



CAMILA OLIVEIRA SOUSA SANTOS SALES

SERVIÇO PÚBLICO EFICIENTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Brasília - DF

2012

CAMILA OLIVEIRA SOUSA SANTOS SALES
MAT. 110484

SERVIÇO PÚBLICO EFICIENTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Trabalho de conclusão de Curso
apresentado ao curso de Pós Graduação
em Direito Administrativo e Processo
Administrativo.

Brasília – DF
2012

CAMILA OLIVEIRA SOUSA SANTOS SALES

SERVIÇO PÚBLICO EFICIENTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Brasília, ____ de _____ de 2012.

BANCA EXAMINADORA

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por sempre iluminar os meus caminhos e me dar força para recomeçar.

Ao meu órgão empregador, Fundo Nacional de Desenvolvimento a Educação – FNDE pelo apoio e incentivo financeiro essenciais ao alcance de mais esta conquista.

A todas as pessoas que de uma maneira ou outra contribuíram para a realização deste trabalho.

DEDICATÓRIA

Em especial, quero dedicar este trabalho a minha filha Sarah pelo amor incondicional, a minha mãe, a minha tia Zenilda pelo apoio e incentivo.

A todos que direta ou indiretamente contribuíram para essa pesquisa,
Meus sinceros agradecimentos.

EPÍGRAFE

"Não há transição que não implique um ponto de partida, um processo e um ponto de chegada. Todo amanhã se cria num ontem, através de um hoje. De modo que o nosso futuro baseia-se no passado e se corporifica no presente. Temos de saber o que fomos e o que somos para sabermos o que seremos." (Paulo Freire)

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a prestação de um serviço público eficiente como direito fundamental, tendo em vista que o nosso ordenamento jurídico assegura que a sociedade tem o direito de exigir do Poder Público que atue positivamente em seu favor, que realize prestações, ofertando serviços ou bens. Defendendo o ponto de vista que, sendo o serviço público direito fundamental, deve o Estado assegurar que a sua prestação seja adequada e eficiente às necessidades da sociedade. Não se justificando que a carência de recursos humanos e materiais, bem como, de um controle efetivo e eficiente seja motivo para a ausência ou prestação ineficiente de serviços públicos, visto que a sociedade não pode ser penalizada pela inércia atribuída exclusivamente ao Estado. Serão enfocados neste trabalho: os princípios administrativos aplicáveis ao serviço público; a origem, o conceito e proteção dada aos direitos fundamentais; o conceito e a finalidade do serviço público; bem como, a eficácia do controle administrativo na prestação de serviços públicos. Demonstrando a ineficiência na prestação dos serviços públicos ante a impossibilidade de vigilância e fiscalização eficaz por parte da administração pública. Visto que, na realidade em que vivemos onde grande parte da população depende única e exclusivamente de um serviço público adequado e eficiente para ter acesso a direitos básicos fundamentais para o alcance de uma de uma vida digna.

Palavras chaves: direito fundamental, serviço público, eficiência.

ABSTRACT

This study aims to analyze the performance of an efficient public service as a fundamental right, considering that our legal system ensures that society has the right to require the Government to act positively in their favor, to conduct services, offering goods or services. Defending the view that as the key public service law, the state must ensure that their supply is adequate and efficient society's needs. Not justifying the lack of human and material resources, as well as an effective and efficient control is the reason for absence or inefficient provision of public services, as the company may not be penalized by the inertia attributed exclusively to the State. This work will focus on: the administrative principles applicable to public service, the origin, the concept and protection given to fundamental rights, the concept and purpose of public service as well as the effectiveness of administrative control in the provision of public services. Demonstrating the inefficiency in the provision of public services compared to the impossibility of effective monitoring and supervision by the government. Since in reality we live in where much of the population depends solely an adequate and efficient public service to have access to basic rights fundamental to the achievement of a dignified life.

Key words: fundamental right. public service. efficiency.

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	iii
DEDICATÓRIA.....	iv
EPÍGRAFE.....	v
RESUMO	vi
ABSTRACT	vii
INTRODUÇÃO	11
2- PRINCÍPIOS GERAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	13
2.1 - Considerações Gerais	13
2.2 - Princípio da Legalidade ou da Reserva Legal	15
2.3 - Princípio da Impessoalidade ou Finalidade	16
2.4 - Princípio da Moralidade	18
2.5 - Princípio da Publicidade	19
2.6 - Princípio da Eficiência	20
2.7 - Princípio da Supremacia do Interesse Público	22
2.8 – Princípio da Continuidade do Serviço Público	23
2.9 - Princípio da Modicidade das Tarifas	24
2.10 - Princípio da razoabilidade e da proporcionalidade	25
2.11 - Princípio da Responsabilidade do Estado por Atos Administrativos ...	26
3 DIREITOS FUNDAMENTAIS	27
3.1 Origem e evolução dos direitos fundamentais.....	28
3.2 Gerações de direitos fundamentais	32
3.3 Diferença entre Direitos e Garantias Fundamentais	35
3.4 Proteção Constitucional aos Direitos Fundamentais.....	35
4 CONCEITO E FINALIDADE DO CONTROLE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	37
4.1- Controle interno	39
4.2- Controle externo	40
4.3- Controle social	41
5 SERVIÇO PÚBLICO	43
5.1 Conceito	43
5.2 Classificação	44
5.3 Titularidade para prestação de Serviços Públicos	45
5.4 Formas e Meios para a Prestação de Serviços Públicos	45

5.4.1 Concessão.....	45
CONCLUSÃO	47
BIBLIOGRAFIA	49

INTRODUÇÃO

A presente monografia visa demonstrar a necessidade de o Estado em garantir que a sociedade tenha acesso a serviços públicos eficientes e de qualidade. Isto porque a falta e/ou a prestação ineficiente de serviços públicos é algo facilmente detectado no cotidiano da nossa sociedade.

A escolha do tema advém, principalmente, pelo fato de que no Brasil grande parte da população depende exclusivamente de serviços públicos, isto significa que saúde, educação e diversos outros serviços públicos só estarão ao alcance de todos quando prestado de forma eficiente pelo Estado.

Atualmente, a prestação do serviço público pelo Estado, comporta uma série de vicissitudes aptas a comprometer a sua eficiência, cumprindo-nos destacar, sobretudo a falta de infra-estrutura; a dotação orçamentária; a demanda excessiva; a defasagem salarial dos servidores públicos e a falta de um controle rigoroso dos atos administrativos.

O objetivo geral do trabalho será um exame crítico da forma como os serviços públicos são prestados atualmente no Brasil, quer seja quando são prestados diretamente pelo próprio ente titular da competência, como quando sua execução é delegada a terceiros.

Pretende-se, com o presente trabalho, analisar o problema, verificando os principais motivos e causas que levam a administração pública à ausência e/ou a deficiência na prestação de serviços públicos, com base na realidade brasileira, tendo em vista que incumbe ao Poder Público, direta ou indiretamente, a prestação de serviços públicos.

Especificamente, serão perquiridas a legislação e a doutrina tendo como foco a obrigação do Estado em conceder proteção constitucional, dada aos direitos fundamentais, a prestação de serviços públicos eficientes.

A importância dessa pesquisa repousa em demonstrar que sem o respaldo do poder estatal não há como obter um serviço público eficiente e de qualidade, sendo necessário que haja um efetivo controle interno e externo da Administração Pública para que a sociedade não seja prejudicada por quem deveria resguardá-la.

Opta-se pela pesquisa bibliográfica, da melhor forma para a construção da apresentação e problematização do controle da Administração Pública com enfoque

na aplicação do princípio da eficiência na prestação do serviço público constituído como direito fundamental aclarado pela doutrina.

Para melhor entendimento do que se está a discorrer, o desenvolvimento do artigo se divide em quatro partes principais.

Em primeiro lugar, falar-se-á a respeito dos princípios gerais da administração pública, pois representam um patamar indeclinável, com ilimitada proteção na compreensão de todas as normas positivas estatais.

Em seguida, se destinará um capítulo ao estudo do direito fundamental, no intuito de esclarecer sua origem, objetivo e finalidade, para mais tarde questioná-los em relação à obrigatoriedade do Estado em garantir a prestação de um serviço público adequado e eficiente.

Na continuidade, será discutido a respeito do serviço público, tema deste trabalho, incluindo a sua configuração jurídica clássica, seu regime jurídico, conceito, classificação, formas e meios de sua prestação.

Na última parte, serão analisadas as formas de controle adotadas atualmente pela administração pública, porque sem dúvida, é o principal meio para garantir que seja prestado um serviço de qualidade, que seja eficiente, independente de quem o preste.

2- PRINCÍPIOS GERAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1 - Considerações Gerais

Primeiramente, gostaria de ressaltar a importância dos princípios para o nosso ordenamento jurídico. Tendo em vista que o ser humano é incapaz de supor e ainda disciplinar todos os fatos a que estamos sujeitos no nosso dia a dia. A existência dos princípios possibilita que tenhamos um ordenamento jurídico dinâmico, preparado para solucionar novas situações sem que haja necessariamente uma alteração nas normas já existentes.

É inegável que as transformações culturais, econômicas e sociais acontecem numa velocidade impressionante, fato este, que impossibilita que as normas escritas acompanhem os desejos e as necessidades da sociedade. Segundo a legislação brasileira quando não possuímos uma norma aplicável ao caso concreto utilizamos o costume, a analogia e os princípios gerais do direito é o que prevê o art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito."

Segundo o professor Sérgio de Andréa Ferreira, em "Direito Administrativo Didático"

No Estado de Direito, o poder público, ao editar a norma jurídica, autolimita-se, e se submete à regra jurídica, tal como os particulares. Isso não significa, contudo, que haja tipicidade na atuação da administração pública. Seria impossível que o legislador descrevesse de antemão, de modo completo, como a administração pública teria de agir sempre. Ao administrador público são facultadas opções, sempre dentro dos limites da lei. (FERREIRA, 1981, p. 45)

Isso significa que ao integrar o juiz não pode basear-se em convicções pessoais, nem muito menos atuar como legislador, estes limites evitam que se tomem decisões arbitrárias que ponham em risco a segurança jurídica.

Nesse sentido é o posicionamento de Eduardo Espíndola e Eduardo Espíndola Filho:

Quando não haja lei, nem costume, o aplicador, que não pode deixar sem solução o caso concreto apresentado, tem necessidade de buscar, noutra fonte, a regra, com quem decidirá a espécie; e, se a analogia não pode ser considerada fonte do direito, com caráter próprio, pois não é possível

desconhecer que a fonte é, em última análise, a lei, de onde se tirou a regra, que vai aplicada analogicamente, outro tanto não acontece, quando há precisão de recorrer a elementos absolutamente estranhos às duas fontes formais, para ter o preceito disciplinador; e, que já, nessa contingência, serão os princípios gerais do direito o elemento fornecedor da regra, podem ser considerados verdadeira fonte supletiva. (ESPÍNDOLA & ESPÍNDOLA FILHO, 1943, p. 113)

Muitos juristas conceituam os princípios e lhes agregam utilidades. O doutrinador Celso Antônio Bandeira de Melo define os princípios como:

Princípio [...] é por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção aos princípios implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representam insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustêm e alui-se toda a estrutura nela esforçada. (MELLO, 2007, p. 922-923)

Para Diógenes Gasparini, os princípios são “um conjunto de proposições que alicerçam ou embasam um sistema e lhe garante validade”. (GASPARINI, 2004, p. 6)

Hoje em dia, a doutrina tem admitido que os princípios possuam funções muito mais extensas do que simplesmente suprir a lacuna das leis. Os princípios atuam como orientadores na aplicação e interpretação das normas, e ainda, como parâmetro para a atuação do legislador.

Os princípios gerais assumem importância inestimável, porquanto são eles, muito freqüentemente, o caminho mais seguro tanto para preencher lacunas dos dispositivos legais, como também, e principalmente, para se chegar, na exegese de textos expressos em lei ao sentido mais fiel, ao espírito do ordenamento jurídico e ao objetivo visado pelo legislador, bem como para colocar a norma a serviço dos autênticos fins sociais a que ela se dirige, atendendo, ao mesmo tempo, aos reclamos do bem comum, tal como no direito brasileiro, ordena o artigo 5º da Lei de Introdução. [...] Diante da dupla missão dos princípios gerais no que diz respeito ao conhecimento e aplicação do ordenamento jurídico, quais sejam a de preencher as lacunas da lei e a de fornecer recursos para fixação das necessidades do fim social dela bem como das exigências do bem comum, fácil é compreender a importância que assume o estudo e manejo dos princípios gerais por quem

se aventure a penetrar pelos caminhos da ciência do direito e da realização efetiva da ordem jurídica. (THEODORO JUNIOR, 1991, p. 175)

No que diz respeito à relevância dos princípios no direito administrativo, vale salientar a lição de Di Pietro:

Sendo o direito administrativo de elaboração pretoriana e não codificado, os princípios representam papel relevante nesse ramo do direito, permitindo à Administração e ao Judiciário estabelecer o necessário equilíbrio entre os direitos dos administrados e as prerrogativas da Administração. (DI PIETRO, 2000, p. 67)

Partindo desse contato entre Constituição e Direito Administrativo, vejamos os princípios administrativos básicos apresentados pela doutrina pátria.

2.2 - Princípio da Legalidade ou da Reserva Legal

O princípio da legalidade, prescrito no art. 5º, II da Constituição Federal Brasileira: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”¹. O princípio da legalidade não trata-se apenas de proceder segundo a lei, mesmo porque todos somos sujeitos à lei. Trata-se de um princípio aplicado diretamente na administração pública. Diz o artigo 37 da Constituição Federal que “a administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.”

Isso significa que, o Administrador público, no exercício de suas funções, deve obedecer a Lei e atuar de acordo com as exigências do bem comum.

Na precisa lição de Hely Lopes Meirelles:

Na Administração Pública, não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa ‘pode fazer assim’; para o administrador público ‘deve fazer assim’. (MEIRELLES, 2003, P.86).

Complementando o raciocínio, o insigne doutrinador Celso Ribeiro Bastos leciona que

o princípio da legalidade mais se aproxima de uma garantia constitucional do que de um direito individual, já que ele não tutela, especificamente, um bem da vida, mas assegura, ao particular, a prerrogativa de repelir as

injunções que lhe sejam impostas por uma outra via que não seja a da lei.
(BASTOS, 2002)

Celso Antônio Bandeira de Mello diz que

é o fruto da submissão do Estado à lei. É em suma: a consagração da idéia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição *de comandos complementares* à lei.
(MELLO, 1995, p. 47)

Nesse sentido é o posicionamento do doutrinador Caio Tácito:

Deve o administrador gozar de uma área de competência ampla, dentro da qual possa agir com desenvoltura. Ao controle da legalidade incumbe, porém, o patrulhamento das fronteiras, de modo a vedar as excursões abusivas e manter o poder discricionário em seus domínios legítimos. No plano jurídico, a administração funciona sob regime de liberdade vigiada: tudo lhe é permitido fazer, em benefício do interesse público, salvo aquilo que ofenda à lei. A noção de legalidade fiscaliza a atividade discricionária, sem nela interferir, a não ser quando exorbitante. (TACITO, 1975, p. 25)

A influência significativa e a obediência ao princípio da legalidade conduzem a uma posição de segurança jurídica, decorrente da aplicação precisa e exata da lei preestabelecida.

2.3 - Princípio da Impessoalidade ou Finalidade

O princípio da impessoalidade possui dois aspectos, primeiramente, o administrador no exercício de suas funções deve agir de forma isonômica, buscando sempre atingir o interesse público, o que veda o tratamento privilegiado ou discriminatório aos administrados.

O que é exemplarmente enfocado por Helly Lopes Meirelles:

O que o princípio da finalidade veda é a prática de ato administrativo sem interesse público ou conveniência para a Administração, visando unicamente a satisfazer interesses privados, por favoritismo ou perseguição dos agentes governamentais, sob a forma de desvio de finalidade. Esse desvio de conduta dos agentes públicos constitui uma das mais insidiosas modalidades de abuso de poder. (LOPES, 2005, p. 92)

No mesmo sentido, Celso Antonio Bandeira de Mello esclarece que nesse princípio

(...) se traduz a idéia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimenotas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação

administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia. (MELLO, 2002, p. 96)

Isso significa que ao falarmos em impessoalidade ou finalidade dos atos administrativos devemos ter em mente que o objetivo da prática de qualquer ato administrativo será sempre o interesse público, independentemente de quem sejam os interesses beneficiados ou prejudicados.

Por outro lado, a impessoalidade significa também que os Administradores não podem imprimir marca pessoal na prática de seus atos, pois todos os atos públicos são praticados pela Administração e não pela pessoa que o executou. Nesse sentido, determina o § 1º do art. 37 da Constituição que:

(...) a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos. (BRASIL, CF, § 1º do art. 37)

É o que disciplina o professor José Afonso da Silva “O princípio ou regra da impessoalidade significa que os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que o pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o funcionário.” (SILVA, 1994, p. 7)

Assim também Odete Medauar, para quem:

Impessoalidade, imparcialidade, objetividade envolvem tanto a idéia de funcionários que atuam em nome do órgão, não para atender objetivos pessoais, como de igualdade dos administrados e atuação norteadas por fins de interesse público. Trata-se de ângulos diversos do intuito essencial de impedir que fatores pessoais, subjetivos, sejam os verdadeiros móveis e fins das decisões administrativas. Com o princípio da impessoalidade, a Constituição visa a obstaculizar atuações geradas por antipatias, simpatias, objetivos de vingança, represálias, ‘trocós’, nepotismo, favorecimentos diversos, muito comuns em concursos públicos, licitações, processos disciplinares, exercício do poder de polícia. Busca, desse modo, fazer predominar o sentido de função, isto é, o caráter objetivo nas atuações dos agentes, pois, sob tal enfoque, os poderes atribuídos não se destinam a atender interesses e móveis subjetivos e pessoais; finalizam-se ao interesse de toda a coletividade, portanto a resultados desconectados de razões pessoais. (MEDAUER, 1993, p. 89-90)

Por esse princípio a Administração Pública deve tratar os seus administrados de forma isonômica, a partir de critérios objetivamente estabelecidos. E seus atos devem sempre ser imputados ao órgão ou entidade em nome do qual o agente público os pratica.

2.4 - Princípio da Moralidade

Por este princípio, toda a atividade da Administração pública deve pautar-se não só pela lei, mas também pela moral, haja vista que nem tudo que é legal é honesto. Por isso, vigora em nosso ordenamento a idéia de que o comportamento da administração deve ser sempre o melhor e mais útil ao interesse público.

A própria Constituição Federal brasileira possui diversos dispositivos que consagram o princípio da moralidade, sendo que, o que mais merece destaque o inciso LXXIII do artigo 5º, discorrendo o seguinte, “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular objetivando anular ato lesivo a moralidade administrativa”². Também se deve a este princípio o fato da nossa Constituição considerar crime de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentarem contra a probidade administrativa, conforme artigo 85, inciso V. Todas estas disposições refletem a preocupação com a honestidade, lealdade e boa-fé dentro da administração pública.

Neste sentido, temos a decisão do Supremo Tribunal Federal,

A atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado. O princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos agentes e órgãos governamentais. (ADI 2.661-MC Rel. Min. Celso de Mello, DJ 23/ 08/ 02)

A moral administrativa está diretamente ligada à idéia de probidade e de boa-fé. De acordo, com o Decreto 1.171/94, Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo, “o servidor público não poderá jamais desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas principalmente entre o honesto e o desonesto”.

A Administração tem o dever de agir com moralidade, isto é, em conformidade com a lei. Para tanto, deve unir o legal ao ético. Pois moralidade faz parte do

conceito de legalidade, portanto um ato imoral é também um ato ilegal e inconstitucional e, sendo assim, estará sujeito a um controle do Poder Judiciário.

2.5 - Princípio da Publicidade

Atualmente a publicidade, no âmbito dos órgãos públicos, é determinação expressa da Constituição Brasileira. A Administração Pública tem o dever de dar publicidade a todos os seus atos, contratos ou instrumentos jurídicos. Essa transparência possibilita que qualquer pessoa questione e controle a atividade administrativa, como a administração busca sempre o interesse público, não há motivo, em regra, para que tenhamos o sigilo.

Segundo os ensinamentos de Meirelles,

Publicidade é a divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos. Daí por que as leis, atos e contratos administrativos que produzem consequências jurídicas fora dos órgãos que os emitem exigem publicidade para adquirirem validade universal, isto é, perante as partes e terceiros. (MEIRELLES, 2003, p. 92)

Todavia, essa regra não é absoluta, em determinados casos, quando o interesse público, a segurança e a intimidade justificarem, o sigilo deve ser respeitado. A própria CF/88 estabelece diversas exceções. Vejamos algumas no art. 5º:

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

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

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

LXXII - conceder-se-á "habeas data":

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativa. (CF, BRASIL)

A doutrinadora Odete Medauar observou que, no âmbito administrativo, vigora o direito à “informação geral”, isto é, direito de obter conhecimento adequado dos fatos que estão na base da formação do processo, e de todos os demais fatos, dados, documentos e provas que vierem à luz no curso do processo. Daí resultam as exigências impostas à Administração no tocante à comunicação aos sujeitos de elementos do processo em todos os seus momentos. Como é evidente, a comunicação deve abranger todos os integrantes da relação processual administrativa. Vincula-se, igualmente à informação ampla, o direito de acesso a documentos que a Administração detém ou a documentos juntados por sujeitos contrapostos. E a vedação ao uso de elementos que não constam do expediente formal, porque deles não tiveram ciência prévia os sujeitos, tornando-se impossível eventual reação a tais elementos. (MEDAUER, 1993, p. 104)

Vale ressaltar que, a Publicidade deve ter caráter educativo, informativo e de interesse social, sendo vedada a utilização de símbolos, imagens etc. que vislumbrem a promoção pessoal do Agente Administrativo.

2.6 - Princípio da Eficiência

Em 1998, durante a reforma administrativa, por meio da Emenda Constitucional nº 19/2008 foi incluído um novo princípio no rol dos já existentes. Com essa Emenda o princípio da eficiência tornou-se explícito, ganhou força e vinculou a atuação da Administração de forma mais rígida.

Em suas preciosas lições Maria Sylvia Di Pietro explicitou o argumento utilizado pelo Governo, no Plano Diretor da Reforma do Estado, para explicar os objetivos que se pretendia:

Reformar o Estado significa melhorar não apenas a organização e o pessoal do Estado, mas também as finanças e todo o seu sistema institucional-legal, de forma a permitir que o mesmo tenha uma relação harmoniosa e positiva com a sociedade civil. A reforma do Estado permitirá que seu núcleo estratégico tome decisões mais corretas e efetivas, e que seus serviços – tanto os exclusivos, quanto os competitivos, que estarão apenas indiretamente subordinados na medida que se transformem em organizações públicas não estatais – operem muito eficientemente. (DI PIETRO, 1999, p. 73)

Nesse sentido, deve o Estado prestar seus serviços com a maior eficiência possível. A eficiência exige que o Governo se mantenha atualizado com os novos

processos tecnológicos, de modo que a execução seja a melhor possível com o menor custo.

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo definem que,

A idéia de eficiência aproxima-se da de economicidade, princípio expresso no art. 70, *caput*, da Constituição, referente ao controle financeiro da Administração Pública. Busca-se o atingimento de objetivos traduzidos por boa prestação de serviços, do modo mais simples, mais rápido, e mais econômico, melhorando a **relação custo/benefício** da atividade da Administração. O administrador deve sempre procurar a solução que melhor atenda ao interesse público, levando em conta o ótimo aproveitamento dos recursos públicos, conforme essa análise de custos e benefícios correspondentes. (ALEXANDRINO E VICENTE DE PAULO, 2009, p. 205)

De acordo com o professor Alexandre Moraes o princípio da eficiência, está vinculado à prestação de serviços sociais essenciais à população, buscando à adoção de todos os meios legais e morais possíveis para a satisfação do bem comum. Neste princípio observamos as seguintes características: direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem comum, imparcialidade, neutralidade, transparência, participação e aproximação dos serviços públicos da população, desburocratização e busca da qualidade. (MORAES, 2002, p. 317)

O princípio da eficiência pressupõe que a administração realize suas atribuições com presteza e pode ser resumido como o dever da boa administração. Já que a eficiência diz respeito tanto à otimização dos meios quanto a qualidade do agir final.

Vladimir da Rocha França conceitua que "O princípio da eficiência administrativa estabelece o seguinte: toda ação administrativa deve ser orientada para concretização material e efetiva da finalidade posta pela lei, segundo os cânones jurídico-administrativo." (ROCHA, 2000, p. 168)

Consoante a doutrina do Prof. Ubirajara Costodio:

Do exposto até aqui, identifica-se no princípio constitucional da eficiência três idéias: prestabilidade, presteza e economicidade. Prestabilidade, pois o atendimento prestado pela Administração Pública deve ser útil ao cidadão. Presteza porque os agentes públicos devem atender o cidadão com rapidez. Economicidade porquanto a satisfação do cidadão deve ser alcançada do modo menos oneroso possível ao Erário público. Tais características dizem respeito quer aos procedimentos (presteza, economicidade), quer aos resultados (prestabilidade), centrados na relação Administração Pública/cidadão. Ocorre que há também outra espécie de situação a ser considerada quanto à Administração e que não engloba diretamente os cidadãos. Trata-se das relações funcionais internas mantidas entre os agentes administrativos, sob o regime hierárquico. Nesses casos, é fundamental que os agentes que exerçam posições de

chefia estabeleçam programas de qualidade de gestão, definição de metas e resultados, enfim, critérios objetivos para cobrar de seus subordinados eficiência nas relações funcionais internas dependerá a eficiência no relacionamento Administração Pública/cidadão. Observando esses dois aspectos (interno e externo) da eficiência na Administração Pública, então, poder-se-ia enunciar o conteúdo jurídico do princípio da eficiência nos seguintes termos: a Administração Pública deve atender o cidadão na exata medida da necessidade deste com agilidade, mediante adequada organização interna e ótimo aproveitamento dos recursos disponíveis. (CUSTÓDIA FILHO, 1999, p. 210-217)

Os agentes públicos têm o dever de escolher e usar com sensatez os melhores meios, recursos e esforços a serem empregados no cumprimento das atividades necessárias ao alcance dos resultados pretendidos pela administração. O aumento da eficiência estará assegurado na medida em que agentes públicos tenham a capacidade de escolher os meios para alcançar os fins desejados e sejam devidamente reconhecidos por isso.

2.7 - Princípio da Supremacia do Interesse Público

De acordo com este princípio o interesse da coletividade se sobrepõe ao interesse do particular. Significa que na ocorrência de conflito de interesses, há de prevalecer o interesse público. A Administração não tem a livre disposição dos bens e interesses públicos, porque atua em nome de terceiros e seus interesses são indisponíveis.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello,

(...) as prerrogativas inerentes à supremacia do interesse público sobre o interesse privado só podem ser manejadas legitimamente para o alcance de interesses público; não para satisfazer apenas interesses ou conveniências tão-só do aparelho estatal, e muito menos dos agentes governamentais. (BANDEIRA DE MELLO, 2005, p. 64)

Vale ressaltar que, a aplicação desse princípio não é absoluta, pois nos termos do art. 5º, inciso XXXVI, da CF/88, a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Fora essas exceções a administração pública deve vincular e direcionar seus atos de modo a garantir a supremacia do interesse público, até mesmo quando as atividades ou serviços públicos forem delegados aos particulares.

Na concepção de José dos Santos Carvalho Filho,

os bens e interesses públicos não pertencem à Administração nem a seus agentes. Cabe-lhes apenas geri-los, conservá-los e por eles velar em prol da coletividade, esta sim a verdadeira titular dos direitos e interesses

públicos. A Administração não tem a livre disposição dos bens e interesses públicos, porque atua em nome de terceiros. Por essa razão é que os bens públicos só podem ser alienados na forma em que a lei dispuser. Da mesma forma, os contratos administrativos reclamam, como regra, que se realize licitação para encontrar quem possa executar obras e serviços de modo mais vantajoso para a Administração. O princípio parte, afinal, da premissa de que todos os cuidados exigidos para os bens e interesses públicos trazem benefícios para a própria coletividade. (CARVALHO FILHO, 2006, p. 25-26)

2.8 – Princípio da Continuidade do Serviço Público

É obrigação do Estado à prestação regular de serviços públicos, quer seja direta ou indiretamente. Tal dever não admite que haja lapso de continuidade na prestação de serviços, isso quer dizer que não podem ser interrompidos aleatoriamente. O cidadão tem o direito de exigir que os serviços públicos sejam adequados e de qualidade, e ainda, sejam prestados de maneira contínua.

Citando os autores Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo

Os serviços públicos, como seu nome indica, são prestados no interesse da coletividade, sob regime de direito público. Por esse motivo, sua prestação deve ser adequada, não podendo sofrer interrupções. A interrupção de um serviço público prejudica toda coletividade, que dele depende para a satisfação de seus interesses e necessidades. A aplicação desse princípio implica restrição a determinados direitos dos prestadores de serviços públicos e dos agentes envolvidos em sua prestação. Uma peculiaridade do princípio da continuidade dos serviços públicos é que sua observância é obrigatória não só para toda a Administração Pública, mas também para os particulares que sejam incumbidos da prestação de serviços públicos sob regime de delegação (concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços públicos). (ALEXANDRINO e VICENTE DE PAULO, 2009, p. 214)

Em razão de ter o Estado o dever de prestar determinados serviços, fundamentais à população, mesmo que de forma descentralizada, por outorga ou delegação, é necessário que a Administração, até por uma questão de nexo, ofereça-os de forma contínua, e sem interrupção.

A doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro discorre que “*a continuidade do serviço público, em decorrência do qual o serviço público não pode parar, tem aplicação especialmente com relação aos contratos administrativos e ao exercício da função pública*”. (DI PIETRO, 2001, p. 101)

A mesma autora argumenta ainda que:

o usuário tem direito à prestação do serviço; se este lhe for indevidamente negado, pode exigir judicialmente o cumprimento da obrigação pelo concessionário; é comum ocorrerem casos de interrupção na prestação de

serviços como os de luz, água e gás, quando o usuário interrompe o pagamento; mesmo nessas circunstâncias, existe jurisprudência no sentido de que o serviço, sendo essencial, não pode ser suspenso, cabendo ao concessionário cobrar do usuário as prestações devidas, usando das ações judiciais cabíveis. (DI PIETRO, 2001, p. 272)

Posicionando-se sobre o assunto Celso Ribeiro Bastos,

O serviço público deve ser prestado de maneira contínua, o que significa dizer que não é passível de interrupção. Isto ocorre pela própria importância de que o serviço público se reveste, o que implica ser colocado à disposição do usuário com qualidade e regularidade, assim como com eficiência e oportunidade "... " Essa continuidade afigura-se em alguns casos de maneira absoluta, quer dizer, sem qualquer abrandamento, como ocorre com serviços que atendem necessidades permanentes, como é o caso de fornecimento de água, gás, eletricidade. Diante, pois, da recusa de um serviço público, ou do seu fornecimento, ou mesmo da cessação indevida deste, pode o usuário utilizar-se das ações judiciais cabíveis, até as de rito mais célere, como o mandado de segurança e a própria ação cominatória. (BASTOS, 2002, p. 117)

Diogo de Figueiredo Moreira Neto conclui acerca deste assunto que:

permanência do serviço à disposição dos administrados não significa, todavia, necessariamente, que não haja interrupções, o que pode ocorrer, tanto por motivos de ordem geral, como os de força maior, mencionados, na legislação ordinária, como os que resultam de uma situação de emergência ou, ainda, após um prévio aviso, sempre que possível, se for motivada por razões de ordem técnica e segurança das instalações (lei 8997/1995, art. 6º, §3º, e seu inciso I), e até por motivos de ordem particular, desde que justifiquem a paralisação, como entre outros, a inadimplência do usuário. (MOREIRA NETO, 2001, p. 417)

Resta evidente, que não seria possível exigir a continuidade do serviço público na ocorrência de caso fortuito ou de força maior, por se tratar de fato alheio a vontade das partes. Ressalta-se, porém, que os prejuízos sofridos em virtude da interrupção da prestação do serviço devem ser ressarcidos ao consumidor.

2.9 - Princípio da Modicidade das Tarifas

O princípio da modicidade prega que a tarifa cobrada para a execução de um serviço público de ser acessível, algo de baixo valor, o suficiente para que um cidadão com renda de um salário mínimo tenha acesso a serviços fundamentais para a manutenção do seu bem estar e de sua família.

A ponderação de valores é algo extremamente necessário, pois o custo excessivo obstaria o acesso de grande parte da população a serviços públicos que

seriam destinados a toda coletividade. Até porque a expectativa do consumidor é de pagar um preço justo pelo fornecimento de serviços públicos, tendo em vista que os mesmos não visam ao lucro, mas somente custear os gastos efetuados. Todavia uma tarifa módica não é necessariamente barata, mas sim a menor possível para a prestação de um serviço público adequado e de qualidade.

Ressaltasse que a modicidade tarifária é um dos pressupostos da prestação do serviço público adequado, conforme consta no art. 6º. §1º, da Lei n.º 8.987/1995: “art. 6º (...) §1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.”

2.10 - Princípio da razoabilidade e da proporcionalidade

Conforme estes princípios a atuação da Administração Pública deve obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, seguindo os parâmetros da razoabilidade, legalidade e da proporcionalidade, que vedam a prática de atos administrativos que não guardem uma proporção entre os meios utilizados e o fim que se pretende alcançar.

Destaca-se a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Princípio da razoabilidade. Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricão, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas - e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis -, as condutas desarrazoadas e bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricão manejada. (MELLO, 2002, 91-93)

Verifica-se com este princípio que a administração tem o compromisso de ao atuar pautar-se por critérios aceitáveis do ponto de vista racional, não se admitindo a prática de condutas excêntricas e/ou incoerentes. Tratam-se meramente da observação de condutas como instrumentos próprios para alcance de interesses públicos.

Nessa linha de raciocínio, o princípio da proporcionalidade ressalta a idéia de que as conseqüências administrativas só podem ser validamente exercidas na

extensão e intensidades proporcionais ao que realmente seja demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Ou seja, na atividade administrativa os meios devem ser adequados ao fim., isso significa que a extensão e a intensidade devem ser proporcionais ao atendimento do interesse público.

É vedado a administração ultrapassar os limites, agindo além do necessário para atender os fins de sua função. Suas ações devem ser comedidas, sem excesso, apenas o suficiente para se obter o interesse público.

2.11 - Princípio da Responsabilidade do Estado por Atos Administrativos

A Administração tem o ônus de agir segundo o disposto na lei, zelando para não lesar o particular. Dessa forma, o Estado assume a responsabilidade pelos atos de seus agentes públicos, de forma que, uma vez demonstrado o dolo, pode-se entrar com ação de regresso.

A própria Carta magna versa no parag. 6º, do art. 37 sobre o princípio da responsabilidade objetiva da administração por atos lícitos ou ilícitos, *in verbis*:

Art. 37. (...) § 6º As pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadoras de serviço público responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

O Estado também está sujeito ao direito, e como tal ele igualmente responde pela prática de seus atos.

O jurista Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua:

Entende-se por responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos. (MELLO, 2010, p. 993)

O Estado tem a obrigação de reparar o dano causado por suas ações ou omissões, para garantir a ordem e a segurança jurídica das relações. Ressalta-se que a responsabilidade objetiva da administração pública não é absoluta. Existem circunstâncias advinda do comportamento da própria vítima capaz de eximir ou atenuar essa obrigação.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para fazer frente à atuação do Estado, surgiram instrumentos de proteção do indivíduo, de acordo com a visão clássica, definidos como Direitos Fundamentais. Estes instrumentos foram sistematizados ao longo da Constituição Federal de 1988, não se atendo somente a ela ou ao seu tempo.

Defini-los sob uma perspectiva histórica e cultural torna-se uma atividade complexa, visto que esta definição deve estar pautada em um fundamento absoluto que garanta meios de coação e seu cumprimento de forma total e universal.

Segundo Bobbio (1992), existem quatro dificuldades em classificar os Direitos Fundamentais como absolutos: (i) O uso da expressão "direitos dos homens" é vazia de contexto, o que dá margens à interpretação subjetiva, de acordo com a ideologia do intérprete; (ii) os Direitos Fundamentais são determinados por necessidades e interesses da sociedade de um determinado período, e isso traz a mutabilidade; (iii) são heterogêneos, com a diversidade acabam por conflitar entre si; (iv) sofre de afirmação de duas proposições, com denotação para liberdades em antinomia à outras para poderes. (Pfaffenseller, 2007, p. 2)

As liberdades trazem ao Estado a obrigação negativa, enquanto que os poderes trazem uma obrigação positiva, e por isso não há como traçar um limiar com fundamento absoluto que contemple ambos os interesses. Bobbio (1992), afirma que ao aumentar os poderes do indivíduo, estes estarão reduzidos de liberdades. (Pfaffenseller, 2007, p. 2)

Entretanto, a busca por um fundamento absoluto é necessário à defesa dos Direitos Fundamentais para garantir sua efetividade. Isso ampliou a discussão para os meios filosóficos, sociológicos e políticos, não limitando-se apenas às discussões jurídicas. (Pfaffenseller, 2007, p. 3)

Não obstante, a definição da expressão utilizada, deve ser adequada, distinguindo direitos fundamentais, direitos do homem e direitos humanos. Para Bobbio: "Direitos do homem são aqueles cujo reconhecimento é condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana, ou para o desenvolvimento da civilização". A CF (1988) faz uso de diferentes expressões, como: direitos humanos (art. 4º, II), direitos e garantias fundamentais (título II), direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI), Direitos Fundamentais da pessoa humana (art. 17).

Vladimir Brega Filho entende direito fundamental como: “o mínimo necessário para a existência da vida humana.” (2002), fazendo referência à garantia de uma vida digna, conforme os preceitos de dignidade da pessoa humana. (Pfaffenseller, 2007, p. 3)

Dessa maneira explica Pfaffenseller:

Direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); Direitos Fundamentais são os direitos do homem, jurídico institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. (CANOTILHO apud Pfaffenseller, 2007, p. 4)

A autora explica ainda, que de acordo com Canotilho (1998) essa ordem jurídica citada, não se limita à Constituição, pois são enunciados por normas com valor formal e materialmente formais:

Ressalte-se que a ordem jurídica citada por Canotilho (1998) não se restringe à Constituição, pois ele separa os Direitos Fundamentais em “formalmente constitucionais”, que são os enunciados por normas com valor constitucional formal, e “materialmente fundamentais”, sendo estes os direitos constantes das leis aplicáveis de direito internacional não positivados constitucionalmente. Neste mesmo sentido versa Comparato, para o qual os Direitos Fundamentais são os direitos humanos reconhecidos como tal pelas autoridades, às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional; são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos Tratados Internacionais. (COMPARATO apud Pfaffenseller 2007, p. 4)

Nesse sentido, os Direitos Fundamentais, conforme Comparato (2001, p. 56) pode ser compreendido como os direitos humanos, assim reconhecidos tanto nos Estados como no plano internacional.

3.1 Origem e evolução dos direitos fundamentais

Observa-se que os Direitos Fundamentais não são frutos da constitucionalização, mas são precedentes ao fenômeno. Mas, sim produtos de diversas transformações ocorridas na evolução do pensamento humano e desenvolvimento das sociedades. (Pfaffenseller, 2007, p. 5)

Segundo Comparato (2001) o período axial, compreendido pelos séculos VIII a II a.C., surgiu os primeiros resquícios que deram origem aos Direitos Fundamentais. Período em que foi observado o surgimento da filosofia em detrimento da mitologia, valorizando o saber racional, de acordo com Comparato:

É a partir do período axial que o ser humano passa a ser considerado, pela primeira vez na História, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, não obstante as múltiplas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais. Lançavam-se, assim, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais, porque a ela inerentes. (COMPARATO apud Pfaffenseller 2007, p. 5)

A partir de então, na Grécia, surge por meio dos sofistas e dos estóicos, a noção de lei não escrita, reconhecida por consenso universal, não apenas como a lei particular de cada povo. Observa-se que as leis são dotadas de fundamento moral e ressaltado o pensamento religioso e a ideia de direito natural. Destarte, a ideia compartilhada pelo Cristianismo, que apregoa serem os homens todos irmãos e filhos de Deus, fundamentou a construção de uma base para os direitos de igualdade entre os homens, ainda que existissem suas diferenças individuais e coletivas. (Pfaffenseller, 2007, p. 5)

A partir desse conceito, a teoria do estado natural prevaleceu, o que representa que os homens são livres, iguais e têm direitos inerentes a eles, pelo simples fato de existir. Sendo o direito natural superior e antecedente à ordenação do Estado, este estaria desabilitado a desconstituí-lo, tão pouco qualquer homem.

Bobbio (1992) afirma que a doutrina jusnaturalista, é precursora da teoria individualista, entendendo o homem como titular de direitos em si mesmo, não apenas como um membro da sociedade. Isso contrariou a concepção anterior, organicista, que diz ser a sociedade um todo, e por isso está acima das partes. Para o autor:

concepção individualista significa que primeiro vem o indivíduo [...], que tem valor em si mesmo, e depois vem o Estado, e não vice-versa, já que o Estado é feito pelo indivíduo e este não é feito pelo Estado. (BOBBIO apud Pfaffenseller, 2007, p. 5)

Estes fundamentos universalizam os direitos fundamentais e não distingue o homem geograficamente, por fronteiras ou nacionalidade. Não obstante, simplesmente afirmar a existência de direitos não é suficiente para garantir sua efetividade. E ainda conforme Bobbio:

Enquanto teorias filosóficas, as primeiras afirmações dos direitos do homem são pura e simplesmente a expressão de um pensamento individual: são universais em relação ao conteúdo, na medida em que se dirigem a um homem racional fora do espaço e do tempo, mas são extremamente limitadas em relação à sua eficácia, na medida em que são (na melhor das hipóteses) propostas para um futuro legislador. (BOBBIO apud Pfaffenseller, 2007, p. 6)

Então surge a segunda fase dos direitos fundamentais, que passam a ser positivados pelos Estados, na idade média, mesmo com o feudalismo instaurado, que contribuiu para eliminar a ideia antes proposta em Atenas e na República Romana de democracia e controle dos órgãos públicos. E nesse período, os reis e o papa passam a reivindicar seus poderes, e contra a concentração de poderes surgem inúmeras manifestações.

A partir desse cenário, João Sem-Terra, rei da Inglaterra, assina a Carta Magna, com intenção de cessar os conflitos entre barões feudais e o papado. Essa Carta concedia privilégios aos senhores feudais, não expressava uma declaração de direitos, entretanto, é o primeiro vestígio de limitação de poder soberano do monarca.

Tais limitações apontavam para uma futura separação de Estado e Igreja, com a previsão de liberdades eclesiásticas. Regulava o poder de tributar a partir do consentimento do contribuinte; lançou bases para a criação do tribunal do júri e outros direitos fundamentais ainda previstos hoje.

Diante dos conflitos constantes derivados de querelas religiosas a Inglaterra destrona o rei Jaime II e concede a coroa ao príncipe Guilherme de Orange, que a assumiu após aceitar uma declaração de direitos votada pelo Parlamento, a Bill of Rights (1689). Segundo Comparato:

O Bill of Rights criava, com a divisão de poderes, aquilo que a doutrina constitucionalista alemã do século XX viria denominar, sugestivamente, uma garantia institucional, isto é, uma forma de organização do Estado cuja função [...] é proteger os Direitos Fundamentais da pessoa humana. (COMPARATO apud Pfaffenseller, 2007, p. 7)

Segundo Comparato (2001) surge "uma declaração a humanidade" quase um século após a independência das colônias dos Estados Unidos da América do Norte, no Estado da Virgínia com sua declaração que previu uma série de direitos reafirmados posteriormente e que rompeu a política com a legitimidade da soberania popular.

Para Bobbio (1992), a positivação dos direitos em Declarações dos Estados traz para os Direitos Humanos concretude, entretanto, perde em universalidade, isso porque só têm validade no âmbito do Estado que os reconhece. Como exemplo, o autor aponta a Declaração de Direitos da Revolução Francesa. Entretanto, esta se difere da Declaração de Independência dos Estados Unidos, pois, segundo

Comparato (2001) a Revolução Francesa teve a intenção de anunciar-se para todos os povos e todos os tempos. (Pfaffenseller, 2007, p. 8)

Conforme pensa Bonavides, “a universalidade se manifestou pela vez primeira, qual descoberta do racionalismo francês da Revolução, por ensejo da célebre declaração dos Direitos do Homem de 1789.” Para o autor, as declarações que antecederam de ingleses e americanos eram concretas, porém, estavam dirigidas a um povo particular, ou a uma parte social privilegiada. O que não se podia observar na Declaração francesa que tinha por destinatário o gênero humano, o que a tornava mais ampla.

As diferenças abordavam questões como, a ênfase dada pelos Estados Unidos às garantias judiciais dos Direitos Fundamentais, ao passo que os franceses, declararam direitos, e não se preocuparam em mencionar instrumentos judiciais que os garantissem. Entretanto, Comparato (2001), não entende a necessidade das garantias, porque segundo ele:

O Direito vive, em última análise, na consciência humana. Não é porque certos direitos subjetivos estão desacompanhados de instrumentos assecuratórios próprios que eles deixam de ser sentidos no meio social como exigências impostergáveis. [...] a vigência dos direitos humanos independe do seu reconhecimento constitucional, ou seja, de sua consagração no direito positivo estatal como Direitos Fundamentais. (COMPARATO apud Pfaffenseller, 2007, p. 8)

Dessa maneira, acreditava-se que a Declaração de 1789 não possuía caráter normativo, isso devido a não ser sancionado pelo monarca. Entretanto, a competência decisória por ela exercida foi reconhecida como sendo proveniente da vontade da Nação, evidente como Poder Constituinte, sendo o rei mero poder constituído. (Pfaffenseller, 2007, p. 8)

A Declaração Francesa principiou a partir de três caracteres fundamentais: o intelectualismo, porque a declaração era “antes de tudo um documento filosófico e jurídico que devia anunciar a chegada de uma sociedade ideal”; o mundialismo, devido à amplitude dos valores ali declarados que se estendiam além da fronteira do país e atingia toda a universalidade de seres humanos; e o individualismo, com a consagração das liberdades do indivíduo, preocupando-se tão somente em defendê-lo contra o Estado. (SILVA apud PFAFFENSELLER, 2007, p. 9)

Não obstante, José Afonso da Silva (2002) inclui a Declaração do Povo Trabalhador e Explorado, da ex-União Soviética, aprovado em 1918, que não se limitou ao reconhecimento de direitos econômicos e sociais, mas também realizou

uma nova concepção da sociedade e do Estado e abordando uma nova ideia de direito, dentro do capitalismo, com vistas a busca da libertação do homem de qualquer forma de opressão. (SILVA, apud PFAFFENSELLER, 2007, p. 9)

Com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, dá-se início à terceira e mais importante fase dos Direitos Fundamentais contemplando universalidade e, segundo Bobbio (1992):

Põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado. (BOBBIO apud PFAFFENSELLER, 2007, p. 9)

Não obstante, a Declaração de 1948 não tem força de norma jurídica e é considerada apenas o início da grande evolução por ela causada. Seu surgimento data com o fim da Segunda Guerra Mundial, com interesse de por fim nas atrocidades cometidas contra a dignidade humana, sendo apenas um ideal a ser alcançado.

E diante desse cenário de vasta evolução, é possível conferir não ser possível atribuir aos Direitos Fundamentais um fundamento absoluto, por não ser suficiente um só fundamento absoluto para explicar todos os Direitos Fundamentais que existem.

3.2 Gerações de direitos fundamentais

Os Direitos Fundamentais evoluíram de acordo com a evolução da sociedade e modificou as tutelas pretendidas abrindo espaço para o surgimento contínuo de novos Direitos. Suas gerações consubstanciam-se numa espécie de demonstração, na linha do tempo, da evolução das garantias conquistadas pelo constitucionalismo, entretanto, estas gerações dos direitos fundamentais não podem ser vistas como etapas necessariamente sucessivas.

As gerações dos direitos fundamentais são movimentos constitucionais, baseados ao seu tempo e momento em busca dos direitos considerados, à época, fundamentais para o desenvolvimento da sociedade. Entretanto, a evolução com a divisão dos direitos fundamentais em gerações permite que se insira a luta por direitos que caracterizam outra geração, ou seja, são complementares em si.

Os direitos de primeira geração, os primeiros previstos constitucionalmente, dizem respeito aos direitos da liberdade, e fazem referência aos direitos civis e políticos, tendo como titular o indivíduo. São direitos de resistência ou oposição contra o Poder Público.

Como exemplos de Direitos Fundamentais de primeira geração os direitos à vida, à liberdade e à igualdade, garantidos no caput do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Derivados assim como, as liberdades de manifestação (art. 5º, IV), de associação (art. 5º, XVII) e o direito de voto (art. 14, caput).

Segundo Bobbio (1992), os direitos de primeira geração fazem menção a separação entre Estado e Sociedade, em que esta exige do Estado uma obrigação negativa, com vistas a não interferir na liberdade dos indivíduos. Nesta dimensão, entretanto, concernente aos direitos políticos, Bobbio afirma que são direitos concedentes de uma liberdade dentro do Estado, não obstante, porque permitem mais ampla participação, geral e contínua dos membros da comunidade, no poder político. (BOBBIO apud PFAFFENSELLER, 2007, p. 10)

Os direitos sociais, culturais e econômicos são de segunda geração e derivam do princípio da igualdade. Surgiram a partir do Estado social sendo percebidos como direitos da coletividade. Estes direitos exigem prestações determinadas desde o Estado, o que pode gerar questionamentos sobre sua aplicabilidade imediata, isso pois, o organismo estatal pode não possuir meios suficientes para cumpri-los. Constituições mais recentes, como a brasileira, sanam esse questionamento, prevendo como exemplo no art. 5º, § 1º a auto-aplicabilidade das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais.

Os direitos sociais estão elencados em capítulo próprio na Constituição brasileira de 1988, São descritos, então, vários Direitos Fundamentais, entre os quais direito a educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança e previdência social (art. 6º, caput).

Neste contexto, um novo conceito de Direitos Fundamentais emergiu e estes foram objetivados. Conforme explica Bonavides (2002), O Estado tornou-se responsável por criar pressupostos fáticos para realizar direitos indispensáveis à plena execução da liberdade, e dos quais o indivíduo não tem necessariamente o controle. Não obstante, a legislação de Direitos Fundamentais que advinham de tratados, acordos, pactos e convenções foram inspirados pelos pressupostos. De acordo com o autor, tais pressupostos passaram a ser compreendidos como a

libertação material do homem em âmbito mais abrangente, de forma global. Despertando a ação não a partir de um Estado apenas, mas sim de uma comunidade de Estados. (BONAVIDES apud PFAFFENSELLER, 2007, p. 11)

Os Direitos Fundamentais de terceira geração surgem num contexto fraternal, visando à proteção do ser humano e não somente do indivíduo ou do Estado representando a coletividade. Os direitos difusos, segundo Sarlet, são distintos por imprimirem seu caráter desprendido do homem-indivíduo, compreendendo sua proteção para grupos de humanos. Por isso, concernente ao autor, é que se denomina “direitos de solidariedade” ou “fraternidade”, conjugados ao seu caráter universal. E em sua maior parte não estão positivados nas Constituições, mas em tratados, acordos e outros documentos transnacionais. (SARLET apud PFAFFENSELLER, 2007, p. 11)

Cinco direitos são identificados como de terceira geração, a princípio: direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação. Não obstante, o surgimento de outros direitos de terceira geração é totalmente possível, de acordo com o desenvolvimento do processo universalista.

Fala-se ainda na existência da quarta geração de Direitos Fundamentais. Estes estariam presentes, segundo Bonavides (2002) junto à globalização política na esfera da normatividade jurídica. Segundo ele, a sociedade está em vias de uma economia globalizada neoliberal, cuja filosofia é de poder negativa do Estado, com fins da dissolução do Estado Nacional, comprometendo a soberania deste. Estes são reconhecidos como o direito a democracia, ao pluralismo e à informação, formando o ápice dos Direitos Fundamentais. (BONAVIDES apud PFAFFENSELLER, 2007, p. 11)

Quanto da aplicabilidade dos Direitos Fundamentais, de acordo com Comparato alguns princípios lhes são atribuídos, os quais são responsáveis pela coesão do todo. Isso permite, segundo ele, que haja sempre a correção de rumos, em caso de conflitos internos ou transformações externas.

Ainda concernente ao pensamento do autor, os princípios são axiológicos e estruturais. Os primeiros são os que formam a tríade da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade. Já os princípios estruturais são divididos em espécies: I. Princípio da irrevogabilidade dos Direitos Fundamentais – o eu diz respeito a não ser permitido que estes sejam revogados, e II. Complementaridade

solidária, cujo conceito foi declarado na Conferência Mundial dos Direitos Humanos, em Viena, 1933, e diz que:

Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente, de modo justo e eqüitativo, com o mesmo fundamento e mesma ênfase. (COMPARATO APUD PFAFFENSELLER, 2007, p. 11)

Destarte, reportando ao conceito complementar e interdisciplinar dos Direitos Humanos das várias gerações.

3.3 Diferença entre Direitos e Garantias Fundamentais

Conforme Bonavides (2004), existem os sentidos lata e estrito. O primeiro diz respeito à manutenção da eficácia e proteção da ordem constitucional contra fatores que a coloquem sob ameaça. Já as garantias constitucionais em sentido estrito dizem respeito as garantias dos direitos subjetivos expressos ou outorgados na Constituição.

As garantias constitucionais, no entendimento estrito, visam a proteção de forma direta ou indireta dos direitos fundamentais, que são subjetivos, por meio de remédios jurisdicionais habilitados ao combate da violação de direitos fundamentais. Não obstante, há Garantias Institucionais, na modalidade autônoma protetiva, denominadas pelo jurista alemão Carl Schmitt. Trata esse ramo de dar garantias de proteção constitucional para instituições denominadas como fundamentais pela sociedade, e também para alguns direitos fundamentais de caráter institucional. De acordo com essa definição tem-se que "garantia constitucional é um meio disciplinador e de tutela do exercício dos direitos fundamentais, e ao mesmo tempo, de proteção adequada às instituições existentes no Estado, dentro dos limites constitucionais." (Foerster, 2008, p.1)

3.4 Proteção Constitucional aos Direitos Fundamentais

Consagrados pela Constituição Federal de 1988, os direitos fundamentais, são direitos inerentes ao indivíduo, não importa se isolado ou em sociedade, com vistas a proteção em oposição à discricionariedade estatal ou outros atos temerários

praticados por terceiros. Tais direitos são eminentemente assecuratórios e constam expressamente na Constituição.

Os direitos fundamentais foram positivados na Constituição Federal e por esse motivo possuem caráter de "norma constitucional". Estão presentes no Texto Constitucional, após a declaração do Poder Constituinte e, não obstante, com fundamento no Princípio da Soberania Popular. Em princípio possuem eficácia e aplicabilidade imediata, mas não sendo absolutos, e por tanto, podem ser averiguados sob os auspícios da razoabilidade e proporcionalidade previstos na lei ou de acordo com o caso concreto. (Foerster, 2008, p.1)

4- CONCEITO E FINALIDADE DO CONTROLE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A expressão “controle” no âmbito administrativo, tem sentido de fiscalização, vigilância, orientação, correção e direcionamento das atividades administrativas, e tem por intuito assegurar que Administração Pública atue sempre em harmonia com os princípios normativos que lhe são impostos.

Destaca-se que o Decreto-Lei nº 200/67 estabelece que no exercício da função administrativa devemos observar: “Art. 6º As atividades da Administração Federal obedecerão aos seguintes princípios fundamentais: I – Planejamento; II – Coordenação; III – Descentralização; IV - Delegação de Competência; V - Controle.”

No que tange ao controle Hely Lopes Meirelles, afirma que: controle, em tema de administração pública, é a faculdade de vigilância, orientação e correção que um poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional do outro (MEIRELLES, 2005, p. 264).

O controle administrativo pode ser tanto interno, quando exercido pelo próprio Poder que pratica o ato fiscalizado, como externo, quando a fiscalização é exercida pelos demais Poderes, ou ainda, pela sociedade.

Os poderes são harmônicos e independentes entre si, o que de certa forma impediria a intervenção de um sobre o outro. Todavia, no caso do controle administrativo, a própria Constituição Federal autoriza a intervenção de um Poder sobre o outro, com o intuito de corrigir eventuais ilegalidades, e ainda, para que a ordem institucional seja preservada.

Na administração pública a necessidade de se controlar deriva geralmente do mau uso do poder, por meio da vigilância impomos limites aos gestores de recursos públicos. Com o controle administrativo efetivo asseguramos que a conduta dos agentes públicos prime pela legalidade, legitimidade e economicidade em prol da coletividade.

Na lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro,

O controle de fiscalização e correção que sobre ela (a administração) exercem os órgãos dos Poderes Judiciário, Legislativo, e Executivo, com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico. (DI PIETRO, 2005, p. 637)

Nesse sentido Helly Lopes Meirelles define o controle na administração pública como “a faculdade de orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro”. (MEIRELLES, 2005, p. 659)

De acordo com o que leciona José dos Santos Carvalho Filho, controle da Administração Pública é “o conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos por meio dos quais se exerce o poder de fiscalização e de revisão da atividade administrativa em qualquer das esferas de Poder”. (CARVALHO FILHO, 2002, p. 745)

Ainda segundo o mesmo autor “os mecanismo de controle vão assegurar a garantia dos administrados e da própria administração no sentido de ver alcançados esses objetivos e não serem vulnerados direitos subjetivos dos indivíduos nem as diretrizes administrativas. (CARVALHO FILHO, 2002, p. 746)

Assim há uma fiscalização recíproca, baseada na aplicação da teoria dos freios e contrapesos, onde um poder tem competência para limitar a ação do outro, impedindo que se desviem dos objetivos traçados pelo ordenamento, buscando sempre o interesse público. Ou seja, todos os Poderes, no exercício de função tipicamente administrativa, estão sujeitos ao mesmo controle. Dessa forma, um Poder do Estado pode controlar os abusos cometidos pelo outro Poder, de forma que se equilibrem.

Isso se deve ao fato de que as atividades tipicamente administrativas são exercidas por todos os Poderes Constitucionais, e não somente pelo Poder Executivo. Por esse motivo o poder de fiscalização e revisão das atividades realizadas em qualquer das esferas do Poder.

A finalidade do controle, nas lições de Maria Sylvia Zanella de Pietro 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 circunstâncias, abrange também o controle chamado de mérito e que diz respeito aos aspectos discricionários da atuação administrativa. (DI PIETRO, 2007, p. 670)

No direito brasileiro o controle é obrigatório, pois visa impedir que a Administração Pública deixe de observar os objetivos e interesses públicos. Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo conceituam o controle administrativo como:

O conjunto de instrumentos que o ordenamento jurídico estabelece a fim de que a própria Administração, os Poderes Judiciário e Legislativo, e ainda o povo, diretamente ou por meio de órgãos especializados, possam exercer o poder-dever ou a faculdade de fiscalização, orientação e revisão da

atuação administrativa de todos os órgãos, entidades e agentes públicos, em todas as esferas do Poder. Garante-se, mediante o amplo controle da Administração, a legitimidade de seus atos, a adequada conduta funcional de seus agentes e a defesa dos direitos dos administrados. (VICENTE, Paulo. ALEXANDRINO, Marcelo. 2008, p. 574.)

Ressalta-se que tanto o controle externo quanto o interno podem ser exercidos por iniciativa própria ou mediante provocação.

4.1- Controle interno

É sabido que a Administração Pública não é exercida apenas pelo Poder Executivo, mas sim por todos os Poderes Constitucionais, isso significa que quando falamos em “controle da administração” estamos nos referindo aos Três Poderes. O controle interno ocorre quando o próprio Poder exerce pessoalmente a vigilância, fiscalização e controle sobre os seus próprios atos administrativos, anulando-os quando ilegais e revogando-os quando inconvenientes e inoportunos.

A Constituição Federal brasileira dispõe sobre o assunto:

Art. 70: A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta, indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação de subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, **e pelo sistema de controle interno de cada poder** (grifo nosso).

Esse controle pode ser entendido como o poder-dever de autotutela que a Administração tem sobre os seus próprios atos.

O Mestre José dos Santos Carvalho Filho menciona que:

O Controle Administrativo é o que se origina da própria Administração Pública. Significa aquele poder que têm os órgãos que a compõem, de fiscalizarem e reverem os seus próprios atos, controle, aliás, normalmente denominado de autotutela. A revogação de um ato administrativo serve como exemplo desse tipo de controle. (CARVALHO FILHO, 2005, pág. 857)

O controle administrativo interno é aquele que permite que a Administração fiscalize e reveja os seus próprios atos, acompanhando a aplicação dos recursos públicos, a fim de preservar seu funcionamento com eficiência.

Nesse sentido, a Lei nº 9.784/99, no artigo 53, estabelece que a “Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de

legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos”.

O controle interno é fundamental para qualquer organização e possui como vantagem a proximidade com o objeto controlado. Um controle interno eficaz impede ou pelo menos minimiza que hajam falhas na prestação de serviços públicos. Pois ele é, na sua plenitude, um controle de legalidade, conveniência, oportunidade e eficiência.

4.2- Controle externo

Antes de adentrar no conceito de Controle externo da Administração Pública, vamos entender a concepção da palavra controle. Esta, segundo o dicionário Aurélio, é a fiscalização exercida sobre atividade de pessoas, órgãos, departamentos, entre outros, para assegurar que não desviem das normas preestabelecidas.

Entende-se controle externo da administração pública como o controle realizado por órgão que não integra a estrutura da própria Administração, ou seja, é executado por órgão de outro poder. Seu escopo compreende o controle legislativo, o controle exercido pelo tribunal de contas e o controle jurisdicional. Estes órgãos de controle externo são responsáveis por fiscalizar as atividades da administração pública e zelar pelo seu bom funcionamento.

Quanto a conveniência e oportunidade, esse controle, em tese, não tem alçada para revisar os atos administrativos discricionários. Contudo, atos ilegais podem ser invalidados pelo controle externo, e não sendo invocada a discricionariedade, visto que nessas situações a lei é descumprida pela administração pública.

Porém, os controladores dos atos discricionários podem promover a desconstituição do ato. Entretanto, há de se comprovar que houve incompatibilidade dos atos praticados em relação aos fundamentos jurídicos regentes do direito administrativo, evidenciando a incompatibilidade do ato com os fatos que o provocaram e os fins que se buscavam, demonstrando haver discrepância em

relação aos fundamentos jurídicos reguladores do exercício da administração pública.

Para José Afonso da Silva:

O controle externo é, pois, função do Poder Legislativo, sendo de competência do Congresso Nacional no âmbito federal, das Assembleias Legislativas nos Estados, da Câmara Legislativa no Distrito Federal e das Câmaras Municipais nos Municípios como o auxílio dos respectivos Tribunais de Contas. Consiste, assim, na atuação da função fiscalizadora do povo, através de seus representantes, sobre a administração financeira e orçamentária. É, portanto, um controle de natureza política, no Brasil, mas sujeito à prévia apreciação técnico-administrativa do Tribunal de Contas competente, que, assim, se apresenta como órgão técnico, e suas decisões administrativas, não jurisdicionais, como, às vezes, se sustenta, à vista da expressão 'julgar as contas' referida à sua atividade (art. 71, I) (SILVA, p. 716 – 718)

O Brasil adotou o Sistema de Tribunais de Contas, que é organizado da seguinte maneira: Um Tribunal de Contas da União, com sede no Distrito Federal e representação em todas as Unidades da Federação; Vinte e seis Tribunais de Contas Estaduais, sendo um em cada Unidade da Federação; Quatro Tribunais de Contas dos Municípios, localizados nos Estados da Bahia, Ceará, Pará e Goiás; e Dois Tribunais de Contas Municipais, localizados nos Municípios de São Paulo e Rio de Janeiro.

Ressalta-se, entretanto que cada Tribunal de Contas exerce suas próprias competências, e não há possibilidade, no sistema brasileiro, de que uma Corte revise outra. Nesse sentido, caso algum órgão tenha sua prestação de contas considerada irregular, no âmbito de algum Tribunal de Contas Estadual, não poderá recorrer desta condenação ao Tribunal de Contas da União.

4.3- Controle social

Com a adoção pelo Estado do modelo gerencial, o controle governamental sobre as políticas públicas tornou-se insuficiente surgindo aí à necessidade de participação da sociedade para acompanhar de perto as atividades desempenhadas pela Administração Pública. A partir daí, criou-se estruturas que permitissem aos cidadãos exercerem, diretamente ou por meio da sociedade civil, a vigilância e fiscalização sobre a Administração Pública contribuindo com o controle governamental.

A Sociedade, por meio de pessoas e instituições que não estão vinculadas à estrutura governamental, controla as atividades realizadas pela Administração Pública, com o objetivo de assegurar que a conduta dos agentes públicos respeitem as regras e princípios de direito estabelecidos no nosso ordenamento jurídico.

O exercício do controle social expressa a existência de participação popular no processo de gestão dos bens, serviços e políticas públicas, é o povo agindo como gestor e controlador.

Essa participação popular ocorre de várias formas, a mais comum são os conselhos gestores de políticas públicas. Hoje em dia é uma exigência do governo que suas políticas e programas possuam conselhos atuando como controle social. É uma forma de garantir que os próprios beneficiários dos programas supervisionem a sua execução, garantindo maior transparência às ações do Estado e maior eficiência nos serviços prestados.

Vale ressaltar que, é por meio do controle efetivo da Administração Pública, que alcançaremos a efetiva aplicação dos recursos públicos, combatendo a corrupção, e levando a sociedade brasileira a um estado de justiça social.

5 SERVIÇO PÚBLICO

Os serviços públicos têm natureza jurídica de atividade econômica, leva-se em consideração que o principal objeto é a produção de bens e serviços, diferenciando-se das atividades econômicas *stricto sensu* em razão do regime jurídico de Direito Público, definição legal ou constitucional, titularizados por entidades públicas que podem delegar a execução a particulares.

5.1 Conceito

Entende-se serviços públicos como atividades econômicas, definidos assim a partir de Lei ou pela Constituição, sempre em razão do interesse público ou conveniência administrativa, tendo o ramo do Direito Público definido às competências dos entes da Federação, podendo executá-las diretamente ou por meio da delegação a particulares.

É direito de todo consumidor, de acordo com a Lei 8.078/98, art. 6, X, ter adequada e eficaz prestação de serviços públicos. Para ser considerado como serviço público adequado deve cumprir os seguintes critérios: regularidade, continuidade, segurança, eficiência, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade em sua tarifação.

Em sentido orgânico, tradicionalmente conceituada pela doutrina francesa, os serviços públicos correspondem a toda atividade exercida por órgãos públicos. Entretanto, as atividades tipicamente jurisdicionais e legislativas não são aceitas como serviços públicos, portanto, esse conceito não é aceito no Brasil.

Em sentido material, seriam incluídas atividades consideradas essenciais para o bem estar da coletividade, como segurança pública e o exercício do poder de polícia. Conceito que poderia ser adaptado ao Estado Liberal do século XIX, entretanto, no Estado do Bem-Estar Social o número de serviços considerados essenciais foi ampliado consideravelmente, não havendo precisão na sua determinação.

No sentido Formal, os serviços públicos são todos aqueles definidos em Lei ou na Constituição, dando ampla discricionariedade ao legislador para definir o que é ou não serviço público.

5.2 Classificação

Os serviços públicos são classificados em: delegáveis, indelegáveis, administrativos, de utilidade pública, coletivos, singulares, sociais, econômicos, compulsórios, facultativos, privativos e não privativos.

Os serviços públicos delegáveis são os que podem ser exercidos diretamente pelo Estado, pela Administração Indireta ou por particulares. Ainda conceituados como impróprios ou não essenciais.

Já os serviços públicos classificados como indelegáveis são aqueles que somente a Administração Pública direta ou indireta pode executar, são serviços conceituados como Próprios ou essenciais, como exemplo podemos citar o serviço postal.

Existem ainda, os serviços públicos administrativos e de utilidade pública. Os primeiros são aqueles que o Estado executa para atender a sua organização, por exemplo a imprensa oficial que divulga os atos administrativos. Já os serviços de utilidade pública podem ser exemplificados como fornecimento de gás, atendimento de postos médicos, o ensino, entre outros. Conforme José dos Santos Carvalho Filho, são aqueles serviços diretos para os indivíduos.

Os Serviços coletivos têm beneficiários indetermináveis e são assegurados por meio de impostos, são gerais, indivisíveis ou *uti universi*. Os singulares, são individuais, divisíveis ou *uti singuli*, com beneficiários determináveis e mantidos por taxas e/ou tarifas.

Os serviços sociais são gratuitos, executado essencialmente pelo Estado devido a sua essência não ter caráter lucrativo. Já os econômicos são o oposto, executados primordialmente pela iniciativa privada devido ao seu caráter lucrativo.

Os compulsórios são mantidos por meio de taxas e não dependem de aceitação dos usuários, como por exemplo, a coleta de lixo. Os facultativos são administrados por meio de tarifas e em tese dependem da aceitação do usuário, como por exemplo, o transporte coletivo.

Os serviços privativos são executados pelo Estado ou por particulares por meio de delegação, sendo os não privativos administrados por um ou por outro, entretanto, sem a necessidade de delegação.

5.3 Titularidade para prestação de Serviços Públicos

Constitucionalmente a competência para instituição, regulamentação e controle dos serviços públicos, é definida para cada um dos entes da Federação: União, estados, municípios e Distrito Federal. Podem ser de competência exclusiva - em que apenas um ente é responsável - e de competência comum - atribuído a todos.

Os serviços exclusivos são enumerados pela Constituição, mas também utiliza-se da extensão territorial e dos interesses coletivos. Como exemplo, distribuição de gás canalizado.

Os comuns dizem respeito aos serviços públicos que podem abranger mais de um Estado, por exemplo, como a saúde e preservação do meio ambiente.

5.4 Formas e Meios para a Prestação de Serviços Públicos

Os serviços públicos podem ser prestados de forma centralizada (direta) ou de forma descentralizada (indireta). A forma direta é executada pela própria administração, ou seja pelo próprio ente, por exemplo segurança pública.

A administração descentralizada funciona com a atribuição de diversos atores dos entes que receberam a titularidade, funciona por meio de outorga - uma delegação legal - ou por delegação - delegação negocial. Exemplo de outorga - Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT e exemplo de delegação - fornecimento de luz e telefone.

5.4.1 Concessão

A concessão dos serviços públicos é regulada pela Lei 8.987/95 (Lei geral das concessões e permissões), pela Lei 9.074/95 (serviços de energia elétrica e reestruturação dos serviços concedidos) e pela Lei 11.079/2004 (parcerias público-privada).

Pode ser dividida nas seguintes espécies:

a) concessão comum: concessão de serviços ou obras públicas tratadas na Lei 8.987/95 não envolvendo contraprestação pecuniária do parceiro público para o

privado. Nessa espécie está contemplada a concessão de serviço público e a concessão de serviço público precedida da execução de obra pública.

b) concessão patrocinada: Quando envolve a tarifa cobrada dos usuários e adicionalmente contrapartida pecuniária do parceiro público (8.987/95)

c) concessão administrativa: neste caso a administração pública é usuária direta ou indireta do contrato de prestação de serviços (Lei 11.079/2004)

CONCLUSÃO

Atualmente o Estado tem diversas atribuições na busca do bem estar coletivo. Uma destas é a prestação de serviços públicos, considerado pela doutrina como direito fundamental social. Assim, a intenção do presente trabalho foi demonstrar a necessidade de se atingir uma maior eficiência na atuação da Administração Pública, pois o seu bom funcionamento é fator para o alcance de condições de vida digna para a população.

Deve-se buscar sempre o bom funcionamento dos serviços públicos, já que isso influencia diretamente na qualidade de vida dos cidadãos.

A própria Constituição da República Federativa do Brasil destaca a necessidade de o Estado Democrático assegurar o bem estar da sociedade.

Neste contexto, surge o papel da eficiência, como relação entre os resultados obtidos e os recursos empregados. Toda ação administrativa deve ser orientada para concretização material e efetiva da finalidade posta pela lei.

Atualmente o serviço público é alvo constante de críticas. Isto porque a falta e/ou a prestação ineficiente de serviços públicos é algo facilmente detectado no cotidiano da nossa sociedade.

Impende ressaltar que no Brasil, grande parte da população depende exclusivamente de serviços públicos, isto significa que saúde, educação e diversos outros serviços públicos só estarão ao alcance de todos quando prestados de forma eficiente pelo Estado.

Naturalmente, a prestação do serviço público pelo Estado, comporta uma série de vicissitudes aptas a comprometer a sua eficiência, cumprindo-nos destacar, sobretudo a falta de infra-estrutura; a dotação orçamentária; a demanda excessiva; a defasagem salarial dos servidores públicos e a falta de um controle rigoroso dos atos administrativos.

Embora o direito à prestação de um serviço público de qualidade detenha a proteção constitucional dada aos direitos fundamentais, a realidade vivida pelos cidadãos brasileiros quase sempre é outra.

O controle, sem dúvida, é o principal meio para garantir que seja prestado um serviço de qualidade, que seja eficiente, independente de quem o preste.

O sentido do controle dos atos administrativos vem da apropriação do poder de prestar certas atividades pelo Estado. O regime jurídico de serviço público em consonância com o Estado Democrático de Direito pressupõem, dessa forma, que o serviço público é direito fundamental, e o controle dos serviços públicos é a uma forma de garantir e concretizar os direitos fundamentais.

O Estado tem seus próprios meios de controlar e fiscalizar suas ações e serviços, que são as formas internas e externas de controle público, mas o controle social feito pela própria sociedade, pelos usuários dos serviços em si, é fundamental.

Isso porque quem usa os serviços cotidianamente, sabe onde estão os problemas a serem resolvidos. O usuário do serviço pode levar ao Estado informações que ele, muitas vezes, não tem acesso. Assim, o controle social é benéfico tanto para o gestor público, que terá mais dados e subsídios para tomar decisões acerca dos serviços e das políticas públicas, quanto para a população.

A sociedade clama por serviços públicos eficientes. Grande parte dos serviços públicos oferecidos não alcançam as necessidades da sociedade, porque o fato de inexistir vigilância ou fiscalização, ou de sua ineficiência, impossibilita, em muitos casos que se obtenha o resultado esperado.

É fato que sem o respaldo do poder estatal não há como obter um serviço público eficiente e de qualidade, sendo necessário que haja um efetivo controle interno e externo da Administração Pública para que a sociedade não seja prejudicada por quem deveria resguardá-la.

Insta asseverar que, mesmo com a adoção de diversas formas de controle e fiscalização adotadas pelo Estado, por motivos diversos, ainda não alcançamos a eficiência necessária para prestação de um serviço público de qualidade, que seja politicamente e economicamente viável e ainda atenda aos anseios da população.

BIBLIOGRAFIA

ADI 2.661-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 23/ 08/ 02

ALEXANDRINO, Marcelo. VICENTE, Paulo. **Direito Administrativo Descomplicado**. 15 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, 573 p

_____. **Direito Administrativo Descomplicado**, 17º Ed. Revista, Atualizada e Ampliada. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2009, p. 205-214

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002. p. 117

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 15ª edição. Editora Lúmen Júris. Rio de Janeiro, 2006. Pag.25-26

COSTODIO FILHO, Ubirajara. *A Emenda Constitucional 19/98 e o Princípio da Eficiência na Administração Pública*. In : Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo : Revista dos Tribunais, n. 27, p. 210-217, abr./jul. 1999, p. 214.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 73.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 12. Ed. São Paulo: Atlas, 2000, p.67.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanello. **Direito Administrativo** – 13. e. – São Paulo : Atlas, 2001, p. 101/272

ESPÍNDOLA, Eduardo e FILHO, Eduardo Espíndola. A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (Dec. – Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942) comentada na ordem de seus artigos. Rio de Janeiro:Freitas Bastos, 1943, p. 113.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. **Direito Administrativo Didático**. Ed.Forense, Rio de Janeiro, 1981, pág.45

FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Eficiência administrativa*. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro : Renovar, n. 220, abr./jul. 2000, p. 168.

FOSTER, Gabriele. Direitos e garantias fundamentais na Constituição Federal de 1988. Revista Jus Vigilantibus, fevereiro de 2008. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/31313>. Consultado em: 18 de novembro de 2012, as 01:30.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**, 9ª edição, São Paulo: Saraiva, 2004, p.6.

MEDAUAR, Odete: A processualidade no direito administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 89-104

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 86-92.

_____, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 30ª edição, Malheiros, 2005, p.92

MELLO, Celso Antônio Bandeira: **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 91-96

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 64.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 922-923.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 27. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 993

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 6. Ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo : Editora Malheiros, 1995, p.47.

MORAES, ALEXANDRE. **Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p.317 e s.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *in* **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial – Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001, p. 417.

PAFFENSELLER, Michelli. Rev. Jur., Brasília, v. 9, n. 85, p.92-107, jun./jul, 2007

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9ª edição, São Paulo, Malheiros, 1994, p.7

TÁCITO, Caio. **Direito Administrativo**, São Paulo, Saraiva, 1975, p.25

THEODORO JUNIOR, Humberto. Princípios Gerais do Direito Processual Civil. Revista de Processo. São Paulo, v.6, n.23, p. 175, jul./set.1991.

Serviços Públicos. Disponível em:

http://www.lfg.com.br/artigos/Blog/servicos%20publicos_alexandre.pdf. Consultado em: 18 de novembro as 23:00.