político-patrimonial está unido com os dominados através de uma comunidade consensual, a qual existe também independentemente de sua força militar autônoma e que se baseia na convicção de que o poder do dominador [senhor] é legítimo na medida em que é tradicional. (WEBER, 1978, p. 1020) (tradução nossa).²⁶

Embora Weber (1978, p. 229) destaque que na dominação patrimonial de tipo puro não haja leis escritas, competências rígidas, hierarquia, nomeação regulada por contrato, refere que é possível que esse modelo assuma alguns traços do modelo burocrático com relação aos funcionários patrimoniais e suas funções, mas que de modo algum isso alterará seu caráter sociológico patrimonial:

O funcionalismo patrimonial pode desenvolver algumas características burocráticas com o aumento da divisão funcional e da racionalização, especialmente com a expansão das tarefas escritas e de instâncias de autoridade [hierarquias] pelos quais a atividade administrativa deve passar. Mas o cargo genuinamente patrimonial difere sociologicamente do modelo burocrático quanto mais puro se apresenta em cada um deles o respectivo tipo. (WEBER, 1978, p. 1028) (tradução nossa).²⁷

Isso porque, a grande diferença que marcará a separação desses dois modelos – patrimonial e burocrático – será a confusão no sistema patrimonial entre os domínios público e privado na administração dos assuntos públicos da comunidade²⁸:

Ao cargo patrimonial falta, sobretudo, a separação burocrática entre a esfera “privada” e a “pública”. A administração política é tratada como um assunto puramente pessoal do senhor, e o poder político é considerado parte de seu patrimônio pessoal, podendo explorá-lo por meio de

²⁵ Como será visto em capítulo posterior, o poder na dominação burocrática está legitimado de forma diversa.

²⁶ No original: “As a rule, however, the political patrimonial ruler is linked with the ruled through a consensual community which also exists apart from his independent military force and which is rooted on the belief that the ruler’s powers are legitimate insofar as they are *traditional*”.

²⁷ No original: “Patrimonial officialdom may develop bureaucratic features with increasing functional division and rationalization, especially with the expansion of clerical tasks and of authority levels through which official business must pass. But the genuinely patrimonial office differs sociologically from the bureaucratic one the more distinctly, the more purely each type has been articulated”.

²⁸ Esse fator da confusão entre domínio público e privado será fundamental para que se possa compreender, posteriormente, o grande mote das reformas administrativas para o chamado modelo burocrático, no qual se buscava uma racionalização maior da gestão pública (fundada na técnica), de modo a não permitir a apropriação da coisa pública para fins particulares.

contribuições e taxas. O exercício de seu poder é inteiramente discricionário, pelo menos na medida em que não é mais ou menos limitado pela intervenção ubíqua de tradições sagradas. (WEBER, 1978, p. 1028-1029) (tradução nossa).²⁹

Além disso, outra diferença bastante significativa entre esses dois modelos diz respeito à natureza da ligação do funcionário ao cargo que ele ocupa; isto é, no modelo patrimonial não há obediência do funcionário a regras impessoais e objetivas, mas à figura pessoal do Senhor:

Em oposição ao modelo burocrático, a posição do funcionário patrimonial deriva de sua submissão puramente pessoal com o senhor, e sua posição diante dos súditos é meramente o lado exterior dessa relação. Mesmo quando o funcionário político não é pessoalmente um dependente da corte, o senhor exige sua obediência ilimitada à administração [ao cargo]. A lealdade do funcionário patrimonial ao cargo não é um compromisso impessoal do servidor perante tarefas impessoais [objetivas], cuja extensão e conteúdo estão delimitados [por regras], mas sim uma fidelidade de criado com base em uma relação estritamente pessoal para com o senhor e em uma obrigação de fidelidade que, em princípio, não permite qualquer limitação.

[...]

Faltam-lhe as normas objetivas e a objetividade do estado burocrático, o qual é orientado para fins impessoais. [No patrimonialismo] O cargo e o exercício de autoridade pública servem ao senhor e ao funcionário agraciado com o cargo, e eles não servem a fins impessoais. (WEBER, 1978, p. 1030-1031) (tradução nossa).³⁰

O resultado desse tipo de organização administrativa é o predomínio de relações pessoais por parte dos detentores do poder no exercício das funções públicas em detrimento do tratamento e administração impessoais, característicos do modelo burocrático:

Em geral, a noção de um dever objetivamente definido é desconhecida para o cargo que é baseado em relações puramente pessoais, já que este [o

²⁹ No original: "The patrimonial office lacks above all the bureaucratic separation of the 'private' and the 'official' sphere. For the political administration, too, is treated as a purely personal affair of the ruler, and political power is considered part of his personal property, which can be exploited by means of contributions and fees. His exercise of power is therefore entirely discretionary, at least insofar as it is not more or less limited by the ubiquitous intervention of sacred traditions".

³⁰ No original: "In contrast to bureaucracy, therefore, the position of the patrimonial official derives from his purely personal submission to the ruler, and his position vis-à-vis the subjects is merely the external aspect of this relation. Even when the political official is not a personal household dependent, the ruler demands unconditional administrative compliance. For the patrimonial official's loyalty to his office (*Amtstreue*) is not an impersonal commitment (*Diensttreue*) to impersonal tasks which define its extent and its content, it is rather a servant's loyalty based on a strictly personal relationship to the ruler and on an obligation of fealty which in principle permits no limitation". [...] "It lacks the objective norms of the bureaucratic state and its 'matter-of-factness', which is oriented toward impersonal purposes. The office and the exercise of public authority serve the ruler and the official on which the office was bestowed, they do not serve impersonal purposes".

cargo] é tratado como benefício ou propriedade. O exercício de poder é, principalmente, um direito pessoal do funcionário: fora dos limites fixos da tradição sagrada, ele pratica decisões *ad hoc*, assim como o Senhor, de acordo com seu arbítrio pessoal. Assim, uma característica típica do estado patrimonial no âmbito da formação do direito é a justaposição da prescrição tradicional inviolável e completamente arbitrária da aplicação do direito, servindo este último como um substituto de um regime de regras racionais. Em vez da objetividade burocrática e do ideal – baseado na validade abstrata de um direito objetivo para todos – de administração sem fins pessoais, o princípio oposto prevalece. Praticamente tudo se baseia em considerações pessoais: isto é, na avaliação do solicitante concreto e de seu pedido concreto e em relações, favores, promessas e privilégios puramente pessoais. (WEBER, 1978, p. 1041) (tradução nossa).³¹

De acordo com o próprio autor, a partir do seu princípio estrutural, o patrimonialismo seria o ambiente específico para o desenvolvimento do “favoritismo”, haja vista decorrerem dele os cargos de confiança junto ao senhor, os quais gozariam de poder imenso, mas que, por outro lado, poderiam ser destituídos repentinamente, por motivos puramente pessoais (WEBER, 1978, p. 1088).³²

Por fim, importante referir que uma das variantes dessa administração patrimonial pode ser a chamada “dominação estamental”. Nessa forma de dominação alguns poderes de mando e as correspondentes oportunidades econômicas são apropriadas pelo quadro administrativo (WEBER, 1978, p. 232):

A apropriação estamental significa a apropriação de pelo menos uma parte dos meios de administração pelos membros do quadro administrativo. No caso do patrimonialismo puro, há separação total entre os funcionários e os meios de administração de sua função. Mas no patrimonialismo estamental acontece o extremo oposto. O administrador exerce controle pessoal dos meios de administração – se não todos, pelo menos de uma parte importante deles. (WEBER, 1978, p. 234) (tradução nossa).³³

³¹ No original: “In general the notion of an *objectively defined* official duty is unknown to the office that is based upon purely personal relations of the treatment of the office as benefice or property. The exercise of power is primarily a personal right of the official: outside of the sacred boundaries of tradition he makes *ad hoc* decisions, just like the lord, according to his personal discretion. Hence a typical feature of the patrimonial state in the sphere of law-making is the juxtaposition of inviolable traditional prescription and completely arbitrary decision-making (*Kabinettsjustiz*), the latter serving as a substitute for a regime of rational rules. Instead of bureaucratic impartiality and of the ideal – based on the abstract validity of one objective law for all – of administering without respect of persons, the opposite principle prevails. Practically everything depends explicitly upon the personal considerations: upon the attitude toward the concrete applicant and his concrete request and upon purely personal connections, favors, promises and privileges”.

³² Ademais, o “privilégio” é apontado por Weber como uma das características do patrimonialismo, ao lado da “tradição”, do “direito consuetudinário” e do “precedente” (1978, p. 1086).

³³ No original: “Estate-type appropriation generally means the appropriation of at least part of the means of administration by the members of the administrative staff. In the case of pure patrimonialism, there is complete separation of the functionary from the means of carrying out his function. But exactly the opposite is true of the estate-type of patrimonialism. The person exercising governing powers has personal control of the means of administration – if not all, at least of an important part of them”.

Esta forma específica de dominação patrimonial – a estamental – parece assemelhar-se mais com o contexto brasileiro abordado em tópico anterior. Tendo em vista a condição colonial do Brasil até a chegada na Família Real ao Rio de Janeiro em 1808, o governo local até então era exercido por mandatários da Coroa – nos limites por ela impostos -, os quais acabavam por exercer uma dominação patrimonial – nos termos anteriormente vistos – mas de caráter estamental. Isto é, um quadro administrativo delegatário com poderes de mando e apropriado, ao menos em parte, dos meios de administração. É com base nessa variação que a teoria de Raymundo Faoro se fundamenta.

1.1.2 O Direito Administrativo brasileiro no modelo patrimonial

Considerando que o chamado Modelo Burocrático de Administração Pública só foi de fato institucionalizado oficialmente no Brasil a partir da década de 1930, percebe-se que o período da chamada Administração Patrimonial resistiu por um longo espaço de tempo. Nesse lapso temporal o país esteve organizado de diversas formas, basicamente em três mais substancialmente distintas: inicialmente sob a forma de Colônia; posteriormente sob a forma de uma Nação Independente, porém no modelo da Monarquia (período imperial); e por fim na forma de uma República (Primeira República ou República Velha).

Dessa forma, o estudo aqui brevemente abordado ficará restrito à análise mais detalhada desses três períodos históricos e a forma como o direito administrativo brasileiro e a estrutura administrativa concretizaram-se na prática em cada um deles.³⁴

O Período Colonial irá caracterizar-se, basicamente, pela influência da legislação lusitana: as chamadas Ordenações. Na chegada dos portugueses em 1500 estavam em vigor as Ordenações Afonsinas, que permaneceram aplicáveis até o ano de 1511. A partir daí, passaram a vigor as Ordenações Manuelinas. Entretanto, embora essas últimas tenham vigorado por mais de um século (até o século XVII), Di Pietro (2002, p. 3) explica que elas tiveram praticamente nenhuma

³⁴ Importante a ressalva trazida por Di Pietro (2002) de que, embora o direito administrativo seja um ramo de estudo autônomo do Direito há pouco mais de dois séculos, isso não significa que até aquele momento não existissem normas com esse caráter – de aplicação à Administração Pública -, as quais hoje comporiam esse ramo do Direito. Daí porque se pode falar em um “direito administrativo” antes do século XVIII.

aplicação no Brasil, uma vez que, mesmo sendo aplicáveis no plano teórico – por estarem vigentes em Portugal -, no plano prático prevaleciam os usos e costumes da nova Colônia.

Por outra banda, o conjunto de Ordenações seguinte – Filipinas, ou Ordenações do Reino – tiveram um papel importante na Administração da Colônia. Entraram em vigor no segundo século do período colonial e permaneceram sob vigência até o período Imperial, ou seja, até depois da Independência do País. Di Pietro (2002) anota ainda que estas só foram deixando de ser aplicadas na medida em que foram sendo elaborados os grandes Códigos do Império, tais como: Código Criminal do Império (1830), Código de Processo Criminal (1832), Código Comercial (1850), Consolidação das Leis Civis de 1857 e o Código Civil (1916).

Tal fato pode ser constatado com a publicação da Lei de 20 de outubro de 1823, que em seus artigos 1º e 2º definia a manutenção da legislação lusitana naquilo que não contrariasse a legislação brasileira, agora Nação independente:

Art. 1º As Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos, e Resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal, e pelas quaes o Brazil se governava até o dia 25 de Abril de 1821, em que Sua Magestade Fidelissima, actual Rei de Portugal, e Algarves, se ausentou desta Côrte; e todas as que foram promulgadas daquella data em diante pelo Senhor D. Pedro de Alcantara, como Regente do Brazil, em quanto Reino, e como Imperador Constitucional d'elle, desde que se erigiu em Imperio, ficam em inteiro vigor na pare, em que não tiverem sido revogadas, para por ellas se regularem os negocios do interior deste Imperio, emquanto se não organizar um novo Codigo, ou não forem especialmente alteradas.

Art. 2º Todos os Decretos publicados pelas Côrtes de Portugal, que vão especificados na Tabella junta, ficam igualemnte valiosos, emquanto não forem expressamente revogados. Paço da Assembléa em 27 de Setembro de 1823. (BRASIL, Lei de 20 de outubro de 1823).

Entretanto, sobre essa legislação, Caio Prado Júnior assinala que a falta de uniformidade e simetria da organização administrativa constituía o caos que era o direito administrativo da colônia:

Depois das Ordenações, as últimas, [...], e que formam a base da legislação portuguesa decorreram, até o momento que nos ocupa, século e meio de cartas de lei, alvarás, cartas es provisões régias, ordens, acórdãos, assentos e que mais, formando tudo o conjunto embaralhado e copiosos chamada *legislação extravagante*. Mas nem mesmo a legislação anterior às Ordenações foi por elas toda revogada; em particular naquilo que diz respeito à administração colonial, o direito das Ordenações é omissos, e continuaram em vigor depois delas e até a Independência [...], disposições inclusive do primeiro século da colonização. E as próprias Ordenações, embora formem código, estão muito longe daquela generalidade lógica,

método e precisão dos nossos códigos modernos. É todo esse caos imenso de leis que constitui o direito administrativo da colônia. (PRADO JÚNIOR, 2000, p. 309) (itálico do autor).

O resultado segundo o autor era que “as leis não só eram uniformemente aplicadas no tempo e no espaço, como frequentemente se desprezavam inteiramente, havendo sempre, caso fosse necessário, um ou outro motivo justificado para a desobediência” (PRADO JÚNIOR, 2000, p. 310).³⁵

Nesse período, Di Pietro (2002) destaca que os privilégios – não só do monarca, como também dos delegados da coroa, seus funcionários e até do clero – eram a marca da legislação (vide Livro II das Ordenações Filipinas). As ordenações eram complementadas, segunda a autora, por diversos tipos de atos normativos (ofícios, bandas, alvarás, cartas régias, etc.) provindos do Monarca, os quais coexistiam com a legislação municipal local (posturas municipais) (DI PIETRO, 2002, p. 05).

Fernando H. Aguillar ressalta um traço marcante das Ordenações Filipinas: eram redigidas na primeira pessoa do plural, como ordens diretamente proferidas pelos senhores da política, proprietários do Estado, o que demonstrava claramente o caráter patrimonialista dessa forma de regulação (1999, p. 174).

Do conjunto normativo trazido pelas Ordenações, Di Pietro (2002) destaca duas formas de organização administrativa aplicadas no Brasil no período colonial: as Capitânicas Hereditárias (independentes) e a unidade administrativa. Nesses dois sistemas percebe-se a influência da forma de administração patrimonial típica, qual seja, aquela que prima por simples nomeações (relações pessoais, principalmente, e de confiança) para cargos públicos.

No princípio, as capitânicas hereditárias, inspiradas no regime feudal, eram independentes entre si e gozavam de certa autonomia, mas submetiam-se ao poder central representado pelo monarca. Eram doadas por carta de doação, sendo

³⁵ “Vimos aí a falta de organização, eficiência e presteza do seu funcionamento. Isto sem contar os processos brutais empregados, de que o recrutamento e a cobrança dos tributos são exemplos máximos e índice destacados do sistema geral em vigor. A complexidade dos órgãos, a confusão de funções e competência; a ausência de método e clareza na confecção das leis, a regulamentação esparsa, desconhecida e contraditória que a caracteriza, acrescida e complicada por uma verborragia abundante em que não faltam às vezes até dissertações literárias; o excesso de burocracia dos órgãos centrais em que se acumula um funcionalismo inútil e numeroso, de caráter mais deliberativo, enquanto os agentes efetivos, os executores, rareiam; a centralização administrativa que faz de Lisboa a cabeça pensante única em negócios passados a centenas de léguas que se percorrem em lentos barcos à vela; tudo isso, que vimos acima, não poderia resultar noutra coisa senão naquela monstruosa, emperrada e ineficiente máquina burocrática que é a administração colonial”. (PRADO JÚNIOR, 2000, p. 339).

inalienáveis, porém transmissíveis por herança ao filho varão mais velho, podendo ainda serem arrendadas ou aforadas pelo foro ou tributo que o donatário entendesse cabível (DI PIETRO, 2002, p. 05).

As *cartas de doação* eram seguidas das *cartas de forais*, que especificavam os direitos, foros, tributos e coisas que se pagariam ao rei e ao capitão hereditário e governador. Os dois documentos constituíam o estatuto da capitania, onde constavam os privilégios e os deveres dos donatários. Este atuava como governador, com *poderes administrativos* exercidos sobre a *coisa pública*, já que a capitania não era de propriedade do capitão, a não ser quanto a uma pequena parcela. Sendo coisa pública, a capitania era inalienável, podendo repartir-se em *sesmarias* (instituto já previsto nas Ordenações Afonsinas, originário de uma lei de 1375 – Lei das Sesmarias). (DI PIETRO, 2002, p 5) (itálico da autora).

Destaca-se já nesse período a criação de cargos públicos sob regime de indicações. A arrecadação dos tributos reais era feita por *Oficiais* incumbidos dessa tarefa³⁶; já as cartas de forais outorgavam poderes de jurisdição cível e criminal aos donatários, que tinham competência para escolher os *Oficiais* encarregados de administrar a justiça e os homens que procederiam à eleição de vereadores nas vilas; os donatários podiam ainda nomear seu *Ouvidor*, que exercia função administrativa e judiciária e era a autoridade máxima abaixo do capitão, com papel semelhante ao de Secretário de Estado. (DI PIETRO, 2002, p. 06).

A segunda forma de organização administrativa do período colonial, segundo Di Pietro, ocorrera durante o Governo-Geral. O regime de unidade administrativa³⁷ veio suceder a independência das capitanias:

Ao nomear Tomé de Souza para a capitania da Baía de Todos os Santos, El-Rei lhe fez doação sobre essa capitania e, ao mesmo tempo, poder sobras todas as demais. As capitanias foram mantidas como divisão territorial, mas as cartas de doações e de forais foram derogadas. (DI PIETRO, 2002, p. 6).

Nesse sistema, os poderes administrativos e jurisdicionais, antes atribuídos aos capitães, passaram para o Governador-Geral. Mas os capitães continuaram com

³⁶ “Isto sem contar o favoritismo e as vistas gordas dos agentes do poder com relação a contratadores amigos ou comparsas que nunca satisfaziam suas dívidas para com a fazenda pública. Situação esta que é quase normal” (PRADO JÚNIOR, 2000, p. 329).

³⁷ Entretanto, Caio Prado Júnior (2000) observa que tal centralização do poder e concentração das autoridades eram características apenas de centros específicos (como vilas e comarcas); a consequência dessa organização administrativa era o desgoverno no restante do território, haja vista a grande distância para esses centros. Por isso o autor afirma que o Brasil não era uma unidade, mas várias colônias e províncias se integrando no conjunto da Monarquia Portuguesa.

alguns poderes, inclusive o de conceder cartas de sesmaria³⁸. Assim, havia um poder central, o Governo-Geral, unificado; havia os capitães hereditários com poderes reduzidos e limitados ao território da capitania; e havia as vilas, com o poder local centrado nas Câmaras, constituídas por vereadores eleitos. (DI PIETRO, 2002, p. 6-7).³⁹

Fernando H. Aguillar (1999, p. 169) afirma que o Regimento de 1548 (Regimento do Governo-Geral) lançara os fundamentos elementares sobre o que o autor chama de “regulação patrimonial”, encontrando-se os primeiros controles estatais sobre preços, as primeiras barreiras alfandegárias; isto é, as primeiras normas de intervenção indutiva da economia.

Todavia, Di Pietro refere que em ambos os regimes - descentralização ou unidade administrativa - não havia divisão de Poderes nem separação entre as funções de administrar e legislar, já que o monarca detinha poderes absolutos, sem estar submetido à lei ou a qualquer tipo de controle. Da mesma forma, os delegados do rei nas colônias (capitães hereditários, primeiro, e governador-geral, depois) também detinham poderes absolutos outorgados pelo Monarca que abrangiam, sem qualquer controle, a administração, a legislação e a distribuição da justiça (2002, p. 07).

Tais formas de organização demonstram, para Caio Prado Júnior (2000), que a administração portuguesa estendeu ao Brasil sua organização e sistema, não criando nada de original para a colônia. Representavam, portanto, a falta de originalidade da metrópole em organizar administrativamente a colônia, ou seja, a incapacidade por ela demonstrada em criar órgãos diferentes e adaptados a condições peculiares que não se encontravam no Reino. Disso resultou que a organização administrativa teve de se ajustar às peculiaridades de cada região na prática, não por meio do Direito (normas legais), mas pelo arbítrio das autoridades coloniais (PRADO JÚNIOR, 2000, p. 310-311).

³⁸ Essa concessão também implicava na transferência de autoridade e encargos de defesa militar aos particulares (senhores de engenho), criando um caráter híbrido entre público e privado (AGUILLAR, 1999, p. 171).

³⁹ “Vejam os [...] os órgãos da administração geral e civil. Incluem-se aí tanto funções propriamente *administrativas* (em nossa terminologia moderna), como de *justiça*. Encontramos aqui um caso concreto da observação já feita no início deste capítulo: a confusão de poderes e atribuições que hoje nos parecem substancialmente distintos. Não só se ocupam dos negócios de ambos os setores as mesmas autoridades, como não há diferença substancial no seu modo de agir num e noutro terreno”. (PRADO JÚNIOR, 2000, p. 321) (itálico do autor).

Sobre esse período colonial, Fernando H. Aguillar refere que havia três mecanismos básicos de regulação jurídica e econômica da economia brasileira pela Metrópole: regime de monopólio, companhias de comércio e concessões régias (1999, p. 180).⁴⁰

Fazendo uma analogia desse período com o ordenamento atual, Di Pietro faz duas comparações: refere que as *capitanias hereditárias* constituíam o que hoje se denomina de “autarquia territorial ou geográfica”, e que o regime das *sesmarias* – regime agrário vigente nesse período - pode ser equiparado aos institutos do aforamento ou enfiteuse e, no direito administrativo, à concessão de uso de bens públicos (2002, p. 08).

Já sob a forma de uma Nação independente, a forma patrimonial de administração alcançou duas organizações distintas: primeiro no regime imperial, sob a forma de uma Monarquia, e segundo sob a forma de República.

No período do Império, destaca-se a Constituição de 1824 que dividiu o território em províncias⁴¹, as quais eram chefiadas pelos Presidentes da Província, nomeados pelo Imperador.⁴² Destaca-se também a criação do Conselho de Estado, órgão auxiliar da Administração Pública e que funcionava como tribunal administrativo de última instância (DI PIETRO, 2002, p. 08-09).⁴³

O Conselho de Estado, criado pela Constituição de 1824, extinto pelo Ato Adicional de 1834, reinstituído por lei de 23 de novembro de 1841 e abolido tacitamente pelo Decreto 1, de 15.11.1889, configurou órgão de assessoramento do Imperador para assuntos graves e medidas gerais; embora o art. 7º, item 4º, da Lei 234, de 23.11.1841, tenha lhe atribuído a manifestação, por consulta do Imperador, sobre conflitos de jurisdição entre as autoridades administrativas e entre estas e as judiciárias, o Conselho de Estado não firmou tradição de atuação jurisdicional, mesmo contida. (MEDAUAR, 2003, p. 60)

⁴⁰ “Na realidade, as duas últimas são consequências ou especializações da circunstância de deter a Coroa o monopólio de praticamente todas as atividades econômicas relevantes. São maneiras distintas de se operar o regime de monopólio, da exclusividade do direito de exploração das riquezas do país pelos reis de Portugal. O monopólio representava a exclusão de todos os demais do direito de explorar certas atividades” (AGUILLAR, 1999, p. 180).

⁴¹ “A Constituição de 1824 criou sistema unitário, mas descentralizado em províncias e municípios, e o Ato Adicional de 1834 reforçara a posição das províncias” (MEDAUAR, 2003, p. 60).

⁴² “Art. 165. Haverá em cada Província um Presidente, nomeado pelo Imperador, que o poderá remover, quando entender, que assim convem ao bom serviço do Estado”. (BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824).

⁴³ De acordo com a Constituição de 1824 cabia ao Imperador a nomeação dos Conselheiros do Conselho de Estado (art. 137). Entretanto, a partir de 1847 criou-se a figura do Presidente do Conselho, o qual, embora nomeado pelo Imperador, tinha a competência de nomear os demais Conselheiros. (OLIVEIRA TORRES, 1968, p. 65).

Nesse período imperial, Di Pietro ressalta a relação da Administração Pública com os outros poderes. Na relação com o Legislativo, refere a importância do Poder Normativo do Executivo, de modo que à lei reconhecia-se a função de estabelecer normas gerais, “deixando ao Imperador e à Administração Pública a competência para preencher os vazios da lei por meio de atos normativos de várias espécies” (2002, p. 11). Na relação com o Judiciário, o fator principal era de que os atos praticados pelo Poder Executivo e pelo Poder Moderador não se submetiam ao controle judicial, de modo que havia uma divisão de competências entre as matérias de competência da autoridade judiciária e da administrativa: “a primeira decide sobre coisas privadas e, a segunda, sobre as coisas públicas ou as relações entre as coisas públicas e as particulares” (2002, p. 11). Já na relação com o Poder Moderador, cabia à Administração conformar-se à política traçada por aquele.

Destaque no Império, ainda, para a elaboração legislativa desse período. Além do Código Criminal, do Código de Processo Criminal e do Código Comercial, em especial sobre o direito administrativo pode-se citar: Decreto de 17.02.1825, declarando efetiva, na forma da Constituição, a responsabilidade dos empregados públicos; Lei de 15.10.1827, estabelecendo a responsabilidade dos Ministros e Secretários de Estado; Lei de 04.10.1831, organizando o Tribunal do Tesouro Nacional, com atribuições administrativas contenciosas; Lei n. 234/1841, criando um novo Conselho de Estado; Lei n. 242/1841 estabelecendo o privilégio de foro para as causas da Fazenda Nacional e criando um juízo privativo dos Feitos da Fazenda de 1ª instância; lei n. 353-1845 designando os casos de desapropriação por utilidade pública geral ou municipal; e a Lei . 601/1850, a “Lei de Terras” (DI PIETRO, 2002, p. 13-14).

Com a instauração da República o direito administrativo brasileiro sofre uma importante alteração. A Constituição de 1891 trouxe consigo a ideia de Unidade de Jurisdição (suprimindo o Poder Moderador e a jurisdição administrativa), fazendo com que a Administração Pública passasse a se submeter ao controle jurisdicional (DI PIETRO, 2002, p. 14). Em decorrência disso, Di Pietro (2002) ressalta que a jurisprudência passou a exercer papel determinante na criação do direito, especialmente sobre institutos de direito administrativo, tais como desapropriação, concessão de uso, servidões administrativas, contratos administrativos, responsabilidade civil do Estado, etc.

Durante todo esse período da chamada Administração Patrimonial, embora existisse alto grau de centralismo político e decisório em alguns momentos (pela Coroa e pelo Imperador, sobretudo), não se pode deixar de ressaltar ainda a força do poder local (municípios e vilas). As dimensões geográficas do país contribuíam para que as autoridades ficassem concentradas nos maiores centros de cada região, deixando o restante do território sob comando dos chefes locais. Abre-se espaço então para os “coronéis” utilizarem seu poder econômico e prestígio para comandarem o sistema político, a fim de satisfazerem seus interesses (políticos, pessoais, coletivos, etc.).⁴⁴

Por fim, Di Pietro destaca a influência do direito norte-americano sob o direito administrativo brasileiro a partir da República, coexistindo com as influências anteriores do direito francês:

Pode-se afirmar que o direito administrativo brasileiro sofreu, nessa fase, influência do direito norte-americano, no que diz respeito ao sistema de unidade de jurisdição e à necessidade de submissão da Administração Pública ao controle pelo Poder Judiciário. Mas, no que diz respeito às teorias e aos princípios, ficou evidente que a influência predominante continuava sendo a do direito francês criado pela jurisdição administrativa que, aos poucos, pela decisão de casos concretos, foi derogando o direito privado antes aplicado à Administração e criando o regime jurídico próprio que acabou por dar autonomia ao direito administrativo. Nisto afastou-se do sistema da “Common Law”, que repudiava a existência de um regime jurídico especial para a Administração Pública, como também repudiava a existência de tribunais administrativos para decidir os litígios em que ela fosse parte interessada (DI PIETRO, 2002, p. 15).

No campo dos serviços públicos⁴⁵, Fernando H. Aguillar assinala que desde o segundo Reinado houve alterações na forma de regulação estatal sobre a atividade econômica, de modo que o modelo de “regulação patrimonialista” foi progressivamente se alterando para o de “regulação desconcentrada” (“modelo em que o poder de gerir a coisa pública passa, tendencialmente, das mãos privadas do

⁴⁴ “Mas o despreparo do interior só explica uma parte da anarquia administrativa observada em muitas municipalidades. A outra parcela de responsabilidade cabe, de um lado, ao filhotismo, que convoca muitos agregados para a ‘gamela’ municipal, e, de outro lado, à utilização do dinheiro, dos bens e dos serviços do governo municipal nas batalhas eleitorais” (LEAL, 1978, p. 39).

⁴⁵ Ressalta-se, todavia, que Fernando H. Aguillar parte de um conceito de serviços públicos mais restrito do que o desse trabalho: “Serviços Públicos, no atual regime jurídico-constitucional brasileiro, são atividades econômicas exercidas em regime de privilégio pelo Estado em função de reserva constitucional. Ou seja, dá-se o nome de serviço público às atividades econômicas desempenhadas sob regime jurídico de serviço público.

Tais atividades são exercidas em regime de exclusividade pelo Poder Público, porém são suscetíveis de delegação a particulares por regime de concessão ou permissão. No sentido aqui adotado, portanto, todo serviço público é suscetível de delegação a particulares, nos termos da Constituição e da lei”. (AGUILLAR, 1999, p. 155).

Imperador para inúmeros novos centros de poder”) (1999, p. 181). Argumenta, ainda, que com relação às atividades de prestação de serviços públicos do período imperial, com exceção de alguns setores como ferrovias e portos, as demais atividades eram em geral desregulamentadas, com algumas limitações decorrentes de contratos (1999, p. 183-184).

Em resumo, daquilo que hoje consideramos como serviços públicos, no período sob análise, apenas uma porção dessas atividades estava sujeita a regras jurídicas específicas. Outra parte dos serviços era de livre exploração particular, quer dizer, sobre tais atividades incidiam regras que se aplicavam genericamente a toda atividade econômica. (AGUILLAR, 1999, p. 189-190).

1.2 MODELO BUROCRÁTICO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Tendo em vista os problemas resultantes da administração de cunho patrimonial, surge a necessidade na constituição dos Estados modernos da formulação de um sistema que permitisse dissociar a esfera pública da privada. As burocracias que antes respeitavam o sistema de espólio (sujeitando-se aos ditames da política) profissionalizam-se e assumem caráter técnico e especializado, blindando a administração pública. Além disso, o regime democrático irá exigir também uma maior impessoalidade no agir estatal, tentando impedir o uso do Poder Público para satisfação de interesses pessoais.

É diante desse cenário de reestruturação das instituições públicas que toma forma o modelo burocrático de Administração Pública.

Esse modelo, em linhas gerais, dá ênfase à superioridade da autoridade racional-legal, através do controle hierárquico e formalista (rígido) dos procedimentos, a fim de combater o nepotismo e a corrupção. (BRESSER PEREIRA, 2003a, p. 26). Assenta-se na distribuição horizontal e vertical das funções administrativas do Estado, a partir de organogramas e esquemas previamente definidos de competências e tem como funções primordiais para seu adequado funcionamento a coordenação e o controle (ARRUDA NETO, 2010, p. 134).

No Brasil, esse modelo foi introduzido a partir de 1936 com a Reforma Administrativa promovida por Maurício Nabuco e Luiz Simões Lopes tendo como base as teorias da burocracia clássica.⁴⁶ Nesse ano, constituiu-se o Conselho

⁴⁶ “Durante o primeiro governo Vargas (1930-45), foi elaborada e implementada uma reforma que adotava os modelos prescritos nas teorias administrativas então predominantes nos países mais

Federal do Serviço Público Civil, que respondia diretamente ao Presidente da República e era composto por comissões de eficiência em cada ministério, tendo como principal atribuição conduzir a reforma de acordo com princípios de aprimoramento da administração pública (ABRUCIO, PEDROTI, E PÓ, 2010, p. 38).

A principal materialização desse modelo burocrático foi a criação do Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP)⁴⁷:

Os princípios da administração burocrática clássica foram introduzidos no país através da criação do Departamento Administrativo do Serviço Público (Dasp). A criação do Dasp representou não só a primeira reforma administrativa do país, com a implementação da administração pública burocrática, mas também a afirmação dos princípios centralizadores e hierárquicos da burocracia clássica (BRESSER PEREIRA, 2003b, p. 243).

O grande motor dessa Reforma, segundo Gercina Oliveira, foi o movimento revolucionário da década de 1930, que trouxe importantes conquistas sociais e políticas ao país e fomentou a industrialização da economia nacional, embora tenha herdado algumas contradições da estrutura anterior que condicionaram seu desenvolvimento (1970, p. 63).⁴⁸

O Estado Novo de Getúlio Vargas foi um dos expoentes dessa mudança estrutural da administração pública brasileira. Alexander David Englander (2009) lembra o papel de destaque desempenhado pelo sociólogo Oliveira Vianna – partícipe do Governo varguista - na construção desse “novo Estado”, já que este defendia que somente um modelo burocrático-legal – a partir de um Estado forte, autoritário e centralizador – seria capaz de superar a “sociedade de clã” formada no período patrimonial.

Na esteira dessa crescente intervenção estatal nos setores produtivos, ampliaram-se os serviços públicos, sobretudo da administração federal, refletindo-se na criação de autarquias, sociedades de economia mista e no próprio crescimento

desenvolvidos. Sua concepção teórica estava inspirada nas melhores fontes disponíveis à época”. (BRESSER PEREIRA, 1998, p. 164).

⁴⁷ O Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP) foi um órgão público do governo federal brasileiro criado pelo Decreto-lei n. 579, de 30 de julho de 1938, durante o governo de Getúlio Vargas – período do Estado Novo. A sua criação já estava prevista pela Constituição de 1937, no art. 67. O DASP era um órgão diretamente subordinado à Presidência da República que tinha, sinteticamente, as seguintes atribuições: fornecer elementos para melhoria da máquina pública, prestar assessoria técnica ao Presidente da República e elaborar a proposta orçamentária.

⁴⁸ “A Revolução de 1930, que é o marco institucionalizador do reconhecimento político dessa diferenciação, é também – em nosso entender – uma baliza na evolução do sistema administrativo, que passa a ser o principal instrumento do Governo Provisório e depois do Governo discricionário de Getúlio Vargas, na reorganização da vida nacional”. (OLIVEIRA, 1970, p. 66).

de órgãos da administração centralizada, tais como: Ministérios (Trabalho, Indústria e Comércio, Educação e Saúde e Aeronáutica), autarquias previdenciárias (IAPC, IAPETEC, IAPI), reguladores da economia (IAA, IBC), e industriais (marítimas e ferroviárias) (OLIVEIRA, 1970, p. 63).

A obrigatoriedade do concurso para ingresso nos cargos públicos de carreira, a reorganização dos quadros e das Repartições, a previsão de um estatuto para os funcionários civis (elaborado e transformado em lei em 1939) e a criação de um órgão técnico de administração geral – o DASP – demonstram bem a tentativa de organizar a administração pública federal nos moldes da burocracia weberiana. A própria necessidade de fortalecer o Governo Federal, através da centralização de atividades antes entregues às oligarquias regionais e suas administrações, demandava a instituição de uma burocracia com capacidade técnica e administrativa para apoiar a ação política do Governo Federal na reformulação estrutural do país, visando ao desenvolvimento autônomo da indústria que fôra um dos móveis da Revolução de 1930 (OLIVEIRA, 1970, p. 66).

Assim, as principais áreas objeto da reforma burocrática foram: (a) a administração de pessoal (passando para o sistema de mérito); (b) o orçamento e a administração orçamentária (orçamento como plano de administração); (c) a administração de material (especialmente sua simplificação e padronização); e (d) a revisão de estruturas e racionalização de métodos. (BRESSER PEREIRA, 1998, p. 165).

Entretanto, como Gercina de Oliveira (1970, p. 67) observa, embora a Revolução de 1930 tenha refletido em uma mudança da estrutura política e administrativa, do ponto de vista cultural a nação continuou a ter mentalidade e hábitos rurais, com uma imensa população analfabeta, sem um suporte educacional voltado para a formação de técnicos e especialistas, de modo que o papel do público continuava, em grande parte, a ser absorvido pelo papel particular (familiar).

Da mesma forma, o modelo modernizador de Getúlio Vargas não foi uniforme na Administração Pública brasileira. Ao passo que o DASP representava o princípio universalista do mérito, protegido do jogo político, de outro lado Vargas manteve formas clientelistas dentro da máquina pública, fazendo com que essas duas formas coexistissem e se confrontassem nesse período:

O resultado do modelo daspiano, desse modo, foi a consagração da modernização administrativa por um tipo de administração paralela. Assim, enquanto uma parte da administração pública brasileira era regida pelos princípios da meritocracia e profissionalismo, insulada das influências do clientelismo e da troca de cargos por favores políticos, outra parcela fora

mantida sob a égide do patrimonialismo, sendo cooptada pelos diferentes grupos de interesse e atores que sustentariam politicamente Getúlio Vargas. (ABRUCIO, PEDROTI, E PÓ, 2010, p. 42).

Mesmo com essa dualidade, Bresser Pereira (1998, p. 166) destaca que o fim do Governo Vargas teve impacto ainda mais negativo sobre o modelo burocrático de administração, já que passou a faltar o “respaldo que o regime autoritário lhe conferia”; o novo governo reorganizou o DASP com um grande corte em suas atribuições⁴⁹ e a reforma administrativa foi relegada a segundo plano, sendo conduzida como uma ação governamental sem importância, dando ensejo ao crescimento de práticas clientelistas dentro da máquina pública.

Com isso, Gercina de Oliveira cita que, a partir da década de 1950, a burocracia que estava estruturada passou a trazer consequências negativas e até mesmo prejudiciais, de modo que:

- a) o conhecimento técnico especializado deixou de ser um instrumento de modernização, através da adequação do sistema administrativo às demandas econômicas, sociais e políticas impostas pela mudança social, para ser um meio de conservar apenas poder; e
- b) a penetração de influências-partidárias e econômicas nos altos escalões da hierarquia burocrática subordinou o poder da burocracia a interesses políticos e econômicos de grupos, nem sempre condizentes com os interesses do sistema social como um todo (1970, p. 70).

Como resultado, já no governo Juscelino Kubitschek, por exemplo, a fim de concretizar o Plano de Metas, tentou-se realizar uma reforma ampla no serviço público ao mesmo tempo em que se criaram instituições paralelas e insuladas para desenvolver e coordenar as atividades do famoso Plano; o resultado foi a chamada “administração paralela”:

Kubitschek valeu-se de sua experiência anterior no governo de Minas Gerais para conjugar as gramáticas do clientelismo e do insulamento burocrático, utilizando o primeiro para a manutenção de sua base de apoio político e o segundo para o desenvolvimento de seus projetos desenvolvimentistas. Dessa forma, o presidente mitigava os entraves da burocracia tradicional sem confrontá-la diretamente, conseguia atrair pessoal qualificado para os projetos e mantinha espaços para o clientelismo (ABRUCIO, PEDROTI E PÓ, 2010, p. 45).

⁴⁹ “Dali para diante, até sua extinção, na década de 1980, o órgão foi se tornando um grande cartório da administração civil, embora ainda tivesse pessoal bastante qualificado (mesmo que decrescente ao longo do tempo), o que levou por vezes a alimentar outras partes do Estado com funcionários selecionados pelo mérito” (ABRUCIO, PEDROTI E PÓ, 2010, p. 43).

Ao final do governo de Kubitschek, Abrucio, Pedroti e Pó (2010) observam ainda que esse modelo de administração paralela se mostrou ineficaz para implantação de projetos desenvolvimentistas e acabou por gerar uma fragmentação das estruturas governamentais em instituições setoriais especializadas que conflitavam com os respectivos ministérios. O resultado do período burocrático até 1964 mostrou não só o enfraquecimento do DASP, como também revelou os limites das estratégias de insulamento e de administração paralela. Tais problemas se acentuaram no início da década de 1960 e algumas soluções reformistas foram tentadas no período João Goulart, como a Comissão Amaral Peixoto⁵⁰; todavia não houve alterações na administração pública brasileira, já que posteriormente sobreveio o Golpe Militar de 1964, interrompendo tais reformas. (ABRUCIO, PEDROTI E PÓ, 2010).

Diante desse cenário, os militares tentaram reformular a máquina pública a partir de seus ideais – em especial através da expansão do Estado brasileiro, especialmente pela via da administração indireta. Um desses projetos concretizou-se na “Reforma Desenvolvimentista” de 1967.

Entretanto, além dos problemas internos do sistema burocrático brasileiro, a crise desse modelo foi acentuada a partir do final da década de 1970 com a reestruturação econômica e administrativa orquestrada por outros países – principalmente Inglaterra e Estados Unidos – em vista dos ditames da crescente globalização. Esse movimento em âmbito global propunha uma reformulação das atividades do Estado, principalmente no que diz respeito a sua participação no campo econômico e social. É nesse contexto que surgem as formulações do chamado Modelo Gerencial de Administração Pública (ou Nova Gestão Pública), proximamente ligado a proposições político-econômicas neoliberais.

Dessa forma, o objetivo das reformas administrativas daquele momento

⁵⁰ Com o objetivo de reformar os serviços públicos federais, criou-se por meio do Decreto n. 51.705, de 14 de fevereiro de 1963 a Comissão Amaral Peixoto: “No governo Goulart, em fevereiro de 1963, o deputado Amaral Peixoto foi nomeado Ministro Extraordinário para a Reforma Administrativa, com a incumbência de dirigir diversos grupos de estudo, encarregados da formulação de projetos de reforma. No final desse ano, a Comissão apresentou quatro projetos importantes, tendo em vista: uma reorganização ampla e geral da estrutura e das atividades do governo; a expansão e o fortalecimento do sistema do mérito; novas normas de aquisição e fornecimento de material no serviço público; e a organização administrativa do Distrito Federal (Brasília). O primeiro projeto, voltado para a reforma administrativa ‘propriamente dita’, denominava-se Anteprojeto de Lei Orgânica do Sistema Administrativo Federal. Os quatro projetos foram encaminhados pelo Presidente Goulart ao Congresso, no início de 1964; mas nenhum deles foi convertido em lei. No entanto, serviram mais tarde como informação básica para estudos do Poder Executivo que deram origem ao Decreto-Lei nº 200, de 1967”. (BRESSER PEREIRA, 1998, p. 168-169).

passava pela instauração de programas de desburocratização e de desestatização da máquina pública.

No Brasil, em julho de 1979, através do Decreto n. 83.740 adotou-se o Programa Nacional de Desburocratização que a partir de 1981 passou a definir a política restritiva na criação de novas entidades paraestatais e estabelecer as primeiras diretrizes de transferência de empresas públicas para o setor privado. Em 1985, com o Decreto n. 91.991, aperfeiçoa-se o programa com a criação do Conselho Interministerial de Privatização, ao qual sucede, em 1988, o Conselho Federal de Desestatização.⁵¹ Uma terceira etapa se instaura no Governo Collor, regulando o Plano Nacional de Desestatização mediante a Medida Provisória n. 155/90, convertida na Lei 8.031 no mesmo ano, subsistindo o padrão da política de privatização.⁵² (TÁCITO, 1995, p. 6).

A Constituição Federal, embora tenha gerado opiniões divergentes quanto à forma em que estruturou o Estado, suas atividades e em especial a Administração Pública⁵³, não foi capaz de solucionar os dilemas do antigo modelo burocrático.⁵⁴ Assim, em 1995, o Presidente Fernando Henrique Cardoso e seu então Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado, Luiz Carlos Bresser Pereira, decidem propor uma nova reforma da Administração Pública brasileira tendo em vista o contexto político-econômico da época e o relativo insucesso das duas reformas administrativas anteriores (1936 e 1967).

Visando implantar um modelo Gerencial de Administração Pública no país, a reforma administrativa teve início a partir da elaboração do Plano Diretor de Reforma

⁵¹ “Segundo dados oficiais, no período de 1979-1985, no plano federal, 20 empresas foram privatizadas, 3 transferidas a governos estaduais, outras 3 foram objeto de fusão, 14 incorporadas e duas outras convertidas em órgãos da administração direta, no total de 42 transformações” (TÁCITO, 1995, p. 6).

⁵² “O relatório do Tribunal de Contas da União sobre a gestão financeira de 1994 revela que, no período de 1990 a 1994, 65 empresas estatais foram incluídas no Programa Nacional de Desestatização, sendo que 33 foram transferidas à iniciativa privada e estão em curso os processos de alienação das demais 32” (TÁCITO, 1995, p. 6).

⁵³ Ao passo que Caio Tácito (1995) entende que a Constituição Federal de 1988 tenha exprimido um movimento pendular de volta aos princípios fundamentais de liberdade e plenitude democrática após o período autoritário, Bresser Pereira (1996a) entende que a Carta Magna representou um enrijecimento burocrático extremo.

⁵⁴ Fernando Abrucio, Paula Pedroti e Marcos Vinícius Pó ressaltam que mesmo que a Constituição de 1988 tenha trazido avanços importantes para a administração pública – como a democratização do Estado, o fortalecimento do controle externo e da ideia de transparência governamental, a descentralização administrativa e o princípio do concurso público universalizado – logo a opinião pública percebeu que a Carta não tinha resolvido uma série de problemas da administração pública (2010, p. 55-58).

do Aparelho do Estado⁵⁵, em 1995, e culminou com a aprovação da Emenda Constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998.

Como pontos positivos da reforma administrativa burocrática podem ser destacados: (a) a difusão de ideias e práticas modernizadoras da administração, com destaque para o sistema de mérito para ingresso e promoção no serviço público, a concepção de orçamento como plano de trabalho e a simplificação, padronização e racionalização como normas para aquisição de material; (b) a institucionalização do treinamento e aperfeiçoamento dos funcionários públicos; (c) a divulgação da teoria administrativa originada de outros países ocidentais; e (d) sua contribuição decisiva ao reconhecimento da existência de ciências administrativas, que até então eram mero apêndice de direito administrativo (BRESSER PEREIRA, 1998, p. 165).

Destaca-se, ainda, o papel de relevo desempenhado pelo DASP como o grande propulsor da administração indireta que iniciou o processo de intervenção estatal na área econômica (ABRUCIO, PEDROTI, E PÓ, 2010, p. 44).

Por outra banda, deve-se salientar que o modelo burocrático, inaugurado na esfera federal na década de 1930, embora tenha trazido inovações importantíssimas à estrutura estatal e social da época, acabou por se tornar prejudicial na medida em que

[...] a incapacidade da burocracia de adaptar-se às exigências de mudança, a baixa qualificação dos funcionários e dirigentes, o aviltamento dos salários do funcionalismo e a vulnerabilidade de grupos econômicos, fizeram declinar essa importância e hoje muitos consideram o sistema administrativo brasileiro como um dos mais sérios entraves ao desenvolvimento do País. (OLIVEIRA, 1970, p. 70).

Arruda Neto lembra que não obstante tenha sido originariamente criado para combater a corrupção e o nepotismo, heranças do sistema patrimonialista, o modelo burocrático brasileiro acabara por fomentar esses dois males, já que os conseqüências do patrimonialismo remanesceriam na gestão pública brasileira até os dias de hoje. (2010, p. 137-138).⁵⁶

⁵⁵ Documento editado no ano de 1995 pela Presidência da República e pela Câmara da Reforma do Estado que pautou a Reforma Administrativa concretizada na Emenda Constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998.

⁵⁶ “A burocracia atenta para os processos, sem considerar a alta ineficiência envolvida, porque acredita que este seja o modo mais seguro de evitar o nepotismo e a corrupção. Os controles são preventivos, vêm a *priori*. Entende, além disso, que punir os desvios é sempre difícil, para não dizer

Alaxander David Englander (2009) relata que o próprio Oliveira Vianna, mesmo sendo um dos defensores e formuladores desse sistema quando de sua implantação, deu-se conta que o modelo do Estado Novo tinha limites e que não teria sido possível superar o modelo patrimonial, já que as antigas estruturas patrimonialistas passaram a conviver dialogicamente com os novos padrões da burocracia tecnocrata.

Para Emerson Gabardo (2002, p. 44) essa incapacidade do modelo burocrático em conseguir eliminar tais práticas da gestão pública deveu-se ao seu insucesso na sustentação na esfera das mentalidades, pois não seria possível superar séculos de indevida apropriação privada da esfera pública com algumas décadas de transformação paradigmática.

Nesse mesmo sentido, Clóvis Barbosa, Frederico Costa e Lázaro Vieira afirmam que ao ser incorporado ao sistema jurídico-administrativo (com a Reforma Administrativa de 1936) o modelo burocrático não esteve imune aos valores culturais impregnados no cotidiano das instituições nacionais, sofrendo deles influência e conformando-se de maneira diferente ao tipo ideal, em uma forma dual (ou mista): “burocracia-patrimonial” (BARBOSA, COSTA e VIEIRA, 1982, p. 8-9).

É possível admitir, entretanto, que tendo em vista ter sido o tipo ideal de Weber tomado como prescritivo para orientar as reformas do serviço público federal do País, a burocracia brasileira apresente algumas características da estrutura de dominação racional-legal, do tipo puro, conservando ainda alguns aspectos do patrimonialismo. (BARBOSA, COSTA e VIEIRA, 1982, p. 9).

Essa forma mista daria surgimento ao que esses autores vão chamar de “formalismo”:

O formalismo viria a ser diferenciação entre as normas prescritas legalmente e as atitudes concretas adotadas quando de sua real implementação, ou seja, ocorreria quando o comportamento efetivo dos indivíduos deixasse de observar as normas pertinentes, sem que isso passasse a caracterizar a obrigatoriedade de sanções para aqueles que a infringiram. (BARBOSA, COSTA e VIEIRA, 1982, p. 14).

Concluem então que a síntese da burocracia de tipo ideal de Weber com as

impossível; prefere, pois, prevenir. A rigor, uma vez que sua ação não tem objetivos claros – definir indicadores de desempenho para as agências estatais é tarefa extremamente difícil -, não tem outra alternativa senão controlar os procedimentos”. (BRESSER PEREIRA, 2003a, p. 28-29) (itálico do autor).

relações personalistas de poder na máquina pública criaria o “formalismo”, deturpando o modelo burocrático:

Em face do exposto, podemos admitir que as relações entre usuário e a burocracia pressupõe e estão assentadas na utilização de instrumentos dos mais variados tipos (influência pessoal, social, de terceiros, financeiras, etc.) para tornar possível que as regras estabelecidas não sejam cumpridas a rigor, ou melhor, que não reconheçam a igualdade social e a impessoalidade no trato, pois elas só existem na lei. (BARBOSA, COSTA e VIEIRA, 1982, p. 26).

Em razão de tais aspectos, sobretudo negativos, é que o termo burocracia passou a ter uma conotação pejorativa no serviço público brasileiro, geralmente ligada à ineficiência, atraso, morosidade, favorecimento, “jeitinho”, etc.; vale dizer, o extremo oposto daquilo que seriam suas principais características: eficiência, impessoalidade, mérito e racionalidade.⁵⁷

1.2.1 O conceito de Burocracia em Max Weber

O termo “burocracia” está diretamente ligado a uma categoria de análise weberiana, o que enseja seu estudo, ainda que breve, sob o viés desse autor. Embora não tenha sido inventado ou usado pela primeira vez por Max Weber, a noção de “burocracia” certamente ganhou a amplitude e a importância que hoje se percebe no campo da Administração a partir da contribuição de viés sociológico do autor sobre o tema. Vale dizer, tornou-se uma categoria de análise não só da Sociologia – como uma forma de dominação – mas também de outras áreas, como da Administração e do Direito.

Para o presente trabalho a importância da abordagem da interpretação weberiana desse conceito tem dois motivos preponderantes: o primeiro diz respeito ao seu amplo uso por diversos autores como caracterização de uma das formas de organização e estruturação das administrações públicas – tanto no Brasil, quanto em outros países –, levando à necessidade de se compreender a raiz do fenômeno⁵⁸; o segundo motivo objetiva “descolar” do conceito de burocracia a forma como este conceito se popularizou no senso comum na atualidade – vale dizer, considerando-a

⁵⁷ É nesse sentido que Emerson Gabardo afirma que as críticas geralmente apontadas à burocracia enquanto sistema, são em sua maioria deslocadas (2002, p. 35).

⁵⁸ Tal como o conceito de Patrimonialismo, abordado em tópico anterior.

como algo pejorativo, ineficiente, exageradamente formalista, etc.

Ao passo que o Patrimonialismo tem sua raiz na forma de dominação tradicional, a burocracia, por outro lado, tem sua matriz na dominação de tipo racional-legal. Ao contrário daquele, esta não é uma espécie de dominação, mas um meio pelo qual a dominação é exercida.

Weber explica que a dominação racional-legal foi aquela assumida pelo Estado após o Liberalismo (na administração pública moderna).⁵⁹ Nessa espécie de dominação, a administração caracteriza-se pelo cuidado racional de interesses previstos pelas ordens de uma associação, dentro dos limites das normas jurídicas e segundo princípios indicáveis de forma geral, os quais são aprovados – ou pelo menos não desaprovados – nas ordens dessa associação (WEBER, 1978, p. 217).

Nesse sentido, os membros da associação, ao obedecerem à autoridade, não prestam tal obediência à pessoa desta (como nas outras formas de dominação), mas sim àquelas ordens impessoais, as quais se encontram limitadas racionalmente pela competência objetiva atribuída (WEBER, 1978, p. 218). Isso significa que a validade do poder de mando nesse caso expressa-se mediante “regras racionais” estatuídas (pactuadas ou impostas), e não na “autoridade pessoal” do senhor. (WEBER, 1978, p. 954), de modo que o mando permanece executável ainda que haja substituição da autoridade titular.⁶⁰

Tal forma de dominação, portanto, legitima-se na crença nessas “ordens estatuídas e do direito de mando daqueles que, em virtude dessas ordens, estão nomeados para exercer a dominação (dominação legal)” (WEBER, 1978, p. 215). Assim, as competências definidas previamente e racionalmente por leis impessoais assumem papel fundamental nesse sistema.⁶¹

Segundo Weber a forma mais pura que a dominação racional-legal pode

⁵⁹ Adriana Schier (2002, p. 89-90) explica que enquanto vigorava o Absolutismo, o Estado valia-se da dominação do tipo tradicional, de viés patrimonialista, já que o Estado era visto como um dos bens do Soberano. Já o Estado Liberal contrapõe-se a tal situação, estabelecendo limites na ação do Soberano, bem como separando o patrimônio público do privado, alterando-se, portanto, o fundamento da legitimação. É nesse contexto que surge a ideia da Administração Pública Burocrática.

⁶⁰ “[...] como corolário da impessoalidade, que reveste o exercício da autoridade legal, os membros da organização só devem obediência à autoridade enquanto investida no cargo e no desempenho das respectivas funções. Isto significa que a obediência não é devida ao indivíduo, mas ao cargo ocupado, que representa uma posição de autoridade com limites legalmente definidos. Em última análise, o membro da organização obedece à lei”. (OLIVEIRA, 1970, p. 49).

⁶¹ O funcionalismo moderno é também regido pelo “princípio das competências oficiais”, que são geralmente ordenadas por regras, sejam elas leis ou regulamentos administrativos. (WEBER, 1978, p, 956).

assumir é aquela exercida por meio de um quadro administrativo burocrático, composto por um “funcionalismo”: uma “burocracia” (1978, p. 219). Tais funcionários só podem ser aceitos para integrarem o quadro administrativo caso preencham os requisitos de qualificação; esta pode ser comprovada mediante a especialização profissional do indivíduo (1978, p. 218).

Administração burocrática significa, fundamentalmente, dominação pelo conhecimento. Esta é a característica que a torna especificamente racional. Ela consiste, de um lado, em um conhecimento técnico que é suficiente para assegurá-la uma posição de poder extraordinário. Mas, além disso, as organizações burocráticas – ou os detentores de poder que se utilizam dela – têm a tendência de aumentar seu poder ainda mais pelo conhecimento que cresce a partir da experiência prática no serviço, pois adquirem através do exercício dos cargos um conhecimento especial dos fatos e dispõem de um estoque de material documental peculiar a si próprios. (WEBER, 1978, p. 225) (tradução nossa).⁶²

Nesse sistema rege o princípio de separação absoluta entre o quadro administrativo e os meios de administração e produção: não há qualquer vinculação entre o patrimônio da instituição e o patrimônio privado, bem como entre o local das atividades profissionais (escritório) e o domicílio dos funcionários (WEBER, 1978, p. 218-219). A marca fundamental, portanto, é a racionalidade plena, já que não há apropriação do cargo pelo detentor (funcionário/burocrata); o direito ao cargo serve apenas para garantir o seu trabalho de caráter puramente objetivo (independente), estando vinculado apenas às normas do respectivo cargo (WEBER, 1978, p. 218).⁶³

Para o autor, em vista do correto e melhor funcionamento dessa estrutura, tais funcionários deveriam ter as seguintes características: (1) serem livres⁶⁴; (2) serem nomeados (e não eleitos) em uma hierarquia rigorosa de cargos; (3) terem competências funcionais fixas; (4) serem contratados por contrato, segundo qualificação profissional⁶⁵ e ⁶⁶; (5) serem remunerados com salários fixos e em

⁶² No original: “Bureaucratic administration means fundamentally domination through knowledge. This is the feature of it which makes it specifically rational. This consists on the one hand in technical knowledge which, by itself, is sufficient to ensure it a position of extraordinary power. But in addition to this, bureaucratic organizations, or the holders of power who make use of them, have the tendency to increase their power still further by the knowledge growing out of experience in the service. For they acquire through the conduct of office a special knowledge of facts and have available a store of documentary material peculiar to themselves”.

⁶³ Essa foi uma das diferenças apontadas entre o quadro administrativo da dominação patrimonial e o do modelo burocrático (item 1.1.1).

⁶⁴ Obedecem somente às obrigações objetivas de seu cargo. (WEBER, 1978, p. 220).

⁶⁵ No caso mais racional, isto é verificado por exame e/ou por diplomas que certifiquem a qualificação técnica. (WEBER, 1978, p. 220).

⁶⁶ “[...] de caráter contratual, baseada na seleção que, independentemente de vinculações de parentesco, amizade e outras semelhantes, é essencial à burocracia racional-legal e a distingue da *burocracia-*

dinheiro, na maioria dos casos com direito a aposentadoria; (6) exercerem seu cargo como profissão única ou principal; (7) terem a perspectiva de uma carreira⁶⁷; (8) trabalharem em separação absoluta dos meios administrativos e sem apropriação do cargo; (9) estarem submetidos a um sistema rigoroso e homogêneo de disciplina e controle do serviço. (WEBER, 1978, p. 220-221).

Isso significa que Weber compreende a burocracia moderna com uma forma de dominação em que as funções administrativas do Estado (e de outras instituições⁶⁸) estão definidas e delimitadas por competências racionalmente estatuídas por leis abstratas e impessoais. Os funcionários dessa organização – burocratas – são recrutados mediante processo seletivo em que se apuram as qualificações profissionais dos indivíduos para o cargo e estes exercem suas atribuições segundo aquelas regras de competência, o que permite um maior controle de seus atos através da hierarquia.⁶⁹

Com isso, o modelo de administração burocrática alcançaria tecnicamente o máximo de rendimento em virtude da sua precisão, estabilidade, rigidez da disciplina, confiabilidade (calculabilidade tanto para o senhor quanto para os demais interessados), intensidade e aplicabilidade formalmente universal a todas as espécies de tarefas (WEBER, 1978, p. 223).

Adriana Schier conclui, com isso, que nesse sistema o princípio da legalidade é o fundamento de legitimidade e de validade de todo agir administrativo, já que os agentes públicos somente poderiam atuar a partir de uma autorização legal e nos limites pela lei estabelecidos (2002, p. 92).⁷⁰ A legalidade serve como “freio” à arbitrariedade pois exige uma “impessoalidade formalista”⁷¹ na execução da

patrimonial. Nesta, embora com algumas características de uma burocracia, os funcionários só formalmente atuam de maneira burocrática, uma vez que são nomeados por critérios estranhos à qualificações pessoais”. (OLIVEIRA, 1970, p. 51) (itálico da autora).

⁶⁷ Sistema de promoção de acordo com a antiguidade e/ou por conquista, dependendo do julgamento dos superiores. (WEBER, 1978, p. 220).

⁶⁸ Weber explica que o modelo de dominação racional-legal por meio de uma burocracia não é exclusivo do Estado, podendo ser encontrado também em empresas privadas, na Igreja e até nos Partidos Políticos (1978, p. 221).

⁶⁹ O funcionalismo moderno é também regido pelos princípios da hierarquia e das instâncias de apelação, os quais fixam um sistema claramente regulamentado de superiores e de subordinados, no qual há a fiscalização dos cargos inferiores pelos superiores. (WEBER, 1978, p. 957).

⁷⁰ É nesse sentido que a autora afirma que a burocracia é um instrumento que pode auxiliar a democracia, uma vez que “estrutura burocrática foi adotada como instrumento para que todo aquele que exerce as funções públicas o faça de forma democrática, nos termos estabelecidos pela lei elaborada pelos representantes do povo”. (SCHIER, 2002, p. 101).

⁷¹ “Tal aplicação formal da lei torna a administração impermeável a quaisquer valorizações. O ideal dos relacionamentos travados neste nível e relativo ao comportamento do funcionário consistem em proceder *sine ira et studio*”. (ARGÜELLO, 1997, p. 82) (itálico e sublinhado da autora).

atividade administrativa, a qual tem por fim afastar a possibilidade de juízos subjetivos do funcionário, próprios do modelo patrimonialista:

[...] sem ódio ou paixão, e conseqüentemente sem afeto ou entusiasmo. A normas dominantes são conceitos de dever direto sem relação com considerações pessoais. Todos são sujeitos para um tratamento formalmente igual; isto é, todos estão em igual situação. Este é o espírito no qual o funcionário ideal exerce o seu cargo. (WEBER, 1978, p. 225) (tradução nossa).⁷²

Esse tratamento igualitário somente é concretizado, para Emerson Gabardo, na forma dos “procedimentos”, pois estes promovem imparcialidade e segurança jurídica. Argumenta que são um efetivo instrumento moralizador – na forma da isonomia de tratamento – e, fundamentalmente, assecuratórios da justiça, em razão da segurança nas relações entre o Estado e o particular (2002, p. 38).

1.2.2 O Direito Administrativo brasileiro no modelo burocrático

Tendo em vista os apontamentos teóricos de Max Weber sobre o tipo ideal de dominação burocrático, cabe agora verificar a forma que o direito administrativo brasileiro assumiu a partir da década de 1930.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002) afirma que a Constituição de 1934 representou uma grande evolução para o direito administrativo em razão da previsão de extensão da atividade do Estado aos âmbitos social e econômico. O texto constitucional previu, por exemplo: a instituição de um Tribunal de Direito Administrativo na esfera federal; a atuação estatal nos campos da saúde, higiene, educação, economia, assistência e previdência social; a organização do funcionalismo público por meio do estatuto funcional (art. 170, *caput*⁷³), assegurando-se ainda a estabilidade, a aposentadoria e a reintegração em caso de invalidação de demissão por decisão judicial; a exigência de concurso público para a primeira investidura nos postos de carreira das repartições administrativas (art. 170,

⁷² No original: “The dominance of a spirit of formalistic impersonality: [...] without hatred or passion, and hence without affection or enthusiasm. The dominant norms are concepts of straightforward duty without regard to personal considerations. Everyone is subject to formal equality of treatment; that is, everyone in the same empirical situation. This is the spirit in which the ideal official conducts his office”.

⁷³ “Art 170 - O Poder Legislativo votará o Estatuto dos Funcionários Públicos, obedecendo às seguintes normas, desde já em vigor”. (BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934).

2074)⁷⁵; a proibição de acumulação de cargos públicos remunerados das três esferas de governo (art. 172⁷⁶); a responsabilidade solidária dos funcionários com a Fazenda Pública em razão de negligência, omissão ou abuso no exercício do cargo (art. 171⁷⁷); o processo especial de execução contra a Fazenda Pública Federal por meio de precatórios; a ampliação do rol de direitos e garantias individuais; a instituição do Mandado de Segurança e da Ação Popular (arts. 113, n. 33⁷⁸ e 38⁷⁹). (DI PIETRO, 2002, p. 16-17).

Além disso, refere a autora que no período das Constituições de 1934, 1937 e 1946 foram elaborados diplomas normativos de suma importância para o direito administrativo brasileiro até os dias atuais. Cita os exemplos do Decreto-lei n. 3.365/41 (que disciplina o tombamento); do Decreto-lei n. 9.760/46 (sobre desapropriação por utilidade pública); da Lei n. 1.533/51 (sobre mandado de segurança)⁸⁰; e da Lei n. 4.717/65 (ação popular). (DI PIETRO, 2002, p. 17).

No campo dos serviços públicos, Fernando Aguillar analisa que o Estado Novo consagrara o modelo de concentração regulatória extrema, com a ideia de intervenção estatal na economia. Assim, amplos passaram a ser os poderes regulatórios em matéria de serviços públicos atribuídos ao Poder Executivo, inclusive em termos legislativos (1999, p. 193). Nesse sentido, o próprio rol dos serviços públicos ampliou-se, sendo atribuído ao Poder Público inúmeros encargos na ordem econômica e social, especialmente nas áreas de assistência social, saúde e educação. (DI PIETRO, 2002, p. 17).

⁷⁴ “Art. 170. [...] 2º) a primeira investidura nos postos de carreira das repartições administrativas, e nos demais que a lei determinar, efetuar-se-á depois de exame de sanidade e concurso de provas ou títulos”. (BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934).

⁷⁵ Sobre o Concurso Público, Abruicio, Pedroti e Pó (2010, p. 45) destacam a aprovação do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis em 1952, reforçando tal princípio como norma geral de admissão na carreira pública.

⁷⁶ “Art 172 - É vedada a acumulação de cargos públicos remunerados da União, dos Estados e dos Municípios”. (BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934).

⁷⁷ “Art 171 - Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos”. (BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934).

⁷⁸ “Art. 170. [...] 33) Dar-se-á mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitorias competentes”. (BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934).

⁷⁹ “Art. 170. [...] 38) Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios”. (BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934).

⁸⁰ Revogada recentemente pela Lei 12.016, de 07 de agosto de 2009.

Surgem nesse período, também, as primeiras agências estatais, órgãos de planejamento e de fiscalização da implementação de políticas setoriais, em regra desprovidos de poder normativo: Conselho Nacional do Petróleo, Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica, Departamento Nacional da Produção Mineral e o DASP (AGUILLAR, 1999, p. 194). Como já referido, a criação do DASP em 1938 representou de fato a implementação da administração pública burocrática no Brasil, introduzindo os princípios centralizadores e hierárquicos da burocracia clássica. (BRESSER PEREIRA, 2003b).

A reforma conduzida pelo DASP também foi responsável pela criação de unidades administrativas descentralizadas da burocracia federal: as chamadas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista. “Essa expansão estava inserida dentro do projeto nacional-desenvolvimentista de Vargas, uma vez que os novos órgãos criados tinham a função, principalmente, de controlar e intervir nas atividades econômicas” (ABRUCIO, PEDROTI, E PÓ, 2010, p. 40).

O período caracterizado entre a década de 1930 e a década de 1980 foi marcado pela intensa intervenção estatal no domínio econômico, seja através da criação de entidades, seja através da legislação: “O governo federal então legislava fartamente em todas as matérias” (AGUILLAR, 1999, p. 195). Fernando H. Aguillar (1999) destaca uma série de exemplos dessa política, tanto através da criação de entidades como na elaboração normativa. Dentre as entidades ressaltam-se: Coordenação de Mobilização Econômica (CME)⁸¹; Departamento Nacional de Estradas de Rodagem; o Departamento Nacional de Portos; Inspetoria de Obras Contra as Secas; Comissão Administrativa de Defesa Econômica (CADE); Conselhos Administrativos do Estado Novo; Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (1952); Fundo Federal de Eletrificação (1954); Conselho Nacional de Telecomunicações (1961); Eletrobrás (1962).⁸² Da legislação o autor aponta: Decreto 24.643/34 (Código de Águas); Decreto 29.783/51 (regulamentou os serviços de teledifusão e radiocomunicação); Plano de Reparcelamento Econômico e Fomento da Economia Nacional (1951); Lei 4.117/62 (Código Brasileiro de

⁸¹ Criada para planejar as atividades econômicas e que tinha poderes para controlar diversas atividades: combustíveis e energia, transportes terrestres, transportes marítimos, produção mineral, produção agrícola, comércio exterior, produção industrial, preços, abastecimento, comércio interno, construção civil e órgãos especiais. (AGUILLAR, 1999, p. 194).

⁸² Também criados nesse período: a Companhia Vale do Rio Doce (1942), o Banco do Nordeste (1952), a Petrobrás (1953) e diversas Superintendências Regionais de Desenvolvimento (entre elas a SUDENE).

Telecomunicações).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002) chama a atenção ainda que nesse período a constituição do direito administrativo brasileiro desenvolveu-se através da positivação de teorias e princípios. Para a autora, ao passo que na França esse ramo do direito era de formação pretoriana (jurisprudencial) e, portanto, mais adaptável ao interesse público cambiante, no Brasil a positivação dos institutos na legislação constitucional e infraconstitucional trouxe consigo uma considerável rigidez:

Além de passar para o direito positivo, às vezes para a própria Constituição, determinados institutos do direito administrativo, ainda se fez legislação que, pelo excesso de formalismo, contribuiu para emperrar o funcionamento da Administração Pública; tal ocorreu especialmente em matéria de licitação e contrato, de regime jurídico de servidor público, de controle administrativo e financeiro e de administração indireta, pois a estas se atribuiu regime jurídico praticamente igual ao das entidades públicas, tirando muito de sua flexibilidade e da sua própria razão de existir. (DI PIETRO, 2002, p. 19).

Percebe-se, portanto, que o modelo estrutural de Estado desse período baseou-se – em linhas gerais – pela centralização política, com forte presença do Estado nos domínios social e econômico, visando alavancar a industrialização, a modernização e a urbanização do país.⁸³ Em relação à administração, embora a Reforma de 1967 tenha um caráter descentralizador com a criação de entidades administrativas, manteve-se uma centralização estratégica de poder bastante forte na União, frente aos demais entes federados.

A criação das entidades estatais desse período e sua forma de organização guardam estreita semelhança com a teoria de Max Weber sobre o modelo burocrático: hierarquia de cargos, ingresso por concursos públicos, regulação por meio de leis impessoais, exaltação da técnica, competências fixas, progressão na carreira por antiguidade ou por mérito.

Todavia, como visto, a estrutura estatal brasileira não conseguiu organizar-se exclusivamente sob essa forma de administração, coexistindo desde então setores públicos imunes a essa transformação, nos quais predominam relações pessoais de confiança (indicações políticas, por exemplo). Essa dualidade também marca o

⁸³ Por outra banda, ressalta Fernando H. Aguillar que embora tal período tenha se caracterizado por uma forte presença do Estado no desempenho e normatização dos serviços públicos, os canais de acesso dos usuários desses serviços para exercício do controle social (poder decisório) eram inexistentes. (AGUILLAR, 1999, p. 207-208).

período, embora alguns de seus elementos permaneçam no direito administrativo brasileiro até os dias de hoje (concursos públicos, impessoalidade no tratamento, progressão na carreira por tempo ou por mérito, regime hierárquico de cargos, competências fixas, sistemas de controles, estatuto de servidores públicos, etc.).

1.3 CONCLUSÕES DO CAPÍTULO 1

O objetivo deste capítulo foi verificar na história da formação da Administração Pública brasileira os principais elementos que lhe deram origem e que a constituíram ao longo dos últimos séculos, de modo a melhor compreender os dilemas e complexidades do presente. Por óbvio que diante da extensão do territorial brasileiro, bem como de seus diversos tipos e formas de colonização e organização econômica - além de outras peculiaridades de cada região do país, como o clima e vegetação, por exemplo - não se permite que seja traçado um perfil único, padronizado, homogêneo, do “tipo brasileiro”, nem das estruturas sociais instituídas ao redor do país. O que se pretende salientar, através destes grandes ensaios de cunho histórico, político, sociológico e antropológico sobre a formação do corpo social nacional desde a colonização portuguesa, são os principais elementos conformadores desta sociedade, os quais atingiram, de certa forma, a maior parte do território e das relações sociais ali existentes, tais como: modelo escravocrata, economia de produtos primários fundada basicamente em latifúndios⁸⁴, patriarcalismo, patrimonialismo, centralidade do poder, dentre outras.

Para o presente trabalho, tal análise se torna fundamental, uma vez que se pretende analisar as estruturas e instituições do corpo administrativo brasileiro sob sua óptica de funcionamento no presente, de modo que as influências do passado certamente podem - e devem – trazer relevantes ensinamentos. Deve ser destacado

⁸⁴ Sobre esse modelo latifundiário, Caio Prado Júnior apresenta uma ressalva quanto aos casos de Santa Catarina e do Rio Grande do Sul: “Em tais regiões, ou boa parte delas, a maioria da população cabe antes naquela subcategoria vegetativa e inorgânica da sociedade colonial que acima analisei. A agricultura que pratica é rudimentar, mais próxima do tipo caboclo. Se contribuiu para o comércio com algum excesso, é em proporções relativamente pequenas; às vezes até esporadicamente apenas. As relações sociais que se estabelecem nessas regiões de baixo nível econômico se distinguem por isso profundamente das da grande lavoura, fruto que são estas últimas de uma atividade realizada em condições muito diversas. Nada há que lembre aí o grande senhor patriarcal, aristocrata e poderoso, dominando seu vasto círculo de escravos e clientes. Uma uniformidade e igualdade maiores, e portanto mais independência e menos hierarquia. Mas caracteres estes negativos e resultantes; antes reflexos da inorganização que de instituições sociais distintas e próprias”. (PRADO JÚNIOR, 2000, p. 298).

que a ideia de trazer tais autores (como Raymundo Faoro e Sérgio Buarque) é de apenas reforçar a noção de que os dilemas da gestão da coisa pública – particularmente da corrupção e dos personalismos - também foram verificados por eles em outros momentos da história. Não se trata de um traço característico imutável da história brasileira, apenas algo que já foi diagnosticado em outros momentos.

Nesse ponto, importante a contribuição de Jessé Souza (2006) sobre a questão. Para o autor, tais vícios não decorrem de uma “herança portuguesa maldita”, que relegou aqui os males da corrupção e do patrimonialismo. Argumenta que tais problemas não são exclusivos do Brasil, nem do modelo de colonização utilizado, mas sim são questões comuns da sociedade moderna em todos os países. Com isso, Jessé Souza pretende desmistificar a tese de um passado maligno (“mal de origem”) como causador dos grandes problemas do Estado brasileiro atual. A importância do estudo histórico foi verificar que alguns dos vícios que o atual modelo gerencial de Administração Pública buscava resolver têm sua origem bastante remota na história brasileira.

Conclui-se, então, que o Modelo Patrimonial de Administração brasileiro desenvolveu-se a partir da condição colonial imposta pela metrópole portuguesa. Esta, organizada sob a forma de monarquia, exercia o poder através de mandatários aqui instalados, concedendo-lhes em troca terras e poderes de mando. Indubitável, portanto, o reflexo da forma de administração portuguesa sobre a formação das instituições brasileiras, sobretudo no período colonial. Nesse sentido, é possível enxergar as bases patrimonialistas de administração, já que a Coroa portuguesa administrava seus territórios a longa distância, necessitando criar cargos e atribuir funções aos funcionários instalados nas colônias.

Ressalta-se, então, a dimensão dos cargos públicos nesse período. Concedidos a partir de relações pessoais e como moeda de troca para estabilizar conflitos sociais, significavam o exercício dos poderes da Coroa com todos seus privilégios e encargos. No caso específico brasileiro, além da autonomia que o cargo gozava, haja vista a grande extensão territorial do país e da característica agrária e latifundiária da estrutura social, significava importante instrumento de distinção social, já que inexistia uma elite local, a qual passou a se constituir a partir desse funcionalismo.

Algumas instituições portuguesas – Igreja Católica e Conselho Ultramarino - foram instaladas na colônia brasileira com a finalidade de garantir uma uniformização da colonização, na tentativa de centralização do poder; todavia, não foram capazes de se sobreporem às práticas patrimonialistas que predominavam nas vilas e municípios. Tal panorama sofrera alguma modificação com o processo de Independência e posteriormente com a proclamação da República, mas estes não foram suficientes no sentido de determinar e estabelecer fronteiras claras entre as esferas pública e privada, de modo que várias práticas patrimonialistas continuaram em voga (nomeações para cargos públicos de caráter pessoal, utilização desses para benefícios pessoais, formação de um estamento político, privilégios próprios dos cargos, etc.).

Com relação ao tipo ideal weberiano do patrimonialismo, percebeu-se que o patrimonialismo brasileiro se assemelha mais com a forma *estamental*, haja vista que durante largo período de tempo a Coroa portuguesa exerceu seu poder sobre a colônia brasileira à distância, por meio de mandatários. Estes formavam um quadro administrativo com poderes de mando – nos limites impostos pela Coroa - e que se apropriavam, ao menos em parte, dos meios da administração (como as terras, por exemplo).

Foi possível, então, identificar uma semelhança próxima entre a noção weberiana do patrimonialismo – uma espécie da dominação tradicional em que o poder do soberano é descentralizado por meio da cessão de terras a membros de uma comunidade e que formam um quadro administrativo – com a forma de administração assumida no Brasil durante o período colonial, especialmente. Em razão da característica da apropriação – ainda que em parte – dos meios da administração por parte dos funcionários, ficou mais clara a semelhança com a variação estamental do patrimonialismo – quando alguns poderes de mando e suas correspondências econômicas são apropriadas pelo quadro administrativo de forma pessoal. Por certo que em razão de serem categorias de análise – ou tipos ideais – é compreensível que o estudo de uma realidade específica apresente distorções frente às formas ideais. Todavia, no caso brasileiro foi possível observar algumas semelhanças com a teoria weberiana, tais como: forma de nomeação dos cargos públicos, apropriação dos meios de administração pelo quadro administrativo, favoritismos, obediência ao soberano e não a regras impessoais.

No que diz respeito ao direito administrativo desse período denotou-se uma grande variação em razão do largo lapso temporal (mais de quatro séculos). A organização administrativa sofrera diferentes conformações diante de cada período: primeiramente sob a forma de Colônia, em que o modelo de unidade administrativa sucedeu o primeiro, mais descentralizado, modelo das capitanias hereditárias; posteriormente como Nação independente o Brasil constituiu-se como uma Monarquia, dando ênfase novamente a uma centralização do poder e da administração; por fim, com a proclamação da República o quadro se inverte, preferindo-se um modelo mais descentralizado, com mais autonomia às localidades e menos concentração no poder central.

No caso das legislações, observou-se que as Ordenações então vigentes – embora aplicáveis no plano teórico - competiam no plano prático com a legislação extravagante, com as legislações locais editadas pelas câmaras municipais, com os atos normativos provindos do Monarca, bem como com os usos e costumes. O resultado foi um grande número de legislações que embora contraditórias ou sobrepostas, permaneciam vigendo simultaneamente. Caio Prado Júnior (2000) atrela tal confusão à aplicação vertical da legislação portuguesa sobre a realidade brasileira sem qualquer identificação dos elementos próprios daquela sociedade. Essa situação começa a alterar-se a partir da Constituição de 1824 (já sob a forma de Nação independente) e das demais legislações que dali em diante surgiram.

Com relação ao uso de cargos públicos como forma de estabilização política e social, percebe-se que essa foi uma característica que atravessara todos esses três períodos históricos do modelo patrimonialista. Da mesma forma, como o uso da legislação como fonte de manutenção de privilégios e favoritismos pessoais. Tal panorama começará a apresentar alguma mudança somente no sistema burocrático, a partir da obrigatoriedade de concursos públicos para provimento em cargos da máquina pública e da exigência de maior impessoalidade na gestão pública. Mesmo assim, verificou-se uma grande evolução do Direito Administrativo no período imperial, haja vista a importância do Conselho de Estado como órgão consultivo do Poder Moderador.

Já sobre o modelo burocrático instaurado no país na década de 1930, verificou-se que este não teve o condão de conseguir superar os graves vícios do modelo patrimonial. Embora tenha havido uma modernização do Estado no sentido de uma “revolução burocrática” da administração pública, alguns setores públicos

permaneceram inertes/insucetíveis a essa racionalização e impessoalização da máquina pública, permanecendo traços patrimonialistas nas práticas administrativas. Isto é, além da grande alteração e modernização das instituições públicas provocadas pelos princípios da burocracia clássica (meritocracia e profissionalismo), sobreviveram paralelamente estruturas com viés oposto, a fim de acomodar os diferentes grupos de interesse que davam sustentação política ao Governo Vargasista.⁸⁵

Não obstante tenham sido feitas algumas modificações nos governos posteriores, o panorama não se alterou muito, convivendo dentro da estrutura estatal princípios burocráticos com elementos característicos do patrimonialismo. A Constituição de 1988, apesar de toda sua orientação na perspectiva dos cidadãos, não foi suficiente – segundo os mentores da Reforma Administrativa de 1998 – para adequar a Administração Pública brasileira aos ditames político-econômicos que já vinham em curso naquele momento. Para tanto, o diagnóstico foi de que o país necessitava uma reforma no campo da Administração Pública sob moldes gerenciais, o que acabou se consolidando na Emenda Constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998.

Sobre a vinculação do caráter “burocrático” à teoria de Max Weber, percebeu-se que a Administração Pública brasileira sofreu o influxo desses princípios, tendo como principal modelo com essas características o Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP). Nesse sentido, destaque para a implementação do concurso público como procedimento impessoal de admissão na máquina pública, a definição de competências fixas relativas a cada cargo mediante lei (Estatutos dos servidores), regime hierárquico de cargos, controles baseados nos procedimentos, etc. Todavia, tais princípios não conseguiram alcançar caráter uniformizante em toda estrutura administrativa daquele período, coexistindo com as antigas práticas de administração fundadas no patrimonialismo.

⁸⁵ “Para entender a reforma do Dasp, é preciso ressaltar sua dupla face. Por um lado, ela buscava modernizar a gestão pública, conforme os princípios burocráticos weberianos prevalecentes na época no plano internacional, com o intuito de criar um Estado eficaz nas suas novas tarefas desenvolvimentistas. Em linhas gerais, esse objetivo modernizador foi alcançado. Mas, por outro lado, sua matriz política era bastante problemática: tratava-se de um modelo autoritário e centralizador, principalmente na versão consagrada pelo Estado Novo, cuja proposta modernizadora não alterou profundamente o *status quo* representado pelos interesses agrários, nem com a necessidade de ter uma parcela do Estado voltada à patronagem, com o propósito de manter o apoio de parcela da elite ao varguismo”. (ABRUCIO, PEDROTI E PÓ, 2010, p. 37) (itálico dos autores).

No que diz respeito ao direito administrativo do modelo burocrático de administração denotou-se que a estrutura administrativa do Estado nesse período baseou-se – em linhas gerais – pela centralização política estratégica, com forte presença do Estado nos domínios social e econômico, objetivando alavancar a industrialização, a modernização e a urbanização do país.

As entidades administrativas criadas nesse período, embora tenham caráter descentralizador no sentido da organização administrativa, não deixam de ser vinculadas ao Estado e, em especial, à União – principal ente federado e centralizador da política estratégica de desenvolvimento do país nesse período. Em termos de organização interna, essas entidades adotaram alguns dos princípios da burocracia clássica: hierarquia de cargos, ingresso por concursos públicos, regulação por meio de leis impessoais, exaltação da técnica, competências fixas, progressão na carreira por antiguidade ou por mérito.

Contudo, esse modelo não se tornou uniforme a toda Administração Pública brasileira, já que paralelamente a essa estrutura burocrática coexistiram setores alheios a ela, regidos unicamente por relações pessoais de confiança. Esse caráter misto também marca o período, mesmo que alguns de seus elementos permaneçam no direito administrativo brasileiro até os dias de hoje como princípios fundamentais (concursos públicos, impessoalidade, progressão na carreira por tempo ou por mérito, regime hierárquico de cargos, competências fixas, sistemas de controles, etc.).

2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PÓS EMENDA CONSTITUCIONAL N. 19/1998: A REFORMA ADMINISTRATIVA GERENCIAL

A chamada Crise do Estado e os problemas de governabilidade das democracias contemporâneas detectados durante a segunda metade do século XX não foram dilemas exclusivos do Brasil. O diagnóstico que preponderou naquele momento apontava para uma inadequação na forma em que, à época, os Estados-Nação estavam configurados para com suas necessidades e possibilidades (principalmente econômicas e previdenciárias) do futuro.

Em síntese, em razão do tamanho assumido pela máquina pública no pós-Segunda Guerra Mundial – alavancado pelo modelo de “Welfare State”⁸⁶ –, inspirados na matriz de intervenção estatal na economia, o funcionamento da atuação estatal começou a apresentar deficiências. O diagnóstico era de que o Estado não teria como acompanhar as inúmeras demandas sociais que fossem surgir caso mantivesse a orientação econômica até então vigente.

É diante deste cenário econômico, político e social que surge o chamado movimento gerencial (ou gerencialismo ou Nova Gestão Pública), o qual estabelecia novas diretrizes para a atuação dos Estados e, mais especificamente, das administrações públicas.

Este segundo capítulo, assim, buscará aprofundar-se sobre esse modelo gerencial, já que serviu de base para a estruturação da atual administração pública brasileira. Nesse sentido, a metodologia utilizada para sua análise será semelhante à do capítulo anterior. Novamente dividir-se-á o estudo para, em um primeiro momento, observar os elementos caracterizadores deste modelo e, em uma segunda parte, verificar as transformações no direito positivo brasileiro por ele capitaneadas, em especial aquelas trazidas pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998 – a chamada Reforma Administrativa e considerada o marco da instauração do

⁸⁶ O “Welfare State” – ou Estado de bem-estar social, ou Estado-providência ou Estado social – é um tipo de organização política e econômica que coloca o Estado como agente da promoção social e organizador da economia. Nesta orientação, o Estado é o agente regulamentador de toda a vida e saúde social, política e econômica do país, em parceria com sindicatos e empresas privadas, em níveis diferentes de acordo com o país em questão. Cabe, ao Estado do bem-estar social, garantir serviços públicos e proteção à população. Esse modelo emergiu na segunda metade do século 20 na Europa Ocidental e se estendeu para outras regiões e países, atingindo seu auge na década de 1960. No transcurso dos anos 70, porém, esse modelo de Estado entrou em crise.

modelo gerencial no Brasil.⁸⁷ Todavia, neste capítulo não haverá uma conceituação do modelo sob a perspectiva de Max Weber, pelo simples motivo que não se trata de uma categoria weberiana de análise.

2.1 O MODELO GERENCIAL

O modelo burocrático, que dava ênfase à superioridade da autoridade racional-legal, através do controle hierárquico e formalista (rígido) dos procedimentos, não obteve amplo sucesso no combate ao nepotismo e à corrupção, próprios do sistema patrimonial. Esse cenário agravou-se com a ampliação do tamanho da máquina pública ocorrida no período pós-Segunda Guerra a partir do aumento da participação do papel social e econômico do Estado de Bem-Estar Social.

Com isso, na segunda metade do século XX os ideais liberais voltam à tona revestidos de uma nova roupagem (o neoliberalismo)⁸⁸, exigindo que o Estado assumisse uma nova postura diante do contexto econômico e social daquele momento. A ideologia neoliberal visava, portanto, a redução do aparato estatal e de sua participação no âmbito privado, em especial no campo econômico, em vista do movimento de globalização que se expandia nos países ocidentais.⁸⁹

Após a II Guerra Mundial há uma reafirmação dos valores burocráticos, mas, ao mesmo tempo, a influência da administração de empresas começa a se fazer sentir na administração pública. As idéias de descentralização e de flexibilização administrativa ganham espaço em todos os governos. Entretanto a reforma da administração pública só ganhará força a partir dos anos 70, quando tem início a crise do Estado, que levará à crise também a sua burocracia. Em conseqüência, nos anos de 1980 inicia-se uma grande revolução na administração pública dos países centrais em direção a uma administração pública gerencial. (BRESSER PEREIRA, 1996b, p. 11).

⁸⁷ Verificar-se-á que as modificações propostas pelo movimento gerencial abrangem uma perspectiva mais ampla da concepção do Estado e de suas funções e não se restringem apenas, no direito brasileiro, às alterações promovidas pela Emenda Constitucional n. 19/98.

⁸⁸ A “crença liberal, que passou para a defensiva durante os anos 30, ressurgiu nos anos 70 com nova força. Havia-se modernizado e se sofisticara intelectualmente. Um novo conservadorismo – o neoliberalismo – assumiu de forma agressiva e renovada a hegemonia no campo ideológico da direita”. (BRESSER PEREIRA, 1996a, p. 154).

⁸⁹ “A crise do Estado impôs a necessidade de reconstruí-lo; a globalização tornou imperativo redefinir suas funções. [...] Seu novo papel é o de facilitar para que a economia nacional se torne internacionalmente competitiva. A regulação e a intervenção continuam sendo necessárias, na educação, na saúde, na cultura, no desenvolvimento tecnológico, nos investimentos em infraestrutura – uma intervenção que não apenas compense os desequilíbrios distributivos provocados pelo mercado globalizado, mas principalmente que capacite os agentes econômicos a competir em nível mundial”. (BRESSER PEREIRA, 1996a, p. 269).

Tal modelo gerencial de administração pública, todavia, não diz respeito a um movimento teórico único, podendo, portanto, comportar diferentes correntes doutrinárias.

Humberto Falcão Martins (1997, p. 60) – a partir da literatura especializada em administração pública – ressalta a existência de três modelos ideais: o primeiro (*ortodoxo*) seria o que mais se aproximaria da concepção de tipo ideal de Max Weber (burocrático, portanto)⁹⁰; já o segundo (*Liberal*)⁹¹ e o terceiro (*Empreendedor*)⁹² representariam diferentes vertentes da corrente gerencial.

Já para Wagner Carvalho (1997, p. 24) a *racionalidade gerencial* pode ser considerada gênero que abarca três movimentos conceituais básicos de contestação à “burocracia weberiana”: o gerencialismo (propriamente dito), a Escola da “Public Choice” e a teoria do “principal-agente”.

Conforme ensina Cecília Aragão (1997, p. 113), as construções teóricas da Escola da “Public Choice”⁹³, que têm seu despontar na década de 1970 e o apogeu na década de 1980 (com a crise do “Welfare State”), discutem as questões da burocracia pública a partir de um instrumental econômico; utilizam-se, para tanto, de conceitos como utilidade, eficiência econômica e maximização, analisando a relação simbiótica entre políticos e burocratas. Essa corrente defende um modelo de modernização da administração baseado na imposição de severos limites à ação pública e de contenção da patologia burocrática, destacando-se pela ênfase nos resultados e pelo caráter questionador da gestão pública sobre os custos e os benefícios das opções públicas (MARTINS, 1997, p. 62-63)⁹⁴.

⁹⁰ “O pensamento ortodoxo tem evoluído no sentido de prescrever reformas visando à consolidação de uma administração pública atuante, baseada na expansão efetiva do Estado e na construção de instituições fortes (*institution building*) para maximização das respostas aos desafios sociais” (MARTINS, 1997, p. 61) (itálico do autor).

⁹¹ Propõe um modelo de administração baseado na lógica do mercado, reduzindo, no plano micro-organizacional, a utilidade das organizações públicas a finalidades de mercado; no plano macro-organizacional baseia-se na adequação do equipamento administrativo do Estado às finalidades mínimas do Estado de direito. Propõe, ainda, a inversão da visão de burocracia pública e subverte-a à lógica do mercado, posicionando-se contra o Estado. Os princípios dessa corrente inspiram-se no ideal de intervenção estatal de economistas clássicos e dos adeptos da Teoria da Escolha Pública (MARTINS, 1997, p. 62).

⁹² “[...] baseia-se na prescrição de técnicas originariamente empresariais, tais como *reengenharia*, *gestão de qualidade total*, *redimensionamento*, etc, à gestão de organizações públicas”. (MARTINS, 1997, p. 63) (itálico do autor).

⁹³ Tem como principais autores William Niskanen, James Buchanan, Vincent Ostrom e Gordon Tullock (ARAGÃO, 1997, p. 113).

⁹⁴ Humberto Falcão Martins (1997, p. 62-63) aponta como principais características desse modelo: “1) redução do tamanho do Estado, via privatização, terceirização e voluntarismo; 2) descentralização e

Já a teoria do Agente-Principal estabelece uma relação de tipo contratado (agente) e contratante (principal), partindo do princípio de que, “[...] em um modelo ideal, os agentes oferecem seus serviços ao principal, e atendem perfeitamente às demandas e necessidades daqueles” (CARVALHO, 1997, p. 25). Isso significa que se pressupõe que “[...] os agentes somente atendem aos propósitos dos principais quando tais propósitos coincidem com os seus próprios interesses” (CARVALHO, 1997, p. 25).

No que toca ao setor público, a teoria estabelece uma interdependência sistêmica de três espécies de relação, seguindo a ordem “principal-agente”: (a) entre Estado (burocracia e sistema político) e agentes econômicos; (b) entre políticos e burocratas; e (c) entre cidadãos e políticos. A questão posta diz respeito aos incentivos que devem ser realizados para que os agentes (contratados) busquem satisfazer as necessidades do principal (contratante); a teoria pressupõe que se houver se os interesses forem diversos, os agentes não serão eficientes para busca dos interesses do principal.

Aposta-se, com isso, em instrumentos de controle realizados por outras instâncias; no caso da relação entre cidadãos e governo, para os mecanismos de controle social:

Com efeito, o paradigma agente x principal desloca a discussão da polarização Estado x mercado para o conjunto de incentivos com os quais os agentes se deparam. A relação agente-principal (governo-cidadãos) se dá por meio da regulação e os cidadãos podem controlar o governo via mecanismos de *accountability*, que significa fazer o governo responsável por suas ações. (ARAGÃO, 1997, p. 116) (itálico da autora).

Contudo, o movimento gerencialista não se esgota nessas teorias, podendo ser identificado ainda como corrente que comporta outros significados. No caso do Reino Unido, por exemplo, o gerencialismo é identificado como gênero, o qual comporta três espécies, conforme explica Humberto Falcão Martins (1997, p. 66-67):

desconcentração da esfera federal para a estadual e municipal; 3) desregulamentação radical; 4) forte liderança política do topo para a base; 5) extrema lealdade a programas de governo; RSP 63 6) preenchimento de cargos-chave da administração por indicados compromissados com a agenda política partidária, em vez de funcionários de carreira; 7) papel tecnicista do administrador público: restrito a tarefas administrativas, como administração de contratos, serviços e normas; 8) emprego de técnicas de administração por resultados nas instâncias de execução, como administração por objetivo, prêmios e incentivos de produtividade; e 9) processo decisório centrado em análises de custo-benefício”.

a) gerencialismo puro: mais desestatizante que racionalizador, consistia na reação inicial à crise do Estado inglês e parte de uma estratégia de eficiência centrada no aumento de produtividade e na redução de custos e de pessoal; visava estabelecer uma definição de responsabilidades de funcionários e organizações públicas, suas missões e objetivos; apoiava-se em uma ética de valorização do custo dos recursos.

b) “consumerism”: reorientação do gerencialismo puro mais voltado à racionalização tendo como ponto central a questão da satisfação das necessidades dos cidadãos/consumidores de serviços públicos; a ênfase deste modelo é uma estratégia de qualidade, a ser controlada pelo “Citizen’s Charter”, cujos resultados apoiavam-se em medidas tais como descentralização, estímulo à competitividade, modelos contratuais flexíveis e direcionados para a qualidade.

c) “public service oriented”: revalorização da política na definição das finalidades estatais, aumento da “accountability”, participação, transparência, equidade e justiça; baseia-se em uma visão coletiva do cidadão, enfoca a esfera pública como um “locus” de aprendizado social e prega o aprimoramento da cultura cívica do cidadão, do burocrata e do político.

Já os Estados Unidos, revela o mesmo autor, caracteriza-se por um hibridismo entre a tendência gerencialista (presente na cultura empresarial e nos ideais de fundação do estado federado) e outra tendência ortodoxa (mais aproximada do tipo ideal burocrático de Weber) (MARTINS, 1997, p. 67).

Independentemente da corrente gerencial a ser utilizada, Emerson Gabardo (2002, p. 45) destaca que apesar de tais teorias terem suas diferenças, “todas têm em comum o abandono da busca da legitimação a partir de fundamentos apriorísticos” – característica do modelo burocrático –, baseando-se em uma postura pragmatista de controle de resultados com base na eficiência, típica do modelo de administração privada:

Ou seja,

[...] prevalece a ideologia neoliberal, mas o seu grau de comprometimento é diferenciado, devendo ser considerado, inclusive, que nenhuma teoria realizou-se de forma pura. No Brasil, mereceu destaque um modelo mais próximo da visão gerencial, baseado na adoção de sistemas empresariais na Administração Pública (GABARDO, 2002, p. 46).

Tal ideologia e orientação neoliberal da reforma gerencial podem ser verificadas inclusive em países em que ela foi realizada por partidos trabalhistas, como por exemplo na Suécia, na Austrália e na Nova Zelândia⁹⁵.

No mesmo sentido, Aragon Dasso Júnior (2014) ressalta que essa estreita ligação entre modo de produção capitalista e gerencialismo não é casual. Isso porque refere que uma teoria de Administração Pública significa também uma teoria política, já que decorre de uma teoria de Estado. Nesse sentido, assinala que ao passo que o liberalismo seja o modelo quase que hegemônico do Estado Ocidental, a Nova Gestão Pública⁹⁶ é o modelo quase que hegemônico de Administração Pública ocidental. Em sua visão, portanto, “resta óbvio que a NGP é a teoria de Administração Pública do Estado ultraliberal” (DASSO JÚNIOR, 2014, p. 10).

O autor, então, elenca cinco elementos fundamentais dessa corrente:

a) a “lógica do privado” deve ser a referência a ser seguida; b) o mercado é quem deve formular políticas públicas; c) os serviços públicos devem abandonar as fórmulas burocráticas para assumir a modalidade da concorrência empresarial; d) o cidadão deve converter-se em cliente; e) a gestão deve ser apartada da política. (DASSO JÚNIOR, 2014, p. 16).

Todavia, embora se proponha a ser um modelo que estabeleça regras para reconfigurar a Administração Pública de forma universal, as diferentes vertentes e as singularidades de cada país alteram alguns de seus pressupostos. A aplicação desse modelo de administração no Brasil será objeto específico de análise no próximo tópico.

2.2 A REFORMA GERENCIAL BRASILEIRA:

No contexto brasileiro, embora na década de 1980 o Governo já sinalizasse para mudanças estruturais no Estado, como o Programa Nacional de Desburocratização (Decreto n. 83.740/1979), e a Reforma Administrativa Gerencial só ter se realizado efetivamente a partir da Emenda Constitucional n. 19/98, as tentativas de implantação da lógica gerencial no país remontam à década de 1960.

⁹⁵ Sobre a Nova Zelândia, Wagner Carvalho (1997) faz um estudo específico sobre a reforma administrativa neste país em “A reforma administrativa na Nova Zelândia nos anos 80-90: controle estratégico, eficiência gerencial e *accountability*”.

⁹⁶ Aragon Dasso Júnior utiliza a expressão Nova Gestão Pública (ou NGP), tradução de *New Public Management*, para sinalizar a escola de pensamento contrária ao modelo burocrático que emergiu na segunda metade do século XX.

O primeiro passo nessa tendência manifestou-se em 1967, por meio do Decreto-Lei n. 200, de comando de Amaral Peixoto e inspiração de Hélio Beltrão: era a “Reforma Desenvolvimentista”. Para Bresser Pereira essa foi uma tentativa fracassada de reforma gerencial da administração pública:

A reforma iniciada pelo Decreto-lei nº 200 foi uma tentativa de superação da rigidez burocrática, podendo ser considerada como um primeiro momento da administração gerencial no Brasil. Colocou-se toda ênfase na descentralização, mediante a autonomia da administração indireta, a partir do pressuposto da rigidez da administração direta e da maior eficiência da administração descentralizada. O decreto-lei promoveu a transferência das atividades de produção de bens e serviços para autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, consagrando e racionalizando uma situação que já se delineava na prática. Instituíram-se como princípios de racionalidade administrativa o planejamento e o orçamento, a descentralização e o controle de resultados. Nas unidades descentralizadas foram utilizados empregados celetistas, submetidos ao regime privado de contratação de trabalho. O momento era de grande expansão das empresas estatais e das fundações. Através da flexibilização de sua administração buscava-se uma eficiência maior nas atividades econômicas do Estado, e se fortalecia a aliança política entre a alta tecnoburocracia estatal, civil e militar e a classe empresarial. (BRESSER PEREIRA, 2003b, p. 244).

O ex-Ministro afirma que o aspecto mais marcante dessa Reforma foi a “descentralização para a administração indireta, particularmente para as fundações de direito privado criadas pelo Estado, as empresas públicas e as empresas de economia mista, além das autarquias, que já existiam desde 1938” (BRESSER PEREIRA, 1998, p. 170).⁹⁷ “O objetivo dessa descentralização administrativa com flexibilização gerencial era tornar o Estado mais ágil para expandir suas ações, particularmente no terreno econômico” (ABRUCIO, PEDROTI E PÓ, 2010, p. 49). Abrucio, Pedroti e Pó ressaltam ainda, duas outras características fundamentais dessa reforma: a previsão de formas de coordenação e controle das unidades descentralizadas (fortalecendo os órgãos de planejamento e criando/remodelando agências responsáveis pelo orçamento, auditorias, compras e informação estatística) e o paradoxo federativo do modelo, pois ao mesmo tempo que

⁹⁷ “Por intermédio das fundações [...], o Estado dava grande autonomia aos serviços sociais e científicos do Estado, que passavam a poder contratar empregados celetistas. Com a autonomia dada às empresas de economia mista, viabilizava-se o grande projeto de industrialização com base em grandes empresas estatais de infra-estrutura e serviços públicos que já havia sido iniciado nos anos 40, com a criação da Companhia Siderúrgica Nacional, e acelerado nos anos 50, com a criação da Petrobrás, da Eletrobrás, e da Telebrás, ao mesmo tempo que o BNDES, também criado nos anos 50 se tornava a agência estratégica de desenvolvimento, e o Banco Central, um guardião da moeda *sui generis*, na medida em que realizava também tarefas de promoção do desenvolvimento”. (BRESSER PEREIRA, 1998, p. 170) (itálico do autor).

propugnava a descentralização administrativa, estimulava a reprodução nos estados e municípios da estrutura institucional vigente na esfera federal, criando um modelo unionista-centralizador. (2010, p. 49-50).

No entanto, o gerencialismo enquanto modelo de administração só se implementou concretamente no final da década de 1990, no primeiro Governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, através da Emenda Constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998.⁹⁸ A reforma trazida pelo então Presidente e pelo Ministro responsável pela Reforma do Estado, Luiz Carlos Bresser Pereira, objetivava modernizar a Administração Pública nos moldes das ideias gerenciais, por ser, naquele momento, o modelo mais condizente com a nova política (econômica e social) adotada pelo Governo da época.⁹⁹

O grande mentor da reforma e então Ministro Luiz Carlos Bresser Pereira insistia em afirmar que a reforma gerencial da administração brasileira não seguia a corrente neoliberal, tendo em vista que o objetivo era o de reconstruir o Estado e não de reduzi-lo ao mínimo (BRASIL. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, 1995, p. 44).¹⁰⁰ O Ex-Ministro constituiu, conjuntamente com outros Ministros, a Câmara da Reforma do Estado¹⁰¹ – criada em 1995 pelo Decreto 1.526 - , a qual aprovou o Plano de Reforma do Aparelho do Estado também no ano de 1995, documento que serviu de orientação para as reformas de cunho gerencial a que a Administração Pública brasileira seria submetida posteriormente.

Aragon Dasso Júnior (2013) lembra, contudo, que o Plano de Reforma foi elaborado sem a devida discussão com a sociedade acerca dos rumos e estratégias que o novo modelo de Administração deveria seguir. Afirma, então, que o modelo gerencial foi apresentado como única solução para a crise do Estado brasileiro da

⁹⁸ Conforme Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1999) e Luiz Carlos Bresser Pereira (1996a), a Reforma Administrativa representava apenas a terceira fase de uma reforma mais ampla: a reforma do Estado.

⁹⁹ “Bresser foi o pioneiro em perceber que a administração pública mundial passava por grandes mudanças e elas seriam necessárias igualmente no Brasil, mas nem sempre ele soube traduzir politicamente tais transformações às peculiaridades brasileiras” (ABRUCIO, PEDROTI E PÓ, 2010, p. 59).

¹⁰⁰ O debate do caráter ideológico da Reforma Administrativa de 1998 é bastante extenso. Dos autores trabalhados nesta pesquisa, Egon Bockman Moreira (2010) também refuta a ligação entre a Reforma gerencial brasileira e as ideias do neoliberalismo. Já em sentido contrário, Emerson Gabardo (2002), Adriana Schier (2002), Julio Cesar Marcellino Júnior (2009) e Aragon Dasso Júnior (2006, 2013 e 2014) conferem o rótulo neoliberal às mudanças promovidas pela Reforma Administrativa brasileira.

¹⁰¹ Compunham também a Câmara da Reforma do Estado: Clóvis Carvalho (Ministro-Chefe da Casa Civil), José Serra (Ministro do Planejamento e Orçamento), Pedro Malan (Ministro da Fazenda), Paulo Paiva (Ministro do Trabalho) e Eduardo Jorge (Secretário-Geral da Presidência da República).

época, sem se discutirem alternativas.

Já sobre as correntes gerenciais existentes, Emerson Gabardo refere que mesmo tendo a Reforma Administrativa Brasileira de 1998 optado por denominar o modelo de “gerencial”, a base conceitual do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado é permeada em sua genealogia pela presença dos discursos e teorizações da “Public Choice” e da teoria do agente-principal (2002, p. 45).

A par da nomenclatura utilizada, a reforma brasileira foi idealizada para operar sobre três diferentes dimensões:

A estratégia da reforma do aparelho do Estado está concebida a partir de três dimensões: a primeira, institucional-legal, trata da reforma do sistema jurídico e das relações de propriedade; a segunda é cultural, centrada na transição de uma cultura burocrática para uma cultura gerencial; a terceira dimensão aborda a gestão pública a partir do aperfeiçoamento da administração burocrática vigente e da introdução da administração gerencial, incluindo os aspectos de modernização da estrutura organizacional e dos métodos de gestão. (BRASIL. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, 1995, p. 48).

Com relação à *dimensão cultural*, fundamental a assimilação dos elementos trazidos no primeiro capítulo deste trabalho. Isso porque esta dimensão objetivava sepultar o patrimonialismo e suas formas contemporâneas, como o clientelismo e o fisiologismo, além de propor uma transição da “cultura burocrática”¹⁰² para a gerencial. (BRESSER PEREIRA, 1998, p. 25). Para isso centra-se na efetiva parceria com a sociedade e a cooperação entre administradores e funcionários (BRASIL. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, 1995, p. 54).

Sobre essa nova forma de relacionamento entre Estado e Sociedade é que Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1999) aponta as duas principais linhas evolutivas da reforma gerencial. A primeira diz respeito ao reforço de uma *administração consensual* sobre a *administração imperativa*. Destacam-se aqui as vantagens da eficiência e da legitimidade, em razão da utilização das potencialidades do setor privado e conseqüentemente pela facilidade de aceitação das soluções consensuais; como decorrência, há o refluxo da imperatividade, superando a noção de coerção pela ideia de negociação, de pacto, primando pela participação. Já a segunda linha evolutiva diz respeito à passagem de uma *administração desagregada* para uma *administração coordenada*. A coordenação seria um gênero que abarcaria a

¹⁰² Cultura burocrática mal consolidada, já que, como visto, gozava na prática de apenas alguns elementos da teoria weberiana.

cooperação (entre entidades e órgãos públicos) e a colaboração (entre entidades públicas e privadas); essas seriam formas mais eficientes de gestão de interesses públicos, já que superariam as formas hierarquizadas do modelo burocrático, buscando uma gestão em parceria, tanto entre órgãos públicos, quanto entre públicos e privados.

A chamada *dimensão-gestão* seria a responsável por colocar em prática as novas ideias gerenciais, de modo a oferecer à sociedade um serviço público de melhor qualidade, seguindo o critério de melhor atendimento do cidadão-cliente a um menor custo. (BRESSER PEREIRA, 1998, p. 25). Além da modernização da gestão, essa dimensão propiciaria a concretização da reforma administrativa, já que exigiria novas práticas de gestão em consonância com a nova cultura gerencial:

A reforma concreta do aparelho do Estado ocorre na dimensão-gestão. É aí que a administração pública se torna mais efetiva e eficiente. É aí que ocorrem as mudanças culturais necessárias. É aí que as práticas administrativas gerenciais de fato ocorrem. É aí que se definem os indicadores de desempenho, que se treina e motiva o pessoal, que se desenvolvem estratégias flexíveis para o atingimento das metas estabelecidas.

A mudança da gestão, embora dependa das reformas institucionais-legais, não se limita a elas nem pode esperar por elas. É preciso implantar na administração pública toda uma nova filosofia, toda uma nova cultura gerencial e suas respectivas práticas. (BRASIL. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, 1995, p. 54-55).

Essa nova gestão estaria calcada, para Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1999), em algumas premissas principiológicas. Seriam três categorias de princípios informativos e interpretativos que sustentariam o modelo gerencial: como *princípios políticos* o autor aponta como relevantes o princípio da subsidiariedade e o princípio da participação política; já como *princípios jurídicos*, refere o princípio da transparência (ou visibilidade) e o princípio da consensualidade; por fim, como *princípios técnico-administrativos*, realça a importância do princípio da autonomia e do princípio da profissionalização. Seriam, então, estas as premissas que informariam os novos institutos da reforma e que orientariam sua execução.

A conjugação dessas duas dimensões (cultural e gestão) será essencial para verificar posteriormente – no quarto capítulo deste trabalho – o real alcance e importância do Direito de Reclamação do Usuário de Serviço Público em um Estado de Direito Democrático como o Brasil; isto é, se possui aptidão jurídica suficiente para se tornar um instrumento que permita a concretização da participação popular e

do controle social sobre a Administração Pública em busca de eficiência e qualidade na prestação dos serviços públicos.

Para o presente capítulo, de suma relevância o entendimento da *dimensão institucional-legal*. Partindo da ideia de descentralização e desconcentração, a Reforma atuaria tanto sob o prisma do sistema jurídico, quanto das relações de propriedade.

No caso das relações de propriedade, a reestruturação do aparelho do Estado passava pela redefinição da propriedade dos setores que o compõe: (a) núcleo estratégico¹⁰³; (b) atividades exclusivas¹⁰⁴; (c) serviços não exclusivos¹⁰⁵; e (d) produção de bens e serviços para o mercado¹⁰⁶. Assim, a ideia lançada pela Reforma Administrativa é de que tanto o núcleo estratégico, quanto as atividades exclusivas de Estado deveriam ser necessariamente *propriedade estatal*; já para o setor não-exclusivo ou competitivo do Estado o ideal seria uma *propriedade pública não-estatal*¹⁰⁷ (publicização¹⁰⁸); por fim, no setor de produção de bens e serviços a

¹⁰³ “Corresponde ao governo, em sentido lato. É o setor que define as leis e as políticas públicas, e cobra o seu cumprimento. É portanto o setor onde as decisões estratégicas são tomadas. Corresponde aos Poderes Legislativo e Judiciário, ao Ministério Público e, no poder executivo, ao Presidente da República, aos ministros e aos seus auxiliares e assessores diretos, responsáveis pelo planejamento e formulação das políticas públicas” (BRASIL. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, 1995, p. 41).

¹⁰⁴ “É o setor em que são prestados serviços que só o Estado pode realizar. São serviços em que se exerce o poder extroverso do Estado - o poder de regulamentar, fiscalizar, fomentar. Como exemplos temos: a cobrança e fiscalização dos impostos, a polícia, a previdência social básica, o serviço de desemprego, a fiscalização do cumprimento de normas sanitárias, o serviço de trânsito, a compra de serviços de saúde pelo Estado, o controle do meio ambiente, o subsídio à educação básica, o serviço de emissão de passaportes, etc.” (BRASIL. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, 1995, p. 41).

¹⁰⁵ “Corresponde ao setor onde o Estado atua simultaneamente com outras organizações públicas não-estatais e privadas. As instituições desse setor não possuem o poder de Estado. Este, entretanto, está presente porque os serviços envolvem direitos humanos fundamentais, como os da educação e da saúde, ou porque possuem “economias externas” relevantes, na medida que produzem ganhos que não podem ser apropriados por esses serviços através do mercado. As economias produzidas imediatamente se espalham para o resto da sociedade, não podendo ser transformadas em lucros. São exemplos deste setor: as universidades, os hospitais, os centros de pesquisa e os museus” (BRASIL. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, 1995, p. 41-42).

¹⁰⁶ “Corresponde à área de atuação das empresas. É caracterizado pelas atividades econômicas voltadas para o lucro que ainda permanecem no aparelho do Estado como, por exemplo, as do setor de infra-estrutura. Estão no Estado seja porque faltou capital ao setor privado para realizar o investimento, seja porque são atividades naturalmente monopolistas, nas quais o controle via mercado não é possível, tornando-se necessário no caso de privatização, a regulamentação rígida” (BRASIL. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, 1995, p. 42).

¹⁰⁷ “Não é a propriedade estatal porque aí não se exerce o poder de Estado. Não é, por outro lado, a propriedade privada, porque se trata de um tipo de serviço por definição subsidiado. A propriedade pública não-estatal torna mais fácil e direto o controle social, através da participação nos conselhos de administração dos diversos segmentos envolvidos, ao mesmo tempo que favorece a parceria entre sociedade e Estado. As organizações nesse setor gozam de uma autonomia administrativa muito maior do que aquela possível dentro do aparelho do Estado. Em compensação seus dirigentes são

propriedade deveria ser *privada*. (BRASIL. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, 1995, p. 43-44).¹⁰⁹

Portanto, os dois principais objetivos que irão pautar essa reformulação estrutural sobre a propriedade estatal serão descentralização e eficiência.

A noção de descentralização do modelo gerencial exige uma maior participação da sociedade civil, relegando ao Estado um papel subsidiário (princípio da subsidiariedade).

A noção de eficiência¹¹⁰ também será fundamental para o gerencialismo, haja vista sua positivação como um dos princípios norteadores da Administração Pública no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal. Segundo Bresser Pereira, a redefinição da propriedade estatal nos moldes propostos pela Reforma Gerencial proporcionará mais *eficiência* aos setores em que ela é fundamental – atividades exclusivas de Estado, serviços não-exclusivos e produção de bens e serviços para o mercado – e mais *efetividade*¹¹¹ ao núcleo estratégico. (BRASIL. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, 1995, p. 42-43).

Já do ponto de vista do sistema jurídico, a dimensão institucional-legal visava a criação de instituições normativas, como a Emenda Constitucional n. 19/98, e de instituições organizacionais, como as agências executivas e as organizações sociais. (BRESSER PEREIRA, 1998). Sua operacionalização viria por meio do aperfeiçoamento do sistema jurídico-legal – especificamente na ordem constitucional – a fim de remover os entraves existentes que impediam, no seu entendimento, a adoção de uma administração ágil e com maior autonomia. Da mesma forma, a

chamados a assumir uma responsabilidade maior, em conjunto com a sociedade, na gestão da instituição” (BRASIL. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, 1995, p. 43-44).

¹⁰⁸ Significa “a transformação de entidades estatais em entidades não-estatais, mais especificamente em organizações sociais” (BRESSER PEREIRA, 1998, p. 151).

¹⁰⁹ Na nomenclatura proposta por Fernando H. Aguillar (1999), percebe-se que a ideia de Bresser Pereira era a de uma concentração regulatória normativa (poder de regulamentar efetivamente o setor que interesse ao Estado), combinada com uma desconcentração regulatória operacional (preferência outorgada à iniciativa privada ou às empresas e órgãos estatais para o desempenho de certas atividades de interesse público).

¹¹⁰ Convém ressaltar, contudo, que o termo “eficiência” comporta diferentes conceitos e dimensões de acordo com a área do conhecimento que o aborda (Economia, Direito, Administração, etc.). No campo jurídico – e em especial no direito brasileiro - destacam-se as lições trazidas por Emerson Gabardo (2002) em monografia especializada sobre o tema.

¹¹¹ “No núcleo estratégico, o fundamental é que as decisões sejam as melhores, e, em seguida, que sejam efetivamente cumpridas. A efetividade é mais importante que a eficiência. O que importa saber é, primeiro, se as decisões que estão sendo tomadas pelo governo atendem eficazmente ao interesse nacional, se correspondem aos objetivos mais gerais aos quais a sociedade brasileira está voltada ou não. Segundo, se, uma vez tomadas as decisões, estas são de fato cumpridas”. (BRASIL. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, 1995, p. 42).

propriedade pública não-estatal tornaria mais fácil e direto o controle social, através da participação nos conselhos de administração dos diversos segmentos envolvidos, ao mesmo tempo que favoreceria a parceria entre sociedade e Estado. (BRASIL. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, 1995, p. 42-49).

Em suma, a reforma jurídica do ordenamento brasileiro pelo viés gerencial visaria, especialmente:

- (1) descentralização do ponto de vista político, transferindo recursos e atribuições para os níveis políticos regionais e locais;
- (2) descentralização administrativa, pela delegação de autoridade para os administradores públicos transformados em gerentes crescentemente autônomos;
- (3) organizações com poucos níveis hierárquicos em vez de piramidal;
- (4) organizações flexíveis ao invés de unitárias e monolíticas, nas quais as idéias de multiplicidade, de competição administrada e de conflito tenham lugar;
- (5) pressuposto da confiança limitada e não da desconfiança total;
- (6) definição dos objetivos a serem atingidos na forma de indicadores de desempenho sempre que possível quantitativos, que constituirão o centro do contrato de gestão entre o ministro e o responsável pelo órgão que está sendo transformado em agência;
- (7) controle por resultados, *a posteriori*, em vez de controle rígido, passo a passo, dos processos administrativos; e
- (8) administração voltada para o atendimento do cidadão, ao invés de auto-referida. (BRESSER PEREIRA, 1996a, p. 272) (italico do autor).

Entretanto, haja vista os diversos setores do Estado que necessitariam reforma, as alterações requeridas pelo Plano Diretor foram divididas em mais de uma Proposta de Emenda à Constituição. Algumas delas concretizaram-se por meio da Emenda Constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998, as quais serão analisadas em particular no próximo tópico.

2.2.1 As principais reformas trazidas pela Emenda Constitucional n. 19 ao ordenamento jurídico brasileiro: o Direito Administrativo do modelo gerencial

As alterações promovidas pelo modelo gerencial no Direito Administrativo brasileiro não ficaram restritas à Emenda Constitucional n. 19/98. A reforma gerencial foi mais ampla e se propôs também a ressignificar alguns conceitos jurídicos – em especial do Direito Administrativo. Nesse sentido, cabe inicialmente verificar quais foram essas principais alterações semânticas para, posteriormente, analisar com mais precisão o seu reflexo sobre o direito constitucional positivo (a Emenda Constitucional 19/98).

Para essa análise, fundamental a compreensão já trazida do contexto histórico que deu base à Reforma Gerencial brasileira. Isso porque, embora tal

Reforma tenha começado a ser elaborada em 1995 (com o Plano de Reforma do Aparelho do Estado) e concretizada em 1998 (Emenda Constitucional n. 19/98), ela reflete uma mudança estrutural do Estado que já estava em curso desde a década de 1980. Conforme visto, desde esse período o país já vinha sendo alvo de uma série de programas que visavam à “desburocratização” ou à “desestatização” da máquina pública.

A Constituição de 1988 também representou um marco nesse sentido. No campo das atividades econômicas em sentido estrito - conforme Eros Grau (2006) - a Carta Magna apresentou no artigo 173 a regra da forma de como o Estado deveria intervir nessas atividades:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988).

Assim, a participação estatal no âmbito das atividades econômicas em sentido estrito é definida como medida excepcional – somente permitida quando “necessária aos imperativos da segurança nacional” ou a “relevante interesse coletivo” –, sendo a regra o seu exercício pelos particulares. No caso dos serviços públicos, manteve-se a ênfase às formas de prestação indireta desses serviços, sob regime de concessão ou permissão (art. 175¹¹²)¹¹³, as quais ganharam novo relevo a partir da década de 1990 sobretudo pela orientação político-econômica do então Governo Federal e pela edição da Lei 8.987/95 (Lei Geral de Concessões e Permissões de Serviços Públicos).¹¹⁴

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002) ressalta ainda que a instauração do modelo do Estado Democrático de Direito representou a adequação a duas grandes ideias: (a) a submissão do Estado ao Direito, mas não apenas à lei formal, mas sim

¹¹² “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988).

¹¹³ “Resta, pois, o tratamento dado às atividades relacionadas com os Serviços Públicos e que extrapolam as funções administrativas clássicas do regime liberal, quando são transferidos aos particulares pelos regimes de concessão ou de permissão. Têm sido incluídos na Constituição Econômica Brasileira, desde 1934 (Const. de 1934, art. 136, 137; 1937 art. 146, 147; 1946, art. 151; 1967 art. 160; E.C. 1969, art. 167; 1988, art. 155)”. (ALBINO DE SOUZA, 1989, p. 35).

¹¹⁴ Além disso, o art. 174 da Constituição Federal reserva ainda ao Estado a competência de agente normativo e regulador da atividade econômica, com funções de fiscalização, incentivo e planejamento.

vinculação ao ordenamento jurídico como um todo (valores e princípios), inclusive no preâmbulo da Constituição¹¹⁵; (b) e a participação do cidadão na gestão e controle da Administração Pública, no processo político, econômico, social e cultural.¹¹⁶

Fundamental para o presente trabalho são as compreensões da dimensão dos conceitos de participação popular e de controle social da Administração Pública, os quais são citados exaustivamente no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado como motes da reforma gerencial.¹¹⁷ Entretanto, como se verá no último capítulo, tais expressões não devem ser entendidas como sinônimos, pois comportam significados específicos que marcam, principalmente, o real alcance de democracia que o modelo de Estado e de Administração Pública pretende conferir aos cidadãos. Sua análise mais apurada permitirá analisar se esse objetivo da reforma de ampliar e fomentar tais canais de participação e controle social foram efetivamente concretizados ou foram usados apenas de forma retórica.

Além disso, ao longo da década de 1990 pôde-se verificar outras importantes influências do movimento gerencialista sobre o Direito Administrativo, especialmente no que toca às legislações editadas a nível federal e introduzidas no país nesse período. Tal fato refletiu-se, principalmente, no primeiro governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso através do grande número de privatizações e da nova legislação sobre o regime de concessões e permissões de serviços públicos (Lei 8.987/95) e sobre a criação das primeiras agências reguladoras (Leis 9.427/96, 9.472/97 e 9.478/98).

Todos estes instrumentos visavam reduzir a participação do Estado dando mais ênfase à participação da sociedade civil – seja pela iniciativa privada ou pelas organizações não governamentais – nas atividades que antes eram desempenhadas

¹¹⁵ “Isso teve grande reflexo sobre a própria compreensão do *princípio da legalidade*, pois ele passou a abranger não apenas o direito positivo, como também todos os valores e princípios acolhidos pelo ordenamento jurídico. Hoje, quando se fala que o Estado, pelos seus três Poderes, está sujeito ao princípio da legalidade, é nesse sentido mais amplo que há de ser entendido”. (DI PIETRO, 2002, p. 20) (itálico da autora).

¹¹⁶ Dentre uma série de instrumentos trazidos pela Constituição com esse fim, Di Pietro (2002) lista entre eles o Direito de Reclamação do Usuário de Serviço Público.

¹¹⁷ “Finalmente, no longo prazo, espera-se que a reforma do aparelho do Estado produza as transformações fundamentais que viabilizem o novo Estado desejado, indutor e promotor do desenvolvimento social e econômico do país. Para alcançar este estágio, e com a flexibilidade requerida para enfrentar os novos desafios que certamente serão impostos, os resultados esperados estão relacionados a duas dimensões: a primeira, de natureza interna, diz respeito à consolidação da cultura gerencial e da efetiva valorização dos servidores, através do resgate da identidade com o serviço público; a segunda, de natureza externa, a partir do surgimento de uma nova sociedade, baseada na **participação popular**, que recoloca o Estado como instrumento do **exercício pleno da cidadania**”. (BRASIL. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, 1995, p. 57) (grifos nossos).

diretamente pelo Poder Público. Nesse sentido, até mesmo o conceito de serviço público passa a ser objeto de revisitação, haja vista a grande penetração do setor privado nesse domínio estratégico do Estado durante as últimas décadas.¹¹⁸ Aliado a ele, o próprio conceito de usuário – que será abordado em tópico específico mais adiante – também passa a ser objeto de reinterpretação pela lógica gerencial.

A reforma do Estado envolve múltiplos aspectos. O ajuste fiscal devolve ao Estado a capacidade de definir e implementar políticas públicas. Através da liberalização comercial, o Estado abandona a estratégia protecionista da substituição de importações. O programa de privatizações reflete a conscientização da gravidade da crise fiscal e da correlata limitação da capacidade do Estado de promover poupança forçada através das empresas estatais. Através desse programa transfere-se para o setor privado a tarefa da produção que, em princípio, este realiza de forma mais eficiente. Finalmente, através de um programa de publicização, transfere-se para o setor público não-estatal a produção dos serviços competitivos ou não-exclusivos de Estado, estabelecendo-se um sistema de parceria entre Estado e sociedade para seu financiamento e controle.

Deste modo o Estado reduz seu papel de executor ou prestador direto de serviços, mantendo-se entretanto no papel de regulador e provedor ou promotor destes, principalmente dos serviços sociais como educação e saúde, que são essenciais para o desenvolvimento, na medida em que envolvem investimento em capital humano; para a democracia, na medida em que promovem cidadãos; e para uma distribuição de renda mais justa, que o mercado é incapaz de garantir, dada a oferta muito superior à demanda de mão-de-obra não-especializada. Como promotor desses serviços o Estado continuará a subsidiá-los, buscando, ao mesmo tempo, o controle social direto e a participação da sociedade. (BRASIL. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, 1995, p. 13).

Um elemento central dessa nova postura estatal são as Organizações Sociais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público concebidas como formas de “publicização” – estruturas públicas não-estatais – e que aliarão o interesse público da prestação de serviços públicos à descentralização da prestação por entidades privadas, exaltando a transferência das atividades do Estado para a sociedade civil.

Com base nesse contexto é que Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que o resultado da combinação da globalização com as Reformas de Estado é a forma do “Estado Subsidiário”, baseado no princípio da subsidiariedade, o qual assumiria papel fundamental nessa nova forma de estruturação estatal:

De acordo com esse princípio, duas idéias são fundamentais: de um lado, a

¹¹⁸ Mais recentemente, destacam-se nesse sentido a Lei 11.079/2004, que instituiu normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública, e a Lei 12.462/2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

de que o Estado deve respeitar os direitos individuais, pelo reconhecimento de que a iniciativa privada, seja através dos indivíduos, seja através das associações, tem primazia sobre a iniciativa estatal; em consonância com essa ideia, o Estado deve abster-se de exercer atividades que o particular tem condições por sua própria iniciativa e com seus próprios recursos; em consequência, o princípio implica uma limitação à intervenção estatal. De outro lado, a ideia de que o Estado deve fomentar, coordenar, fiscalizar a iniciativa privada, de tal modo a permitir aos particulares, sempre que possível, o sucesso na condução de seus empreendimentos. (DI PIETRO, 2002, p. 21).

Os efeitos mais evidentes dessa nova postura estatal para autora foram: privatizações de empresas estatais, concessão de serviços públicos a particulares, ampliação da atividade de fomento a entidades particulares, desregulamentação, diminuição do aparelhamento administrativo, diminuição do quadro de servidores públicos (DI PIETRO, 2002, p. 21).

Para Odete Medauar tais mudanças são sinais claros da influência do direito administrativo norte-americano:

Nos primórdios do século XXI, o direito administrativo brasileiro, embora guardado suas peculiaridades, mostra um panorama similar ao direito administrativo na França, Itália, Espanha e Portugal, tendo recebido, como estes, certa influência do *administrative law* norte-americano no tocante à regulação e às agências reguladoras. (MEDAUAR, 2003, p. 63-64) (itálico da autora).

Assim, percebe-se que antes mesmo das mudanças promovidas pelo constituinte derivado através da Emenda Constitucional n. 19/98 os ideais gerencialistas já estavam sendo introduzidos no direito brasileiro. Verificado tal cenário e tais pressupostos da Reforma Gerencial brasileira, passa-se agora a analisar as modificações trazidas pela Emenda Constitucional n. 19/98.

Ao longo de seus 34 artigos, essa Emenda promoveu diversas alterações no texto constitucional. Destacam-se abaixo aquelas que guardam mais relação com o tema deste trabalho:

- i. Princípio da Eficiência (art. 37, *caput*);
- ii. Formas de participação do usuário na Administração Pública direta e indireta (art. 37, §3º);
- iii. Reclamação dos usuários de serviços públicos em geral (art. 37, §3º, I);
- iv. Dever de manutenção de serviços de atendimento ao usuário (art. 37, §3º, I);
- v. Avaliação periódica, externa e interna da qualidade dos serviços

- públicos (art. 37, §3º, I);
- vi. Acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo (art. 37, §3º, II);
 - vii. Representação do Administrado contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública (art. 37, §3º, III);
 - viii. Autonomia Gerencial e Contrato de Gestão (art. 37, §8º);
 - ix. Escolas de Governo (art. 39, §2º): para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos, constituindo-se a participação nos cursos um dos requisitos para a promoção na carreira;
 - x. Estímulo à produtividade e à eficiência no serviço público (art. 39, §7º);
 - xi. Consórcios Públicos e Convênios de Cooperação entre entes federados, autorizada a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de cargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos (art. 241).

Dessas alterações pode-se perceber alguns dos objetivos da reforma gerencial: instrumentos de “participação” da sociedade civil na gestão pública, controle de resultados baseados na eficiência e busca por maior autonomia das entidades e órgãos públicos. Os reflexos, todavia, sobre os servidores públicos trazidos pela Emenda Constitucional n. 19/98 foram ainda mais significativos, haja vista, por exemplo, a flexibilização da estabilidade pela instituição das avaliações de desempenho¹¹⁹, a alteração da forma de remuneração¹²⁰ e o teto de gastos com funcionalismo¹²¹.

¹¹⁹ Art. 41 [...].

§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo:

[...]

III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

[...]

§ 4º Como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988).

¹²⁰ Art. 39. [...].

§ 4º O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988).

¹²¹ Art. 37. [...].

Para a presente pesquisa, do elenco acima mencionado especial destaque para o Direito de Reclamação do Usuário de Serviço Público (art. 37, §3º, I, CF¹²²) identificado pelo constituinte derivado – ao menos no plano teórico - como uma forma de “participação do usuário na Administração Pública”.

Vistas assim as principais alterações – textuais e não-textuais – da Reforma Administrativa, cabe agora analisar de que forma elas foram recepcionadas e incorporadas na prática administrativa.

2.2.2 O Modelo Gerencial de Administração Pública vinte anos após sua implementação: avaliações, críticas e Pós-Gerencialismo?

Tendo transcorrido quase 20 anos da entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 19/98, importante analisar sob a óptica de alguns autores os méritos e deméritos da Reforma Gerencial brasileira, a fim de que se possa ter elementos mais concretos para um planejamento futuro da Administração Pública brasileira.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1999, p. 127), logo após a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 19/98, elogiou o seu *conceito político* – já que a orientação havia sido pretendidamente moderna, voltada a adaptar a gestão da coisa pública a um Estado em mudança – e sua *concepção técnica* – já que se dirigiu à ampliação das possibilidades de imprimir maior eficiência e ética à administração pública, notadamente pelo desenvolvimento de parcerias com a sociedade civil. Entretanto criticou o que chamou de *formulação jurídica* da Emenda da forma como foi editada, em razão de suas perplexidades, deficiências e

XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal; (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988). Com relação a esse inciso, destaca-se que essa redação foi alterada posteriormente pela Emenda Constitucional n. 41, de 19 de dezembro de 2003.

¹²² Art. 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; [...]. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988).

impropriedades que podiam ser apontadas.

Mais recentemente, Fernando Abrucio, Paula Pedroti e Marcos Pó (2010, p. 59-61), em minuciosa pesquisa sobre a reforma gerencialista, destacam como elementos positivos da reforma trazida por Bresser Pereira os seguintes elementos:

a) *continuação e aperfeiçoamento da “civil service reform”*. Para os autores, houve uma grande reorganização administrativa do governo federal, destacando-se a melhoria das informações da administração pública (antes desorganizadas ou inexistentes) e fortalecimento das carreiras de Estado, de modo que um número significativo de concursos foi realizado e a capacitação feita pela ENAP também foi revitalizada.¹²³

b) *Profissionalização dos servidores públicos*. Embora não refiram especificamente de que forma, entendem os autores que nesse tema a reforma aperfeiçoou o texto da Constituição Federal de 1988. A partir das alterações referidas anteriormente, pode-se compreender esse elogio a partir da alteração do §2º, do artigo 39, da Constituição Federal, prevendo-se a manutenção das escolas de governo para formação e aperfeiçoamento dos servidores públicos¹²⁴.

c) *Teto para gasto com funcionalismo, alteração no regime jurídico único, introdução do princípio da eficiência¹²⁵ e maior abertura para controle do Estado pela sociedade*. Tais alterações teriam sido essenciais na criação de uma ordem jurídica com parâmetros estabelecidos de restrição orçamentária, de otimização de políticas e de democratização da gestão pública.

d) *Elaboração de instituições em um espaço público não estatal: Organizações Sociais (OSs) e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscips)*. Afirmam que apesar da inovação conceitual, essas novas formas institucionais deram mais certo nos estados do que na União, sofrendo no plano federal uma enorme resistência ao longo da gestão do ministro Bresser-Pereira.

Entretanto, a Reforma Administrativa do Ministro Bresser Pereira não gozou

¹²³ “Em suma, o ideal meritocrático contido no chamado modelo weberiano não foi abandonado pelo Mare; ao contrário, foi aperfeiçoado” (ABRUCIO, PEDROTI E PÓ, 2010, p. 60).

¹²⁴ Art. 39, [...].

§ 2º A União, os Estados e o Distrito Federal manterão escolas de governo para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos, constituindo-se a participação nos cursos um dos requisitos para a promoção na carreira, facultada, para isso, a celebração de convênios ou contratos entre os entes federados. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988).

¹²⁵ “[...] a função de uma administração pública eficiente passa a ter valor estratégico, ao reduzir a lacuna que separa a demanda social e a satisfação dessa demanda” (BRESSER PEREIRA, 2003a, p. 24).

de ampla aceitação no plano prático e teórico. Inevitável a qualquer mudança, diversas foram as críticas direcionadas a esse novo modelo de administração.

Na visão de Abrucio, Pedroti e Pó (2010, p. 61-64), os principais problemas e fracassos advindos da reforma foram:

a) *Legado negativo deixado pela era Collor: nesse período houve desmantelamento do Estado e o serviço público foi desprestigiado.* Nesse sentido, afirmam que quando o Presidente Fernando Henrique colocou em debate as primeiras propostas da Reforma, a reação imediata foi de associar a reforma do Estado proposta por ele com o caminho “neoliberal” trilhado pelo Presidente Fernando Collor.

b) *Histórico das reformas administrativas feitas no país: as duas reformas até então realizadas (1938 e 1967) tinham caráter autoritário e centralizador.* Assim, o argumento é de que até então o reformismo não havia sido tentado dentro de uma experiência democrática, baseado no debate, na negociação e com um processo decisório menos concentrador. Esse histórico das reformas não barrou a reforma como um todo, mas teria representado um empecilho para parte de suas proposições.

c) *O aspecto financeiro sobrepujou o gerencial.* Ressaltam os autores que houve uma subordinação do Plano Diretor da Reforma do Estado ao ajuste fiscal realizado naquele momento, haja vista o sucesso inicial dos planos de estabilização monetária. Essa prevalência da equipe econômica teria ficado bastante clara na discussão da Emenda Constitucional n. 19/98:

A visão economicista estreita da equipe econômica barrou várias inovações institucionais, como a maior autonomia às agências, dado que havia o medo de perder o controle sobre as despesas dos órgãos. Mas havia outras resistências políticas, vindas primordialmente do Congresso. Os parlamentares temiam a implantação de um modelo administrativo mais transparente e voltado ao desempenho, pois isso diminuiria a capacidade de a classe política influenciar a gestão dos órgãos públicos, pela via da manipulação de cargos e verbas. Ademais, também havia senões no núcleo central do governo, sob a influência do ministro chefe da Casa Civil, Clóvis Carvalho, o que levou o Palácio do Planalto a não apostar numa reforma administrativa mais ampla. (ABRUCIO, PEDROTI E PÓ, 2010, p. 62-63).

d) *Agências Reguladoras.* Ficaram de fora do alcance da Reforma Administrativa de Bresser Pereira, sendo “[...] montadas de forma fragmentada e sem uma visão mais geral do modelo regulador que substituiria o padrão varguista de intervenção estatal” (ABRUCIO, PEDROTI E PÓ, 2010, p. 63). Ainda, para os

autores, um dos exemplos claros do fracasso dessa estratégia foi o episódio do “apagão”¹²⁶, que teria grande relação com a gênese mal resolvida do marco regulatório no setor elétrico.

e) *Conceito muito restrito de carreiras estratégicas de Estado, tanto para o governo federal como para o contexto federativo.* Não obstante a boa intenção da Reforma Administrativa em atual em prol de uma burocracia estratégica, com um núcleo básico com “status” diferenciado em relação ao restante do funcionalismo, cometeu dois erros fundamentais. O primeiro ao definir carreiras estratégicas válidas semelhantes para União, Estados e Municípios, sem levar em conta que as funções básicas são bem distintas no âmbito de cada ente federado. O segundo erro foi delimitar o núcleo estratégico da União em poucas funções governamentais – como diplomacia, finanças públicas, área jurídica e carreira de gestores governamentais – deixando de incorporar outros setores essenciais desse ente, fundamentais para sua atuação como reguladora, avaliadora e indutora no plano das relações intergovernamentais. Para os autores, dois exemplos representam bem esse erro de delimitação do núcleo estratégico feito pelo Plano Diretor:

¹²⁶ O episódio do “apagão” foi uma crise nacional de energia elétrica ocorrida no Brasil durante o segundo mandato do Presidente Fernando Henrique Cardoso, mais precisamente os anos de 2001 e 2002. A crise afetou o fornecimento e distribuição de energia elétrica e teve como causa a falta de planejamento e investimentos em geração de energia. Como forma de superar a crise o então Presidente da República editou a Medida Provisória n. 2198/01 para instituir o regime de racionamento de energia elétrica. Essa Medida Provisória teve sua constitucionalidade questionada. Entretanto, por meio da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 9, proposta pela Advocacia-Geral da União, o Pleno do Supremo Tribunal Federal confirmou o mérito da Ação e garantindo o efeito vinculante da Medida Provisória aos demais entes federados. A emenda desse julgado teve a seguinte redação: AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA nº 2.152-2, DE 1º DE JUNHO DE 2001, E POSTERIORES REEDIÇÕES. ARTIGOS 14 A 18. GESTÃO DA CRISE DE ENERGIA ELÉTRICA. FIXAÇÃO DE METAS DE CONSUMO E DE UM REGIME ESPECIAL DE TARIFAÇÃO. 1. O valor arrecadado como tarifa especial ou sobretarifa imposta ao consumo de energia elétrica acima das metas estabelecidas pela Medida Provisória em exame será utilizado para custear despesas adicionais, decorrentes da implementação do próprio plano de racionamento, além de beneficiar os consumidores mais poupadores, que serão merecedores de bônus. Este acréscimo não descaracteriza a tarifa como tal, tratando-se de um mecanismo que permite a continuidade da prestação do serviço, com a captação de recursos que têm como destinatários os fornecedores/concessionários do serviço. Implementação, em momento de escassez da oferta de serviço, de política tarifária, por meio de regras com força de lei, conforme previsto no artigo 175, III da Constituição Federal. 2. Atendimento aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, tendo em vista a preocupação com os direitos dos consumidores em geral, na adoção de medidas que permitam que todos continuem a utilizar-se, moderadamente, de uma energia que se apresenta incontestavelmente escassa. 3. Reconhecimento da necessidade de imposição de medidas como a suspensão do fornecimento de energia elétrica aos consumidores que se mostrarem insensíveis à necessidade do exercício da solidariedade social mínima, assegurada a notificação prévia (art. 14, § 4º, II) e a apreciação de casos excepcionais (art. 15, § 5º). 4. Ação declaratória de constitucionalidade cujo pedido se julga procedente. (ADC 9, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 13/12/2001, DJ 23-04-2004 PP-00006 EMENT VOL-02148-01 PP-00001).

[...] a função de defesa agropecuária e a tarefa de proteção do meio ambiente ficaram de fora da proposta original do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado. No primeiro caso, como ficou claro no episódio da febre aftosa, o governo federal tem um papel importante para garantir uma das principais molas da economia brasileira, o setor agropecuário. Já a questão ambiental é um bem público estratégico para o desenvolvimento brasileiro, e os governos subnacionais, especialmente na região amazônica, não têm condições de resguardá-la sozinhos. (ABRUCIO, PEDROTI E PÓ, 2010, p. 63-64).

f) *Estabelecimento de oposição entre a estrutura burocrática com as novas formas de gestão.* Segundo os autores esse foi outro erro de diagnóstico da Reforma na medida em que gerou uma aversão à primeira vista desnecessária ao novo modelo e transmitindo a ideia equivocada de que todos os males advinham do modelo burocrático:

Essa visão etapista é, em primeiro lugar, contraproducente, dado que gera um atrito desnecessário com setores da burocracia estratégica que poderiam ser conquistados mais facilmente para o processo de reformas. Além disso, a perspectiva dicotômica leva a crer que “uma etapa substitui a outra”. Ao contrário, trata-se mais de um movimento dialético em que há, simultaneamente, incorporações de aspectos do modelo weberiano e a criação de novos instrumentos de gestão. Desse modo, a nova gestão pública tem uma série de peculiaridades que dizem respeito à necessidade de se ter instrumentos gerenciais e democráticos novos para combater os problemas que o Estado enfrenta no mundo contemporâneo. Se o formalismo e a rigidez burocrática devem ser atacados como males, alguns alicerces do modelo weberiano podem, porém, constituir-se numa alavanca para a modernização, principalmente em prol da meritocracia e da separação clara entre o público e o privado. (ABRUCIO, PEDROTI E PÓ, 2010, p. 64-65).

Outros autores também apresentaram críticas à Reforma Administrativa Gerencial elaborada durante o Governo Fernando Henrique Cardoso.

Emerson Gabardo (2002), logo após a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 19/98, apresentava grande receio com a chamada “fuga do regime jurídico administrativo” haja vista a necessidade de obter bons resultados e eficiência no agir administrativo. Nesse sentido, observou que a racionalidade gerencial – voltada para excelência dos resultados – desprestigiava os procedimentos – entendidos como a causa do emperramento da máquina pública -, o que poderia levar à sobreposição do princípio da eficiência sobre os demais princípios norteadores da atividade administrativa (moralidade, impessoalidade, publicidade e, em especial, o da legalidade), sob o argumento de conferir agilidade à

gestão pública.¹²⁷

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, embora defenda uma maior parceria com os particulares na gestão da coisa pública, compartilha de semelhante apreensão:

É possível dizer que o direito administrativo vem mudando. O objetivo último é melhorar o funcionamento da Administração Pública, que deve limitar-se a exercer as atividades que sejam indelegáveis e as que o particular não tenha condições de desempenhar sozinho. Substitui-se, ainda que parcialmente, o autoritarismo das decisões unilaterais por variadas formas de parceria com o particular; procura-se atrair e incentivar o particular a participar da proteção do interesse público; diminuem as formas diretas de gestão do serviço público pela própria Administração. Mas não é só. Luta-se por mudança maior. Entre os teóricos da Reforma do Estado há a ideia de que o direito administrativo vem servindo de obstáculo, especialmente pela aplicação do princípio da legalidade. Por isso, há sob alguns aspectos, fuga do direito administrativo e procura por regime jurídico mais flexível, que imprima maior liberdade de atuação às autoridades administrativas. Criam-se institutos paralelos, às vezes de legalidade e moralidade bem duvidosa, como as chamadas fundações de apoio que atuam dentro de órgãos e entidades públicas, utilizando patrimônio público e administrando-o sob as regras do direito privado. Aí também a influência é do direito norte-americano. Além disso, cria-se também um quadro paralelo de servidores públicos, utilizando-se do instituto da terceirização, com fuga às normas constitucionais e estatutárias que regem o servidor público. (DI PIETRO, 2002, p. 22).

A autora apresenta ainda preocupação com a volta da noção de “discricionariedade técnica”, já que esta esvazia o conteúdo da norma, deixando a Administração a cargo da regulamentação específica. Ou seja, haveria uma perda de representatividade da norma, pois esta apenas estabeleceria fórmulas genéricas, ampliando a discricionariedade do administrador na regulamentação infralegal. Para a autora o princípio da legalidade perde espaço conquistado e o cidadão perde, em parte, a segurança jurídica, já que fica desprotegido com a ampliação da discricionariedade. Seria uma volta ao modelo imperial. (DI PIETRO, 2002, p. 22).

Já Adriana Schier (2002) argumenta que a Reforma Gerencial ao propugnar um controle de resultados – em face do controle dos procedimentos do modelo burocrático - acabou por transformar/alterar o exercício do controle social sobre a gestão pública. Isso porque, ao passo que na lógica burocrática o controle social era exercido por instrumentos de cunho procedimentalista, dando ensejo à atuação dos

¹²⁷ “A busca de resultados através do estabelecimento de metas jamais, por si só, poderá resolver toda a problemática que envolve a organização administrativa. Ao contrário, ao escapar dos procedimentos através da utilização da descentralização e flexibilização administrativas, estar-se-á promovendo um paradoxo: abdicando do controle procedimental (notadamente mais eficiente), sob a justificativa de que a exasperação burocrática o tornou ineficiente, reduz-se o procedimento, mas não necessariamente são atacados os elementos que o problematizaram”. (GABARDO, 2002, p. 65).

cidadãos por este canal, na lógica gerencial o controle passa a ser de resultados, transferindo a responsabilidade do controle somente aos cidadãos. O grande problema é que, nesse caso, não são analisadas as reais condições necessárias para o exercício do controle por parte dos cidadãos (grau de instrução da população, por exemplo). Assim, não sendo exercido controle pelos cidadãos, legitimada estará a atuação estatal.

Aragon Dasso Júnior (2014) atenta para o fato de que a descentralização proposta pelo gerencialismo brasileiro foi responsável pelo aumento da competição por recursos entre os diversos níveis de governo. A chamada “guerra fiscal” entre os Estados seria um exemplo claro desse processo, fazendo com que tal degradação nas relações intragovernamentais apenas beneficiassem empresas privadas, trazendo prejuízos aos cidadãos. Da mesma forma, o autor aponta que embora o novo modelo de administração propicie novas formas de controle por parte dos cidadãos (controle de resultados, controle contábil, controle social), o compartilhamento da gestão não é um dos seus objetivos: “O cidadão pode controlar a gestão, mas nunca compartilhá-la”. (DASSO JÚNIOR, 2014, p. 15).

Outro fracasso evidente da reforma diz respeito a não edição até o presente momento da Lei que disporia a respeito da defesa dos usuários de serviços públicos disposta no artigo 27 da Emenda Constitucional n. 19/98:

Art. 27. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação desta Emenda, elaborará lei de defesa do usuário de serviços públicos. (BRASIL. Emenda Constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998).

Após quase vinte anos da entrada em vigor da referida Emenda denota-se o pouco caso do legislador em relação a esse importante diploma, que poderia assumir importância semelhante ao Código de Defesa do Consumidor no âmbito das relações de consumo. Mais grave ainda caso se considere que um dos principais objetivos da reforma foi o de valorização da qualidade e eficiência na prestação dos serviços públicos e da figura do chamado “cidadão-cliente”. No mesmo sentido, pode-se desde já atribuir grande ressentimento com a escassez de normas que regulamentem o Direito de Reclamação do Usuário de Serviço Público.

Marcellino Junior (2009), por sua vez, alerta para outras consequências negativas ligadas a esse movimento gerencial decorrentes, em sua visão, do neoliberalismo. Critica, assim, a valorização extrema da Análise Econômica do

Direito (“Law and Economics”¹²⁸), corrente que em sua visão conceberia o Direito como mero instrumento neutralizador das falhas do Mercado ou a serviço de uma eficiente alocação de recursos em prejuízo do sentido tradicional de justiça.¹²⁹ Quanto à democracia, assevera que o discurso “eficientista-economicista” preconiza uma forma procedimental de democracia em detrimento da forma substancial clássica (regime voltado para garantias e direitos), já que esta seria incompatível como o novo modelo.

A crítica de Ana Paula Paes de Paula parte da avaliação dos novos formatos de entidades criados pela reforma. Ressalta que embora tivesse um projeto bem definido, a reforma causou uma fragmentação do aparelho do Estado, uma vez que as novas instituições não substituíram as antigas, passando a conviverem conjuntamente. Nesse sentido, nem todas as autarquias e fundações públicas se transformaram em agências executivas, assim como várias entidades da sociedade civil não finalizaram o processo de conversão em organizações sociais, optando por permanecer sob o antigo “status” institucional; assim, o projeto das agências executivas e das organizações sociais não alcançou a extensão esperada, impossibilitando a adesão do aparelho do Estado a uma diretriz mais definida de organização e gestão dos órgãos da administração pública. Já as agências reguladoras não conseguiram alcançar níveis satisfatórios de eficiência e

¹²⁸ Em síntese, “Law and Economics” – ou Análise Econômica do Direito – é a aplicação da teoria econômica para a análise do Direito ou das questões jurídicas. Seus principais defensores advêm da Escola de Chicago, como, por exemplo, Richard Posner. Em um de seus livros, esse autor destaca: “Nos últimos anos, a tentativa mais ambiciosa e talvez mais influente de elaborar um conceito abrangente de justiça, que poderá tanto explicar a tomada de decisões judiciais quanto situá-la em bases objetivas, é aquela dos pesquisadores que atuam no campo interdisciplinar de ‘Direito e Economia’ (Law and Economics), como se costuma chamar a Análise Econômica do Direito (Economic Analysis of Law). [...]”

O pressuposto básico da economia que orienta a versão da análise econômica do direito que apresentarei aqui é o de que as pessoas são maximizadores de suas satisfações – *todas* as pessoas [...], em *todas* as suas atividades [...] que implicam uma escolha. Como essa escolha abrange o criminoso que decide se vai cometer outro crime, o litigante que decide se vai entrar em acordo ou levar um caso a juízo, o legislador que decide se vai votar contra ou a favor de uma lei, o juiz que decide como dar seu voto num caso, a parte de um contrato que decide se vai quebrá-lo, o motorista que decide se deve ou não acelerar seu carro, e o pedestre que decide com que grau de ousadia vai atravessar uma rua, bem como os agentes econômicos habituais, como homens de negócios e consumidores, é evidente que a maior parte das atividades, quer as reguladas pelo sistema jurídico, quer as que ocorrem em seu interior, são úteis e proveitosas para o analista econômico” (POSNER, 2007, p. 473-474) (itálicos do autor).

¹²⁹ “A concepção economicista, no entanto, reconhece que no Mercado existem falhas (externalidades, monopólio, bens coletivos) que acabam por exercer influência direta no grau de eficiência da alocação de recursos em sociedade. Nesses casos, entende-se que o Estado, aquele estorvo de primeiro momento, teria uma função estratégica: a de intervir, através do ordenamento, para corrigir ou compensar tais falhas. O objetivo seria o de neutralizá-las, permitindo que o Mercado ‘espontaneamente’ atingisse de volta o seu ‘equilíbrio natural’. É o Estado na condição de sócio preferencial do Mercado” (MARCELLINO JUNIOR, 2009, p. 223).

atendimento do interesse público. (PAULA, 2005, p. 42).

Outro problema observado pela autora diz respeito à “clara concentração do poder no núcleo estratégico” do Estado:

Aposta-se na eficiência do controle social e se delega a formulação de políticas públicas aos burocratas: o monopólio das decisões foi concedido às secretarias formuladoras de políticas públicas e a execução, atribuída às secretarias executivas, aos terceiros ou às organizações sociais, de acordo com o caráter da atividade. (PAULA, 2005, p. 43).

O resultado foi o insulamento burocrático e o afastamento dos cidadãos dos centros de decisão (ausência de participação), já que a estrutura e a dinâmica desse aparelho do Estado pós-reforma não aponta os canais que permitam a infiltração das demandas populares (PAULA, 2005, p. 43). Isto é, a reforma que tinha como objetivo estimular a participação dos cidadãos no Poder Público, não criara as estruturas governamentais capazes de propiciá-la.

Especificamente sobre as Organizações Sociais, Fernando H. Aguillar revelava certo temor com relação ao uso de recursos públicos por essas entidades. Questiona, primeiramente, se tal mecanismo não significaria a subtração de controles jurídicos clássicos sobre o patrimônio público, já que – embora haja previsão de fiscalização desses recursos pelo Contrato de Gestão – o uso dos recursos poderia ser feito pelas OS's com uma liberdade que não existiria se estivessem sob a tutela direta da Administração. Teme, portanto, que com isso as Organizações Sociais pudessem legitimar o uso político dos recursos públicos em associação com entidades privadas, fazendo com que a coisa pública acabe sendo objeto de manipulações e favorecimentos a grupos locais. (1999, p. 246-247).¹³⁰

Dessa forma, o modelo Gerencial procurou, de forma geral, reestruturar o Estado a fim de superar antigas práticas e comportamentos que representavam entraves a uma prestação de serviços públicos de melhor qualidade - segundo os vieses político-ideológicos que lhe davam suporte. Após quase 20 anos de sua entrada em vigor, alguns dispositivos trazidos pela Emenda Constitucional n. 19 ainda não foram regulamentados pelo legislador infraconstitucional, prejudicando

¹³⁰ Sobre as organizações sociais e o uso de recursos públicos, importante salientar a ADI 1.923/DF que tratou dessa matéria. Em linhas gerais, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela possibilidade dessas organizações prestarem serviços públicos não exclusivos em parceria com o poder público, porém, ressaltou o fato de elas estarem sujeitas aos princípios do artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, bem como ao controle do Ministério Público e do Tribunal de Contas em razão do uso de verbas públicas.

alguns elementos vitais da ideologia gerencialista. Por outro lado, já se pode verificar o insucesso de outros.

De qualquer forma, sabe-se ao certo que qualquer mudança estrutural - e de mentalidade, como se propunha a reforma - não é imediata à entrada em vigor de novas normas, de modo que leva tempo para que seja implementada na prática e no imaginário social. Todavia, para alguns autores, mesmo com esse curto espaço de tempo já se poderia exigir uma nova reformulação da Administração Pública sobre outras bases: uma Administração Pública pós-Gerencial.

Dessa forma é que Ana Paula Paes de Paula (2005) propõe um novo modelo de administração pública, mais compatível com o atual contexto da relação entre Estado e cidadãos e com o regime democrático: a “Administração Pública Societal”¹³¹. A vertente que dá origem a esse modelo surgira na década de 1960, a partir do aparecimento de uma tradição mobilizatória da sociedade brasileira frente ao Estado; na década de 1990 o movimento atinge seu grande ápice político, com a incorporação de alguns desses projetos de participação social na gestão pública, mais especificamente através dos Fóruns Temáticos, os Conselhos Gestores de Políticas Públicas e o Orçamento Participativo; ao final dessa década desenvolve-se então a noção de um modelo de administração que pudesse ser uma alternativa ao gerencialismo, dando origem ao modelo societal (PAULA, 2005).¹³²

De dimensão sociopolítica, esse modelo societal enfatiza a gestão pública democrática através da participação social no nível das instituições (buscando estruturas e canais que viabilizem a participação popular) e “procura estruturar um projeto político que repense o modelo de desenvolvimento brasileiro, a estrutura do aparelho do Estado e o paradigma de gestão” (PAULA, 2005, p. 41).¹³³

Em razão de sua orientação voltada à participação popular, Arruda Neto

¹³¹ Arruda Neto (2010, p. 152) atribui a esse novo modelo a denominação Administração Pública “Pós-Gerencial”, “Social” ou “Alternativa”.

¹³² Cabe salientar a divergência anotada por Luiz Carlos Bresser Pereira sobre essa proposição, pois considera que a autora faz uma comparação entre duas coisas diferentes: um tipo de administração pública (gerencial) e uma forma de governo ou de regime político (societal) (PAULA, 2005, p. 50).

¹³³ A autora identifica três dimensões fundamentais para a construção de uma gestão pública democrática, na qual a ênfase do modelo societal se daria no terceiro aspecto: “1) a dimensão econômico-financeira, que se relaciona com os problemas do âmbito das finanças públicas e investimentos estatais, envolvendo questões de natureza fiscal, tributária e monetária; 2) a dimensão institucional-administrativa, que abrange os problemas de organização e articulação dos órgãos que compõe o aparato estatal, como as dificuldades de planejamento, direção e controle das ações estatais, e a questão da profissionalização dos servidores públicos para o desempenho de suas funções; 3) a dimensão sociopolítica, que compreende problemas situados no âmago das relações entre o Estado e a sociedade, envolvendo os direitos dos cidadãos e sua participação na gestão” (PAULA, 2005, p. 40).

(2010, p. 152) destaca que esse modelo societal propõe: uma concepção participativa-deliberativa - que se agregue à já estabelecida democracia representativa -; uma renovação do perfil dos administradores públicos; e uma reinvenção político-institucional através da incorporação de uma *gestão pública dialógica* (e não apenas monológica).

Nesse mesmo sentido Rafael Maffini (2010), ao analisar o direito administrativo contemporâneo segundo os ditames do atual Estado de Direito, refere que, em razão do papel do cidadão na teoria do direito administrativo moderno, busca-se um novo paradigma no qual esse cidadão, por ser o destinatário da administração pública, apareça “como um importante ator no cenário das relações jurídico-administrativas, o qual terá, juntamente com o Estado, o desiderato de construir as tomadas de decisão que lhe afetam e que afetam a sociedade como um todo” (2010, p. 161).¹³⁴ Afirma, então, que uma das características dessa nova administração pública deflui da noção jurídica de *administração pública dialógica*¹³⁵, na qual “[...] se busca impor como uma condição para a atuação administrativa a prévia realização de um verdadeiro e efetivo diálogo com todos aqueles que terão suas esferas de direitos atingidas pela atuação estatal” (MAFFINI, 2010, p. 161).¹³⁶

Denota-se, portanto, que a característica da contemporaneidade diz respeito ao fomento da atuação dos cidadãos na esfera pública. Esse ambiente de valorização democrática exige, contudo, não só da Administração Pública mas de todo o Estado (sentido amplo) o incremento cada vez maior de canais que permitam esse acesso e essa comunicação - *diálogo* - entre poder público e sociedade civil.

2.3 CONCLUSÕES DO CAPÍTULO 2

O contraponto ao modelo weberiano burocrático de administração visava à modernização do aparato estatal frente às novas demandas sociais e ao novo papel do Estado na economia. No contexto brasileiro verificou-se uma mistura de escolas

¹³⁴ Neste ensaio, Rafael Maffini (2010) discorre a respeito de velhos dogmas em que a Administração Pública fora calcada - como legalidade administrativa, supremacia irrestrita do interesse público sobre o privado, da insindicabilidade judicial das decisões administrativas discricionárias, unilateralidade/imperatividade - contrapondo-a com o atual contexto jurídico e político do Estado, do qual se exige novas formas de atuação na sua relação com os cidadãos.

¹³⁵ Essa forma “dialógica” de administração pública é uma das facetas do “Direito Fundamental à Boa Administração Pública” tratado por Juarez Freitas (2009b).

¹³⁶ Cabe referir, contudo, que Rafael Maffini não trata desta concepção de administração pública (a dialógica) em substituição ou em contraponto do modelo gerencial.

de orientação pragmática gerencial - Escolha Pública, principal-agente e gerencialismo puro - as quais se cristalizaram na Emenda Constitucional n. 19 de 04 de junho de 1998 e deram forma à Reforma Administrativa gerencial no país.

Neste capítulo procurou-se, em um primeiro momento, observar o fenômeno do gerencialismo sob a óptica global, quando de sua aplicação inicial em outros países; percebeu-se que tal movimento teórico não foi único, já que comporta diversas correntes. Já em um segundo momento, a partir da análise específica de sua aplicação no Brasil, pretendeu-se verificar a forma que as ideias gerenciais seriam instituídas no direito brasileiro.

Constatou-se que um dos principais objetivos dessa Reforma foi o de redefinir a questão das propriedades estatais, principalmente no sentido de manter muitas estruturas sob o controle do Estado (Públicas) mas fora de sua titularidade (não-estatais). Já nos setores não estratégicos e não exclusivos, procurou-se transferir a propriedade à iniciativa privada.

Tais alterações tinham como pressupostos dois conceitos fundamentais da lógica gerencial: descentralização e eficiência.

Pôde-se verificar que esses conceitos não foram inovações trazidas pela Emenda Constitucional n. 19/1998, já que a Reforma Administrativa Gerencial e seus pressupostos já vinham sendo implementados no Brasil desde a década de 1980. Todavia, ganhou maior relevo na década de 1990, com o aumento do número de privatizações e de concessões à iniciativa privada e com a criação das Agências Reguladoras por parte do Governo Federal. Todos estes instrumentos visavam reduzir a participação do Estado, dando mais ênfase à participação da sociedade civil – seja pela iniciativa privada ou pelas organizações não governamentais – nas atividades que antes eram desempenhadas diretamente pelo Estado.

Em consonância com essa nova orientação estatal, outros conceitos também podem ser correlacionados segundo a lógica gerencial como, por exemplo, o princípio da subsidiariedade (o qual, inclusive, já estava demarcado no texto constitucional de 1988). Já outros conceitos podem ser reinterpretados segundo tal influência, como, por exemplo, o de serviço público, o de usuário de serviço público e o de participação popular e controle social.

Já em relação às alterações perpetradas pelo constituinte derivado na Emenda Constitucional n. 19/98, foram ressaltadas as alterações que tiveram maior reflexo sobre os serviços públicos. Em especial, destacou-se a nova redação do

parágrafo terceiro do artigo 37 da Constituição Federal, que alterou a norma do Direito de Reclamação do Usuário de Serviço Público. A nova norma instituiu, ainda, outras formas de “participação” dos usuários na Administração Pública direta e indireta, permitindo também que novos instrumentos com esse objetivo sejam criados pelo legislador ordinário.

O elemento central que parece marcar as referidas modificações é o de descentralização. Isto é, busca-se uma maior participação da sociedade civil nos assuntos públicos e, conseqüentemente, um maior afastamento estatal.

A pesquisa pôde ainda observar o balanço feito por alguns autores sobre os êxitos da reforma que já atinge quase vinte anos. Um deles diz respeito ao ideal meritocrático – marca fundamental do modelo burocrático -, o qual não foi abandonado pela reforma gerencial, mas aperfeiçoado, especialmente no que tange à realização de concursos públicos e de cursos de capacitação aos servidores. Por isso, percebe-se que a oposição entre gerencialismo e burocracia veiculada pela Reforma foi prejudicial na medida em que transmitiu a ideia de que o modelo burocrático deveria ser superado integralmente, esquecendo-se de suas importantes contribuições para a gestão pública.

Por outro lado, naquelas questões diagnosticadas pelos reformistas como entraves do modelo burocrático, verificou-se que as novas estruturas administrativas não conseguiram substituir as antigas, convivendo conjuntamente na atualidade (como, por exemplo, o caso das agências executivas). A questão se agrava quando se percebe que inclusive resquícios do regime patrimonialista ainda permanecem vigentes (nomeações de caráter puramente pessoal, nepotismo, corrupção, etc.).

Para piorar, após quase 20 anos de sua entrada em vigor a Reforma Gerencial não conseguiu sequer colocar em funcionamento a totalidade de suas proposições e novos instrumentos nesse largo período. Um dos exemplos claros disso é a legislação que deveria dispor sobre a defesa dos usuários de serviços públicos referida pelo artigo 27 da Emenda Constitucional n. 19/98, não editada até o presente momento – o Poder Legislativo deveria editar tal diploma no prazo máximo de 120 dias após a entrada em vigor da Emenda.

O funcionamento da máquina pública nunca deixa de ser um tema atual. Por isso, a pesquisa buscou trazer os elementos históricos a fim de identificar se os problemas persistem, se foram resolvidos e quais os novos embates no âmbito da administração pública brasileira. Nesse sentido, pode-se constatar que alguns

autores já discorrem sobre novas formas de organização administrativa baseadas, principalmente, em uma relação mais participativa dos cidadãos na gestão da coisa pública. Até porque, embora o tema da participação popular na Administração Pública tenha sido apresentado como um dos grandes objetivos da Reforma gerencial (ao menos retoricamente), na prática observa-se uma insuficiência e relativa falta de efetividade dos mecanismos e instrumentos atuais para fomentar uma verdadeira participação no âmbito do Poder Público.

PARTE II: O ALCANCE DEMOCRÁTICO DO DIREITO DE RECLAMAÇÃO DO USUÁRIO DE SERVIÇO PÚBLICO NO MODELO GERENCIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

3 O DIREITO DE RECLAMAÇÃO DO USUÁRIO DE SERVIÇO PÚBLICO: BREVE HISTÓRICO E CONTEXTO ATUAL NO DIREITO BRASILEIRO

Nos capítulos anteriores, revisitou-se o contexto histórico que gerou a Reforma Administrativa de 1998, bem como as principais inovações e alterações trazidas por ela ao direito positivo brasileiro. Como visto, uma dessas alterações legislativas promovidas pela Emenda Constitucional n. 19/98 foi a reformulação do antigo parágrafo terceiro do artigo 37, no qual já constava a previsão de um Direito de Reclamação do Usuário de Serviço Público.

Isso significa que o referido Direito não foi uma inovação trazida pela Reforma Administrativa de 1998. Sua origem no direito brasileiro remonta ao texto original da Constituição Federal de 1988.¹³⁷ Dessa forma, importante destacar o panorama desse direito antes e depois da Emenda Constitucional n. 19/98 analisando-se, então, as mudanças que dela derivaram.

A problemática que neste capítulo pretende-se solucionar diz respeito, assim, à verificação da abrangência da reforma do referido dispositivo constitucional. Vale dizer, questiona-se quais foram as mudanças trazidas pela Emenda Constitucional n. 19/98 à norma do parágrafo terceiro do artigo 37. E com relação ao Direito de Reclamação, intenta-se verificar se a nova norma é apenas textualmente diferente da antiga, ou se é permitido inferir novas interpretações.

Importante, com isso, ter-se como premissas as lições trazidas na primeira parte desse trabalho. Nela objetivou-se demonstrar que a Emenda Constitucional n. 19/98 não serviu apenas para reformular e inovar o texto constitucional; pretendeu, também, trazer uma nova concepção de Estado, de Administração Pública, de Serviços Públicos, de Agentes Públicos, etc. Não por acaso essa Emenda ficou conhecida como a Reforma Administrativa. Tal Reforma, portanto, trouxe consigo – além da ordinária alteração textual dos dispositivos constitucionais – a exigência da reformulação de conceitos e estruturas de Direito Público – sobretudo no campo do

¹³⁷ Conforme explicado em premissa introdutória a esse trabalho, importante não confundir o Direito de Reclamação do Usuário de Serviço Público com a chamada Reclamação Administrativa.

Direito Administrativo: reestruturação da máquina pública e de seus agentes, a criação de novos institutos jurídicos, ressignificação de antigos conceitos do direito administrativo, etc.¹³⁸

Dentre essas novas compreensões de conceitos, há uma que indubitavelmente recai sobre o Direito de Reclamação, haja vista ser seu elemento essencial: a noção de “usuário” de serviço público. Fundamental, com isso, o exame da amplitude desse conceito a partir do contexto da Administração Pública Gerencial e de um Estado de Direito Democrático.

Sendo assim, passa-se ao estudo desse Direito em seu contexto anterior e posterior à Emenda Constitucional n. 19/98 e das mudanças que daí derivaram, tal como a nova compreensão do conceito de “usuário”. Ao final do capítulo, complementar-se-á o estudo com a análise das legislações vigentes ao redor do país que já preveem esse direito – especialmente as de âmbito estadual – e com uma investigação a respeito da competência para legislar sobre o Direito de Reclamação; isto é, se haveria competência de cada ente federado para legislar sobre essa matéria de acordo com seu respectivo interesse – a regra no Direito Administrativo -, ou se trataria de competência privativa de algum dos entes federados - forma excepcional de repartição de competências no Direito Administrativo – como por exemplo o artigo 22, incisos II e XXVII e as competências específicas de serviços públicos.

3.1 A DELIMITAÇÃO JURÍDICA DO DIREITO DE RECLAMAÇÃO DO USUÁRIO DE SERVIÇO PÚBLICO ANTES E DEPOIS DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 19/98

3.1.1 A norma do parágrafo terceiro do artigo 37 no texto original da Constituição Federal de 1988

Inicialmente, destaca-se que o Direito de Reclamação não estava previsto nas Constituições pretéritas brasileiras. A Carta de 1988 inovou o direito brasileiro ao trazer essa previsão no parágrafo terceiro do artigo 37; a norma original desse dispositivo assim dispunha:

¹³⁸ Haja vista, nesse sentido, as dimensões “cultural” e de “gestão” da reforma administrativa, citadas por Luiz Carlos Bresser Pereira no Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado - abordadas no capítulo dois deste trabalho -, como indispensáveis para o sucesso da dimensão “institucional-legal” da reforma.

§ 3º As reclamações relativas à prestação de serviços públicos serão disciplinadas em lei. (Publicação Original) (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988).

Tal norma pode ser considerada, portanto, como o nascimento do chamado Direito de Reclamação do Usuário de Serviço Público no ordenamento jurídico brasileiro.¹³⁹

Segundo Adriana Schier, com ele a Constituição criou mais uma modalidade de controle dos serviços públicos em que os cidadãos seriam os legitimados de seu exercício. Argumenta a autora, ainda, que embora não houvesse vinculação expressa do direito de reclamação ao direito de participação, seria possível compreendê-lo como uma concretização do direito de participação do cidadão na esfera administrativa (2002, p. 172).¹⁴⁰

Em relação ao seu conceito, a autora aponta dois aspectos relevantes para uma melhor compreensão e dimensionamento desse direito:

(i) apresenta-se como uma forma de **controle social** da prestação dos serviços públicos e (ii) consubstancia-se como uma provocação da instância administrativa, que deve dar início a um **processo administrativo** com o objetivo de apurar as irregularidades referidas pelos cidadãos (SCHIER, 2002, p. 173) (grifo nosso).

Contudo, Mauricio Antonio Ribeiro Lopes refere que a redação original deste

¹³⁹ Importante referir que tal Direito de Reclamação específico não se confunde com outros instrumentos mais genéricos já presentes no ordenamento jurídico brasileiro há mais tempo, como o direito de petição e o processo administrativo.

¹⁴⁰ Haja vista o contexto histórico anterior à Constituição de 1988 e a grande influência da participação popular no processo de redemocratização do país e da construção do novo pacto político, esse “direito participativo do cidadão” na esfera pública foi um dos grandes privilegiados pelo constituinte originário naquele momento, sendo materializado de diversas formas no texto constitucional – uma delas na forma do parágrafo terceiro do artigo 37. Esse contexto eufórico de participação dos cidadãos nos assuntos públicos também pode ser verificado pelo grande número de trabalhos que abordam o tema da participação popular e da democracia na administração pública no período após a promulgação da Carta de 1988, especialmente na década de 1990. Em especial no campo do direito administrativo destacam-se: Cármen Lúcia Antunes Rocha (“Aspectos sociais do direito administrativo contemporâneo” de 1990; “Ação direta subsidiária de inconstitucionalidade: a legitimidade do cidadão brasileiro” de 1992; “Princípios constitucionais do processo administrativo no Direito brasileiro” de 1997); Carlos Ayres Britto (“Distinção entre ‘controle social do poder’ e ‘participação popular’” de 1992); Diogo de Figueiredo Moreira Neto (“Direito de Participação Política” de 1992); Maria Sylvia Zanella Di Pietro (“Participação popular na Administração Pública” de 1993); Caio Tácito (“O Retorno do Pêndulo: serviço público e empresa privada: o exemplo brasileiro” de 1995); Caio Tácito (“Direito Administrativo Participativo”, de 1997), Gustavo Justino de Oliveira (“As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro” de 1997); Fabiana de Menezes Soares (“Direito Administrativo de Participação: cidadania, direito, estado, município” de 1997); e Fernando H. Aguillar (“Controle social de serviços públicos” de 1999).

direito era “tímida” demais e impedia a defesa concreta de diversos direitos do cidadão diante de um Estado ineficiente e ímprobo (1998, p. 140). Ao propor a alteração desse dispositivo nos debates da Emenda Constitucional n. 19, o Deputado Moreira Franco também referiu que essa norma era deveras singela para um direito de grande importância aos cidadãos:

O tratamento dado pelo texto atual é singelo para uma questão tão relevante, ligada diretamente ao pleno exercício da cidadania pelos brasileiros, que pagam e têm direito de receber serviços públicos de qualidade, eficientes e que atendam às suas reais necessidades. Ademais, o usuário deve ter oportunidade de participar na elaboração de normas para a prestação dos serviços públicos que o afetem, assim como exercer o controle social sobre os atos da administração. (BRASIL. Diário da Câmara dos Deputados, 1997, p. 04170-04171).

Aliado a tal timidez e singeleza, o referido dispositivo apresentava uma outra problemática: dependia de regulamentação legislativa. Na classificação de José Afonso da Silva, tratava-se de uma “norma de eficácia limitada” (ou “reduzida”)¹⁴¹, ou seja, estava condicionada à edição de norma regulamentadora para gozar de plena eficácia: “as normas de eficácia limitada são de *aplicabilidade indireta, mediata e reduzida*, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a eficácia” (SILVA, 2004, p. 83) (itálico do autor).¹⁴² Nesse sentido, embora a norma *existisse* no mundo jurídico e fosse *válida* desde a promulgação da Constituição de 1988, lhe faltariam elementos para sua

¹⁴¹ “[...] são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado” (SILVA, 2004, p. 82-83).

¹⁴² A título de complementação, na classificação proposta por José Afonso da Silva, as “normas de eficácia limitada” subdividem-se ainda em: (a) normas de eficácia limitada declaratórias de princípios institutivos ou organizativos e (b) normas de eficácia limitada declaratórias de princípio programático. O Direito de Reclamação insculpido inicialmente no parágrafo terceiro do artigo 37 caracterizar-se-ia por ser uma “norma de eficácia limitada declaratória de princípio institutivo”, haja vista serem estas as normas “[...] *através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou instituições, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei*” (2004, p. 126) (itálico do autor). Estas “[...] têm conteúdo organizativo e regulativo de órgãos e entidades, respectivas atribuições e relações. Têm, pois, natureza organizativa; sua função primordial é a de esquematizar a organização, criação ou instituição dessas entidades ou órgãos” (2004, p. 124). Por outra banda, as “normas de eficácia limitada declaratórias de princípio programático”, seriam aquelas “[...] *normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado*” (2004, p. 138) (itálico do autor). Estas envolvem um conteúdo social e objetivam a interferência do Estado na ordem econômico-social, mediante prestações positivas, a fim de propiciar a realização do bem comum, através da democracia social (2004, p. 124).

completa *eficácia*.¹⁴³

Entretanto, até a promulgação da Emenda Constitucional n. 19/98, tal regulamentação não foi editada. Com isso, a inserção do usuário de serviço público por esse instrumento na esfera administrativa tanto na forma de controlador (*controle social*) como de provocador da esfera administrativa (*processo administrativo*) restara prejudicada e praticamente inexistente.¹⁴⁴

Contudo, na segunda metade da década de 1990, a partir das ideias de reformulação da estrutura estatal - em especial da estrutura da Administração Pública -, a prestação de serviços públicos e, conseqüentemente, a questão da qualidade da prestação, retornam à pauta de discussões públicas. O Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado (1995), por exemplo, embora destaque em inúmeras passagens a necessidade do melhor atendimento dos cidadãos por serviços públicos de qualidade, somente faz referência a um direito de reclamação do usuário de serviço público na seção “Projeto Cidadão”¹⁴⁵; nessa seção são elencados alguns objetivos, dos quais se destacam:

- implementação de sistema de recebimento de reclamações e sugestões do cidadão sobre a qualidade e a eficácia dos serviços públicos que demandam uma resposta pró-ativa da Administração Pública a respeito;
- implementação de sistema de informação ao cidadão a respeito do funcionamento e acesso aos serviços públicos, e quaisquer outros esclarecimentos porventura solicitados;
- na definição de qualidade do serviço, que deverá constar dos indicadores de desempenho, um elemento fundamental será o tempo de espera do cidadão para ser atendido; as filas são a praga do atendimento público ao cidadão. (BRASIL. Plano Diretor de Reforma do Estado, 1995, p. 61).

¹⁴³ “A norma constitucional dependente de legislação também entra em vigor na data prevista na constituição. Sua eficácia integral é que fica na dependência da lei integrativa. A distinção não é acadêmica. Tem conseqüências práticas de relevo. Pois tais normas, desde que entram em vigor, são aplicáveis até onde possam, devendo notar-se que muitas delas são quase de eficácia plena, interferindo o legislador ordinário tão-só para aperfeiçoamento de sua aplicabilidade” (SILVA, 2004, p. 130).

¹⁴⁴ Ressalta-se, por outro lado, que nessa primeira fase do Direito de Reclamação (até a Emenda Constitucional n. 19/98) surgira como alternativa para os usuários de serviços públicos o exercício do direito previsto no art. 7º, inciso IV, da Lei 8.987/95 - Lei Geral de Concessões e Permissões dos Serviços Públicos: “levar ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado”. Além dele tem-se a previsão constitucional da possibilidade de exercício do Direito de Petição no artigo 5º, XXXIV, “a”, para defesa genérica de direitos dos cidadãos.

¹⁴⁵ “Este projeto tem como objetivo aperfeiçoar as relações entre os órgãos da Administração Pública e os cidadãos, no âmbito de suas atribuições institucionais atendendo à diretriz do Projeto de Reforma do Estado, de locação das ações nas necessidades do cidadão [...]” (BRASIL. Plano Diretor de Reforma do Estado, 1995, p. 61).

Por outro lado, a Exposição de Motivos Interministerial n. 49 (de 18 de agosto de 1995) - referente à Proposta de Emenda Constitucional n. 173 -, não tratou especificamente do Direito de Reclamação, limitando-se a abordar, em diversas ocasiões, a questão da qualidade e do desempenho dos serviços públicos como um dos resultados esperados da reforma administrativa, bem como da ideia de eficiência e descentralização desses serviços:

O revigoramento da capacidade de gestão, de formulação e de implementação de políticas nos aparatos estatais será determinante para a retomada do desenvolvimento econômico e o atendimento às demandas da cidadania por um serviço público de melhor qualidade.

[...]

No difícil contexto do retorno à democracia, que em nosso país foi simultâneo à crise financeira do Estado, a Constituição de 1988 corporificou uma concepção de administração pública verticalizada, hierárquica, rígida, que favoreceu a proliferação de controles muitas vezes desnecessários. Cumpre agora, reavaliar algumas das opções e modelos adotados, assimilando novos conceitos que reorientem a ação estatal em direção à eficiência e à qualidade dos serviços prestados ao cidadão.

[...]

incorporar a dimensão da eficiência na administração pública: o aparelho de Estado deverá se revelar apto a gerar mais benefícios, na forma de prestação de serviços à sociedade, com os recursos disponíveis, em respeito ao cidadão contribuinte:

[...]

viabilizar o federalismo administrativo: a introdução de novos formatos institucionais para gestão em regime de cooperação dos serviços públicos, envolvendo a União, Estados, Distrito Federal e Municípios e a remoção de obstáculos legais à transferência de bens e de pessoas aprofundarão a aplicação dos preceitos do federalismo na administração pública, particularmente no que tange à descentralização dos serviços públicos:

[...]

ênfatisar a qualidade e o desempenho nos serviços públicos: a assimilação pelo serviço público da centralidade do cidadão e da importância da contínua superação de metas de desempenho, conjugada com a retirada de controles e obstruções legais desnecessários, repercutirá na melhoria dos serviços públicos. (BRASIL. Exposição de Motivos Interministerial n. 49, p. 26481) (grifos nossos).

Tal omissão sobre o Direito de Reclamação pode ser explicada caso se analise a Proposta de Emenda Constitucional n. 173, que deu origem à Emenda Constitucional n. 19. Verifica-se neste documento que não há qualquer menção de alteração do parágrafo terceiro do artigo 37 da Constituição Federal, quando de sua edição (ano de 1995). A reforma deste dispositivo constitucional somente veio a ser proposta posteriormente pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados, de relatoria do Deputado Moreira Franco.

Conforme Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira (1998, p. 109-110), essa

Comissão Especial instaurada pela Presidência da Câmara dos Deputados procurou ouvir, durante o processo de análise e apreciação da proposta de emenda, os mais diversos segmentos da sociedade - inclusive com uma linha telefônica com fax para manifestação dos cidadãos -, a fim de receber sugestões para a reforma desencadeada. Foram promovidas, também, treze audiências públicas para discutir os serviços públicos, além de ouvir outras autoridades brasileiras, como governadores, prefeitos, ministros, juristas, professores, pesquisadores e sindicalistas.

Nessa Comissão, então, propôs-se a alteração do parágrafo terceiro do art. 37, no sentido de que a lei determinasse as formas de participação do usuário na administração pública, direta e indireta, regulando especialmente:

[...] a audiência dos usuários na formulação das políticas públicas e na elaboração de disposições administrativas gerais que os afetem e sua atuação em colegiados cujas decisões lhes digam respeito; 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; o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X, e XXXIII; a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública (PEREIRA, 1998, p. 121).

Na sequência, o texto seguiu para o Senado Federal, onde o Senador Romero Jucá – designado Relator - opinou pela aprovação da proposta de emenda tal como recebida da Câmara. Após breves alterações e pareceres, a Proposta de Emenda à Constituição n. 41/97 (n. 173/95, na Câmara dos Deputados) teve seu texto final aprovado. Foram dois anos e meio de tramitação no Congresso para a aprovação da Reforma Administrativa (PEREIRA, 1998, p. 141).

Assim, em sua versão final, o artigo 3º da Emenda Constitucional n. 19¹⁴⁶ estabeleceu a alteração do parágrafo terceiro do artigo 37 da Constituição Federal, que passou a ter a seguinte disposição:

§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a

¹⁴⁶ Art. 3º O caput, os incisos I, II, V, VII, X, XI, XIII, XIV, XV, XVI, XVII e XIX e o § 3º do art. 37 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação, acrescendo-se ao artigo os §§ 7º a 9º: [...]. (BRASIL. Emenda Constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998).

avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988).

3.1.2 A alteração pela Emenda Constitucional n. 19/1998 e a nova compreensão do Direito de Reclamação do Usuário de Serviço Público

Como visto, a alteração do parágrafo terceiro do artigo 37 da Constituição Federal foi significativa. A norma que antes prescrevia apenas um direito aos cidadãos ampliou-se, passando a dispor sobre formas de participação dos usuários na administração pública e em especial as seguintes: no inciso I, além da positivação do Direito de Reclamação do Usuário de Serviço Público, previu-se, também, o direito de manutenção dos serviços de atendimento ao usuário e o direito de avaliação periódica da qualidade dos serviços; no inciso II foi acrescentado o direito de acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo¹⁴⁷; por fim, no inciso III acrescentou-se o direito de representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

Segundo o Relator da Comissão Especial da Câmara dos Deputados, Deputado Moreira Franco, essa nova norma prestigiaria o usuário e fortaleceria sua posição, de modo que se poderia atingir as seguintes finalidades: (i) tornar efetivas as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, com reflexos diretos na avaliação periódica da qualidade do serviço, do servidor e da administração; (ii) instituir meios que coíbam o exercício negligente, insuficiente ou abusivo do cargo, emprego ou função na administração pública; (iii) disciplinar a audiência dos usuários na formulação de políticas públicas e na elaboração de disposições administrativas gerais que os afetem. Ao final o Deputado ainda ressaltou a importância da participação da Defensoria Pública nesse novo cenário, a fim de promover a defesa dos direitos individuais do usuário necessitado (BRASIL. Diário da Câmara dos Deputados, 1997, p. 04171).

¹⁴⁷ Haja vista, por exemplo, a relevância deste inciso II após a publicação da Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011 – Lei de Acesso à Informação.

Já Diogo de Figueiredo Moreira Neto aponta que o novo dispositivo permite:

[...] englobar não apenas os *serviços públicos*, mas *todas as prestações administrativas*, diretas ou indiretas e para abranger não apenas as *reclamações* mas *quaisquer outras formas de participação* dos usuários que o legislador houver por bem de instituir [...] (1999, p. 64) (itálico do autor).

Importante essa compreensão trazida pelo autor, haja vista que a norma do parágrafo terceiro do artigo 37 é bastante clara no sentido de elencar apenas algumas formas de participação dos cidadãos na Administração Pública, sem qualquer pretensão de defini-las exaustivamente. Em outras palavras, os incisos que o seguem constituem apenas um rol exemplificativo de formas de participação popular.

Por outro lado, Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira (1998, p. 192) aduz que, embora o dispositivo (parágrafo terceiro do artigo 37, CF) tenha ampliado o processo de participação popular no exercício da cidadania, este ficara restrito à administração direta e indireta, o que poderia trazer algum embaraço às chamadas Organizações Sociais. Destaca negativamente, também, que não houve a previsão de audiências prévias da coletividade como forma de participação nos serviços públicos.

Mais especificamente sobre o inciso I, do parágrafo terceiro do artigo 37, e sobre o novo formato do Direito de Reclamação do Usuário de Serviço Público, podem ser destacadas algumas semelhanças e diferenças com a antiga norma.

Uma das diferenças mais significativas deste primeiro inciso é destacada por Mauricio Antonio Ribeiro Lopes: as avaliações periódicas sobre a qualidade dos serviços prestados:

As formas de efetivação do direito à reclamação incluem, precipuamente, a existência de um serviço de atendimento ao usuário, de natureza obrigatória, e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços a ser definida em lei, quer quanto ao período dentro do qual deve se realizar, quer quanto às formas de avaliação, desde que sejam internas ao próprio serviço e por meio de auditorias externas. Claro que a avaliação deve visar, primordialmente, a observância aos princípios do art. 37, *caput*: legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência. (LOPES, 1998, p. 141) (itálico do autor).

Isso significa que além do Direito de Reclamação – destacado na primeira parte do inciso – esse dispositivo contempla outros dois direitos do usuário que têm

por função o fomento de sua participação na administração pública: (a) o direito da manutenção dos serviços de atendimento ao usuário; e (b) o direito de avaliar a qualidade do serviço.¹⁴⁸

Os três direitos analisados conjuntamente configuram-se como elementos fundamentais de um “direito mais amplo”, qual seria o “direito de ação/atuação dos usuários na gestão dos serviços públicos”, que se concretizaria na existência de canais especializados de atendimento aos usuários de serviços públicos que os permitissem não somente a reclamação da prestação de serviços, mas também a avaliação da qualidade desses serviços. Assim, o referido dispositivo enseja a atuação do usuário não apenas em um sentido de “contestador” ou de “reclamante” da prestação do serviço, mas também incluindo a noção de avaliador do serviço de modo a minimizar possíveis falhas na prestação. Isto significa uma atuação não apenas *curativa* ou *reativa*, mas também *preventiva*.¹⁴⁹

Importante ressaltar, também, que o próprio exercício do Direito de Reclamação está estreitamente ligado a esses outros dois direitos do inciso I, haja vista que: (1) para que seja possível seu ajuizamento na via administrativa, fundamental é a existência de canais, de preferência especializados, que permitam o recebimento das reclamações dos usuários; (2) a partir do regular processamento da reclamação do usuário sobre o serviço público, sua conclusão servirá como um importante mecanismo de avaliação do serviço público reclamado, contribuindo para o processo de aperfeiçoamento da prestação do serviço.

Isso significa que para que o Direito de Reclamação goze de máxima efetividade, indispensável será a combinação dos outros dois direitos do inciso I: o primeiro de caráter instrumental, isto é, que viabilizará o processamento da

¹⁴⁸ Ao tratar da íntegra do parágrafo terceiro do artigo 37, da Constituição Federal, José dos Santos Carvalho Filho adota semelhante entendimento, não citando, todavia, o direito de reclamação como um direito derivativo desse dispositivo constitucional: “A EC nº 19/1998, concernente à reforma administrativa do Estado, detalhou, com mais elementos, o art. 37, §3º, da CF, prevendo a instituição de lei que contemplará: (a) a participação do usuário na administração direta e indireta; (b) a manutenção de serviços de atendimento ao usuário; (c) a avaliação periódica da qualidade dos serviços; (d) o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo; (e) a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo do cargo, emprego ou função na administração pública” (2014, p. 349).

¹⁴⁹ Poder-se-ia identificar neste dispositivo as duas linhas evolutivas que Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1999) ressaltou como as principais da Reforma Administrativa no plano jurídico: (i) a evolução do reforço de uma administração *consensual* sobre uma administração *imperativa*, enfatizando a ideia de participação e de negociação dos privados com o Estado em contraponto à antiga ideia de Administração Pública unilateral, hierarquizada e linear; e (ii) a evolução da administração *desagregada* para a administração *coordenada*, destacando-se a faceta da colaboração que permite o aproveitamento das potencialidades do setor privado na relação com o setor público.

reclamação, e um segundo de caráter avaliativo, já que a reclamação redundará em uma avaliação administrativa a respeito de determinado serviço público que poderá contribuir para correção de eventuais problemas e, conseqüentemente, para a melhoria de sua prestação.

Feita essa importante observação, o presente trabalho concentrar-se-á daqui por diante especificamente sobre a primeira parte do inciso I do parágrafo terceiro do artigo 37; isto é, sobre o Direito de Reclamação do Usuário de Serviço Público.

Embora a norma original permitisse uma interpretação do Direito de Reclamação como uma concretização do direito de participação popular na Administração Pública, a partir da alteração constitucional de 1998 tal condição tornou-se expressa no texto da norma: “A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988). Entretanto, a configuração como um instrumento de participação dos cidadãos no Poder Público não se deve exclusivamente à presença do termo “participação” no corpo da norma, tal como o referido dispositivo apresenta. Para que esse conceito não seja utilizado apenas de forma retórica pelo legislador, importante sua análise mais apurada, o que será objeto do próximo capítulo. Dessa forma, pode-se considerar que ao menos retoricamente o Direito de Reclamação do Usuário de Serviço Público passou a ser expressamente um instrumento de participação popular na Administração Pública.

No entanto, há mudanças que, embora não explícitas na nova norma, podem ser identificadas a partir do novo paradigma posto já com a Constituição de 1988, mas reforçados ainda mais pela Reforma Administrativa de 1998. Tais mudanças influem diretamente no Direito de Reclamação, haja vista incidirem sob seus dois pontos fundamentais: o conceito de “usuário” de serviço público e a noção de “serviço público”. O primeiro será objeto de análise no tópico seguinte; sobre o segundo, cabe destacar as lições trazidas na Primeira Parte deste trabalho, em especial no Segundo Capítulo quando foram abordadas as inúmeras alterações no regime de prestação de serviços públicos ocorridas no país principalmente na década de 1990. Verificou-se um fluxo constante de transmissão da execução (delegações) de diversos serviços à iniciativa privada - além de outros

instrumentos¹⁵⁰ - que ensejaram uma revisitação do conceito de “serviços públicos”.¹⁵¹

Tratando, também, de novos “conceitos” oriundos da Reforma Administrativa, José Tarcízio de Almeida Melo (2000) alerta para a introdução no Direito Administrativo das noções de eficiência¹⁵² e “accountability”¹⁵³, as quais impactam diretamente sobre a prestação de serviços públicos e, conseqüentemente, sobre a amplitude do Direito de Reclamação:

Quando se trata da qualidade do serviço público [...] distinguem-se diferentes critérios para a avaliação, na iniciativa privada e no setor público, mas a avaliação do usuário é o último crivo, incorporando à meta da eficiência o conceito de *accountability* (MELO, 2000, p. 84) (itálico do autor).

Esse entendimento é corroborado por Emerson Gabardo. Em monografia específica sobre o Direito Constitucional da Eficiência Administrativa, o autor defende a utilização do Direito de Reclamação também no tocante à prestação ineficiente de serviços públicos aos cidadãos, haja vista o caráter imperativo desse princípio à atividade administrativa e, em especial, aos serviços públicos (2002, p. 106).

Em síntese, portanto, poder-se-ia identificar que a Emenda Constitucional n. 19/98 trouxe inúmeras mudanças ao parágrafo terceiro do artigo 37, mas em especial ao Direito de Reclamação; foram elas: (a) a configuração expressa desse Direito como uma forma de participação popular na Administração Pública (ao menos retoricamente); (b) a resignificação das noções de “usuário” de serviço público e de “serviço público” no contexto pós Reforma Administrativa; (c) a influência de outros conceitos trazidos pela Reforma Administrativa, como as noções de eficiência e “accountability”, sobre os serviços públicos e sua prestação.

Por fim, com relação à eficácia desse direito percebe-se semelhança entre a

¹⁵⁰ Decorrentes da própria Emenda Constitucional n. 19/98 destacam-se as Organizações Sociais (“processo de publicização”) e os Contratos de Gestão (art. 37, §8º, CF); já mais recentemente destacam-se a Lei 11.079/2004 (Lei das Parcerias Público-Privadas) e a Lei 12.462/2011 (Lei do Regime Diferenciado de Contratação).

¹⁵¹ Para fins do presente trabalho parte-se do conceito de serviço público definido na Introdução.

¹⁵² Embora a noção de “eficiência” já estivesse introduzida no Direito brasileiro antes da Emenda Constitucional n. 19/98, em especial na questão da gestão orçamentária – art. 74, II, CF -, a sua positivação no artigo 37, *caput*, da CF - como um princípio norteador de todo agir administrativo – foi uma novidade trazida pelo constituinte derivado.

¹⁵³ O termo “accountability” não apresenta tradução exata para a língua portuguesa, mas no campo da Administração Pública é utilizado regularmente com diversos sentidos: responsabilização, responsabilidade ética, prestação de contas, dever de transparência e fiscalização.

condição que lhe foi conferida pelo constituinte derivado com aquela atribuída pela Constituição original de 1988. Assim, o Direito de Reclamação continua a ser uma norma de eficácia limitada; vale dizer, novamente esse direito está atrelado à necessidade de regulamentação infraconstitucional.

Detalhe importante: a Emenda Constitucional n. 19, em seu art. 27, impunha ao Congresso Nacional o dever de elaborar no prazo de cento e vinte dias da promulgação da emenda uma Lei de Defesa do Usuário de Serviços Públicos:

Art. 27. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação desta Emenda, elaborará lei de defesa do usuário de serviços públicos. (BRASIL. Emenda Constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998).

Verificando-se que tal diploma até a presente data não foi editado, pode-se perceber que o atraso do Congresso Nacional foi muito além do previsto no artigo supracitado. Como consequência, alguns autores sustentam a possibilidade da utilização de outros mecanismos legais já previstos no ordenamento brasileiro para defesa no âmbito administrativo dos cidadãos com relação à prestação dos serviços públicos. É o tema a ser debatido no próximo tópico.

3.1.2.1 A defesa do usuário de serviço público em âmbito administrativo e a legislação pátria vigente

A relação entre usuários e os serviços públicos não está apenas protegida pelo disposto no parágrafo terceiro do artigo 37. A Constituição Federal e o ordenamento jurídico infraconstitucional vigente estabelecem outros mecanismos legais para que os usuários possam externar suas insatisfações com a prestação dos serviços públicos em âmbito administrativo.

Sendo assim, alguns autores defendem a utilização de tais instrumentos legais, de forma supletiva, enquanto não seja editada a norma regulamentadora de Defesa dos Usuários de Serviços Públicos ou, mais especificamente, do Direito de Reclamação. Assim, no intuito de proteção dos usuários de serviços públicos destacam-se as Leis de Processo Administrativo (em âmbito federal a Lei n. 9.784/99), o já referido artigo 7º, inciso IV, da Lei n. 8.987/95, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor no âmbito dos Serviços Públicos (com as devidas restrições), as Resoluções das Agências Reguladoras e o Direito de Petição (art. 5º,

XXXIV, “a”, CF).

a) Leis de Processo Administrativo:

Considerado em sua faceta mais clara, o Direito de Reclamação do Usuário de Serviço Público traduz-se em uma espécie de processo administrativo. Nesse sentido, não havendo lei específica que preveja o iter processual do Direito de Reclamação, poderiam os usuários utilizarem-se na esfera administrativa de instrumento mais genérico, de forma supletiva, a fim de externarem suas reclamações com relação aos serviços públicos às autoridades competentes. Isso significa a possibilidade de utilização das leis de processo administrativo que cada ente federado dispõe no seu âmbito de competência para defesa desses direitos do cidadão.

Tomando-se como exemplo a Lei Federal de Processo Administrativo – Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999 –, denota-se que esse diploma legal se destina a propor normas básicas de processo administrativo “visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração” (art. 1º) (BRASIL. Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999). Percebe-se que a lei não especifica quais são esses “direitos dos administrados”, de modo que se pode pressupor por sua utilização na seara dos serviços públicos.

Ainda, ao tratar dos interessados para proporem um processo administrativo, a lei define uma legitimidade bastante ampla para o requerimento inicial (arts. 9º e 10):

Art. 9º São legitimados como interessados no processo administrativo:

I - pessoas físicas ou jurídicas que o iniciem como titulares de direitos ou interesses individuais ou no exercício do direito de representação;

II - aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada;

III - as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos;

IV - as pessoas ou as associações legalmente constituídas quanto a direitos ou interesses difusos.

Art. 10. São capazes, para fins de processo administrativo, os maiores de dezoito anos, ressalvada previsão especial em ato normativo próprio. (BRASIL. Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999).

Dessa forma, pode-se concluir que em caso de possível aplicação dessa legislação – âmbito da administração pública federal – estará o usuário legitimado a propor sua reclamação em relação ao serviço público na forma e condições que esse diploma preceitua.

Contudo, há que se fazer uma importante observação com relação às normas aplicáveis nos casos de utilização das Leis de Processo Administrativo, bem como às competências constitucionais em matéria de serviços públicos.

Verificada a necessidade do usuário de apresentar sua Reclamação perante a Administração Pública e optando por utilizar supletivamente das Leis de Processo Administrativo, deverá ele atentar para regras básicas de competência previstas na Constituição Federal. Isso porque as normas de processo administrativo podem ser editadas por qualquer dos entes federados, dentro de seus âmbitos de atuação. Já os serviços públicos tem sua repartição de competências definida pela Constituição Federal de duas formas: ou cada serviço está reservado à competência privativa de um ente federado ou está definido como de competência comum entre todos os entes¹⁵⁴.

Dessa forma, por exemplo, somente o usuário poderá usar a referida Lei Federal de Processo Administrativo (Lei n. 9.784/99), caso esteja opondo-se contra a prestação de um serviço público de competência da União, privativa ou comum¹⁵⁵, (ex: serviço postal¹⁵⁶). Por outra banda, se se destina a apresentar reclamação contra, por exemplo, o serviço de transporte coletivo, o usuário deverá atentar para o fato que este serviço é de competência reservada aos Municípios (art. 30, V, CF¹⁵⁷); sendo assim, deverá utilizar-se de uma lei de processo administrativo do município competente pelo serviço.

Portanto, caso o usuário queira utilizar-se das Leis de Processo Administrativo para exercer seu Direito de Reclamação deverá atentar-se para duas regras de competência a fim de saber qual a autoridade será competente para processar a Reclamação: (a) identificar qual é o ente federado titular do serviço

¹⁵⁴ No caso de serviço público de competência comum aos entes federativos, fundamental será a relevância do critério de extensão territorial dos interesses: “De fato, tratando-se de serviço que abranja toda a extensão territorial do país, deverá ele ser prestado pela União. Se abranger todo o Estado, ultrapassando, pois, os limites municipais, deve ser prestado por aquele. E aos Municípios caberá prestar aqueles que sejam de interesse local e, portanto, dentro dos seus limites territoriais” (CARVALHO FILHO, 2014, p. 336).

¹⁵⁵ Se a competência do serviço for comum deverá ser analisado qual é o ente titular daquele serviço reclamado no caso concreto.

¹⁵⁶ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

V - serviço postal; (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988).

¹⁵⁷ Art. 30. Compete aos Municípios:

[...]

V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial; (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988).

público reclamado; (b) verificada tal competência, utilizar-se da lei de processo administrativo do respectivo ente federado.

b) Artigo 7º, IV, Lei n. 8.987/95 (Lei Geral de Concessões e Permissões de Serviços Públicos):

A Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, destinou-se a regulamentar normas gerais de concessões e permissões de serviços públicos enunciadas no artigo 175, da Constituição Federal¹⁵⁸. Essa Lei – também chamada de “Lei Geral das Concessões e Permissões” -, em consonância com o art. 175, parágrafo único, inciso II, da Carta Magna¹⁵⁹, previu em seu artigo 7º, os “direitos e obrigações dos usuários”.

Art. 7º. Sem prejuízo do disposto na Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários:

I - receber serviço adequado;

II - receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos;

III - obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviços, quando for o caso, observadas as normas do poder concedente. (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

IV - levar ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado;

V - comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço;

VI - contribuir para a permanência das boas condições dos bens públicos através dos quais lhes são prestados os serviços. (BRASIL. Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995).

Dentre esses direitos/deveres, destaca-se o comando normativo do inciso IV deste artigo: “levar ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado”. Como se percebe, essa previsão guarda estreita semelhança com o Direito de Reclamação, permitindo que o usuário possa concretizar sua reclamação por meio desse dispositivo.¹⁶⁰

¹⁵⁸ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988).

¹⁵⁹ Parágrafo único. A lei disporá sobre:

[...]

II - os direitos dos usuários; (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988).

¹⁶⁰ A título de observação, importa destacar que a grande parte dos autores trata de forma diferente os incisos do art. 7º, da Lei n. 8.987/95. Os primeiros três incisos seriam “direitos”, ao passo que os demais seriam “deveres” dos usuários. Seguem esse entendimento, por exemplo, Odete Medauar (2014) e José dos Santos Carvalho Filho (2014). Essa diferença é relevante para Toshio Mukai (2002,

Dúvida, contudo, há quanto à extensão desses direitos previstos no referido dispositivo, no sentido de saber se, por exemplo, usuários de serviços de prestação exclusiva pelo Estado¹⁶¹ estariam protegidos pela Lei n. 8.987/1995 ou se a eles não se aplicariam suas disposições (em especial o inciso IV do artigo 7º).

Assim, caso se conclua pela aplicabilidade desses direitos/deveres dos usuários somente aos serviços objetos de concessão ou permissão¹⁶², o usuário não poderia utilizar-se desse comando normativo para fundamentar sua reclamação quando: (a) o serviço seja de prestação exclusiva pelo Estado; ou, então, (b) o serviço, embora não seja de prestação exclusiva do Estado, não esteja delegado a terceiro.

Todavia, caso opte-se por uma interpretação mais extensiva da aplicabilidade Lei 8.987/1995, conclui-se que a qualquer usuário de serviço público é possível a utilização do art. 7º, IV, para fundamentar suas reclamações sobre o serviço, estando ou não este serviço sob regime de concessão/permissão.

Por fim, importante colacionar o posicionamento de Fernando H. Aguillar (1999) sobre os dispositivos da Lei 8.987/95 que acentuam o papel usuário. Para o autor, embora o fortalecimento da figura do usuário possa ocorrer tanto de forma informal (organização espontânea da coletividade para pressionar o poder público), quanto de forma institucional (outorga de poderes a representantes comunitários, a entidades de bairro, associações de usuários ou algo semelhante, para que possam interferir no processo decisório de modo oficial), a opção que prevaleceu para a Lei n. 8.987/95 foi apenas por meio da primeira hipótese:¹⁶³

p. 26-28), pois este autor entende ser inconstitucional a previsão de “deveres” aos usuários, já que a norma constitucional prevê apenas a necessidade de definição de “direitos dos usuários” (art. 175, parágrafo único, II, CF); dessa forma, o autor explica que a única forma de considerá-los constitucionais é se interpretá-los como “direitos dos usuários”, embora sua aparência seja de “deveres”.

¹⁶¹ Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 712) os serviços em que a prestação é obrigatória e exclusiva do Estado – isto é, não podem ser prestados por concessão ou permissão – são os de *serviço postal* e de *correio aéreo nacional*, que resultam do artigo 21, X, CF (Art. 21. Compete à União: [...] X - manter o serviço postal e o correio aéreo nacional;). José dos Santos Carvalho Filho, partindo de um conceito mais amplo de serviço público do que o utilizado neste trabalho, acrescentaria ainda nessa categoria os serviços de defesa nacional, segurança interna, fiscalização de atividades e serviços assistenciais (2014, p. 331).

¹⁶² Esse é o entendimento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto: “Observa-se, porém, que já existe previsão de uma lei *de competência da União* em hipótese bem mais restrita, quando estiverem em jogo os *direitos dos usuários* derivados de uma relação concessional ou permissional com o prestador de serviços, nesta hipótese, em virtude da reserva expressa do art. 175, II, da Constituição” (1999, p. 64-65) (itálico do autor).

¹⁶³ O autor confere pouca relevância a instrumentos como o Direito de Reclamação do Usuário de Serviço Público – ou como o direito/dever do art. 7º, IV, da Lei 8.987/95 – tendo em vista que, no seu

A Lei 8.987/95 perpetua uma forma de controle em que os maiores interessados não são nunca ouvidos, ao menos por caminhos institucionais. Nenhuma previsão de realização de audiências públicas periódicas para influenciar no processo deliberativo. Nenhum poder de fato aos cidadãos para, organizados em associações ou representantes escolhidos democraticamente, interferirem nas tomadas de decisão. (1999, p. 250).

c) Aplicação subsidiária do Código de Defesa do Consumidor no âmbito dos Serviços Públicos:

Outra alternativa que vem sendo discutida para suprir a falta da referida legislação é a utilização do Código de Defesa do Consumidor para defesa dos usuários de serviços públicos.

Essa possibilidade, segundo Alexandre Aragão, é decorrência clara do movimento de liberalização econômica da década oitenta e seguintes, de modo que somente em um “serviço público liberalizado” poder-se-ia cogitar da aplicação, em maior ou menor grau, do direito comum de proteção dos consumidores (2008, p. 3). Um dos argumentos trazidos pelo autor diz respeito à inserção da concorrência na prestação de serviços públicos, a qual permitiu que o mercado passasse a reger, ao menos em parte, essas atividades, sendo imperioso, portanto, a utilização do Código de Defesa do Consumidor ainda que de modo parcial (2008, p. 5).

No direito positivo essa possibilidade é tratada em diversos dispositivos legais, destacando-se o *caput* do artigo 7º, da Lei n. 8.987/95¹⁶⁴ – anteriormente tratado - e os artigos do próprio Código do Consumidor: art. 2º (noção ampla de consumidor); art. 3º (fornecedor como pessoa de direito público); art. 4º, VII (racionalização e melhoria dos serviços públicos como princípio da Política Nacional das Relações de Consumo); art. 6º, X (a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral como direito básico do consumidor); e art. 22 (exigência da prestação de serviços adequados, eficientes, seguros e contínuos pelos órgãos públicos ou por suas empresas, concessionárias ou permissionárias). Tais dispositivos referem expressamente a incidência do código consumerista nas relações dos serviços públicos.

Entretanto, na doutrina embora haja consenso sobre a aplicação subsidiária

entendimento, o controle social sobre os serviços públicos só ocorre quando há poder real e efetivo à população para interferir nos processos decisórios relativos à prestação de serviços públicos.

¹⁶⁴ Art. 7º. Sem prejuízo do disposto na Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários: [...]. (BRASIL. Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995).

do CDC, há debate quanto à extensão dessa aplicação.

José dos Santos Carvalho Filho (2014, p. 350), por exemplo, defende uma aplicabilidade mais ampla desse Código, já que compreende o usuário como um “consumidor de serviços”, o qual mereceria em razão disso a proteção do diploma consumerista.

Cláudia Lima Marques explica que uma interpretação literal da norma do art. 22, do CDC, implicaria excluir a aplicação desse Código aos serviços chamados “uti universi”, ou seja, aqueles prestados a todos os cidadãos com os recursos arrecadados em impostos. Nesse sentido, a autora afasta da aplicação do Código consumerista os serviços públicos gratuitos, como aqueles relacionados com o ensino (como escolas ou universidades públicas). Em contrapartida, aqueles serviços prestados em virtude de um vínculo contratual – e não meramente cívico – entre consumidor e o órgão público ou concessionário estariam sujeitos ao CDC (ex: serviços públicos referentes ao fornecimento de água, energia elétrica, gás, telefonia, transportes públicos, financiamento, construção de moradias populares, etc.). (MARQUES E OUTROS, 2013).

Leonardo Roscoe Bessa apresenta semelhante entendimento, pois considera que uma interpretação coerente do CDC é aquela que atenta para dois aspectos do serviço em análise: remuneração específica do serviço e a noção de mercado de consumo. Dessa forma, aqueles serviços prestados pelo Estado que não são próprios do mercado – iluminação pública, saneamento, conservação e limpeza de logradouros¹⁶⁵ e bens públicos, educação e saúde – estariam descobertos do raio de incidência das normas consumeristas. Já aqueles serviços inseridos no mercado de consumo e que guardem correspondência entre o valor pago e o serviço prestado – serviço, portanto, divisível e mensurável individualmente – estão sujeitos ao CDC (ex: telefonia, transporte coletivo, energia elétrica, água). (BENJAMIN E OUTROS, 2013).

Partindo também da separação entre serviços públicos “uti singuli” e serviços públicos “uti universi” para definição do raio de aplicação do CDC, Bruno Miragem (2016, p. 195), seguindo dos ensinamentos de Adalberto Pasqualotto, explica que

¹⁶⁵ Deve-se ter cuidado para não confundir a limpeza de logradouros públicos – que se trata de serviço “uti universi” – com a coleta de lixo domiciliary – que é serviço “uti singuli”. Sobre essa última, inclusive, atenção à Súmula Vinculante n. 19: “A taxa cobrada exclusivamente em razão dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis não viola o artigo 145, II, da Constituição Federal” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Súmula Vinculante n. 19, de 10 de novembro de 2009).

poderá haver aplicação do CDC quando o serviço em questão permita a existência de agente de uma relação de aquisição remunerada do respectivo serviço, individualmente e de modo mensurável. Isto é, quando se tratar de serviços “uti singuli”: transporte público, energia elétrica, telefonia, etc. Do contrário, nos serviços públicos custeados pelo esforço geral, através da tributação, em que são percebidos coletivamente, sem possibilidade de mensuração ou determinação de graus de utilização (serviços “uti universi”, tais como iluminação pública, limpeza de logradouros públicos, saneamento básico e os serviços de ensino e saúde prestados por estabelecimentos públicos), não há se falar na aplicação desse Código.^{166 e 167}

Complementa o autor que fundamental para definição do usuário como consumidor será o seu enquadramento nas normas do código consumerista, principalmente no que diz respeito à configuração de um “destinatário final” (art. 2º) e abrangido pelo princípio da vulnerabilidade do consumidor (art. 4º) (MIRAGEM, 2016, p. 196). Isso significa que embora a legislação utilize a expressão “usuário” de forma genérica, abrangendo situações de “destinatários intermediários” e de “grandes consumidores”, nesses casos não haverá se falar em relação consumerista e estará afastada a aplicação do CDC.

Celso Antônio Bandeira de Mello, partindo da diferença de regimes jurídicos entre as categorias – *usuário*, relação de direito público, e *consumidor*, relação de direito privado - apresenta outra restrição à aplicação do referido Código. Aduz que caso esta aplicação afronte prerrogativas indeclináveis do Poder Público ou suas eventuais repercussões sobre o prestador do serviço (concessionário ou permissionário), restará impossibilitada a utilização do CDC (2015, p. 771).

Já Marçal Justen Filho, entretanto, adota entendimento ainda mais restrito sobre a aplicabilidade da tal diploma legal. Afirma o autor que na seara dos serviços públicos vige uma espécie de solidariedade entre os usuários, de modo que nenhum deles poderia exigir vantagens especiais cuja fruição acarretasse a inviabilização de oferta do serviço em favor de outros sujeitos (2010, p. 711). Nesse ponto, portanto, o autor compreende mais um fator de limitação da aplicação do CDC ao regime dos

¹⁶⁶ Tal posicionamento exposto por Adalberto Pasqualotto – no artigo “Os Serviços Públicos no Código de Defesa do Consumidor”, de 1992 – é também defendido por Celso Antônio Bandeira de Mello (2015), Irene Patrícia Nohara (2011), entre outros.

¹⁶⁷ Há, contudo, divergência quanto ao entendimento da aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços remunerados por taxa, a qual embora seja passível de mensuração individual, por ser divisível e específica, tem natureza compulsória, podendo então ser cobrada mesmo sem o consumo efetivo.

serviços públicos.¹⁶⁸

Cesar A. Guimarães Pereira (2006, p. 41) chama a atenção para outra restrição de aplicação do CDC nesse âmbito. Afirma que no caso de serviços públicos monopolizados, em que a liberdade do prestador é menor e o controle público é mais intenso diante da ausência de competição, a posição jurídica do usuário tende a ser integralmente disciplinada segundo critérios públicos, com aplicação nenhuma ou modesta de noções atinentes às relações de consumo.

A falta de uma legislação específica que promova a defesa dos usuários de serviços públicos aliada ao processo de desestatização da máquina pública brasileira resultaram no estabelecimento de relações jurídicas entre cidadãos e empresas prestadoras de serviços públicos - muitas delas de direito privado – e sua consequente judicialização. Com isso, em razão da mora legislativa, o Judiciário foi chamado para dirimir tais conflitos.

O Superior Tribunal de Justiça vem adotando em algumas ocasiões a aplicação do Código consumerista no âmbito dos serviços públicos, especialmente: usuários de serviços de distribuição domiciliar de água potável (REsp n. 263.229¹⁶⁹); usuários pagantes de pedágio pela manutenção de rodovias (REsp n. 467.883¹⁷⁰); usuários de correios (REsp n. 527.137¹⁷¹); usuários dos serviços de

¹⁶⁸ Contudo, essa diferenciação entre usuários já foi considerada como legítima pelo Superior Tribunal de Justiça no caso do fornecimento de água, conforme a Súmula n. 407: “É legítima a cobrança da tarifa de água, fixada de acordo com as categorias de usuários e as faixas de consumo” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Súmula 407).

¹⁶⁹ ADMINISTRATIVO. EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE FORNECIMENTO DE ÁGUA. RELAÇÃO DE CONSUMO. APLICAÇÃO DOS ARTS. 2º E 42, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. 1. Há relação de consumo no fornecimento de água por entidade concessionária desse serviço público a empresa que comercializa com pescados. 2. A empresa utiliza o produto como consumidora final. 3. Conceituação de relação de consumo assentada pelo art. 2º, do Código de Defesa do Consumidor. 4. Tarifas cobradas a mais. Devolução em dobro. Aplicação do art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor. 5. Recurso provido. (REsp 263.229/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/11/2000, DJ 09/04/2001, p. 332).

¹⁷⁰ Concessionária de rodovia. Acidente com veículo em razão de animal morto na pista. Relação de consumo. 1. As concessionárias de serviços rodoviários, nas suas relações com os usuários da estrada, estão subordinadas ao Código de Defesa do Consumidor, pela própria natureza do serviço. No caso, a concessão é, exatamente, para que seja a concessionária responsável pela manutenção da rodovia, assim, por exemplo, manter a pista sem a presença de animais mortos na estrada, zelando, portanto, para que os usuários trafeguem em tranquilidade e segurança. Entre o usuário da rodovia e a concessionária, há mesmo uma relação de consumo, com o que é de ser aplicado o art. 101, do Código de Defesa do Consumidor. 2. Recurso especial não conhecido. (REsp 467.883/RJ, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/06/2003, DJ 01/09/2003, p. 281).

¹⁷¹ ADMINISTRATIVO. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. NATUREZA ADMINISTRATIVA. 1. Contrato de prestação de serviços firmado, após procedimento licitatório, entre a ECT e as recorrentes para a construção de duas agências dos Correios. Paralisação das obras. Alegação de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Natureza da relação jurídica contratual entre a Empresa Brasileira

telecomunicação (REsp n. 976.836¹⁷²); usuários dos serviços de energia elétrica

de Correios e Telégrafos e as Construtoras prestadoras de serviços. 2. Pleito recursal visando a aplicação das normas de Direito Privado relativas ao Direito do Consumidor com o objetivo de evitar prática contratual considerada abusiva 3. A ECT é empresa pública que, embora não exerça atividade econômica, presta serviço público da competência da União Federal, sendo por esta mantida. 4. O delineamento básico da Administração Pública brasileira, seja direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, restou estabelecido no art. 37 da Constituição Federal, que no seu inciso XXI, fixou a licitação como princípio básico a ser observado por toda a Administração Pública. 5. A Lei de Licitações e Contratos estabelece que o contraente poderá servir-se das cláusulas exorbitantes do direito privado para melhor resguardar o interesse público. É de sabença que as cláusulas exorbitantes são as que inexistem no Direito Privado e permitem ao Poder Público alterar as condições de execução do contrato, independentemente da anuência do contratado. 6. À luz do art. 37, XXI, da Constituição Federal, a natureza do vínculo jurídico entre a ECT e as empresas recorrentes, é de Direito Administrativo, sendo certo que a questão sub judice não envolve Direito Privado, tampouco de relação de consumo. Aliás, apenas os consumidores, usuários do serviço dos correios é que têm relação jurídica de consumo com a ECT. 7. Consoante o acórdão a quo, a empresa contratada não logrou demonstrar qualquer ilegalidade cometida pela ECT em face da legislação que rege os contratos públicos quando da licitação, ou o efetivo desequilíbrio econômico na execução da obra, matéria esta que não pode ser revista nesta instância extraordinária, ante o óbice da súmula 07. Sob essa ótica, resvala a tese sustentada pelas empresas recorrentes no sentido de que o acórdão recorrido malferiu os artigos 6º, 29 e 51 do Código de Defesa do Consumidor, mercê de burlar as regras de revisão contratual destinadas ao equilíbrio financeiro do ajuste firmado entre as partes. 8. Recurso especial desprovido. (REsp 527.137/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/05/2004, DJ 31/05/2004, p. 191).

¹⁷² PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. ADMINISTRATIVO. SERVIÇO DE TELEFONIA. DEMANDA ENTRE CONCESSIONÁRIA E USUÁRIO. PIS E COFINS. Repercussão jurídica do ônus financeiro aos usuários. FATURAS TELEFÔNICAS. LEGALIDADE. DISPOSIÇÃO NA LEI 8.987/95. POLÍTICA TARIFÁRIA. LEI 9.472/97. TARIFAS DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. AUSÊNCIA DE OFENSA A NORMAS E PRINCÍPIOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DIVERGÊNCIA INDEMONSTRADA. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA DOS ACÓRDÃOS CONFRONTADOS. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. 1. A Concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, e geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço. 2. O concessionário trava duas espécies de relações jurídicas a saber: (a) uma com o Poder concedente, titular, dentre outros, do ius imperii no atendimento do interesse público, ressalvadas eventuais indenizações legais; (b) outra com os usuários, de natureza consumerista reguladas, ambas, pelo contrato e supervisionadas pela Agência Reguladora correspondente. 3. A relação jurídica tributária é travada entre as pessoas jurídicas de Direito público (União, Estados; e Municípios) e o contribuinte, a qual, no regime da concessão de serviços públicos, é protagonizada pelo Poder Concedente e pela Concessionária, cujo vínculo jurídico sofre o influxo da supremacia das regras do direito tributário. 4. A relação jurídica existente entre a Concessionária e o usuário não possui natureza tributária, porquanto o concessionário, por força da Constituição federal e da legislação aplicável à espécie, não ostenta o poder de impor exações, por isso que o preço que cobra, como longa manu do Estado, categoriza-se como tarifa. 5. A tarifa, como instrumento de remuneração do concessionário de serviço público, é exigida diretamente dos usuários e, consoante cediço, não ostenta natureza tributária. Precedentes do STJ: REsp 979.500/BA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJ 05/10/2007; AgRg no Ag 819.677/RJ, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, DJ 14/06/2007; REsp 804.444/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJ 29/10/2007; e REsp 555.081/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, DJ 28/09/2006. 6. O regime aplicável às concessionárias na composição da tarifa, instrumento bifronte de viabilização da prestação do serviço público concedido e da manutenção da equação econômico-financeira, é dúplice, por isso que na relação estabelecida entre o Poder Concedente e a Concessionária vige a normatização administrativa e na relação entre a Concessionária e o usuário o direito consumerista. Precedentes

(REsp n. 1.062.975¹⁷³).

Sendo assim, denota-se que o Código de Defesa do Consumidor pode ser utilizado supletivamente para defesa dos usuários em face da má prestação de serviços públicos. Todavia, por não abarcar todas as formas de prestações configura-se um instrumento insuficiente, não devendo substituir-se, portanto, a futura lei que venha a regulamentar os Direitos dos Usuários.

d) Resoluções das Agências Reguladoras:

Em âmbito federal, embora não haja norma específica sobre o Direito de Reclamação, cabe destacar o papel das Agências Reguladoras e de suas respectivas legislações sobre o assunto. Em alguns desses diplomas normativos há a previsão para o ajuizamento de reclamações pelos usuários em face da prestação dos serviços públicos no âmbito de competência daquela legislação.

Haja vista nesse sentido, por exemplo, a Resolução n. 414/2010 da Agência

do STJ: REsp 1062975/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/09/2008, DJ de 29/10/2008. 7. O repasse de tributos para o valor da tarifa, consecutivamente, não obedece ao regime tributário da responsabilidade tributária, por transferência, sucessão ou substituição, senão ao edital, ao contrato de concessão, aos atos de regulação do setor; e ao Código de Defesa do Consumidor (CDC). [...] 46. Recurso Especial interposto pela empresa BRASIL TELECOM S/A parcialmente conhecido, pela alínea "a", e, nesta parte, provido. 47. Recurso Especial interposto por CLÁUDIO PETRINI BELMONTE desprovido. (REsp 976.836/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 05/10/2010).

¹⁷³ ADMINISTRATIVO – SERVIÇO PÚBLICO CONCEDIDO – ENERGIA ELÉTRICA – INADIMPLÊNCIA – ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 535, I e II, DO CPC – INEXISTÊNCIA – DISSÍDIO NÃO CONFIGURADO – INOBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS DOS ARTS. 255 DO RISTJ E 541, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. 1. Não há falar em violação do art. 535, I e II, do CPC, quando o Tribunal de origem bem fundamenta seu entendimento, rejeitando, ainda que implicitamente, as teses defendidas pelo recorrente. 2. Inviável, da mesma forma, esse recurso, pela alínea "c" quando não observados os requisitos dos arts. 255 e parágrafos do RISTJ e 541, parágrafo único, do CPC, na caracterização do dissídio jurisprudencial, já que não demonstrada a similitude de suporte fático mediante cotejo analítico. 3. Os serviços públicos podem ser próprios e gerais, sem possibilidade de identificação dos destinatários. São financiados pelos tributos e prestados pelo próprio Estado, tais como segurança pública, saúde, educação, etc. Podem ser também impróprios e individuais, com destinatários determinados ou determináveis. Neste caso, têm uso específico e mensurável, tais como os serviços de telefone, água e energia elétrica. 4. Os serviços públicos impróprios podem ser prestados por órgãos da administração pública indireta ou, modernamente, por delegação, como previsto na CF (art. 175). São regulados pela Lei 8.987/95, que dispõe sobre a concessão e permissão dos serviços público. 5. Os serviços prestados por concessionárias são remunerados por tarifa, sendo facultativa a sua utilização, que é regida pelo CDC, o que a diferencia da taxa, esta, remuneração do serviço público próprio. 6. Os serviços públicos essenciais, remunerados por tarifa, porque prestados por concessionárias do serviço, podem sofrer interrupção quando há inadimplência, como previsto no art. 6º, § 3º, II, da Lei 8.987/95. Exige-se, entretanto, que a interrupção seja antecedida por aviso, existindo na Lei 9.427/97, que criou a ANEEL, idêntica previsão. 7. A continuidade do serviço, sem o efetivo pagamento, quebra o princípio da igualdade das partes e ocasiona o enriquecimento sem causa, repudiado pelo Direito (arts. 42 e 71 do CDC, em interpretação conjunta). 8. Recurso especial conhecido parcialmente e, nessa parte, provido. (REsp 1062975/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/09/2008, DJe 29/10/2008).

Nacional de Energia Elétrica (artigo 192 e seguintes¹⁷⁴), a Resolução n. 432/2014 da Agência Nacional de Telecomunicações, que aprovou o Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações¹⁷⁵ e a Resolução n.

¹⁷⁴ Art. 192. Os consumidores podem requerer informações, solicitar serviços e encaminhar sugestões, reclamações e denúncias diretamente aos canais de atendimento disponibilizados pela distribuidora. Parágrafo único. O consumidor pode ainda requerer informações, encaminhar sugestões, reclamações e denúncias à ouvidoria da distribuidora, quando houver, à agência estadual conveniada ou, na inexistência desta, à ANEEL, observado o disposto no §1o do art. 202. Art. 193. As situações emergenciais, que oferecem risco iminente de danos a pessoas, bens ou ao funcionamento do sistema elétrico, devem ter atendimento prioritário. Art. 194. Nos postos de atendimento presencial, a distribuidora deve prestar atendimento prioritário, com tratamento diferenciado, a pessoas portadoras de deficiência física, idosos com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, gestantes, lactantes e pessoas acompanhadas por crianças de colo. Art. 195. Em todo atendimento, presencial ou telefônico, deve ser informado ao consumidor, no início do atendimento, um número de protocolo. § 1o Ao número do protocolo de atendimento, devem ser associados o interessado e a unidade consumidora, e quando for o caso, o tipo de serviço, a data, a hora e o detalhamento da solicitação, devendo a distribuidora, por meio deste número de protocolo, proporcionar condições para que o interessado acompanhe o andamento e a situação de sua solicitação, seja pessoalmente, por telefone ou por escrito. § 2o Os registros de atendimentos, acompanhados das informações constantes do § 1o, devem ser implementados de forma a possibilitar a sua posterior auditoria e fiscalização, observando-se o disposto no § 2o do art. 145. Art. 196. Toda solicitação de informação e serviço, reclamação, sugestão, denúncia ou entrada de documentos, podem ser protocolados em qualquer posto de atendimento, independente de onde se situe a unidade consumidora ou para onde seja solicitado o serviço em questão, dentro da área de concessão ou permissão de cada distribuidora. Art. 197. As informações solicitadas pelo consumidor devem ser prestadas de forma imediata e as reclamações solucionadas em até 5 (cinco) dias úteis a contar da data do protocolo, ressalvadas as condições específicas e os prazos de execução de cada situação, sempre que previstos em normas e regulamentos editados pelo Poder Concedente e pela ANEEL. Parágrafo único. Caso seja necessária a realização de visita técnica à unidade consumidora a distribuidora deve realizar contato com o consumidor, dentro do prazo a que se refere o caput, a fim de justificar e informar o prazo para solução da reclamação, o qual deve ser de no máximo 15 (quinze) dias da data do protocolo. Art. 198. Considera-se a própria execução do serviço como a resposta de uma solicitação, caso não haja disposição explícita sobre a necessidade de um retorno formal ao consumidor. Art. 199. Sempre que solicitado pelo consumidor, a distribuidora deve informar, por escrito, em até 30 (trinta) dias, a relação de todos os registros de atendimento prestados a esse consumidor, observado o prazo máximo estabelecido no § 2o do art. 145, contendo, no mínimo, as seguintes informações: I – número do protocolo do atendimento; II – classificação do atendimento conforme tipologia definida no Anexo I; III – avaliação da procedência ou improcedência do atendimento realizado pela distribuidora; IV – datas de solicitação do atendimento e de solução por parte da distribuidora, tempo total transcorrido e prazo regulamentar para realização do atendimento; V – providências adotadas pela distribuidora; VI – valores creditados na fatura pela violação do prazo regulamentar e mês de referência do crédito, quando for o caso; e VII – demais informações julgadas necessárias pela distribuidora. Art. 200. No caso de indeferimento de uma solicitação, reclamação, sugestão ou denúncia do consumidor, a distribuidora deve apresentar as razões detalhadas do indeferimento, informando ao consumidor sobre o direito de formular reclamação à ouvidoria da distribuidora, quando existir, com o respectivo telefone, endereço e demais canais de atendimento disponibilizados para contato. § 1o Nos casos de inexistência de ouvidoria, a distribuidora deve informar os telefones e endereços para contato da agência estadual conveniada ou, na inexistência desta, da ANEEL. § 2o A informação de que trata o caput deve ser feita por escrito sempre que houver disposição regulamentar específica ou sempre que solicitado pelo consumidor, pela agência estadual conveniada ou pela ANEEL. § 3o No caso de indeferimento total ou parcial relacionado aos arts. 91, 113 e 114, a resposta deve ser por escrito ou por outro meio acordado com o consumidor, contendo, além do que dispõe o caput, as informações de que tratam os incisos de I a VI do art. 133. (BRASIL. AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. Resolução n. 414, de 09 de setembro de 2010).

¹⁷⁵ BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. Resolução n. 632, de 07 de março de 2014.

388/2015 da Agência Nacional de Saúde Suplementar¹⁷⁶, que dispõe sobre os procedimentos adotados pela ANS para a estruturação e realização de suas ações fiscalizatórias.

No Estado do Rio Grande do Sul, a título de exemplo, a Lei Estadual n. 10.931/1997 que criara a Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS) não prevê qualquer dispositivo a respeito da possibilidade de reclamação dos usuários para os serviços abrangidos pela regulação dessa Agência (em especial, saneamento; energia elétrica; rodovias; telecomunicações; portos e hidrovias; irrigação; transportes intermunicipais de passageiros, inclusive suas estações; aeroportos; distribuição de gás canalizado, inspeção de segurança veicular).

A possibilidade de utilização desse tipo de legislação, contudo, ficará restrita, em primeiro lugar, aos serviços públicos que estejam regulados por Agências Reguladoras e, em segundo lugar, se a legislação daquela Agência prevê alguma disposição sobre o assunto como, por exemplo, de canais de ouvidoria¹⁷⁷. Do contrário, o usuário estará impossibilitado de se valer dessas normas para propor sua reclamação.¹⁷⁸

e) Direito de Petição:

Sobre este último, cabe inicialmente ressaltar sua importância no ordenamento jurídico brasileiro. O Direito de Petição vem insculpido no texto constitucional no artigo 5º, inciso XXXIV, alínea “a”:

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988).

¹⁷⁶ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Resolução Normativa n. 388, de 25 de novembro de 2015.

¹⁷⁷ “Em geral, as agências nacionais mantêm uma ouvidoria, possibilitando que qualquer pessoa apresente reclamações e/ou sugestões, em qualquer local do País, através de telefone, carta ou via eletrônica (*e-mail*). As ouvidorias, pela independência que as caracteriza, atuando fora da estrutura hierárquica das agências, têm a possibilidade de se manifestar de forma crítica com relação à atuação dos órgãos reguladores, mediante relatórios enviados ao Conselho Diretor (ANATEL), além de exercerem a atividade de mediação, auxiliando inclusive na produção de regulamentos e resoluções que atendam as expectativas dos usuários (ANEEL)” (WALD, MORAES E WALD, 2004, p. 157-158).

¹⁷⁸ À época de sua criação, Fernando H. Aguillar (1999), comentando a legislação das Agências Reguladoras ANEEL e ANATEL, entendeu terem sido tais normas as mais avançadas inovações no campo do controle social dos serviços públicos, já que previam: ouvidorias, audiências públicas, contrato de gestão, consulta pública e conselho consultivo.

Para José Afonso da Silva (2011, p. 444) esse Direito reveste-se de dois aspectos: de um lado, pode ser uma queixa, uma reclamação, sendo então um recurso não contencioso (não jurisdicional) formulado perante as autoridades representativas; por outro lado, pode ser a manifestação da liberdade de opinião e revestir-se do caráter de uma informação ou de uma aspiração dirigida a certas autoridades.

Diante dessa conceituação Adriana Schier (2002) considera-o como um “direito-gênero”, do qual decorreriam diversos “direitos-espécies”. Uma dessas espécies, para a autora, seria então o Direito de Reclamação do Usuário de Serviço Público:

O direito de reclamação em relação à prestação de serviços públicos apresenta-se, então, como modalidade do direito de petição, na medida em que através do seu exercício o cidadão informa irregularidades nas atividades administrativas, solicitando as providências cabíveis. Portanto, o direito de reclamação concretiza o direito de petição como um mecanismo democrático de controle [...]. (2002, p. 195).

Impõe destacar ainda que o Direito de Petição pode ser utilizado por qualquer pessoa, física ou jurídica, de forma individual ou coletiva, e que é norma constituída de eficácia plena, de modo que o Poder Público – embora não haja norma constitucional que preveja sanção à falta de resposta e pronunciamento da autoridade – não pode escusar-se de se pronunciar sobre a petição, podendo a autoridade ser compelida a responder por via do mandado de segurança (SILVA, 2011, p. 444-445).

Entretanto, mesmo sendo esse “direito-gênero” uma norma de eficácia plena, não se pode extrair a mesma eficácia para os “direitos-espécies” que dele derivam, como o Direito de Reclamação. É em razão disso que Adriana Schier anota que mesmo sendo decorrência do Direito de Petição (direito de eficácia plena), o Direito de Reclamação ainda carece de norma regulamentadora para gozar de eficácia plena:

Já o direito de reclamação, na forma como previsto no ordenamento constitucional, não pode ser assim classificado. [...] Como se vê, trata-se de norma de eficácia limitada declaratória de princípio institutivo na medida em que cria (ou especifica), um novo direito a partir do direito de petição. Destarte, o exercício deste novo direito, com suas especificidades, demanda a edição de lei que o regulamente. (SCHIER,

2002, p. 228).¹⁷⁹

Nesse sentido, estando o Direito de Reclamação destituído de plena eficácia - enquanto não estiver regulamentado pelo ente federado competente -, este instrumento não poderá ser efetivamente utilizado na defesa dos usuários de serviços públicos. Entretanto, como o Direito de Petição trata-se de um “direito-gênero” de defesa dos direitos dos cidadãos e que goza de plena eficácia, verifica-se a viabilidade de sua adoção para defesa dos usuários frente à má prestação de serviços públicos de forma supletiva ao Direito de Reclamação.

3.2 DA NOÇÃO DE “USUÁRIO” DE SERVIÇO PÚBLICO NO ATUAL MODELO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Um dos pontos mais relevantes da nova noção do Direito de Reclamação do Usuário de Serviço Público diz respeito ao conceito de “usuário” de serviço público.

A questão que se põe é: quem é usuário? Em uma primeira aproximação pode-se compreender que o termo usuário se refere a todos aqueles que utilizam o serviço público. Este é o entendimento que se tem desde a edição da lei de concessão de serviços públicos (Lei nº 8.987/95), que trouxe o termo basicamente em seu Capítulo III: Dos Direitos e das Obrigações dos Usuários. (SCHIER, 2002, p. 232).

Importante lembrar que na norma original do Direito de Reclamação não havia menção ao sujeito legitimado, de modo que se poderia compreender uma legitimação ampla, ou seja, de todos os interessados. Todavia, a nova norma, com a introdução da expressão “usuário”, poderia ter restringido os legitimados desse direito.

Sobre esse ponto Adriana Schier traz a seguinte indagação:

Contudo, será que os indivíduos que não são usuários não têm interesse na prestação do serviço? Por hipótese, imagine-se um bairro no qual não existe um Posto de Saúde para prestar atendimento à comunidade. Ora, justamente os moradores deste bairro deveriam ser legitimados para reclamar, perante o Poder Público, a não prestação devida do serviço. Ou ainda, os cidadãos impedidos de adquirir um telefone porque não têm condições de sustentar a tarifa de utilização desde serviço, será que não teriam interesse em fazer uma justa reclamação acerca do preço abusivo do

¹⁷⁹ “Continua-se a depender da lei ordinária para regulamentação da disciplina das formas de participação – que chamamos de *participação e controle* – do usuário – a quem preferimos chamar de cidadão – na Administração Pública direta e indireta” (LOPES, 1998, p. 141) (itálico do autor).

serviço, por exemplo? (2002, p. 233).

A partir dessas primeiras indagações, verifica-se que se pode conceber o conceito de “usuário de serviço público” de diversas perspectivas. Neste trabalho salientar-se-á quatro delas: a primeira diz respeito à noção de “cidadão-cliente” propagada inicialmente pela reforma administrativa gerencial; a segunda corresponde a uma problemática já enfrentada em parte neste trabalho e diz respeito à noção de “usuário-consumidor”; a terceira ideia trazida induz a uma compreensão de forma a considerá-lo como sinônimo de cidadão; já a quarta e última ideia procura verificar o conteúdo próprio do conceito de “usuário”, atrelando-o a uma possível equiparação com a noção de interessado para fins de legitimação do Direito de Reclamação.

Tais considerações são fundamentais para definição de quem será o sujeito legitimado para exercer o Direito de Reclamação.

a) Cidadão-Cliente:

Como já referido, um dos principais motes da Reforma Administrativa de 1998 foi a tentativa de melhora na qualidade e na prestação de serviços públicos. Além das alterações no plano jurídico-normativo (dimensão institucional-legal da reforma), a reforma também se propôs a alterações nas práticas, costumes e conceitos do então modelo burocrático de administração (dimensão cultural e dimensão de gestão da reforma).

Dentre essas alterações “semânticas” trazidas pela Emenda Constitucional n. 19/98, destaca-se a reformulação da noção de *cidadão*, que na visão da administração pública gerencial passaria a conter também a ideia de *cliente*:

A administração pública gerencial vê o cidadão como contribuinte de impostos e como cliente dos seus serviços. Os resultados da ação do Estado são considerados bons não porque os processos administrativos estão sob controle e são seguros, como quer a administração burocrática, mas porque as necessidades do cidadão-cliente estão sendo atendidas (BRASIL. Plano Diretor da Reforma do Estado, 1995, p. 17).

Bresser Pereira explica que esse “cidadão-cliente é um cidadão-cidadão, um cidadão pleno, que é o objeto dos serviços públicos e também seu sujeito, na medida em que se torna partícipe na formação das políticas públicas e na avaliação dos resultados” (1998, p. 118). Além da participação, o cidadão-cliente exerceria influência

sobre os resultados das atividades, aumentando, com isso, a responsabilização (“accountability”) dos administradores públicos perante os cidadãos.

Para Aragon Dasso Júnior tal alteração não é apenas semântica, é uma opção ideológica de enfraquecer o conceito de cidadão e de conferir um caráter apolítico à teoria da Administração Pública: “É uma opção que nega que o Estado fundamenta a sua legitimidade na autoridade da sua universalidade” (DASSO JÚNIOR, 2014, p. 19). Além disso, o autor complementa que a denominação “cliente” atribuí à prestação do serviço público um caráter comercial, deixando de ser público e tornando-se uma atividade econômica própria da iniciativa privada, com reflexo direto na noção de interesse público: “O conceito de cliente não contempla o interesse público” (DASSO JÚNIOR, 2014, p. 19).

O próprio Ex-Ministro Luiz Carlos Bresser Pereira aduz que embora utilize as expressões “cidadão-cliente” e “cidadão-usuário” como sinônimas, seria possível diferenciá-las a partir de um critério do tipo de serviço prestado: o primeiro pagaria pelos serviços de forma individual (serviços públicos “uti singuli”), enquanto que o segundo não, já que seriam serviços públicos custeados por toda coletividade, sem possibilidade de quantificar o uso individual de cada cidadão (serviços públicos “uti universi”). (BRESSER PEREIRA, 1998, p. 111).

É nesse sentido que Adriana Schier anota que a partir dessa perspectiva a substituição do conceito de “cidadão” pelo de “cliente” geraria uma forma de exclusão social para com aqueles que não pudessem custear o pagamento de um serviço público, haja vista que o Direito de Reclamação restaria vinculado à noção de cliente, ou seja, a quem paga pela prestação do serviço (2002, p. 234).

Verifica-se, assim, que nessa concepção de “cidadão-cliente” poder-se-ia supor a exclusão de legitimidade para proposição do Direito de Reclamação daqueles “cidadãos-usuários”, permitindo somente o uso desse instrumento por aqueles que pagam diretamente pelo serviço prestado.

Bresser Pereira defende sua proposição alegando que não haveria qualquer substituição ou redução do conceito de cidadão, já que a ideia de cliente somente traria o dever dos administradores públicos de atenderem às necessidades do “cliente”, respeitando-o, em similitude ao que acontece na administração de empresas privadas (1998, p. 119).

Entretanto, considerando o Direito de Reclamação como um mecanismo de manifestação dos usuários de serviços públicos, faz-se necessário que a legitimação

desse direito considere não apenas o cidadão que pagou individualmente pelo serviço (“cidadão-cliente”), mas também o cidadão que, embora não pague diretamente e individualmente pelo serviço, contribua através da política universal de impostos para a prestação de serviços para toda a coletividade (“cidadão-usuário”). Somente nesse sentido é que se pode compreender um Direito de Reclamação da forma mais ampla e plural possível.

b) Usuário-Consumidor:

Tendo em vista a mora legislativa na elaboração de uma lei que estabelecesse a proteção dos usuários de serviços públicos nos moldes do Código de Defesa do Consumidor e do fluxo contínuo de transferência da execução dos serviços públicos das entidades públicas para a iniciativa privada, a ideia de um “usuário-consumidor” ganhou força. Tal noção restou ainda mais robustecida com a constante aplicação do Código Consumerista no âmbito dos serviços públicos.

Entretanto, conforme análise exposta no tópico anterior deste trabalho, a ideia de aplicação das relações de consumo aos serviços públicos fica limitada, segundo entendimento majoritário, à possibilidade de mensuração individual do uso do serviço. Em outras palavras, a aplicação da lógica e das regras consumeristas na prestação de serviços públicos ficaria condicionada apenas àqueles serviços em que se conseguisse quantificar o uso singular de cada cidadão.¹⁸⁰

É por isso que Bruno Miragem (2016, p. 195) diferencia o alcance de ambas as expressões, explicando que a noção de usuário é mais ampla que a de consumidor: todo consumidor de serviços públicos será considerado usuário, mas nem todo usuário será consumidor. Isso porque nos serviços prestados universalmente não há como identificar o indivíduo, e, portanto, não há relação de consumo. Já nos serviços “uti singuli” fica clara a incidência das normas do Código de Defesa do Consumidor.

Da mesma forma, Cesar A. Guimarães Pereira (2006, p. 56) lembra que a configuração de “consumidor” pressupõe a hipossuficiência na relação jurídica, o que não é pressuposto para a configuração do “usuário”.

Tais premissas permitem concluir que quando se trata de serviços públicos, a expressão “usuário” é mais ampla que a de “consumidor”.

¹⁸⁰ Eurico de Andrade Azevedo e Maria Lúcia Mazzei de Alencar defendem, contudo, que o Código do Consumidor poderia ser utilizado também nos casos de serviços “uti universi” através dos instrumentos de tutela de interesses individuais, coletivos ou difusos em juízo (1998, p. 34).

Marçal Justen Filho é ainda mais enfático ao salientar as diferenças desses conceitos: o consumidor está subordinado ao explorador de atividade econômica, organizado empresarialmente para produção e apropriação do lucro; já o serviço público é um instrumento de satisfação dos direitos fundamentais, em que as condições unilateralmente fixadas pelo Estado refletem o modo de satisfazer o maior número de sujeitos. Este está fixado sob regime de direito público, que se traduz em competências estatais anômalas, e é indispensável para assegurar a continuidade, a generalidade e a adequação do serviço público, ao passo que se cada usuário pretendesse invocar o maior benefício individual possível, por meio das regras do direito do consumidor, os efeitos maléficos recairiam sobre os outros consumidores (2010, p. 711).¹⁸¹

Nesse mesmo sentido, Floriano de Azevedo Marques Neto frisa que os serviços públicos estão destinados à satisfação de finalidades públicas, planejadas e exteriorizadas como políticas públicas, de modo que devem ser afastadas as normas da do código consumerista quando estas puderem colocar em risco uma determinada política pública a ser satisfeita mediante a prestação de serviços públicos (2014, p. 134). Ressalta, ainda, que na relação tríade das concessões e permissões, só poderá haver incidência das normas de consumo na relação entre usuário e concessionária/permissionária, de modo que na relação entre esta e o Poder Público há um contrato de outorga, regido por normas de direito público (KLEIN E MARQUES NETO, 2015, p. 135).¹⁸²

¹⁸¹ Arnaldo Wald e Outros exemplificam bem essa diferença de regimes: “Efetivamente, notou-se que não se podia aplicar a mesma norma, com o mesmo vigor, exemplificando, ao defeito de uma geladeira, que justifica o seu conserto ou a sua substituição, e à empresa distribuidora de eletricidade, em caso de racionamento determinado pelo Poder Público. De um lado, está um fornecedor, que aceita ou deve assumir todos os riscos profissionais de sua atividade, e, de outro, um concessionário de serviços públicos, ao qual se garante o equilíbrio econômico-financeiro, e que está sujeito às regras fixadas pela Agência Reguladora incumbida de fiscalizar o seu setor de atividade” (2004, p. 159).

¹⁸² PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. ADMINISTRATIVO. SERVIÇO DE TELEFONIA. DEMANDA ENTRE CONCESSIONÁRIA E USUÁRIO. PIS E COFINS. Repercussão jurídica do ônus financeiro aos usuários. FATURAS TELEFÔNICAS. LEGALIDADE. DISPOSIÇÃO NA LEI 8.987/95. POLÍTICA TARIFÁRIA. LEI 9.472/97. TARIFAS DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. AUSÊNCIA DE OFENSA A NORMAS E PRINCÍPIOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DIVERGÊNCIA INDEMONSTRADA. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA DOS ACÓRDÃOS CONFRONTADOS. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. 1. A Concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, e geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço. 2. O concessionário trava duas espécies de relações jurídicas a saber: (a) uma com o Poder concedente, titular, dentre outros, do ius imperii no atendimento do interesse público, ressalvadas eventuais indenizações legais; (b) outra com os

Já Julio Cesar Marcellino Júnior é bastante pessimista sobre essa influência da lógica consumerista no âmbito da cidadania. Entende o autor que dessa forma a figura do cidadão vai gradativamente dar espaço ao objetivado e coisificado consumidor: a relação deixará de ser de livre cidadania democrática para se tornar uma relação de servidão voluntária ao mercado e à lógica economicista, onde o que importará não será mais aquele sujeito racional-pensante que contribuía para a construção do futuro e da democracia, mas aqueles corpos docilizados que são apropriados pela instituição-mercado (2009, p. 240).

Nesse sentido, adotando o entendimento de que no âmbito dos serviços públicos o conceito de usuário seja mais amplo que o de consumidor – no que toca a considerar não somente os serviços passíveis de serem quantificados individualmente, mas também considerando aqueles serviços remunerados de forma global pela arrecadação de impostos -, e de que aquele pertença a uma relação jurídica diversa e mais complexa que este, verifica-se fundamental afastar a ideia de considerar legítimos na proposição do Direito de Reclamação apenas aqueles usuários que possam ser identificados como “consumidores”, a fim de não limitar a incidência desse direito a serviços públicos específicos.

c) Usuário-Cidadão:

O terceiro viés de interpretação do conceito de “usuário” induz a uma equiparação com a noção de cidadão. Essa, por exemplo, tem sido a principal corrente adotada para tentar ampliar a noção de usuário – visto sempre na perspectiva de usuário efetivo -, conjugando-a com os demais princípios constitucionais que privilegiam o indivíduo – o cidadão – e sua participação nos assuntos públicos. O contraponto dessa perspectiva reside nas outras dimensões tratadas – “cidadão-cliente” e “consumidor-usuário” – haja vista serem noções que

usuários, de natureza consumerista reguladas, ambas, pelo contrato e supervisionadas pela Agência Reguladora correspondente. 3. A relação jurídica tributária é travada entre as pessoas jurídicas de Direito público (União, Estados; e Municípios) e o contribuinte, a qual, no regime da concessão de serviços públicos, é protagonizada pelo Poder Concedente e pela Concessionária, cujo vínculo jurídico sofre o influxo da supremacia das regras do direito tributário. 4. A relação jurídica existente entre a Concessionária e o usuário não possui natureza tributária, porquanto o concessionário, por força da Constituição federal e da legislação aplicável à espécie, não ostenta o poder de impor exações, por isso que o preço que cobra, como longa manu do Estado, categoriza-se como tarifa. 5. A tarifa, como instrumento de remuneração do concessionário de serviço público, é exigida diretamente dos usuários e, consoante cedição, não ostenta natureza tributária. Precedentes do STJ: REsp 979.500/BA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJ 05/10/2007; AgRg no Ag 819.677/RJ, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, DJ 14/06/2007; REsp 804.444/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJ 29/10/2007; e REsp 555.081/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, DJ 28/09/2006. [...] (REsp 976.836/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 05/10/2010) (grifo nosso).

acabam por reduzir o conceito, em vez de considerá-lo sob uma feição mais ampla e mais condizente com os ditames constitucionais vigentes.

Nesse sentido é que Irene Nohara (2011) afirma que o usuário de serviço público possui mais direitos do que um simples consumidor ou cliente, não devendo, portanto, ser equiparado a estes:

Usuário é palavra que genericamente indica o indivíduo que faz uso de determinado serviço. Se o serviço for prestado no desenvolvimento de atividade econômica livre à iniciativa privada, o usuário, via de regra, é protegido pelo Código de Defesa do Consumidor; contudo, se há serviço público, o usuário (*uti singuli*) não será apenas protegido pelo Código de Defesa do Consumidor, mas também pelas regras de direito público, pois terá o *status* de cidadão (NOHARA, 2011, p. 469) (itálico da autora).

A autora lembra, ainda, que o “status” de cidadania requer que o Estado encare o cidadão como um “sócio” do empreendimento público (*res publica*), o qual além de ter necessidades a serem supridas, deve ainda ter voz ativa na formulação das respectivas estratégias (NOHARA, 2011, p. 470).

A análise dessa compreensão tem especial importância no Direito de Reclamação do Usuário de Serviço Público, haja vista o caráter processual desse instrumento. Dessa forma, a noção de usuário em que a lei se basear poderá resultar em uma legitimação mais ou menos ampla de acesso a esse importante direito.

É por isso que Adriana Schier considera, por exemplo, que eventual norma que regulamente o Direito de Reclamação não pode ficar restrita apenas aos “usuários” (entendido como cidadãos-clientes, aqueles que podem pagar pela prestação do serviço público), mas também aos “potenciais usuários” (aqueles poderão vir a utilizar o serviço), a fim de que estes também estejam legitimados a exercer o controle social sobre os serviços públicos (SCHIER, 2002, p. 236-237). Defende, portanto, a autora a interpretação da palavra “usuário” – presente no parágrafo terceiro do artigo 37 da Constituição Federal – como sendo na verdade um “cidadão”, a fim de ampliar a legitimação para proposição do Direito de Reclamação.

Destarte, o que parece é que o adjetivo “cliente” está a indicar consumidores no sentido econômico, ou seja, aqueles que podem pagar pela prestação do serviço público. Este entendimento, defendido pelos mentores da Reforma Administrativa, faz com que haja uma substituição do conceito de cidadão [...] pelo de

cliente. Percebe-se a adoção, deste modo, do referencial consumista ditado pelo neoliberalismo, que vem criar mais uma forma de exclusão social, negando-se a universalidade do conceito de cidadão (SCHIER, 2002, p. 234).

Essa construção argumentativa parte do pressuposto de que a expressão “usuário” comporte apenas a ideia de “usuário efetivo”, estando excluída a ideia de “usuários potenciais”. Dessa forma, a substituição pela noção de cidadão permitiria que o Direito de Reclamação pudesse ser utilizado por ambas categorias: usuários efetivos e usuários potenciais.

Entretanto, Marçal Justen Filho traz importantes objeções quanto a essa interpretação. A primeira que alerta o autor é de que não se poderia confundir usuário com cidadão haja vista a desnecessidade do requisito de titularidade de direitos políticos para alguém ser considerado usuário. Aduz, também, que tal condição não está atrelada à nacionalidade, bem como à capacidade de fato, de modo que tanto um estrangeiro, quanto um incapaz¹⁸³, poderiam ser considerados

¹⁸³ O Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a condição de usuários do serviço público hospitalar para neonatos e nascituros. No julgado – Recurso Especial n. 637.332/RR – confirmou-se a legitimidade ativa do Ministério Público para propositura de ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos, a fim de indenizar os usuários do serviço de saúde público em decorrência da morte de muitos desses usuários, dentre eles, vários recém-nascidos, por deficiência de assepsia material ou humana em hospital público. Segue a ementa: PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ART. 129, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEI 7.347/85. LEI 8.625/93. DEFESA. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGENEOS. USUÁRIOS. SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE. MORTES DE NEONATOS POR SEPTICEMIA. 1. É cediço na Corte que o Ministério Público tem legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos, desde que esteja configurado interesse social relevante (Precedentes). 2. In casu, o Ministério Público do Estado de Roraima propôs ação civil pública contra o Estado de Roraima para condená-lo a indenizar os usuários do serviço público de saúde prestado pelo Hospital-Materno Infantil Nossa Senhora de Nazaré desde o ano de 1994, pelos prejuízos de cunho material, consistentes nos danos emergentes e lucros cessantes, e pelos danos morais, na conformidade daquilo que cada um deles, individual e posteriormente, vier a demonstrar em decorrência de que muitos usuários, dentre eles vários nascituros, faleceram por deficiência de assepsia material e/ou humana no referido hospital. 3. Isto por que a nova ordem constitucional erigiu um autêntico 'concurso de ações' entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, a fortiori, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos. 4. O novel art. 129, III, da Constituição Federal habilitou o Ministério Público à promoção de qualquer espécie de ação na defesa de direitos difusos e coletivos não se limitando à ação de reparação de danos. 5. Hodiernamente, após a constatação da importância e dos inconvenientes da legitimação isolada do cidadão, não há mais lugar para o veto da legitimação ad causam do MP para a Ação Popular, a Ação Civil Pública ou o Mandado de Segurança coletivo. 6. Em consequência, legitima-se o Parquet a toda e qualquer demanda que vise à defesa dos interesses difusos e coletivos, sob o ângulo material (perdas e danos) ou imaterial (lesão à moralidade). 7. Deveras, o Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos. 8. Precedentes do STJ: AARESP 229226 / RS, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJ de 07/06/2004; RESP 183569/AL, deste relator, Primeira Turma, DJ de 22/09/2003; RESP 404239 / PR; Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJ de 19/12/2002; ERESP 141491 / SC; Rel. Min. Waldemar Zveiter, Corte Especial, DJ de 01/08/2000. 9. Nas ações que versam interesses individuais homogêneos, esses participam da ideologia das ações difusas, como sói ser a ação civil pública. A despersonalização desses interesses está na medida em que o Ministério

como usuários (2003, p. 549).

Em defesa das autoras pode-se argumentar que a concepção de cidadão que utilizam é mais ampla que a mera perspectiva política de gozo dos direitos políticos: “É preciso, na vigência do Estado Social e Democrático de Direito, que se tenha o cidadão como aquele que compõe o conceito maior de povo, titular de soberania, principalmente no que se refere à prestação de serviços públicos [...]” (SCHIER, 2002, p. 236).

Essa compreensão do usuário enquanto cidadão na perspectiva do parágrafo terceiro do artigo 37 da Constituição Federal parece ser a interpretação mais satisfatória do ponto de vista do privilégio ao indivíduo dado pela Carta Magna de 1988. Nesse sentido, concorda-se com essa corrente.

Entretanto, do ponto de vista do Direito de Reclamação e da configuração dos legitimados a exercerem-no, tal interpretação pode também demonstrar-se insuficiente. Isso porque, mesmo que superada a compreensão de cidadão do ponto de vista meramente político – gozo dos direitos políticos – poder-se-ia questionar a viabilidade de exercício do Direito de Reclamação nos termos levantados por Marçal Justen Filho – estrangeiros e incapazes -, bem como por pessoas jurídicas ou outras ficções jurídicas (associações, cooperativas, etc.).¹⁸⁴ Assim, na tentativa de construir uma concepção que possa ser mais ampla e plural possível, que possa promover um grande acesso por meio desse instrumento aos reais interessados, propõe-se a reinterpretar o conceito de usuário, para fins de uma legitimidade mais ampla do Direito de Reclamação.

d) Usuário em sentido amplo:

A quarta perspectiva do conceito de “usuário” induz a uma compreensão mais ampla desse sujeito e pode ser compreendido a partir da análise de dois elementos

Público não veicula pretensão pertencente a quem quer que seja individualmente, mas pretensão de natureza genérica, que, por via de prejudicialidade, resta por influir nas esferas individuais. 10. A assertiva decorre do fato de que a ação não se dirige a interesses individuais, mas a coisa julgada in utilibus poder ser aproveitada pelo titular do direito individual homogêneo se não tiver promovido ação própria. 11. A ação civil pública, na sua essência, versa interesses individuais homogêneos e não pode ser caracterizada como uma ação gravitante em torno de direitos disponíveis. O simples fato de o interesse ser supra-individual, por si só já o torna indisponível, o que basta para legitimar o Ministério Público para a propositura dessas ações. 12. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido. (REsp 637.332/RR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/11/2004, DJ 13/12/2004, p. 242).

¹⁸⁴ Cesar A. Guimarães Pereira também entende que a noção de usuário não se confunde com a de cidadão: “O uso de serviço público independe de qualquer aspecto ligado à titularidade de direitos políticos ou ao exercício de prerrogativas de cidadania. Apesar de o cidadão ser dotado de legitimidade para a defesa do serviço público (p. ex. ao manejar ação popular), não o faz na condição de usuário – embora nada impeça que uma pessoa titularize as duas posições” (2006, p. 53).

fundamentais: um *elemento material* e outro *elemento subjetivo*.

O *elemento material* diz respeito à exigência de que o Direito de Reclamação seja dirigido contra um serviço público indistinto. Sem adentrar nas peculiaridades que o conceito de serviço público provoca e partindo da concepção exposta na introdução deste trabalho, procurar-se-á identificá-lo de forma que possa abarcar a prestação de quaisquer serviços públicos que o conceito comporta, independentemente da classificação ou da forma de remuneração que estes possam assumir (“*uti singuli*” ou “*uti universi*”).

Como visto anteriormente, um debate chave sobre a incidência do Código de Defesa do Consumidor no âmbito de serviços públicos e sobre a própria equiparação de usuário a consumidor parte, em linhas gerais, da diferença entre esses dois “tipos” de serviços: “*uti singuli*” ou “*uti universi*”. Dessa forma, fundamental para a compreensão desse *elemento material* do Direito de Reclamação que sejam considerados os serviços públicos de forma geral, a fim de que esse direito não fique restrito a uma gama específica de serviços públicos.¹⁸⁵

Por outra banda, o *elemento subjetivo* diz respeito à noção de usuário. As duas primeiras concepções desse conceito – “cidadão-cliente” e “usuário-consumidor” – são mais restritas, pois reduzem a legitimação do sujeito ativo geralmente a uma categoria de serviços públicos. Já a ideia de “usuário-cidadão” peca tanto ao se restringir a um sujeito individual - excluindo uma possível dimensão coletiva desse direito – quanto por ficar atrelado à noção de nacionalidade e até de capacidade do indivíduo.

Dessa forma, a fim de que o Direito de Reclamação possa realmente se tornar um instrumento que proporcione um amplo acesso dos usuários na Administração Pública, primordial o entendimento de uma legitimação também ampla, permitindo esse acesso global para a manifestação administrativa sobre a prestação de serviços públicos. Para tanto, parte-se da interpretação trazida por Marçal Justen Filho sobre o conceito de usuário:

A expressão *usuário* é utilizada para indicar todos os sujeitos que, em tese, possam vir a utilizar-se do serviço público, ainda que concretamente não o

¹⁸⁵ Dessa forma, discorda-se do posicionamento adotado por César A. Guimarães Pereira (2006) que considera que somente haverá serviço público na medida em que seja possível identificar um usuário que possa fruí-lo de modo singular e individual. Ou seja, o autor utiliza-se de um conceito restrito de serviço público, considerando apenas aquelas prestações fruíveis singularmente, excluindo, portanto, os chamados serviços públicos “*uti universi*”.

façam. Portanto, o usuário em potencial não distinguido do usuário efetivo (2003, p. 549) (itálico do autor).

Tal compreensão é importante pois se aproxima bastante da ideia trazida pelos defensores da noção de “usuário-cidadão”. Considera, entretanto, que o próprio conceito de usuário já comporta as noções de usuários efetivos e usuários potenciais, não havendo necessidade de interpretá-lo de forma diversa a fim de aglutinar ambas categorias.

Nada mais compreensível que uma norma que tenha por fundamento a “participação popular” na Administração Pública, mediante a manifestação a respeito da prestação de serviços públicos, possa ser utilizada não apenas por aqueles que utilizam tais serviços, mas também por aqueles que não os utilizam por alguma razão e que, em função de sua reclamação, possam vir a utilizá-los. A adoção de uma compreensão de usuário que limitasse a legitimidade desse direito para somente as pessoas que já utilizam serviços públicos correntemente, estaria por sufragar tal direito aos que talvez mais precisassem desse canal de comunicação do Estado; isto é, aqueles que não sejam usuários.^{186 e 187}

Ademais, a própria noção de “Reclamação” induz a compreensão de que esta possa ser feita tanto pelos usuários efetivos, quanto por outros cidadãos que não estejam ou não possam estar usufruindo dos serviços por uma deficiência deste, mas que também teriam legitimidade para “reclamar” sobre a prestação do dito serviço a fim de que futuramente possam ser beneficiados.

Outra grande contribuição dessa interpretação é de que ela não fica vinculada à pessoa, ao indivíduo: “O conceito de usuário poderia ser aproximado ao de pessoa, mas nem sempre haverá identidade jurídica. Há usuários que não são reconhecidos como pessoal pelo Direito (tal como condomínios, sociedades não personificadas, etc.)” (JUSTEN FILHO, 2003, p. 549). Assim, a legitimação para exercício do Direito de Reclamação não restaria limitada ao indivíduo, singularmente considerado, ampliando-se também a outros sujeitos atingidos pela prestação de

¹⁸⁶ Entendimento contrário sobre esse ponto apresenta Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Ao tratar do tema, o autor aponta que deveria haver uma “pertinência subjetiva” entre o usuário reclamante e o serviço público objeto de reclamação (2009, p. 633). Tal compreensão impede, contudo, que os não-usuários pudessem utilizar-se dessa ferramenta para possíveis reclamações.

¹⁸⁷ Cesar A. Guimarães Pereira (2006, p. 47-48) faz uma diferenciação desse “usuário potencial”. O autor chama de “candidato a usuário” aquele que busca o serviço já constituído mediante o preenchimento das condições de acesso normativamente estipuladas; já o “usuário potencial” seria aquele que, embora já constituído o serviço, ele poderá vir a buscá-lo, mas ainda não tomou as iniciativas necessárias para buscar o serviço.

serviços públicos.¹⁸⁸

Ainda, como já referido, o uso dessa expressão permite desatrelar tal condição à titularidade de direitos políticos, bem como à nacionalidade ou à incapacidade do usuário.

Poder-se-ia tomar como exemplo de ampla legitimação para o ajuizamento de manifestações na via administrativa as Leis n. 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo Federal) e 12.527/11 (Lei de Acesso à Informação).

A primeira por legitimar de forma ampla os “interessados” que possam ingressar com processo administrativo (arts. 9º e 10):

Art. 9º São legitimados como interessados no processo administrativo:
 I - pessoas físicas ou jurídicas que o iniciem como titulares de direitos ou interesses individuais ou no exercício do direito de representação;
 II - aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada;
 III - as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos;
 IV - as pessoas ou as associações legalmente constituídas quanto a direitos ou interesses difusos.
 Art. 10. São capazes, para fins de processo administrativo, os maiores de dezoito anos, ressalvada previsão especial em ato normativo próprio. (BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999).

Percebe-se que o objetivo desse diploma foi o de permitir amplamente a manifestação popular na via administrativa por meio do processo administrativo para “proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração” (art. 1º) (BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999).¹⁸⁹

Já a segunda – Lei n. 12.527/2011 – por também adotar o conceito amplo de “interessado” como legitimado para solicitar informações do Poder Público (art. 10):

Art. 10. Qualquer interessado poderá apresentar pedido de acesso a informações aos órgãos e entidades referidos no art. 1º desta Lei, por qualquer meio legítimo, devendo o pedido conter a identificação do requerente e a especificação da informação requerida. (BRASIL. Lei nº 12.527, de 12 de novembro de 2011).

Detalhe importante sobre essa norma é de que ela regulamentou o inciso II,

¹⁸⁸ Sobre esse ponto, César A. Guimarães Pereira (2006) partilha do mesmo entendimento.

¹⁸⁹ “Uma extraordinária inovação trazida pela Lei nº 9.784/99 consistiu no esforço em ampliar a participação do cidadão no processo administrativo federal. A legislação analisada dedicou-se em expandir ao máximo o rol de legitimados a demandarem e a intervirem no limiar do procedimento. Esta participação aberta traz como corolário lógico um intenso valor democrático e plural ao âmbito do processo administrativo” (HEINEN, SPARAPANI E MAFFINI, 2015, p. 80).

do parágrafo terceiro do artigo 37 da Constituição Federal. Isto é, está situada logo após a previsão do Direito de Reclamação do Usuário de Serviço Público (inciso I desse parágrafo). Dessa forma, verifica-se que o legislador ordinário preferiu conferir à noção de “usuário” uma acepção mais ampla, conferindo a qualquer “interessado” na obtenção de informações do Poder Público a possibilidade de utilização da Lei de Acesso à Informação. Trata-se de um importante precedente sobre a regulamentação do parágrafo terceiro do artigo 37, da Carta Magna, que pode ser perfeitamente transportado para a futura legislação que venha a regulamentar o Direito de Reclamação.

Nesse sentido, discorda-se do conceito restrito de “usuário” proposto por César A. Guimarães Pereira (2006). Em monografia sobre o tema, o autor limita essa categoria apenas aos serviços públicos “*uti singuli*”, já que somente nesse caso poder-se-ia identificar singularmente os usuários. Para o presente trabalho, por tratar-se o Direito de Reclamação de um instrumento processual, fundamental é que se compreenda o conceito de usuário de forma ampla, a fim de proporcionar uma maior legitimidade a quem de fato precise utilizar-se desse direito para concretizar sua manifestação a respeito da prestação de serviços públicos. Por isso, entende-se que tal restrição do conceito proposta por César A. Guimarães Pereira acaba por prejudicar uma imensa gama de interessados no exercício do Direito de Reclamação, já que reduz a legitimidade desse importante instrumento processual.

Com isso, verifica-se que a forma de interpretar os dois núcleos centrais do Direito de Reclamação – “usuário” e “serviço público” – influencia diretamente na forma de aplicação desse direito na prática. Conjugando-se os argumentos aqui expostos na compreensão dos elementos *material* – reclamação contra a prestação de um serviço público – e *subjeto* – usuário em sentido amplo – permite-se que esse Direito tenha capacidade suficiente para propiciar uma atuação popular mais representativa no que diz respeito à gestão dos serviços públicos.¹⁹⁰

¹⁹⁰ A adoção de um conceito amplo de “usuário” para propositura do Direito de Reclamação não exclui do legislador a possibilidade de limitar o exercício desse direito por meio de requisitos postulatórios, como, por exemplo, a capacidade processual (vide artigo 10, da Lei n. 9.784/99). Tal concepção não estará restringindo o universo de “usuários”, haja vista que mesmo os que não possuem a capacidade processual exigida não perderão sua qualidade de usuários e poderão manifestar-se por meio desse instrumento mediante representação. Por esse fato, não se está aqui confundindo a noção do conceito de usuário com a legitimidade para propositura do Direito de Reclamação, a qual será definida pela lei regulamentadora; todavia, a ampliação do conceito com vistas à legitimidade processual se mostra importante para o presente trabalho, haja vista que dependendo da compreensão do legislador sobre os conceitos de usuário e de serviços públicos poder-se-á ter um Direito de Reclamação configurado de forma mais ou menos restrita.

3.3 O DIREITO DE RECLAMAÇÃO DO USUÁRIO DE SERVIÇO PÚBLICO NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

Verificada a mora legislativa do Congresso Nacional na confecção de diploma normativo que definisse os direitos e outras formas de participação dos usuários de serviços públicos, alguns entes federados – em especial os Estados – trataram de regulamentar a matéria nos seus respectivos âmbitos de competência (seguindo a regra geral de competências para legislar sobre Direito Administrativo).

Dessa forma, neste tópico analisar-se-á primeiramente qual o estágio da regulamentação a nível nacional – pelo Congresso Nacional – para em seguida analisar as legislações já existentes em nível estadual.

Cabe referir, entretanto, que a grande parte dos diplomas referidos neste tópico dizem respeito à defesa mais ampla do usuário de serviço público. Isto é, referem-se, em geral, à Lei de Defesa do Usuário de Serviço Público, e não especificamente ao Direito de Reclamação. Por óbvio que um dos consectários da defesa dos usuários será a previsão de meios que possibilitem sua reclamação aos órgãos competentes.

Essa advertência e distinção terão sobremaneira importância no tópico seguinte no qual se discutirá a competência dos Entes federados para legislar sobre essas matérias, haja vista serem temas disciplinados de forma diversa em matéria de competência constitucional.

3.3.1 A Legislação Nacional

O artigo 27, da Emenda Constitucional n. 19/98 estipulou o prazo de 120 dias para que o Congresso Nacional editasse lei de defesa do usuário de serviços públicos e, como visto, até o presente momento não se editou tal diploma normativo¹⁹¹. Entretanto, nesse longo período desde a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 19/98 foram propostos alguns projetos de lei na Câmara dos Deputados (PL) e no Senado Federal (PLS) visando regulamentar os direitos dos

¹⁹¹ Convém destacar que a lei que se refere o artigo 27 da Emenda Constitucional n. 19/98 destina-se a regulamentar a defesa dos direitos dos usuários de serviços públicos e não apenas o Direito de Reclamação do Usuário de Serviço Público. Embora ambas as legislações tenham como objeto o usuário de serviço público, aquela, por ser mais ampla, ao disciplinar os direitos dos usuários abará o Direito de Reclamação.

usuários de serviços públicos e, em especial, o direito de reclamação.

Embora a presente pesquisa detenha-se na sequência sobre apenas um desses Projetos – PLS n. 439/1999 no Senado Federal, depois convertido em PL n. 6.5953/2002 na Câmara dos Deputados -, importante ao menos referir a existência de outros com semelhante objetivo. Sobre a matéria, então, tramitaram no Senado Federal os Projetos de Lei:

a) *PLS n. 29/1991*: ainda sob a vigência da norma original do parágrafo terceiro do artigo 37 da Constituição Federal, o então Senador Fernando Henrique Cardoso propôs um projeto para criar a “Lei de Reclamações sobre Serviços Públicos”. Entretanto, essa proposta legislativa foi arquivada ao final daquela legislatura.

b) *PLS n. 439/1999*: de autoria do Senador Lúcio Alcântara esse projeto tinha a seguinte ementa: “Dispõe sobre a proteção e defesa do usuário dos serviços públicos prestados pela administração direta, indireta e delegada da União”. Encaminhado à Câmara dos Deputados em 2002, transformou-se no PL 6.953/2002. Trata-se do projeto de lei sobre a matéria em fase mais avançada e será tratado com detalhes em seguida.

c) *PLS n. 355/2004*: de conteúdo mais restrito, o projeto proposto pelo Senador Pedro Simon visava dar nova redação a dispositivos da Lei n. 9.472/1997 para assegurar ao usuário de serviço de telecomunicações o direito de proceder a reclamações e solicitações por meio de correspondência escrita, correspondência eletrônica, atendimento telefônico ou atendimento pessoal em postos públicos disponibilizado pela prestadora. Esse projeto foi arquivado em 2015.

d) *PLS n. 430/2007*: o Senador Geraldo Mesquita Júnior propôs acréscimo ao Código de Defesa do Consumidor para dispor que as cláusulas dos contratos de adesão que regulam as relações entre as concessionárias de serviços públicos outorgados pela União, bem como por suas associadas, coligadas e filiadadas, e os consumidores e usuários de seus serviços, devem ser aprovados previamente pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça. A proposta foi rejeitada por Comissão em 2009.

e) *PLS n. 208/2008*: essa proposta do Senador Adelmir Santana buscava, em síntese, dispor sobre normas de defesa dos usuários de serviços públicos e alterar o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para prever crimes contra a prestação de serviços públicos. No ano de 2011, ao final da legislatura, o

projeto foi arquivado.

Já na Câmara dos Deputados foram encontrados os seguintes Projetos de Lei com o objetivo de regulamentar a matéria:

a) *PL n. 674/1999*: de autoria do Deputado Celso Russomano, o projeto dispunha sobre a participação e defesa do usuário dos serviços públicos. No ano de 2002, foi apensado ao PL 6.953/2002.

b) *PL n. 1.397/2003*: proposto pelo Deputado Julio Lopes, esse projeto tratava da proteção e defesa do usuário do serviço público no País. Em 2003 foi apensado ao PL 674/1999 e em 2015 foi declarado prejudicado em face da aprovação da subemenda substitutiva global oferecida pelo Relator ao Projeto de Lei n. 6.953/2002.

c) *PL n. 6.953/2002*: recebido do Senado Federal, esse projeto encontra-se atualmente em fase avançada, próximo de conclusão. Após encerramento das discussões a respeito de seu texto na Câmara dos Deputados, o projeto retornou ao Senado Federal em 2015. Nessa Casa o texto encontra-se atualmente pronto para deliberação em Plenário. Em caso de aprovação encaminhar-se-á à Sanção Presidencial.

d) *PL n. 4.907/2005*: essa proposta do Deputado Antonio Carlos Pannunzio dispunha sobre a proteção e defesa do usuário de serviços públicos prestados pela União. Em 2005 foi apensado ao PL 6.953/2002 e em 2015 foi declarado prejudicado em face da aprovação da subemenda substitutiva global oferecida pelo Relator naquele Projeto.

e) *PL n. 6.926/2006*: proposto pelo Deputado Antonio Carlos Mendes Thame, o projeto também tratava da proteção e defesa do usuário de serviço público prestado por órgãos e entidades da União, mas como diferencial criava o Sistema Federal de Defesa do Usuário de Serviços Públicos (SISFUSP). Em 2006 foi apensado ao PL 6.953/2002 e em 2015 também foi declarado prejudicado em face da aprovação da subemenda substitutiva global oferecida pelo Relator naquele Projeto.

f) *PL n. 6.960/2010*: mais específico, o projeto de autoria do Poder Executivo altera e acresce dispositivos à Lei nº 7.565/86 e dispõe sobre a proteção e defesa dos direitos do usuário de serviços de transporte aéreo público. Encontra-se apensado ao PL 841/1995.

g) *PL n. 544/2011*: a proposta do Deputado Weliton Prado dispunha sobre

proteção e defesa do usuário do serviço público. No mesmo ano, entretanto, o projeto foi retirado pelo próprio autor.

h) PL n. 6.882/2013: de forma mais ampla, o projeto do Deputado Rogério Carvalho objetivava regulamentar a participação dos cidadãos na Administração Pública – de que trata o art. 37, §3º da Constituição Federal –, bem como a defesa dos direitos dos usuários dos serviços públicos – tratada pelo art. 27 do ADCT da Emenda Constitucional n. 19/98. Em 2013 foi apensado ao PL 6.953/2002 e em 2015 foi declarado prejudicado em face da aprovação da subemenda substitutiva global oferecida pelo Relator naquele Projeto.

De todos esses projetos, como referido, a pesquisa se restringirá nesse tópico a abordar o PL 6.953/2002 – originado do PLS 439/1999 – em razão de ser o projeto em fase mais avançada e, portanto, o mais próximo de ser convertido em lei.

O PLS n. 439/1999 foi elaborado pelo Senado Federal logo após a Emenda Constitucional n. 19/98 e buscava regulamentar a proteção e a defesa do usuário de serviços públicos. Aprovado somente em 2002, o Projeto foi submetido à Câmara dos Deputados para apreciação naquele ano (nessa Casa transformou-se em PL n. 6.953). No entanto, conforme já referido, tal diploma normativo até o presente momento não foi regulamentado em definitivo pelas Casas Legislativas.

Em razão dessa manifesta omissão legislativa, no ano de 2013, a Ordem dos Advogados do Brasil propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 24/DF alegando a imprescindibilidade da edição da referida lei, especialmente em razão de seu status constitucional – art. 37, §3º, I e art. 175, p. único, II, da Carta Magna -, e pugnando pela concessão de medida cautelar a fim de determinar a adoção de providências nesse sentido por parte das autoridades competentes. A OAB pugnou ainda pela concessão de medida cautelar para utilização subsidiária e provisória do Código de Defesa do Consumidor nas relações dos serviços públicos enquanto não editada a lei de defesa dos usuários de serviços públicos.

O Ministro Relator Dias Toffoli, em 1º de julho de 2013, por decisão monocrática, reconheceu a omissão legislativa e concedeu em parte a medida cautelar para determinar que no prazo de 120 dias os requeridos adotassem as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pela Emenda Constitucional n. 19/98. Indeferiu, todavia, o pleito de

aplicação subsidiária e provisória do Código de Defesa dos Consumidores.¹⁹²

Assim, em outubro de 2015, o Projeto de Lei n. 6.953/2002 foi aprovado pela Câmara dos Deputados e submetido à apreciação do Senado Federal. Com diversas alterações frente ao Projeto original, importante referir alguns de seus dispositivos para analisar de que forma este pretende regulamentar os Direitos dos Usuários de Serviços Públicos e, conseqüentemente, o Direito de Reclamação:

i. Ampliação do raio de aplicação da Lei e previsão expressa de aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Art. 1º Esta Lei estabelece normas básicas para participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos prestados direta ou indiretamente pela administração pública.

§ 1º O disposto nesta Lei aplica-se à administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos termos do inciso I do § 3º do art. 37 da Constituição Federal.

§ 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.

§ 3º Aplica-se subsidiariamente o disposto nesta Lei aos serviços públicos prestados por particular. (BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 6.953-B, redação final).

Na redação original do PLS n. 439 não havia menção aos Estados, Distrito Federal e Municípios, de modo que a lei teria como âmbito de aplicação somente a esfera federal.¹⁹³ Ressalta-se, também, a previsão expressa de aplicação do Código de Defesa do Consumidor caso se caracterize relação de consumo no âmbito dos serviços públicos.

ii. Definição dos conceitos abrangidos pela Lei:

Art. 2º Para os fins desta Lei, consideram-se:

¹⁹² Por se tratar de uma decisão monocrática, o Ministro Dias Toffoli limitou-se a indeferir o pedido de medida cautelar da aplicação subsidiária do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos argumentando que tal questão deveria ser apreciada de forma mais profunda pelo Plenário da Corte: “Deixo, contudo, de deferir, neste momento, o pedido de medida cautelar, na parte em que se requer a aplicação subsidiária e provisória da Lei 8.078/90, deixando-o para análise mais aprofundada por parte do Tribunal – caso ainda subsista a mora -, e após colhidas as informações das autoridades requeridas e as manifestações do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, os quais permitirão o exame mais aprofundado do tema”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 24/DF, p. 16) (negrito do original).

¹⁹³ “Art. 1º Esta Lei estabelece normas básicas de proteção e defesa do usuário dos serviços públicos prestados pela administração direta e indireta da União, diretamente ou sob regime de concessão, permissão, autorização ou qualquer outra forma de delegação por ato administrativo, contrato ou convênio”. (BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 6.953-B, redação original).

I - usuário - pessoa física ou jurídica que se beneficia ou utiliza, efetiva ou potencialmente, de serviço público;

II - serviço público - atividade administrativa ou de prestação direta ou indireta de bens ou serviços à população, exercida por órgão ou entidade da administração pública;

III - administração pública - órgão ou entidade integrante da administração pública de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, o Ministério Público, a Advocacia Pública e a Defensoria Pública;

IV - agente público - quem exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil ou militar, ainda que transitoriamente ou sem remuneração; e

V - manifestações - reclamações, denúncias, sugestões, elogios e demais pronunciamentos de usuários que tenham como objeto a prestação de serviços públicos e a conduta de agentes públicos na prestação e fiscalização de tais serviços.

Parágrafo único. O acesso do usuário a informações será regido pelos termos da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. (BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 6.953-B, redação final).

Importante o elenco, nesse dispositivo, dos principais conceitos disciplinados por esse diploma, técnica semelhante utilizada, por exemplo, na redação das Leis n. 8.987/1995 (art. 2º), 9.784/1999 (art.1º, §2º) e 12.527/2011 (art. 4º), citadas neste trabalho. Sobre esses conceitos, denota-se que foi utilizada uma concepção bastante ampla de usuário, de modo a abranger também os usuários potenciais, o que merece elogios. Da mesma forma o legislador preferiu a expressão “manifestação” como gênero das formas de requerimento que o usuário poderá se comunicar com a Administração Pública, dentre elas as *reclamações*.

Salienta-se, também, a inclusão da noção de *atividade administrativa* dentro do conceito de Serviço Público, dando-lhe uma feição bastante ampla.

iii. Direitos Básicos do Usuário: participação no acompanhamento do serviço, avaliação dos serviços e disponibilidade de informações para efetuar as reclamações:

Art. 6º São direitos básicos do usuário:

I - participação no acompanhamento da prestação e na avaliação dos serviços;

II - obtenção e utilização dos serviços com liberdade de escolha entre os meios oferecidos e sem discriminação;

III - acesso e obtenção de informações relativas à sua pessoa constantes de registros ou bancos de dados, observado o disposto no inciso X do caput do art. 5º da Constituição Federal e na Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011;

IV - proteção de suas informações pessoais, nos termos da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011;

V - atuação integrada e sistêmica na expedição de atestados, certidões e documentos comprobatórios de regularidade; e

VI - obtenção de informações precisas e de fácil acesso nos locais de prestação do serviço, assim como sua disponibilização na internet,

especialmente sobre: a) horário de funcionamento das unidades administrativas; b) serviços prestados pelo órgão ou entidade, sua localização exata e a indicação do setor responsável pelo atendimento ao público; c) acesso ao agente público ou ao órgão encarregado de receber manifestações; d) situação da tramitação dos processos administrativos em que figure como interessado; e e) valor das taxas e tarifas cobradas pela prestação dos serviços, contendo informações para a compreensão exata da extensão do serviço prestado. (BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 6.953-B, redação final). (grifos nossos).

Sobre o inciso I destaca-se as expressões chaves de “participação” e “avaliação”, visando atender o disposto no art. 37, parágrafo terceiro, da CF, bem como no inciso I desse mesmo parágrafo. Já sobre o Direito de Reclamação salienta-se o disposto no inciso VI que enfatiza a obtenção de informações pelo usuário, seja para saber qual agente/órgão é o competente para se efetuarem as reclamações, seja para inteirar-se sobre o andamento de processos administrativos em que figure como interessado.

iv. Cartas de Serviços aos Usuários:

Um importante instrumento de transparência a ser confeccionado pelos entes e entidades abrangidos por essa legislação está referido no art. 7^o¹⁹⁴: diz respeito à chamada “Carta de Serviços ao Usuário”. Esta, conforme o próprio parágrafo primeiro do mesmo artigo, tem como função “informar o usuário sobre os serviços prestados pelo órgão ou entidade, as formas de acesso a esses serviços e seus compromissos e padrões de qualidade de atendimento ao público” (BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 6.953-B, redação final).

Tendo em vista seu caráter preponderantemente informativo, este instrumento

¹⁹⁴ Art. 7º Os órgãos e entidades abrangidos por esta Lei divulgarão Carta de Serviços ao Usuário.

§ 1º- A Carta de Serviços ao Usuário tem por objetivo informar o usuário sobre os serviços prestados pelo órgão ou entidade, as formas de acesso a esses serviços e seus compromissos e padrões de qualidade de atendimento ao público.

§ 2º- A Carta de Serviços ao Usuário deverá trazer informações claras e precisas em relação a cada um dos serviços prestados, apresentando, no mínimo, informações relacionadas a: I - serviços oferecidos; II - requisitos, documentos, formas e informações necessárias para acessar o serviço; III- principais etapas para processamento do serviço; IV - previsão do prazo máximo para a prestação do serviço; V - forma de prestação do serviço; e VI - locais e formas para o usuário apresentar eventual manifestação sobre a prestação do serviço.

§ 3º- Além das informações descritas no § 2º, a Carta de Serviços ao Usuário deverá detalhar os compromissos e padrões de qualidade do atendimento relativos, no mínimo, aos seguintes aspectos: usuários; e I - prioridades de atendimento; II- previsão de tempo de espera para atendimento; III - mecanismos de comunicação com os usuários; IV- procedimentos para receber e responder às manifestações dos V - mecanismos de consulta, por parte dos usuários, acerca do andamento do serviço solicitado e de eventual manifestação.

§ 4º A Carta de Serviços ao Usuário será objeto de atualização periódica e de permanente divulgação mediante publicação em sítio eletrônico do órgão ou entidade na internet.

§ 5º Regulamento específico de cada Poder e esfera de Governo disporá sobre a operacionalização da Carta de Serviços. (BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 6.953-B, redação final).

visa auxiliar os usuários de serviços públicos a sanar eventuais dúvidas como, por exemplo: qual órgão ou entidade é o responsável pelo serviço, quais os setores responsáveis pelo atendimento ao público, quais os locais e formas para o usuário apresentar suas manifestações sobre a prestação do serviço, etc.

Com esse propósito, destaque para os Decretos da Presidência da República n. 6.932/2009, que instituiu a “Carta de Serviços ao Cidadão”, e n. 8.936/2016, que instituiu a “Plataforma de Cidadania Digital”.

v. Capítulo III – Das Manifestações dos Usuários de Serviços Públicos:

Com relação ao presente trabalho, grande destaque deve ser dado ao Capítulo III¹⁹⁵ deste diploma legal, o qual disciplina as manifestações dos usuários de serviços públicos. Como já referido, o artigo 2º, inciso V, dessa legislação, previu como “manifestações” a forma genérica de requerimentos dos usuários, a qual inclui, entre outras, as *reclamações*.

Nesse sentido, este capítulo define, em linhas gerais, que as manifestações são formas de garantia dos direitos dos usuários e que essas devem ser apresentadas nas ouvidorias ou – caso não haja ouvidoria – diretamente na entidade responsável. Permite que as manifestações sejam realizadas por diversas formas – meio eletrônico, escrito ou verbal -, bem como exige dos órgãos e entidades públicas a elaboração de “formulários simplificados e de fácil compreensão”, a fim de

¹⁹⁵ CAPÍTULO III - DAS MANIFESTAÇÕES DOS USUÁRIOS DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Art. 9º Para garantir seus direitos, o usuário poderá apresentar manifestações perante à administração pública acerca da prestação de serviços públicos.

Art. 10. A manifestação será dirigida à ouvidoria do órgão ou entidade responsável, e conterá a identificação do requerente. § 1º A identificação do requerente não conterá exigências que inviabilizem sua manifestação. § 2º São vedadas quaisquer exigências relativas aos motivos determinantes da apresentação de manifestações perante a ouvidoria. § 3º Caso não haja ouvidoria, o usuário poderá apresentar manifestações diretamente ao órgão ou entidade responsável pela execução do serviço e ao órgão ou entidade a que se subordinem ou vinculem. § 4º A manifestação poderá ser feita por meio eletrônico, correspondência convencional ou verbalmente, hipótese em que deverá ser reduzida a termo. § 5º No caso de manifestação por meio eletrônico, prevista no § 4º, respeitada a legislação específica de sigilo e proteção de dados, poderá a administração pública ou sua ouvidoria requerer meio de certificação da identidade do usuário. § 6º. Os órgãos e entidades públicos abrangidos por esta Lei deverão colocar à disposição do usuário formulários simplificados e de fácil compreensão para a apresentação do requerimento previsto no caput, facultada ao usuário sua utilização. § 7º. A identificação do requerente é informação pessoal protegida com restrição de acesso nos termos da Lei n2. 12.527, de 2011.

Art. 11. Em nenhuma hipótese será recusado o recebimento de manifestações formuladas nos termos desta Lei, sob pena de responsabilidade do agente público.

Art. 12. Os procedimentos administrativos relativos à análise das manifestações observarão os princípios da eficiência e da celeridade, visando a sua efetiva resolução. compreende: Parágrafo único. A efetiva resolução das manifestações dos usuários I - recepção da manifestação no canal de atendimento adequado; II - emissão de comprovante de recebimento da manifestação; III - análise e obtenção de informações, quando necessário; IV- decisão administrativa final; e V - ciência ao usuário. (BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 6.953-B, redação final).

facilitar a apresentação do requerimento por parte do usuário. Ainda, dispõe a vedação de recusa do recebimento de manifestações formuladas nos termos da lei por parte do agente público, inclusive, sob pena de responsabilidade deste.

Relevantes disposições estão contidas, também, no artigo 12 deste Capítulo. Ali está disposto que os procedimentos administrativos oriundos das manifestações observarão os princípios da eficiência e da celeridade, visando sua efetiva resolução. O parágrafo único do artigo define o que seria essa “efetiva resolução”, compreendendo nesse conceito não apenas o recebimento da manifestação, mas também a análise e solicitação de informações quando necessário, bem como o direito de uma decisão administrativa final com a devida ciência do usuário. A única ressalva desse dispositivo é a inexistência de prazo para a decisão, bem como a não previsão de qualquer efeito (positivo ou negativo) em razão de possível “silêncio administrativo”. Também não há qualquer menção à necessidade de motivação das decisões dentro desses procedimentos.

Destaque negativo dessa matéria foi a supressão do capítulo “Processo Administrativo”, presente no Projeto original. Este disciplinava minuciosamente as etapas de requerimento, instrução e decisão final, bem como os prazos a serem observados em cada uma delas. Dispunha, ainda, sobre a possibilidade de recurso das decisões administrativas e sobre o encaminhamento dos autos aos órgãos competentes para apuração de ilícitos administrativos, civis e criminais.

Com essa supressão parece que com relação aos processos administrativos deverão ser observadas as normas específicas dessa matéria na legislação de cada ente federado (por exemplo, Lei n. 9.784/1999 no âmbito federal), muito embora ao longo do texto não esteja referida a possibilidade de aplicação subsidiária desses diplomas.

vi. Ouvidorias e Avaliações:

Conforme referido em tópico anterior, o disposto no art. 37, §3º, inciso I, da CF traz um rol de três direitos pertencentes aos usuários de serviços públicos. Tais direitos além de terem sido definidos como formas de “participação” do usuário na Administração Pública estão profundamente interligados. O Direito de Reclamação necessita desses outros instrumentos para que possa ser utilizado da melhor forma e possa gozar de máxima efetividade.

Nesse sentido, enfatiza-se os Capítulos IV¹⁹⁶ e VI¹⁹⁷ que disciplinam, respectivamente, as Ouvidorias e as Avaliações dos serviços. As primeiras se destacam no sentido de serem órgãos especializados para intermediação entre o usuário e a Administração Pública e, na perspectiva do Direito de Reclamação, serem os órgãos competentes para recebimento das manifestações dos usuários.¹⁹⁸

¹⁹⁶ CAPÍTULO IV - DAS OUVIDORIAS

Art. 13. As ouvidorias terão como atribuições precípua, sem prejuízo de outras estabelecidas em regulamento específico: I - promover a participação do usuário na administração pública, em cooperação com outras entidades de defesa do usuário; II - acompanhar a prestação dos serviços, visando garantir a sua efetividade; III - propor aperfeiçoamentos na prestação dos serviços; IV - auxiliar na prevenção e correção dos atos e procedimentos incompatíveis com os princípios estabelecidos nesta Lei; V - propor a adoção de medidas para a defesa dos direitos dos usuários, em observância às determinações desta Lei; VI - receber, analisar e encaminhar às autoridades competentes as manifestações, acompanhando o tratamento e a efetiva conclusão das manifestações de usuário junto a órgão ou entidade a que se vincula; e VII - promover a adoção de mediação e conciliação entre o usuário e o órgão ou a entidade pública, sem prejuízo de outros órgãos competentes.

Art. 14. Com vistas à realização de seus objetivos, as ouvidorias deverão: I - receber, analisar e responder, por meio de mecanismos proativos e reativos, as manifestações encaminhadas por usuários de serviços públicos; e II - elaborar anualmente, relatório de gestão, que deverá consolidar as informações mencionadas no inciso anterior, e, com base nelas, apontar falhas e sugerir melhorias na prestação de serviços públicos.

Art. 15. O relatório de gestão, de que trata o inciso II do caput do art. 14, deverá indicar, ao menos: apresentadas. I - o número de manifestações recebidas no ano anterior; II - os motivos das manifestações; III - a análise dos pontos recorrentes; e IV - as providências adotadas pela administração pública nas soluções

Parágrafo único. O relatório de gestão será: I - encaminhado à autoridade máxima do órgão a que pertença a unidade de ouvidoria; e II - disponibilizado integralmente na internet.

Art. 16. A ouvidoria encaminhará a decisão administrativa final ao usuário, observado o prazo de trinta dias, prorrogável de forma justificada uma única vez, por igual período.

Parágrafo único. Observado o prazo previsto no caput, a ouvidoria poderá solicitar informações e esclarecimentos diretamente a agentes públicos do órgão ou entidade a que se vincula, as quais devem ser respondidas no prazo de vinte dias, prorrogável de forma justificada uma única vez, por igual período.

Art. 17. Atos normativos específicos de cada Poder e esfera de Governo disporão sobre a organização e o funcionamento de suas ouvidorias. (BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 6.953-B, redação final).

¹⁹⁷ CAPÍTULO VI - DA AVALIAÇÃO CONTINUADA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Art. 23. Os órgãos e entidades públicos abrangidos por esta Lei deverão avaliar os serviços prestados, nos seguintes aspectos dos serviços: I - satisfação do usuário com o serviço prestado; II - qualidade do atendimento prestado ao usuário; III - cumprimento dos compromissos e prazos definidos para a prestação; IV - quantidade de manifestações de usuários; e V - medidas adotadas pela administração pública para melhoria e aperfeiçoamento da prestação do serviço.

§ 1º A avaliação será realizada por pesquisa de satisfação feita, no mínimo, a cada três anos, ou por qualquer outro meio que garanta significância estatística aos resultados.

§ 2º O resultado da avaliação deverá ser integralmente publicado no sítio do órgão ou entidade e servirá de subsídio para reorientar e ajustar os serviços prestados, em especial quanto ao cumprimento dos compromissos e dos padrões de qualidade de atendimento divulgados na Carta de Serviços ao Usuário.

Art. 24. Regulamento específico de cada Poder e esfera de Governo disporá sobre a avaliação da efetividade e dos níveis de satisfação dos usuários. (BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 6.953-B, redação final).

¹⁹⁸ Uma ressalva com relação às Ouvidorias diz respeito ao comum processo de cooptação desses setores pelas entidades públicas, influenciando negativamente na autonomia do Ouvidor e, conseqüentemente, no processamento das reclamações recebidas.

Já as avaliações são importantes mecanismos para análise de satisfação dos usuários em relação aos serviços prestados, as quais poderão ter por base, também, o número de reclamações dos usuários sobre determinados serviços.

Destaca-se que ambas deverão ser regulamentadas por cada Poder e esfera de governo.¹⁹⁹

vii. “Vacatio Legis”:

Art. 25. Esta Lei entra em vigor, a contar da sua publicação, em:
 I - trezentos e sessenta dias para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios com mais de quinhentos mil habitantes;
 II - quinhentos e quarenta dias para os Municípios entre cem mil e quinhentos mil habitantes; e
 III - setecentos e vinte dias para os Municípios com menos de cem mil habitantes. (BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 6.953-B, redação final).

Este artigo traz prazos diferentes de “vacatio legis”. Percebe-se, contudo, que o foco dessa diferenciação foi a adaptação dos médios e pequenos municípios, os quais, indubitavelmente, contam com uma aparelhagem administrativa bem mais enxuta do que os demais entes federados.

Lamenta-se, por outro lado, o prazo de um ano para entrada em vigor da legislação para União, Estados e grandes Municípios. Isso porque, haja vista a mora legislativa na elaboração do referido diploma normativo e de sua indiscutível importância, o referido prazo de vacância é demasiado longo. No Projeto original o prazo era de 90 dias. Já o Código de Defesa do Consumidor, de estreita semelhança material, teve, por exemplo, o prazo de “vacatio” de 180 dias.

3.3.2 As Legislações Estaduais

Se no âmbito federal a regulamentação desses direitos dos cidadãos ainda está em processo de elaboração, nos Estados essa realidade é bastante diversa.

Destaque aqui principalmente para o Estado de São Paulo que possui lei regulamentando a matéria desde 1999 (Lei Estadual n. 10.294); editada, portanto,

¹⁹⁹ “Art. 17. Atos normativos específicos de cada Poder e esfera de Governo disporão sobre a organização e o funcionamento de suas ouvidorias.

[...]

Art. 24. Regulamento específico de cada Poder e esfera de Governo disporá sobre a avaliação da efetividade e dos níveis de satisfação dos usuários”. (BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 6.953-B, redação final).

um ano após a Reforma Administrativa e com redação, diga-se de passagem, bastante assemelhada com o PLS n. 439/1999 do Senado Federal.²⁰⁰

O ponto negativo dessa legislação é a ausência de norma que traga uma definição de “usuário” para aplicação dessa lei. Já o ponto positivo diz respeito à criação do Sistema Estadual de Defesa do Usuário de Serviços Públicos (SEDUSP) que tem como principal função intermediar a relação entre usuário e prestadores de serviços públicos (art. 29 e seguintes). O SEDUSP é composto pelas Ouvidorias, Comissões de Ética, Comissão de Centralização das Informações dos Serviços Públicos e por órgãos encarregados do desenvolvimento de programas e qualidade do serviço público. Dentre essas entidades, destaque para as Ouvidorias, regulamentadas pelo Decreto n. 44.074/1999, e que têm por função a avaliação da procedência de sugestões, reclamações e denúncias e o encaminhamento destas para as autoridades competentes.

Mais recentemente, o Estado do Mato Grosso também regulamentou o Direito de Reclamação a partir da Lei Complementar n. 361, de 39 de junho de 2009. Destaque dessa legislação para o art. 2º²⁰¹, que permite que a reclamação seja feita por qualquer usuário, efetivo ou potencial, em consonância com os argumentos expostos em tópico anterior deste trabalho. Ainda, a lei estabelece que a reclamação poderá ter como objeto: a falta de informação, a falta de qualidade na prestação do serviço e a falta de atendimento do serviço público em tempo razoável (art. 5º).

Por fim, no Estado do Rio Grande do Sul vige a Lei estadual n. 11.081, de 07 de janeiro de 1998, a qual disciplina as reclamações relativas à prestação de serviços públicos. Embora a Constituição Estadual desse Estado preveja em diversos dispositivos o direito de reclamação²⁰², a legislação que tratou da matéria é

²⁰⁰ Também digno de nota é que no Município de São Paulo há igualmente norma que dispõe sobre proteção e defesa do usuário do serviço público desde 2005: é a Lei Municipal n. 14.029/2005. Essa legislação é complementada, ainda em âmbito municipal, pelo Decreto n. 56.832/2016, que dispõe sobre a apresentação e o processamento de solicitações envolvendo a prestação dos serviços públicos pela Administração Municipal Direta e Indireta, bem como por entidades parceiras ou contratadas; e sobre a aprovação da consolidação das normas de proteção e defesa do usuário do Serviço Público do Município de São Paulo, que passa a constituir o Código de Defesa do Usuário do Serviço Público Paulistano.

²⁰¹ “As reclamações relativas à prestação dos serviços, prevista no §4º do Art. 129 da Constituição do Estado de Mato Grosso, poderão ser formuladas por qualquer usuário, efetivo ou potencial, ante a ocorrência ou a iminência de descumprimento de lei ou contrato, ou de lesão a direito próprio ou de terceiros” (MATO GROSSO, Lei Complementar n. 361, de 29 de junho de 2009).

²⁰² Artigo 56, §2º, inciso II (direito de petição e reclamação perante as Comissões da Assembleia Legislativa contra atos ou omissões do Poder Público); artigo 111, inciso V (direito de petição e reclamação perante o MP); artigo 179, p. único, inciso II (direito dos usuários de serviço municipal de

bastante singela. Realce, todavia, para a legitimação da propositura da reclamação não apenas ao usuário efetivo, mas também ao potencial usuário (art. 2º, *caput*²⁰³) e pela possibilidade de responsabilização das autoridades, dos servidores ou dos terceiros prestadores diretos do serviço que: não acolherem ou não derem tramitação à reclamação; não fizerem as comunicações ou não cumprirem os prazos estipulados; ou que não tomarem as providências que lhes sejam exigidos (art. 4º²⁰⁴).

Em outros Estados, no entanto, não há legislação própria ainda que regule o Direito de Reclamação em seus respectivos âmbitos de competência.

Nos Estados da Bahia, Minas Gerais e Rio de Janeiro, por exemplo, tramitam projetos de lei que visam regulamentar o Código de Proteção e Defesa dos Direitos dos Usuários de Serviços Públicos. Na Bahia há o Projeto de Lei n. 16.676/2007 que dispõe sobre a proteção e defesa dos usuários de serviços públicos nesse Estado. Em Minas Gerais estão em curso os Projetos de Lei n. 1.408/2011 e 869/2011; o primeiro destina-se a estabelecer normas básicas de proteção e defesa do usuário dos serviços públicos prestados pelo Estado; o segundo visa regulamentar o Código de Proteção e Defesa dos Direitos do Usuário do Serviço Público de Minas Gerais. Já no Rio de Janeiro tramitam os Projetos de Lei n. 3.162/2006 e 2.324/2009 que também dispõem sobre a Proteção e Defesa do Usuário do Serviço Público desse Estado.

Já em outros Estados, apesar da inexistência de legislação específica sobre o tema, ressaltam-se as legislações próprias das Agências Reguladoras de Serviços Públicos desses Estados e suas respectivas Ouvidorias, as quais possuem alguns dispositivos que permitem a reclamação dos usuários de serviços públicos. São os casos, por exemplo, dos Estados de Goiás, do Paraná e de Santa Catarina.

Em Goiás a Lei Estadual n. 14.249, de 2002²⁰⁵, estabeleceu indicadores de

transporte será disciplinado na lei); artigo 242, inciso IV (participação dos usuários da rede de saúde nas políticas).

²⁰³ Art. 2º - A reclamação relativa à prestação dos serviços, prevista no parágrafo 3º do artigo 37 da Constituição Federal, poderá ser formulada por qualquer usuário, efetivo ou potencial, ante a ocorrência ou a iminência de descumprimento de lei ou contrato, ou de lesão a direito próprio ou de terceiros. (RIO GRANDE DO SUL, Lei Estadual 10.931, de 09 de janeiro de 1997).

²⁰⁴ Art. 4º - Serão responsabilizados a autoridade, o servidor e o terceiro prestador direto do serviço que: I - não acolherem ou não derem tramitação à reclamação; II - não fizerem as comunicações ou não cumprirem os prazos estipulados no artigo anterior; III - de qualquer forma, não tomarem as providências que lhes estejam efetas. (RIO GRANDE DO SUL, Lei Estadual 10.931, de 09 de janeiro de 1997).

²⁰⁵ Essa lei estabelece indicadores de desempenho relativos à prestação de serviços públicos no Estado de Goiás, objetivando, em síntese, a defesa dos direitos dos usuários e consumidores, bem como a prática de ações preventivas de fiscalização dos serviços públicos de forma a evitar danos

desempenho relativos à prestação de serviços públicos naquele Estado, encarregando à Agência Goiana de Regulação, Controle e Fiscalização dos Serviços Públicos (AGR) da execução dessa lei. Essa Agência deve, dentre outras atribuições, viabilizar e manter serviço de atendimento ao usuário para receber reclamações e sugestões (art. 7º, §2º, I²⁰⁶). Com isso, sobreveio Resolução da AGR regulamentando o Direito de Reclamação do usuário de serviço público (Resolução n. 173/2002²⁰⁷).

Essa Resolução estabelece que o usuário poderá formular reclamação em face da prestação de serviço público junto à Ouvidoria da Agência, a qual poderá ou não instaurar processo administrativo para apuração. Conhecida a reclamação pelo órgão, esta tramitará junto à Ouvidoria, sendo propiciada, inclusive, durante a instrução, a mediação do conflito entre as partes para solução da reclamação. A decisão do processo ficará a cargo da Presidência da Agência, por meio da Direção Executiva, podendo as partes interpor recurso da decisão ao Conselho de Gestão da AGR. Caso não adotadas as providências estabelecidas na decisão final, a Diretoria Executiva da AGR aplicará as sanções que entender cabíveis.

Nesse Estado, destaque ainda para o “Roteiro para Reclamação de Serviços Públicos”, que pode ser encontrado na página eletrônica do Ministério Público do Estado de Goiás²⁰⁸, com o fim de facilitar o acesso dos cidadãos aos seus direitos.²⁰⁹

aos usuários e consumidores (art. 1º). Cria o Fórum de Defesa do Consumidor e do Usuário de Serviços Públicos com a atribuição, por exemplo, de receber reclamações e sugestões relativas à qualidade dos serviços (art. 6º, V). Define também que a Agência Goiana de Regulação, Controle e Fiscalização dos Serviços Públicos (AGR) fica encarregada da execução dessa lei, devendo, dentre outras atribuições, viabilizar e manter serviço de atendimento ao usuário para receber reclamações e sugestões (art. 7º, §2º, I). Essa lei ainda exige que seja feita, no mínimo uma vez por ano, pesquisa de opinião para verificar o índice de satisfação dos usuários com os serviços públicos (art. 39).

²⁰⁶ Art. 7º. A Agência Goiana de Regulação, Controle e Fiscalização dos Serviços Públicos - AGR fica encarregada da execução da presente Lei, observadas, no que couber, as disposições da Lei nº 13.569, de 27 de dezembro de 1999.

[...]

§ 2º. Na execução desta Lei cabe, ainda, à AGR:

I - viabilizar e manter serviço de atendimento ao usuário dos serviços públicos para receber reclamações e sugestões; [...]. (GOIÁS, Lei Estadual n. 14.249, de 29 de JULHO de 2002).

²⁰⁷ “Dispõe sobre o procedimento nas reclamações de usuários de serviços públicos e dá outras providências” (AGÊNCIA GOIANA DE REGULAÇÃO, CONTROLE E FISCALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS, Resolução n. 173, de 2002).

²⁰⁸ Roteiro para Reclamação de Serviços Públicos, do Ministério Público do Estado de Goiás. Disponível em:

<http://www.mpggo.mp.br/portal/arquivos/2013/06/10/09_56_26_826_cao_consumidor.pdf>.

²⁰⁹ Salienta-se também no Estado de Goiás a Resolução n. 1.156/2003 da Agência Goiana de Regulação, Controle e Fiscalização de Serviços Públicos (AGR) que dispõe sobre os prazos para

Já o Estado do Paraná criou a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Infraestrutura do Paraná a partir da Lei Complementar n. 94, de 23 de julho de 2002. Nessa lei ficara definido que cabe a essa Agência Reguladora, dentre uma série de outras atribuições, “receber, apurar e solucionar as reclamações dos usuários” (art. 7º, XIV) (PARANÁ, Lei Complementar n. 94, de 23 de julho de 2002). Sua regulamentação, todavia, só veio a ocorrer em 2012, através do Decreto n. 6.432²¹⁰, no qual ficara estabelecido que cabe à Ouvidoria da instituição o recebimento e o processamento das reclamações dos usuários.²¹¹ Embora não haja norma interna que especifique o procedimento das reclamações dos usuários, essas podem ser feitas por meio da Ouvidoria, seja por telefone, seja através do sítio da Agência.

Santa Catarina, por sua vez, mais recentemente, criou a Agência de Regulação de Serviços Públicos através da Lei estadual n. 16.673, de 11 de agosto de 2015. Esta também tem por atribuição o recebimento e processamento das reclamações dos usuários, dispondo de Ouvidoria para este fim, a qual pode ser provocada por meio de telefone ou sítio da própria Entidade Reguladora.

3.4 DA COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR SOBRE O DIREITO DE RECLAMAÇÃO DO USUÁRIO DE SERVIÇO PÚBLICO

Como visto no tópico anterior, ainda inexistente diploma editado pela União sobre a defesa dos usuários de serviços públicos. Em contrapartida, já há legislações estaduais – e até municipais, no caso do Município de São Paulo – que preveem este direito aos usuários.

Contudo, após essa análise do direito positivo emerge uma importante questão referente à competência para tratar da matéria: os entes federados têm competência para legislar sobre o Direito de Reclamação do Usuário de Serviço Público de forma exaustiva ou esta é uma competência privativa da União? Se há competência privativa da União, ela é exaustiva ou somente para edição de normas gerais, cabendo aos

execução de serviço e/ou resposta ao consumidor dos serviços públicos de água e esgoto prestados pela Empresa de Saneamento de Goiás S/A (SANEAGO).

²¹⁰ Já revogado pelo Decreto n. 4.694/2016.

²¹¹ No Estado do Paraná, frisa-se também a Lei Estadual n. 17.315, de 24 de setembro de 2012, que estabelece indicadores relativos ao bem-estar da população do Estado do Paraná e indicadores de desempenho relativos à qualidade dos serviços públicos prestados, relacionando-os com o objetivo de proteger e defender os usuários de serviços públicos e os consumidores (art. 1º).

demais entes apenas a edição de normas complementares e específicas? Há diferença entre a competência para legislar sobre a Lei de Defesa dos Usuários de Serviços Públicos e a competência para legislar sobre o Direito de Reclamação?

Para responder essas questões é necessário, inicialmente, que se faça uma breve análise da distribuição de competências em matéria de Direito Administrativo na Constituição Federal (em especial, as competências sobre serviços públicos).

Rafael Maffini explica que a distribuição de competências no Direito Administrativo não se dá da mesma forma que no Direito Penal, Direito Civil, Direito Processual, entre outros (2016, p. 27). Isso porque tais matérias estão definidas como de competência privativa da União no art. 22, I, da Constituição Federal²¹², ao passo que não há menção do Direito Administrativo nesse dispositivo. Maffini aduz ainda que a repartição de competências desse ramo da ciência jurídica também não se assemelha à repartição de competências no Direito Tributário (concorrente) (2016, p. 27).

Considerando-se, então, a ausência de previsão do Direito Administrativo como competência privativa da União (art. 22, CF), somada à outorga de autonomia político-administrativa à cada ente federado (art. 18, CF²¹³), chegar-se-ia na conclusão de que, “como regra, cada ente federado detém competência para legislar sobre assuntos de seus respectivos interesses” (MAFFINI, 2016, p. 28). Isso permitiria a existência, portanto, de tantos “direitos administrativos” quanto forem os entes federados na República brasileira (MAFFINI, 2016, p. 28).

Essa conclusão fica de fácil percepção caso se analise algumas das matérias de Direito Administrativo que possuem legislações editadas por todos os entes, como, por exemplo, a matéria de servidores públicos (há legislação própria para servidores públicos federais, estaduais e municipais) e as leis de processo administrativo (lei federal, leis estaduais e leis municipais). Cada qual dentro do seu respectivo âmbito de competência.

Contudo, da mesma forma que a Constituição Federal estabelece a regra, as exceções também deverão estar ali dispostas. Conforme Rafael Maffini são “matérias que, segundo a própria Constituição Federal, merecem uniformização nacional” (2016,

²¹² Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988).

²¹³ Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988).

p. 28). As duas principais exceções são os casos de Desapropriações (art. 22, II, CF) e das normas gerais de Licitações e Contratos administrativos (art. 22, XXVII, CF); ambas estão definidas como matérias de competência privativa da União.²¹⁴

Contudo, no caso de serviços públicos a matéria de repartição de competências ganha especial complexidade. Isso porque ao tratar de serviços públicos, o constituinte preferiu adotar tanto a regra de repartição de competências no direito administrativo – competências de todos para tratar de assuntos dos seus respectivos interesses – como adotar também a forma excepcional em alguns casos – vale dizer, definiu alguns serviços como de competência privativa de cada ente federado.

Em regra, o elenco de atividades consideradas como serviços públicos está disposta no texto constitucional, o qual abarca, inclusive, a repartição de competências desses serviços entre os entes.²¹⁵

Dentre esses serviços elencados, costuma-se separá-los em dois grupos. Há aqueles considerados como “serviços comuns”, em que qualquer ente poderá legislar sobre a matéria dentro do seu âmbito de competência; estão eles dispostos no artigo 23, CF²¹⁶: serviços de saúde pública (inciso II), promoção de programas de construção de moradias (inciso IX), proteção do meio ambiente e preservação das florestas, fauna e flora (incisos VI e VII), entre outros²¹⁷. Por outro lado, há também aqueles chamados de “serviços privativos”, sobre os quais a Constituição Federal reparte especificamente qual ente terá competência para legislar; são eles: serviços privativos da União (art. 21, X, XI, XII e XV²¹⁸)²¹⁹; serviços públicos privativos dos Estados (art. 25, §1º e §2º²²⁰); e serviços públicos privativos dos Municípios (art. 30, I e V²²¹).²²²

²¹⁴ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

II - desapropriação;

[...]

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988).

²¹⁵ Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello o rol de serviços elencados no texto constitucional é meramente exemplificativo, pois não impede que os entes federados criem novos serviços (2015, p. 711).

²¹⁶ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988).

²¹⁷ Dentre esses outros, Marçal Justen Filho destaca o serviço de educação que também é de competência comum entre os entes (2010, p. 718-719).

²¹⁸ X - manter o serviço postal e o correio aéreo nacional;

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um

Em outras palavras, a Constituição Federal de 1988 estabelece um regime de repartição de competência que deve ser entendido do seguinte modo: deve-se primeiro procurar identificar as hipóteses taxativas de competência da União; a partir daí, verifica-se quais são as competências reservadas aos Municípios (interesse local e transporte público); e, finalmente, analisa-se as competências dos Estados que são todas aquelas que não lhes tenham sido expressamente vedadas e as que não se encontram no campo delimitado aos dois primeiros, somando-se a estas a sua única previsão expressa (distribuição de gás canalizado). (KLEIN E MARQUES NETO, 2015, p. 93).

Dessa forma, a partir desse arranjo constitucional de competências surge a dúvida com relação à competência para legislar sobre os Direitos dos Usuários de Serviços Públicos, em especial sobre o Direito de Reclamação. Enquadrar-se-iam tais competências na regra geral (competência comum dos entes para legislar sobre seu

órgão regulador e outros aspectos institucionais; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95);

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95:)

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;

d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;

e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;

f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;

[...]

XV - organizar e manter os serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia de âmbito nacional; (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988).

²¹⁹ No caso da alínea "d", do inciso XII, do art. 21, da Constituição Federal, Eros Grau (2006) destaca que o Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 220.999-7/PE entendeu não se caracterizar, na hipótese ali discutida, serviço público, já que não havia interesse social envolvido, e sim mero interesse coletivo, o que caracterizaria como atividade econômica em sentido estrito.

²²⁰ § 1º São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.

§ 2º Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 5, de 1995) (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988).

²²¹ Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

[...]

V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial; (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988).

²²² Floriano de Azevedo Marques Neto faz a ressalva de que nem sempre será possível encontrar no texto constitucional atribuição expressa sobre a qual ente federado competirá a titularidade de um serviço público específico, havendo necessidade de se recorrer ao "princípio da predominância do interesse". Entretanto, estando as competências positivadas por meio de regras, somente na hipótese dessas regras não solucionarem o problema de identificação ou conflito de competências, dever-se-á verificar a predominância do interesse (KLEIN E MARQUES NETO, 2015, p. 93).

respectivo âmbito) ou como uma das exceções (competência privativa de algum ente federado)?

Nesse sentido, o primeiro passo é diferenciar a legislação pertinente aos *Direitos dos Usuários de Serviços Públicos* do *Direito de Reclamação do Usuário de Serviço Público*. Isso porque, entende-se que a competência para legislar sobre cada uma dessas matérias seja diferentemente tratada pelo texto constitucional.

No caso da *Lei de Defesa dos Usuários de Serviços Públicos*, verifica-se que não há unanimidade na doutrina sobre a competência dessa regulamentação (embora o Congresso Nacional acene com a ideia de que esta seja matéria de competência privativa da União, conforme visto no tópico anterior sobre o Projeto de Lei n. 6.953/2002).

Isso porque, ao se analisar os autores que tratam do assunto – aqueles especializados em contratos de concessão e permissão de serviços públicos -, verificar-se-á que há certa dúvida, primeiro, quanto ao alcance do parágrafo único do artigo 175 da Constituição Federal: isto é, se a “lei” por ele referida valeria para toda a forma de prestação de serviços públicos pelo Estado (direta e indireta) ou se estaria limitada às hipóteses de concessões e permissões; e segundo em relação à própria competência para legislar sobre concessões e permissões, incluindo a discussão a respeito da constitucionalidade do art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 8.987/95.

Embora extrapole o objeto do presente trabalho, opta-se nesse caso por seguir o entendimento trazido por Arnaldo Wald, Luiza Rangel de Moraes e Alexandre Wald. Para os autores, o art. 22, XXVII, CF, “atribui à União competência para legislar sobre princípios e normas gerais em matéria de licitações e contratos administrativos, dentre os quais estão os que corporificam a outorga de concessões ou permissões” (WALD, MORAES E WALD, 2004, p. 149). Dessa forma, compreendem que no campo das concessões as Leis n. 8.987/95 e 9.074/95 devem ser consideradas normas gerais impositivas para os Estados e Municípios, as quais regulamentam as matérias expressamente enunciadas no art. 175, *caput* e seu parágrafo único:

Tal interpretação é consistente com a diretriz constitucional de estabelecimento de um sistema de regras uniformes para contratações públicas de execução de obras e serviços, o que, evidentemente, não interfere na possibilidade de serem afastados, pela legislação de cada entidade concedente, dispositivos da lei federal que não se enquadrem na categoria de genéricos e que sejam incompatíveis com as suas necessidades, objetivos e peculiaridades (WALD, MORAES E WALD, 2004, p. 150).

Referem, por outro lado, que as demais disposições que extrapolem a previsão constitucional não ostentam tal característica obrigatória em relação aos Estados, Municípios e Distrito Federal, os quais poderiam dispor livremente dessas matérias (WALD, MORAES E WALD, 2004, p. 150). Isso significa que as matérias elencadas no parágrafo único do artigo 175 da Constituição Federal seriam de competência privativa da União para edição de normas gerais:

Com o advento da Lei n. 8.987/95, tiveram sua eficácia suspensa, na forma do art. 24, §4º, da Constituição, todas as disposições de leis estaduais sobre as matérias cuja competência é constitucionalmente atribuída à União, ou seja, em matéria de serviços públicos, as que se encontram enunciadas no parágrafo único do art. 175 da Constituição Federal.

[...]

Também perderam eficácia as normas editadas por outro ente federativo que conflitem com as contidas na Lei n. 8.987/95, atinentes a direitos dos usuários, política tarifária e obrigação da concessionária de manter serviço adequado, mas não as que completem o texto federal ou modifiquem em aspectos não dotados de generalidade (WALD, MORAES E WALD, 2004, p. 152).

Nesse sentido, ao combinar a leitura dos dispositivos constitucionais do art. 22, XXVII²²³, com o art. 175, *caput* e parágrafo único²²⁴, percebe-se que a Constituição estabelece competência privativa à União para edição de normas gerais de licitações e contratos administrativos; nesses últimos estariam inclusos os contratos de concessão e permissão de serviços públicos, já que espécies de contratos administrativos. Ainda, em caráter uniformizante, a legislação federal-nacional deveria também tratar dos temas elencados no parágrafo único do artigo 175, dentre os quais estão “os direitos dos usuários”, previstos no inciso II.

²²³ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988).

²²⁴ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988).

Por fim, lembra-se que o artigo 27 da Emenda Constitucional n. 19²²⁵ atribui ao Congresso Nacional o dever de editar lei de defesa dos usuários de serviços públicos, acenando, portanto, para a competência deste para tratar de forma uniforme sobre a matéria.

Em razão disso, adota-se entendimento de que a matéria relativa aos Direitos dos Usuários de Serviço Público – nos moldes, por exemplo, de um Código de Defesa do Consumidor - seja afeita à competência privativa da União para edição de normas gerais, cabendo aos demais entes federados a edição de normas específicas sobre o tema em seus respectivos âmbitos de interesse.

De outro modo, caso se analise a essência do *Direito de Reclamação do Usuário de Serviços Públicos* verificar-se-á que se trata de um Direito de caráter eminentemente processual, vale dizer, que permite ao usuário de serviço público a provocação do Poder Público mediante um processo administrativo, para manifestar sua reclamação referente à prestação de algum serviço público, privilegiando e estabelecendo o diálogo entre Administração Pública e usuário.

Visto por esse viés processual, conclui-se que o Direito de Reclamação possa ser entendido como uma espécie de processo administrativo – voltado aos serviços públicos – e que, portanto, esteja submetido à mesma norma de competência constitucional para legislar sobre “processo administrativo”. Nesse sentido, embora exista divergência doutrinária a respeito do assunto, partilha-se do entendimento de que a matéria de processo administrativo seja de competência autônoma de cada ente federado (a regra geral no Direito Administrativo).²²⁶

Portanto, a competência para legislar especificamente sobre o Direito de Reclamação também seria de competência autônoma de cada ente federado, dentro do seu respectivo âmbito de interesse.²²⁷

²²⁵ Art. 27. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação desta Emenda, elaborará lei de defesa do usuário de serviços públicos. (BRASIL. Emenda Constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998).

²²⁶ Nesse sentido, por exemplo, Cármen Lúcia Antunes Rocha (1997), Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1992), Vladimir da Rocha França (2009), Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013), Rafael Maffini (2016) e Romeu Felipe Bacellar Filho e Ricardo Marcondes Martins (2015).

²²⁷ Esse, por exemplo, é o entendimento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto: “A competência para dispor sobre as formas de participação dos administrados em cada uma das diversas Administrações Públicas do país, diretas ou indiretas, inclusive a modalidade de participação fiscalizadora, em respeito ao princípio da autonomia político-administrativa (art. 18, CF), será de cada entidade da Federação” (1999, p. 64). E especificamente sobre o Direito de Reclamação assevera o autor: “A Carta Magna prevê lei que discipline o seu processo. No caso, a lei da entidade política à qual caiba a competência para prestar o serviço público questionado, já que se trata de atividade administrativa e de processo administrativo, para os quais vige o princípio da autonomia (art. 18)” (1992, p. 140).

Os *Direitos dos Usuários de Serviços Públicos* e o *Direito de Reclamação do Usuário de Serviço Público*, embora sejam temas afeitos, possuem tratamento constitucional diverso em matéria de competências. Tal circunstância não afeta, todavia, em possível norma que venha a disciplinar uma espécie de Código de Defesa dos Usuários de Serviços Públicos, haja vista o caráter nacional das normas relativas a estes.

Isso significa, enfim, que compete privativamente à União estatuir normas gerais sobre a defesa e proteção dos usuários de serviços públicos (uma espécie de “Código de Defesa dos Usuários”), definindo, dentre outros temas, os direitos conferidos, os princípios norteadores e os conceitos como, por exemplo, de “usuário” e de “serviço público”; compreende dizer que tais normas terão caráter “nacional”, aplicáveis, assim, a todos os entes. De outro lado, a parte desse diploma normativo que se destinar a regulamentar o processo administrativo por meio do qual os usuários poderão manifestar-se sobre a prestação de serviços públicos (dentre essas manifestações, está o Direito de Reclamação) terá caráter apenas “federal”, haja vista que haverá competência autônoma de cada ente federado para dispor sobre o funcionamento desses processos administrativos dentro de seus âmbitos de competência, com as peculiaridades que lhe entenderem próprias. Vale dizer, mesmo havendo a previsão e a definição de procedimento de reclamação para os usuários na referida Lei de Defesa e Proteção dos Usuários, isso não impediria a edição de diplomas normativos específicos nesse sentido pelos Estados, Municípios e Distrito Federal, assim como acontece com a Lei Federal de Processo Administrativo, já que a competência seria de cada um desses entes.

3.5 CONCLUSÕES DO CAPÍTULO 3

O presente capítulo teve por escopo analisar detidamente o Direito de Reclamação do Usuário de Serviço Público, tanto na sua configuração jurídica anterior à Reforma Administrativa, quanto após esta. Além disso, o estudo sobre esse instrumento foi complementado a partir das análises do conceito de usuário – mais condizente com a proteção que a Constituição Federal lhe confere –, do direito positivo até então vigente que trata do tema, bem como da competência para legislar sobre a matéria.

A partir desse itinerário pôde-se constatar as seguintes conclusões:

a) A norma original do Direito de Reclamação era demasiadamente tímida.

Como visto, na norma prevista no texto original da Constituição somente havia menção a “reclamações” relativas à prestação de serviços públicos, sem qualquer previsão quanto aos possíveis legitimados. Ainda, a norma tal qual disposta não parecia capaz de estimular a regulamentação legislativa de que dependia.

b) A Emenda Constitucional n. 19/98 alterou significativamente o Direito de Reclamação.

Alguns dos motes da Reforma Administrativa eram a prestação de serviços públicos de melhor qualidade e o fomento à participação popular nos assuntos públicos. Foi nesse sentido que a alteração do parágrafo terceiro do artigo 37 da Constituição se mostrou sintomática.

O dispositivo passou a comportar formas de “participação” do usuário de serviço público, com destaque no presente trabalho para o Direito de Reclamação do Usuário de Serviço Público. Agora presente no inciso I desse dispositivo, tal direito veio acompanhado de outros dois direitos que também são fundamentais para sua máxima eficácia: o direito de manutenção dos serviços de atendimento ao usuário e o direito de avaliações sobre a qualidade do serviço.

Além disso, a nova norma veio acompanhada de alterações textuais e de outras alterações implícitas. Ao contrário de sua forma original, a norma pós-Reforma foi direta quanto aos legitimados desse direito (os usuários) e quanto ao seu enquadramento como uma forma de “participação popular” na Administração Pública. Entretanto, duas problemáticas seguem com relação a esses dois aspectos: o primeiro diz respeito à extensão da noção de usuário; e o segundo é saber se tal norma propicia de fato a participação dos usuários na Administração Pública ou a expressão “participação” foi usada apenas de forma retórica pelo legislador.

Ainda, o próprio conceito de eficiência também passou a fazer parte da análise da prestação de serviços públicos.

O Direito de Reclamação continuara, todavia, dependente de regulamentação. Contudo, enquanto a referida legislação ainda carecer de regulamentação, verificou-se a possibilidade de utilização na via administrativa, com as devidas limitações, de outros instrumentos para defesa dos usuários de serviços públicos: leis de processo administrativo; artigo 7º, IV, da Lei n. 8.987/95; aplicação subsidiária do Código de Defesa do Consumidor; resoluções das Agências

Reguladoras; e Direito de Petição.

c) Usuário e Serviço Público: os núcleos centrais do Direito de Reclamação sofreram alterações semânticas.

A noção de administração pública gerencial alterou o alcance desses dois conceitos. O conceito de serviços públicos, em mutação desde a década de 1980, sofrera novas reformulações no contexto da implementação do gerencialismo. Novas figuras administrativas, como as Organizações Sociais, se colocariam neste segmento, em um novo formato de transferência para a sociedade civil da execução dos serviços. Nesse período, também se intensificou a penetração dos particulares nos serviços públicos, seja por meio de concessões/permissões comuns ou especiais, seja pelas próprias privatizações, alterando a configuração do conceito de serviços públicos.

No caso do conceito de usuário, a Reforma Administrativa propôs uma vinculação com a ideia de “cliente”. Entretanto, como visto, a posição de destaque do indivíduo na Constituição Federal não permite que se observe um fenômeno apenas sob determinado ângulo (no caso sob o viés econômico). A ideia de cliente restringe a noção de usuário e, portanto, deve ser afastada.

A interpretação constitucional permite a definição de um amplo conceito de usuário, de modo a abarcar não somente os cidadãos – como parte da doutrina defende -, singularmente considerados, mas também em sua face coletiva. Ainda, a compreensão ampla de usuário possibilita considerar tanto aqueles que efetivamente utilizam o serviço (usuários efetivos), quanto aqueles que poderão vir a ser (usuários potenciais). Além disso, evita o atrelamento da condição de usuário a titularidade de direitos políticos (como no caso da Ação Popular), bem como desatrela tal condição à nacionalidade, de modo que um estrangeiro possa também ser considerado usuário.

Assim, tal compreensão amplia o rol de legitimados no exercício do Direito de Reclamação e, portanto, se adequa ao dever de participação popular na Administração Pública de que visa fomentar.

d) A competência para regulamentar o Direito de Reclamação é diferente da competência para legislar sobre o Direito dos Usuários.

Verificou-se que, a partir da repartição de competências previstas na Constituição Federal, o tema dos Direitos dos Usuários de Serviços Públicos seria matéria privativa afeita à União, a qual deve estabelecer normas gerais sobre o tema

(leitura combinada dos artigos 22, XXVII com o artigo 175, *caput* e parágrafo único, II). Por outro lado, em razão do caráter eminentemente processual do Direito de Reclamação, este se enquadraria na mesma competência referente aos processos administrativos, os quais são de competência comum de todos os entes. Dessa forma, embora o tema dos Direitos dos Usuários possa ser tratado a partir de uma legislação federal-nacional, a parte relativa ao procedimento do Direito de Reclamação é de competência comum de todos os Entes federados, cabendo a eles definir qual a melhor forma de regulamentá-lo em seus respectivos âmbitos.

e) A importância de um diploma nacional de defesa dos usuários de serviços públicos.

Ao se analisar o direito positivo que trata dos direitos dos usuários de serviços públicos, observou-se a existência de Projeto de Lei que tramita no Congresso Nacional e de esparsos diplomas editados pelos demais entes da federação. Sem retirar importância desses poucos diplomas já vigentes – em especial no âmbito dos Estados – denota-se fundamental a edição de uma norma de caráter nacional para defesa dos usuários de serviços públicos, a fim de uniformizar questões de relevância única, tais como conceitos, princípios e os próprios direitos conferidos.

Nesse sentido, como visto, a legislação que tramita no Congresso Nacional parece traçar importantes diretrizes para defesa dos direitos dos usuários, compelindo os demais entes da Federação a seguirem essas normas básicas.

4 DIREITO DE RECLAMAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA GERENCIAL: PROCESSO ADMINISTRATIVO, CONTROLE SOCIAL E PARTICIPAÇÃO POPULAR NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Neste capítulo procurar-se-á expor os principais vieses do Direito de Reclamação do Usuário de Serviço Público.

Indubitavelmente a característica mais marcante desse instrumento é o seu caráter processual. Assim, verificar-se-á essa faceta do Direito de Reclamação e as consequências daí resultantes.

Como se observará, a doutrina costuma abordar o tema do Processo Administrativo – em sua condição atual – como um importante instrumento dentro da ideia de democratização da Administração Pública. Isso porque, além dos direitos e garantias próprios dos cidadãos que passaram a ser requisitos não só na esfera dos processos judiciais, mas também na esfera dos processos administrativos (como, por exemplo, a observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa), tem-se afirmado que estes teriam uma faceta democrática em razão de proporcionar a concretização do controle social e da participação popular na Administração Pública.

Estas categorias, portanto, serão analisadas posteriormente em tópicos específicos a fim de confrontar seus conceitos com o Direito de Reclamação, de modo a testar - comprovando ou refutando - sua compatibilidade com este instrumento e compreender o real alcance do seu caráter democrático.

4.1 O DIREITO DE RECLAMAÇÃO E O PROCESSO ADMINISTRATIVO

Entretanto, a despeito de todo esse elenco normativo, a proteção legal aos usuários não tem acompanhado a sua proteção efetiva. Na prática, o que se observa constantemente é que estes continuam a ter seus direitos transgredidos impunemente pelos prestadores de serviços públicos e a deparar insuperáveis dificuldades para socorrer-se de instrumentos eficazes que, na realidade do cotidiano, possam garantir seus direitos. Assim, muito ainda terá que ser feito para concretizar a tutela do usuário prevista na Constituição. (CARVALHO FILHO, 2014, p. 350).

Em âmbito administrativo, o *processo administrativo* é, sem dúvida, o instrumento por excelência que permite tal concretização da tutela dos direitos dos cidadãos. Este possibilita, além da materialização de seu inconformismo com determinado ato administrativo – no caso dos serviços públicos, uma reclamação

relativa à prestação de algum serviço público -, instigar e provocar a Administração Pública a fim de que esta tome conhecimento e, conseqüentemente, adote as providências necessárias para sanar eventuais irregularidades.

O *Processo Administrativo*²²⁸ abarca uma série de significações de grande relevância na perspectiva dos cidadãos. Assim, verifica-se relevante salientar algumas considerações sobre esse instituto do Direito Administrativo.

Sua importância na conjuntura atual decorre da ideia de “constitucionalização da Administração Pública”, noção desenvolvida a partir do pós-Segunda Guerra Mundial. Gustavo Binbenbim (2008) explica que esse movimento representou uma das causas que marcaram a chamada “crise da lei formal”²²⁹, sinalizando o rompimento do paradigma até então vigente de “legalismo estrito” da Administração Pública, pela noção de “Juridicidade Administrativa” (ou legalidade em sentido amplo).

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2001, p. 16), foi a partir do movimento do constitucionalismo – no qual se desenvolveram valores e processos legitimatórios, prestigiando a cidadania e instituindo um Estado Democrático - que se pôde transformar a postura imperial da Administração Pública no monopolismo do interesse público, para tornar-se um instrumento da sociedade, como um serviço prestado ao público: “[...] *o ponto crucial da atual mudança, de uma administração imperial para uma administração cidadã, situa-se no processo de constitucionalização da Administração Pública*” (MOREIRA NETO, 2001, p. 16) (itálico do autor).

No mesmo sentido anota Cármen Lúcia Antunes Rocha:

²²⁸ Haja vista a discussão doutrinária a respeito dos termos “procedimento” e “processo” – atrelada à discussão sobre a noção de “Jurisdição” –, adota-se neste trabalho a concepção do processo enquanto espécie do gênero procedimento: “Quando à competência adiciona-se a colaboração de sujeitos e contraditório, o procedimento expressa-se como processo. O processo administrativo é modalidade de ‘exteriorização da função administrativa’ (procedimento administrativo) qualificado pela participação dos interessados em contraditório, imposto diante da circunstância de se tratar de procedimentos celebrados em preparação a algum provimento (ato de poder imperativo por natureza e definição), apto a interferir na esfera jurídica das pessoas” (BACELLAR FILHO E MARTINS, 2015, p. 369). Em outras palavras, “o conceito de procedimento diz respeito tão somente ao conjunto de atos ordenados e sucessivos. Trata-se de um conceito formal, sem que se lhe dê um preenchimento substancial. O processo administrativo é, sim, um procedimento, ou seja, um conjunto de atos. Mas não é só isso” (HEINEN, SPARAPANI E MAFFINI, 2015, p. 50).

²²⁹ O autor ainda elenca como outras causas da chamada “crise da lei formal”: a) a inflação legislativa; b) a possibilidade de a lei ser veículo de injustiça e barbárie; c) criação de atos normativos infraconstitucionais capazes de servirem de fundamento à atuação administrativa; e d) o controle do Poder Executivo sobre o processo legislativo. (BINENBOJM, 2008, p. 127-134).

A Administração Pública abúlica, inerte, onipotente e altaneira cedeu espaço a uma Administração democrática, na qual a moral advém como resultado do diálogo e da participação do cidadão, cujo sentimento de justiça dita os valores morais que são transformados, quando amadurecidos, em princípios jurídicos adotados pelo Direito (ROCHA, 1997, p. 195).

Para a Administração Pública a constitucionalização do Direito representa, assim, que sua atuação deverá basear-se não apenas na lei (em sentido estrito), mas no ordenamento jurídico como um todo, e principalmente no respeito aos Direitos Fundamentais dos cidadãos.

Juarez Freitas (2009b) destaca que um desses direitos fundamentais inerentes a essa nova ideia de Administração Pública diz respeito ao “Direito Fundamental à Boa Administração Pública”, o qual foi extraído do art. 41 da Carta de Nice (Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia)²³⁰:

[...] direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem. (FREITAS, 2009b, p. 22) (itálico do autor).

O autor aponta que tal direito fundamental “é lídimo de um plexo de direitos, regras e princípios” (FREITAS, 2009b, p. 22); vale dizer, dele derivam uma série de outros direitos.²³¹ No que tange ao presente trabalho, destaca-se o “Direito à Administração Pública dialógica”, o qual decorreria das garantias do contraditório e da ampla defesa: “é dizer, respeitadora do devido processo (inclusive com duração

²³⁰ Article 41: Right to good administration

1. Every person has the right to have his or her affairs handled impartially, fairly and within a reasonable time by the institutions, bodies, offices and agencies of the Union.

2. This right includes:

(a) the right of every person to be heard, before any individual measure which would affect him or her adversely is taken;

(b) the right of every person to have access to his or her file, while respecting the legitimate interests of confidentiality and of professional and business secrecy;

(c) the obligation of the administration to give reasons for its decisions.

3. Every person has the right to have the Union make good any damage caused by its institutions or by its servants in the performance of their duties, in accordance with the general principles common to the laws of the Member States.

4. Every person may write to the institutions of the Union in one of the languages of the Treaties and must have an answer in the same language. (EUROPEAN UNION, Charter of Fundamental Rights of the European Union, 2000).

²³¹ Julio Cesar Finger (2009) compreende, por exemplo, o princípio da transparência administrativa (art. 37, *caput*, CF) como decorrência do direito fundamental à boa administração pública.

razoável), que também implica o dever de motivação consistente” (FREITAS, 2009b, p. 22-23). Esse direito traria como “condição para atuação administrativa a prévia realização de um verdadeiro e efetivo diálogo com todos aqueles que terão suas esferas de direitos atingidas pela atuação estatal” (MAFFINI, 2010, p. 161).

Daí advém a chamada “Processualização da Administração Pública”, de modo a trazer para o âmbito administrativo os cidadãos passíveis de serem atingidos pelo ato administrativo, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa, em exaltação ao diálogo entre as partes. Nessa construção de uma Administração Pública Dialógica, o Processo Administrativo, portanto, ganha força e importância, já que se trata de:

[...] meio apto a controlar o ‘iter’ de formação das decisões estatais, o que passou a ser um recurso extremamente necessário a partir da multiplicação e do aprofundamento das ingerências do Poder Público sobre a Sociedade. Estas se alargaram e se intensificaram como fruto das profundas transformações ocorridas na concepção de Estado e, pois, das missões que lhe são próprias. (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 506) (itálico do autor).

Celso Antônio Bandeira de Mello destaca, ainda, que diante do agigantamento do Estado e da Administração Pública, os quais passaram a intervir avassaladoramente na vida de cada cidadão, o Processo Administrativo tem papel fundamental de preservar o equilíbrio entre ambas partes, já que assegura a presença do cidadão no circuito formativo das decisões administrativas que irão atingi-lo (2015, p. 508-509).

Uma dessas formas que o Estado interfere diretamente na vida dos cidadãos, sem dúvida, é por meio da prestação de serviços públicos à coletividade. Fundamental, portanto, a existência de instrumentos que permitam aos cidadãos questionar a qualidade da prestação, já que são eles os reais destinatários de tais atividades.

Nesse sentido, há que se salientar duas importantes observações com relação ao liame entre o Direito de Reclamação e o Processo Administrativo.

A primeira delas diz respeito a uma diferença já trazida no capítulo anterior entre a norma do artigo 37, §3º, I, da CF – o chamado “Direito de Reclamação do Usuário de Serviço Público” – e a norma do artigo 175, p. único, II, também da CF, a qual trata dos “Direitos dos Usuários de Serviços Públicos”. Nesse tópico fica mais clara a diferença entre as duas normas, já que o Direito de Reclamação do Usuário

de Serviço Público enquadra-se na categoria de direito processual, na medida em que consiste em instrumento para defesa em âmbito administrativo dos direitos garantidos aos usuários; isto é, um meio que permite aos usuários questionar/reivindicar a qualidade dos serviços públicos que lhe são prestados sob a óptica dos direitos conferidos a eles pela lei. Por outro lado, a segunda norma constitucional trata dos “direitos dos usuários” e, portanto, têm natureza de direito material, já que visa tratar do conteúdo propriamente dito desses direitos, especificando-os e conceituando-os; vale dizer, tal norma especificará quais serão os direitos dos usuários e delimitará seu conteúdo e alcance jurídico, os quais poderão ser defendidos mediante o instrumento do Direito de Reclamação.

É nesse sentido, salientando tal diferença, que José dos Santos Carvalho Filho (2014, p. 349) anota que: “A despeito de estudiosos e tribunais já reconhecerem os direitos dos usuários, mais efetivo será o respeito a tais direitos se expressos os meios através dos quais possam eles formular suas reclamações”.

A segunda observação importante é abordada por Arnaldo Wald e Outros (2004). Os autores referem a diferença das normas do art. 37, §3º, I, CF (Direito de Reclamação) e do art. 27, da EC 19/98 (Lei de Defesa dos Usuários de Serviços Públicos). A primeira seria dirigida apenas à Administração Direta e Indireta, ao passo que a segunda seria mais ampla e incluiria todos os agentes delegados.

Essa diferença sob o viés do processo administrativo é fundamental. Isso porque embora a empresa delegatária do serviço possa prever mecanismos de acesso e reclamação do usuário diretamente, a Administração Pública também tem o dever de prever um canal que permita a instauração de processos administrativos sobre os serviços de sua competência que estão delegados a terceiros.²³² O direito de reclamação pressupõe o processo administrativo dentro da estrutura da administração e, portanto, uma relação entre Usuário x Poder Público.

Aliás, esse é justamente o comando normativo que emerge do disposto no parágrafo 3º, do artigo 37 da Constituição Federal; *in verbis*: “A lei disciplinará as formas de participação do usuário **na administração pública direta e indireta**, regulando especialmente [...]” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988) (grifo nosso). Vale dizer, a “participação” do usuário por meio do Direito de Reclamação deve ser efetivada mediante canais de dentro da

²³² Haja vista que, embora a prestação possa ser delegada a particulares, a titularidade do serviço público é sempre do Estado.

própria estrutura da Administração Pública, direta ou indireta.²³³

A consideração, assim, do Direito de Reclamação como um processo administrativo ganha especial relevância pelo papel de destaque que os cidadãos assumem nesse tipo de relação jurídico-administrativa:

Em efeito, na perspectiva em superação, o cidadão (ou administrado) apresentava-se ou de modo absolutamente irrelevante à construção teórica do Direito Administrativo ou de forma a figurar somente como o simples destinatário da administração pública, ou seja, alguém que tão somente “sofre” a função administrativa. Quanto à posição do cidadão na teoria do Direito Administrativo moderno, busca-se um novo paradigma, em que esse, demais de obviamente ser o destinatário da administração pública, coloca-se como um importante ator no cenário das relações jurídico-administrativas, o qual terá, juntamente com o Estado, o desiderato de construir as tomadas de decisão que lhe afetam e que afetam a sociedade como um todo. (HEINEN, SPARAPANI E MAFFINI, 2015, p. 15).

Daí figura-se a importância do Processo Administrativo, o qual deixa de ser mera formalização procedimental e passa a ser um meio para assegurar aos destinatários da função estatal de administração pública - os cidadãos - um relevante papel na construção das decisões que podem lhe afetar. O Direito de Reclamação - como uma espécie de Processo Administrativo – resguarda aos usuários esse protagonismo no âmbito dos serviços públicos.²³⁴

Além disso, da noção de processo administrativo podem ser extraídas outras garantias essenciais aos cidadãos. A primeira de extrema relevância é destacada pela Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha. Explica a Ministra, ao tratar do Direito de Petição, que este não se esgota no pedido do cidadão, de modo que nesse caso a Administração tem o poder-dever (ou dever-poder) em instaurar o processo administrativo: “A realização de um processo pela Administração Pública não é competência-faculdade, mas competência-dever vinculado” (ROCHA, 1997, p. 201).

Isso significa no âmbito do Direito de Reclamação que diante da manifestação protocolada pelo usuário em face de algum serviço público, não poderá a autoridade pública competente eximir-se do dever de dar seguimento à apuração sobre o fato relatado. Caberá à Administração seguir o rito processual definido pela legislação competente a fim de dar ao usuário reclamante uma resposta fundamentada sobre

²³³ Não se confundem com ele, portanto, outros instrumentos que venham a ser criados pela legislação que possam auxiliar na defesa dos usuários diretamente com o prestador do serviço público.

²³⁴ Nos próximos dois tópicos deste capítulo verificar-se-ão quais os limites dessa atuação popular na construção das decisões estatais por meio do Direito de Reclamação.

sua reclamação. Caso contrário, não promovendo a Administração Pública a correta tramitação do Direito de Reclamação – tal qual este esteja regulamentado -, poderia esta ser constrangida judicialmente a processar e julgar a manifestação do usuário por via do Mandado de Segurança, além da responsabilização própria do agente que tiver dado causa à omissão (tal como no direito de petição²³⁵).²³⁶

Outra garantia própria da noção de processo administrativo extensível ao Direito de Reclamação é ressaltada por Emerson Gabardo. Lembra o autor (2002, p. 107) que no caso desse instrumento o direito do usuário não se esgota apenas na reclamação (ou na denúncia ou informação), já que ele também tem direito a um pronto atendimento à sua manifestação. Constata-se, portanto, que ao Direito de Reclamação atrelam-se os demais consectários do Processo Administrativo: direito de protocolo, devido processo legal, contraditório e ampla defesa, duração razoável, direito à decisão e à motivação da decisão, comunicação da decisão, recurso administrativo, etc.²³⁷

Tais garantias, aliás, decorrem também da noção do Direito de Reclamação como espécie do Direito de Petição abordada anteriormente. Importante lembrar que é consenso na doutrina²³⁸ e jurisprudência²³⁹ que o Direito de Petição (direito genérico de manifestações na via administrativa) não pode ser restringido apenas ao direito de protocolo. Decorre dele ainda, além do devido processamento legal, o direito à obtenção de uma resposta, o que enseja uma decisão motivada e em prazo

²³⁵ Ao tratar do Direito de Petição, José Afonso da Silva argumenta que embora a Constituição não preveja sanção à falta de resposta e pronunciamento da autoridade, “[...] ela pode ser constrangida a isso por via do mandado de segurança, quer quando se nega expressamente a pronunciar-se quer quando se omite; [...]. Cabe, contudo, o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal, quando a petição visar corrigir abuso, conforme disposto na Lei 4.898/95” (SILVA, 2011, p. 445).

²³⁶ A norma que vier a regulamentar o Direito de Reclamação do Usuário de Serviço Público poderá prever prazos para manifestações do Poder Público – dentre eles para a decisão final – além de já estipular alguma sanção à falta de resposta da autoridade competente no prazo legal definido (silêncio administrativo).

²³⁷ A existência de tais garantias processuais para o Direito de Reclamação do Usuário de Serviço Público, aliás, já era defendida por Diogo de Figueiredo Moreira Neto na norma original da Constituição de 1988: “Estabelece-se uma via de acesso direta e específica dos usuários dos serviços públicos, a ser disciplinada em lei. Além de definir o usuário, legitimado às reclamações, essa lei deverá estabelecer a quem se reclama: se ao prestador de serviço ou se ao órgão controlador, que poderá ser, conforme o caso, o delegante ou o delegatário do serviço público. Para que o dispositivo não seja inócuo é necessário estabelecer-lhe o procedimento e o alcance da decisão administrativa que acolher a reclamação. Há, portanto, a previsão de um *contencioso administrativo específico*, sujeito aos princípios gerais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV)”. (1992, p. 171) (itálico do autor).

²³⁸ Por exemplo, Paulo Gustavo Gonet Branco, Inocência Mártires Coelho e Gilmar Mendes (2009), José Afonso da Silva (2011), Odete Medauar (2014) e Celso Antônio Bandeira de Mello (2015).

²³⁹ STJ - AgRg no MS 8750/DF; STJ – MS 5203/DF; TRF 4ª Região - APELREEX 2005.72.03.000516-8; TRF 4ª Região – APEL REEX 5000946-53.2011.404.7015; TRF 3ª Região - AMS 0034193-31.1995.4.03.6100; TRF 3ª Região - REOMS 0000614-09.2006.4.03.6100.

razoável.²⁴⁰

Pode-se afirmar, pois, que os destinatários da função de administração pública possuem o direito constitucional de petição e, como corolário deste, os seguintes direitos públicos subjetivos: a) o direito de veicular pretensões na seara administrativa da Administração Pública direta e indireta de todos os Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, as quais são endereçadas aos órgãos públicos, para a defesa de seus direitos ou interesses, bem como para representação contra ilegalidades ou abusos de poder; b) o direito de que tal pretensão tenha regular tramitação, aí compreendida, por exemplo, o direito de produzir provas, a proibição de provas ilícitas, dentre outros consectários dos princípios do contraditório e da ampla defesa; c) o direito à decisão, a ser exarada em prazo razoável; d) direito à fundamentação ou motivação da decisão; e) direito de ser informado da decisão acerca de sua pretensão. (HEINEN, SPARAPANI E MAFFINI, 2015, p. 49).

Da mesma forma, Ricardo Antonio Lucas Camargo lembra que isso não significa o direito ao deferimento do pedido, mas apenas “[...] o direito de apreciação da petição pelo Poder Público, seja para considerar admissível ou inadmissível, seja para considerar procedente ou improcedente” (2015, p. 63).

Nesse sentido, fica claro perceber que o Direito de Reclamação também não se esgota apenas na manifestação protocolada pelo usuário no órgão público competente. Tal direito deve ser interpretado de forma ampla, considerando também as demais garantias nele contidas.

De outra banda, o processo administrativo é comumente associado ao processo de democratização da Administração Pública: “Na organização administrativa democrática o processo administrativo surge como uma forma de superação da atuação estatal autoritária” (ROCHA, 1997, p. 194).

Nesse sentido, o valor democrático do processo administrativo decorreria essencialmente de dois vieses básicos: (a) ao predefinir como se dará o processo decisório (ou seja, a definição do rito procedimental); e (b) ao promover uma aproximação entre cidadão e Administração Pública para formação das decisões estatais (para alguns seria a chamada participação popular).

O primeiro fomenta, essencialmente, a segurança jurídica e o controle sobre as decisões do Poder Público:

A procedimentalização do agir administrativo, a fixação de regras para o

²⁴⁰ “É importante frisar que o direito de petição não pode ser destituído de eficácia. Não pode a autoridade a quem é dirigido escusar pronunciar-se sobre a petição, quer para acolhê-la quer para desacolhê-la com a devida motivação” (SILVA, 2011, p. 444-445).

modo como a administração deve atuar na sociedade e resolver os conflitos configura, assim, condição indispensável para a concretização da democracia. Sem a fixação do procedimento administrativo, impossibilita-se qualquer relação estável entre administração e cidadãos, em que cada um saiba até onde vai o poder do outro e como este poder será exercido. (BACELLAR FILHO E MARTINS, 2015, p. 439).

Isto é, a previsão dos procedimentos por meio de regras seria uma forma de garantir um agir estatal democrático, já que permitiria a previsibilidade dos meios que o Poder Público utilizaria nas tomadas de decisão:

Assim, em respeito às noções de Estado de direito e legalidade, pretende-se ter regulada, normatizada, a fase precedente à edição dos atos, não somente administrativos, mas de todos aqueles correspondentes às funções estatais típicas.

[...]

Em outras palavras, pronunciamentos estatais que interfiram, sob qualquer forma, na esfera dos indivíduos e da coletividade em geral, não se coadunarão com o Estado de direito democrático, caso emitidos na ausência de prévia realização de um *processo*. (OLIVEIRA, 1997, p. 158) (itálico do autor).

Ainda, além desse caráter assecuratório de fixação e definição dos procedimentos de que o Estado se valerá para agir administrativamente, Romeu Bacellar Filho e Ricardo M. Martins (2015, p. 443) ressaltam a outra perspectiva democrática do processo administrativo: a possibilidade de os destinatários da ação estatal influírem sobre as decisões, como expressão do princípio do contraditório.

O atual estágio do conceito do princípio do contraditório impõe uma ideia que consubstancia uma participação em sentido amplo dos interessados no resultado de alguma providência estatal que possa incidir em seus direitos ou interesses. Tal participação, em sentido amplo, induz uma ideia de colaboração e cooperação, ou seja, o princípio do contraditório tem como “conteúdo mínimo” a garantia de se permitir que um determinado interessado em certa providência possa, mediante a sua participação, incidir no desenvolvimento de uma determinada tomada de decisão, mesmo que de natureza jusadministrativa. Trata-se, pois, de um verdadeiro consectário do princípio da participação. Inegável, assim, a incidência de ditos princípios (devido processo legal, contraditório, ampla defesa, participação, cooperação processual) em todos os processos em que haja a possibilidade de a atividade administrativa repercutir em direitos e interesses dos cidadãos. (HEINEN, SPARAPANI E MAFFINI, 2015, p. 49).

Todavia, sobre essa segunda perspectiva repousam discussões acerca de sua real extensão. Embora o processo administrativo permita aos cidadãos influenciar a atividade administrativa (princípio do contraditório), fundamental para sua compreensão como efetivo instrumento democrático verificar qual a extensão

dessa influência. Vale dizer, constatar se a Administração Pública por meio desse instrumento está vinculada de alguma forma à vontade popular no processo decisório ou se, na prática, não há meios de fazer valer essa vontade.²⁴¹

Isso porque, tendo a Carta Magna de 1988 constituído a República Federativa do Brasil em um “Estado Democrático de Direito” (art. 1º, *caput*²⁴²), essencial a compreensão do seu texto e de seus instrumentos sob dois pontos que aqui se consideram elementares: a partir da perspectiva do Controle e da Participação Popular.

Conforme analisa Carlos Ari Sundfeld (1998), ao passo que a expressão “Estado de Direito”²⁴³ sugere - dentre outros significados - o controle do poder - e com isso a proteção dos direitos individuais através da submissão do Estado às próprias leis -, a adjetivação de “Democrático” sugere um maior refinamento. Para o autor, a construção de um “Estado de Direito” não garante a participação dos destinatários no exercício do poder, de modo que tendo a Constituição conferido o caráter de “Democrático” ao Estado Brasileiro, ela não apenas sugere, como também impõe a participação popular diretamente na construção das decisões estatais, e não apenas através da representação (art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal²⁴⁴).

Nesse sentido, apesar de ambos conceitos guardarem estrita proximidade, propõe-se aqui essa dupla vinculação: a da noção de controle social com a de Estado de Direito, e a de participação popular com o caráter democrático desse Estado de Direito. Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1992), por exemplo, utiliza-se

²⁴¹ O art. 3º, inciso III, da Lei 9.784/99, estabelece que é direito do cidadão “formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente”. Para Rafael Maffini esse dispositivo se trata de um consectário dos princípios do contraditório e da ampla defesa e pode ser denominado como “poder de influência”, já que permite ao cidadão a manifestação antes das tomadas de decisão, com a formulação de alegações, apresentação de documentos e produção de provas antes da decisão, assegurando que tais alegações e provas sejam necessariamente objeto de consideração pelo órgão competente para a decisão que irá lhe afetar. (HEINEN, SPARAPANI E MAFFINI, 2015, p. 53).

²⁴² Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988).

²⁴³ “[...] Estado de Direito é o criado e regulado por uma Constituição (isto é, por uma norma jurídica superior às demais, onde o exercício do poder político seja dividido entre órgãos independentes e harmônicos, que controlem uns aos outros de modo que a lei produzida por um deles tenha de ser necessariamente observada pelos demais e que os cidadãos, sendo titulares de direitos, possam opô-los ao próprio Estado” (SUNDFELD, 1998, p. 49).

²⁴⁴ Parágrafo único. Todo o poder emana do **povo**, que o exerce por meio de **representantes eleitos ou diretamente**, nos termos desta Constituição. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988) (grifos nossos).

de expressões mais genéricas, atrelando à expressão Estado de Direito a noção de *legalidade*, ao passo que à expressão Estado de Direito Democrático liga a noção de *legitimidade*.

Dessa forma, tendo o Processo Administrativo um papel importante na democratização da Administração Pública, e sendo o Direito de Reclamação uma espécie daquele cabe então analisar se este instrumento é capaz de promover aos usuários a satisfação desses dois elementos fundamentais de um Estado de Direito Democrático: o de Controle (em suas variadas formas) – em especial para este trabalho a categoria do Controle Social sobre a Administração Pública – e o da Participação Popular na atividade administrativa.

4.2 O DIREITO DE RECLAMAÇÃO E O CONTROLE SOCIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Antes de se investigar a possível relação do Direito de Reclamação com a noção de Controle Social, cabe, inicialmente, tecer breves considerações sobre tal conceito, especialmente sobre seu enquadramento da teoria do Direito Administrativo e sobre os significados que lhe são empregados comumente pela doutrina administrativista.

Explica Evandro Martins Guerra (2003, p. 23) que “Controle” é uma palavra originária do francês “contre rôle”, anotada segundo pesquisadores desde 1367, como também do latim medieval “contrarotulus”, que naquela época significava “contralista”: isto é, segundo exemplar do catálogo dos contribuintes com base no qual se verificava a operação do cobrador de tributos, designando um segundo registro, organizado para verificar o primeiro. O termo evoluiu e a partir de 1611 tem sua acepção mais próxima da atual: domínio, governo, fiscalização, verificação. Na língua portuguesa apareceu em 1922, significando ato ou efeito de controlar. Já no Direito brasileiro, o autor refere que o termo vem sendo empregado desde 1941, a partir da obra de Miguel Seabra Fagundes, “O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário”.

Carlos Ayres Britto (1992, p. 114) argumenta que a Constituição Federal teria recepcionado o termo “controle” no sentido de “verificação, investigação, fiscalização”, conforme se depreende das disposições normativas sobre o controle interno e externo da União.

Evandro Martins Guerra, partindo de uma análise mais contemporânea, define tal expressão da seguinte forma:

[...] como entendemos hoje, é a fiscalização exercida sobre determinado alvo, de acordo com certos aspectos, visando averiguar o cumprimento do que já foi predeterminado, ou evidenciar eventuais desvios com fins de correção (GUERRA, 2003, p. 23).

Na moderna teoria administrativista inúmeras são as derivações do exercício do controle sobre a Administração Pública. Conforme explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 797) no exercício de suas funções a Administração Pública sujeita-se a diferentes controles, em especial dos Poderes Legislativo e Judiciário²⁴⁵; além disso, ela mesma poderá exercer o controle sobre os próprios atos: a chamada “Autotutela Administrativa”. A autora complementa que esse controle sobre a Administração Pública não abrange apenas os órgãos do Poder Executivo, mas também os demais Poderes quando estiverem estes no exercício de função tipicamente administrativa, tendo por finalidade “[...] assegurar que a Administração atue em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, como os da legalidade, moralidade, finalidade pública, publicidade, motivação, impessoalidade”. (DI PIETRO, 2013, p. 797).²⁴⁶

Todavia, tal controle sobre a Administração Pública pode também ser efetivado fora do âmbito institucional público, mediante a atuação dos cidadãos através dos mecanismos postos à sua disposição: o chamado Controle Social²⁴⁷ sobre a Administração Pública. Essa espécie de controle, explica Juarez Freitas, teria a função de “sugerir propostas, impedir abusos e omissões, bem como questionar diretamente, desde o nascedouro, as escolhas e as opções do administrador público” (2009a, p. 402).

O conceito de Controle Social é tratado exhaustivamente pela doutrina nacional. Todavia, essa ampla abordagem revela-se confusa, já que cria uma polissemia sobre o termo, pois cada autor apresenta um diferente entendimento sobre o mesmo objeto. Citar-se-ão alguns desses entendimentos para que ao final

²⁴⁵ O Controle Externo da Administração – aquele que provém de órgãos ou instituições externos à estrutura da Administração – também pode ser exercido pelo Tribunal de Contas e pelo Ministério Público.

²⁴⁶ A título de observação, José dos Santos Carvalho Filho (2014) coloca o controle administrativo ao lado do controle político como espécies do gênero controle do Estado.

²⁴⁷ Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013) prefere a expressão “Controle Popular”.

se possa apresentar uma definição que permita contribuir para uma análise mais apurada da questão.

Inicialmente cabe trazer a importante contribuição sobre a matéria de Fernando H. Aguillar, em sua obra “O Controle Social dos Serviços Públicos” (1999). Para o autor a expressão “Controle Social” representa o “poder real e efetivo à população para interferir nos processos decisórios relativos à prestação de serviços públicos” (1999, p. 164). Percebe-se, com isso, que o autor compreende o “controle social” como um gênero, mas que flerta bastante com a noção de “participação popular”.

Ainda, importante salientar, que no âmbito dos serviços públicos Aguillar entende que essa forma de controle não se esgota na atuação direta da sociedade perante os prestadores do serviço – Estado ou concessionário privado -, mas tem papel fundamental na participação nos órgãos reguladores:

Há basicamente duas frentes de avaliação da capacidade de controle social dos serviços públicos. De um lado, o controle que efetivamente caiba a setores da sociedade diretamente sobre os serviços públicos, sejam eles desempenhados por empresas privadas ou pelo próprio Estado. De outro lado, o poder de que desfrute a sociedade para interferir nas decisões estatais a respeito dos órgãos reguladores, na sua composição e modelagem. (AGUILLAR, 1999, p. 248).

A partir dessa concepção do autor não se poderia compreender o Direito de Reclamação como um mecanismo de controle social dos usuários sobre os serviços públicos, uma vez que esse instrumento não permite tal interferência sobre os órgãos reguladores.²⁴⁸

Com entendimento diverso, mas semelhante estrutura, Irene Nohara (2011) também considera o controle social como gênero. Todavia, para a autora o controle social ou popular é decorrência do primado da democracia e pode ser exercido tanto por meio da opinião pública – como forma de pressão sobre os órgãos governamentais -, quanto por meio de órgãos competentes para receber

²⁴⁸ Nesse sentido é que o autor critica, por exemplo, os incisos IV e V do art. 7º, da Lei 8.987/95, por entender que tais dispositivos em nada contribuem para reforçar o papel do usuário dos serviços públicos na regulação dos serviços. Tal crítica pode ser compreendida verificando o sentido que autor dá à expressão “controle social”, vale dizer, com um significado muito próximo ao de participação popular: “Estes dois incisos em nada contribuem, porém, para reforçar o papel do usuário dos serviços públicos na sua regulação. É mais do que evidente que não é por sua existência que os usuários virão a adquirir maior poder decisório no controle dos serviços. Aliás, a legislação nunca impediu reclamações de usuários e nem por isso os serviços tiveram melhor destino” (AGUILLAR, 1999, p. 248).

reclamações e também através de mecanismos de participação como ação popular, consultas públicas, audiências públicas, plebiscito, referendo, orçamento participativo.²⁴⁹ Verifica-se, assim, que Nohara confere ao controle social um conceito bastante amplo e que abarca diversas formas de manifestação.

Por outra banda, há diversos autores que tratam inversamente a questão, ou seja, abordando o controle social como uma espécie do gênero participação popular. O ponto fundamental de tais análises é que a expressão em estudo deixa de ser demasiadamente genérica e passa a ser uma categoria de análise mais específica, com conteúdo mais delimitado.²⁵⁰

É o caso, por exemplo, de Fabiana de Menezes Soares (1997) que vincula a noção de controle à preservação e ao cumprimento das finalidades públicas a que o Estado se propõe:

A razão do controle é a preservação da finalidade pública expressa nas diversas formas de atuação do Estado. É possível identificar uma contraparte de “dever” por parte do Estado no sentido de bem administrar o dinheiro público e na efetivação dos interesses primários.

[...]

O controle dos cidadãos é modo de participação popular, é expressão do poder político, o mesmo que cria normas e dá forma às instituições, não se traduzindo de modo algum em mera faculdade. (SOARES, 1997, p. 76-77).

Dentro dessa linha de entendimento, destacam-se também aqui os conceitos trazidos por Adriana Schier e José dos Santos Carvalho Filho, os quais parecem bem expressar em linhas gerais os reais alcances dessa expressão. Para a autora, “[...] o controle social surge como um conjunto de mecanismos postos à disposição dos cidadãos de modo a permitir a sua atuação fiscalizadora da Administração Pública” (SCHIER, 2002, p. 181). Já para Carvalho Filho:

[...] pode-se conceituar o controle social como aquele exercido diretamente

²⁴⁹ Considerando tal abordagem da autora poder-se-ia caracterizar o Direito de Reclamação do Usuário de Serviço Público como um instrumento de controle social.

²⁵⁰ Jane Carvalho Breder (2006) embora considere o controle social como uma “dimensão estratégica da participação cidadã”, acaba por considerar como objeto desse controle, além da fiscalização e da prestação de contas públicas, a elaboração e execução orçamentária dos recursos. Disso resulta que seu conceito acaba se estendendo ao âmbito do que se poderia considerar como parte do conceito de participação popular, como se verá no próximo tópico: “Os instrumentos de controle social atualmente instituídos – informação e transparência; audiências/consultas públicas; orçamento participativo; participação em colegiados administrativos e em conselhos setoriais de gestão; representações/denúncias – vêm sendo aperfeiçoados ao longo do tempo e sua utilização, também gradual, resulta do maior ou menor nível de conhecimento, conscientização e mobilização dos atores” (BREder, 2006, p. 192).

por cidadãos, por setores da sociedade civil organizada ou por instituições concebidas para representação dos interesses sociais, sobre órgãos estatais, com o escopo de reforçar ou suprir a efetividade do controle, e empregado como meio de concretização do regime democrático. (CARVALHO FILHO E ALMEIDA, 2015, p. 192).

O autor complementa que esse controle pode ser ainda caracterizado como “público” – não no sentido de ser exercido pelo Estado ou por seus Poderes – visto que se revela como uma forma de ação desenvolvida por setores organizados da sociedade, por cidadãos ou até mesmo por órgãos dotados de neutralidade perante os interesses estatais. (CARVALHO FILHO E ALMEIDA, 2015, p. 192).

Também considerando o controle social como uma forma de participação popular, mas apresentando conteúdo completamente distinto a esse termo, a norte-americana Sherry R. Arnstein (1969) elabora uma “escada de participação cidadã” em que o “controle cidadão” – como qualifica a autora – ocorreria quando os cidadãos “sem-nada” detêm a maioria nos fóruns de tomada de decisão, ou até mesmo o completo poder gerencial.²⁵¹ Isso significa que a autora atrela à noção de controle cidadão uma dimensão que aqui se qualificará como de participação no poder.

Relevante também destacar o posicionamento de Regis Fernandes de Oliveira (1992) que trata ambos os conceitos como sinônimos. O autor não distingue as formas de exercício de controle social das formas de participação popular, tratando-as conjuntamente. Nesse sentido, invoca como instrumentos desse controle social: o poder constituinte, as eleições, a imprensa, a opinião pública, o defensor do povo (“ombudsman” ou ouvidor), os sindicatos e associações de classe, a iniciativa popular, as Comissões Mistas de Planificação, dentre outros.

Esse também é o entendimento da Controladoria-Geral da União sobre o tema. Em material elaborado pela entidade sob o tema do “Controle Social: orientações aos cidadãos para participação na gestão pública e exercício do controle social”, essa espécie de controle é definida como “a participação popular na gestão pública” (CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, 2012, p. 09).²⁵²

Por fim, analisando a questão sob outra perspectiva e considerando como

²⁵¹ Do original: “Citizen Control, have-not citizens obtain the majority of decision-making seats, or full managerial power” (ARNSTEIN, 1969, p. 217).

²⁵² Partilha também desse entendimento Juarez Freitas (2009a), tratando as expressões “controle social” e “participação” como sinônimas, chegando inclusive a utilizar-se da expressão “controle participativo”.

expressões com conteúdos distintos, essencial salientar a clássica e singular contribuição de Carlos Ayres Britto (1992). O ex-Ministro separa ambos os conceitos em duas categorias distintas. Concebe o “Controle Social do Poder” como um direito subjetivo do indivíduo/cidadão já previsto no texto constitucional:

Ora, proclamar que o controle popular do poder é forma de exercício de direitos de liberdade, ou de cidadania, é considerá-lo enquanto direito público subjetivo. Isto é, um direito referido a um sujeito privado, expressamente adjetivado como indivíduo, cidadão, nacional, trabalhador, adolescente, criança (quem faz a adjetivação é a Constituição mesma), porém com a particularidade de que o seu exercício opera às custas do Poder Público. É exprimir; direito subjetivo que tem por contraponto um específico dever estatal, uma ação ou omissão (conforme o caso) diretamente cobrável do Estado. (BRITTO, 1992, p. 116).

Assim, o particular busca não uma ação futura do Estado, mas apenas obrigá-lo a se submeter às consequências todas da conduta já assumida pelo particular perante ele. Seja qual for a maneira pela qual o controle se manifeste (denúncia, representação, reclamação), o objetivo do cidadão é desfrutar de uma situação jurídica ativa contra o Estado, impondo sua vontade e colocando o Poder Público em uma posição de subalternidade (BRITTO, 1992, p. 117).²⁵³ De outro modo, como será visto no próximo tópico, o autor compreende a “Participação Popular” como sinônimo de poder político, ou seja, como participação no processo de elaboração jurídica (das leis).

Diante de tais conceitos percebe-se que o tema é tratado pela doutrina sob aspectos completamente diferentes e antagônicos. Entretanto, para o presente trabalho primordial é a sua compreensão apartada da noção de Participação Popular. Isso porque, como visto, grande parcela dos autores acaba por enquadrá-los em uma relação de gênero e espécie (ora sendo o Controle Social gênero, ora sendo espécie da Participação Popular) ou até mesmo chega a tratá-los como sinônimos.

Indubitável que ambos os conceitos guardam estreita relação com a noção de Estado de Direito Democrático e que, assim, estejam intrinsecamente associados. Todavia, cada um deles se relaciona com uma perspectiva diversa desse conceito complexo, implicando, portanto, em diferentes campos de análise de um

²⁵³ Partindo desse entendimento, o autor refere expressamente que uma forma de exercício desse controle social de poder é através das reclamações quanto à prestação de serviços públicos do então artigo 37, §3º, da Constituição Federal (1992, p. 116).

determinado fenômeno.

O fenômeno aqui estudado é o Direito de Reclamação do Usuário de Serviço Público. Entendido como uma espécie de Processo Administrativo cabe verificar se esse instrumento é capaz de promover o Controle Social sobre a Administração Pública.

Assim, para a presente pesquisa fundamental considerar, inicialmente, o controle social como uma forma de controle nos termos gerais acima citados: isto é, como verificação, investigação, fiscalização sobre determinado objeto, visando averiguar o cumprimento daquilo que já está predeterminado ou para evidenciar eventuais desvios a fim de corrigi-los. Entretanto, o adjetivo “social” exige que essa atuação seja realizada pelos cidadãos.

Isso significa que essa forma de controle será aquela exercida pelos cidadãos (de forma singular ou coletiva, informal ou formalmente organizada) sobre a Administração Pública e que visa promover a fiscalização/correção da atuação desta mediante instrumentos diretos ou indiretos (por meio de outras Instituições Públicas, como Tribunal de Contas²⁵⁴ e Ministério Público, por exemplo). A fiscalização aqui intenta a correta atuação administrativa, visando adequá-la aos princípios norteadores da atividade pública e, especialmente, em respeito aos direitos fundamentais constitucionais dos cidadãos (noção de Juridicidade Administrativa).

Nesse sentido, o controle social atuaria sobre a dimensão do “Estado de Direito” (sem o adjetivo “Democrático”) exposta por Carlos Ari Sundfeld (1998). Vale dizer, aquele Estado em que há o controle do poder – e com isso a proteção dos direitos individuais -, mas que não necessariamente garante a participação regular dos cidadãos, baseados em sua livre convicção, no exercício desse poder. Em outras palavras, o exercício das formas de controle atua sob o viés da Legalidade²⁵⁵ do agir estatal, buscando sua conformação com os ditames constitucionais que lhe são impostos.

Logo, o conceito de controle social fica restrito aos instrumentos que promovem – ou visam promover – a fiscalização/correção do agir administrativo

²⁵⁴ Vide artigo 74, §2º, da Constituição Federal.

²⁵⁵ Em uma acepção mais contemporânea, compreende-se a legalidade em sentido amplo, no sentido de juridicidade administrativa. Conforme Gustavo Binbenbojm, essa noção de Juridicidade Administrativa representa uma vinculação não apenas à lei formal, mas ao ordenamento jurídico como um todo (bloco de legalidade – vinculação à lei e ao direito): “Tal ideia, de vinculação ao direito não plasmado na lei, marca a superação do positivismo legalista e abre caminho para a um modelo jurídico baseado em princípios e regras, e não apenas nestas últimas”. (BINENBOJM, 2008, p. 141).

(controle de legalidade em sentido amplo ou da juridicidade administrativa) de acordo com a finalidade pública cogente²⁵⁶, sem que isso importe, contudo, que os cidadãos participem diretamente da formação das decisões resultantes (participação popular), já que essas ficarão a cargo dos órgãos estatais provocados.

A partir dessa definição fica mais clara a relação desse conceito com a noção de Processo Administrativo e, conseqüentemente, com o Direito de Reclamação do Usuário de Serviço Público. Isso porque, o processo administrativo é um instrumento que permite o exercício desse controle dos cidadãos sobre a Administração Pública de duas formas.

Em primeiro lugar ao permitir a provocação da autoridade administrativa pelo cidadão, a fim de que este possa questionar a lesão ou ameaça a algum direito seu, contestando eventual ato (comissivo ou omissivo) da Administração que lhe afete. É nesse sentido que Romeu Bacellar Filho e Ricardo Martins (2015) revelam que o processo administrativo é marca fundamental do Estado de Direito, haja vista que aquele foi alçado como instrumento por excelência de atuação do Poder Público – seja para proteger pretensões relacionadas a direitos individuais dos cidadãos, seja para planejar e executar suas ações, seja para mover ação punitiva contra servidores públicos - de modo que garante que esta atuação seja de modo previsível e controlável.

E em segundo lugar porque o rito processual predefinido propicia, além da colaboração dos sujeitos envolvidos no processo decisório, o conhecimento da formação das razões de decidir da Administração Pública:

A colaboração dos sujeitos e o conhecimento do modo de atuação administrativa, decorrentes do esquema processual, facilitam o controle por parte da sociedade, do Poder Judiciário e de todos os outros entes que fiscalizam a Administração. (MEDAUAR, 2014, p. 188).

Por óbvio que a decisão exarada deverá estar vinculada ao que fora objeto de discussão durante o processo, configurando-se, portanto, em uma garantia do cidadão contra decisões arbitrárias do administrador:

O processo administrativo não é algo que a Administração Pública possui, mas é garantia que o Administrado tem de ele próprio fiscalizar a higidez dos atos da Administração. A formação do ato final tem que estar vinculada

²⁵⁶ A esse respeito fundamental a lição de Ruy Cirne Lima (1954) a respeito da relação jurídica que se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente: a relação de administração.

a uma série de atos onde se tenham resguardadas as garantias mínimas do administrado [...]. (OLIVEIRA, 1992, p. 87).

Além disso, a relevância do processo é ainda maior já que ele permite o controle tanto de aspectos formais quanto de aspectos substanciais da atuação administrativa (HEINEN, SPARAPANI E MAFFINI, 2015, p. 17).

Compreendendo o processo administrativo com esse alcance, fica nítido que o Direito de Reclamação do Usuário de Serviço Público – enquanto espécie daquele – revela-se um instrumento capaz de fomentar o controle social em matéria de serviços públicos, especialmente no tocante à fiscalização por meio do ajuizamento das reclamações na seara administrativa.

Isso porque permitirá aos usuários - através da reclamação endereçada à autoridade pública competente - questionar a prestação dos serviços públicos que estejam sendo oferecidos de forma insatisfatória à população. Dessa forma, o usuário que se utilizar do Direito de Reclamação estará, em última análise, exercendo a fiscalização sobre determinado serviço, expondo deficiências e carências na prestação do serviço à Administração, a fim de que esta possa adotar as medidas cabíveis para solução das questões levantadas.

A esse respeito, na doutrina é comum encontrar afirmações de que o Direito de Reclamação do Usuário de Serviço Público (art. 37, §3º, I, CF) é uma forma de controle social disponível aos usuários. A título de exemplo poder-se-ia citar, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013)²⁵⁷, Irene Nohara (2011)²⁵⁸ e Adriana Schier (2002)²⁵⁹. Da mesma forma, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2009) também compreende o Direito de Reclamação como instrumento de controle, porém interpreta-o como sendo uma forma de provocação do controle administrativo.²⁶⁰

²⁵⁷ “A Emenda Constitucional nº 19/98 inseriu o §3º no artigo 37 prevendo lei que discipline 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 avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; [...]”

“A lei ainda não foi promulgada, mas poderia constituir-se em importante instrumento de controle por parte do cidadão, com a instituição inclusive de um Código de Defesa do Usuário de Serviço Público, à semelhança do que foi instituído em São Paulo, com instrumentos de atuação semelhantes ao que o Procon desempenha em relação às atividades privadas em geral”. (DI PIETRO, 2013, p. 797-798).

²⁵⁸ “Podem ser mencionados os seguintes mecanismos de controle social: [...] O art. 37, §3º, da Constituição, que determina a edição de lei que discipline as formas de participação do usuário na Administração”. (NOHARA, 2011, p. 803).

²⁵⁹ “É justamente como uma modalidade de controle social que se apresentou o direito de reclamação em relação à prestação dos serviços públicos, conforme previsto no art. 37, §3º, na redação original da Constituição Federal de 88 [...]” (SCHIER, 2002, p. 185).

²⁶⁰ “Mais restrita que o direito de petição, destaca-se, também com assento constitucional, no art. 37,

Entretanto, como visto acima, tal enquadramento deve ser analisado com o devido temperamento, haja vista que o conceito de “controle social” varia distintamente de autor para autor.

Tal enquadramento do Direito de Reclamação como um instrumento de Controle Social também pode ser compreendido caso se analise a alteração normativa realizada pela Emenda Constitucional n. 19/98 ao parágrafo terceiro do artigo 37 da Constituição Federal e os motes da Reforma Administrativa. Embora utilize a expressão “participação”, a nova norma propôs uma série de novos mecanismos de controle social por parte dos cidadãos não somente sobre os serviços públicos, mas também sobre toda a Administração Pública: no inciso I estão previstos, além do Direito de Reclamação, o dever de manutenção dos serviços de atendimento ao cidadão e o direito de avaliação dos serviços públicos de forma periódica; já no inciso II há o direito de acesso a registros e informações dos órgãos públicos; por fim, no inciso III, o direito de representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função. Vale dizer, todos são instrumentos que possibilitam, de alguma forma, aos cidadãos o controle – nos termos acima colocados – sobre a Administração Pública.

Esses instrumentos visavam materializar um dos objetivos proclamados pela Reforma Administrativa Gerencial de 1998: fomentar os canais de controle social sobre a Administração Pública. Como visto, este foi um dos principais motes da Reforma seja por meio de mecanismos de avaliação de políticas públicas desenvolvidas pelas chamadas “Atividades Exclusivas” do Estado²⁶¹, ou por meio da atuação dos cidadãos através dos conselhos de administração das Organizações Sociais nas atividades do “Setor Não-Exclusivo” (público não-estatal)²⁶², ou ainda através dos Sistemas de Gestão Pública, cujo objetivo destes sistemas era de permitir a transparência na implementação das diversas ações do governo.

§3º, I, a *reclamação administrativa relativa à prestação dos serviços públicos*, como modalidade de provocação do controle administrativo, que exige pertinência subjetiva entre o usuário reclamante e o serviço público objeto de reclamação”. (MOREIRA NETO, 2009, p. 633) (itálico do autor).

²⁶¹ “Objetivos para as Atividades Exclusivas: [...] Fortalecer práticas de adoção de mecanismos que privilegiem a participação popular tanto na formulação quanto na avaliação de políticas públicas, viabilizando o controle social das mesmas”. (BRASIL. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, 1995, p. 46).

²⁶² “Objetivos para os Serviços Não-exclusivos: [...] Lograr adicionalmente um controle social direto desses serviços por parte da sociedade através dos seus conselhos de administração. Mais amplamente, fortalecer práticas de adoção de mecanismos que privilegiem a participação da sociedade tanto na formulação quanto na avaliação do desempenho da organização social, viabilizando o controle social”. (BRASIL. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, 1995, p. 47).

Os instrumentos de controle social são, para Aragon Dasso Júnior, os canais mais comuns de acesso dos cidadãos à gestão da Administração Pública Gerencial. Isso porque, argumenta o autor, ao passo que as formas de controle são um dos mecanismos mais fomentados desse modelo administrativo de gestão pública, a participação popular, todavia, não recebe semelhante tratamento e incentivo, refletindo com isso o alcance “democrático” dessa forma de gestão:

A ênfase em novas formas de controle (controle de resultados, controle contábil de custos, controle por incentivo à concorrência a setores privados na prestação de serviços públicos, controle social e reforço do controle judicial) também expressa o alcance desejado para a democracia. O cidadão pode controlar a gestão, mas nunca compartilhá-la. (DASSO JUNIOR, 2014, p. 15).

Dessa forma, o próximo passo será verificar se o Direito de Reclamação do Usuário de Serviço Público, além de ser um mecanismo de exercício de Controle Social dos usuários sobre o Poder Público, é também um instrumento que permite a Participação Popular na Administração Pública Gerencial brasileira.

4.3 O DIREITO DE RECLAMAÇÃO E A PARTICIPAÇÃO POPULAR NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O processo é um instrumento de exercício do poder. Assim, a democracia política e mesmo a democracia social tem no processo uma forma de manifestação e realização dos seus princípios. Mas a antidemocracia também pode valer-se dele para cumprir os seus objetivos. Daí a necessidade de se estabelecer uma principiologia jurídica democrática informadora do processo sem o que tanto poderá ele ser uma arma jurídica favorável como poderá ser contrária ao indivíduo. Somente o processo democrático é a superação do arbítrio. (ROCHA, 1997, p. 191-192).

Da mesma forma, embora o Direito de Reclamação esteja configurado na forma de um Processo Administrativo, só será efetivamente *democrático* na medida em que possua os elementos necessários para efetiva participação popular nas decisões administrativas.²⁶³ Do contrário, se configura apenas como mais um

²⁶³ Por óbvio, a qualificação com o adjetivo “democrático” dependerá da concepção de Democracia que se adotar; vale dizer, se o princípio da participação popular é ou não um valor fundamental da organização estatal sob estudo. Como se verá adiante, esta qualidade pode tanto representar uma aspiração de participação popular nas decisões públicas, como também pode ser usada de forma apenas retórica, a fim de legitimar uma administração pública em que não haja participação efetiva dos cidadãos.

instrumento de controle social dos cidadãos.²⁶⁴

Este será o objetivo deste tópico: verificar, em última análise, se o Direito de Reclamação do Usuário de Serviço Público, na forma de um processo administrativo, consubstancia-se como um instrumento de participação popular na Administração Pública brasileira. Fundamental para isso, portanto, a definição desse conceito em um primeiro momento para, posteriormente, confrontá-lo com o Direito de Reclamação.

Sobre a participação popular – e suas inúmeras derivações terminológicas -, há também uma vasta gama de autores – nacionais e estrangeiros – que tratam do tema, sendo possível encontrar diferentes conceitos, perspectivas e classificações de acordo com cada um desses autores. Em razão dessa extensa abordagem, no presente trabalho a pesquisa restringir-se-á, em especial, aos doutrinadores brasileiros, e também àqueles mais ligados ao Direito Administrativo. Ao final será exposto o posicionamento que será adotado como chave de compreensão e análise do fenômeno ora estudado.

A posição majoritária sobre o tema parte de uma conceituação mais ampla da noção de “participação popular” – e dos diversos sinônimos que lhe são empregados, tal como “participação política” ou “participação cidadã” -, na qual se enquadram diferentes instrumentos de ação dos cidadãos perante o Poder Público, dentre eles mecanismos de controle social. Vale dizer, na visão dessa corrente doutrinária, instrumentos de controle social seriam facetas de uma categoria – ou até um princípio - mais ampla: o da participação popular no Poder Público.

Um dos grandes expoentes dessa linha de pensamento é Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Na obra “Direito da Participação Política” (1992) o autor compreende a participação política em sentido amplo, como sendo “a atuação formal e informalmente admitida, dos indivíduos e dos grupos sociais secundários, na ação juspolítica do Estado” (1992, p. 56). O exercício dessa participação pode se dar através de “todas as variedades de acesso à atuação do Estado, desde o conhecimento de seus procedimentos, passando pela influência e a colaboração, até o exercício direto ou indireto do poder decisório” (1992, p. 99).²⁶⁵

²⁶⁴ Não se está aqui a destituir de importância os instrumentos de controle social, nem tampouco de desvalorizar sua fundamental dimensão para uma democratização da Administração Pública. Apenas se assinala que a participação popular é a faceta mais relevante da democracia.

²⁶⁵ O autor compreende, assim, que derivam da expressão participação política tanto a limitação do poder quanto o controle do poder. Isto é, para Diogo de Figueiredo Moreira Neto o controle do poder

Verifica-se, com isso, que Diogo de Figueiredo Moreira Neto considera a participação política como um grande gênero, abarcando diversas formas de atuação dos cidadãos e nos diversos Poderes do Estado. Nesse sentido, especifica diferentes formas de participação de acordo com cada função do Estado: participação legislativa, participação administrativa e participação judicial.

A participação administrativa, que mais interessa a esse trabalho, é entendida como aquela que “visa principalmente à legitimidade dos atos da Administração Pública embora, incidentalmente, possa servir a seu controle de legalidade” (MOREIRA NETO, 1992, p. 87). Refere que tal participação pode ocorrer em qualquer dos campos da atividade administrativa do Estado, como no exercício do poder de polícia, na prestação de serviços públicos, no ordenamento econômico, no ordenamento social, no fomento público e na gestão de pessoal, bens e serviços, segundo diferentes graus de intensidade participativa do cidadão: participação informativa, participação na execução, participação pela consulta e participação na decisão (MOREIRA NETO, 1992, p. 87-88).²⁶⁶

Enumera então os treze instrumentos que, em sua visão, constituem formas de participação administrativa, os quais, como próprio observa, promovem desde a simples influência do cidadão na decisão do Poder Público até a vinculação decisional:

[...] a representação política, o plebiscito, o referendo, a coleta de opinião, o debate público, a audiência pública, o colegiado público, a cogestão de paraestatal, a assessoria externa, a delegação atípica, a provocação de inquérito civil, a denúncia aos tribunais ou conselhos de contas e a reclamação relativa à prestação de serviços públicos. (MOREIRA NETO, 1992, p. 125).²⁶⁷

Destaque nesse elenco para a qualificação do Direito de Reclamação do Usuário de Serviço Público como um dos instrumentos de participação administrativa.

Já José Afonso da Silva (2011) interpreta a participação como um direito

é uma faceta da participação, e aquele pode se dar tanto na forma de um controle de legalidade (próprio da noção de Estado de direito) quanto na forma de um controle de legitimidade (próprio da noção de Estado de direito democrático). (MOREIRA NETO, 1992, p. 65).

²⁶⁶ Tais formas de participação do cidadão, Diogo de Figueiredo Moreira Neto refere extrair do pensamento de Agustín Gordillo.

²⁶⁷ O autor compreende o Direito de Petição como um instrumento “genérico” ou “polivalente” – ao lado da representação política, da publicidade, da informação e da certidão -, já que se dirige à atividade de quaisquer dos Poderes (MOREIRA NETO, 1992, p. 99).

coletivo²⁶⁸ e divide-a em duas categorias: a (a) participação direta dos cidadãos no processo político e decisório (iniciativa popular, plebiscito e referendo); e a (b) participação orgânica (que pode ser tanto corporativa, como a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos onde seus interesses estejam sendo discutidos e deliberados, e não-corporativa, como o direito de participação da comunidade na gestão da seguridade social e nas ações e serviços públicos de saúde). Especificamente sobre o parágrafo terceiro do artigo 37 da Constituição o autor argumenta que este seja a expressão do princípio da participação do usuário na Administração Pública.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, embora compreenda a participação como um grande gênero, oferece um conceito distinto. A autora concebe a participação popular na atual fase do Direito Administrativo como atuação do particular diretamente na gestão e no controle da Administração Pública (1993, p. 133). Essa forma de participação será, para a autora, a principal marca do Estado de Direito Democrático:

A participação popular na gestão e no controle da Administração Pública consiste o dado essencial que distingue o Estado de Direito Democrático do Estado de Direito Social. Corresponde à aspiração do indivíduo de participar, quer pela via administrativa, quer pela via judicial, da defesa da imensa gama de interesses públicos que o Estado, sozinho, não pode proteger. (1993, p. 138).

Nessa linha de raciocínio, Di Pietro classifica as formas de Participação Popular na Administração Pública em duas espécies: (a) *diretas*, as quais são realizadas sem a presença de um terceiro eleito entre a Administração e o cidadão (cita como exemplos o direito de ser ouvido e a enquete); e (b) *indiretas*, as quais se realizam com a presença de um terceiro, eleito ou indicado (cita como exemplos a participação em órgãos de consulta, a participação em órgãos de decisão, a participação por meio do “ombudsman” e a participação por meio do Poder Judiciário) (1993, p. 134-138). Assim, embora considere apenas os modos de participação dos cidadãos na Administração Pública (excluindo a participação popular no processo legislativo), a autora não atrela a essas formas o elemento vinculante da decisão popular; vale dizer, não atrela à participação o poder efetivo de decisão do cidadão, fazendo com que o conceito ganhe amplitude e comportando

²⁶⁸ “Só se reputa direito coletivo porque só pode ser exercido por um número razoável de eleitores: uma coletividade, ainda que não organizada formalmente” (SILVA, 2011, p. 262).

um amplo leque de formas de participação (abarcando, inclusive, a ideia de controle).

Esse entendimento do enquadramento da participação popular como um gênero é ainda partilhado por diversos administrativistas, dentre eles: Caio Tácito (1992), Gustavo Henrique Justino de Oliveira (1997)²⁶⁹, Fabiana de Menezes Soares (1997), Dinorá Grotti (2002), Adriana Schier (2002), Odete Medauar (2003)²⁷⁰, Wallace Paiva Martins Júnior (2004)²⁷¹, Paulo Modesto (2005)²⁷², Maren Guimarães Tabora (2006) e Jade Carvalho Breder (2007). Todavia, dois deles merecem especial destaque.

Primeiro destaca-se o posicionamento de Adriana Schier (2002). Em monografia sobre o tema do Direito de Reclamação do Usuário de Serviço Público, a autora concebe a Participação Popular não apenas como gênero – de que o controle social seria uma das espécies -, mas também como um direito fundamental. Propõe uma interpretação da Constituição Federal que permita extrair o conteúdo fundamental do direito de participação a partir das noções de Estado de Direito – em sua feição de controle da legalidade – e de Estado Democrático – a partir da intervenção direta ou indireta do cidadão na gestão administrativa. O Direito de Reclamação, assim, seria um direito fundamental espécie do direito fundamental de participação, pois legitimaria os cidadãos a exercerem o controle sobre a

²⁶⁹ Gustavo Henrique Justino de Oliveira dirige seu estudo às audiências públicas e sua relação com a democracia e com o processo administrativo: “Ao lado da coleta de opinião, debates e consultas públicas, colegiado público e diversa formas de co-gestão, a *audiência pública* está inserida no rol dos mecanismos ou instrumentos de participação dos cidadãos na esfera administrativa”. (1997, p. 160) (itálico do autor).

²⁷⁰ “A participação liga-se à identificação do interesse público de modo compartilhado com a população; associa-se ao decréscimo da discricionariedade; propicia a atenuação da unilateralidade na formação dos atos administrativos; liga-se também às práticas contratuais baseadas no consenso, na negociação, na conciliação de interesses” (MEDAUAR, 2003, p. 230).

²⁷¹ “Tendo relação instrumental com o princípio da transparência, a participação popular na Administração Pública apresenta várias finalidades: controle e fiscalização social, parâmetro de juridicização e racionalidade na tomada de decisões (legalidade, imparcialidade, moralidade, razoabilidade e eficiência), renovação do modelo de Administração Pública e reformulação de suas relações com os administrados (abertura, publicidade e melhoria dos níveis de aproximação, confiança, adesão, consenso, colaboração). Efetividade dos direitos fundamentais dos administrados e fator de legitimidade pela repartição (ou partilha) na condução política dos negócios públicos” (MARTINS JÚNIOR, 2004, p. 304).

²⁷² Paulo Modesto observa a diferença entre o que chama de “participação no âmbito da administração pública” e “participação popular na administração pública”: “A participação administrativa, ou a participação no âmbito da administração pública, considerando esse sentido amplo, corresponde a todas as formas de interferência de terceiros na realização da função administrativa do Estado. Mas a participação popular na administração pública é conceito necessariamente mais restrito: trata-se da interferência no processo de realização da função administrativa do Estado, implementada em favor de interesses da coletividade, por cidadão nacional ou representante de grupos sociais nacionais, estes últimos se e enquanto legitimados a agir em nome coletivo” (2005, p. 1).

Administração Pública (isto é, o direito de reclamação como expressão da faceta controle do direito fundamental de participação).

Em segundo lugar ressalta-se uma importante diferenciação abordada por Fabiana de Menezes Soares (1997) que será tratada em seguida neste trabalho. A autora separa as formas de participação popular em *vinculante* e *não-vinculante*: esta “ocorre previamente nos processos decisórios através de informações propostas, exposições, protestos e consultas que não impliquem necessariamente em uma decisão conforme o conteúdo deliberado”; já aquela significa “Participação no poder de decisão, o que implica em limitações no exercício do poder de direção”. (SOARES, 1997, p. 153-154).²⁷³ Contudo, Fabiana de Menezes Soares não atrela tal vinculação como elemento fundamental do conceito de participação, considerando, portanto, ambas as formas como modos de participação dos cidadãos na Administração Pública.²⁷⁴

Caso se adotasse o entendimento dos autores citados sobre a questão – entendendo-se a participação popular como uma categoria genérica que contemplasse em seu conceito diversas formas de atuação dos cidadãos no Poder Público – poder-se-ia concluir que o Direito de Reclamação do Usuário de Serviço Público seria um instrumento que permitisse a participação dos cidadãos/usuários na Administração Pública.

Contudo, há autores que procuram refinar melhor o conceito da Participação Popular, dando-lhe uma feição menos genérica.

Carlos Ayres Britto, como visto, preceitua conceitos diferentes e antagônicos às expressões “participação popular” e “controle social do poder”. Para o autor, a participação popular tem um contorno próprio, já que em sua visão traduz-se como expressão do poder político, isto é, como a capacidade de participação no processo de elaboração jurídica:

²⁷³ Tal classificação da autora sobre os “graus de intensidade” da participação deriva da obra de J. J. Gomes Canotilho (1987): “Em princípio, e para nos concentrarmos sobre este último problema, assinalam-se três graus de participação: (1) *participação não-vinculante*, ou seja, participação nos processos de decisão, mas apenas através de informações, propostas, exposições, protestos, etc.; (2) *participação vinculante* significa participação na própria tomada de decisão e, conseqüentemente, limitação do poder de direção tradicional (participação, por ex., em conselhos de gestão); (3) *participação vinculante e autónoma (autogestão)* quando se trata de uma substituição pura e simples do poder de direção tradicional para outros poderes dentro do respectivo sistema (administração autónoma)”. (CANOTILHO, 1987, p. 365-366) (itálico do autor).

²⁷⁴ Partilhando da mesma conclusão, Paulo Modesto apenas refina tal classificação propondo que a participação vinculante seja dividida em decisória e condicionadora, e a participação não-vinculante seja dividida em consultiva e executiva (2005, p. 05).

Participação popular, então, somente pode existir com a pessoa privada (individual ou associadamente) exercendo o poder de criar norma jurídica estatal, que é norma imputável à autoria e ao dever de acatamento de toda a coletividade. É igual a dizer: com a pessoa privada influenciando constitutivamente na formação da vontade normativa do Estado, que assim é que se desempenha o poder político (1992, p. 119).

Como exemplos da participação popular cita o plebiscito, o referendo, a iniciativa popular e o jurado do Tribunal do Júri.

Isso significa que o autor utiliza tal categoria em sentido mais restrito, considerando apenas as formas de atuação dos cidadãos na construção das normas jurídicas na esfera política do Estado. Dessa forma, adotando-se o entendimento do autor poder-se-ia considerar o Direito de Reclamação apenas como uma expressão do controle social de poder, ou seja, como um direito subjetivo do cidadão de fazer valer uma norma constitucional já existente. Do contrário, não se poderia associá-lo a uma forma de participação popular, já que o Direito de Reclamação, por sua vez, não se reveste desse caráter político-jurídico de produção direta de normas.

Partindo dessas definições de Carlos Ayres Britto é que Emerson Gabardo, por exemplo, argumenta que a utilização da expressão “participação” na norma do art. 37, §3º, CF, é equivocada, de modo que deveria constar controle social (2002, p. 107).

Como já afirmado, neste trabalho adotar-se-á o entendimento sobre o tema que delimite mais especificamente o significado da expressão participação popular, distinguindo-a fundamentalmente da noção de controle social. Entretanto, não se seguirá a fórmula proposta por Carlos Ayres Britto.

Inicialmente, para melhor clareza do conceito que neste trabalho pretende-se conferir à participação popular na Administração Pública, essencial é a contribuição de Odete Medauar (2003) para delimitar com mais precisão a extensão desse vocábulo. O primeiro recorte que se deve fazer diz respeito à percepção da participação popular apenas no âmbito da atividade administrativa, haja vista que em acepção ampla, poder-se-ia abranger também “a atuação do povo na escolha de integrantes do Legislativo e chefes do Executivo” (2003, p. 231). Vista sob o ângulo apenas da atividade administrativa, a autora ressalta novamente dois outros sentidos (um mais e outro menos abrangente):

No primeiro, se inclui a atuação de administrados e a de servidores que, por vínculos funcionais, integram a instituição. Torna-se freqüente a menção à influência dos servidores na tomada de decisões em geral e naquelas que lhes concernem, sobretudo ante o reconhecimento do seu direito à sindicalização (como prevê a Constituição pátria, no art. 37, VI). Mas, sob o enfoque das relações Administração-administrado, sobressai o interesse pela participação das pessoas não inseridas profissionalmente na organização administrativa, que é o sentido menos abrangente do termo, referido à esfera administrativa. (MEDAUAR, 2003, p. 231).

Definida a participação apenas no âmbito administrativo e por indivíduos não inseridos profissionalmente na organização administrativa, mais uma delimitação é possível: aquela mais genérica, para significar todo tipo de atuação, individual e por representantes de grupos e associações, ou aquela mais restrita, que considera apenas a atuação direta dos cidadãos individualmente considerados. Nesse ponto, também se concorda com a autora de que o sentido genérico é o mais adequado, “porque leva em conta a realidade associativa e os interesses coletivos e difusos, estes por vezes assumidos por entes da sociedade” (MEDAUAR, 2003, p. 231).

Nessa linha, excluem-se da concepção participativa aqui exposta os seguintes aspectos: a) o exercício privado de funções públicas, como ocorre na concessão de serviço; b) a atuação do indivíduo na defesa direta de direitos próprios perante a Administração, como nos casos de multa, interdição de atividades, indeferimento de licenças; c) a colaboração técnica, pericial, por exemplo. (MEDAUAR, 2003, p. 231).

Todavia, para o presente trabalho indispensável ainda é a delimitação da expressão “participação popular” em acepção ainda mais estrita do que a apresentada pelos autores acima citados. Trata-se, portanto, de observar tal fenômeno a partir da chamada “participação vinculante”, isto é: daquelas formas de atuação dos cidadãos em que a decisão final da Administração Pública estará vinculada com a vontade expressada pelos cidadãos no processo de deliberação. Tal perspectiva de análise, embora mais rigorosa, permite examinar o grau de democracia experimentado pelos cidadãos brasileiros na gestão administrativa atual (Gerencial): se somente pelas formas convencionais (formais) de representação, ou se também por outras que permitam a extroversão e materialização de suas vontades em decisões administrativas.

Parte-se da premissa inicial da própria definição do vocábulo “participação”: “ter ou tomar parte” (FERREIRA, 2008, p. 372). Esta sugere, portanto, uma noção de “ação” por parte do participante e, também, que essa ação seja levada em

consideração.

Soma-se a isso, o elemento fundamental do Estado de Direito democrático salientado por Carlos Ari Sundfeld. Revela o autor que nesse modelo de Estado “[...] os indivíduos não são meros destinatários, isto é, meros sujeitos passivos, do poder. São, vistos em conjunto, os verdadeiros titulares do poder político” (SUNDFELD, 1998, p. 99). Por isso, a Constituição pátria de 1988 ao escolher esse modelo (art. 1º, *caput*) não se contentou com o modelo republicano (representação ou exercício indireto do poder pelo povo), mas definiu também uma participação popular direta (art. 1º, p. único); o adjetivo “democrático”, assim, não se esgota no modelo republicano, devendo ter mecanismos de participação popular direta do poder (SUNDFELD, 1998, p. 51). Enfim, o Estado de Direito democrático permite reunir dois sentidos de liberdade: a dos antigos – como garantia da participação no exercício do poder – com a dos modernos - como garantia da segurança nas fruições privadas. (SUNDFELD, 1998, p. 105).

Tal concepção do aspecto democrático enseja a compreensão de que a participação direta dos cidadãos nos assuntos públicos deva estar presente nas diversas esferas do poder estatal. Analisando sob a perspectiva estrita da Administração Pública isso significa que essa também deve estimular/fomentar/propiciar canais para o exercício da participação popular, sob pena de frustrar o caráter democrático da gestão administrativa.

Partindo dessa compreensão da democracia é que Sherry R. Anstein delimita o conceito da expressão “participação cidadã”, considerando-a como um sinônimo de “poder cidadão”:

Minha resposta à pergunta central é de que a participação cidadã é um termo categórico para poder cidadão. Participação é a redistribuição de poder que permite aos cidadãos sem-nada, atualmente excluídos dos processos políticos e econômicos, a serem ativamente incluídos no futuro. Ela é a estratégia pela qual os sem-nada se integram em tais processos para determinar que informação será compartilhada, quais os objetivos e quais as políticas públicas que serão aprovadas, de que modo os recursos públicos serão alocados, quais os programas serão executados e como os benefícios, como contratos e patrocínios serão distribuídos. Resumindo, a participação constitui o meio pelo qual os sem-nada podem promover reformas sociais significativas que lhes permitam compartilhar dos benefícios da sociedade afluyente. (ARNSTEIN, 1969, p. 216) (tradução nossa).²⁷⁵

²⁷⁵ No original: “My answer to the critical what question is simply that citizen participation is a categorical term for citizen power. It is the redistribution of power that enables the have-not citizens, presently excluded from the political and economic processes, to be deliberately included in the future.

Apoiada nesse conceito, a autora norte-americana elabora uma “escada de participação cidadã”, na qual analisa diferentes formas de atuação dos cidadãos na Administração Pública. Todavia, no entendimento de Anstein somente os últimos três estágios dessa escada (parceria, delegação de poder e controle cidadão) poderiam ser considerados como de participação cidadã ou de poder cidadão. Nos demais – manipulação, terapia, informação, consulta e colocação – a autora entende que não haja participação ou que haja apenas uma concessão simbólica de poder (tokenismo). (1969, p. 217).

Fica claro, portanto, a carga material que a autora confere ao conteúdo da participação cidadã, não a tratando como um gênero que abarca diversas formas de atuação dos cidadãos, mas como uma expressão específica e estrita da democracia, em que os cidadãos, em especial os excluídos, participem efetivamente nas decisões sobre as questões públicas que lhes afetem.

No mesmo sentido e com semelhante didática, Juan Bordenave defende que a participação social somente ocorre em um nível macrossocial, ou seja:

A macroparticipação, isto é, a participação macrossocial, compreende a intervenção das pessoas nos processos dinâmicos que constituem ou modificam a sociedade. Sua conceitualização, por conseguinte, deve incidir no que é mais básico na sociedade, que é a produção dos bens materiais e culturais, bem como sua administração e seu usufruto. (1995, p. 24-25).

Diante desse conceito o autor também propõe uma escala de participação da sociedade de acordo com sua forma de atuação. O menor grau de participação seria o de *informação*, isto é, quando “Os dirigentes apenas informam os membros da organização sobre as decisões já tomadas” (BORDENAVE, 1995, p. 31). Em ordem crescente de participação teríamos ainda: a *consulta facultativa*, a *consulta obrigatória*, a *elaboração/recomendação*, a *co-gestão*, a *delegação* e por fim a *autogestão*, maior grau de participação, no qual “o grupo determina seus objetivos, escolhe seus meios e estabelece os controles pertinentes, sem referência a uma autoridade externa” (BORDENAVE, 1995, p. 32-33).

Partilhando de semelhante entendimento Aragon Dasso Júnior parte da

It is the strategy by which the have-nots join in determining how information is shared, goals and policies are set, tax resources are allocated, programs are operated, and benefits like contracts and patronage are parceled out. In short, it is the means by which they can induce significant social reform which enables them to share in the benefits of the affluent society”.

premissa de que “não existe democracia sem participação cidadã” (2006, p. 191). A participação deve ser entendida como a intervenção dos cidadãos nas atividades públicas, mas não qualquer tipo de intervenção; o controle social das ações públicas, por exemplo, é um mecanismo importante da democracia, mas não é forma de participação popular (2006, p. 207). Em consequência disso, define a participação cidadã (ou popular) como “o processo mediante o qual se integra o cidadão em forma individual ou em forma coletiva, na tomada de decisões dos assuntos públicos” (2006, p. 208).

Diante desse conceito, Aragon Dasso Júnior enumera alguns direitos que, embora aperfeiçoem a democracia, não se constituem como formas de participação popular: direito à informação, direito de ser consultado e direito ao controle (2006, p. 208-209).

Também corroborando tal entendimento Mark Evans e Outros partem da seguinte premissa: “De certo modo, definir participação na tomada de decisão deveria ser simples. Deveria meramente envolver uma pergunta – o povo decide? Se não, então ele não participa significativamente” (EVANS E OUTROS, 2013, p. 21). Nesse sentido, para os autores fica clara a distinção que se pode traçar entre uma visão elitista de democracia contra uma visão participativa da democracia: “O teste decisivo da visão participativa de democracia é a capacidade que um governo tem de dar poder à população a desempenhar um papel ativo no governo” (EVANS E OUTROS, 2013, p. 22).

Dessa forma, compreendida a participação popular nesses termos, poder-se-ia considerar, analogamente, alguns dos conceitos (ou algumas de suas classificações) expostos anteriormente. Por exemplo, o conceito trazido por Fernando H. Aguillar (1999) quando o autor caracteriza o que seria a expressão Controle Social: “poder real e efetivo à população para interferir nos processos decisórios” (1999, p. 164). Isto é, substituindo-se os conceitos, teríamos uma boa noção do conteúdo que aqui se pretende dar à participação popular. Na classificação proposta por Paulo Modesto (2005), considerar-se-ia somente a *participação vinculante decisória*, aquela identificada como “co-gestão”, já que a participação vinculante condicionadora para o autor apenas limita a discricionariedade da autoridade superior, exigindo motivação extensa em pronunciamentos divergentes. Já na teoria de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1992) seria a noção de *co-autoria da decisão*. Na de J. J. Gomes Canotilho

somente a *participação vinculante e autónoma (autogestão)*. E na de Fabiana de Menezes Soares (1997) a participação na forma *vinculante*.

A partir disso, cabe referir que o presente trabalho não tem a pretensão de formular um novo conceito do que seja a participação popular na Administração Pública em contraponto aos ilustres pensadores – aqui citados ou não – que já se debruçaram com imensa maestria sobre a questão. O que se visa é, contudo, analisar um fenômeno jurídico – no caso o Direito de Reclamação do Usuário de Serviço Público – sob um viés mais restrito da noção de participação, a fim de que este instrumento não seja compreendido em uma fórmula mais genérica – e talvez retórica da questão - e sim que se possa delimitar seu alcance jurídico de forma mais precisa, com as possibilidades e limites que são próprios da sua natureza. Assim, entende-se que a concepção da participação popular no sentido proposto – *vinculante* – promove o distanciamento com outras formas de atuação dos cidadãos – consultas populares, instrumentos de controle social, provocações administrativas, opinião pública, movimentos sociais, imprensa, liberdade de expressão, etc. - e a que melhor se coaduna com o objetivo de constituição de uma sociedade efetivamente democrática.

Portanto, compreendendo a questão nesses termos, discorda-se da configuração dada por Adriana Schier (2002) ao Direito de Reclamação do Usuário de Serviço Público. A autora entende ser este um instrumento que promova a participação popular na Administração Pública, já que legitima o cidadão a exercer o controle sobre o Poder Público.

Como visto, a premissa que parte o presente trabalho busca delimitar mais o alcance da expressão participação popular, conferindo-a um conceito mais restrito de modo que somente poder-se-ia considerá-la quando houvesse uma participação cidadã efetiva, isto é, quando a decisão do Poder Público estiver vinculada à pretensão popular expressada em deliberação, e não meramente na forma provocativa ou consultiva.

Nesse sentido, o chamado “poder de influência” – consectário dos princípios do contraditório e da ampla defesa – esgota-se na perspectiva da dialética processual. Isso significa que, a par de sua grande relevância dentro do processo administrativo, tal mecanismo não é capaz de proporcionar a participação popular/cidadã na decisão administrativa a ser tomada, já que esta é uma competência privativa da Administração Pública.

Dessa forma, entende-se que o Direito de Reclamação do Usuário de Serviço Público, como espécie de processo administrativo, na formatação jurídica estudada no capítulo anterior, não tem o condão de proporcionar a participação popular na Administração Pública, haja vista que, mesmo diante da provocação do particular a respeito de um serviço público através de uma reclamação, a decisão sobre tal questão ficará a cargo exclusivamente da Administração Pública. O cidadão poderá apenas provocar a autoridade administrativa e apresentar elementos (probatórios e argumentativos) que possam influenciar sua decisão durante o curso processal, mas mesmo assim estará alijado do processo decisório.²⁷⁶

Assim, partindo dessa conceituação, alguns outros dispositivos legais presentes no ordenamento jurídico brasileiro – e comumente citados pela doutrina -, como o art. 4º, Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n. 8.666/93)²⁷⁷, art. 48, §1º, I, da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101/2000)²⁷⁸ e o art. 44, do Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001)²⁷⁹, só poderiam ser caracterizados como instrumentos de “participação popular” – como expressamente previsto nessas normas – caso permitissem a vinculação da vontade popular à decisão proferida pelo Poder Público. A mesma conclusão pode-se ter com relação aos artigos 31, 32 e 33, da Lei Federal de Processo Administrativo (Lei n. 9.784/99)²⁸⁰, nos quais estão previstas, além de outras formas de “participação dos

²⁷⁶ “Os métodos desenhados para obter a opinião dos cidadãos (ouvidorias, reclamações, sugestões, pesquisas de satisfação, pesquisas de avaliação, portais interativos, etc.) excluem a interação e o debate e, portanto, não podem ser considerados elementos de participação cidadã, embora contribuam para a qualidade da democracia”. (DASSO JÚNIOR, 2006, p. 217).

²⁷⁷ Art. 4º Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos. (BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993).

²⁷⁸ § 1º A transparência será assegurada também mediante: (Redação dada pela Lei Complementar nº 156, de 2016)

I – incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos; (Incluído pela Lei Complementar nº 131, de 2009). (BRASIL. Lei Complementar 101, de 04 de maio de 2000).

²⁷⁹ Art. 44. No âmbito municipal, a gestão orçamentária participativa de que trata a alínea f do inciso III do art. 4º desta Lei incluirá a realização de debates, audiências e consultas públicas sobre as propostas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, como condição obrigatória para sua aprovação pela Câmara Municipal. (BRASIL. Lei 10.257, de 10 de julho de 2001).

²⁸⁰ Art. 31. Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada.

§ 1º A abertura da consulta pública será objeto de divulgação pelos meios oficiais, a fim de que pessoas físicas ou jurídicas possam examinar os autos, fixando-se prazo para oferecimento de alegações escritas.

administrados”, a consulta pública e a audiência pública²⁸¹. Em primeiro lugar, porque a Lei faculta ao administrador a adoção desses mecanismos (competência discricionária do administrador). Em segundo lugar, porque embora tais instrumentos devam ser considerados como elementos probatórios (arts. 34 e 38, §1º, Lei n. 9.784/99²⁸²) e auxiliem na redução do grau de discricionariedade da decisão administrativa, não há a previsão expressa na lei de que a vontade popular externada por meio desses instrumentos vincule a decisão final da Administração.

Todavia, por esse mesmo motivo tal definição não é absoluta. O ordenamento jurídico pode prever que esses instrumentos promovam uma efetiva participação do cidadão. Sobre esse ponto Diogo de Figueiredo Moreira Neto destaca que conquanto seja competência privativa do Poder Executivo a tomada de decisões administrativas (art. 84, II, CF²⁸³), há possibilidade de exceção a essa privatividade, desde que tais casos estejam explícitos no ordenamento e sejam interpretados de forma restritiva (1992, p. 124).

No caso das audiências públicas, por exemplo, Gustavo Henrique Justino de Oliveira lembra que essas podem assumir um caráter vinculante sobre a decisão da Administração Pública: “Por outro lado, se inserida na fase processual de decisão, o resultado da audiência pública será vinculante para a Administração” (1997, p. 163). Nesses casos, poder-se-iam considerar não só as audiências públicas de que trata o autor, mas também as consultas públicas citadas pela Lei n. 9.784/99 como mecanismos de participação popular na Administração Pública.

Isso significa que o não enquadramento como espécies de participação

§ 2º O comparecimento à consulta pública não confere, por si, a condição de interessado do processo, mas confere o direito de obter da Administração resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais.

Art. 32. Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo.

Art. 33. Os órgãos e entidades administrativas, em matéria relevante, poderão estabelecer outros meios de participação de administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas. (BRASIL. Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999).

²⁸¹ Sobre a audiência pública há o posicionamento já exposto de Gustavo Henrique Justino de Oliveira (1997) defendendo que esta seja um instrumento de participação popular independentemente da decisão administrativa estar vinculada ou não à vontade popular.

²⁸² Art. 34. Os resultados da consulta e audiência pública e de outros meios de participação de administrados deverão ser apresentados com a indicação do procedimento adotado.

[...]

§ 1º Os elementos probatórios deverão ser considerados na motivação do relatório e da decisão. (BRASIL. Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999).

²⁸³ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

II - exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal; (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988).

popular não está, algumas vezes, na natureza do instrumento jurídico apontado, mas sim na configuração/delimitação jurídica que o ordenamento lhe confere. Em outras palavras, no caso específico do Direito de Reclamação do Usuário de Serviço Público, caso a norma que regulamente tal procedimento preveja meios de que a vontade do usuário tenha caráter vinculante sobre a decisão final, poder-se-ia considerá-lo como instrumento de participação popular. Por certo que se tratando de uma espécie de processo administrativo tal configuração fica deveras prejudicada em razão do formato com que este geralmente é concebido pela legislação brasileira.

Contudo, nada impede que no caso do Direito de Reclamação as legislações que venham a regulamentá-lo prevejam um procedimento diferenciado que além da provocação por parte do usuário, aliem-se canais de atuação coletiva da população durante o processo deliberativo (como consultas públicas, audiências públicas ou coletas de opinião) e que, ao final, a Administração, por exemplo, se limite a apresentar propostas para retificação da prestação do serviço público questionado de acordo com o apurado durante o curso processual, de modo que a decisão final seja tomada pelos usuários por meio de votação (votação por meios eletrônicos, por exemplo). Aliás, o grau de sofisticação tecnológica da sociedade atual permite à Administração a adoção de novos mecanismos que fomentem a interação com os cidadãos de forma mais organizada, eficiente e transparente.²⁸⁴

Nesse sentido, a configuração jurídica como um instrumento de tal natureza não se dá com a simples utilização da expressão “participação do cidadão” – e suas derivações – no corpo da norma. Percebe-se que conquanto seja comum sua utilização nos diplomas jurídicos brasileiros, em verdade, poucas das normas realmente propiciam a efetiva participação dos cidadãos nas decisões da Administração Pública (no sentido da expressão aqui proposto)

Tal utilização “retórica” da expressão pode ser explicada através dos problemas inerentes à participação, isto é, das diferentes circunstâncias que impedem ou simplesmente prejudicam o seu uso efetivo - dentre eles, por exemplo, a própria polissemia da expressão como visto anteriormente.

Sobre esse fato importante tomar como premissa a lição trazida por Diogo de

²⁸⁴ Nesse sentido: “Vem se expandindo na Alemanha, desde 1999, no programa Estado moderno-Administração moderna, o uso da *Internet* para ouvir a opinião pública nos processos de decisão, no sentido de uma *democracia eletrônica*”. (MEDAUAR, 2003, p. 236) (itálico da autora).

Figueiredo Moreira Neto a respeito dos dois condicionantes da Participação: o primeiro seria o *subjetivo*, que seria a motivação para participar, tendo uma natureza psicológica e social; já o segundo seria o *objetivo*, que seria a admissão a participar e teria natureza política e jurídica (1992, p. 11). Tal classificação do autor permite compreender a possibilidade de participação, portanto, sob o aspecto do indivíduo (subjetivo) – deste ter interesse em participar – e sob o aspecto institucional (objetivo), aquele que fornece os meios para essa participação.

Essa premissa se revela relevante uma vez que os problemas da participação dos cidadãos no Brasil são comumente relacionados a um desses aspectos.

No entendimento de Paulo Modesto (2005), apesar de existirem instrumentos de participação no ordenamento, há um problema cultural grave que impede a participação, fazendo com que essa só ocorra retoricamente, ou no discurso, e não de forma efetiva na realidade. Destaca ainda que por esse motivo o aparato jurídico é incapaz de induzir a participação popular, cumprindo, no mais das vezes, papel inverso inclusive, ao estabelecer mecanismos de neutralização e acomodação extremamente sutis. Já Adriana Schier (2002) ressalta um outro dilema a par dos canais de participação: a condição do “cidadão brasileiro”, que em razão de sua exclusão social (desemprego, educação, fome, etc.) não seria capaz de exercer sua participação.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1993), de outro modo, percebe que o problema da participação se encontra em ambos os aspectos (objetivo e subjetivo): na pouca vontade dos políticos em regulamentar instrumentos de participação e na falta de preparação dos cidadãos.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1992) ressalta ainda outros problemas ligados à participação. Primeiro lembra das críticas mais comuns ligadas à chamada participação administrativa, as quais se direcionam à ineficiência e à demora na tomada de decisão que tal forma poderia causar. Porém, entende que a noção de eficiência também está relacionada diretamente com a ideia de legitimidade, de modo uma decisão ilegítima será também uma decisão ineficiente. Refere, também, os problemas de apatia, abulia e acracia, dilemas que atingem a esfera da motivação dos cidadãos para exercerem a participação.

Se o homem não se interessa pela política (atitude apática), se não quer dela participar (atitude abúlica) ou se não se sente com condições de poder fazê-lo (atitude acrácia), a democracia fica irremediavelmente sacrificada.

De nada valem estarem admitidos e abertos os canais institucionais de participação [...]. (MOREIRA NETO, 1992, p. 11).

Em outro sentido, há autores que diagnosticam no próprio sistema de gestão administrativa as falhas para a efetiva participação dos cidadãos nas decisões da Administração Pública.

Mark Evans e Outros (2013) ressaltam que o uso retórico da expressão se dá porque não há interesse dos formuladores de políticas e dos tomadores de decisão em compartilhar o poder:

O problema é que a retórica dos formuladores de políticas frequentemente enfatizam a importância da participação quanto, na prática, o que eles realmente fazem é uma consulta entre tomadores de decisão e cidadãos. Na verdade, a ideia em si de compartilhar o processo decisório não é palatável para a maioria dos formuladores de políticas. Eis porque um dos principais desafios da governança contemporânea é o problema de compartilhar o poder, de modo significativo, com cidadãos, *stakeholders* e outros governos (EVANS E OUTROS, 2013, p. 21) (itálico dos autores).

Para Juan Bordenave, a identificação do problema encontra-se dentro da própria configuração da democracia liberal:

[...] com efeito, na democracia liberal os cidadãos tomam parte nos rituais eleitorais e escolhem seus representantes, mas, por não possuírem nem administrarem os meios de produção material e cultural, sua participação macrossocial é fictícia e não real. (1995, p. 26).

Seguindo semelhante conclusão, Aragon Dasso Júnior relaciona tal problemática à chamada Nova Gestão Pública (ou Administração Pública Gerencial) - experimentada no Brasil após a Reforma Administrativa de 1998 - a qual por princípio não visa o fomento dos canais de participação popular na Administração Pública: “A participação cidadã na gestão pública não faz parte das características da NGP” (2014, p. 14). Complementa o autor que, embora as formas de controle sejam incentivadas, a democracia participativa, participação, participação popular ou participação cidadã “não são referências ‘estruturantes’ do discurso ultraliberal que constrói a NGP como seu modelo de Administração Pública” (DASSO JUNIOR, 2014, p. 24).

Especificamente sobre a Reforma Gerencial brasileira, o autor observa - analisando a forma como que foi orquestrada a aprovação da Emenda Constitucional n. 19/98 - que esta partiu de um conceito de democracia

absolutamente elitista, no qual a participação cidadã não estava dentre os objetivos perseguidos pela equipe do Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado. Ressalta principalmente o centralismo das decisões a respeito da Reforma no MARE, decididas sem o devido debate público de questões de grande magnitude como, por exemplo, a concepção de Administração Pública que deveria ser adotada na Reforma. (DASSO JÚNIOR, 2013, p. 24-25).²⁸⁵

Assim, um dos objetivos dessa gestão administrativa é dar novo significado à expressão “participação popular”, retirando-lhe o conteúdo incisivo de participação e relacionando-a como sinônimo de controle social, contribuindo para o distanciamento dos cidadãos dos centros de decisão e poder:

No caso da reforma do Estado no Brasil essa disputa foi travada de forma velada. Para os defensores do pensamento ultraliberal a “participação cidadã” é exclusivamente sinônimo de controle social. Esse fenômeno é facilmente observado no papel que cumprem os organismos internacionais quando financiam projetos de infra-estrutura nos países latino-americanos. Exigem cláusulas que contemplem a “participação cidadã” na fase da execução das obras, ou seja, exigem apenas o controle social. A lógica ultraliberal não busca emancipar o cidadão, busca apenas cooptá-lo na tentativa de diminuir a corrupção. Subverte-se, portanto, o significado original da “participação cidadã”. Neste bojo, o conceito de cidadão também é esvaziado e passa a predominar o conceito de cliente, usuário ou consumidor. E a reboque dessas transformações há uma ausência de direitos. (DASSO JÚNIOR, 2006, p. 209)

No mesmo sentido, Ana Paula Paes de Paula (2005) também destaca que a questão da “participação popular” no modelo Gerencial de Administração Pública brasileira ficou somente no discurso. Isso porque, refere a autora, houve uma concentração de poder no núcleo estratégico do Estado, reduzindo o espaço para a participação dos cidadãos:

Quando analisamos a estrutura do Estado pós-reforma, constatamos uma clara concentração do poder no núcleo estratégico. Aposta-se na eficiência do controle social e se delega a formulação de políticas públicas aos burocratas: o monopólio das decisões foi concedido às secretarias formuladoras de políticas públicas e a execução, atribuída às secretarias executivas, aos terceiros ou às organizações sociais, de acordo com o caráter da atividade. (PAULA, 2005, p. 43).

Essa concentração decisória realizada pela Administração Gerencial é

²⁸⁵ Da mesma forma com os demais elementos estruturantes da Reforma Gerencial como transferências de propriedade estatal, flexibilização da estabilidade dos servidores públicos, centralização estratégica das políticas públicas, concessões de serviços públicos, privatizações, etc.

também referida por Evans e Outros, especialmente no que diz respeito à gestão dos serviços públicos:

Enquanto a Nova Gestão Pública (NGP) com sua ênfase na “economia”, “eficiência” e “eficácia” continua a fornecer ferramentas importantes no âmbito da gestão pública, elas por si só não são suficientes para enfrentar o desafio da prestação de serviços públicos em uma era de governança. Isso porque a NGP tende a privilegiar o papel dos servidores públicos como mediadores do bem-estar público. A NGP tira a política do âmbito da deliberação das políticas públicas e sua orientação para o mercado não se coaduna com o conceito de serviço público, estando mais à vontade com a linguagem do consumidor que com a do cidadão. (2013, p. 103).

Por fim, no caso específico das Organizações Sociais, Ana Paula Paes de Paula aponta que conquanto haja a possibilidade de atuação de representantes da comunidade em órgãos colegiados de deliberação superior nessas entidades, o seu formato institucional rígido e a estrutura do Estado não permitiram uma maior inserção popular no processo decisório e na formulação de políticas públicas:

Um possível obstáculo é a configuração de sua estrutura organizacional, que é rígida para abranger o complexo tecido mobilizatório existente na sociedade brasileira. Além disso, do ponto de vista contratual, essas entidades são apenas prestadoras de serviços e não possuem nenhuma posição representativa no núcleo estratégico do Estado. Dessa forma inexistente um canal de mediação entre essas entidades e a cúpula governamental, o que evidencia que ainda se coloca o desafio de se elaborarem arranjos institucionais para viabilizar uma maior participação dos cidadãos na gestão pública. (PAULA, 2005, p. 44).

4.4 CONCLUSÕES DO CAPÍTULO 4

O presente capítulo proporcionou uma análise minuciosa do Direito de Reclamação do Usuário de Serviço Público sob três diferentes perspectivas: processo administrativo, controle social e participação popular na Administração Pública. Tal confronto não foi aleatório (embora haja uma série de outros conceitos que poderiam ser confrontados com este Direito de Reclamação).

A relação com o Processo Administrativo mostra-se mais aparente, inclusive diante de sua proximidade com o Direito de Petição. A própria expressão “Reclamação” sugere uma forma de manifestação na seara administrativa (inclusive já positivada no ordenamento jurídico no Decreto-Lei n. 20.910/32). Já sobre os outros dois conceitos, sugeriu-se sua vinculação com a noção de Estado de Direito Democrático. Neste trabalho procurou-se diferenciar ambas as expressões com

base em suas diferentes implicações ou funções: ao conceito de Controle Social se associou a ideia básica de controle do poder (ideia central do Estado de Direito) por intermédio dos cidadãos, em uma acepção mais afeita à fiscalização da atividade administrativa; já o conceito de Participação Popular foi associado com o aspecto democrático desse Estado de Direito, o qual não se esgota apenas nos canais de controle e fiscalização do poder, mas exige uma atuação mais incisiva e decisiva por parte dos cidadãos; isto é, uma atuação no compartilhamento do poder.

Dessa forma, intentou-se verificar: (a) se o Direito de Reclamação configura-se como uma espécie de Processo Administrativo; (b) se o Direito de Reclamação é um instrumento que promove o controle social dos cidadãos sobre a Administração Pública; e (c) se o Direito de Reclamação é um instrumento que promove a participação popular na Administração Pública.

As conclusões extraídas foram:

a) O Direito de Reclamação do Usuário de Serviço Público como espécie de Processo Administrativo.

A partir da análise das características do processo administrativo e de sua importância na atual conjuntura da Administração Pública, permitiu-se uma aproximação dos institutos diante de suas funções essenciais: instrumentos de defesa dos direitos dos cidadãos em âmbito administrativo. Nesse ponto, por óbvio, apurou-se que o Processo Administrativo permite uma proteção mais ampla de direitos, ao passo que o Direito de Reclamação fica restrito à prestação de serviços públicos.

A qualidade do Direito de Reclamação como um instrumento de defesa dos usuários mostra-se evidente diante da própria configuração jurídica que a norma constitucional lhe conferiu. Interpretando a norma do art. 37, §3º, inciso I, da Constituição Federal, percebe-se que tal configuração é própria de um direito de índole processual (instrumental) e não de um direito material (como, por exemplo, aqueles citados no art. 175, p. único, II, da Constituição Federal). Guarda semelhança, nesse sentido, com a norma constitucional do Direito de Petição (este, um instrumento mais genérico). Assim, o objetivo dessa norma constitucional não é a de definir quais os direitos específicos dos usuários de serviços públicos, mas sim o de proporcionar um meio (um instrumento processual) para que os direitos legalmente preestabelecidos possam ser defendidos em âmbito administrativo.

Diante disso, configurando-se então como uma espécie de Processo

Administrativo, deve-se compreender que as garantias próprias conferidas a este instituto também devem ser estendidas ao Direito de Reclamação do Usuário de Serviço Público - direito de protocolo, devido processo legal, contraditório e ampla defesa, duração razoável, direito à decisão e à decisão motivada, comunicação da decisão, recurso administrativo, etc. –, a fim de que não lhe seja destituída sua eficácia normativa.

b) O Direito de Reclamação do Usuário de Serviço Público como um instrumento de controle social sobre a Administração Pública.

Nesse ponto partiu-se da premissa de considerar o Controle Social como uma categoria própria, sem guardar relação de gênero/espécie com a Participação Popular (como verificado em larga escala na doutrina que trata do tema).

Sendo assim, procurou-se identificar o significado do vocábulo Controle em um sentido específico de fiscalização e verificação do cumprimento das finalidades, a fim de evidenciar eventuais desvios para que possam ser corrigidos. No caso de um controle sobre a Administração Pública, exige-se que esta atuação fiscalizadora busque alinhar a atividade administrativa com base na finalidade cogente a que a Administração está imposta pelo ordenamento jurídico (Juridicidade Administrativa). O adjetivo social indica, por outro lado, que tal controle deve ser exercido pelos cidadãos – formal ou informalmente, singular ou coletivamente, direta ou indiretamente.

Nesse sentido, a dimensão do Controle foi relacionada com a ideia básica do Estado de Direito: instrumentos para o controle do poder.

Estabelecidas tais premissas sobre o alcance do conceito, fica mais nítida a relação da expressão Controle Social com o Direito de Reclamação. Isso porque, tal direito identificado na forma de um processo administrativo, revela-se um instrumento capaz de fomentar o controle social no âmbito dos serviços públicos, especialmente no tocante à fiscalização por meio do ajuizamento de reclamações na seara administrativa. Ele permite aos usuários questionar através da reclamação a prestação dos serviços públicos que estejam sendo oferecidos de forma insatisfatória à população, o que, em última análise, representa o exercício de fiscalização (controle social) sobre determinado serviço visando corrigir os problemas verificados.

c) O Direito de Reclamação do Usuário de Serviço Público não é um instrumento que promove a participação popular sobre a Administração Pública.

Buscando investigar o alcance democrático do Direito de Reclamação, fundamental não apenas a compreensão do aspecto do controle sobre o poder, mas sobretudo o aspecto da participação popular no poder. Isso porque, no Estado de Direito Democrático o exercício da democracia não se esgota apenas nos canais formais de representação ou de delegação de poder, mas fundamentalmente na possibilidade do exercício direto do poder pelos cidadãos.

Dessa forma, embora os respeitáveis posicionamentos de ilustres administrativistas sobre o tema, buscou-se delimitar mais a expressão participação popular a fim de que esta ficasse restrita ao exercício efetivo da democracia (ou, para alguns, democracia participativa): a participação direta dos cidadãos nas decisões públicas (no caso do presente trabalho, nas decisões administrativas). O caráter de *vinculação* da vontade popular com a tomada de decisão é, portanto, o elemento essencial de caracterização da participação popular no Poder Público.

Com base nessas premissas, analisou-se o Direito de Reclamação sob tal perspectiva. Na forma de um processo administrativo – no formato que lhe é comumente conferido pelo ordenamento pátrio - a atuação do usuário fica restrita à provocação e à tentativa de influência a partir do contraditório e da ampla defesa no curso processual, de modo que a decisão final é competência privativa da autoridade administrativa. A atuação do usuário, assim, esgota-se na dialética processual, sem poder de decisão.²⁸⁶

Pode-se afirmar, portanto, que em princípio o alcance democrático do Direito de Reclamação do Usuário de Serviço Público restringe-se na perspectiva de um instrumento de controle social, sendo insuficiente para proporcionar uma participação popular na Administração Pública. Todavia, tal caracterização não é absoluta. Como visto, as legislações que venham a regulamentá-lo podem lhe conceder meios para que essa participação efetivamente ocorra, garantindo o exercício democrático na gestão administrativa dos serviços públicos.

²⁸⁶ Novamente ressalta-se que não se está aqui destituindo de importância o processo administrativo e as garantias constitucionais que lhe são imanentes, apenas se está analisando tal fenômeno sob a perspectiva do conceito de *participação popular (vinculante)*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como tema central a análise do Direito de Reclamação do Usuário de Serviço Público insculpido no art. 37, parágrafo terceiro, inciso I, da Constituição Federal, e o aferimento de seu alcance democrático no modelo atual da Administração Pública Brasileira. Buscou-se confrontar tal instrumento dos usuários com as noções de processo administrativo, de controle social e de participação popular na Administração Pública.

A temática revela-se de extrema relevância para o contexto jurídico-político atual do país, haja vista a grande tensão popular que se cria em relação à prestação de serviços públicos em momentos de ajuste fiscal do Estado, em que o corte de gastos públicos em investimentos nesse setor são profundamente significativos. Em contrapartida, raros são os canais na via administrativa que permitam aos cidadãos – e em especial aos usuários de serviços públicos – apresentarem suas demandas à Administração Pública de modo a compeli-la a adotar providências em um sentido de melhora na prestação dos serviços públicos.

Em razão disso, este trabalho destinou-se a responder a seguinte problemática de pesquisa: a partir da Emenda Constitucional 19 de 1998, e da mudança paradigmática do modelo de Administração Pública, de que forma o Direito de Reclamação do Usuário de Serviço Público pode auxiliar na construção de uma Administração Pública democrática? Qual sua relação com os conceitos de Controle Social e de Participação Popular na Administração Pública?

Para tanto, a pesquisa estruturou-se em quatro capítulos, divididos na seguinte forma: os dois primeiros capítulos procuraram situar o leitor no atual modelo de Administração Pública Brasileiro, chamado modelo gerencial; nesse sentido, sentiu-se a necessidade da abordagem histórica dos modelos predecessores – patrimonial e burocrático – a fim de compreender com mais exatidão as propostas gerenciais implantadas durante a década de 1990 e ainda em voga; já os dois últimos capítulos buscaram trabalhar de modo específico o Direito de Reclamação do Usuário de Serviço Público e sua dimensão democrática nesse modelo gerencial de Administração Pública.

Tal análise permitiu que fossem inferidas as conclusões específicas de cada capítulo. De forma mais ampla, a partir do presente trabalho pode-se concluir que a Reforma Administrativa Gerencial de 1998 propôs não somente novos princípios

para a Administração Pública brasileira – como descentralização e eficiência -, como também alterou outras categorias jurídicas já existentes – como serviços públicos e usuário de serviços públicos. Sobre este último, por sinal, buscou-se neste trabalho refutar a ideia trazida pelos gerencialistas de equipará-lo à categoria de “cliente” ou de “consumidor”, haja vista que tal perspectiva reduz de forma significativa seu alcance e importância.

Embora esse modelo de Administração tenha se proposto a resolver os problemas encontrados nos modelos patrimonial e burocrático, percebe-se um relativo insucesso nesse sentido, haja vista que alguns dos considerados entraves e dilemas desses dois modelos anteriores permanecem de certa forma no cotidiano das instituições públicas nacionais (ineficiência na prestação de serviços públicos, formalismo, corrupção, nepotismo, etc.) Em contrapartida, teve o condão de apropriar-se de princípios extremamente importantes do modelo predecessor que dão forma às estruturas públicas ainda nos dias de hoje (concursos públicos, impessoalidade, progressão na carreira por tempo ou por mérito, regime hierárquico de cargos, competências fixas, sistemas de controles, etc.).

No que diz respeito ao fomento às formas de participação popular na Administração Pública também se verificou que tal modelo gerencial se mostrou tímido na criação de canais que possibilitassem essa atuação dos cidadãos no Poder Público. A própria concepção de participação popular no modelo gerencial está mais afeita à ideia de controle social do que com a participação efetiva e vinculante dos cidadãos.

Nesse sentido, o Direito de Reclamação do Usuário de Serviço Público – embora insculpido em norma constitucional que o defina como um instrumento de participação popular – está limitado ao alcance democrático do processo administrativo, qual seja, o de fomentar o controle social sobre a Administração Pública. A forma como geralmente é regulamentado o processo administrativo em âmbito nacional não permite, contudo, que a Administração fique vinculada à decisão deliberada pelos cidadãos no curso desse processo.

Não se desconsidera aqui a importância das garantias próprias do processo administrativo (direito de protocolo, devido processo legal, contraditório e ampla defesa, duração razoável, direito à decisão e à decisão motivada, comunicação da decisão, recurso administrativo, etc.) nem do papel fundamental do controle social em uma sociedade democrática. Entretanto, na forma como entendido o sentido de

Estado de Direito Democrático neste trabalho, o Direito de Reclamação carece de importante feição democrática.

Isso significa que parte da hipótese de pesquisa foi refutada ao longo do trabalho. Partiu-se da hipótese de que tal instrumento seria capaz de promover uma aproximação entre usuário e Administração Pública a partir de um sistema dialógico proporcionado pelo processo administrativo. O diálogo permitiria que fossem analisadas questões pertinentes à prestação dos serviços públicos, tanto em um sentido de controle social da prestação das atividades público-administrativas, quanto em um sentido de participação popular na Administração Pública através da provocação da instância administrativa (instauração de um processo administrativo) visando a sanar supostas irregularidades.

Contudo, no decorrer do estudo sobre os conceitos de “Controle Social da Administração Pública” e de “Participação Popular na Administração Pública”, verificou-se a necessidade de separá-los em categorias distintas (normalmente eles são tratados pela doutrina em uma relação de espécie e gênero). Considerando-os categorias distintas, concluiu-se que no atual formato que se encontra positivado o Direito de Reclamação – e que deverá ser positivado, conforme Projeto de Lei 6.953-B da Câmara dos Deputados analisado no Capítulo 3 – este só se constitui como um instrumento de controle social sobre o Poder Público, e não como uma forma de participação popular.

Isso porque se for regulamentado na forma regular de um processo administrativo, por mais que possibilite o acesso das reclamações dos usuários por essa plataforma, não terá o condão de vincular a decisão da Administração Pública com base na vontade popular expressada durante o curso do processo administrativo. Na forma como normalmente é concebido o processo administrativo no direito brasileiro, embora haja instrumentos que possibilitem influenciar na decisão, a competência decisória é privativa da Administração Pública. Nesse sentido, refutou-se parte da hipótese de pesquisa, permanecendo apenas o entendimento do Direito de Reclamação do Usuário de Serviço Público enquanto forma de controle social sobre o Poder Público.

Tal conclusão, como destacado durante o trabalho, não é absoluta, já que não está na natureza do instituto do Direito de Reclamação. Nesse sentido, a legislação que vier a regulamentá-lo poderá conceder-lhe um formato que propicie a participação popular na Administração Pública. Entretanto, sendo espécie de um

processo administrativo e da forma como esse geralmente é concebido pelo ordenamento jurídico brasileiro, essa aspiração é mais remota. Além disso, não obstante tenha sido um dos principais objetivos da reforma gerencial no país a questão da participação popular na Administração, na prática percebeu-se – após quase vinte anos da entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 19/98 – que o conceito de “participação” de que partem os gerencialistas não é o mesmo adotado neste trabalho. Como visto, a ideia de democracia do movimento gerencial está mais ligada à noção de controle social, do que de conferir poder efetivo de decisão aos cidadãos.

Diante disso, não se pode relevar a importante dimensão democrática que o instituto trabalhado tem na forma do processo administrativo e como um instrumento que propicia o controle social dos usuários de serviços públicos sobre a Administração Pública e sobre a prestação desses serviços. No entanto, tal condição não impede ainda que ao regulamentá-lo o legislador lhe confira a estrutura de um instrumento de participação popular, de modo a melhor concretizar a ideia de um Direito dos usuários de serviços públicos dentro de um Estado de Direito Democrático.

Sendo assim, respondendo à problemática de pesquisa inicialmente formulada, concluiu-se que o Direito de Reclamação do Usuário de Serviço Público, na forma como está próximo de ser regulamentado, pode auxiliar na construção de uma Administração Pública democrática apenas a partir do seu enquadramento como um processo administrativo – na provocação da esfera administrativa e através das garantias que lhe são próprias – bem como na forma de um instrumento que fomente o controle social dos usuários sobre o Poder Público, em especial sobre a prestação de serviços públicos. A sua relação com o conceito de controle social mostra-se mais clara a partir da ideia de ser uma espécie de processo administrativo, haja vista que permite a fiscalização por meio dos usuários do agir administrativo, em especial da prestação dos serviços públicos, sob o viés do controle de legalidade em sentido amplo (controle da juridicidade administrativa). Todavia, o alcance democrático desse instrumento está, a princípio, restrito apenas a esses dois elementos.

Já a relação do Direito de Reclamação com o conceito de participação popular dependerá da forma que o legislador venha a regulamentá-lo, uma vez que esse conceito exige uma participação efetiva e vinculante dos cidadãos – ora

usuários – no processo decisório, o que não se mostra muito compatível com as atuais ideias gerencialistas. Entretanto, de acordo com os conceitos trazidos nesta pesquisa, somente nesse formato é que se poderá compreender o Direito de Reclamação como um instrumento efetivamente participativo – e, portanto, mais democrático –, na medida em que estará de acordo com as noções fundamentais de um Estado de Direito Democrático aqui colocadas: controle e participação popular.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando; PEDROTI, Paula; PÓ, Marcos Vinícius. A formação da burocracia brasileira: a trajetória e o significado das reformas administrativas. In: LOUREIRO, Maria Rita; ABRUCIO, Fernando; PACHECO, Regina Silva (Org.). **Burocracia e política no Brasil**. Rio de Janeiro: FGV, 2010.

AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle Social de Serviços Públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ALBINO DE SOUZA, Washington Peluso. A experiência brasileira de Constituição Econômica. **Revista de Informação Legislativa**: Brasília, ano 26, n. 102, abr./jun. 1989.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Serviços Públicos e Direito do Consumidor: possibilidades e limites de aplicação do CDC. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**: Salvador, n. 15, ago./set. 2008.

ARAGÃO, Cecília Vescovi de. Burocracia, eficiência e modelos de gestão pública: um ensaio. **Revista do Serviço Público**: Brasília, ENAP, ano 48, nº 3, p. 105-134, set./dez. 1997.

ARGÜELLO, Katie. **O Ícaro da Modernidade**: direito e político em Max Weber. São Paulo: Acadêmica, 1997.

ARNSTEIN, Sherry R. A Ladder of Citizen Participation. **Journal of the American Planning Association**, vol. 35, n. 4, p. 216-224, jul. 1969.

ARRUDA NETO, Pedro Thomé de. Reforma do Estado e evolução dos modelos de gestão pública no Brasil: a democracia deliberativa como fundamento de uma nova administração pública constitucional. **Revista de Direito Administrativo**: Rio de Janeiro, FGV Direito Rio, v. 253, p. 133-158, jan./abr. 2010.

AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALENCAR; Maria Lúcia Mazzei de. **Concessão de Serviços Públicos**: comentários às Leis 8.987 e 9.074 (Parte Geral), com as modificações introduzidas pela Lei 9.648, de 24.5.98. São Paulo: Malheiros, 1998.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. Ato Administrativo e Procedimento Administrativo. V.5. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.) **Tratado de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARBOSA, Lázaro Oliveira; COSTA, Frederico Lustosa da; VIEIRA, Clóvis Abreu. O “jeitinho” brasileiro como um recurso de poder. **Revista de Administração Pública**: Rio de Janeiro, FGV, n. 16, p. 5-31, abr./jun. 1982.

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BORDENAVE, Juan E. Diaz. **O que é Participação**. 6ª ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1995

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Resolução n. 414**, de 09 de setembro de 2010. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/documents/656877/14486448/bren2010414.pdf/3bd33297-26f9-4ddf-94c3-f01d76d6f14a?version=1.0>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

_____. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Resolução Normativa n. 388**, de 25 de novembro de 2015. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=PDFAtualizado&format=raw&id=MzEzNg==>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

_____. Agência Nacional de Telecomunicações. **Resolução n. 632**, de 07 de março de 2014. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2014/750-resolucao-632#anexoll>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

_____. Câmara dos Deputados. **Diário da Câmara dos Deputados**, de 07 de fevereiro de 1997. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/diarios.asp>>. Acesso em: 02 jul. 2016.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 6.953-B**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=56375>>. Acesso em: 02 jul. 2016.

_____. **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ, 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 15 mai. 2016.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil (redação original)**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 jan. 2016.

_____. Controladoria-Geral da União. **Controle Social**: orientações aos cidadãos para participação na gestão pública e exercício do controle social. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/controle-social/arquivos/controlesocial2012.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

_____. **Emenda Constitucional n. 19**, de 04 de junho de 1998. Congresso Nacional. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD18AGO1995.pdf#page=25>>. Acesso em 12 jan. 2016.

_____. Exposição de Motivos Interministerial n. 49, de 18 de agosto de 1995. Submete ao Presidente da República a proposta de Emenda Constitucional relativa às disposições que regem a administração pública, o regime jurídico e a disciplina dos servidores públicos civis. **Diário do Senado**: Brasília, p. 26480-26485, 1997.

_____. **Lei 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Planalto. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 08 jul. 2016.

_____. **Lei 8.666**, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em 15 jan. 2017.

_____. **Lei 8.987**, de 13 de fevereiro de 1995. Planalto. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987cons.htm >. Acesso em: 08 jul. 2016.

_____. **Lei 9.784**, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 10 jul. 2016.

_____. **Lei 10.257**, de 10 de julho de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 15 jan. 2017.

_____. **Lei 11.079**, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm>. Acesso em: 20 abr. 2016.

_____. **Lei 12.462**, de 04 de agosto de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm>. Acesso em: 20 abr. 2016.

_____. **Lei 12.527**, de 12 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm >. Acesso em: 10 jul. 2016.

_____. **Lei Complementar 101**, de 04 de maio de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 15 jan. 2017.

_____. **Lei de 20 de outubro de 1823**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/anterioresa1824/lei-40951-20-outubro-1823-574564-publicacaooriginal-97677-pe.html>. Acesso em: 20 nov. 2016.

_____. **Plano Diretor de Reforma do Estado**. Presidência da República. Brasília, 1995.

_____. **Proposta de Emenda Constitucional n. 173**, de 18 de agosto de 1995. Congresso Nacional. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16950> >. Acesso em 12 jan. 2016.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado n. 439**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122183>>. Acesso em: 15 ago. 2016

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 407**, de 24 de novembro de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2014_38_capSumula407.pdf>. Acesso em: 03 out. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 263.229/SP**. Rel. Ministro José Delgado. Primeira Turma. Julgado em: 14/11/2000. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200000589721>. Acesso em: 20 fev. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 467.883/RJ**. Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Terceira Turma. Julgado em: 17/06/2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200201274316>. Acesso em: 20 fev. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 527.137/PR**. Rel. Ministro Luiz Fux. Primeira Turma. Julgado em: 11/05/2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200300479594>. Acesso em: 20 fev. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 637.332/RR**. Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma. Julgado em 24/11/2004. Publicado em 13/12/2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=resp&processo=637332&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 28 dez. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. 976.836/RS**. Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção. Julgado em 25/08/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200701873706&dt_publicacao=05/10/2010>. Acesso em: 20 out. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. 1.062.975/RS**. Rel. Ministra Eliana Calmon. Segunda Turma. Julgado em: 23/09/2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200801215413>. Acesso em: 20 fev. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 9/DF**. Min. Relator: Néri da Silveira. Min. Relator para acórdão: Ellen Gracie. Tribunal Pleno. Julgado em: 13/12/2001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=883>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação de Inconstitucionalidade por Omissão n. 24/DF**. Min. Relator: Dias Toffoli. Decisão Monocrática. Julgado em: 1º/07/2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/ado_24mc.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante n. 13**, de 21 de agosto de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante&pagina=sumula_001_033>. Acesso em: 25 nov. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante n. 19**, de 10 de novembro de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=19.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 25 jan. 2017.

BREDER, Jane Carvalho. Controle Social – um modelo em construção: contribuições do Tribunal de Contas da União. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo (org.) **Sociedade democrática, direito público e controle externo**. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2006, p. 189-202.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Crise Econômica e Reforma do Estado no Brasil**: para uma nova interpretação da América Latina. São Paulo: Editora 34, 1996.

_____. Da Administração Pública Burocrática à Gerencial. **Revista do Serviço Público**: Brasília, ENAP, ano 47, n. 120, p. 07-40, jan./abr. 1996.

_____. **Reforma do Estado para a Cidadania**: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional. São Paulo: Editora 34, 1998.

_____. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter Kevin (Org.). **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. 5ª ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003, p. 21-38.

_____. Da administração pública burocrático à gerencial. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter Kevin (Org.). **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. 5ª ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003, p. 237-270.

BRITTO, Carlos Ayres. Distinção entre “Controle Social do Poder” e “Participação Popular”. In: **Revista de Direito Administrativo**: Rio de Janeiro, Renovar, v. 189, p. 114-122, jul./set. 1992.

CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. **Constituição Econômica, Conflitos de Interesse e Conceitos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 1987.

CARVALHO, Wagner. A reforma administrativa da Nova Zelândia nos anos 80-90: controle estratégico, eficiência gerencial e *accountability*. **Revista do Serviço Público**: Brasília, ENAP, ano 48, nº 3, p. 5-35, set./dez. 1997.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Controle da Administração Pública e Responsabilidade do Estado. V.7. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.) **Tratado de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CIRNE LIMA, Ruy. **Princípios de Direito Administrativo**. 3ª ed. Porto Alegre: Sulina, 1954.

DASSO JÚNIOR, Aragon Érico. **Reforma do Estado com Participação Cidadã? Déficit Democrático das Agências Reguladoras Brasileiras**. 206. 459 f. Tese (Doutorado no Programa de Pós-Graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.

_____. O Déficit Democrático da Reforma Gerencial da Administração Pública Brasileira. In: CALDAS, Roberto C. da S. G.; MENDONÇA, Maria L. de A.; NOHARA, Irene P. (coord.). **Direito e Administração Pública**. Florianópolis: Funjab, 2013.

_____. “Nova Gestão Pública” (NGP): a teoria de administração pública do estado ultraliberal. In: MENDONÇA, Maria L. de A.; BESTER, Gisela M. CADEMARTORI, Luiz H. (coord.). **Direito e Administração Pública**. Florianópolis: Conpedi, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 Anos de Direito Administrativo Brasileiro. **Revista Diálogo Jurídico**: Salvador, n. 10, jan. 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-MARIA-S-ZANELLA-DI-PIETRO.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2016.

_____. **Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. Participação Popular na Administração Pública. In: **Revista Trimestral de Direito Público**: São Paulo, Malheiros, n. 1, p. 127-139, 1993.

ENGLANDER, Alaxander David Anton Couto. O Pensamento Social de Oliveira Vianna e a cidadania no Brasil: de 1920 ao fim da década de 1940. **Revista Habitus**: Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, dez. 2009, p. 5-23. Disponível em: <www.habitus.ifcs.ufrj.br>. Acesso em: 20 out. 2016.

EUROPEAN UNION, **Charter of Fundamental Rights of the European Union**, de 07 de dezembro de 2000. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:12012P/TXT>>. Acesso em: 20 dez. 2016.

EVANS, Mark; FERRAREZI, Elisabete; OLIVEIRA, Clarice G.; GRAU, Nuria Cunill (autores). **Inovação na Gestão Pública – Cooperação Brasil-Espanha**. Participação Social: textos para discussão. Brasília: IABS, 2013.

FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder**: a formação do patronato político brasileiro. 3ª ed. São Paulo: Globo, 2001.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Aurélio: o dicionário da língua portuguesa – edição especial. 2ª ed. Curitiba: Positivo, 2008.

FINGER, Julio Cesar. O Direito fundamental à boa administração pública e o princípio da publicidade administrativa. **Interesse Público**: Belo Horizonte, Fórum, ano XI, n. 58, p. 133-143, nov./dez. 2009.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Regime jurídico da reclamação administrativa na Administração Pública Federal. **Interesse Público**: Belo Horizonte, Fórum, ano XI, n. 58, p. 145-164, nov./dez. 2009.

FREITAS, Juarez. **Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

GOIÁS. Agência Goiana de Regulação, Controle e Fiscalização dos Serviços Públicos. **Resolução 173**, de 2002. Disponível em: <http://www.sgc.goias.gov.br/upload/arquivos/2012-01/resol_173.pdf>. Acesso em: 16 set. 2016.

_____. **Lei Estadual n. 14.249**, de 29 de JULHO de 2002. Disponível em: <http://www.gabinetecivil.goias.gov.br/leis_ordinarias/2002/lei_14249.htm>. Acesso em: 16 set. 2016.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A Participação Popular e a Consensualidade na Administração Pública. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**: São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 10, n. 39, p. 132-144, abr./jun. 2002.

GUERRA, Evandro Martins. **Os Controles Externo e Interno da Administração Pública e os Tribunais de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

GUERREIRO RAMOS, Alberto. A Sociologia de Max Weber: sua importância para a teoria e a prática da Administração. **Revista do Serviço Público**: Brasília, n. 57, p. 267-282, abr./jun. 2006.

HEINEN, Juliano; SPARAPPANI, Priscilia; MAFFINI, Rafael. **Comentários à Lei Federal do Processo Administrativo Lei nº 9.784/99**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Funções Administrativas do Estado. v. 4. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.) **Tratado de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, Enxada e Voto**: o município e o regime representativo no Brasil. 4ª ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1978.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Comentários à Reforma Administrativa**: de acordo com as Emendas Constitucionais 18, de 05.02.1998, e 19, de 04.06.1998. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MAFFINI, Rafael. Administração Pública dialógica (proteção procedimental da confiança). Em torno da Súmula Vinculante nº 3, do Supremo Tribunal Federal.

Revista de Direito Administrativo: Rio de Janeiro, FGV Direito Rio, v. 253, p.159-172, jan./abr. 2010.

_____. **Elementos de Direito Administrativo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

MARCELLINO JÚNIOR, Julio Cesar. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa:** (des)encontros entre economia e direito. Florianópolis: Habitus, 2009.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência Administrativa:** Publicidade, Motivação e Participação Popular. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

MATO GROSSO. **Lei Complementar 361**, de 39 de junho de 2009. Disponível em: <file:///C:/Users/Paulo%20Pereira/Downloads/LC_361-2009-97.pdf>. Acesso em: 18 set. 2016.

MATTA, Roberto Da. **Carnavais, Malandros e Heróis:** para uma sociologia do dilema brasileiro. 6ª ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** 18ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **O Direito Administrativo em Evolução.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MELO, José Tarcízio de Almeida. **Reformas Administrativa, Previdenciária, do Judiciário.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor.** 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARTINS, Humberto Falcão. Burocracia e a revolução gerencial: a persistência da dicotomia entre política e administração. **Revista do Serviço Público:** Brasília, ENAP, ano 48, n. 1, p. 42-78, jan./abr. 1997.

MODESTO, Paulo. Participação popular na Administração Pública: mecanismos de Operacionalização. **Revista Eletrônica de Direito do Estado,** Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abr./jun. 2005. Disponível em:

<<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-2-abril-2005-paulo%20modesto.pdf>>. Acesso em: 02 dez. 2016.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Apontamentos Sobre a Reforma Administrativa: emenda constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. **Direito da Participação Política: legislativa, administrativa, judicial (fundamentos e técnicas constitucionais da democracia)**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

_____. **Mutações do Direito Administrativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MUKAI, Toshio. **Concessões, Permissões e Privatizações de Serviços Públicos**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2011

OLIVEIRA, Gercina Alves de. A Burocracia Weberiana e a Administração Federal Brasileira. **Revista de Administração Pública**: Rio de Janeiro, FGV, v. 4, n. 2, p. 47-74, jul./dez. 1970.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. In. **Revista de Direito Administrativo**: Rio de Janeiro, Renovar, n. 209, p. 153-167, jul./set. 1997.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. Instrumentos Brasileiros na Defesa e Participação dos Administrados. In. **Revista dos Tribunais**: São Paulo, ano 81, vol. 677, p. 82-94, mar. 1992.

OLIVEIRA TORRES, João Camilo. **Os Construtores do Império: ideias e lutas do Partido Conservador Brasileiro**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1968.

PARANÁ. **Lei Complementar n. 94**, de 23 de julho de 2002. Disponível em: <<http://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/listarAtosAno.do?action=exibir&codAto=11335&codItemAto=122479>>. Acesso em: 18 set. 2016.

PASQUALOTTO, Adalberto. Os Serviços Públicos no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**: São Paulo, n.1, p. 130-148, jan./mar. 1992.

PAULA, Ana Paula Paes de. A Administração Pública Brasileira entre o Gerencialismo e a Gestão Social. **Revista de Administração de Empresas**: São Paulo, FGV, v. 45, n. 1, p. 36-52, jan./mar. 2005.

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

PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. **Reforma Administrativa**: o Estado, o Serviço Público e o Servidor. 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

POSNER, Richard A.. **Problemas de Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

PRADO JÚNIOR, Caio. **Formação do Brasil Contemporâneo**: Colônia. São Paulo: Publifolha, 2000.

RIO GRANDE DO SUL. **Constituição Estadual**, de 03 de outubro de 1989. Disponível em:

<<http://www2.al.rs.gov.br/dal/LinkClick.aspx?fileticket=liPguzuGBtw%3d&tabid=3683&mid=5358>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

_____. **Lei Estadual 10.931**, de 09 de janeiro de 1997. Disponível em:

<<http://www.al.rs.gov.br/FileRepository/repLegisComp/Lei%20n%C2%BA%2010.931.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais do Processo Administrativo no Direito Brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**: Brasília, v. 34, n. 136, p. 5-28, out./dez. 1997.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A participação Popular na Administração Pública**: o direito de reclamação. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOARES, Fabiana de Menezes. **Direito Administrativo de Participação:** Cidadania, Direito, Estado, Município. Belo Horizonte: Del Rey, 1997

SOUZA, Jessé. **A Ralé Brasileira:** quem é e como vive. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público.** 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TABORDA, Maren Guimarães: **O princípio da publicidade e a participação na administração pública.** 2006. 217 f. Tese (Doutorado no Programa de Pós-Graduação em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

TÁCITO, Caio. Direito Administrativo Participativo. In. **Revista de Direito Administrativo:** Rio de Janeiro, Renovar, n. 209, p. 01-06, jul./set. 1997.

_____. O Retorno do Pêndulo: serviço público e empresa privada. **Revista de Direito Administrativo:** Rio de Janeiro, Renovar, v. 202, p.1-10, out./dez. 1995.

WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. **O Direito de Parceria e a Lei de Concessões.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

WEBER, Max. **Economy and Society.** v.1 e 2. Los Angeles: University of California Press, 1978.