Nº 38 – Abril/Maio/Junho de 2014 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Daniely Henschel
Pós-graduanda em Direitos Humanos e Cidadania pela Universidade Federal da Grande Dourados - UFGD. Advogada.

Adilson Josemar Puhl
Mestre em Direito Constitucional pela UnB. Professor da disciplina de Processo do Trabalho no Centro Universitário da Grande Dourados – UNIGRAN. Professor das disciplinas de Direito Penal I e III e Pós Graduação em Direitos Humanos na Universidade Federal da Grande Dourados - UFGD. Procurador do Município de Dourados.

INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais são a concretização dos direitos do homem universalmente reconhecidos em uma norma jurídica constitucional. Para Robert ALEXY: "Direitos fundamentais são essencialmente direitos do homem transformados em direito positivo."[1]

Sob este prisma podemos afirmar que os direitos fundamentais são a concretização normativa dos direitos humanos, razão pela qual sua inclusão nos textos constitucionais é de suma importância para a consolidação do próprio Estado Democrático de Direito. No entanto, somente pelo fato de estarem previstos em uma Constituição, por si só, não garante a sua real observância e aplicabilidade.

Assim, em razão da necessidade da efetivação de garantias a aplicabilidade dos direitos fundamentais, a Administração Pública surge como nova fonte de possibilidades para consolidação de tais direitos, de forma a interligar o poder estatal às reivindicações surgidas na sociedade.

[1] ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 2º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, pg. 63.

Diante das premissas acima apresentadas, o objeto central desse trabalho é discutir como a Administração Pública pode servir como instrumento de garantia dos direitos fundamentais, sendo um elo entre o poder estatal e a sociedade e, ainda, como ela própria pode ser instrumento de controle do poder do Estado, agindo dessa forma como um prestador de contas de seus próprios atos.

Nesse passo, tem-se como pretensão também fazer apontamentos no sentido de demonstrar que os direitos fundamentais são mecanismos de correção e instrumento de contenção de poder do Estado, de forma a assegurar a proteção de direitos invioláveis.

Assim, no presente trabalho discute-se primeiramente a importância dos direitos fundamentais como instrumento de contenção do poder, em seguida é elaborado uma análise da evolução da administração pública e sua nova função no Estado Democrático de Direito, de forma que concluí-se pela necessidade de uma visão diferenciada da Administração Pública com o fim de torná-la um instrumento de consolidação e promoção dos direitos fundamentais.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO INSTRUMENTO DE CONTENÇÃO DO PODER DO ESTADO

Robert ALEXY esclarece que direito sempre é uma pretensão de correção e para tanto justifica:

> "O elemento central da correção é a justiça. Desse modo, é produzida uma união necessária entre o direito como ele é, e o direito, como ele deve ser, e, com isso, entre direito e a moral. O argumento principal para essa união entre direito e moral é a tese que o direito, necessariamente, promove uma pretensão de correção".[2]

Acrescenta ainda o autor que: "A positivação não anula a validez moral dos direitos do homem, apenas acrescenta uma legitimidade jurídica. Com isso estão, no conceito de direitos fundamentais, necessariamente, unidos direito e moral".[3]

Nesta perspectiva de correção e justiça apresentada por Robert ALEXY, os direitos fundamentais se apresentam como elementos de garantia de um mínimo moral inviolável em um Estado Democrático de Direito, sendo, portanto, usados como instrumento de contenção do próprio poder do Estado.

A história recente, sobretudo na fase entre as duas guerras mundiais, demonstra que a democracia majoritária por si só não é capaz de legitimar o poder do Estado de forma indiscriminada, vez que até mesmo o poder majoritário da democracia deve ser limitado por direitos invioláveis, tendo por finalidade evitar abusos contra as minorias não aclamadas pelo poder e não representadas dentro da ordem política nacional.

Com base em tal busca de limitação de poder, que os direitos fundamentais são criados como instrumentos de garantia e de proteção dos indivíduos contra o Estado e até mesmo contra seus próprios semelhantes. É a chamada força "contra-

[2] ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Op. cite, p. 09.

[3] ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Op. Cite, p. 11.

majoritária"[4] dos direitos fundamentais que garante a tutela universal e igualitária de todos os indivíduos, independentemente de seu status social ou político.

Desta forma, quando positivados em uma Constituição, os direitos fundamentais passam a ser princípios supremos do ordenamento jurídico e, por consequência, todas as decisões de um Estado Democrático de Direito devem necessariamente respeitar tais princípios garantidores do mínimo moral.

Assim, os direitos fundamentais dentro da ordem constitucional atuam como instrumentos contentores do exercício de poder do Estado, com o fim racional de evitar a supremacia tendenciosa do abuso de poder por parte daqueles que detém o monopólio da força.[5]

Justificando a sua forma normativa, Gilmar Ferreira MENDES assevera que os direitos fundamentais são concebidos como direitos de defesa destinados a assegurar a liberdade individual contra interferências ilegítimas do Poder Público, e por isso são elementos integrantes da própria identidade e continuidade da Constituição, razão pela qual é ilegítima qualquer reforma constitucional tendente a suprimi-los.[6]

Importante salientar que os direitos fundamentais atuam até mesmo como limitadores do poder legislativo, posto que a simples maioria parlamentar não pode agir de forma a agredir esses direitos, bem como modifica-los como bem entender o legislador.

Sobre o tema, Luís Roberto Barroso explica:

> "Em uma sociedade democrática, algumas questões decisivas devem ser tratadas como questões de princípios – morais ou políticos – e não como uma questão de poder político, de vontade majoritária. São elas as que envolvem direitos fundamentais das pessoas, e não escolhas gerais sobre como promover o bem-estar social".[7]

Adiciona ainda o jurista que o Estado Constitucional democrático é produto de duas ideias que se acoplaram e que não se confundem: o constitucionalismo e a democracia.

---

[4] CROZARA, Rosberg de Souza. **O Constitucionalismo, Democracia e a Limitação ao Poder Estatal:** A função Contra-Majoritária dos Direitos fundamentais como proteção ao mais débio. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2306.pdf>

[5] Sobre o tema Ingo Wolfgang SARLET salienta que: "[...] importa referir a função decisiva exercida pelos direitos fundamentais num regime democrático como garantia das minorias contra eventuais desvios de poder praticados pela maioria no poder, salientando-se, portanto, ao lado da liberdade de participação, a efetiva garantia da liberdade-autonomia" (SARLET, Ingo Wolfang. **A Eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, pg. 61).

[6] MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e seus Múltiplos Significados na Ordem Constitucional. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n º 23, julho/agosto/setembro de 2010. Disponível na Internet: http://direitodoestado.com/revista/REDE-23-JULHO-2010-GILMAR-MENDES.pdf.

[7] BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE**), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 23, setembro, outubro, novembro, 2010. Disponível na Internet: http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-23-SETEMBRO-2010-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf.

O Constitucionalismo significa poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. Já democracia significa soberania popular, governo do povo e o poder fundado na vontade da maioria. E que apesar da aparente tensão entre essas duas ideias a conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade da maioria política, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático.[8]

Para justificar a efetividade dos direitos fundamentais como instrumento de limitação do poder estatal, reforçando o que já foi dito acima, Robert ALEXY ainda preceitua que o seu significado no sistema jurídico é resultado de dois fatores que são sua fundamentalidade formal e substancial.[9]

Ele assevera que a fundamentalidade formal decorre da sua posição no ápice do ordenamento jurídico como sendo direitos que vinculam diretamente o poder legislativo, executivo e judiciário. E sua fundamentalidade substancial está no fato de que esses direitos são fundamentalmente essenciais para a tomada de decisões sobre a estrutura básica do Estado e Sociedade.

Logo, em razão de ser o próprio fundamento do Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais possuem o efeito irradiador como emissores de uma ordem de valores que valem como alicerce para todos os ramos de direitos e que por isso vinculam todas as decisões do Estado, sendo elas jurisdicionais ou administrativas.

Desse modo, o Estado em todas as suas instâncias de poder deve sempre amparar suas decisões políticas e administrativas com base nas garantias concedidas pelos direitos fundamentais, incluindo também sob essa ótica a Administração Pública.

EVOLUÇÃO E MUTAÇÕES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Historicamente, a origem da Administração Pública é inerente ao do próprio Estado, estando a mesma intrinsecamente ligada ao poder estatal desde a sua formação, uma vez que onde há o poder do Estado, haverá também órgãos encarregados de suas funções administrativas.

A administração pública, nos moldes do que conhecemos hoje, se desenvolveu somente a partir das revoluções do final do século XVIII e início do século XIX. Antes disso ela era tão somente utilizada para atender aos anseios e interesses do monarca soberano, sendo mera extensão do próprio governante, tanto é que seus funcionários eram tidos como membros da nobreza, não havendo assim qualquer autonomia e responsabilidade da administração pública frente as demandas populares.[10]

Todavia, esse quadro foi transformado com o surgimento do Estado de Direito, onde a administração pública passou a ser regulada por normas legais, que

[8] BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008 – Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE),** Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 18, abril/maio/junho, 2009. Disponível na Internet: http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp. Acesso em: 04 de setembro 2013.

[9] ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

[10] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo, 2010.

também passaram a disciplinar as relações entre a Administração e os administrados.[11]

Além disso, com o surgimento de normativas legais para a regulação da Administração, esta deixou de ser um mero instrumento de ação do monarca e passou a tomar caminhos independentes, criando assim uma nova perspectiva de Administração Pública, onde passou a atuar como aparelho de regulação do próprio poder do Estado.

Nesse passo, após se desenvolver como instrumento importante de atuação do Estado na realização de suas ações, a Administração Pública no decorrer dos séculos passou por inúmeras mudanças na sua concepção de atividade estatal conforme o modelo de Estado adotado.

Assim, passou então do modelo inicial, na qual sua finalidade era tão somente de garantir a ordem pública, se limitando a questões de organização da máquina do Estado sem qualquer interferência na atividade privada até a sua abertura para interferir em áreas antigamente inacessíveis, como saúde, educação, previdência social, propriedade privada, dentre outros.[12]

Tal evolução tratada anteriormente torna-se muita clara quando comparamos o período em que vigorou a concepção de Estado Liberal, onde as funções da Administração ficaram limitadas tão somente a organização do Estado em contraponto ao Estado do Bem Estar Social, período em que o Estado tornou-se provedor de várias políticas públicas, o que forçou a Administração Pública a se reorganizar para ampliar suas competências frente as atividade até então privadas.

Logo, esclarece-se que todas essas mutações da Administração Pública são decorrentes das constantes reivindicações e perspectivas da sociedade frente ao Estado, sendo, portanto, tais mutações necessárias para a sua adaptação frente as demandas do Estado e da sociedade que o compõe.

Deste modo, quanto maior é a força do Estado na vida de uma sociedade, maior é a importância da Administração Pública no exercício do poder estatal na vida cotidiana dos indivíduos.

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL

A evolução da Administração Pública no Brasil também não foi diferente da ocorrida no restante do mundo, haja vista que a mesma passou por várias fases de menor ou maior intervenção na sociedade de acordo com a evolução do próprio Estado Brasileiro, até que em 1988, a Constituição concebeu nova roupagem a Administração Pública.

A Administração Pública brasileira sempre esteve centrada na imagem do Imperador/Governante e de seus “chegados”, ou seja, suas normas sempre foram elaboradas para poucos e seguidas por poucos, havendo uma confusão muito grande entre o que era público e particular.

[11] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

[12] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Op. cite.

Tanto é que na época do império não havia qualquer organização administrativa e os cargos nunca eram preenchidos por técnicos conhecedores do setor público, mas sim por apadrinhados da burguesia ou da nobreza imperial.

Infelizmente, com o passar dos anos, a tradição acima disposta foi se perpetuando de modo que a Administração Pública Brasileira sempre foi vista como instrumento de poder e de exploração particular, e não como instrumento do Estado em favor do bem público, preservando assim ao longo dos anos o seu caráter patrimonialista e clientelista.[13]

Apesar das várias tentativas de reformas ao longo de toda a história brasileira, que pontualmente em determinadas situações foram bem sucedidas, somente com a Constituição de 1988 que a Administração Pública tomou novo rumo no tocante a busca pela garantia e efetivação dos direitos fundamentais.

A Constituição de 1988 além de estar repleta de artigos difusos relacionados com a Administração Pública, também em seu texto incluiu um capítulo exclusivo para a sua regulação em que estabeleceu princípios e diretrizes básicas para a sua atuação na nova ordem constitucional.

Outro ponto importante a se destacar foi a aproximação maior da sociedade com a Administração Pública, vez que a Carta Magna criou a possibilidade de uma interação maior entre a sociedade civil e a Administração.

Portanto, a partir da Constituição de 1988 a Administração Pública deixa de ser apenas uma ferramenta do Estado na manutenção de seu poder e passa a ser também um instrumento do cidadão na busca da efetivação de seus direitos fundamentais.

Entretanto, apesar do constituinte estar bem intencionado em alocar a Administração Pública no âmbito constitucional, a sua real implementação como instrumento de consolidação dos direitos fundamentais ainda está longe de ser atingida, pois, como se sabe, a Administração Pública brasileira herdou vícios graves que ainda estão intrinsecamente ligados a sua cultura organizacional e que a impede de ser enxergada como instrumento de efetivação de direitos e não de obtenção de vantagens particulares.[14]

Com efeito, conforme veremos a seguir, a Administração Pública precisa reconhecer seu novo papel na sociedade e agregar todos os seus princípios na busca da garantia dos direitos fundamentais, sob pena de assim não agir, estar contribuindo para perpetuar um Estado desigual e autoritário herdado desde a época do Império.

A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como já dito acima, a Administração Pública brasileira percorreu por diversas concepções de Estado e também passou por várias transformações até a Constituição de 1988.

[13] MARTINS, Luciano. **Reforma da Administração Pública e cultura política no Brasil**: uma visão geral. Brasília: ENAP, 1997. 61 p. (Cadernos ENAP; n.8) ISSN: 0104-7078.
[14] BERGUE, Sandro Trescastro. **Cultura e Mudança Organizacional**. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração/UFSC; [Brasília]: CAPES: UAB, 2010.

Diante da nova ordem constitucional e da nova perspectiva de proteção de direitos é que adentramos na discussão de qual é o real papel da Administração Pública na garantia e promoção dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito.

Maria Sylvia DI PIETRO esclarece que Administração Pública compreende as atividades exercidas por pessoas jurídicas, órgãos e agentes incumbidos de atender as necessidades coletivas.[15]

Nesse sentido também descreve Odete MEDAUAR:

> "No aspecto funcional, Administração Pública significa um conjunto de atividades do Estado que auxiliam as instituições políticas de cúpula no exercício de funções de governo, que organizam a realização das finalidades públicas postas por tais instituições e que produzem serviços, bens utilidades para a população, como, por exemplo, ensino público, calçamento de ruas, coletas de lixo. [...] Sob o ângulo organizacional, Administração Pública representa o conjunto de órgãos e entes estatais que produzem serviços, bens e utilidades para a população, coadjuvando as instituições políticas de cúpula no exercício de funções de governo."[16]

Pois bem, hoje o que deve ficar claro é que a Administração Pública tem como finalidade não mais apenas a organização do Estado, mas também e principalmente o atendimento das necessidades da população em geral.

Não há mais espaço para uma Administração Pública que não esteja em sintonia com a Constituição e com os Direitos Fundamentais, razão pela qual, deve ela servir como uma interface entre o Estado e a Sociedade na busca pela efetividade de direitos.

Como tratado anteriormente, os direitos fundamentais são o alicerce de todo e qualquer Estado e por isso estão inseridos como princípios constitucionais invioláveis, devendo assim vincular todas as decisões do poder estatal de forma a garantir o mínimo moral de sua sociedade democrática.

No entanto, o problema é saber como a Administração deve servir para a garantia desses direitos.

A resposta para a problemática acima apresentada, está exatamente na ligação que a Administração Pública deve ser entre a sociedade, suas demandas e o Estado, usando esta como seu material de legitimação os direitos fundamentais que servirão de parâmetro para a atuação do Estado e da própria Administração Pública no trato com os interesses da coletividade.

Assim, na busca pela promoção e garantia dos direitos fundamentais, deve a Administração Pública assumir dois papeis diferentes perante Estado. Com efeito, deve a Administração Pública ser instrumento de ação do Estado na concretização dos direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, deve atuar como instrumento de participação social no controle das atividades públicas, como forma de contenção de poder.

A Administração Pública como instrumento de consolidação dos direitos fundamentais possuirá tanto uma ação pró-ativa quanto agirá por meio da omissão, ou seja, a sua interferência mínima possível na vida privada do individuo.

---

[15] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo, 2010.

[16] MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 42.

A atuação da Administração Pública mediante "omissão" se configura nada mais do que a preservação da liberdade e privacidade do indivíduo frente ao Estado, de forma que a própria Administração seja limitadora da ação estatal através de seus e princípios e normas legais, a fim de preservar o máximo possível a independência dos cidadãos na sua vida privada.

Já como instrumento de ação pró-ativa, a Administração Pública age captando os influxos e estímulos da sociedade, para rapidamente decodificá-los com o fim de oferecer respostas aptas à satisfação das necessidades que se apresentam.[17]

Nesse sentido, a Administração Pública deve a partir das demandas da população servir primeiramente como um catalisador, ou seja, deve selecionar quais demandas e reivindicações sociais estão em harmonia com os direitos fundamentais.

Isto significa que a Administração deve fazer uma pré-seleção do que realmente é importante para a sociedade e o que é apenas fruto de *lobbies* de grupos de interesses.

Identificadas essas primeiras necessidades, a Administração deve ainda verificar se tais demandas populares não ferem qualquer direito individual, político ou social, ou seja, se estas demandas estão em sintonia com os direitos fundamentais elencados em nossa Carta Magna, exercendo ai o Administrador público um poder discricionário de escolha de quais temas deverão ser tratados como prioridade.[18]

Assim, após essa primeira análise dos principais problemas enfrentados pela população e das suas principais reivindicações, cabe então a Administração Pública uma ação ativa, ação esta que visará a satisfação das reivindicações através de políticas públicas direcionadas ao bem comum. [19]

---

[17] OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Administração Pública Democrática e Efetivação de Direitos Fundamentais.** Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/gustavo_justino_de_oliveira.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2013.

[18] Sobre essa discricionariedade do Administrador Público Maria Goretti Dal BOSCO é enfática: "A discricionariedade vinculada implica que o agente público, ao qual a lei determina a escolha de uma entre as várias alternativas possíveis reguladas por lei – vale dizer, investimentos em educação, auxílios a bancos, setor energético, saúde, entre outras – por sua apreciação pessoal, deverá estar capacitado a escolher a solução mais adequada; no caso presente, a que oferece maiores possibilidades de atender às prioridades que Administração apresenta no momento concreto. Logo, a discricionariedade está na valoração pessoal do administração, mas isso não quer dizer que essa valoração seja arbitraria, dado que deve atender ao escopo previsto na legislação, ou seja, promover o bem estar dos administrados, a igualdade de acesso às prestações públicas, enfim, o interesse público, o qual encerra um conjunto de valores superiores do ordenamento jurídico que orientam a atividade Administrativa" (BOSCO, Maria Goretti Dal. Novo Conceito da Discricionariedade em Políticas Públicas sob um olhar garantista, para assegurar Direitos Fundamentais. BARUFFI, Helder (org.). **Direitos Fundamentais sociais**. Dourados: UFGD, 2009,pg. 224)

[19] Sobre Políticas públicas podemos conceituá-la como um conjunto de atividades estatais dotadas de poder político, normas e atos que visam a concretização de direitos econômicos, sociais e culturais de forma a transformar positivamente o meio social a qual foram implantadas. Já Celso Antônio Bandeira de MELLO conceitua Políticas Públicas como: "um conjunto de atos unificados por um fio condutor que os une ao objetivo comum de empreender ou prosseguir um dado projeto governamental para o País." (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, pg. 821)

No entanto, vale destacar que para a concretização das políticas públicas se faz necessário a participação da população em sua elaboração e implementação, para que assim a sociedade esteja resguardada das ações populistas e clientelistas de governos não comprometidos com a coisa pública.[20]

Esclarecendo que essa participação social deve ser reivindicada pela própria sociedade, conforme preceitua Gustavo Justino de OLIVEIRA:

> "Os indivíduos e as organizações da sociedade civil têm o direito de pleitear frente à Administração Pública a efetivação dos direitos fundamentais. As correspondentes obrigações administrativas destinadas a conferir respostas a tais reivindicações encontram-se baseadas em competências e procedimentos fixados em lei; decorrem de posturas que devem ser assumidas em virtude de diretrizes e políticas públicas formuladas pelo Governo, tudo em atendimento aos valores fundamentais do Estado Brasileiro, previstos na Constituição de 1988".[21]

Dessa forma, o foco da Administração deve ser sempre o interesse público, que nada mais é, do que *a dimensão pública dos interesses individuais*[22], caracterizados a partir de interesses em comum de um conjunto social.

Além de ser instrumento de prestações positivas do Estado, a Administração Pública também deve zelar pelo mínimo de interferência aos direitos individuais, razão pela qual o conjunto de suas atuações na Gestão Pública deve ser pautado sempre pela precaução de não atacar as liberdades e direitos da sociedade que a compõe.

Nesse aspecto, é que se faz importante elencar os princípios constitucionais da Administração Pública dispostos no artigo 37, *caput* da Carta Magna, que impõe limitações e direcionamentos na ação administrativa como forma de conter o poder estatal, bem como de impedir o mau uso da coisa pública para atendimento de interesses particulares.

Os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência da Administração são elementos importantes na pretensão de correção da atuação da Administração Pública, de forma a racionalizar, limitar e legitimar o exercício do poder do Estado frente a seus cidadãos.

---

[20] Esclarece Maria Goretti Dal BOSCO: "A definição de políticas públicas, em vários países do mundo, pouco tem da interferência das populações para as quais são destinadas as prestações proporcionadas pelos planos estatais de governo. O que se percebe é que a elaboração dos planos de governo, que encerram as políticas públicas em todas as áreas da Administração, costuma ficar sob a responsabilidade do Executivo, que acaba por ceder apenas em alguns setores, conforme o nível de pressão dos atores sociais, e do Legislativo, responsável por algumas mudanças provocadas, igualmente, pela interferência de grupos de pressão, e boa parte fruto de negociações políticas, não raro, distanciadas das verdadeiras expectativas das populações. O modelo de elaboração de políticas públicas, assim na maioria dos casos, passa a largo das reais expectativas das populações e, portanto, é natural que, ao final, essas políticas cheguem a destoar, de modo significativo, das demandas populares" (BOSCO, Maria Goretti Dal. Novo Conceito da Discricionariedade em Políticas Públicas sob um olhar garantista, para assegurar Direitos Fundamentais. BARUFFI, Helder (org.). **Direitos Fundamentais sociais**. Dourados: UFGD, 2009, pg. 227-228)

[21] OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Administração Pública Democrática e Efetivação de Direitos Fundamentais.** Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/gustavo_justino_de_oliveira.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2013.

[22] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, pg. 65.

Tais princípios elencados acima, bem como outros também implícitos no texto constitucional servem como norteadores para a concretização dos direitos fundamentais, sendo padrões de comportamentos a serem seguidos para uma atuação ativa da Administração Pública sem ferir qualquer direito individual ou coletivo.

O segundo, mas não menos importante ponto a ser destacado é papel da Administração Pública como instrumento de participação social no controle das atividades públicas, como forma de contenção de poder, destacando que essa tarefa pode ser dividida em dois tópicos diferentes.

Primeiramente temos o controle interno que deve ser realizado pela própria Administração sobre seus órgãos e instituições públicas e posteriormente o controle externo que deve ser realizado pela sociedade, Ministério Público e Tribunais de Contas.

Sobre a finalidade do controle Administrativo Maria Sylvia Zanella Di PIETRO justifica:

> "A finalidade do controle é a de 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; em determinadas circunstancias, abrange também o controle chamado de mérito e que diz respeito aos aspectos discricionários da atuação administrativa.
> Embora o controle seja atribuição estatal, o administrado participa dele à medida que pode e deve provocar o procedimento de controle, não apenas na defesa de seus interesses individuais, mas também na proteção do interesse coletivo. A Constituição outorga ao particular determinados instrumentos de ação a serem utilizados com essa finalidade. É esse, provavelmente, o mais eficaz meio de controle da Administração Pública: o controle popular".[23]

No que tange ao controle interno, é importante destacar a falta de estrutura e de capacidade técnica dos órgãos responsáveis pelo controle administrativo, uma vez que não há no Brasil a preocupação quanto ao aperfeiçoamento de tais mecanismos a fim de possam zelar pela aplicação dos princípios constitucionais da Administração Pública.

Por isso, se faz necessário a capacitação e estruturação do controle interno, bem como de seus servidores, para que assim possam fazer um controle preventivo, diagnosticando irregularidades de forma rápida e eficaz desde a sua origem, pois somente assim o controle interno será eficiente em prevenir a corrupção ou o mal uso da coisa pública ainda dentro da própria Administração.

No que concerne ao controle externo ou social, a própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789 já estabelece em seu artigo 15º que: "A sociedade tem o direito de pedir conta a todo agente público, pela sua Administração".[24]

Desta forma, a sociedade deve estar atenta ao desenvolvimento da Administração Pública, deve ainda reivindicar e participar mais dos processos de gestão da coisa pública, pois no momento em que esta despertar para a sua função

[23] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo, 2010, pg. 728.

[24] Encontrado em: <WWW.direitoshumanos.usp.br > acesso em 12 de agosto de 2013.

fiscal e de controle do poder Estatal é que o Estado Brasileiro poderá se desenvolver como um verdadeiro estado democrático.

Cabe ainda a sociedade buscar um maior controle e transparência da Administração através de instituições como o Ministério Público e os Tribunais de Contas, auxiliando-os na fiscalização do gestor público com o trato da coisa pública, com o fim de se buscar maior rigor e presteza na punição de ações contra o bem comum.

Assim, conforme explicado, a sociedade tem através da Administração Pública um grande instrumento de promoção e proteção de direitos fundamentais, o qual deve ser melhor aproveitado.

Conforme o relatado, a Administração Pública é um instrumento de atuação do Estado e é através dela que se concretizam todas as intencionalidades de um governo ou de uma demanda social, razão pela qual se faz tão importante seu estudo como instrumento de concretização e de garantia de direitos.

Nesse sentido, Maria Goretti Dal BOSCO explica que:

> "[...] O bem comum é a finalidade geral do Estado e o poder estal é o meio ao alcance da autoridade política para proporcionar esse bem-estar geral, o qual, em realidade, implica tornar possível aos cidadãos a sua realização enquanto ser humano.
> A administração garantista, para usar o raciocínio de Ferrajoli, seria aquela que imprimisse uma gestão de poder não como um fim em si mesmo, mas como instrumento de tutela e satisfação dos direitos fundamentais, e também, tivesse claras e definidas as suas margens irredutíveis de ilegitimidade jurídica e política, o que denota a presença constante da diversidade entre dever ser normativo e efetivo [...]".[25]

Deste modo, a Administração Pública deve ser visualizada por seus gestores não como apenas um aparelho estatal com um emaranhado de normas burocráticas, mas sim como um instrumento de ação do Estado que deve ter como parâmetros básicos os direitos fundamentais e como agente de controle a Sociedade.

Portanto, a partir dos anseios da sociedade, a Administração Pública no Estado Democrático de Direito deve através de seus órgãos e agentes promover políticas públicas com o intuito de se buscar uma gestão da coisa pública eficiente e voltada para o bem comum, atentando-se sempre para o respeito dos direitos fundamentais garantidos na norma constitucional.

Concluí-se assim, que a garantia dos direitos fundamentais deve ser uma busca constante da Administração Pública, que deve usar de todos os seus mecanismos para a proteção e consolidação de tais direitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não é papel do Estado prover todas as necessidades de uma sociedade, até porque, em razão da complexidade que envolve as relações humanas, torna-se uma ação deveras inalcançável. Advém, que apesar de não poder arcar com todas as necessidades dos indivíduos que o compõe, é dever do Estado garantir o mínimo necessário a uma vida digna.

[25] BOSCO, Maria Goretti Dal. **Discricionariedade em políticas públicas.** Curitiba: Juruá, 2008, p. 235.

É nesta perspectiva garantista de Estado a partir da concepção de direitos fundamentais, que a Administração não deve mais ser vista como instrumento de regulação do poder, mas sim como instrumento da realização do interesse público, ou seja, de garantia do mínimo que a sociedade reivindica.

Desse modo, resta demonstrado a necessidade de se garantir a plena observância dos direitos fundamentais que a Administração Pública traz como nova fonte de legitimação de seus próprios atos, de forma a interligar o poder estatal às reivindicações dos que compõem o seio social.

Logo, constata-se também a necessidade de transparência dos atos praticados pela máquina estatal, posto que a sociedade possui o direito de saber onde seus tributos são devidamente utilizados e se de fato os gastos são eficientemente bem aplicados, com fim de possibilitar o pleno gozo de direitos fundamentais.

Assim, com base nos estudos apresentados infere-se também a necessidade de uma maior fiscalização da sociedade no que tange a Administração Pública e as atividades de seus gestores, por ser de enorme importância a participação social na gestão e aplicação de verbas públicas.

Por fim, tem-se que o tema em estudo apresenta-se, ainda, pouco explorado e fora da esfera de interesse dos gestores públicos, que ainda usam da Administração Pública com um mero instrumento de manutenção de poder, por meio de políticas públicas clientelistas e patrimonialistas.

Portanto conclui-se que, para a garantia da efetividade dos direitos fundamentais, a Administração Pública deve servir como uma interface entre o Estado e a Sociedade, atuando como um instrumento de ação do Estado na concretização de direitos, ao mesmo tempo, que deve servir como ferramenta de participação social no controle das atividades públicas, como forma de contenção do poder.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 2º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE**), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 23, setembro, outubro, novembro, 2010. Disponível na Internet: http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-23-SETEMBRO-2010-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf.

BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008 – Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE),** Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 18, abril/maio/junho, 2009. Disponível na Internet: http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp. Acesso em: 04 de setembro 2013.

BERGUE, Sandro Trescastro. Cultura e Mudança Organizacional. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração/UFSC; [Brasília]: CAPES: UAB, 2010.

BOSCO, Maria Goretti Dal. **Discricionariedade em políticas públicas.** Curitiba: Juruá, 2008.

BOSCO, Maria Goretti Dal. Novo Conceito da Discricionariedade em Políticas Públicas sob um olhar garantista, para assegurar Direitos Fundamentais. BARUFFI, Helder (org.). **Direitos Fundamentais sociais**. Dourados: UFGD, 2009.

CROZARA, Rosberg de Souza. **O Constitucionalismo, Democracia e a Limitação ao Poder Estatal:** A função Contra-Majoritária dos Direitos fundamentais como proteção ao mais débio. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2306.pdf

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo, 2010.

MARTINS, Luciano. **Reforma da Administração Pública e cultura política no Brasil**: uma visão geral. Brasília: ENAP, 1997. 61 p. (Cadernos ENAP; n.8) ISSN: 0104-7078.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, pg. 47.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e seus Múltiplos Significados na Ordem Constitucional. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n º 23, julho/agosto/setembro de 2010. Disponível na Internet: http://direitodoestado.com/revista/REDE-23-JULHO-2010-GILMAR-MENDES.pdf.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Administração Pública Democrática e Efetivação de Direitos Fundamentais.** Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/gustavo_justino_de_oliveira.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Administração Pública Democrática e Efetivação de Direitos Fundamentais.** Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/gustavo_justino_de_oliveira.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2013.

SARLET, Ingo Wolfang. **A Eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

Site: WWW.direitoshumanos.usp.br > acesso em 12 de agosto de 2013.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

HENSCHEL, Daniely. PUHL, Adilson Josemar. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 38, abril/maio/junho de 2014. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-38-ABRIL-2014-DANIELY-HENSCHEL-ADILSON-PUHL.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.