

O PROCESSO CONSTITUCIONAL E A TUTELA DOS DIREITOS SUBJETIVOS PÚBLICOS DOS INDIVÍDUOS: A PARTICIPAÇÃO DOS USUÁRIOS DE SERVIÇOS PÚBLICOS*

Daniela Mello Coelho

Sumário

1. Processo constitucional. 2. Jurisdição constitucional. 3. O processo constitucional e a tutela dos direitos dos cidadãos perante a administração pública. 3.1. Administração Pública – Evolução – A Administração como pessoa jurídica (a posição de Eduardo García de Enterría e Tomás Ramón-Fernández). 3.2. Função administrativa – Conceito – Sua distinção das demais funções públicas. 4. O processo administrativo e a Emenda Constitucional n. 19, de 4/6/98. 4.1. A reforma administrativa e sua repercussão no ordenamento jurídico nacional. 4.2. O processo administrativo e a participação dos usuários de serviços públicos. 5. Bibliografia.

* Monografia apresentada no Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG, referente à disciplina Processo Constitucional, ministrada pelo Prof. José Alfredo de Oliveira Baracho.

I PROCESSO CONSTITUCIONAL

O estudo da ciência processual não pode vir dissociado do texto constitucional. É a Constituição, fonte maior de tutela dos direitos e garantias, que deve motivar e traçar as diretrizes do processo.

“O processo constitucional move-se em abstrato, não para regular um direito, mas sim estabelecer a legitimidade de uma lei, fonte mesma do direito. Não fixa uma situação constitutiva, não realiza uma composição jurídica, comum às sentenças do juízo ordinário, mas limita-se a verificar a conformidade de uma norma vigente com a Constituição.”¹

O que se constata é a existência da regra de direito em sua própria fonte, o que traduz o questionamento acerca da possibilidade do próprio direito, que se compõe na determinação objetiva do sistema processual.

O processo constitucional dedica-se a matérias que tratam de valores supremos, como a organização do Estado e a estrutura política, que se encontram resguardados em preceitos fundamentais. O processo não pode mais ser considerado uma ciência apartada, excluída das normas constitucionais; ao contrário, integra o elenco das normas que atuam na tutela das garantias dos direitos individuais, passando a caracterizar-se como instrumento público de realização da justiça.

Os princípios constitucionais do processo envolvem a tutela constitucional dos fundamentos da organização judiciária e do processo da jurisdição constitucional. Dentre os princípios constitucionais do processo destacam-se os direitos de ação e de defesa, dos quais decorrem os postulados do juiz natural e do contraditório, o princípio da iniciativa, os poderes e deveres do juiz e das partes, a motivação da sentença, o princípio da imparcialidade, etc.

¹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 347.

As Constituições têm reservado várias disposições relacionadas ao processo, destacando-se a sua garantia constitucional e a importância do juiz natural, preconstituído por lei. O Prof. José Alfredo de Oliveira Baracho, ao estudar o tema, ressalta a importância da matéria, afirmando ser

“de grande significado, pois garante a objetividade e a independência do juízo, contendo dois tipos de prescrições: uma de caráter formal e outra de caráter substancial.

Institui-se, primeiramente, uma reserva absoluta de lei, como disse a Corte Constitucional da Itália. Entendeu-se que a preconstituição do juízo comporta a prévia determinação através da lei e da competência. O juízo preconstituído por lei configura-se como uma competência fixada: imediata e exclusivamente da lei.

O sentido substancial da disposição constitucional consiste na afirmação de que não é qualquer juiz que é competente para dizer o direito controvertido, mas só o juiz natural. É ele preconstituído por lei, circunstância que lhe dá cognição da questão. É essencial para a sociedade civil que o juiz seja abstratamente preconstituído por lei, considerando-se esta uma garantia prejudicial, pela imparcialidade e objetividade do juízo”.²

A atividade jurisdicional prestada pelos órgãos competentes e direcionada pelo juiz garante-lhe autonomia e independência. A Magistratura é considerada como poder do Estado constitucional, atuando como instrumento que visa à correta aplicação do direito objetivo às situações concretas. A legítima atuação dos juízes assenta-se em seu caráter representativo, em que se constata o grau de adequação do comportamento judicial e os princípios e valores que a soberania nacional estipula como essenciais, es-

² *Teoria geral da cidadania*. A plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 18.

tando a função judicial vinculada aos respeito às garantias, nos planos constitucional, processual e formal.

“No Estado Democrático de Direito exige-se grande esforço do juiz para o exercício do desenvolvimento da função promocional do direito:

- construção de uma jurisprudência que consagre os valores constitucionais da igualdade e da solidariedade, realizando os avanços normativos necessários à sociedade;
- participação, com influência sobre o Poder Legislativo, através do controle de constitucionalidade das leis;
- plena subordinação da administração pública à lei;
- transparência do Estado democrático;
- decidida intervenção em perseguir a criminalidade organizada;
- fim dos poderes privados ocultos.

A democratização das estruturas do Poder Judiciário deverá ser completada por:

- maior participação dos cidadãos na administração da justiça;
- instauração de juízes eleitos;
- importância do júízo dos jurados;
- propiciamento do direito de crítica à cidadania, mediante a publicidade dos decisões judiciais.”³

A importância da matéria estende-se ao conceito de cidadania, em que se exige uma adequada organização judicial, fundada, entre outros aspectos, na atuação independente do juiz e no acesso à jurisdição.

No âmbito da jurisdição constitucional, verifica-se a importância de matérias constitucionais diretamente relacionadas com o exercício do direi-

3 BARACHO, José Alfredo de. *Op. cit.*, p. 28 e 29.

to processual, tais como o controle judiciário da constitucionalidade das leis e dos atos da Administração, e a utilização das garantias constitucionais e processuais, como o mandado de segurança, o *habeas corpus*, a ação popular e o mandado de injunção.

A Constituição nos indica os elementos informadores do Direito Processual, privando pela garantia dos princípios norteadores da correta prestação jurisdicional, traduzida pelo princípio do *due process of law*, em que se exige a imparcialidade do juiz, o tratamento isonômico entre as partes e a estrita observância das regras processuais.

Destacam-se as lições do Prof. José Alfredo de Oliveira Baracho, quando do estudo da matéria:

“Entende-se que as relações entre as disciplinas jurídicas do Direito Constitucional e do Direito Processual devem ser estreitas. É dentro desta perspectiva que o Direito Processual Constitucional ocupa-se dos instrumentos de garantias em sentido estrito. Eles têm adquirido maior importância, em virtude do convencimento de que as normas constitucionais, que tradicionalmente e em sua maior parte careciam de meios eficazes para impor-se a seus destinatários. As categorias constitucionais de caráter processual podem ser assim relacionadas:

- as que têm por objeto a tutela dos direitos da pessoa humana, em sua dimensão individual e social, consagradas no setor qualificado por Mauro Cappelletti de jurisdição constitucional da liberdade;
- pelo conjunto de instrumentos processuais dirigidos a lograr o cumprimento efetivo das disposições constitucionais. Estas estabelecem os limites de atribuições dos órgãos de poder, como *jurisdição constitucional orgânica*.⁴

4 Processo e Constituição – O devido processo legal. *Revista da Faculdade de Direito*, v. 28, p. 71, maio/out. de 1980/1981/1982.

A importância dada ao estudo do Direito Processual Constitucional surge após a Segunda Guerra Mundial, quando a vinculação das disciplinas tornou-se mais aparente e, ao mesmo tempo, revelou-se indispensável à tutela dos direitos fundamentais.

A disciplina não traz em si a noção de ramo autônomo do Direito Processual, mas traduz uma visão metodológica e sistemática do exame do processo em suas relações com a Constituição. O que se almeja é a elaboração de um sistema normativo infraconstitucional em consonância com as normas constitucionais que exprimam não só as diretrizes do processo, como também a sua adequação com os fins do Estado, que se revelam na observância do justo e na satisfação do bem comum.

2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A jurisdição caracteriza-se por ser uma atividade exercida exclusivamente pelo órgão público investido da função de decidir os conflitos que lhe competem apreciar. Na análise do doutrinador J. M. Othon Sidou, a jurisdição deve ser entendida como

“o poder-dever que o Estado exerce como umas de suas específicas prerrogativas, em substituição aos indivíduos e em preservação do bem comum, para conhecer dos litígios entre eles e solucioná-los em definitivo; para fazer cumprir o que por força da lei já estiver por este modo solucionado; e acessoriamente, para acautelar os processos em curso, a fim de assegurar seu objetivo”.⁵

5 *Processo civil comparado*: histórico e contemporâneo. São Paulo: Forense Universitária, 1998, p. 133.

A jurisdição é função do Estado que difere da função legislativa e da função executiva, pois tem por objeto a declaração do direito a ser aplicável na solução do conflito de interesses submetido à apreciação do órgão jurisdicional competente. Ela se reveste do aspecto de unidade, visto que não se divide, podendo ser especificada, tão-somente, a competência jurisdicional, que designa a delimitação da atuação do órgão que exerce a jurisdição e a espécie a que ela se impõe.

Nesse contexto, destaca-se a jurisdição constitucional, que estabelece a estrutura da atividade jurisdicional de um Estado, traçando as diretrizes que lhe são próprias, oriundas do próprio texto constitucional. A jurisdição constitucional possui como objeto de estudo os elementos jurídico-constitucionais de certo Estado e revela-se no exercício das garantias constitucionais, exercidas na tutela dos direitos ameaçados ou violados. Mais especificamente, deve ser entendida como uma atividade jurisdicional que se destina a verificar a pertinência das normas hierárquicas inferiores (leis e atos administrativos) e o texto constitucional, destinando-se aos órgãos competentes a prestação jurisdicional adequada na declaração de inconstitucionalidade e inaplicabilidade dos preceitos contrários à Constituição.

A atuação da jurisdição constitucional se faz através do processo constitucional, em que se aplicam as normas de matéria fundamental à estrutura política do Estado, uma vez respeitadas as limitações decorrentes da defesa jurídica da liberdade.

A defesa dos direitos fundamentais apresenta-se mais garantida quando da determinação, no própria Constituição, dos mecanismos jurídicos capazes de tutelar a esfera jurídica dos cidadãos. A Constituição Federal de 1988 intensificou o campo dos direitos e garantias fundamentais, assegurando as relações advindas do Estado Democrático de Direito.

Além dos aspectos estruturais do Estado, da designação das políticas de desenvolvimento e da especificação das medidas econômico-tributárias, a Constituição eleva a proteção dos direitos humanos como finalidade do

Estado, garantindo-a na esfera dos cidadãos entre si e entre eles e o Estado.⁶ Visando à concretização desses direitos, estabelecem-se institutos jurídicos afins, que ganham respaldo constitucional e reforçam o exercício da jurisdição constitucional. No Brasil, destacam-se a ação popular, o mandado de segurança individual e coletivo, a ação civil pública, o mandado de injunção, o *habeas data* e ação direta de inconstitucionalidade.

Outro aspecto da jurisdição constitucional refere-se à especificação de um órgão jurisdicional investido do poder de apreciar e julgar as ações que versam sobre matéria constitucional, como o Tribunal Constitucional da Alemanha, a Corte Constitucional da Itália, o Tribunal Constitucional da Espanha e a Suprema Corte Norte-Americana. A definição da matéria constitucional é intensamente trabalhada e determina o campo de atuação dessas Cortes e Tribunais. Não obstante, a delimitação do conteúdo da matéria jurídico-constitucional é de difícil precisão, devido à amplitude dos temas a ela relacionados.

A atuação de órgãos jurisdicionais investidos da função de processar e julgar a matéria tem proporcionado a elaboração de decisões de relevância na tutela dos direitos fundamentais, a partir da análise da matéria processual vinculada aos princípios e normas constitucionais. Sob esse prisma, questiona-se a natureza da justiça constitucional. Calamandrei, publicista italiano, a considera uma função consubstancialmente legislativa; já outra corrente, na qual se encontra Carnelutti, caracteriza a função exercida pela Corte Constitucional como atividade jurisdicional.

A expressão *garantias constitucionais* “decorre da inserção nos textos constitucionais de princípios, institutos ou situações subjetivas, que após

sua incorporação ao texto constitucional passam a ser especialmente asseguradas, isto é, garantidas constitucionalmente”.⁷

A constitucionalização dos direitos humanos conduziu ao aperfeiçoamento das disposições constitucionais que os regulamentam, o que ocasionou o desenvolvimento das normas processuais assecuratórias das garantias constitucionais.

Os diversos sistemas de justiça constitucional, através de sua jurisdição, que têm estatuto constitucional e poderes supralegislativos, dedicam-se, com particularidade, à proteção dos direitos fundamentais, sendo este um traço comum nas cortes constitucionais da Europa. A adequada configuração da justiça constitucional vem possibilitar a constante atuação na tutela dos direitos fundamentais, por meio de instrumentos que envolvem as garantias constitucionais, favorecendo o pleno exercício dos direitos.

No Brasil, não se verifica a existência de um tribunal totalmente voltado para a resolução de conflitos oriundos de discussão de matéria constitucional. O Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário, muitas vezes comprometido com a decisão de conflitos que lhe são postos por meio de recursos, afasta-se de uma atuação mais eficaz e garantidora de questões constitucionais.

A relevância da justiça constitucional foi objeto de estudo do *II Colóquio de Direito Constitucional*, em Sochagota, Colômbia, em novembro de 1977, do qual podem-se ressaltar as seguintes conclusões:

- “a) A Justiça Constitucional configura um dos supostos fundamentais do Estado Moderno, para servir de contrapeso efetivo entre um Poder Executivo, cada vez mais hegemônico, e um Poder Legislativo, que está cada dia mais ambíguo em sua estrutura e funcionamento.
- b) A Jurisdição Constitucional é um suposto fundamental para a preservação dos direitos humanos.

6 A doutrinadora Flávia Piovesan (*Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1997) destaca: “Atente-se ainda que, no intuito de reforçar a imperatividade das normas que traduzem direitos e garantias fundamentais, a Constituição de 1988 institui o princípio da aplicabilidade imediata dessas normas, nos termos do art. 5º, § 1º.”

7 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo e Constituição*: o devido processo legal, p. 83.

c) Pela natureza específica de sua função e pelos mecanismos de atuação de que dispõe, a Justiça Constitucional é o instrumento mais apto para a garantia e a proteção dos direitos humanos, ao mesmo tempo em que se constitui no melhor instrumento de controle e de tutela para funcionamento democrático dos demais poderes do Estado.

d) Para que a Justiça Constitucional possa cumprir com seus objetivos, torna-se necessária a existência prévia de condições políticas que assegurem sua independência, pressuposto essencial para que ela seja capaz de garantir os princípios fundamentais que inspiram os ordenamentos constitucionais democráticos.

e) A criação de Cortes Constitucionais ou Tribunais Constitucionais específicos, cuja competência, devido à complexidade da vida política no Estado Moderno, deverá ampliar-se a todos os aspectos que possam determinar ofensas ou violações à ordem constitucional.

f) A ampliação das competências da Justiça Constitucional não implica a politização da justiça, desde que o caráter político de um ato não exclui o conhecimento jurídico do mesmo, assim como o resultado político deste conhecimento não irá despojá-lo de seu caráter jurídico.”⁸

A jurisdição constitucional, a partir das considerações apontadas é de inquestionável importância, sendo imprescindível aprofundar as regras de determinação de competência dos órgãos judiciais investidos da função de julgar e decidir os conflitos decorrentes da violação de normas constitucionais ou de princípios e diretrizes que norteiam o ordenamento jurídico de um Estado.

No tocante às relações existentes entre o Poder Público e os cidadãos, destaca-se a importância do processo constitucional para a correta compre-

ensão dos direitos subjetivos públicos dos indivíduos. A administração, considerada uma pessoa jurídica, titular de direitos e obrigações e detentora de certas prerrogativas, ao se relacionar com os cidadãos deve garantir-lhes o exercício de seus direitos, dando-lhes acesso aos instrumentos jurídicos postos à sua disposição.

3 O PROCESSO CONSTITUCIONAL E A TUTELA DOS DIREITOS DOS CIDADÃOS PERANTE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Analizados os elementos caracterizadores do processo constitucional, é possível estabelecer uma relação⁹ entre a posição dos cidadãos e a administração pública encarada como pessoa jurídica, titular de direitos e obrigações.

A especificação das normas, no próprio texto constitucional, que revelam o exercício do direito de ação em face das irregularidades, ilegalidades e abuso de poder exercidos pela administração, informa uma área específica do processo constitucional. A Constituição, nesse sentido, estende a proteção dos indivíduos no âmbito de atuação da administração, indicando os instrumentos processuais aplicáveis na tutela dos direitos subjetivos públicos.

Além dos instrumentos judiciais, ressalta-se a proteção dos direitos na própria esfera administrativa, assegurando aos cidadãos acesso ao poder

9 “No quadro geral das relações entre o cidadão e a Administração Pública ocorrem diversas situações; a) a maior tutela dos cidadãos nos confrontos com ação administrativa; b) a participação do cidadão na administração; c) o desenvolvimento da administração por acordo; d) a evolução do direito social; e) o surgimento de novos métodos de legitimação da administração; f) as consequências decorrentes da integração comunitária” (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria dos procedimentos de exercício da cidadania perante a Administração Pública. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, jul. 1997).

8 Citação feita pelo Prof. Baracho (*Processo constitucional*, p. 12 e 13).

público como instância de resolubilidade de conflitos, por meio do exercício do direito à informação, do direito de petição, do direito de revisão e dos recursos administrativos.

Em alguns ordenamentos jurídicos, como os da França, da Itália e da Espanha, tem-se a especificação da jurisdição administrativa: composta de órgãos jurisdicionais especializados na resolução de conflitos de natureza administrativa, pode revestir-se dos aspectos consensual e contraditório, apresenta um quadro jurisdicional próprio, estruturado e formado por órgãos administrativos e juízes investidos da função de julgar e decidir os conflitos de maneira definitiva.

O mestre francês, Jean Rivero, analisando a origem da jurisdição administrativa, vincula-a ao princípio da separação de poderes, aplicado às relações entre o Judiciário e o Executivo.¹⁰

A competência administrativa relaciona-se à natureza dos litígios, que devem advir da atividade administrativa, cuja atuação distingue-se da atividade dos particulares e das demais atividades públicas não administrativas. Delimitando com precisão o âmbito da jurisdição administrativa, verifica-se que ele se refere à resolução de litígios que envolvem a utilização de regras de direito administrativo, o que afasta as relações advindas da aplicação das regras de direito privado em que atue a administração, visto que, nesses casos, a competência é da justiça comum.¹¹

A jurisdição administrativa, entendida como uma espécie de jurisdição, é composta de instrumentos jurídicos próprios que a distinguem da jurisdição comum e asseguram, por definitivo, a resolução do conflito. O contencioso administrativo¹² é uma forma de poder jurisdicional que visa à

decisão dos conflitos de natureza administrativa no âmbito da própria administração, assegurando a utilização de recursos contenciosos, com vista ao reexame da matéria como forma de satisfazer a tutela dos direitos subjetivos perante a administração.

No ordenamento jurídico nacional, em que não se verifica a especialização da jurisdição administrativa, os conflitos são julgados pela Justiça comum, utilizando-se as regras do processo civil. Algumas ações de natureza específica são asseguradas, dentre as quais destaca-se a ação popular, o mandado de segurança e o *habeas data*.

Visando à melhor compreensão do campo de atuação da administração, a ensinar a tutela dos direitos subjetivos públicos dos administrados, serão traçados, a seguir, os elementos caracterizadores da administração pública.

3.1 Administração Pública – Evolução – A administração como pessoa jurídica (a posição de Eduardo García de Enterría e Tomás Ramón-Fernández)

O marco do Direito Administrativo, que se fundamenta pelo início da consolidação de uma Administração racional, uniforme e coerente, é verificado a partir da Revolução Francesa.

A Administração do Antigo Regime, no período feudal, era extremamente confusa no tocante à *prestação das atividades públicas*, em que a garantia do interesse geral muitas vezes cedia espaço para a defesa de interesses próprios dos que estavam investidos na função de administrar; à *dimensão dos territórios*, o que dificultava a atuação da autoridade administrativa em algumas circunscrições; à *distinção entre atividades administrativas e atividade judicial*, assumindo os parlamentos, em algumas ocasiões, as atribuições administrativas.¹³ Envolve nesse contexto, a monarquia, a partir

10 *Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, p. 157.

11 RIVERO, Jean. *Op. cit.*, p. 177.

12 Nos dizeres dos doutrinadores franceses Georges Vedel e Pierre Delvolvé, "*le contentieux administratif est constitué par l'ensemble des modalités permettant de faire trancher par la juridiction administrative les litiges d'ordre administratif*" (*Le système français de protection des administrés contre l'administration*. Paris: Sirey, 1991, p. 200).

13 RIVERO, Jean. *Op. cit.*, p. 26-27.

do século XVI, emerge como uma organização caracterizada pela centralização do poder e hierarquização entre os agentes responsáveis pelo exercício das atividades administrativas. A Administração real investe-se de órgãos, representantes e conselhos, visando à garantia e à manutenção do poder.

A partir da Revolução Francesa, a Administração Pública é identificada como Poder Executivo, sendo o Direito Administrativo o seu regime jurídico especial. Os Poderes do Estado eram orgânicos e individualizados, e o seu conjunto é que lhe conferia sustentabilidade.

Em meados do século XIX, o Estado é reconhecido como pessoa jurídica. Esse reconhecimento se refere ao Estado em sua integridade, convertendo-se cada um de seus Três Poderes, em sua expressão orgânica, perdendo, assim, seu caráter de independência, uma vez que todos passaram a compor o Estado em sua unidade.¹⁴

Considerando o Estado uma pessoa jurídica que realiza múltiplas funções, à administração, agora já não mais identificada com o Poder Executivo, atribui-se a função de administrar.

A personalidade jurídica do Estado advém diretamente do ordenamento constitucional, em que se lhe conhece a igualdade com os outros Estados e a capacidade de se organizar político-administrativamente. A Constituição Brasileira de 1988 preconiza esse reconhecimento, nas esferas interna e internacional, ao estabelecer em seus arts. 1º e 4º os fundamentos e os princípios da República Federativa do Brasil, e ao estipular a organização do Estado, mais especificamente, a sua organização político-administrativa, no art. 18, conferindo autonomia a todos os entes federados, incluindo os Municípios.

Analisada a atribuição de personalidade jurídica ao Estado em sua integridade, os doutrinadores espanhóis Eduardo García de Enterría e To-

más Ramón-Fernández fazem duras críticas a essa construção fundada nos supostos do idealismo hegeliano, afirmando que

*“la personalidad del Estado en su conjunto es sólo admisible en el seno de la comunidad de los Estados (el Estado en cuanto sujeto de Derecho Internacional en su relación con otros Estados). Desde el punto de vista del ordenamiento interno no aparece, en cambio, esa personalidad un tanto mística del Estado, sino sólo la personalidad propiamente jurídica de uno de sus elementos: la Administración Pública”.*¹⁵

A Administração Pública apresenta-se, diante do Direito administrativo, como uma pessoa jurídica, e não como uma determinada função objetiva ou material, ou como um complexo orgânico. Nega-se a concepção transpersonalista do Estado, que objetiva reduzir os poderes a simples órgãos do ente superior. A justificativa dessa afirmação é elaborada pelos autores a partir da constatação de que a personificação da Administração é o único fato que permanece inalterável, que não se modifica como os órgãos e as funções, o que possibilita a existência do Direito Administrativo.

Comparando a Administração Pública com os representantes do Legislativo e do Judiciário, justifica-se sua peculiaridade pelo fato de não ser uma representante da comunidade, mas uma organização posta a seu serviço, uma espécie de empresa de gestão de negócios que atua na concretização dos interesses do Estado e do povo, e que, por isso, deve ser encarada como pessoa jurídica, titular de relações jurídicas.

O parlamento é considerado órgão do povo, “autêntico titular da propriedade do povo” (Hauriou),¹⁶ ainda que exerça sua função representando a vontade do povo (a chamada representação política). Nesse senti-

14 ENTERRÍA, Eduardo García de, FERNÁNDEZ, Tomás – Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 7. ed., Madrid: Civitas, 1995, I, p. 26.

15 ENTERRÍA, Eduardo García de, FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Op. cit.*, p. 28.

16 *Ibidem*, p. 30.

do, a lei é produto da própria comunidade, e não uma simples manifestação da vontade do Estado.

Traçando-se um paralelo com a Constituição de 1988, vê-se que ela é clara ao determinar tal consideração, ao dispor no parágrafo único do art. 1º, *in verbis*: “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente nos termos desta Constituição.”

O Judiciário, representado pelos juízes, apresenta-se como um órgão do Direito e não do Estado. Através da atividade do juiz é que se concretizam e se fazem cumprir as fontes do direito.¹⁷

A Administração é analisada, nesse contexto, como organização instrumental, que atua como sujeito de relações jurídicas, titular de direitos e obrigações, possuidora do patrimônio próprio, capaz de declarar seus atos e vincular-se por meio de contratos. Essa característica da administração é verificada em todas as esferas em que atuam as administrações públicas, posto que não há apenas uma, mas uma pluralidade de administrações, todas elas titulares de relações jurídico-administrativas. No ordenamento pátrio, têm-se as administrações dos Estados, do Direito Federal e dos Municípios, que possuem capacidade de organização político-administrativa, reconhecida constitucionalmente, conforme disposto no art. 18 da Constituição Federal, que lhes confere autonomia.¹⁸

A insistência dos doutrinadores espanhóis em fixar a personalidade jurídica da Administração como requisito necessário para que exista uma

relação jurídico-administrativa é justificável diante da crescente e importante atuação das administrações neste século, refletindo principalmente nas administrações locais, que, ao adquirirem autonomia, assumem maiores atribuições, exercidas por seus próprios órgãos.

3.2 Função administrativa – Conceito – Sua distinção das demais funções públicas

A determinação da natureza da função administrativa é o ponto de partida para a compreensão da atuação da administração na sociedade, levando-se em conta que, aliada a essa função, subsistem as funções legislativas e judiciais.

Legislar é criar o direito positivo, isto é, elaborar as leis que determinem as regras de comportamento a serem observadas entre os particulares e entre estes e o Poder Público; administrar é aplicar, executar a lei, de ofício; e julgar é decidir os conflitos, em caráter definitivo.

A atividade estatal de administrar volta-se para a realização do direito, individualizando as regras gerais e abstratas, e carecendo do elemento caracterizador da função legislativa que é o de inovar a ordem jurídica. Seabra Fagundes define a função administrativa como “aquela pela qual o Estado determina situações jurídicas individuais, concorre para a sua formação e pratica os atos materiais”.¹⁹ Acrescenta ainda que o ato adminis-

17 “*La relación entre el Derecho y el Juez es directa, sin que ningún outro sujeto u órgano pueda intervenir en el momento de tomar sus decisiones.*” (ENTERRÍA, Eduardo García de, FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Op. cit.*, p. 30).

18 A doutrinadora Odete Meduar, analisando o tema, esclarece: “Assim, cada um dos entes políticos que integram a República Federativa Brasileira é dotado de estrutura administrativa própria, independente dos demais. Dentre os desdobramentos da autonomia política que lhe é conferida pela Constituição Federal estão a auto-administração e autolegislação, as quais, combinadas, significam independência para exercer suas atividades administrativas e legislar nessa matéria, no que for atinente a respectiva competência” (Direito administrativo moderno. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 50).

19 *Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 1984, p. 6. Revela-se conveniente registrar as observações feitas pelo autor, em sua análise do tema, a partir da menção do entendimento de alguns doutrinadores, a respeito da função administrativa: para Gabino Fraga, a administração “*es una actividad del Estado, que se realiza bajo un orden jurídico y que consiste en la ejecución de actos materiales, o de actos que determinan situaciones jurídicas para casos individuales*”. Goodmow conceitua a função administrativa a partir da função jurisdicional, considerando aquela uma simples exclusão desta; Ranalletti introduz na conceituação da função administrativa a satisfação das necessidades públicas do Estado e do povo; Duguit analisa a função administrativa introduzindo em seu conceito a tripla divisão dos atos jurídicos, que podem revestir o aspecto de ato-regra, ato-condição e ato subjetivo. Finalizando, o autor cita Laband, para quem a administração é ação do Estado, isto é, a função essencialmente ativa pela qual ele materializa sua atividade.

trativo constitui situação jurídica individual quando é ato jurídico, pois em alguns casos a atividade administrativa apresenta-se, tão-somente, como ato material que, dependendo da situação, poderá surtir efeitos capazes de interferir na esfera jurídica do agente.

A noção de função administrativa está vinculada, necessariamente, à observância e à execução da lei, o que revela seu aspecto instrumental, no sentido de conferir aplicabilidade aos comandos gerais e abstratos, que pode ser verificada por meio da elaboração de outros comandos, ditos regulamentares, de conteúdo geral ou de comandos individuais, de incidência *inter partes*. Entretanto, não há que se desconsiderar a discricionariedade da Administração, que subsiste nesse contexto, pois revela-se subsumida à lei, encontrando teto e baliza na própria norma.²⁰

A função administrativa, analisada sob o seu aspecto teleológico, consiste na tutela imediata do interesse público, suscitado no caso concreto, através de uma atuação direta do agente competente, o que revela a atividade executória da Administração, característica esta que lhe é peculiar.

4 O PROCESSO ADMINISTRATIVO E A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 19, DE 4/6/98

4.1 A reforma administrativa e sua repercussão no ordenamento jurídico nacional

A Emenda Constitucional n. 19, promulgada em 4 de junho de 1998, que dispõe sobre as principais mudanças constitucionais na Administração Pública, apresenta-se como uma inovação no setor público, no que tange ao

próprio perfil da administração pública brasileira e ao novo papel do Estado, diante da necessidade de se adaptar às modernas relações advindas do modelo de globalização, crescente a partir dos anos 80 e 90.

Ao se editar o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, em novembro de 1995, o Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, elaborou a apresentação do trabalho, ressaltando a importância da reforma, a partir de uma apreciação histórica da atuação do Estado nas últimas décadas.

Destacam-se as seguintes passagens:

“Este ‘Plano Diretor’ procura criar condições para a reconstrução da administração pública em bases modernas e racionais. No passado, constituiu grande avanço a implementação de uma administração pública formal, baseada em princípios racional-burocráticos, os quais se contrapunham ao patrimonialismo, ao clientelismo, ao nepotismo, vícios estes que ainda persistem e que precisam ser extirpados. Mas o sistema introduzido, ao limitar-se a padrões hierárquicos rígidos e ao concentrar-se no controle dos processos e não dos resultados, revelou-se lento e ineficiente para a magnitude e a complexidade dos desafios que o País passou a enfrentar diante da globalização econômica. A situação agravou-se a partir do início desta década, como resultado de reformas administrativas apressadas, as quais desorganizaram centros decisórios importantes, afetaram a ‘memória administrativa’, a par de dismantelarem sistemas de produção de informações vitais para o processo decisório governamental.

É preciso, agora, dar um salto adiante, no sentido de uma administração pública que chamaria de ‘gerencial’, baseada em conceitos atuais de administração e eficiência, voltada para o controle dos resultados e descentralizada para poder chegar ao cidadão, que, numa sociedade democrática, é quem dá legitimidade às instituições e que, portanto, se torna ‘cliente privilegiado’ dos serviços prestados pelo Estado.

20 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 36. A autora analisa a discricionariedade dentro da função administrativa, a partir dos ensinamentos traçados pelo doutrinador italiano Renato Alessi.

É preciso reorganizar as estruturas da administração com ênfase na qualidade e na produtividade do serviço público; na verdadeira profissionalização do servidor, que passaria a perceber salários mais justos para todas as funções. Esta reorganização da máquina estatal tem sido adotada com êxito em muitos países desenvolvidos e em desenvolvimento.”²¹

A partir dos dados acima traçados, verifica-se a tendência de se implantar uma administração gerencial, voltada para o alcance de resultados, para o aperfeiçoamento da flexibilização da estatalidade, tanto na prestação dos serviços públicos quanto nas regras de regulamentação dos servidores públicos, com significativas mudanças no regime de estabilidade e no campo das remunerações.

Essas diretrizes esboçadas no Plano Diretor e os posteriores estudos e discussões da reforma, no âmbito do Legislativo e do Executivo, resultaram na promulgação da Emenda n. 19, com a adoção das medidas pretendidas pelo Governo, visando à eliminação do modelo burocrático, fortalecido com a Constituição Federal de 1988, em que se reforçava a concepção de uma administração interessada na aplicação de princípios racional-burocráticos, enfatizando os meios e o controle das atividades prestadas e da gestão do serviço público.

Alguns temas passam a merecer mais atenção e destacam-se no campo do novo perfil traçado para a administração, ganhando ênfase: a flexibilização, com modificações no alcance da expressão “público não estatal”; a ampliação da autonomia de gestão das entidades da Administração indireta; a ampliação do termo “parceria”, reforçado pela elaboração de consórcios públicos, convênios de cooperação e criação das organizações sociais; o

novo perfil do usuário de serviço público, agora visto como cliente; o aperfeiçoamento dos contratos de gestão; a idéia de eficiência, que mereceu até sua inclusão no *caput* do art. 37, da Constituição Federal de 1988, como mais um princípio da administração pública brasileira; e o novo tratamento jurídico dispensado aos servidores públicos, com profundas alterações, tais como o fim da adoção de um único regime jurídico para os servidores, a quebra da estabilidade, os novos critérios de fixação da remuneração, o alcance do termo “subsídio”, a avaliação de desempenho, dentre outras.

A reforma vista como avanço, demasiado distante da realidade brasileira, foi implementada considerando-se a adoção de três cortes fundamentais: o estrutural ou organizacional, o funcional (de pessoal) e o corte na própria atuação da administração, em que se pretende alcançar a ação administrativa gerencial, que busca o controle sobre o resultado, ou a ação eficiente.²²

O corte organizacional tem como fundamento o resgate da autonomia das entidades descentralizadas, que se pretendeu garantir desde a promulgação do Decreto-Lei n. 200/67, mas que foi perdendo espaço e hoje pouco se diferencia dos órgãos da administração direta, principalmente quando se trata de autarquias e fundações públicas. Nesse contexto, surgem novas entidades, a saber:

- agências executivas ou autarquias especiais – autarquias e fundações já existentes – que mantêm a personalidade jurídica de direito público, mas que, efetivamente, exercerão a autonomia que lhes é assegurada por lei;
- agências reguladoras: entidades criadas para atuar junto às empresas que recebem a delegação para desempenhar serviços públicos. Tais agências exprimem o equilíbrio entre a descentralização e a continuidade do serviço

21 PLANO de Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995.

22 Nota da palestra proferida pelo Prof. Antônio Augusto Júnior Anastasia, no *Seminário de Direito Administrativo*, promovido pela OAB/MG, no mês de agosto de 1998.

público, uma vez que atuam fiscalizando as empresas e exercendo uma espécie de controle externo.

As agências reguladoras possuem autonomia administrativa, financeira e normativa, expedindo normas a serem observadas no âmbito das empresas prestadoras de serviço. São exemplos a Agência Nacional de Telecomunicações, a Agência Nacional de Energia Elétrica e a Agência Nacional do Petróleo.

Podem-se citar como vantagens dessas agências a sua independência em relação à instabilidade do governo, o aperfeiçoamento técnico e os mecanismos de controle empenhados no exercício do serviço prestado pela empresa. O que se destaca como aspecto relevante é a extensão do poder normativo, sendo fundamental a delimitação de seu campo de abrangência, revelando-se como grande meta estabelecer a linha entre o normativo-legislativo e o normativo não-Legislativo.

• **Organizações sociais** – São pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, que atuam nas áreas do ensino, da pesquisa científica, do desenvolvimento tecnológico, da proteção e preservação do meio ambiente, da cultura e da saúde, que receberão a qualificação de organização social, por meio de um decreto, e que firmarão contratos de gestão com o Poder Público, para tutelar interesses públicos, no exercício ou na prestação de serviços públicos não exclusivos ou de caráter competitivo.

Tais entidades são consideradas organizações públicas não-estatais.

O que se tem é uma administração privada, em parceria com o Poder Público, que, satisfazendo os requisitos legais para sua qualificação, conforme dispõe a Lei n. 9637, de 15 de maio de 1998, poderá receber recursos e bens públicos, podendo haver, até mesmo, transferência de pessoal para tais entidades. As organizações sociais apresentam-se como uma tentativa à volta das fundações privadas, com algumas características peculiares, dentre as quais se destaca o controle de suas atividades pela sociedade civil que participa da decisão dos atos da entidade, ressaltando-se, nesse sentido, o controle popular.

O corte funcional refere-se ao corte na área de pessoal e visa atingir os critérios para fixação da remuneração dos servidores; extinguir a adoção do regime jurídico como único no âmbito da legislação referente aos servidores, tendo como objetivo viabilizar a junção de normas estatutárias e celetistas; introduzir critérios para avaliação de desempenho, incentivando a competição e a premiação por mérito e elevando-a como requisito para a aquisição da estabilidade, dentre outras alterações.

As principais modificações foram adotadas visando à melhor qualificação dos servidores públicos que, submetidos a critérios mais rígidos para assegurar a manutenção do cargo, exercerão suas atividades com mais responsabilidade e empenho.

Por último, o corte na área de ação da administração, que assume o caráter gerencial, dispensando ao administrador público maior autonomia associada a efetivos critérios de fixação de responsabilidade. Destaca-se a ênfase nos resultados, almejando-se o alcance de uma administração mais eficiente, que busque a qualidade do serviço prestado e a satisfação do interesse público.

A modificação que se pretende introduzir, baseada na revisão da atuação da administração pública brasileira, tem um alcance muito amplo, pois se pretende ajustá-la ao modelo de administração das empresas, respeitadas as peculiaridades que lhe são próprias, reformulando-se a definição de interesse público, visando adequá-la à nova feição estatal, em que o interesse público se assemelha ao interesse da coletividade, e não mais à estrita observância das regras traçadas pelo Estado. A administração gerencial busca trazer da idéia de mercado, fundada nas práticas do neoliberalismo, a idéia de eficiência,²³ por intermédio de resultados positivos advindos da relação custo/benefício, o que revela o seu caráter eficiente, não se abrindo mão da qualidade.

23 Nota de aula ministrada pelo Prof. Paulo Neves de Carvalho, na disciplina Direito Administrativo Municipal.

A manutenção de alguns princípios informadores da administração pública burocrática, como a impessoalidade, o profissionalismo e certas regras relacionadas com a gestão de pessoal, está presente no modelo gerencial, que apesar de se caracterizar por critérios mais flexíveis, como reação ao excessivo rigor técnico enfatizado pela burocracia clássica, não se apresenta como uma ruptura absoluta quando comparada ao modelo anterior.

O ponto principal de diferenciação entre os dois modelos reside na forma de controle, já que, na administração gerencial, o controle concentra-se nos resultados, e não nos rigorosos meios tecnicamente elaborados pela administração burocrática. Essa afirmação é formulada a partir dos dados que caracterizam a doutrina do modelo gerencial, adotado em vários países que vivenciaram as práticas burocráticas e que, paulatinamente, adaptaram suas regras ao sistema gerencial, aproveitando-se os benefícios e as vantagens existentes no âmbito de suas administrações burocráticas. Alguns países europeus, como a Alemanha, a Itália, a Espanha e a França, participaram dessa transformação, sendo que, a partir da Segunda Grande Guerra, concentram suas atuações no fortalecimento de Estado, em áreas indispensáveis, ao mesmo tempo que incentivaram o avanço das entidades privadas, principalmente no campo das relações de mercado. Após a superação da crise advinda da guerra, os mecanismos utilizados pelo Estado foram sendo substituídos visando à mudança das condutas vivenciadas no universo das administrações públicas, já imersas na dinâmica das novas relações liberais desenvolvidas na sociedade.

Do acima exposto, questiona-se a ruptura brusca e apressada do governo brasileiro ao introduzir os elementos caracterizadores da administração gerencial, sem que o país, efetivamente, aplicasse as regras burocráticas, limitadas que foram em face da manutenção do patrimonialismo, do desrespeito e do descaso na aplicação das normas administrativas.

Os motivos que levaram à elaboração da reforma inserem-se no contexto da política econômica, elevada a posição de destaque em relação às demais necessidades vivenciadas pela sociedade civil.

Analisando a organização do Estado poietico,²⁴ em que o econômico é o elemento mais significativo e determinante, o Prof. Joaquim Carlos Salgado estuda o tema, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, determinando que “o político (que tem a dimensão do ético), o jurídico e o social entram em choque com o técnico de dimensão econômica divorciada da dimensão ética do social”.²⁵

Diante das convicções e dos ideais políticos que nortearam a reforma administrativa no Brasil e da fragilidade da economia brasileira, submetida à estabilidade do mercado internacional, são preocupantes os rumos que podem ser adotados com a efetiva implementação, que podem resultar no prejuízo para o lado mais fraco, ou seja, os servidores públicos, e na completa transferência, para a iniciativa privada, da execução de serviços públicos, cuja fiscalização e controle serão exercidos *a posteriori*, enfraquecendo a atuação do Estado na aplicação de medidas indispensáveis para a garantia e a segurança das relações jurídicas existentes no âmbito da administração pública.

4.2 O processo administrativo e a participação dos usuários de serviços públicos

A prestação ou gestão de serviços públicos é consagrada como atividade-fim ou atividade primordial do Estado Contemporâneo.

O serviço público pode adquirir o aspecto de finalidade, enquanto satisfação de necessidade social, e o aspecto de instrumento ou meio de atuação, como o conjunto orgânico de homens e bens, acionado pelo Estado e pelas pessoas credenciadas por ele. O serviço público é garantido aos

24 “O Estado Poietico é a ruptura no Estado Ético contemporâneo que alcance a forma do Estado de Direito” (SALGADO, Joaquim Carlos. O estado ético e o estado porético. *Separata da Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, v. 27, n. 2, abr./jun. 1998).

25 *Op. cit.*, p. 25.

indivíduos, nesse sentido, vistos como usuários, por meio de prestações que lhe são fornecidas.²⁶

O Direito Administrativo deve consolidar-se como ramo do Direito que garanta aos administrados a defesa da liberdade e da propriedade perante a atuação do Poder Público.

No atual contexto social, a proteção desses direitos insere-se numa ordem de necessidades, que não se satisfaz com a atuação dos indivíduos sem uma contraprestação por parte da administração, que deve fornecer adequados serviços e prestá-los eficientemente, assegurando aos cidadãos os meios e os instrumentos aplicáveis na fiscalização e no controle desses serviços. A administração aparece envolvida agora no cenário de uma administração prestacional, ou *Leistungsverwaltung*, como a denomina a doutrina alemã.

Essa nova concepção, em que se procura afastar a atuação administrativa do campo econômico, conferindo-se ao particular a condução das medidas a serem observadas nas relações de mercado, no qual o Poder Público atua, tão-somente, para garantir a prática de condutas igualitárias, sem a adoção de privilégios e monopólios, a administração volta-se para a garantia de valores sociais, por meio da prestação de serviços de boa qualidade e passíveis de controle pelos cidadãos.

O controle popular, que se exerce através da atuação dos usuários de serviços públicos, aos quais são conferidos o acesso à entidade prestadora, é uma nova forma de expressão da cidadania, garantindo-se ao particular a manifestação de seus direitos na esfera da própria entidade, o que proporciona o aperfeiçoamento da qualidade do serviço. O novo perfil que se pretende instaurar apresenta-se como oposição ao modelo passado, em que o acesso dos cidadãos era muito limitado e a administração se afastava de uma atuação mais interessada com as reais necessidades da população.

Hoje, enfrenta-se uma situação de transição, convivendo-se com a resistência de alguns em modificar o que já está constituído e com a persistência de outros em prosseguir na construção de uma administração mais responsável, eficiente e submetida a controles.

A inserção da participação dos usuários de serviços públicos no texto constitucional veio confirmar a passagem de um simples interesse precariamente protegido pelo ordenamento em um autêntico direito subjetivo, o que confere aos cidadãos poderes para pleitear a sua tutela diante da Administração e do Poder Judiciário.

O direito dos usuários de serviços públicos refere-se à participação na prestação de serviço já existente. Elimina-se, portanto, o direito à criação ou organização do serviço, visto que tais atribuições não são conferidas ao cidadão, mas, tão-somente, à Administração, que goza, nesse sentido, de uma faculdade discricionária, uma vez que o momento de criação do serviço e a determinação de suas regras de organização enquadram-se no âmbito da Administração como elementos que caracterizam sua autonomia e sua personalidade jurídica, sendo que seus atos e decisões repercutem no mundo do direito, sujeitando-se a todas as consequências jurídicas que possam advir de sua manifestação.

Implementado o serviço e iniciada a sua execução, surge para o cidadão o direito de exigir a sua prestação, como um direito subjetivo público a ser exercido em face da entidade prestadora do serviço

No Brasil, a Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, confere aos usuários certos direitos e obrigações, conforme disposto em seu art. 7º, dentre eles o direito de receber serviço adequado, definido como aquele que satisfaz as condições de regularidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas (art. 6º, § 1º, da Lei n. 8.987/95); o direito de receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos; obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha, observadas as normas do poder concedente; levar ao conhecimento do Poder Público e da

26 Segundo o doutrinador francês Georges Vedel (*Droit administratif*, Paris, 1973, p. 24).

concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado.

No ordenamento espanhol, caracterizado pela especialização da jurisdição administrativa, em que se verifica a existência de órgãos próprios na tutela dos direitos dos cidadãos, em decorrência de sua relação com a administração pública, as técnicas de garantia são muito mais reforçadas e assiste aos usuários maior participação na prestação do serviço. Nesse sentido, afirmam os doutrinadores García de Enterría e Ramón-Fernández o seguinte:

*“En principio, cualquier decisión de la Administración en esta materia, ya se refiera a la creación o no creación del servicio, a su supresión reforma, a la calidad o cantidad de sus prestaciones, a la admisión al mismo de sus eventuales usuarios, a la ampliación o mejora de los servicios ya establecidos, o a cualquier otra cuestión relativa a su funcionamiento concreto, o, incluso, la falta de toda decisión cuando haya medrado una petición previa del particular; según la técnica del silencio administrativo negativo que ya conocemos, es susceptible de ser controlada por los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa a través del correspondiente recurso.”*²⁷

Do exposto, vê-se que especificação da justiça reveste-se de um aspecto mais democrático, garantindo-se ao usuário a utilização de recursos próprios, visando à resolubilidade do conflito.

O ordenamento jurídico-administrativo brasileiro não se apresenta estruturado a partir de um sistema judicial próprio, sendo os conflitos de natureza administrativa julgados e decididos na Justiça comum. A falta de jurisdição administrativa em muito prejudica a resolução dos conflitos, que ficam à mercê da delonga judicial, muitas vezes composta de juízes

despreparados e desconhecedores das normas que vinculam a atividade administrativa.

A Constituição Federal de 1988 assegura aos cidadãos o acesso ao Poder Público, visando à tutela de seus direitos perante o Estado. A garantia dos direitos subjetivos públicos insere-se no capítulo dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos e encerram as características do Estado Democrático.²⁸

A Emenda Constitucional n. 19 inovou no tratamento conferido aos usuários de serviços públicos, vistos, na nova ordem administrativa, como clientes da empresa prestadora do serviço, conforme dispõe o art. 37, § 3º, *in verbis*:

“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 avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;
- II – o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;
- III – a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função da administração pública.”

O dispositivo constitucional, para ser aplicável, precisa de regulamentação, uma vez que se trata de norma programática que não possui eficácia imediata.

28 Art. 5º, inciso XXXIV: “São a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder; b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimentos de situações de interesse pessoal.”

27 *Op. cit.*, v. II, p. 80.

O novo contexto traçado pela reforma administrativa procura aproximar a administração pública, direta ou indireta, prestadora de serviços, da empresa privada, asseguradas as peculiaridades que lhe são próprias.

Confere-se ao usuário o direito de participar das decisões relativas à prestação do serviço, visando à melhoria de sua qualidade, que deve atender às exigências de seus destinatários. Verifica-se que o dispositivo constitucional enfatiza os meios e os procedimentos a serem elaborados por meio de lei, cuja criação está a cargo do legislador ordinário. O que se deve ressaltar é o entendimento do dispositivo como expressão do direito subjetivo público dos cidadãos e não como mera formalidade. A disseminação desse entendimento deve alcançar os excluídos do processo de construção consciente de uma administração mais justa e preocupada com a satisfação do bem comum, inteiramente voltada para os fins éticos e sociais.

O dispositivo constitucional determina a participação dos usuários na administração direta e indireta, mas deve-se questionar a exclusão das organizações sociais e demais entidades privadas incluídas no processo de publicização que se pretende alcançar com o desenvolvimento do chamado setor público não-estatal. Atuam essas entidades na satisfação de interesses públicos, o que reforça o campo de controle ao qual estão submetidas. Negar os controles é uma barreira para alcançar a administração gerencial.

A lei regulamentadora deverá, efetivamente, criar possibilidades materiais de êxito do controle, que se coloca à disposição do cidadão, enfrentando-se a adoção de medidas discricionárias pela administração, elaboradas com base em normas que, muitas vezes, determinam outros critérios que se traduzem, tão-somente, numa invocação genérica ao interesse público. O dispositivo, uma vez regulamentado, proporcionará aos cidadãos mais um meio de acesso e de participação na condução dos serviços públicos, comportamentos que se revelam indispensáveis para a construção de uma administração participativa e adequada aos fins do Estado Democrático de Direito.

5 BIBLIOGRAFIA

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 9. ed., São Paulo: Malheiros, 1997.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- _____. *Teoria da Constituição*. São Paulo: Resenha Universitária, 1979.
- _____. *Teoria geral da cidadania – A plenitude da cidadania e as garantias constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- _____. *Processo e Constituição: o devido processo legal*. *Revista da Faculdade de Direito*, v. 28, maio/out. de 1980/1981/1982.
- _____. *Teoria dos procedimentos de exercício da cidadania perante a Administração Pública*. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte: Livraria Editoras Reunidas, jul. 1997.
- BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*. Trad. de Eduardo Roza Acuña. Madrid: Debate, 1995.
- CADERNOS DO MARE – Ministério da Administração e Reforma do Estado. Brasília, 1997 e 1998.
- DI PIETRO, Maria Sylvia. *Parcerias na administração pública – Concessão – Permissão – Franquia – Terceirização e outras formas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997.
- DROMI, José Roberto. *Introducción al derecho administrativo*. Madrid: Grouz, 1986.
- ENTERRÍA, Eduardo García de e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 7. ed., Madrid: Civitas, 1995, v. I e II.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 1984.
- FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1996.

- LAUBADÈRE, André de. *Traité de droit administratif*. 13. ed., Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1994, t. I.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- SALGADO, Joaquim Carlos. O estado ético e o estado poético. *Separata Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, v. 27, n.2. abr./jun. 1998.
- SIDOU, J. M. Othon. *Processo civil comparado: histórico e contemporâneo*. São Paulo: Forense Universitária, 1997.
- SOARES, Fabiana de Menezes. *Direito administrativo de participação*. Cidadania – Direito – Estado – Município. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*, Tradução e prefácios do Prof. L. Cabral de Moncada. 4. ed., Coimbra: Arménio Amado, 1961, v. II.
- REALE, Miguel. *Teoria do direito e do Estado*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1984.
- RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Trad. de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.
- VEDEL, Georges. *Droit administratif*. Paris, 1973.
- _____ e DEVLOVÉ, Pierre. *Le système française de protection des administrés contre l'administration*. Paris: Sirey, 1991.

TRANSEXUALISMO

Frederico Augusto de Oliveira Santos*

Sumário

1. Conceito e distinções fundamentais. 2. Transexualismo e direitos da personalidade. 2.1 Transexualismo e integridade psicossocial. 2.2. Transexualismo e integridade física; 2.3. Transexualismo e identidade sexual. 2.4. Transexualismo e honra. 2.5. Transexualismo e direito à própria imagem e à intimidade. 3. Transexualismo e retificação do Registro Civil. 4. Bibliografia.

1 CONCEITO E DISTINÇÕES FUNDAMENTAIS

A questão do transexualismo vem à tona nos dias de hoje sempre que se discute a identidade sexual da pessoa e a livre disposição de partes do próprio corpo. A partir do reconhecimento da existência de uma sexualidade discrepante daquela física, mais precisamente oposta ao gênero¹ que

* Promotor de Justiça – Titular da 4ª Promotoria de Fomosa – GO – Mestrando em Direito Civil na UFMG.

1 Empregamos gênero no sentido biológico sem a preocupação com a precisão da psicanálise. Segundo Robert J. Stoller (As personificações e as séries de composições da identidade de gênero, p. 160-175. In: MARMOR, Judd (Coord.) *A inversão sexual*. Rio de Janeiro: Imago, 1973, p. 165), “o termo ‘gênero’ conota aspectos psicológicos de comportamento relacionados com a masculinidade e a feminilidade. Não tem o mesmo significado de ‘sexo’. [...] “O ‘sexo’ é biológico; o ‘gênero’, social”.