

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO**

GUSTAVO TERRA ELIAS

**O CONTROLE DA PUBLICIDADE E A PUBLICIDADE DO
CONTROLE:**

Proposta de aprimoramento do Estado democrático por meio da contribuição dos Tribunais de Contas para a realização do debate público sobre a gestão pública

Belo Horizonte
2014

GUSTAVO TERRA ELIAS

**O CONTROLE DA PUBLICIDADE E A PUBLICIDADE DO
CONTROLE:**

Proposta de aprimoramento do Estado democrático por meio da contribuição dos Tribunais de Contas para a realização do debate público sobre a gestão pública

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, para obtenção do grau de Mestre em Direito, sob orientação do Professor Doutor Onofre Alves Batista Júnior.

Belo Horizonte
2014

GUSTAVO TERRA ELIAS

O CONTROLE DA PUBLICIDADE E A PUBLICIDADE DO CONTROLE:

Proposta de aprimoramento do Estado democrático por meio da contribuição dos Tribunais de Contas para a realização do debate público sobre a gestão pública

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Belo Horizonte, 16 de janeiro de 2014.

Componentes da banca examinadora:

Professor Doutor Onofre Alves Batista Júnior (Orientador)

Universidade Federal de Minas Gerais

Professor Doutor Florivaldo Dutra de Araújo

Universidade Federal de Minas Gerais

Professor Doutor Emerson Gabardo

Universidade Federal do Paraná

Professora Doutora Cristina Maria Fortini Pinto e Silva (Suplente)

Universidade Federal de Minas Gerais

Aos meus pais, Ana Maria e Carlos Sérgio, pela dedicação, apoio e pelo mais importante: o amor de sempre.

Agradecimentos

A realização desta dissertação não teria sido possível sem a inestimável presença de pessoas especiais em minha vida, afinal, vocês, cada um a seu modo, contribuíram nesta caminhada.

Prof. Onofre, cultor de um direito humano e democrático, muito obrigado pela orientação segura, amiga e dedicada, que me iluminou o “mapa” por onde trilhar. Meu apreço e admiração pela brilhante legado de trabalho e conhecimento!

Prof^a. Cristiana Fortini, agradeço-lhe pelo interesse em contribuir para minha formação acadêmica e pela generosidade em incentivar a produção intelectual de seus alunos.

Prof. André Freitas Dias, iluminado encontro entre psicologia e direito, meus sinceros agradecimentos pelos diálogos que me amenizam as aflições pelo pouco controle que temos em nossas vidas.

Ao meu amor, Aline, flor encantadora, que me mostrou, com sabedoria e ternura, que seria possível essa jornada de trabalho e estudos, meu muito obrigado, muito mesmo, por compartilhar a vida com você, que é mais gostosa, colorida e inspiradora em sua presença. Seu amor, carinho e compreensão foram decisivos neste trabalho.

Aos meus pais tenho muito a agradecer, por compreenderem minhas ausências em nossa convivência, e pelo apoio e companhia que nunca negam.

Lídia e Felipe, meus queridos irmãos, valeu pelo companheirismo de sempre. Sei que estamos juntos, onde quer que estejamos... Obrigado, Theozinho, que, mesmo sem saber, me proporciona um mundo de fantasias, e me ensina que a criatividade é fundamental à ciência e ao progresso dos homens.

A meus tios, tias, primos e primas com os quais tenho o privilégio de desfrutar de uma convivência unida, obrigado pelo apoio, pela torcida e pelo incentivo. À família da Aline, pela acolhida sempre generosa e carinhosa.

Ao Dr. Licurgo Mourão, meus agradecimentos pela grandeza do interesse e do apoio em viabilizar a difícil conciliação entre pesquisa e trabalho. Meu muito obrigado pela confiança depositada nestes anos de partilha de trabalho e estudos por um serviço público mais probo e eficiente.

Aos amigos do Tribunal de Contas de Minas Gerais – e são tantos –, meu muito obrigado pela convivência profissional amistosa e pela companhia onde encontro apoio, diálogo, partilha de projetos de vida e de trabalho. Não poderia aqui deixar de fazer uma menção especial àqueles que, de forma mais direta, contribuíram para este trabalho. Marcela Meirelles, minha gratidão pelo seu interesse na revisão do texto, na reta final. Pedro Henrique Dornas, que, como sempre, se dispõe a me ajudar, dessa vez, com sua competência bilíngue; mais uma vez, obrigado. Diogo Ribeiro e Rita Chió, valeu muito pela partilha de ideias e de materiais. Cláudia Lapouble, meu socorro na formatação final, obrigado. Aos dedicados servidores da biblioteca do TCEMG, obrigado pelo interesse em facilitarem minha pesquisa. Se” de tudo fica um pouco”, de vocês também ficou. Fica também muito da minha gratidão.

“O poder não é um antro; é um tablado”. (Rui Barbosa).

RESUMO

A democracia reclama legitimidade do Governo, que deve concretizar na sua atuação administrativa, a vontade popular expressa na Constituição e nas leis. A legitimidade do poder político não se resume no momento da investidura de representantes do povo no poder, pelas eleições. O modo do exercício das competências públicas, e as finalidades que direcionam o agir estatal também são fatores que devem ser examinados para avaliar se o Estado é, democraticamente, legítimo. Assim, é indispensável permanente controle público e democrático, capaz de imprimir publicidade a ação estatal, para possibilitar à sociedade verificar se os meios empregados e os resultados obtidos pelo Estado são legais, legítimos e eficientes. De acordo com a teoria deliberativa da democracia, que é adotada nesse trabalho, os cidadãos também podem ser coautores de ações de controle, que em proveito público são realizadas. Para tanto, é necessário conhecimento público sobre a atuação do Estado, que, historicamente, é resistente a ser transparente. Ademais, instituições credenciadas a debater a atuação estatal e proporcionar transparência, deixam a desejar. É o caso do Parlamento, que tem demonstrado fragilidade em controlar o Governo. A mídia, não raro cooptada por Governo ou grupos capitalistas, também não garante, sempre, a informação à sociedade, com imparcialidade e veracidade, sobre a ação governamental. Nesse sentido, a pesquisa investiga o potencial de os Tribunais de Contas serem explorados como órgãos de controle que fomentem o debate público, mediante sinergia com o controle social e aproximação da mídia. O objetivo é tornar o poder público efetivamente transparente, permitindo à sociedade exercer a autonomia pública de participar e controlar as atividades estatais, criando-se novos espaços e mecanismos democráticos de controle, suplementares, porém, conexos ao controle oficial exercido pelos Tribunais de Contas, que pressione o Estado a ter que, racionalmente, justificar suas ações perante a crítica pública.

Palavras-chaves: Publicidade. Participação. Debate público. Controle social. Mídia. Tribunais de Contas. Democracia deliberativa.

ABSTRACT

Democracy demands legitimacy from the Government, who must implement, through public administration, the will of the people imprinted in the Constitution and the laws of the land. The legitimacy of political power is not limited to the moment in which the representatives are invested therein through elections. The manner in which public service is implemented, as well as the State policy's guidelines, must also be examined in order to ascertain if the State is democratically legitimate. Therefore, public and democratic oversight is imperative in order to publicize State policy, thus allowing the society to determine whether the employed means and the results obtained thereof are legal, legitimate and efficient. According to the "deliberative democracy" theory, adopted in this work, citizens can also carry out oversight measures, which are undertaken for benefit of the public. Hence, the public must be aware of the performance of the State, who is historically reluctant to act transparently. Furthermore, institutions that are in charge of debating State performance and provide transparency are underwhelming. Such is the case of the Parliament, who has displayed frailty in overseeing the Administration. The media, often co-opted by the administration or by capitalists groups, also fails to provide the society with impartial and truthful information on the administration's performance. In this context, the present research explores the potential of the Courts of Audit to be exploited as oversight institutions, promoting public debate, with public oversight and media proximity. The main goal is to render public administration effectively transparent, allowing society to exercise public autonomy by participating in and overseeing State affairs, creating new arenas and democratic oversight instruments, supplementary yet connected to the institutional oversight undertaken by the Courts of Audit, which can pressure the government to rationally justify its policies before public opinion.

Keywords: Publicity. Participation. Public debate. Civil society oversight. Media. Courts of Audit. Deliberative democracy.

LISTA DE ABREVIATURA E SIGLAS

ADI	Ação direta de inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de descumprimento de preceito fundamental
CGU	Controladoria-Geral da União
CONSOCIAL	1ª Conferência Nacional sobre Transparência e Controle Social
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CRP	Constituição da República Portuguesa de 1976
INTOSAI	International Organization of Supreme Audit Institutions
ISC	Instituições Superiores de Controle
LC	Lei complementar
LDO	Lei de diretrizes orçamentárias
LOA	Lei orçamentária anual
LRF	Lei de Responsabilidade Fiscal
LAI	Lei de Acesso à Informação
NAO	National Audit Office
OEA	Organização dos Estados Americanos
SIC	Serviço de informação ao cidadão
STF	Supremo Tribunal Federal
TCE/MG	Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais
TCE/PR	Tribunal de Contas do Estado do Paraná
TCE/RS	Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul
TCU	Tribunal de Contas da União
TSE	Tribunal Superior Eleitoral

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	A COMPLEMENTAÇÃO DA IDEIA DE DEMOCRACIA POR ELEIÇÕES PELA DEMOCRACIA DO DEBATE PÚBLICO	18
3	A INTERPRETAÇÃO DO DEBATE PÚBLICO À LUZ DO MODELO DELIBERATIVO DE DEMOCRACIA	25
3.1	A contemporânea exigência democrática de legitimação do direito.	25
3.2	O exercício do debate público como manifestação da soberania popular	31
4	A CRISE DA MONOPOLIZAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO DEMOCRÁTICA PELO PARLAMENTO E PELOS PARTIDOS POLÍTICOS	41
5	INDISPENSABILIDADE E RISCOS DA LIBERDADE DE PENSAMENTO E DE IMPRENSA À REALIZAÇÃO DA DEMOCRACIA PELO DEBATE PÚBLICO	52
5.1	Contornos à liberdade de pensamento na Constituição brasileira	53
5.2	Liberdade de imprensa e democracia	56
5.3	Delineamento jurídico da liberdade de imprensa	58
5.4	Características da liberdade de imprensa	59
5.4.1	Disciplina da licença governamental	59
5.4.2	Ausência de censura	61
5.4.3	Faculdade de investigação	61
5.4.4	Pluralismo e livre concorrência entre empresas de comunicação social.	63
5.5	Liberdade de imprensa e formação da opinião pública	66
5.6	A comunicação de massas e a desqualificação do debate público	68
6	OBSTÁCULO AO DEBATE: A CAPTURA DA INFORMAÇÃO PÚBLICA PELA TECNOBUROCRACIA	73
7	A FORÇA NORMATIVA DA DEMOCRACIA	84
7.1	O princípio democrático como vértice do sistema constitucional.....	84
7.2	Breves linhas sobre a dicotomia entre regras e princípios	85
7.3	Uma proposta de concretização do princípio democrático	88
8	A IDEIA DE DEMOCRACIA E A PUBLICIDADE DO ESTADO	98
8.1	O desenvolvimento da publicidade no Estado moderno.....	98
8.2	A correlação entre publicidade e esfera pública no Estado Democrático de Direito	99
9	A MOBILIZAÇÃO DA ESFERA PÚBLICA E DO DIÁLOGO ENTRE ESTADO E SOCIEDADE PELA PARTICIPAÇÃO	109
9.1	A participação como elemento inato à vida social do homem	112

9.2	Balizamento jurídico da participação popular	113
9.3	A fundamentalidade do direito de participação conforme preceitos da Constituição brasileira de 1988	116
9.4	Garantias procedimentais para a participação	122
10	PUBLICIDADE COMO REQUISITO PARA DEMOCRÁTICA REALIZAÇÃO DE INTERESSES PÚBLICOS	130
10.1	Compreensão do interesse público à luz da cooriginariedade entre autonomia pública e autonomia privada	130
10.2	A publicização do Estado por meio da participação	135
11	DIMENSÕES JURÍDICAS DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE.....	138
11.1	O acesso à informação como direito fundamental	139
11.2	Concurso público e licitação pública: exemplos da vertente de concretização do princípio da publicidade na perspectiva da universalização das atividades do Poder Público..	143
11.3	O entrelaçamento do princípio da publicidade com outros princípios do direito.	146
11.3.1	Publicidade como requisito de legalidade	147
11.3.2	Publicidade como requisito de moralidade.....	149
11.3.3	A moralidade da publicidade.....	153
11.3.4	Publicidade, urbanidade e cortesia.	156
11.3.5	A publicidade como vetor de eficiência	158
11.3.6	Publicidade e controle de impessoalidade	160
11.3.7	Eficiência nas ações de publicidade	162
11.4	A relação entre publicidade e transparência	167
12	O DEBATE PÚBLICO COMO INSTÂNCIA DE CONTROLE NO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	169
12.1	A inter-relação entre controle e Constituição.....	169
12.2	Considerações gerais sobre a interpretação democrática do controle.	170
12.3	Os Tribunais de Contas: uma possível tentativa exitosa de aprimoramento e democratização do controle sobre o Estado pela promoção do debate público?	173
12.4	A importância dos Tribunais de Contas funcionarem como potencial instância de promoção do controle das finanças públicas pelo debate público.....	176
12.4.1	A cooperação técnica na tomada de contas da atividade administrativa do Estado.....	178
12.4.2	A necessidade de aprimoramento do controle frente à expansão da atividade financeira do Estado	180
12.5	Os Tribunais de Contas e a realização da <i>accountability</i> democrática pelo debate público	184

12.6	Propostas de ações dos Tribunais de Contas que promovam o controle do poder público pela transparência, participação social e debate público.	189
12.6.1	O dever de fiscalização da transparência dos órgãos públicos pelos Tribunais de Contas.....	190
12.6.1.1	Práticas de controle da transparência pelos Tribunais de Contas.....	195
12.6.1.1.1	Controle da transparência pelo incentivo a participação na elaboração do orçamento.....	195
12.6.1.1.2	O controle da transparência à luz dos referenciais da Lei de Acesso à Informação.....	200
12.6.1.1.3	A indução à criação dos conselhos sociais de transparência e controle social para aprimoramento das políticas públicas de transparência.....	206
12.6.2	A realização de transparência pelo parecer prévio emitido pelos Tribunais de Contas nas contas anuais de Governo	209
12.6.3	A escassez de publicidade e participação no processo de escolha de membros dos Tribunais de Contas: um caso emblemático de transgressão ao princípio democrático pelo déficit de debate público.....	221
12.6.4	A sinergia entre os Tribunais de Contas e a sociedade civil na promoção do debate público pelo fomento ao controle social do poder público	228
12.6.4.1	Releitura democrática da participação popular nos Tribunais de Contas pelo instituto da denuncia.....	228
12.6.4.2	Ouvidorias: canais procedimentais de interface entre Tribunais de Contas e a sociedade civil	234
12.6.4.3	Parcerias entre o controle externo estatal e o controle externo social	238
12.6.4.3.1	As auditorias sociais do Tribunal de Contas do Estado do Paraná.....	242
12.6.4.3.2	A cooperação técnica entre o Tribunal de Contas do Estado do Paraná e os Observatórios Sociais	247
13	CONCLUSÕES	250
14	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	254
15	LEGISLAÇÃO, JURISPRUDÊNCIA E OUTROS DOCUMENTOS OFICIAIS.....	263

1 INTRODUÇÃO

Comumente, pesquisas acadêmicas na ciência do Direito, especialmente na seara do Direito Público, tangenciam, em seu conteúdo teórico e prático, pontos que buscam o aprimoramento do Estado democrático. Este trabalho não é diferente. Nem por isso, pode-se cogitar de que há repetição dos objetos de estudos. O fenômeno democrático – pluridimensional e interdisciplinar – é inesgotável fonte de reflexões, não raro, de acentuada divergência teórica, construída ao longo de multisseculares estudos sobre o tema.

As transformações permanentes da sociedade e do Estado impedem a desatualização de estudos sobre a democracia – sendo que ela mesma é uma prática político-jurídica em permanente construção. A proposta de compreensão da democracia articulada neste trabalho – que somente reconhece a sujeição dos homens às normas e a condutas estatais para as quais consentiram legitimamente, conforme entende a corrente deliberativa de democracia – também deve ser examinada à luz do contexto social em que se encontra o Estado democrático.

Com efeito, a atual quadra histórica da humanidade é reconhecida como a era da informação. No diagnóstico do sociólogo espanhol Manuel Castells (2012), a era da informação é marcada por um conjunto de transformações na sociedade, na economia e na cultura, oriunda do aceleração das transformações na tecnologia da informação iniciadas na década de 70 do século passado, sobretudo nos Estados Unidos, que podem marcar a superação da sociedade industrial.

Nesse novo paradigma tecnológico, impulsionado por avanços na microeletrônica e nas telecomunicações, a informação é valioso bem, na economia, política e educação. De acordo com Castells (2012, p. 108), produz-se tecnologia para agir sobre a informação, e não informação para agir sobre tecnologia, como foi o caso das revoluções tecnológicas anteriores. A informação é o produto do processo produtivo do novo paradigma tecnológico.

Esse desenvolvimento tecnológico revolucionou as relações sociais, que, doravante, transcorrem em meio a intenso fluxo global e virtual de informações, comunicações e interações. A tecnologia da internet e da comunicação sem fio permitem interações simultâneas entre pessoas que se encontram espacialmente distantes. As dimensões de espaço e tempo são encurtadas. Assim, a internet

constitui livre espaço público de informações, que possibilita a produção, armazenamento e transferência instantânea de informações de um ponto a outro dessa rede eletrônica. Há uma massificação do acesso à informação e da comunicação entre pessoas, que constitui redes de comunicação para múltiplos propósitos: comércio, ativismo político, social e religioso, entretenimento e relações pessoais. A formação de redes digitais amplifica e intensifica a comunicação entre as pessoas, viabilizada pela partilha de informações (CASTELLS, 2011, p. 11). A combinação da vertiginosa democratização que a sociedade da informação proporcionou no acesso à informação e aos meios de comunicação abre novas possibilidades – já percebidas e exigidas pela sociedade – de partilha de informações produzidas e armazenadas na órbita estatal.

O Estado – na era da informação – não é democrático sem transparência e partilha de informações, que o permita estabelecer comunicação com a sociedade. O acesso à informação estatal horizontaliza a relação Estado-sociedade, pois abre possibilidade de se estabelecer debates públicos na construção das decisões estatais que afetarão a sociedade. Contudo, não se deve perder de vista, conforme adverte Castells (2001, p.287), que, muito antes da era da informação, o controle sobre a informação é a base do poder do Estado. E, em plena era da informação, as suas poderosas tecnologias podem estar – e estão – a serviço da vigilância estatal sobre a vida das pessoas, expondo, à risco de perigo, tanto a privacidade como o aumento da repressão estatal em desconformidade a padrões de garantias democráticas universalmente reconhecidos. Em vista dessa realidade, redobra-se a importância do acesso às informações e participação da sociedade nas atividades do Estado. O Estado que vigia e interfere na vida social não é democrático sem que também seja vigiado e sofra interferência da sociedade. Afinal, é a sociedade, originária detentora do poder soberano, quem deve indicar a forma e os fins pelos quais deseja a interferência estatal. Para tanto, é necessário que ela conheça o interior da estrutura e das atividades do Estado. Ademais, o Estado é público porque à sociedade pertence tudo o que ele faz e tudo o que ele possui, incluídas as informações por ele retidas.

Diante de tais considerações, reclamam-se estudos jurídicos que busquem viabilizar fundamentações teóricas e ferramentas técnico-jurídicas para consolidar o acesso à informação, a transparência, a participação como insumos do debate público pelo qual se concorre ao controle e democratização do Estado. O

trabalho tem o propósito de avançar por reflexões e propostas concretas de mecanismos procedimentais que revigorem as funções de controle do poder público. Entende-se que o controle – em que o debate público das contas públicas é poderoso instrumento – é atividade indispensável para a consolidação democrática, que não mais se sustenta apenas na escolha eleitoral de governantes.

Ocorre que a função de controle do Estado, a partir de órgãos do próprio Estado – controle estatal –, ou por iniciativa da sociedade – controle social – não tem sido estudada na ótica de ser ele mesmo – o controle – examinado na dupla perspectiva de ser: a) fonte de pressão e sindicância sobre o Estado para a realização de transparência e promoção de participação popular; b) objeto de democratização, pela aproximação da sociedade, na execução de empreitadas fiscalizatórias. Nesse caso, são incipientes estudos dedicados a examinar se órgãos de controle – especialmente Tribunais de Contas – podem herdar da sinergia com a sociedade civil maior legitimidade e efetividade, ou, se mesmo a sociedade, em parceria com órgão oficial de controle, melhor se capacitam para o propósito maior de fazer o Estado entidade cujas atividades administrativas – e seus resultados – sejam melhor conhecidas pela sociedade, e, por isso, mais controladas.

Todavia, mesmo órgãos estatais de controle – assim como a imprensa – podem estar expostos à injunções políticas, que acabam por reduzir a capacidade de referidos órgãos tornarem controlada a função administrativa do poder público. Por isso, o trabalho tem o escopo de demonstrar que a transparência, por meio de debate público, com presença da mídia – inclusive sobre as atividades de controle – deve ser assegurada, como tentativa de manter controlada a atividade administrativa do Estado e também se evitar desvirtuamento na função de controle do poder público.

Dessa forma, busca-se, neste trabalho, suprir *déficit* de estudos que explorem a potencialidade da democracia ser praticada e consolidada por meio do debate público que – fomentado por órgãos de controle – propiciem o desenvolvimento de controle social sobre a ação do Estado, o exercício da cidadania ativa e a atuação controlada e responsável do Estado.

A título de advertência, registra-se já, que a pesquisa não se envereda por incisiva abordagem dogmático-descritiva das funções de controle sobre a ação estatal, ou mesmo se preocupa em sistematizar a tipologia das espécies de controle, em seus diversos aspectos. Esta tarefa já teve a contribuição de excelentes

trabalhos monográficos da doutrina dedicada ao tema do controle. Quando houve essa abordagem, ela foi pontual nesse trabalho. Ateve-se a examinar competências dos Tribunais de Contas propícias a serem exploradas como fonte de promoção do debate público e transparência sobre as contas públicas.

Para dar cumprimento à empreitada de se apontar fundamentações teóricas e mecanismos jurídicos para a promoção do controle democrático do Estado pelo debate público, estruturou-se o trabalho a partir da presente introdução e mais 12 capítulos, reservando-se o último para a sumarização das principais conclusões extraídas ao longo da pesquisa.

Apresenta-se, no capítulo dois, a superação da ideia de democracia por eleições, tornando-se fundamental refletir sobre a necessidade de que o exercício do poder transcorra em debate público, também no interstício eleitoral.

O capítulo três concentra-se em demonstrar, à luz do paradigma deliberativo de democracia, teorizado por Jürgen Habermas, a possibilidade de o debate público ser fonte de legitimidade do direito. Utiliza-se desse capítulo também para apresentação de exposições sobre pontos centrais da teoria deliberativo-procedimentalista da democracia, que, recorrentemente, foram explorados ao longo dos capítulos subsequentes.

No capítulo quatro, trata-se da crise da democracia representativa, do Parlamento e dos partidos políticos, o que impulsiona a refletir sobre a necessidade de criação de canais de participação popular nas funções do Estado.

O capítulo cinco concentra texto dedicado à comunicação social, que foi examinada sob a ótica de ser indispensável à alavancagem do debate público e controle sobre a atuação político-administrativa do Estado. Examinam-se os riscos e potenciais da mídia para o desenvolvimento democrático.

No capítulo seis, o tema é a concentração de informações em poder da tecnoburocracia – e os obstáculos que isso representa à transparência e ao controle democrático da Administração Pública pela participação social e pelo debate público.

Aproveita-se do capítulo sete para demonstrar a natureza deontológica da democracia e o significado e implicações dessa constatação para a interpretação da ordem jurídica..

O cerne do capítulo oito é refletir sobre a função da publicidade e sua condição primaz para democratização do Estado.

Reserva-se, especialmente ao capítulo nove, o tema da participação popular no Estado, sua condição de direito fundamental, e a necessidade de garantias procedimentais para sua viabilização.

Na sequência das ideias, o capítulo dez discute a indispensabilidade da transparência ao preenchimento democrático do conteúdo dos interesses públicos como meio de permitir a colaboração, nessa tarefa, da participação social.

Por emprestar decisiva contribuição à promoção do controle do poder público pelo debate público, no capítulo 11 dissecam-se as dimensões de interpretação do princípio da publicidade, expondo as suas interações com outros princípios constitucionais.

No capítulo 12, fecha-se a argumentação do trabalho. O ponto central é demonstrar que os Tribunais de Contas podem ser decisivos para revigorar o controle sobre o poder público, tornando-o mais responsável pelo empoderamento da cidadania. Para cumprir esse objetivo, cuida-se de explorar meios de os Tribunais de Contas exercerem suas competências para promoção do debate público e do desenvolvimento do controle social sobre as contas públicas.

2 A COMPLEMENTAÇÃO DA IDEIA DE DEMOCRACIA POR ELEIÇÕES PELA DEMOCRACIA DO DEBATE PÚBLICO

Corriqueiramente reconhece-se a democracia como o regime próprio de Estados que asseguram eleições periódicas cujos cidadãos, por meio de sufrágio cada vez mais universal, exercem o direito ao voto secreto de escolherem os representantes pelos quais querem ser governados. No imaginário do público em geral, a democracia significa a possibilidade de escolha dos representantes conforme a vontade popular expressa nos votos dos eleitores.

É esse o modelo de democracia liberal-representativa que o mundo ocidental conheceu e consolidou desde fins do século XVIII. Nesse modelo, o cidadão se confunde com o eleitor, cuja função é decidir quem se investirá no poder político de produzir leis (poder legislativo) e aplicá-las, administrativamente, por meio do aparelho burocrático do poder executivo. É a caracterização de democracia feita por Bobbio (2000, p. 30), que a define por um “conjunto de regras que estabelece quem está autorizado a tomar decisões coletivas e com quais procedimentos”. Constitui uma visão de democracia bem restritiva à participação popular na formação da vontade estatal. De acordo com essa corrente, as regras procedimentais em que se apoia a democracia serviriam apenas para designação de governantes, pelo critério da vontade da maioria do eleitorado. Essa compreensão se encaixa na teoria elitista de democracia, de Joseph Schumpeter. Na visão minimalista de democracia desse pensador, as sociedades democráticas, por ele observadas no período entre-guerras, “são governadas não pelo povo ou pela maioria tomada como um todo, mas por políticos eleitos junto com partidos políticos não eleitos e servidores burocratas”. (CUNNINGHAM, 2009, p. 18).

De acordo com a visão schumpeteriana, caberia a uma elite de políticos, assessorados por especialistas, responder pelos interesses dos que não são da elite, pois, segundo Schumpeter, o cidadão comum não tinha capacidade ou interesse político senão para escolher os líderes aos quais caberia tomar as decisões para a coletividade. A democracia seria um procedimento para escolha de políticos, por meio da disputa competitiva dos votos das pessoas.

Se for se basear nesta concepção, até Governos pseudodemocráticos, a exemplo da Cuba “dos irmãos Castro”, a Venezuela “chavista”, para ficarmos no mundo latino-americano, seriam autênticos regimes democráticos. Essas nações se

vangloriam de desfrutarem de eleições periódicas pelas quais seus cidadãos escolhem “livremente” (de acordo com o discurso desses Governos) ocupantes para diversos cargos eletivos e decidem se querem ou não a continuação do Governo no controle político-administrativo desses países.

Todos os Governos, democráticos ou pseudodemocráticos, autoproclamam-se legítimos somente pela contabilização eleitoral de votos que representam a vontade da maioria dos cidadãos que escolheram pessoas eleitas para assumirem ou permanecerem no poder político.

Entretanto, a técnica eleitoral de escolha dos governantes, partindo da vontade numérica da maioria, é apenas a fina casca que formalmente representa a democracia, e que geralmente oculta, em seu interior, um sistema de práticas e regras político-eleitorais que nem de longe pode ser chamado de democrático.

Amartya Sen (2011, p.361), em sua obra “A ideia de Justiça”, ao aderir à ideia de democracia como Governo por meio do debate, reconhece que, tradicionalmente, a compreensão de democracia é centrada no voto secreto e nas eleições, que são, de fato, peças chaves para a sustentação de regimes democráticos. Entretanto, adverte o autor que voto e eleição não são tudo numa democracia, devendo também ser considerado o que os acompanha, como liberdade de expressão, acesso à informação, liberdade de discordância, ou tolerância com a divergência.

Voto secreto e eleições, por si sós, podem ser arremedo de democracia, por trás dos quais pode se dar vez a vitórias eleitorais de regimes autoritários, “principalmente suprimindo a discussão pública e a liberdade de informação, e gerando um clima de apreensão e ansiedade”. (SEN, 2011, p. 361).

Na mesma orientação, Jacques Chevallier (2009, p. 258) articula que a cidadania não pode se reduzir a simples eleição de representantes para gerir os negócios públicos, pois ela implica o direito de opinião sobre as escolhas coletivas. Nas palavras deste autor, “a democracia ‘de eleição’ é substituída pela democracia ‘de expressão’ (pela tomada da palavra), por uma democracia ‘de implicação’ (pelo debate) e por uma democracia ‘de intervenção’ (pela ação coletiva)”.

Muito possivelmente, eleições ditas “democráticas e populares” podem significar elitista e perverso jogo político, em que, mediante disputa por votos, classes ou grupos sociais ou personalidades desejosas do poder político se

confrontam, ou, em situações mais autoritárias, simplesmente se impõem sobre a vontade popular, e fazem do eleitor disfarçado instrumento de conquista do poder.

Conquistam o poder pela maioria dos votos escrutinados e por propagandas de propostas e projetos de Governo de acentuado apelo emocional, porém, de duvidável concreção prática. Propagandas e campanhas milionárias dominam o processo eleitoral, do qual sobra pouco espaço para a democratização de candidaturas em prejuízo ao debate político, que, incapaz de mobilizar a sociedade, é ainda contaminado por inverídico conteúdo argumentativo patrocinado por interesses partidários, políticos e econômicos.

A grande maioria dos cidadãos encontra-se distantes de aceitável acesso a debate político. Isso permite que grupos políticos, por ocasiões eleitorais, repartam oportunamente a preferência inconsciente do eleitorado. Passivamente, na melhor das hipóteses, o eleitorado apenas escolhe os candidatos em cujas propostas e programas de Governos prometidos confia, como sendo aqueles que melhor gozam de credibilidade para realizarem seus interesses pessoais ou da comunidade em que vivem. Limitam a cidadania a exercer o direito de voto em eleições. Depois de escolhidos os governantes, a esmagadora maioria dos cidadãos, habitualmente, adota comportamento passivo. Distanciam de debate sobre a atuação do Estado, e assistem, resignados, a toda a sorte de irresponsabilidades e ilegalidades praticadas pelos representantes políticos e pela Administração Pública.

Nesse quadro, é comum que o leitor não disponha de elementos informativos e críticos com que avaliar a veracidade das afirmações e plausibilidade das argumentações apresentadas pelas agremiações partidárias por cujo meio transcorre o processo eleitoral.

Em situações mais graves, o eleitorado sequer dispõe de liberdades de expressão, de imprensa livre ou do direito de se organizarem politicamente em torno de partidos de oposição. O voto é exercido sob pressão política e permanente vigilância da máquina partidária que está no poder.

Nem mesmo o pluripartidarismo, imprensa relativamente livre, eleições periódicas e garantias de exercício de liberdades fundamentais, como a livre expressão do pensamento e livre associação – é o caso do Brasil –, não garante que a democracia esteja imune a práticas administrativas e arranjos institucionais que acobertam o quanto há de desnível entre o discurso eleitoral e governamental e a realidade da ação administrativa do Governo e as condições de vida em que se

encontra a população. Como regra geral, o processo eleitoral, conduzido por partidos políticos focados na conquista do poder, mas desconectados da realidade da vida social, transcorre em torno de campanhas publicitárias forjadas na grande mídia, com pouca disputa de opiniões entre candidatos, Governo, oposição, sem lograr o envolvimento das massas de eleitores¹.

As distorções do processo eleitoral evidenciam que, embora ele seja indispensável, não assegura a continuidade da democracia e a salvaguarda do interesse público. Assevera Ana Maria Campos (1990, p. 30-50) que “a legitimidade do poder delegado (pelo povo ao Estado), precisa ser assegurada pelo exercício ativo da cidadania, por partidos políticos sintonizados com seus eleitores e por uma opinião pública bem informada”.

A existência formal de liberdades individuais e políticas não é acompanhada pela realização de direitos sociais, o que representa grave obstáculo ao avanço democrático. Parece que o Governo, que é popular, não se faz “para o povo”, mas para segmentos influentes da sociedade, com desigual distribuição da riqueza e de oportunidades de mobilidade social. Na perspectiva mais otimista, ainda que se faça “para o povo”, o Governo não se faz “com o povo”, alijado que fica de participar da construção das decisões que o afetam. Os cidadãos são dirigidos por políticos e tecnocratas que se irrogam portadores de maior capacidade de compreender suas vontades e em seus nomes decidir.

Mesmo em ambiente de pluralismo político, com eleições regulares, as informações prestadas pelo Estado não condizem com a situação das contas públicas, com a qualidade dos serviços públicos prestados, com as condições de bem-estar (ou mal-estar) da sociedade (acesso à saúde, ensino, bens culturais, transportes, segurança pública), com a promoção da sustentabilidade do desenvolvimento econômico e preservação ambiental. Enfim, existe uma assimetria entre o que é divulgado pelo Governo e o que se encontra na realidade.

São blindadas ao debate público as informações oficialmente produzidas e armazenadas pelo Estado, cujo acesso poderia permitir à sociedade melhor conhecer o real estado da legalidade e legitimidade na realização do gasto público,

¹ A propósito do tema, afirma Habermas, já nos anos 60 do século passado, que “Disputas eleitorais já não transcorrem mais no âmbito de uma esfera pública institucionalmente garantida a partir de uma disputa de qualquer modo ininterrupta de opiniões”. (HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutura da esfera pública*. 2ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 247).

ou as causas que fizeram germinar as políticas públicas e os impactos positivos e negativos que delas resultaram.

A blindagem informacional protege o Estado da exposição ao debate público, sem o qual o cidadão, além de não ser consultado para colaborar com ações governamentais, é parcamente informado sobre negócios públicos de interesse geral.

O fechamento ao debate público ocorre através da perigosa cultura política do segredo, em que se oculta muitas das decisões e atos do Estado, que se públicos fossem, não seriam realizados. Mas a oclusão ao debate não ocorre somente por meio do segredo das informações. Há também o direcionamento da mídia pelos interesses comerciais de seus anunciantes, a hermética comunicação feita pela tecnocracia, que dificulta a compreensão pela massa do povo das justificativas e decisões tomadas pelo Governo. Há ainda a defasagem da cultura participativa, em que os fatores supracitados contribuem para o desinteresse e a dificuldade do povo em exercer a cidadania, e, por meio dela, seus direitos fundamentais, individuais e sociais.

Com a fragilização da participação e escassa formação de opinião pública crítica, o debate público e a democracia são apequenados. Na democracia, mais que a investidura no poder por vias eleitorais e pelo sufrágio, é fundamental que o exercício do poder de todos os órgãos do Estado transcorra em debate público – o qual é insuficiente se reduzido aos períodos de pleitos eleitorais. Com o debate, o Governo se expõe à consciente e consistente crítica pública. Ele se torna mais responsável e permeável à interferência e influência da sociedade, habilitada a se fazer ouvir na construção de uma agenda de compromissos que lhe permita por em discussão os interesses que reconhece serem mais importantes e urgentes de serem enfrentados, por meio de ações governamentais costuradas em diálogo entre Estado e sociedade civil. Sobre essa questão, aduz José Luiz Quadros (2006, p. 17):

A construção de uma sociedade democrática e o funcionamento de processos democráticos dialógicos exigem uma análise extremamente mais complexa da sociedade, das instituições, da cultura, da história e do momento histórico vivido, do que simplesmente a sua redução ao normal funcionamento de um parlamento, de eleições periódicas e da realização de consultas populares através de referendos e plebiscitos, ou pesquisas de opinião.

É por meio do debate público – cultivado pelo acesso à informação pública de linguagem descomplicada, com circulação da informação por uma imprensa livre, com desfrute de direitos fundamentais, especialmente liberdade de expressão e ao acesso de todos à instrução e formação educacional básica e de qualidade – que se constroem Estado e sociedade democráticos². É um projeto de democracia em que se criam canais de comunicação para a sociedade transpor ao Estado suas preferências, carências e demandas, e capaz de convertê-las em direitos e projetos coletivos, que venham a ser aplicados, administrativamente, por um poder público engajado, permanentemente, ao debate com a sociedade civil.

O debate público, originado à margem do Estado, pulverizado numa esfera pública, em que os cidadãos formem em seus espaços informais de convivência, ou em associações juridicamente organizadas, rede de debates que, criticamente, reflitam sobre seus projetos de vida individual e coletiva, agasalhado pela imprensa ou canais procedimentais de participação que aproximem Estado e sociedade, é um meio democrático de se construir opinião pública com possibilidade para pressionar o reduto oficial do poder a agir com legitimidade.

Como se vê, o debate público é uma vigorosa prática com a qual se constrói um projeto democrático de Estado, em que o direito, que irá regular as relações de vida entre as pessoas ou entre elas e o Estado, e também conduzirá a atuação Estatal, é construído com influência de argumentos que avultam de bases sociais e migram, mediante procedimentos discursivos, para fóruns oficiais de debate político (casas legislativas, conselhos gestores de políticas públicas nos órgãos executivos, orçamentos participativos, audiências públicas, ouvidorias, entre outros canais de participação).

Com o debate público, há melhores condições de se democratizar a produção e aplicação do direito, por meio do qual se organiza e se legitima o exercício do poder político, com o projeto de se fazer das decisões estatais reflexo das expectativas de demandas sociais.

² A insuficiência da democracia representativa, cujo maior pilar são as eleições periódicas, é reconhecida por José Luiz Quadros de Magalhães. Afirma o autor que sua aposta é “[...] na democracia que se constrói do diálogo livre, no livre pensar no seio da sociedade onde a construção de espaços de comunicação seja possível, o que depende da construção da cidadania como ideia de dignidade, libertação da miséria e respeito humano. Não há efetiva liberdade sem meios para exercê-la, e estes meios são os direitos que libertam o ser humano da miséria e da ignorância”.(MAGALHAES, José Luiz Quadros de. O Poder Local no Brasil: a alternativa da democracia participativa. In: MAGALHAES, José Luiz Quadros de (org). *O Município e a Construção da Democracia participativa*. Belo Horizonte: Mandamentos. 2006, p.15-44).

3 A INTERPRETAÇÃO DO DEBATE PÚBLICO À LUZ DO MODELO DELIBERATIVO DE DEMOCRACIA

Introduz-se o presente capítulo com o propósito de apresentar, panoramicamente, elementos da teoria deliberativa da democracia de Jürgen Habermas – referencial teórico ao qual se filia para sustentar reflexões sobre o controle do exercício do poder público no Estado democrático.

Em tempos de sociedades complexas, palco de múltiplos e difusos grupos sociais com visões de mundo contrapostas, disputando espaço para afirmação de seus interesses, o desafio democrático é fazer com que a atuação estatal seja legítima, ou seja, que a sociedade civil, com ativa participação, possa verificar se a atuação e as decisões do poder público revertem em proveito da concretização das suas expectativas e valores.

Na visão deliberativa, a democracia não é prática reservada formalmente aos órgãos do Estado. Ela também deve se desenvolver em cenários sociais, estranhos à estrutura estatal, com a participação informal da comunidade, mobilizada pelo debate público de ideias – em que se reserva ao direito apenas a fixação de garantias procedimentais que permitam disciplinar a equitativa oportunidade dos interessados de tomarem parte da discussão.

O debate público, como se pretende demonstrar ao longo do trabalho, permite livre e amplificada contribuição da sociedade para a produção legislativa e para o acompanhamento e controle das ações do Estado, no sentido de se dotá-lo da legitimidade, por permitir que o elemento democrático, proveniente do meio social, participe das atuações estatais justificadas e praticadas pelo interesse social.

3.1 A contemporânea exigência democrática de legitimação do direito.

A solução de conflitos de interesses e o estabelecimento de objetivos coletivos a serem realizados é a meta principal do direito.

Para alcançar este objetivo, o direito se serve de uma autoridade soberana da qual emanam as normas que disciplinarão a conduta das pessoas e os meios de ação a serem empregados para realização do bem comum.

Em sociedades arcaicas, anteriores ao Estado moderno, o direito não era imposto por normas jurídicas, enquanto reflexo da institucionalização do poder

político por normas legais. Diferentemente, o direito derivava da tradição e dos costumes ditados por uma autoridade apoiada no sagrado. Vigia a teoria do fundamento teocrático da soberania, cujo ápice foi a teoria do direito divino dos reis. Essa teoria sustentou o absolutismo monárquico, segundo o qual a vontade do monarca representava a vontade de Deus, sendo o rei responsável somente perante Deus, sem o ser diante dos homens.

Em sociedades estatalmente organizadas a partir de concepções democráticas (e não teocráticas) de soberania, a autoridade é depositada sobre quem concentra a produção do direito (Poder Legislativo), ficando delegado a outros órgãos do Estado (Poder Executivo e Poder Judiciário) aplicar sanção para corrigir e intimidar os desvios a suas ordens. Dessa forma, o poder soberano obtém a adesão, voluntária ou coagida, da sociedade às suas normas jurídicas.

Aqui o direito não extrai sua legitimidade de uma origem sagrada, apelando a uma autoridade divina ou a uma fonte metafísica, apoiada no direito natural. Se quiser obter eficácia social, satisfatório grau de adesão a suas normas e integração social, o direito deve abandonar soluções contingenciais arbitrárias e buscar o enlace entre a positividade e legitimidade de suas normas.

É necessário que a coerção do direito posto (faticidade, na linguagem da Habermas) seja validamente exigida mediante normas legítimas, cujos fundamentos sejam aceitos pelos seus destinatários. No entanto, como encontrar a legitimidade de normas que não são postas por autoridade divina nem pelo direito natural? O direito profano, convencional³, passa a ser justificado na legalidade, que significa a concordância ao que é juridicamente vigente, ou seja, ao direito posto pela autoridade soberana, representante, doravante, da vontade popular. Esta é a forma de pensar da corrente racionalista do século XVIII, que endeusava a lei como obra da razão que libertaria o homem do arbítrio das vontades pessoais dos governantes.

O modelo de dominação racional-legal, de Max Weber, corresponde à fase positivista do direito monopolizado pelo Estado, ancorada, inicialmente, na filosofia política adotada pelo Estado liberal, em que a legitimidade do direito decorre da legalidade do exercício do poder. Nos dizeres de Habermas (2012, v. 1, p. 171),

³ Diz-se direito convencional porque se trata do direito estabelecido por convenções, como o são os estatutos jurídicos, representados por códigos legais e Constituições, artificialmente criados pelo homem, e que não derivam da imanência da natureza humana ou de leis divinas.

“o Estado se transforma numa instituição para o exercício burocrático da dominação legal”. Sobre essa questão, aduz Luiz Moreira (2004, p. 49):

Nas sociedades estatalmente organizadas, o fundamento da autoridade política é depositado sobre quem monopoliza o poder de sanção, e isso é o que dá a quem ocupa esse cargo um poder socialmente vinculante. O soberano retira a capacidade de mando muito mais da legitimidade que lhe advém do sistema jurídico do que da capacidade fática de mando.

O direito é aquilo que o legislador, democraticamente legítimo ou não, diz que é, bastando para tanto que as ordens estatais dotadas de coerção observem um processo juridicamente institucionalizado para sua criação.

De fato, o direito positivo passa a instrumentalizar a organização do poder político do Estado. A propósito, vale resgatar a lição de Herbert Hart (2012), o qual concebe que o direito é um sistema social composto por *i)* normas primárias, que se destinam a regular a conduta das pessoas, impondo direitos, deveres e obrigações, e também; *ii)* normas secundárias, que, diferentemente de normas de comportamento, dispõem sobre regras de competência para a organização do poder do Estado e disciplina os procedimentos para a criação da lei e sua aplicação pela administração pública e justiça.

De acordo com Habermas (2011, v. 2, p. 193), “isso significa que o direito moderno tem que legitimar o poder exercido conforme o direito, apoiando-se exclusivamente em qualidades formais”.

A racionalidade formalista do direito significa que o direito não é identificado pelo seu conteúdo nem pela sua valoração. O direito não dependeria da moral, cuja subjetividade põe em risco a sua racionalidade.

Assim, a concepção formal do direito o define exclusivamente com base no modo de sua produção, prescindindo-se de seu conteúdo. “Considera-se somente *como* o direito é produzido e não o *que* ele estabelece” (BOBBIO, 2006, p. 145, *itálico do autor*).

A racionalidade weberiana do direito se apoia em três pontos principais: a) a sistematicidade científica, baseada em estudos de doutrinadores especializados e com formação acadêmica; b) leis públicas, abstratas e gerais, que assegurem espaços de autonomia privada para busca racional de interesses subjetivos; c) institucionalização de processos para o emprego das leis, possibilitando a ligação,

conforme as regras, entre ações, fatos e consequências jurídicas (MOREIRA, 2004, p. 68).

Com essas características, o direito consegue antever a tipificação de condutas jurídicas e delas extrair as consequências preestabelecidas. Realiza, pois, o compromisso de preservar o espaço de autonomia dos indivíduos, que são livres para programarem suas condutas e projetos de vida, desde que não violem as prescrições legais. E pouco importa os motivos que os levaram a agir de acordo com a lei ou, numa perspectiva de maior autonomia, porque agiram sem violar a lei. Ao mesmo tempo, diante dessa estrutura, o direito também consegue realizar sua missão enquanto sistema cuja função é a estabilização de expectativas de comportamento, firmando o compromisso de segurança jurídica, tão caro aos interesses burgueses de uma sociedade que compreende o homem como agente econômico, titular da mercadoria, do dinheiro ou da força de trabalho.

Mas por que essa racionalidade positivista não consegue legitimar o direito formal, isto é, torná-lo racionalmente aceitável?

Em sociedades arcaicas, obtinha-se integração social em razão do poder mítico da autoridade, capaz de gerar convicções sacralizadas aos homens, em que se fundiam a faticidade e validade do direito, ou seja, as ordens coativas se legitimavam pela tradição e eram costumeiramente observadas (LEITE, 2008, p. 24)

Todavia, em Estados modernos, constituídos por sociedades complexas, repletas de individualismo e pluralismo de formas de vida, fica inviabilizada a obtenção de integração social sem quem se proceda à argumentação que justifique racionalmente a criação e aplicação do direito.

As necessidades pós-metafísicas de fundamentação do direito exigem dele uma relação interna com a moral, em que valores morais são positivados como princípios jurídicos, em busca da realização de uma ordem jurídica justa⁴. Isso é mais uma prova de que a fundamentação de processos e decisões jurídicas estão abertas a discursos morais.

⁴ A propósito a firma Luiz Moreira que “[...] a característica básica do Direito moderno, na opinião de Habermas, é a exigência a um só tempo, de positivação e fundamentação, o que, para ele, vai possibilitar o aumento das vias de fundamentação, como também de um apelo não somente à esfera jurídica quando da pergunta pela fundamentação, mas à pergunta pela instância moral que dá sustentação e validade ao ordenamento jurídico”. E mais à frente prossegue o autor que “[...] só tem sentido falar em legitimidade da legalidade à medida que a juridicidade se abre e incorpora a dimensão da moralidade, estabelecendo assim uma relação com o Direito que, ao mesmo tempo, é interna e normativa. Em síntese, só é legítima a legalidade circunscrita em uma racionalidade cujo procedimento se situa entre processos jurídicos e argumentos morais. (Fundamentação do direito em Habermas, 3ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 61 e 72).

Há uma relação de complementariedade entre direito e moral, pois conforme afirma Habermas:

Uma ordem jurídica só pode ser legítima quando não contrariar princípios morais. Através dos componentes de legitimidade da validade jurídica, o direito adquire uma relação com a moral. Entretanto, essa relação não deve levar-nos a subordinar o direito à moral, no sentido de uma hierarquia de normas. A ideia de que existe uma hierarquia de leis faz parte do mundo pré-moderno do direito. A moral autônoma e o direito positivo, que depende de fundamentação, encontram-se numa relação de complementação recíproca (HABERMAS, 2012, v. 1, p. 140-141).

A neutralidade desejada pelo direito formal burguês, que o fazia avesso a valores morais, tidos por subjetivos, é encarada por Habermas como uma visão equívoca.

É que Habermas prende a legitimidade do direito, a ser extraída de argumentos morais, a um arranjo comunicativo que se serve de uma linguagem intersubjetiva. Essa linguagem se vale de proposições racionais, mediante a seleção consensual do melhor argumento que busca, em condições de igualdade, o entendimento de indivíduos sobre suas regras de convivência e sobre a definição dos objetivos comuns da sociedade em que vivem. Essa forma de entendimento entre os homens é o que em linguagem habermasiana se diz “agir comunicativo”. Entretanto, o consenso que se busca alcançar não se baseia na verdade definitiva, mas na pretensão de validade, ancorada no melhor argumento. Logo, argumentos vitoriosos em um debate específico, que constitui a formação da maioria democrática, poderão ser superados em futuros debates, circundados por características e atores diferentes. O consenso, portanto, estaria no acordo sobre as regras procedimentais que institucionalizariam a igual participação de todos os interessados na realização de um debate público e racional de ideias.

O consenso em torno de processos democráticos, aberto a diversas práticas políticas, pressupõe o dissenso quanto ao conteúdo, em virtude da diversidade de valores e interesses sociais. (FUNGHI, 2012, p. 46).

O conteúdo dos argumentos morais não “é deduzido da autolegislação moral de pessoas singulares” (HABERMAS, 2012, v. 1, p. 158) nem é estabelecido preliminarmente por uma ética global ou mesmo pelo Estado, por meio de leis e outros atos jurídicos.

Cabe aos cidadãos, enquanto parceiros de uma comunidade jurídica, atribuírem a si mesmos as normas pelas quais terão suas relações sociais e objetivos comuns coordenados, apresentando-se, simultaneamente, como autores e destinatários da ordem jurídica. Entretanto, a autonomia dos cidadãos, enquanto membros de comunidade jurídica, somente pode se exprimir pela linguagem do direito, o que evidencia o fato de o agir comunicativo não ser algo que despreza o direito como sistema disciplinador do convívio social mediante a coerção do aparelho estatal. Na verdade, o direito é meio de linguagem que funciona como um transformador. Ele converte o poder comunicativo da sociedade civil em poder oficial do Estado, que se reproduz em leis e nas ações executiva e jurisdicional.

Essa fórmula de se buscar a integração social, partindo do acordo racional entre os indivíduos, à margem do Estado, se funda no princípio do discurso no qual somente pode-se pretender legitimidade as normas jurídicas que encontram o assentimento de todos os afetados por sua regulação. Essas normas devem assegurar iguais oportunidades de participação argumentativa no processo de criação e aplicação do direito. De acordo com Habermas (2011, v. 2, p. 322), o princípio do discurso tem o seguinte teor: “são válidas as normas de ação com as quais poderiam concordar, enquanto participantes de discursos racionais, todas as pessoas possivelmente afetadas”.

Com efeito, o princípio do discurso é indiferente à moral e ao direito. Por si mesmo, ele não é suficiente para a fundamentação de qualquer direito. Ele simplesmente dispõe sobre os procedimentos democráticos necessários para que haja a formação discursiva da vontade e da opinião na esfera pública política, que culminam na edição de leis e demais atos estatais que, nessas condições, estariam dotados de legitimidade.

O objetivo do princípio do discurso é obter a aceitabilidade de decisões racionais tomadas acerca de temas relevantes mediante à institucionalização de formas procedimentais democráticas de comunicação que permitam aos interessados o envio das melhores informações e argumentos possíveis ao debate.

A propósito da funcionalidade do discurso, Habermas explica que:

Na teoria do discurso, o desabrochar da política deliberativa não depende de uma cidadania capaz de agir coletivamente e sim, da institucionalização de correspondentes processos e pressupostos comunicacionais, como também do jogo entre deliberações institucionalizadas e opiniões públicas que se formam de modo informal. A procedimentalização da soberania

popular e a ligação do sistema público às redes periféricas da esfera pública política implicam a imagem de uma sociedade descentrada. Em todo o caso, esse modelo de democracia não precisa mais operar com o conceito de uma totalidade centrada no Estado, representado como um sujeito superdimensionado e agindo em função de um objetivo. Ele também não representa a totalidade num sistema de normas constitucionais que regulam de modo neutro o equilíbrio do poder e dos interesses segundo o modelo do mercado". (HABERMAS, 2011, v. 2, p. 21).

Habermas deixa visível que seu projeto é democratizar a produção do direito em níveis societários, marginais ao Estado, reservando aos cidadãos a disponibilidade de fazerem uso público de suas liberdades comunicativas aptas a se transformarem em impulsos capazes de exercerem influência sobre o Estado de direito.

3.2 O exercício do debate público como manifestação da soberania popular

De acordo com a Teoria Discursiva da Democracia, os cidadãos dispõem da iniciativa de exercerem ou não sua autonomia pública para participarem de debates na esfera pública, cujo resultado almeja o acordo racional acerca das regras de convivência comuns que os participantes querem ver acolhidas nas deliberações estatais.

Sob a ótica dessa teoria, a soberania não é produto da vontade rousseauiana do povo unido fisicamente para deliberar, como defendido pela visão republicana, que exigiria dos cidadãos hercúleo esforço cívico. Também não é uma forma de compromissos de interesses, que passa somente pelo sistema eleitoral equilibrado, pelo igual direito de voto e pela composição representativa das corporações parlamentares, conforme entende a visão liberal. A soberania passa a ser resultado dos procedimentos de formação discursiva da vontade conexa a fluxos comunicativos do debate público (SILVEIRA, 2004, p.66). A soberania, que antes era organicamente identificada no poder legislativo, na ótica discursiva, dissolve-se e se indetermina entre agentes da sociedade civil que querem exercer sua autonomia pública em arenas de debates públicos. A tônica da democracia, que, classicamente, recai no momento da decisão estatal (v.g, votar em algum candidato a mandato eletivo), é transferida e antecipada para as etapas que conduzem os debates racionais de construção da decisão, indiferentemente da esfera de poder a que ela se refere.

O exercício da autonomia pública implica direitos de participação política, e não está, necessariamente, acoplado às esferas institucionalizadas do poder político, pois não se reduzem aos tradicionais condutos do voto e ao mecanismo de participação semidireta, como o plebiscito, o referendo e a iniciativa legislativa popular, como é previsto no art. 14 da CRFB. Trata-se de aguda proposta de democratização da sociedade, em círculos informais de convivência, em que os cidadãos, vivendo em determinada comunidade, busquem externar, em espaço público, os problemas e desafios enfrentados no cotidiano, assim como os projetos de vida que querem para si. Ocorre uma informal organização do público de pessoas privadas no âmbito da sociedade civil, cujo núcleo é constituído por associações e organizações, movimentos sociais e iniciativas de sujeitos privados ativistas, que, agindo comunicativamente, em busca de entendimentos racionais, pretendem conduzir suas experiências de vida e interesses sociais a exercer influência sobre a formação institucionalizada da vontade e da opinião que domina o sistema do poder político.

Esse círculo de debates mobilizados em torno da sociedade civil, que não é institucionalizado, produz fluxos de comunicação que migram em direção à esfera pública⁵, que pode ser descrita como:

uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos. (HABERMAS, 2012a, v. 2, p. 93).

A opinião pública, condensada a partir de interações dialógicas dos cidadãos em espaços públicos, cuja circulação se faz por meio de uma linguagem comum ao público de leigos – portanto, não especializada – funciona como sensores que captam os clamores dos problemas sociais presentes nas esferas privadas e os transmitem, servindo-se da mídia, dos movimentos sociais e do jogo político-partidário, para a esfera pública política, que circunda e pressiona o reduto oficial de exercício do poder político. Os discursos produzidos no seio da sociedade civil podem ser institucionalizados e capazes de se transformarem em questões de

⁵ É importante aqui registrar a distinção feita por Maria Tereza Fonseca Dias, entre sociedade civil e esfera pública. Segundo a autora, “a sociedade civil jamais deve se confundir com a esfera pública, visto que esta é o espaço aberto de comunicação (lócus), enquanto aquela pode ser descrita como os agentes da comunicação”. (DIAS, Maria Tereza Fonseca, *Direito Administrativo Pós Moderno*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 154).

interesses gerais. Esses discursos podem adquirir força para solucionar os problemas sociais por cujo meio se mobilizaram os esforços e debates que podem sensibilizar a esfera de exercício do poder político e administrativo. Em suma, o objetivo central, repita-se, é que o poder comunicativamente produzido na sociedade civil seja convertido, por meio do direito, em poder administrativamente executado pelas leis e programas governamentais. Pretende-se que o direito produzido em leis e políticas públicas reflita a expressão da opinião e vontade de cidadãos que devem ter tido iguais chances de participação política na exposição pública de seus argumentos. É essa a receita da teoria discursiva para o legítimo exercício democrático do poder político e do direito.

É por isso que a democracia discursiva se concentra em lutar pela democratização da sociedade. O cidadão não deve ficar refém do uso da autonomia pública somente por ocasião da manifestação episódica da democracia representativa, quando se decide, pelo exercício do direito de voto, sobre a escolha dos representantes políticos que supostamente produzirão leis e políticas públicas no interesse dos eleitores que lhes confiaram a representação.

A democracia discursiva também vê com reservas a democracia direta de feição plebiscitária, em que decisões, à base do “sim” e do “não”, podem carregar consigo enorme *déficit* democrático. Essa prática de democracia tem o perigoso risco de se sustentar sobre decisões sem o prévio amadurecimento de ideias pelo debate público, sem a conscientização dos cidadãos sobre o conteúdo posto em deliberação, em que não raro, a ênfase dada ao tema é trabalhada ideologicamente pelo poder político, que a escolhe e, simplesmente, a impõe à deliberação popular, somente para sua homologação. A construção da problemática que se tornou questão de interesse geral não é originada da participação dos interessados reunidos em público para o debate racional da matéria.

Habermas (2012), então, concebe a soberania como procedimento da formação discursiva da vontade e da opinião, que, na qualidade de poder comunicativamente produzido na esfera societária, é capaz de exercer influência no sistema político. O núcleo da soberania popular é deslocado para o exercício do poder comunicativo disponível em amplitude suficiente para que todos os cidadãos possam, em condições de igualdade, se valer de suas liberdades comunicativas para canalizarem a temas relevantes os melhores argumentos possíveis, que possam cercar o debate político por um tratamento racional e democrático.

No entanto, diversamente do que, a princípio, possa parecer, os procedimentos discursivos criam apenas canais de participação que, captando como sensores os anseios sociais, exercem pressão sobre o centro oficial do poder político, para lograrem leis e políticas sintonizadas aos argumentos mais relevantes no fluxo público de discussão.

Os canais de participação, diversamente de clássicos mecanismos institucionais de exercício da democracia direta ou participativa (plebiscito, referendo, iniciativa legislativa popular), não ostentam caráter decisório e nem vinculante. Eles não colonizam nem se substituem ao poder político institucionalizado.

Dessa forma, a Teoria Discursiva da Democracia representa um rompimento com as tradicionais visões liberal e republicana de democracia, ambas muito centradas no exercício democrático verticalizado a partir do Estado, deixando, em segundo plano, o processo democrático derivado de fluxos de poder que brotam no seio da sociedade civil.

Nos termos da visão liberal, a democracia funciona como compromissos de interesses, em que, nos termos de Dworkin (1999, p. 256), “cada um pode usar o aparelho político vigente para promover seus próprios interesses e ideais”. Por meio das eleições, os cidadãos têm a oportunidade de converter seus interesses privados em uma vontade política, que é produto de disputa política equilibrada pelo direito, sobretudo pela separação de poderes, pelo princípio da legalidade, pela igualdade do direito de voto (*one man, one vote*) e pela proteção de direitos fundamentais, especialmente liberdades individuais. Segundo Habermas (2012a, v. 1, p.337), “Em seus votos, os eleitores expressam suas preferências. Suas decisões eleitorais têm a mesma estrutura que os atos de escolha de participantes do mercado, orientados pelo sucesso”. Dessa forma, os cidadãos podem verificar se o exercício do poder político, enquanto pessoas privadas, está sendo exercido conforme seus interesses. Essa linha de pensamento amolda indivíduos egoístas, cuja responsabilidade se restringe ao cumprimento das decisões políticas (leis e decisões administrativas ou judiciais), sem perquirir sobre o bem-estar de outros membros da comunidade.

Na concepção republicana, a democracia é compreendida como resultado de um engajamento dos cidadãos que buscam identificar suas identidades comuns, para, em cima delas, construir, sob a batuta do Estado, um entendimento ético-

político que deve orientar o conteúdo das decisões políticas e a realização do bem comum.

Para o republicanismo, a concepção de justiça não está relacionada à ideia de neutralidade em relação às concepções de vida, entendida no modelo liberal como a expectativa de que condições justas se reproduzissem espontaneamente a partir do livre jogo dos sujeitos privados que atuam no mercado. (SILVEIRA, 2004, p.65). Diferentemente, a justiça republicana está ligada ao estabelecimento de um consenso ético compartilhado pelos cidadãos.

Com efeito, adverte Marcelo Cattoni (2000, p.69) que republicanismo e liberalismo, duas tradições do pensamento político moderno, preocupados mais em fundar a política em termos normativo-idealizantes do que em processo políticos concretos

têm perdido muito do seu poder de convencimento por não levarem em consideração a complexidade da sociedade atual, ao manterem, por exemplo, um modelo de sociedade centrada no Estado, ou, mais especificamente, no caso republicano, ao pressuporem uma homogeneidade ético-cultural como base da democracia.

Ademais, as tradições liberal e republicana confrontam a autonomia pública com a autonomia privada, em que ora prevalece uma, ora a outra. Para a visão republicana, o cerne da autonomia pública é a participação política, pela qual os cidadãos firmam o compromisso de edificarem a identidade ética fundamental da comunidade, com o propósito de construírem o que é bom para todos. Todavia, não percebem que, em uma sociedade plural, não há uma única forma de vida compartilhada entre os cidadãos, e o direito não pode privilegiar uma em detrimento das outras, como se homogênea fosse a sociedade. Logo, há um sacrifício da autonomia privada dos indivíduos.

Para a corrente liberal, o processo político está centrado na autonomia privada, enquanto esfera de desfrute dos direitos fundamentais, livres de coação externa, concebidos, filosoficamente, como direitos naturais pré-políticos. Contudo, Jaqueline Silveira (2004, p. 65), descreve o excesso de valorização liberal da esfera privada, pois:

os indivíduos não têm interesse fora da sociedade, e é no espaço público que têm de ser firmadas, pelos próprios sujeitos de direito, as interpretações coerentes com o propósito de construir uma sociedade de homens livres e iguais por meio do Direito positivo.

Por sua vez, a Teoria Discursiva da Democracia não vislumbra submissão entre as autonomias pública e privada, porém, tensão entre elas, que firmam entre si uma relação de cooriginalidade.

É importante registrar que o princípio do discurso – por meio do qual se busca procedimentalmente alcançar a vontade racional – abandona a compreensão da construção da ordem jurídica a partir de direitos subjetivos, como foi estruturado pelo tradicional pensamento jurídico da modernidade, e passa a conceber a construção dos direitos por uma perspectiva intersubjetiva, em que os indivíduos se reconhecem reciprocamente, enquanto parceiros de uma ação comunicativa, como coautores e destinatários das normas a que se sujeitam.

A associação dos indivíduos como parceiros do direito exige uma postura mais fraternal da comunidade, e, nesse sentido, a proposta da teoria discursiva da democracia vai ao encontro do pensamento de Dworkin (1999, p. 243), em que o sistema dos direitos pressupõe, na prática social, o igual respeito e consideração de todos por cada um, pois todas as vidas são igualmente dignas. É essa a ideia de “integridade” formulada por Dworkin, na qual os membros de uma comunidade determinada se reconhecem reciprocamente como livres e iguais.

Sob essa ótica, não há a captura da autonomia privada pela pública – como foi acentuado no paradigma do Estado social – nem o inverso: o exercício da autonomia pública a serviço da autonomia privada, que prevaleceu no paradigma do Estado liberal.

A tensão – e não a submissão – entre a esfera pública (soberania popular) e a privada (direitos humanos) é assegurada quando se compreende que a legitimidade democrática dos direitos reside na criação das condições para a institucionalização jurídica da formação discursiva da opinião e da vontade, que é o debate público. Nesses termos, a soberania adquire uma forma jurídica procedimental, hábil a se abrir para a participação dialógica de indivíduos que se fazem, simultaneamente, cidadãos na construção do direito objetivo, sem que para isso percam controle da sua autonomia privada e direitos subjetivos, elásticos ou comprimidos mediante consenso firmado pelos próprios indivíduos-cidadãos em torno do direito objetivo elaborado.

Acerca da questão, afirmou Habermas (2012a, v.1, p. 138) que:

O sistema dos direitos não pode ser reduzido a uma interpretação moral dos direitos, nem a uma interpretação ética da soberania do povo, porque a autonomia privada dos cidadãos não pode ser sobreposta e nem subordinada a sua autonomia política.

Logo, a cooriginalidade entre a autonomia pública e a privada põe em evidência a ênfase do Estado democrático na criação das condições formais, ou seja, procedimentais, para a disponibilidade da participação de cidadãos na construção racional – portanto, intersubjetivamente motivada – das decisões estatais que afetem seus interesses. Essa é a exigência, na visão procedimentalista–discursiva da democracia, para a legitimação do direito.

A visão discursiva da democracia concebe que a verdadeira autonomia do indivíduo não está somente no desfrute das liberdades individuais. Ela também não se confunde somente com o acesso a prestações sociais disponibilizadas por um Estado social paternalista comprometido em assegurar condições mais igualitárias de desfrute das liberdades, mas que, em contrapartida, também representou uma ameaça à autonomia privada, na medida em que converteu cidadãos em clientes da burocracia. A autonomia consiste nas pessoas serem capazes de se entenderem como coautoras do direito e da produção dos atos estatais que a elas se destinam, alimentado-se num fluxo comunicacional, informalmente originado em instituições da sociedade civil, do qual depende a produção legítima do direito. Por isso, a importância das iniciativas das pessoas em fazerem uso público da razão comunicativa, pois ela pode se traduzir em debates acerca dos problemas de suas vidas, da comunidade em que vivem; podem possibilitar o conhecimento das propostas de Governos, o real estado da execução de suas políticas, as críticas e elogios destinados a eles, às leis e a instituições públicas e privadas de impacto social. É uma forma de defender a sociedade contra a apropriação da esfera pública pela burocracia especializada, que se autodefine capaz de interpretar os dilemas e expectativas da sociedade, e, dessa forma, substituir-se aos membros da comunidade na condução de seus destinos e projetos de vida.

Assim, reafirma-se que o paradigma deliberativo-procedimental de democracia é formal no sentido de ser destituído de conteúdo, isto é, não propõe qualquer modelo de sociedade e de Governo. Seu compromisso é criar as condições procedimentais necessárias para que a sociedade civil possa se valer de uso racional da esfera pública política para identificar seus problemas e as formas de

solucioná-los, fazendo dos homens “sujeitos livres na medida em que obedecem às leis que eles mesmos estabeleceram, servindo-se de noções adquiridas num processo argumentativo intersubjetivo”. (HABERMAS, 2011, v. 2, p. 190).

O procedimento discursivo não disciplina o conteúdo da argumentação, mas, sobretudo, as regras de participação política, a duração da negociação, o leque de temas e o fluxo do debate, de tal forma que todos os interesses afetos ao tema problematizado possam ser simetricamente considerados. Enfim, o procedimento disciplina todas as condições necessárias para se assegurar que o resultado da argumentação foi racionalmente motivado numa ação comunicativa propícia à formação democrática da vontade e da opinião.

O princípio do discurso é parelho ao princípio da “integridade”, de Dworkin”, no aspecto em que exige dos cidadãos a participação comum no processo político, para que identifiquem, numa arena de debates, os princípios que os governam, e que são pressupostos das regras jurídicas criadas por acordos políticos. Similarmente à preocupação de Habermas com o clássico problema da legitimidade do direito, Dworkin (1999, p. 255) sustenta que as pessoas melhor aceitarão a coerção do direito se compreenderem que os direitos não se restringem a decisões políticas, cujo conteúdo e mandamento, muitas vezes, não concordam, mas dependem do sistema de princípios que essas decisões endossam, e que devem ser justificados no exercício público do poder comunicativo entre falantes e ouvintes dispostos a estabelecer um entendimento sobre algo no mundo.

A identificação compartilhada desses princípios, revestidos de peso moral pela comunidade, e a compreensão que deles se faz em cada situação concreta em que são convocados a disciplinar, pode expandir ou comprimir os direitos, por serem os princípios, fontes autônomas e superiores de obrigações jurídicas, mesmo que não tenham sido proclamados nas decisões políticas. Dessa forma, a identificação dos princípios na moral política da comunidade não reduz o direito a decisões tomadas somente por instituições políticas, como é inerente à aplicação positivista do direito entoada pelo paradigma do Estado liberal.

Para garantir que os cidadãos possam exercer o poder comunicativo numa esfera pública e estabelecerem entre si uma autônoma relação intersubjetiva de cidadãos livres e iguais, é necessário que o sistema jurídico ostente direitos e garantias fundamentais que permitam o exercício da soberania popular

(autodeterminação de cidadãos), e que são classificados por Habermas (2012, v. 1, p.159-163) da seguinte forma:

1) Direitos fundamentais que resultem da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação. Como visto, o agir comunicativo parte da premissa do respeito às autonomias privadas de cada um, e também da liberdade de se ter a iniciativa de problematizar uma questão que é de interesse geral, além dos horizontes de seus interesses egoísticos. E mais: a liberdade de poder gozar de seus direitos subjetivos de forma a conciliá-lo para que o mesmo direito possa ser igualmente desfrutado pelos demais indivíduos, de modo que a evitar que a autonomia privada de alguém seja sacrificada pela de outrem.

2) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status* de um membro numa associação voluntária de parceiros do direito. Normas jurídicas, muito mais que as normas morais, são condicionadas geográfica e temporalmente por um legislador histórico que produz uma ordem jurídica concreta pertencente a determinado Estado. Por isso, o ordenamento jurídico tem validade espacial. Ele deve estabelecer critérios de quem é membro de uma determinada comunidade jurídica (Estado Nacional, Estado-membro, Municípios, etc), e distingui-lo de quem não o é, para efeitos de se saber quem participará da comunidade jurídica, ou seja, quem é ou não nacional, por exemplo.

3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual. A proteção contra ameaça ou efetiva violação de direitos exige instrumentos jurídicos processuais e entidades jurídicas que façam valer a pretensão de quem se sentir prejudicado no exercício de seus direitos. Os cidadãos devem ter o direito de acesso a tribunais independentes, cujos membros decidam imparcialmente a disputa em torno da interpretação do direito. À luz do princípio do discurso, todos têm direito à igualdade na aplicação do direito, com igualdade da oportunidade de se manifestarem e serem ouvidos (princípio do contraditório), como corolário do direito de serem tratados como iguais perante a lei, e terem respeitados seus direitos comunicativos de participarem do debate público.

4) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os cidadãos exerçam sua autonomia política através dos quais eles criam direito legítimo. A autonomia

política fundamenta o *status* de cidadãos livres e iguais, que desejam se entender enquanto autores dos direitos aos quais se sujeitarão como destinatários. O exercício da autonomia política é como um termômetro que sente o grau de legitimidade do direito produzido. São os próprios cidadãos que devem fazer valer essa autonomia, em condições de igualdade, para se entenderem entre si, através da linguagem comunicativa, sobre a configuração do conteúdo dos direitos que se atribuem reciprocamente.

5) Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos individuais e de participação política. A configuração da autonomia privada e a igualdade no seu desfrute, assim como as condições para o uso da autonomia política, são dependentes da equalização, em níveis básicos, das condições materiais de vida dos cidadãos. É a exigência de que o Estado de desiderato social⁶ e democrático mobilize seu aparelho burocrático – em cumprimento aos objetivos constitucionais – para a promoção de condições dignas de vida a todas as pessoas. Isso é condição para que possam se emancipar, se conscientizarem dos problemas estruturais das comunidades em que vivem e formularem debates em diversas frentes sociais e estatais. É o caminho que lhes possibilita o entendimento das medidas governamentais e sociais necessárias a melhoria das condições materiais de vida, a afirmação da identidade cultural, grupal ou singular de cada um e a legitimidade da ordem jurídica a que se submetem. Logo, poderão se mobilizarem para exigir prestação de contas do emprego de recursos públicos subtraídos da riqueza produzida pela sociedade.

⁶ Afirma Onofre Alves Batista Júnior (O Princípio constitucional da eficiência, 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 57): “Mais do que eficiente, exige-se um Estado eficiente voltado para as questões sociais (Social); orientado pelas normas postas (de Direito) e guiado por valores gerados pela própria sociedade (legítimo e democrático). Trata-se, enfim, de um Estado Democrático de Direito que, em especial em países mais pobres, em nome da dignidade da pessoa humana, possa assegurar a liberdade e propiciar o atendimentos dos mínimos existenciais, isto é, que possa maximizar a possibilidades de existência humana digna”.

4 A CRISE DA MONOPOLIZAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO DEMOCRÁTICA PELO PARLAMENTO E PELOS PARTIDOS POLÍTICOS

Os tempos modernos, que presenciaram o surgimento de Estados nacionais de vasta população e extensão territorial, desenham, institucionalmente, a democracia em sua modalidade representativa. Nesse modelo de democracia, a vontade política dos cidadãos é exercida para a escolha de seus representantes, pessoas a quem são delegados poderes para tomar as decisões políticas e administrativas que afetem a vida coletiva.

A eleição de representantes foi a fórmula encontrada pelo liberalismo para realizar a democracia em escala ampliada, imprimindo solução para o problema de se saber qual o procedimento para se escolher quem estaria autorizado a exercer validamente o Governo (SANTOS; AVRITZER, 2005, p. 49)⁷.

Para o liberalismo que imperou nos Estados constituídos a partir dos processos revolucionários burgueses na Inglaterra, Estados Unidos e França, e deles se irradiou para o mundo ocidental, convém aos homens da modernidade, o exercício indireto do poder político, cujo Governo é confiado aos representantes do povo. Prevalece a ideia aristocrática consagrada na democracia representativa no sentido de que o povo escolhe, mas não governa.

É a fórmula encontrada para que o indivíduo, cuja vida social cada vez mais se organizava em torno da crescente atividade comercial, pudesse concentrar tempo e energia em seus negócios privados, sejam profissionais ou familiares. Assim, a participação política, nessa visão moderna, não pode implicar estorvo à vida privada dos cidadãos.

Na democracia representativa liberal, basta o exercício periódico de direitos políticos, quando, por ocasião de eleições, os cidadãos habilitados, por meio do exercício do direito de voto, escolhem seus representantes para cargos políticos diversos.

Neste modelo, a participação política, segundo Canotilho (2008, p. 30), significa “um grito de modernidade a favor das energias individuais, que apenas

⁷ Antecipa-se aqui a constatação de Boaventura de Sousa Santos e Leonardo Avritzer, que é central e será enfrentada ao longo do desenvolvimento deste trabalho, no sentido de que a democracia representativa soluciona o problema da identificação das regras para escolha de quem estará autorizado a governar, mas dificulta a questão da representação de múltiplas identidades e da prestação de contas pelos governantes. (SANTOS, Boaventura de Souza e AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. In: Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa. 3 ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2005, p. 49).

pedem aos poderes públicos um mínimo de ordem, necessário ao máximo de liberdade.”

A democracia indireta ou representativa se adaptou bem no contexto do Estado liberal, em que o espaço político era monopolizado pela classe burguesa, de onde se extraía homogeneidade dos interesses representados no parlamento. Os debates travados a respeito da ação do Estado se limitavam a discutir projetos e problemas atinentes aos interesses da burguesia. O voto censitário impedia o acesso à arena política institucional de camadas mais populares. Entretanto, a votação efetivamente representava o desfecho de um público e crítico processo eleitoral de discussão travado em torno de argumentos proferidos por uma classe de proprietários esclarecidos.

Por esse tempo, o parlamento conseguia legitimamente dar respostas às demandas da classe que representava, traduzidas em medidas legislativas de contenção do poder estatal. O debate político, que se restringia aos círculos de proprietários, tinha como ponto central a abstenção do Estado da sociedade, servindo a política à preservação da liberdade individual para atuação no mercado de troca de bens e de trabalho (BENTO, 2003, p. 171). Havia, portanto, maior correspondência entre interesses de representantes e representados, refletidos na lei, genérica e abstrata, que ainda significava o interesse geral da nação, com a ressalva de ser esse o interesse percebido na ótica exclusiva da classe burguesa.

Com a expansão do sufrágio rumo à universalização, promovido por reformas eleitorais em democracias representativo-liberais, ao longo dos séculos XIX e XX, houve o ingresso de classes trabalhadoras no cenário político. A política passou a desenvolver-se em torno do conflito de classes, com antagonismo de interesses econômicos. À homogeneidade de interesses sucede o pluralismo político, com a politização de temas econômicos.

Classes trabalhadoras, que constituem a maior parcela do eleitorado, se organizam em sindicatos e partidos políticos para conquistarem espaço político. Elas ascendem ao Governo na disputa pela redistribuição de bens públicos, para assegurar maior igualdade material nas condições de vida, mediante provisão de serviços públicos e medidas de proteção a pessoas em situação de vulnerabilidade (seguro-desemprego, indenização por acidente de trabalho, aposentadoria, etc.).⁸

⁸ Afirma Habermas, que “a socialização dos direitos igualitários burgueses modificou a estrutura dos partidos políticos. A partir de metade do século passado [século XIX], as soltas ligas eleitorais dão lugar cada vez mais a partidos no sentido próprio,

A massificação da política, causada pela democratização das eleições a todas as classes sociais, altera o relacionamento do novo eleitorado com o poder político. Se antes a relação se dava entre círculos de debates no entorno de um público homogêneo de eleitores, constituído de proprietários organizados na defesa esclarecida de interesses privados, com proximidade entre o representante e sua base eleitoral, o advento da democracia de massas conduz ao surgimento de partidos de massas, nos quais fica evidente a consciência de classe. Esses partidos buscam adesão eleitoral de grupos de pessoas pertencentes à classe econômica cujas reivindicações se identificam com a plataforma de programas e políticas defendidas pelo partido. Assim, constituem os partidos a ponte de comunicação dos anseios de classes sociais aos órgãos do Estado⁹. Com esse formato de representação de interesses, os partidos tornam-se protagonista da democracia representativa.

A consolidação da representação partidária, polarizada entre classes econômicas, tal como ocorreu nas democracias dos Estados sociais surgidos na Europa ocidental, está associada, como visto, à expansão do direito de voto a todas as classes sociais.

A disputa por votos entre um eleitorado elasticado modificou a forma de relacionamento dos partidos com os eleitores, rumo à maior mobilização política das massas. De acordo com Max Weber (1994, p. 188), para chegarem ao poder, os partidos se constituem “em organizações para o recrutamento de votos eleitorais” e monopolizam a representação política.

Os partidos tornam-se instituições políticas burocraticamente dirigidas por seus líderes, que perdem o diálogo próximo com o eleitor e utilizam a propaganda, objetiva e curta, sem reflexões, como forma de comunicação de massa com o eleitorado¹⁰.

organizados supralocalmente, com um aparelho burocrático, voltados para a integração ideológica e a mobilização política das grandes massas de eleitores. Os comitês locais perderam a sua importância com a construção de um aparelho de políticos profissionais organizados de modo mais ou menos empresarial e dirigido de modo centralizado” (HABERMAS, 2003, p. 237).

⁹ Acerca dessa questão, aduz Paulo Bonavides que a democracia contemporânea não se realiza sem partidos. Isso se prende “[...] às novas exigências das massas que no interior da sociedade burguesa se sublevaram contra o seu destino. A irresistível pressão oriunda das camadas economicamente inferiores da sociedade produziu pois a necessidade do emprego de um instrumento que de pronto servisse à comunicação dos anseios populares de teor reivindicatório. Tal instrumento no século XX não é outro senão o partido político”. (BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*, 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 298).

¹⁰ Habermas esclarece que “Os partidos estavam agora perante a tarefa de, com a ajuda de novos métodos, integrar a massa de cidadãos – que já não era mais propriamente burgueses – para fins eleitorais; as reuniões dos eleitores com o deputado local para prestar contas teve de dar lugar à propaganda sistemática” (HABERMAS, 2003, p. 237).

A apresentação eleitoreira do partido, por meio da escolha de candidatos, e a fixação de sua proposta político-programática são definidas, internamente, por seus dirigentes, que, em sua grande maioria, vivem profissionalmente da atividade político-partidária. O público de eleitores não participa das decisões sobre o funcionamento do partido e seus alinhamentos políticos. Os eleitores somente são consultados pelos quadros dirigentes partidários em épocas de eleições, mediante sondagem de suas opiniões para fins de orientação da publicidade do partido em luta pela conquista do poder (WEBER, 1994, p. 188).

De órgãos formadores da opinião pública, mediante o debate de ideias dentro e fora dos parlamentos, para se buscar o convencimento de quais seriam as decisões políticas e administrativas que melhor representariam o interesse da sociedade, os partidos passam a entidades que buscam conquistar a opinião pública, inclusive manipulando-a. Servem de expedientes de *marketing* político propagados pela mídia para fins eleitoreiros e de perpetuação no poder.

“Ensimesmados” pela preservação do poder, partidos políticos e agentes políticos foram desgastando suas imagens como instância representativa dos segmentos sociais cujo apoio obteve em pleitos eleitorais.

Em burla à vontade dos eleitores, os partidos desviam-se de seus conteúdos programáticos e de suas bandeiras de campanha. Cedem a coalizões partidárias capitaneadas pelo Poder Executivo que – especialmente em sistemas de Governo de presidencialismo de coalizão, como o brasileiro – coliga agremiações de ideologias conflitantes, às vezes, adversárias na disputa eleitoral. Tais acordos são firmados em nome da governabilidade e sustentação de Governos. É cena rotineira na política brasileira que, em troca do apoio partidário recebido, o Poder Executivo promova, entre seus aliados, loteamentos de cargos públicos de destaque administrativo no Governo. Por sua vez, os titulares de referidos cargos também sofrem assédio no sentido de atender requisições – sempre com favoritismo, imoralidade e ilegalidade – daqueles a quem devem o financiamento das despesas de campanhas eleitorais. Em busca de capital político, visando a alavancar novas candidaturas, parlamentares fazem agrados à base eleitoral, mediante canalização de recursos alocados aos orçamentos públicos, valendo-se do uso abusivo de emendas parlamentares. Não raro, essas emendas representam despesas desalinhadas a planejamento global da ação governamental, com frágil mecanismo

de prestação de contas, que dão oportunidade para a realização fraudulenta de despesas públicas, com desvios de recursos e fraudes em licitações.

Algumas vezes, lideranças partidárias são pivôs de episódios de corrupção, associadas a desvio de recursos públicos para financiamento de eleições, manutenção da máquina eleitoreira do partido ou mesmo enriquecimento pessoal. Também é comum os partidos e políticos serem percebidos pela opinião pública como instrumentos de espúrias práticas políticas clientelistas. Há uma percepção generalizada pela opinião pública, com a visibilidade descortinada pela imprensa, de mercantilização de mandatos políticos. Seduzidos pelas vantagens políticas ofertadas para comporem a base de apoio ao Governo, parlamentares, com facilidade, trocam de siglas partidárias¹¹, ou mesmo se vendem ao Governo, trocando votos de apoio a projetos de lei de interesse do Governo por dinheiro arrecadado e pago ilicitamente¹².

Sobrepaira ainda uma sensação pela opinião pública de inutilidade dos representantes, que não é em vão. Há uma letargia do parlamento em tratar de temas sensíveis, de apelo popular e moralmente polêmicos, possivelmente causadores de prejuízos eleitorais, cuja omissão legislativa é suprida pelo Judiciário, à moda de legislador positivo, a quem recorre a sociedade civil em busca de disciplina jurídica de condutas humanas de acentuado apelo moral. Foi o que sucedeu com a controvérsia das pesquisas com células-tronco embrionárias, autorizada pelo STF na ADI 3510¹³; a autorização para aborto de feto anencéfalo, concedida pelo STF na ADPF 54¹⁴; e o reconhecimento pelo STF da união estável para pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, no julgamento da ADI 4277¹⁵.

A omissão do parlamento em editar leis cuja falta inviabiliza o exercício de direitos e liberdades constitucionais, ou que são necessárias à regulamentação de questões prementes ao clamor da sociedade também são fatores de deslegitimação

¹¹ A troca de siglas partidárias entre parlamentares deixou de ser livremente orientada por critérios políticos e pessoais dos parlamentares, desde que o Tribunal Superior Eleitoral –TSE, no exercício de seu poder normativo, editou as Resoluções nº 22.610/07 e 22.733/08, que disciplina os processos de desfiliação partidária. O TSE reconheceu o princípio da fidelidade partidária, que atribui ao partido a titularidade do mandato eletivo, cuja perda opera-se quando o parlamentar desfilia-se do partido sob cuja sigla foi eleito, sem estar amparado nas razões de justa causa prevista em referidas resoluções, em que se destacam a perseguição política interna, a alteração de orientação programática do partido e a fusão partidária.

¹² Referimo-nos aqui à tese do esquema de organização criminosa para compra de votos, sustentada pela Procuradoria-Geral da República, na ação penal nº470, que restou acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, em julgamento que figuraram como corréus membros do “Governo Lula”, parlamentares de diversos partidos, dirigentes do Partido dos Trabalhadores e colaboradores de referido esquema, ligados a empresas de publicidade e instituições bancárias.

¹³ STF. ADI nº 3510, Relator Min Carlos Britto, j. 29/05/2008.

¹⁴ STF. ADPF nº 54, Relator Min. Marco Aurélio, j. 12/04/2012.

¹⁵ STF. ADI nº 4277, Raltor Min. Carlos Britto, j. 05/05/2011.

da representação político-parlamentar, que põe na mira de forte contestação o regime democrático representativo.

Soma a isso outros desgastes da representação política conhecidos da sociedade, cuja perpetuação tem gerado intolerância social maciçamente percebida em ondas de protestos populares deflagradas nas ruas, nos dias que correm por cidades de todo o país, com milhões de manifestantes e difusas reivindicações. Referimo-nos ao patrimonialismo que reina nas instâncias representativas, com apropriação do patrimônio público por interesses privados, em incontáveis episódios e formas; uso de bens públicos em proveito pessoal, concessão de mordomias e vantagens financeiras abusivas em causa própria, que indignam e revoltam a população. E o que é mais grave: por serem fiadores e corresponsáveis pelas políticas públicas, cujas despesas aprovam em leis orçamentárias, a opinião pública, com razão, associa a corrupção de nossos representantes políticos à inépcia do aparelho governamental em prover serviços públicos essenciais, com qualidade, eficiência, modicidade e universalidade.

Quando a harmonia entre os poderes, sobretudo aqueles responsáveis pela prestação e fiscalização dos serviços públicos, atribuídas, respectivamente, aos poderes Executivo e Legislativo, é obtida à custa de acordos que os eximem, inconfessadamente, de cumprirem seus deveres constitucionais, renunciando sobretudo o Legislativo ao controle sobre o Executivo, agrava-se o quadro de desrespeito pela democracia. A renúncia ao controle do exercício do poder administrativo é um convite ao desprezo pelos direitos fundamentais dos cidadãos a um Governo honesto e eficiente bem como ao desfrute de condições materiais mínimas de suporte a uma vida humana digna.

O Poder Executivo, principalmente em países como o Brasil, de tradição autoritária e caudilhesca, que adota o sistema presidencialista de Governo, concentra poderes políticos e financeiros que o torna capaz de dominar partidos e, por consequência, o Poder Legislativo. Isso dificulta a realização, com desenvoltura, das competências constitucionais do Poder Legislativo, com prejuízo ao debate público acerca das temáticas de interesse relevante introduzidos no Parlamento. Há uma patrulha do Poder Executivo, no sentido de conduzir a agenda de temas e questões a serem deliberadas pelo Parlamento, conforme a conveniência do Governo. Não é por outra razão que, no sistema político brasileiro, as atividades do Congresso Nacional e de parlamentos subnacionais são absorvidas pela apreciação

de matérias legislativas encaminhadas pelo Poder Executivo, por meio de medidas provisórias (art. 62 da CRFB) ou, no exercício de seu poder de iniciar, de forma não privativa, o processo legislativo (art. 61, *caput* da CRFB). Permanecem, ainda, as casas legislativas compelidas ao exame de matérias em que cabe ao Poder Executivo, privativamente, a deflagração do processo legislativo.

Esse ponto merece breve digressão para salientar que não se considera a iniciativa legislativa do Poder Executivo, em si mesma, fonte de desvirtuamento do Poder Legislativo. É fato que nos modernos Estados sociais, prestadores de serviços, o Poder Executivo, inevitavelmente, tem ativa função legislativa, para regular a tempo e modo necessário a permanente ação administrativa do Estado, sem a qual fica comprometida a realização de políticas públicas que o Estado assumiu para prover o bem-estar social. O desvirtuamento se encontra na forma como é examinado pelo Poder Legislativo os projetos legislativos de autoria do Governo.

A representação política renuncia, por decisão de maioria de seus membros alinhados ao Governo, debater criticamente, no interesse da sociedade, projetos patrocinados pelo Governo. Os supracitados acordos entre poderes retiram de cena o debate público parlamentar, transformando as discussões e votações apenas em homologações de leis cujo conteúdo já foi definido nos gabinetes técnicos e políticos do Poder Executivo¹⁶. No embalo desses acordos, parlamentares captam vantagens políticas e financeiras oferecidas pelo Poder Executivo, criando um clima de leniência no controle dos atos desse Poder e no julgamento de suas contas. Há uma disfarçada desmoralização e esvaziamento de atribuições de fiscalização e controle do Poder Legislativo frente ao Poder Executivo, fazendo letra

¹⁶ A substituição dos debates por acordos entre parlamento e Governo é apreciada por Habermas, podendo ser ilustrada na seguinte passagem: O próprio parlamento desenvolveu-se de acordo com isso [parlamentares decidindo segundo ordens do partido] deixando de ser uma corporação que discutia, pois o mero “amém” parlamentar de resoluções previamente negociadas por baixo do pano não obedece apenas a uma prescrição formal: serve para demonstrar para a vontade do parlamento. De uma “assembleia de homens sábios escolhidos como personalidades únicas de camadas privilegiadas, que procuravam persuadir mutuamente com argumentos, através de discussões públicas, na suposição de que a decisão tomada, então, pela maioria seria o verdadeiro e o correto para o bem-estar do povo”, o Parlamento passou a ser “a tribuna pública em que, perante todo o povo que, através do rádio e da televisão, participa de modo especial nessa esfera pública, o Governo, com partidos que o apoiam, apresenta e defende a sua política perante o povo, enquanto a oposição ataca essa política com a mesma abertura, apresentando alternativa”. (HABERMAS, 2003, p. 240).

morta preceitos constitucionais, a exemplo dos incisos IX e X do art. 49 da CRFB¹⁷, que cobram responsabilização do Poder Executivo.

Verifica-se que o desvirtuamento do sistema político – que pode ser debitado da corrupção, fragilização do debate público dentro e fora do parlamento e excesso de complacência do Legislativo ao Executivo – o impede de, efetivamente, dispor de mecanismos que assegurem um grau razoável de responsabilidade pelo Governo, no cumprimento da ordem jurídica e eficiência na prestação dos serviços públicos. Isso é um indicativo da necessidade de se fortalecer a democracia com a prática de debates comunicativamente entabulados por cidadãos e entidades da sociedade civil, capazes de cercar e assediar o poder político a agir, responsabilmente, nos limites da lei, comprometidos em decisões políticas e administrativas condizentes às expectativas que a sociedade nutre.

O parlamento perde a capacidade de controlar o Executivo e passa a ser por este controlado. Paulo Otero (1992, p. 329) afirma que a “soberania parlamentar dá lugar à soberania governamental”. De acordo com esse autor, Governos sustentados por maiorias parlamentares esvaziam a função fiscalizadora do parlamento, ficando por conta da oposição minoritária o encargo de conseguir sensibilizar a opinião pública com críticas ao Governo.

Todo esse quadro de iniquidade corrói gravemente as bases democráticas do sistema político, que se deslegitima por perder a confiança da sociedade.

Pesquisa recente realizada pela organização não governamental Transparência Internacional aponta que 81% dos brasileiros, ou seja, quatro a cada cinco pessoas do universo de dois mil e dois entrevistados declararam que partidos políticos são muito corruptos. Na média mundial – apurada em cento e catorze mil entrevistas, realizadas em cento e dezessete países – a mesma percepção é encontrada no índice de 65%. Com relação ao Congresso Nacional, apurou-se que 72% dos brasileiros o consideraram muito corrupto, enquanto na média mundial, a mesma percepção atinge 57% dos entrevistados¹⁸. A pesquisa ainda revelou que a

¹⁷ Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: [...] IX – julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República; X – fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder executivo, incluídos os da administração indireta.

¹⁸ As informações sobre essa pesquisa foram extraídas do sítio eletrônico do jornal O Estado de São Paulo, disponível em <http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,81-dos-brasileiros-tacham-partidos-como-corruptos,1051607,0.htm>, acesso em 09/07/13.

percepção de corrupção no Congresso Nacional e em partidos políticos é superior, no Brasil, a outras instituições, como polícia, funcionalismo público, judiciário, sistema de saúde, imprensa, organizações não governamentais, setor privado, igreja e militares.

Diante desse cenário, os partidos vão perdendo suas consistências programático-ideológicas, o que abala sua capacidade de arregimentar militantes e de obter fidelização de eleitores. Há uma generalização da percepção do povo em não se sentirem representados pelos partidos e políticos eleitos.¹⁹ Para Manuel Castells (2013, p. 172) esse sentimento é tido como o combustível que mobilizou fortes protestos públicos no Brasil e no mundo afora, como as revoluções árabes, e os movimentos “*Occupy Wall Street*”, nos Estados Unidos e “*Indignados*”, na Espanha.

Esta crise de representação política, nas palavras de Cláudia Souza Leitão (1989, p. 206) “desemboca no esvaziamento da função do parlamento como detentor da representação, e dos partidos políticos como instrumentos únicos de representação”.

A crise de legitimação da democracia representativo-partidária tem se instalado nas instituições políticas também por conta de fatores associados a sua incapacidade de, no mundo moderno, cobrir interesses complexos e multivariados, pulverizados por grupos multiculturais que compõem a sociedade dos dias de hoje. Já não há mais espaço para a representação política, tradicionalmente praticada pelos partidos de massas do século XX, que identifica o cidadão somente como pertencente à determinada classe econômica e ativo reivindicador de interesses materiais perante o Estado, conforme a necessidade da classe em que se encaixa.

Vivemos tempos de grupos que lutam por causas concretas e monotemáticas, (causas feministas, ecologia, tolerância racial e sexual, proteção dos animais, mobilidade urbana, etc.), por afirmação de identidades que não encontra respostas na abstração de interesses coletivos. Hodiernamente, emergem o que se diz movimentos sociais por causas “pós-materiais”, que não reivindicam apenas capacidade de consumo das pessoas, mas valores ligados ao meio

¹⁹ A respeito da crise de representação política, aduz Jacques Chevallier: “os grandes partidos, direcionados para a conquista do poder, tendem a se transformar em simples máquinas eleitorais, cuja base militante é reduzida, a ideologia fluida (*‘catch all parties’*) e que se despertam por ocasião de períodos eleitorais (seleção de candidatos, organização das campanhas...): esses partidos apresentam-se sob a forma de equipes constituídas em torno de um líder, de aparelhos apoiando-se sobre uma base militante reduzida, de polos esforçando-se em captar uma massa de eleitores”. CHEVALLIER. Jacques. *O Estado Pós-moderno*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009, p. 238).

ambiente sadio, qualidade de vida nas cidades, respeito às preferências sexuais, às diferenças étnicas e às manifestações culturais. Daí também a descrença no poder da representação política ser instrumento capaz de mediar, com exclusividade, conflitos de interesses humanos e disciplinar políticas públicas. Ela não dá conta, isoladamente, de agregar as demandas dos diversos grupos de interesses da sociedade, até porque o mosaico de grupos sociais não encontra fiel representação nas casas legislativas. Há uma homogênea predominância de representantes de classes do ápice da pirâmide social. Conforme a orientação do paradigma deliberativo-procedimentalista²⁰ da democracia, a soberania popular não mais se encontra substancializada no conteúdo ou no resultado das leis. A soberania é deslocada para etapas procedimentais que, democraticamente, deseja estabelecer procedimentos a fim de agregar discussões públicas a igualdades de oportunidades para pessoas interessadas²¹ em autorregular, com argumentos postos e contrapostos, temáticas que afetem suas vidas. A soberania popular, antes organicamente simbolizada no parlamento, se torna sem sujeito, anônima e diluída intersubjetivamente, recompondo-se em procedimentos democráticos e fluxos comunicacionais (HABERMAS, 2011, v.2, p. 273), ventilados em debates informais, travados em círculos de convivência organizada ou espontânea que se desenvolvem na sociedade civil, com a expectativa de obterem ressonância em órgãos decisórios estatais.

Decisões estatais não serão democráticas simplesmente porque atenderam qualquer formalidade que o direito positivo (Constituição, leis, atos infralegais) estabelece para a validade dos atos normativos do Estado. Assim, não basta o critério da regra da maioria. É necessária a democratização das decisões e a utilização de procedimentos que instalem debate público capaz de, racionalmente, discutir, com fluxos de argumentos soprados da sociedade civil, os termos do conteúdo da decisão a ser tomada. “Para se ter uma decisão da maioria, é

²⁰ Reproduzimos aqui passagem de Habermas que sintetiza ideia central do paradigma procedimental do direito. “Divergindo do paradigma liberal e do Estado social, este paradigma procedimental do direito não antecipa mais um determinado ideal de sociedade, nem uma determinada visão de vida boa ou de uma determinada opção política. Pois ele é formal no sentido de que apenas formula as condições necessárias segundo as quais os sujeitos de direito podem, enquanto cidadãos, entender-se entre si para descobrir os seus problemas e o modo de solucioná-los. Evidentemente, o paradigma procedimental do direito nutre a expectativa de poder influenciar, não somente a autocompreensão das elites que operam o direito na qualidade de especialistas, mas também a de todos os atingidos”. (Direito e democracia: entre faticidade e validade. v. 2. Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 2011, p. 190).

²¹ É também importante a contribuição de Chevallier para a reflexão do tema em apreço: A uma legitimidade intrínseca, fundada sobre a representação do direito como encarnação da razão sucede uma legitimidade procedimental, atestada por seus modos de elaboração: a passagem por diferentes formas de discussão e das vias de comunicação correspondentes permitirá postular o caráter racional do conteúdo da norma. (CHEVALLIER, 2009, p. 246).

necessário que seu conteúdo possa ser tomado como o resultado racionalmente motivado, mesmo que falível, de uma discussão provisoriamente encerrada sobre aquilo que é correto”. (HABERMAS, 2011, v. 2, p. 261).

Daí a insuficiência da democracia representativa insulada no Parlamento para coordenar tensões entre interesses múltiplos de sociedades plurais. É indispensável a abertura dos poderes do Estado, mediante canais democráticos de participação direcionados à sociedade civil, impulsionada por debates em círculos informais de convivência e movimentos sociais organizados, para a produção de um direito legítimo, capaz de promover solidariedade, por refletir o assentimento fundamentado dos cidadãos a atos normativos aos quais, voluntariamente, aceitaram submeter-se.

Os tempos correntes cobram efetivamente praticar a democracia com o debate público mais amplo, abarcando atores sociais predispostos a apresentar contribuições argumentativas que complementem o insuficiente debate realizado pela representação política, incapaz de captar os matizes centrais das demandas e reivindicações oriundas de diversos segmentos sociais.

O caminho de democratização pelo debate público vai em direção à composição da democracia representativa com a democracia participativa, no sentido de se fazer o poder público ouvir e receber influências de outras instâncias representativas, como bem apresentadas por Cláudia Leitão (1989, p.206): associações de bairro, sindicatos, imprensa, igreja, universidade, empresas, organizações profissionais. A essa lista acrescentamos a necessidade de permeabilidade do Estado a novos movimentos sociais, das mais diversas bandeiras, que devem ter espaço para participação de seus representantes em fóruns de debates com poderes e órgãos do Estado.

Com efeito, a participação de entidades da sociedade civil deve ser incentivada e praticada pelo poder público em fóruns institucionalizados (conselhos gestores de políticas públicas, orçamentos participativos, audiências públicas, ouvidorias) e não institucionalizados (conferências, coleta de opiniões, ou mesmo simples reuniões para debates de temáticas que são estudadas por entidades sociais e grupos de cidadãos).

5 INDISPENSABILIDADE E RISCOS DA LIBERDADE DE PENSAMENTO E DE IMPRENSA À REALIZAÇÃO DA DEMOCRACIA PELO DEBATE PÚBLICO

A liberdade de expressão do pensamento é uma projeção basilar dos direitos fundamentais do homem, justamente porque é um elemento imprescindível para o respeito à individualidade de cada pessoa e ao desenvolvimento de sua personalidade. Expressar o pensamento, comunicá-lo, é atributo da sociabilidade em que está condicionada a vida humana^{22 23}.

Além disso, a liberdade de expressão é um direito imprescindível para que o homem, mediante o debate político de ideias, encontre com autonomia as alternativas de estruturação e formação de um Governo que entenda serem as mais adequadas para a organização da vida em sociedade condizente com as aspirações sociais. Enfim, é a liberdade de pensamento base para que os homens possam coletivamente se governarem e exercerem direitos políticos. Ela é o ponto de partida inarredável de produção de leis e políticas públicas concebidas democraticamente, com a irradiação de pontos de vistas oriundos de bases sociais heterogêneas, cujas proposições, depois de publicamente discutidas, galgam o debate parlamentar institucionalizado, para deliberação e votação. É a matéria-prima para os homens sujeitarem-se às leis que racionalmente concordem.

Não foi por acaso que a França reconheceu a liberdade de pensamento entre os direitos fundamentais do homem, na consagrada Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789:

“Art. 11. A livre manifestação do pensamento e das opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem: todo cidadão pode portanto falar, escrever e imprimir livremente, à exceção do abuso dessa liberdade pelo qual deverá responder nos casos determinados pela lei.

No mesmo sentido, em 1948, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da ONU, estabelecia:

²² Sobre a liberdade de manifestação do pensamento, afirma Luis Gustavo Carvalho “[...] que não se trata apenas de uma liberdade de consciência, considerada como liberdade de formar e ter um juízo próprio sobre as formas de percepção da vida, seja no aspecto político, como religioso, filosófico, etc. Vai além, para alcançar a emissão da consciência formada”. (CARVALHO, Luis Gustavo Castanho de. *Liberdade de informações e direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 25).

²³ A respeito da inextorabilidade do pensamento entre os homens, Pimenta Bueno *apud* José Afonso da Silva, assenta que “O homem porém não vive concentrado só em seu espírito, não vive isolado, por isso mesmo que por sua natureza é um ente social. Ele tem a viva tendência e necessidade de expressar e trocar sua opiniões com outros homens, de cultivar mútuas relações, seria mesmo impossível vedar, porque fora para isso necessário dissolver e proibir a sociedade”. (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo: Malheiros, 16 ed. 2000, p. 244).

Art. XIX – Todo homem tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

Bem se vê, portanto, que a liberdade de pensamento, por ser elementar à concepção dos homens sobre o Governo e a sociedade que possuem, e aqueles que querem possuir, sempre que assegurada, é marca distintiva de um Estado, que é de fato democrático, quando tolera a crítica pública e se expõe ao debate público.

O pleno desenvolvimento da liberdade de pensamento depende de um Estado que cultiva a publicidade (democrático), em que as informações e opiniões em circulação são submetidas à valoração pública, imunes à censura.

O poder público democrático é aquele em que a manifestação plural de ideias exerce influência sobre o poder político que, por sua vez, não patrulha a criação e expressão do pensamento, de forma a permitir que diálogos críticos, disseminados pela mídia, possam exercer, pelo debate público, o legítimo controle da sociedade sobre a atuação estatal.

5.1 Contornos à liberdade de pensamento na Constituição brasileira

A Constituição de 1988, refundando a República brasileira em Estado democrático, assenta os pilares de liberdade de pensamento desde seu preâmbulo. E o fez ao comprometer-se em assegurar o exercício de direitos individuais como valores, entre outros, de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, que tem por princípios fundamentais, estampados em seu art. 1º, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político.

A liberdade de pensamento é emanção do Estado democrático e, na linha da tradição do constitucionalismo ocidental, vem assegurada no capítulo reservado aos direitos e garantias individuais e coletivos.

O art.5º, IV, da CRFB estabelece que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. O inciso VI do mesmo artigo diz que “é inviolável a liberdade de consciência e de crença [...]”; e, em reforço, vem o inciso IX a estatuir que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. E, mais à frente, no capítulo da comunicação social, que é uma projeção amplificada da liberdade de pensamento, a CRFB, em seu art. 220, estampa que “A manifestação do

pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”.

Depreende-se desse conjunto normativo que a CRFB, efetivamente, assegura a liberdade da expressão do pensamento intelectual, artístico, científico e agasalha a inviolabilidade da consciência e da crença de cada pessoa. Essas normas gozam de aplicabilidade com eficácia plena, ou seja, produzem seus efeitos jurídicos de forma direta e imediata, sem necessidade de complementação legislativa. Elas são blindadas a restrições normativas em seu raio de incidência. Trata-se de direitos e garantias individuais que a doutrina denomina por cláusulas pétreas, pois não podem ter seus efeitos jurídicos restringidos ou abolidos sequer por proposta de emenda constitucional, muito menos por leis ordinárias, consoante proibição prevista no art. 60, §4º, IV, da CRFB.

A Constituição realmente assegura a liberdade de pensamento, pois todos podem dizer o que querem. Todavia, quem livremente quer manifestar o pensamento tem o ônus da identificação para se expressar em público ou para o público. A CRFB não quer publicidade de pensamento sem o conhecimento de sua autoria.

O anonimato do pensamento é vedado com o propósito de evitar abusos e apurar responsabilidades por eventuais excessos que sejam cometidos, especialmente investidas contra a intimidade, a imagem e a honra das pessoas.

A vedação do anonimato, no espaço público, colabora para a racionalização e a verdade no debate público. A responsabilização pela divulgação de ideias imprime maior seriedade e cautela com o uso público da informação. Previne o espaço público contra toda a sorte de argumentos ardilosos, fabricados de má-fé e com mentiras rasteiras, para a promoção desmedida de ideias, pessoas e de organizações públicas ou privadas.

O debate público não convive com o controle prévio sobre o conteúdo do pensamento a ser divulgado, ainda que eventualmente reproduza mensagens ácidas e ásperas. Se o tivesse, seria uma espécie de censura prévia, que a Constituição interdita, em seu art. 5º, IX, ao dizer que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. Na mesma direção vem o art. 220, §§1º e 2º, a estatuir, respectivamente, que “nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de

informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social”, reforçando ainda que “é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”.

Somente depois de divulgado o pensamento, por qualquer meio disponível, abre-se oportunidades de responsabilizações penais e civis por excessos e abusos veiculados em matérias jornalísticas contra a honra e imagem das pessoas. É a solução que harmoniza direitos fundamentais de personalidade em contraposição concreta: de um lado, a livre expressão do pensamento e de outro, a proteção da honra e da imagem das pessoas. É a fórmula que o STF entendeu constitucionalmente possível de se tentar colocar freios morais à imprensa, sem trilhar para a censura, porque tal solução não esboça proibir divulgação de pensamentos ou edição no conteúdo de matérias jornalísticas²⁴.

Outro balizamento constitucional à livre manifestação do pensamento é o direito de resposta, estampado no art. 5º, V, da CRFB, que pode ser exercido, judicialmente ou extrajudicialmente, em acerto direto com a empresa de comunicação. Ele funciona como uma alternativa à censura, pois protege o interesse

²⁴ A ponderação entre a liberdade de imprensa e outros direitos da personalidade, voltado à proteção da intimidade e honra das pessoas, está enunciada no seguinte trecho de ementa do acórdão proferido na ADPF nº 130: Os direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa são bens de personalidade que se qualificam como sobredireitos. Daí que, no limite, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são de mútua exclusão, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas; ou seja, antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobrevivendo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras. A expressão constitucional “*observado o disposto nesta Constituição*” (parte final do art. 220) traduz a incidência dos dispositivos tutelares de outros bens de personalidade, é certo, mas como consequência ou responsabilização pelo desfrute da “*plena liberdade de informação jornalística*” (§ 1º do mesmo art. 220 da Constituição Federal). Não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, inclusive a procedente do Poder Judiciário, pena de se resvalar para o espaço inconstitucional da prestidigitação jurídica. Silenciando a Constituição quanto ao regime da *internet* (rede mundial de computadores), não há como se lhe recusar a qualificação de território virtual livremente veiculador de ideias e opiniões, debates, notícias e tudo o mais que signifique plenitude de comunicação.

4. MECANISMO CONSTITUCIONAL DE CALIBRAÇÃO DE PRINCÍPIOS.

O art. 220 é de instantânea observância quanto ao desfrute das liberdades de pensamento, criação, expressão e informação que, de alguma forma, se veiculem pelos órgãos de comunicação social. Isto sem prejuízo da aplicabilidade dos seguintes incisos do art. 5º da mesma Constituição Federal: vedação do anonimato (parte final do ADPF 130 / DF

inciso IV; do direito de resposta (inciso V); direito a indenização por dano material ou moral à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (inciso X); livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (inciso XIII); direito ao resguardo do sigilo da fonte de informação, quando necessário ao exercício profissional (inciso XIV). Lógica diretamente constitucional de calibração temporal ou cronológica na empírica incidência desses dois blocos de dispositivos constitucionais (o art. 220 e os mencionados incisos do art. 5º).

Noutros termos, primeiramente, assegura-se o gozo dos *sobredireitos* de personalidade em que se traduz a “livre” e “plena” manifestação do pensamento, da criação e da informação. Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana. Determinação constitucional de momentânea paralisia à inviolabilidade de certas categorias de direitos subjetivos fundamentais, porquanto a cabeça do art. 220 da Constituição veda qualquer cerceio ou restrição à concreta manifestação do pensamento (vedado o anonimato), bem assim todo cerceio ou restrição que tenha por objeto a criação, a expressão e a informação, seja qual for a forma, o processo, ou o veículo de comunicação social. Com o que a Lei Fundamental do Brasil veicula o mais democrático e civilizado regime da livre e plena circulação das ideias e opiniões, assim como das notícias e informações, mas sem deixar de prescrever o direito de resposta e todo um regime de responsabilidades civis, penais e administrativas. Direito de resposta e responsabilidades que, mesmo atuando a *posteriori*, infletem sobre as causas para inibir abusos no desfrute da plenitude de liberdade de imprensa. (STF. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 130. Relator Min. Ayres Britto, j. 30/04/2009).

de quem foi ofendido pela informação inexata, sem impedir previamente a publicação da informação questionada. Como bem aponta Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (1994, p. 73), o direito de resposta também é favorável à democracia. Ele preza pela igualdade, ao dar a chance ao ofendido de se defender pelos mesmos meios utilizados pelo ofensor. Além disso, ele promove a autenticidade ao debate público, pois apresenta ao público duas versões sobre os fatos, que lhe permite avaliá-los com maior imparcialidade, estimulando reflexões críticas. A publicação da resposta significa a construção dialética da verdade a que tem direito o cidadão sobre a informação publicada e agrega credibilidade à empresa de comunicação que acolhe o pedido de resposta. Enfim, a publicação da resposta concorre “para a diversidade de opiniões, salutar para a liberdade de imprensa, concretizando a aplicação do princípio político do pluralismo nos órgãos de imprensa”. (CARVALHO, 1994, p. 73).²⁵

É este o controle democrático possível da liberdade de pensamento delineado pela Constituição, em que se busca harmonizar a plenitude da liberdade de pensamento a outros direitos fundamentais em pé de igualdade, a exemplo da intimidade, honra e imagem das pessoas. Sem desaguar na censura, busca-se proteger, no plano individual, quem se sinta ofendido contra declarações de quem, porventura, tenha abusado, publicamente, do uso de sua liberdade de expressão.

Protegendo situações individuais e coletivas, o direito de resposta acaba por funcionar como importante instrumento para se respeitar o direito não só do interessado, mas também da sociedade, à informação correta e verdadeira, pois imprime maior credibilidade ao debate público promovido pelos meios de comunicação social.

5.2 Liberdade de imprensa e democracia

A liberdade de imprensa representa o alargamento coletivo da liberdade de expressão do pensamento do homem. Originado individualmente na mente de

²⁵ Seguindo a mesma orientação sobre o direito de resposta, assenta Gustavo Binbenojm que “o direito de resposta não pode ser compreendido no Brasil como direito puramente individual, nem tão pouco como exceção à autonomia editorial dos órgãos de imprensa. De fato, além de um conteúdo tipicamente defensivo da honra e imagem das pessoas, o direito de resposta cumpre também uma missão informativa e democrática, na medida em que permite o esclarecimento do público sobre questões e interesse de toda a sociedade”. BINENBOJM, Gustavo. Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. Revista eletrônica de Direito Administrativo Econômico. fevereiro/março/abril, 2006, Salvador, p.14, disponível em <www.direitodoestado.com.br>.

cada pessoa, ganha o pensamento dimensão coletiva e conquista a esfera pública com a sua propagação pelos meios de comunicação social. Ela está intimamente associada à vivência de Estados democráticos, em que as opiniões populares aderem à formação da vontade política.

Em monarquias absolutistas ou mesmo em ditaduras modernas, jamais triunfariam as liberdades individuais, a livre expressão do pensamento, e sua amplificação pela imprensa, acompanhadas pela crítica pública e racional de ideias, inclusive daquelas desfavoráveis ao poder político. Estados autoritários não toleram a liberdade de pensamento. Eles agem disfarçada ou ostensivamente para minar ideias que o Governo considera contestação do exercício do poder político.

Por isso, democracia e liberdade de imprensa pressupõem-se reciprocamente. A liberdade de imprensa e de informação é tão necessária à democracia quanto o voto e os canais de participação direta e semidireta no exercício do poder. Somente em uma democracia consolidada encontram-se práticas aceitáveis de liberdade de imprensa, de modo que, em sentido inverso, a extirpação da liberdade de imprensa é um passo firme e calculado em direção ao autoritarismo. Sem a liberdade de pensamento e de imprensa não haveria democracia, pois a sociedade ficaria muito debilitada em saber e em controlar quais os propósitos e as aspirações o Estado realmente encarna, e se o Governo encontra-se harmonizado ao interesse público, ou seja, se ele está comprometido com o bem comum que a sociedade deseja vivenciar.

A liberdade de imprensa também deve espelhar o pluralismo ideológico e político. A imprensa verdadeiramente livre e independente é aquela que constitui um mosaico de empresas de comunicação que apresentam à sociedade um leque de informações e opiniões diversas, sem coletiva subserviência a Governos nem a grupos capitalistas. A liberdade de imprensa e a democracia estão imbricadas no pluralismo, que propõe o dissenso – e não o consenso unânime e forçado – de opiniões²⁶. O mote do pluralismo é distribuir o poder entre grupos de interesses concorrentes, para o controle do poder indispensável ao Estado democrático. Ele dá oportunidade à expressão coletiva de diversas correntes de pensamento, para que entre si disputem espaços de poder, contribuindo para obstruir a concentração do poder político em torno de oligarquias.

²⁶ Alerta Norberto Bobbio, que o pluralismo é uma realidade objetiva nas sociedades modernas, “articulada em grupos diversos e contrapostos”. (BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia. 8 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 72).

A imprensa plural, combatendo a difusão pela grande mídia de pensamento único sobre a massa de cidadãos, colabora decisivamente para o controle do poder. Ela estimula a formação de correntes de pensamentos diversificadas, por meio das quais se promove discurso público racional, mais capaz de exercer vigilância e influência sobre o exercício do poder político.

5.3 Delineamento jurídico da liberdade de imprensa

A liberdade de imprensa refere-se à liberdade de informação jornalística, que pode se exprimir por qualquer meio, impresso em jornais e periódicos ou de radiodifusão sonora (rádio e *internet*) e de sons e imagens (televisão e *internet*). Para Luis Gustavo Carvalho (1994, p. 24), o conceito moderno de imprensa “inclui a atividade jornalística dos jornais, revistas, periódicos, televisão e rádio. O que prepondera é a atividade e não o meio empregado para divulgá-la”. Hoje também se pratica a realização da atividade jornalística pela internet, em jornais eletrônicos, *blogs* jornalísticos e a difusão de notícias pelas redes sociais.

Trata-se de um direito fundamental do homem porque sem ele “a pessoa humana não se realiza, não convive e às vezes não sobrevive”, de acordo com afirmação de José Afonso da Silva (2000, p. 182). Luis Gustavo Carvalho (1994, p. 13) também a insere entre os direitos fundamentais, configurando “uma liberdade civil, individual, mas com expressão coletiva”. Ela se localiza entre dois polos. Antecipa-se que por um deles a empresa de comunicação e o jornalista têm o direito de exercer suas atividades livremente. Podem expressar sua opinião e divulgar a informação sem restrição e censura. Por outro lado, em face da sua função social, a imprensa tem o dever de prestar informação à sociedade com verdade e transparência²⁷. Como ficou expresso no julgamento da ADPF nº 130 pelo STF, é a imprensa, alternativa à versão oficial dos fatos. Deve deixar clara a linha editorial do meio de comunicação a respeito de temas de dimensão pública. Isso é fundamental

²⁷ Com assertividade, escreve José Afonso da Silva: “A liberdade de informação não é simplesmente a liberdade do dono da empresa jornalística ou do jornalista. A liberdade destes é reflexa no sentido de que ela só existe e se justifica na medida do direito dos indivíduos a uma informação correta e imparcial. A liberdade dominante é a de se informado, a de ter acesso às fontes de informação, a de obtê-la. O dono da empresa e o jornalista têm um direito fundamental de exercer sua atividade, sua missão, mas especialmente têm um dever. Reconhece-se-lhes o direito de informar ao público os acontecimentos e ideias, mas sobre ele incide o dever de informar à coletividade de tais acontecimentos e ideias objetivamente, sem alterar-lhe a verdade ou esvaziar-lhes o sentido original, do contrário, se terá não informação, mas desinformação. Os jornalistas e empresas jornalísticas reclamam mais seu direito do que cumprem seus deveres”. (SILVA, 2000, p. 250)

à lisura do debate público, para se conhecer de antemão se a informação veiculada é imparcial ou reflete a posição política ou ideológica a que se filia o jornal ou a empresa de comunicação.

Depreende-se que a imprensa não é livre para fazer da liberdade de que desfruta uma forma de manipulação da informação em prol de interesses político-econômicos. Ao contrário, ela é livre para cumprir o dever de informar com sinceridade a sociedade sobre fatos de relevância pública e disponibilizar, no caso da radiodifusão, programas de caráter educativo, cultural e informativo, respeitando valores éticos, consoante ditames do art. 221 da CRFB. A imprensa também não deve ser omissa em contribuir para o pluralismo na formação da opinião pública, em que por meio da dissidência de informação, avulte-se o debate público e racional de ideias de interesse social.

5.4 Características da liberdade de imprensa

5.4.1 Disciplina da licença governamental

A liberdade de imprensa depende de que não haja necessidade de licenças governamentais para exercer a comunicação da informação, salvo na forma definida pela CRFB. Se assim não fosse, o debate de ideias, ao invés de plenamente público, seria conduzido ideologicamente pelo Estado.

O acesso à atividade de imprensa, notadamente se realizada por veículo impresso e escrito, é livre a quem queira explorá-la profissionalmente, com liberdade de iniciativa. Nesse aspecto, é uma expressão da economia de mercado e da livre iniciativa, acolhida pela ordem econômica constitucionalmente estabelecida, consoante previsto no art. 170 da CRFB.

Quanto à imprensa escrita, prevalece a proibição de licença governamental para a criação de jornal e revista, ficando garantida sua circulação pública. Do contrário, a porta para censura oficial estaria aberta. A propósito, reza o art. 220, § 6º da CRFB que “a publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade”.

Com relação à comunicação em meio radiofônico ou televisivo, a questão é mais delicada. A exploração da radiodifusão é serviço público. Juridicamente, é atividade titularizada com exclusividade pelo Estado. A CRFB, em seu art. 21, XII,

“a”, reserva a titularidade desse serviço público à União, a ela competindo explorá-lo diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão a particular. Nesse caso, a transferência da exploração (e não da titularidade) do serviço público de radiodifusão ao particular é feita pelo Poder Executivo Federal, conforme previsto pelo art. 223 da CRFB, sujeita a apreciação do Congresso Nacional a concessão e renovação da concessão da radiodifusão a emissoras de rádio e televisão, conforme previsão do art. 49, XII da CRFB²⁸.

A delegação ao particular da radiodifusão depende de outorga governamental por razões técnicas. O espectro radioelétrico, utilizado pelas redes de transmissão para emitir os sinais de rádio e televisão é um bem público finito, que precisa de administração governamental para sua distribuição entre os interessados²⁹.

Contudo, as razões técnicas que justificam a necessidade de outorga governamental para a exploração da radiodifusão não devem também impedir que o debate público – ainda muito brando – recaia sobre os critérios utilizados para distribuição do espectro radioelétrico entre os interessados. Por trás da discricionariedade que adere ao ato de concessão da radiodifusão, descansam subliminarmente critérios políticos, de acentuada subjetividade, para escolha dos concessionários da radiodifusão.

O espaço atmosférico pelo qual circula as ondas de transmissão de rádio e televisão, se distribuído discricionária e politicamente, sem participação social e debate, representa risco à pluralidade nos meios de comunicação e põe em xeque a democracia no debate público de ideias. A ampla discricionariedade na escolha dos concessionários da radiodifusão – ausente de questionamentos até na imprensa – é risco de desequilíbrio no jogo político de disputa pelo poder. A capacidade de aproximação do cidadão e o poder de persuasão da comunicação midiática – capaz de atingir a mente e ouvidos das pessoas ainda contra suas vontades³⁰ – são forte

²⁸ Informa Luciana Moraes Raso Sardinha que “desde a promulgação da Lei Magna até hoje [ano de 2004] já se passaram mais de quinze anos e não se tem notícia de nenhuma outorga que não tenha sido referendada pelo Congresso Nacional”. (SARDINHA, Luciana Moraes Raso. *Radiodifusão: o controle estatal e social sobre suas outorgas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 177).

²⁹ Sobre o espectro radioelétrico, aduz Luciana Raso Sardinha que “À União assistem todas as garantias necessárias à obtenção de sua utilização de forma adequada. A frequência consignada à entidade não constitui direito de propriedade e fica adstrita à regras estabelecidas na legislação vigente ou na que vier disciplinar a sua execução, incidindo sobre esta frequência o direito de posse da União”. (SARDINHA, 2004, p. 92).

³⁰ Registra Luciana Raso Sardinha que a “difusão de sons e imagens pode atingir um público de menor maturidade ou discernimento, diversamente daquele público menos passivo, que vai a uma banca de jornal ou a uma livraria. As imagens

arma para a conquista de poder político e econômico, em prejuízo dos segmentos políticos e sociais que não se alinham ao projeto de poder de autoridades que na ocasião disponham da competência de outorgar a concessão da radiodifusão. Sem a reflexão da sociedade civil sobre a “democratização dos ares”, o debate público se apequena. Fica refém da seleção de conteúdos e dos juízos de valor veiculados em programação editorial controlada por grupos de comunicação social de duvidável qualidade, imparcialidade e pluralidade de ideias, mas de inegável capacidade de manipulação da opinião pública.

5.4.2 Ausência de censura

Como não poderia ser diferente, a liberdade de imprensa somente existe sem censura ao conteúdo da informação veiculada. O silêncio ou edição de conteúdo a serem divulgados, imposto por ordem do Estado à imprensa, desestrutura a democracia. Ela fica enfraquecida em Estados que querem ditar ideologicamente, sem ouvir opiniões contrárias, o que é a verdade, ou o que entendem serem as medidas governamentais necessárias ao progresso e ao bem-estar da nação.

Fundando um Estado democrático, registramos novamente que a CRFB abomina a censura, e prescreve em seu art. 220, §2º, que é “vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”. Essa cláusula constitucional é uma garantia de que numa democracia não é o Governo, sob qualquer pretexto, quem controla a imprensa, mas o contrário; a imprensa, alimentando dialeticamente a formação de opinião pública plural e crítica, é quem controla – ou deveria controlar – o Governo. Por isso, pende-se para a linha de entendimento de que entre a regulação da imprensa pelo Governo e a censura pouco falta.³¹

5.4.3 Faculdade de investigação

televisivas podem sujeitar crianças a efeitos socialmente indesejáveis na sua formação e no seu comportamento”.(SARDINHA, 2004, p.237).

³¹ Para Gustavo Binembojm “A censura costuma ser um mal oculto e silencioso, justamente porque a voz silenciada é sempre a dos opositores – os outros invisíveis” (BINENBOJM, 2006a, p. 11).

A liberdade de imprensa também tem a ver com necessidade de investigar fatos livre de embargos políticos e legais, somente admissíveis para proteger valores constitucionais como a intimidade, inclusive a inviolabilidade domiciliar, de dados e correspondências, a honra e a imagem das pessoas e o sigilo da fonte da informação.

Não é livre a imprensa sem o acesso à informação, o qual é imprescindível para ela cumprir com o seu dever de informar a sociedade com a máxima diligência e segurança possível para imprimir veracidade à notícia veiculada.

É fundamental para o êxito da atividade jornalística em informar a sociedade sobre fatos e atos de interesse público, sobretudo daqueles originados no interior de instituições públicas, que haja respeito pelo poder público (aquele que se exerce em público) com a publicidade. Somente é público o poder político que se permite ser investigado, estando à vista dos olhos de todos.

Nessa linha, a publicidade do Estado democrático também se faz abrindo a conhecimento público o arquivo estatal de informações e dados por ele criados e retidos.

O direito de todos à informação – jornalistas ou não –, para investigar fatos e dados, visando a informarem a si e também aos outros e à sociedade, está constitucionalmente assegurado. O art. 5º, XIV, da CRFB prescreve que “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

O sigilo da fonte da informação é imprescindível ao jornalismo investigativo, que desvenda abusos de poder, iniquidades de toda sorte, denunciando às autoridades públicas e à sociedade fatos descobertos. Esse sigilo protege o acesso da imprensa à informação verdadeira, sem o qual jornalista e informante se sentiriam intimidados. O jornalista, porque ficaria sujeito a pressão para revelar a identidade do informante, a seu contragosto; e o informante, porque não revelaria a informação de que tem a guarda, com receio de mal posterior que se lhe pudesse infligir. Enfim, sem o sigilo da fonte da informação, estaria comprimido o direito da sociedade em conhecer a verdade dos fatos.

Na sequência, o inciso XXXIII do mesmo art. 5º, assegura ao interessado receber dos órgãos públicos as informações de interesse pessoal ou coletivo, que reproduzimos logo a seguir:

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.

Conforme será visto com mais vagar ao longo deste trabalho, as bases constitucionais do acesso à informação estão detalhadamente disciplinadas na Lei nº 12.527/11.

Logo, é um dever ético e jurídico dos órgãos públicos deixarem visível, descoberto do manto do segredo, documentos que registrem atos e dados administrativos praticados pelo Estado, que são immanentemente de interesse público. A exceção fica por conta daqueles atos encobertos pelo segredo, cuja revelação anularia o fim público buscado pela ação administrativa ou de Governo, pondo em risco, consoante parte final do inciso XXXIII, do art. 5º da CRFB, a segurança da sociedade e do Estado.

A prática governamental do arquivo aberto interliga-se com o dever republicano da prestação de contas por parte daqueles que administram recursos públicos. É uma postura sintonizada com a ideia de *accountability*, interpretada como o dever dos agentes públicos prestarem contas de seus atos com transparência, demonstrando aos órgãos de controle oficiais e à sociedade que exerceu com responsabilidade e eficiência o *munus* público que lhe foi confiado. O elo entre transparência e prestação de contas será explorado com maior profundidade ao longo deste trabalho.

5.4.4 Pluralismo e livre concorrência entre empresas de comunicação social.

Já vimos linhas atrás que a liberdade de imprensa e democracia são duas faces da mesma moeda. A presença de uma traz consigo a presença da outra, sendo elas interdependentes. Por isso, a liberdade de imprensa somente sobrevive num cenário de pluralismo democrático, que, por sua vez, reflete na diversidade de linhas editoriais dos meios de comunicação. Daí se conclui que dificilmente teremos instituições midiáticas plurais em uma democracia frágil, que não tolera o dissenso.

Além do ambiente democrático no Estado e na sociedade, o pluralismo da mídia também reclama a concorrência comercial entre as empresas de comunicação em níveis razoáveis de competitividade para propiciar a criação diversificada de

pensamento sobre os mais variados temas. Tendo em mente o objetivo pela diversidade de ideias transmitidas ao público pela mídia, a CRFB prevê no art. 220, §5º, que “os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio”.

No cenário ideal, o mercado da informação deveria ser competitivo o bastante para que o grande público dispusesse de reais alternativas de produção jornalística que lhe permitisse acesso à informação confiável e a diferentes fontes de debates sobre fatos, acontecimentos e temas que fazem parte do cotidiano da vida social das pessoas e da linha de atuação do Estado³².

A liberdade de imprensa, no sentido da liberdade de acesso pelo grande público à informação plural, dificilmente se concretiza quando há concentração econômica entre as empresas de comunicação social que formam a grande mídia. Como se pode falar de liberdade de imprensa na hipótese de se verificar que na perspectiva do receptor da informação não há liberdade de se conseguir fontes diversas de informação?

Por isso, o monopólio da informação, ao invés de informar, desinforma a sociedade, deformando fatos e fabricando opiniões tendenciosas, aferradas a interesses econômicos e políticos que patrocinam financeiramente a empresa de comunicação. A oligopolização da mídia a faz ainda mais poderosa, sufocando manifestações dissidentes de opiniões salutares ao debate democrático. Isso reduz as chances do controle que grupos de interesses provenientes de bases populares possam exercer sobre as instituições estatais, correndo-se o risco de se impor um aspecto oligárquico ao regime democrático³³.

Entretanto, por pior que seja a concentração empresarial da mídia para a autenticidade do debate público, somos do entendimento de que não se combate o oligopólio ou monopólio sobre o mercado de comunicação através de interferência regulatória realizada diretamente pelo Governo ou por ele dissimuladamente

³² A importância para a democracia da concorrência equilibrada entre agentes da imprensa foi objeto de reflexão de Alexis de Tocqueville, na seguinte passagem: “os americanos mais esclarecidos atribuem a essa disseminação incrível das forças da imprensa o seu pouco poder: é um axioma da ciência política nos Estados Unidos, que o único meio de neutralizar os efeitos do jornal é multiplicar-lhes o número.” (TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*, 2 ed. Belo Horizonte: Ed. Itatiaia; São Paulo: Ed. Da Universidade de São Paulo. 1987, p.143).

³³ Daniela Mesquita de Cademartori e Elias Jacob Menezes Neto sustentam que “Na sociedade da informação, a pluralidade das fontes de informação é condição essencial para a adequada participação do cidadão no jogo democrático. A concentração dos meios de comunicação de massa priva a sociedade dessa pluralidade de informações, anulando as possibilidades de comunicação política”. In *A desintegração da função política da esfera pública e a crise da democracia constitucional: o papel dos poderes midiáticos*. Livro eletrônico do XXI Congresso Nacional do CONPEDI- Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, realizado na Universidade Federal Fluminense – UFF. 2012, p. 19.

orquestrada. Essa iniciativa tem o sério risco de resultar em ingerências governamentais sobre empresas da comunicação social, o que pode acabar por agravar o quadro de distorção na produção e transmissão da informação e formação de opiniões³⁴.

Luis Gustavo de Carvalho (1994, p. 56) assinala que numa economia de mercado é inevitável a monopolização da imprensa, que pode selecionar, filtrar ou distorcer a informação a serviço de interesses de classe e segmentos sociais.³⁵ Adverte o autor que se ao Direito não cabe reprimir esse monopólio, tem ele, por outro lado, força para combater a consequência do monopólio, que é a notícia consentida e com linha de pensamento uniforme. Caberia, então, ao Direito, exigir da imprensa o respeito ao direito difuso³⁶ da sociedade à informação verdadeira. Ou seja, ficam as empresas de comunicação sujeitas a ação judicial, especialmente ação civil pública, por meio da qual se postula a republicação de notícia inexata (CARVALHO, 1994, p. 66), que exerceria a função de um direito de resposta pertencente à sociedade no seu todo, independentemente de alguém individualmente ter sido lesado.

O lucro almejado pelos empresários da comunicação, sobretudo da radiodifusão, não podem levá-los a descumprir os parâmetros constitucionais que balizam a atuação dos serviços públicos que prestam, ainda que a pretexto de invocar a liberdade de imprensa³⁷. A mídia deve obediência, de acordo com art. 221 da CRFB, a valores éticos da família e da sociedade, à produção de programas

³⁴ Ao julgar a ADPF nº130, e declarar não recepcionada pela Constituição de 1988 a Lei de Imprensa (Lei 5.250/67) em sua inteireza, o Supremo Tribunal Federal sinalizou claramente que o controle da mídia deve ser feito por ela mesma, em cujo interior refletirá as reprovações da sociedade acerca de abusos e desvios cometidos pelas notícias veiculadas. O Relator Ministro Carlos Britto, acompanhado por seus pares, com exceção do Ministro Joaquim Barbosa, assentaram a plenitude da liberdade de imprensa, imune a qualquer controle governamental. De qualquer modo, o julgamento não debateu as perturbadoras dúvidas: quem controla os controladores? Quem limita a imprensa, quando ela mesma é um poder social paralelo ao Estado? O Estado quando controla a imprensa é fonte de opressão da liberdade de expressão ou agente libertador da expressão de grupos marginalizados?

³⁵ Sem aprofundar o debate sobre o controle da oligopolização da mídia, que escaparia aos propósitos do trabalho, atém-se a assinalar o pensamento de BINENBOJM, 2006a, p. 16, que numa atitude mais ousada e arriscada, propõe criação de órgãos regulatórios da mídia sob controle da sociedade civil, como instrumento para se ponderar a liberdade de informação da imprensa (perspectiva do informante) com o direito da sociedade à informação correta e democrática (perspectiva do informado). O autor defende que esses órgãos regulatórios, orgânica e funcionalmente desligados do Estado, compostos por representantes da sociedade civil e entidade da imprensa, façam um controle *a posteriori* do conteúdo da informação divulgada, para defender “que assuntos relativos ao Governo eleições, atuação dos agentes públicos e outra figuras públicas que exerçam papel relevante na formação da opinião pública não podem ser omitidos do noticiário”.

³⁶ Direito difuso é aquele que pertence a um conjunto indeterminado de pessoas, que não estão interligadas umas as outras por nenhuma relação jurídica comum, não se fazendo desfrutável individualmente ou por coletividades específicas.

³⁷ Reproduz-se aqui a advertência de Luciana Raso Sardinha de que a “Televisão possui imensa capacidade para prover informação, cultura e entretenimento para uma população, atualmente, de 160 milhões de telespectadores que têm em sua maioria, nos serviços de radiodifusão a única forma de lazer. A disputa pela audiência e pelos anunciantes tem levado à banalização e uniformização de seu conteúdo”. (SARDINHA., p. 233).

educativos, culturais e informativos, que priorize a regionalização da produção cultural, artística e jornalística. A liberdade de imprensa não é absoluta e não existe para que o proprietário dos meios de comunicação possa escolher o conteúdo da programação como bem entender.

Parece-nos que o controle sobre a mídia com menor risco a liberdade de expressão, alternativo a iniciativas regulatórias do Governo, mas que também não fique à mercê do interesse do mercado de comunicação, é a mobilização da sociedade em expor à publicidade também a imprensa. Quem vive da publicidade também deve estar em público, sujeito a críticas e debate. O debate público promovido informalmente pela sociedade ou por iniciativas organizadas da sociedade civil, profissionais da mídia e universidades é a melhor forma de se controlar a imprensa, tornando-a também alvo do debate público, do qual necessita para informar a sociedade e instrumentalizar o controle democrático do poder político. Enfim, sem ser ela mesma transparente, a mídia também não promove transparência.

5.5 Liberdade de imprensa e formação da opinião pública

É a imprensa o principal veículo de circulação da informação entre os homens, conduzindo-os a interligarem-se através de pensamentos e manifestações culturais. Responsável pela coletivização de ideias, na medida em que faz circular informações e ideias publicamente no meio social, ela exerce poder para exprimir opiniões e sentimentos de pessoas, grupos, Governos e instituições de toda a sorte acerca dos mais variados fatos, eventos e temas presentes no cotidiano da vida social e da esfera governamental.

O ex-Ministro Carlos Britto, do Supremo Tribunal Federal, com propriedade, assentou, em seu voto na ADPF 130, que a imprensa não se dirige particularmente a um indivíduo ou a um grupo, mas a um público geral e indeterminado, revestindo-se a característica de comunicação de massas, capaz de influenciar as pessoas e formar o que se chama opinião pública.

Pelas palavras do ex-Ministro Carlos Britto concebe-se opinião pública “como o modo coletivo de pensar acerca de fatos, circunstâncias, episódios, causas, temas e relações que a dinamicidade da vida faz emergir como respeitante à coletividade”. Exprimindo o mesmo sentido desse conceito, porém, de modo mais

sintético, Jellinek (1914, p. 102, *apud* BONAVIDES, 2010, p.484) define a opinião pública como “o ponto de vista da sociedade sobre assuntos de natureza política e social”.

Inegavelmente a imprensa, por ser o agente criador e catalisador de notícias, debates, investigações, denúncias, expressões culturais e pesquisas, é a gênese fundamental da opinião pública das massas de cidadãos.

Essa relação entre imprensa e opinião pública, afirma Habermas (2003, p. 46), é um desdobramento imediato e direto do Estado liberal burguês, em que se estruturou uma esfera pública, que por meio da opinião pública, realizava a intermediação entre Estado e sociedade. Era a opinião pública o meio principal de transpor ideias e reivindicações para a esfera estatal, exercendo influência sobre as decisões políticas e administrativas.

Em Estados liberais, em formação nos séculos XVIII e XIX, a imprensa deixa de ser apenas intercâmbio de correspondências sobre informações entre diferentes centros comerciais, e passa a exercer função política (HABERMAS, 2003, *passim*). Ela tornou-se o meio de difusão do pensamento político e filosófico de grupos sobre questões de interesse social³⁸. Funcionava como forte arma da classe burguesa, proprietária e educada para exercer o controle do poder. De fato, o mote político do movimento iluminista era apropriar a sociedade de debates racionais capazes de exercer com a maior racionalidade possível o controle do poder público e a organização da vida social por meio de leis publicamente³⁹ debatidas.

Por isso, ganha destaque na sociedade liberal a opinião pública, que seria a consciência coletiva, informe e dinâmica da sociedade investindo-se com vozes influentes contra o exercício do poder político. Paulo Bonavides (2010, p. 485) trata a opinião pública liberal como “a mais eficaz forma de presença indireta do corpo social na formação da vontade política”.

Entretanto, o termo “opinião pública” deve ser apreendido com reservas já na quadra do Estado liberal. Isso se deve ao fato de que, durante a fase de democracia liberal-representativa, de sufrágio censitário, o debate racional sobre

³⁸ Afirma Habermas, em *Mudança estrutural da esfera Pública*: 2003, trad.de Flávio R. Kothe, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 217, que por essa época a imprensa “[...] se desenvolvia a partir da politização do público e cuja discussão ela apenas prolongava continuou a ser por inteiro uma instituição deste mesmo público: ativa como uma espécie de mediador e potenciador, não mais um mero órgão de transporte de informações e ainda não um instrumento da cultura consumista”.

temas coletivos era restrito ao círculo burguês esclarecido, que conseguiu instrução a custo da condição de serem proprietários. As discussões políticas, disseminadas informalmente na sociedade burguesa, por cafés, salões, clubes literários, clubes políticos, que resultaram nos partidos, eram reservadas a seletos segmentos educados da sociedade (HABERMAS, 2003, *passim*). Em comum, debatiam publicamente, com diversidade de ideias, interesses privados de quem era proprietário. Pode-se dizer que, no máximo, o debate era feito para o público de burgueses. Não era um debate pluriclasse, inteiramente público, pois dele estavam alijadas camadas “de baixo” da sociedade⁴⁰. O objetivo do debate se concentrava em garantir normativamente o controle do poder – especialmente o Executivo – e sustentar a estabilidade da ordem social e política para preservar os interesses dos agentes comerciais que atuavam no mercado.

Vê-se que a liberdade de imprensa, de fato, exercia vigilância e controle do poder, criticando-o e forçando-o à publicidade de suas ações, cuja aprovação ficaria submetida ao crivo da opinião do público burguês. Efetivamente a imprensa modelava a opinião pública burguesa, que se fazia atuante e influente sobre o poder político. Nesse contexto, a opinião pública, conquanto ainda não fosse plural, tem espírito crítico e independente, em que, por meio dela, os homens privados discutem em público questões da *res pública*. Faziam os cidadãos burgueses, mediante expressão da opinião pública esclarecida, o uso público da razão.

Por meio da opinião pública, buscavam-se, racionalmente, argumentos para subsidiar a produção de leis públicas e gerais. Por isso, argumenta Habermas (2003, p. 131), filiando-se ao pensamento kantiano, que o princípio da soberania popular só pode ser realizado pressupondo-se o uso público da razão.

A opinião pública ressoava como a voz da cidadania, que cobrava prestação de contas do Governo e subsidiava, argumentativamente, a produção do direito que governaria a vida social e o mercado.

5.6 A comunicação de massas e a desqualificação do debate público

⁴⁰ Assevera Paulo Bonavides: “Com a opinião pública, a burguesia minou as instituições feudais e se assenhoreou de uma força social irresistível, que não fazia somente a crítica do passado, mas servia doravante de excelente guarda ao *statu quo* político e social, ou seja, ao domínio burguês do Estado, à limitação da autoridade” (BONAVIDES, 2010, p. 489).

Com o desenvolvimento tecnológico e econômico do século XX, acelerado a partir do pós-segunda guerra mundial, a comunicação radiofônica e televisiva tornou acessível as mídias de informação a amplo universo de cidadãos. A massa de trabalhadores assalariados tornou-se consumidora de cultura e informação, abrangendo amplo arco de temas; de programas de entretenimento a notícias do cotidiano da sociedade e do poder público.

Todavia, com a massificação da comunicação, o que a opinião pública ganha em amplificação, absorvendo a massa de trabalhadores, ela perde em qualidade.⁴¹

Como cultura e informação tornam-se mercadorias, a imprensa passa a ceder aos desejos do mercado, em busca da maximização de lucros, sem preocupação em educar as massas para adquirir cultura e informação. Não se exige bons níveis de educação e escolarização para o consumo de cultura e informação⁴².

A formação de grandes grupos comerciais de comunicação, alinhados à lógica do lucro para sobreviver na competição do mercado, fazem de seus espaços, em jornais e em mensagens televisivas e radiofônicas, mercadorias para serem vendidas a anunciantes empresariais que querem fazer publicidade de seus produtos e serviços. E, para serem atraentes ao mercado publicitário, o conteúdo da grande mídia fica exposto a abrir mão de explorar com maior profundidade temas de interesse público. Para ganhar a preferência e o gosto do grande público leitor, ouvinte e telespectador, as linhas editoriais da grande mídia desenvolvem conteúdo que, distante de satisfatório debate crítico dos grandes temas em pauta no cenário político e social, acabam por veicular, com maior ênfase, notícias, opiniões e programas que sensibilizam e distraem – mas não educam – a massa de cidadãos. É essa a receita para que o veículo de comunicação conquiste a preferência do

⁴¹ Habermas examina com primor como a imprensa deixou de ser intermediadora e fomentadora do debate público entre pessoas, passando a ser condutora e formadora da opinião pública, no momento em que ela se tornou meio de comunicação de massas. Confira-se a transcrição da seguinte passagem: “Na medida em que elas[instituições públicas intelectualizadas] passam a se comercializar e a se concentrar no aspecto econômico, técnico e organizatório, elas se cristalizam nos últimos cem anos, em complexos com grande poder social, de tal modo que exatamente a sua permanência em mãos privadas é que ameaçou por várias vezes as funções críticas do jornalismo. Em comparação com a imprensa da era liberal, os meios de comunicação de massa alcançaram, por um lado, uma extensão e uma eficácia incomparavelmente superiores e, com isso, foram cada vez mais desalojados dessa esfera e reinseridos, na esfera, outrora privada, do intercâmbio de mercadorias; quanto maior se tornou a sua eficácia jornalístico-publicitária, tanto mais vulneráveis se tornaram à pressão de determinados interesses privados, seja individuais, seja coletivos. Enquanto antigamente a imprensa só podia intermediar e reforçar o raciocínio das pessoas privadas reunidas em um público, este passa, agora, pelo contrário, a ser cunhado primeiro através dos meios de comunicação de massas. (HABERMAS, 2003, p. 221).

⁴² A esse respeito, assinala Habermas que “a medida que a cultura se torna mercadoria, e isso não só por sua forma, mas também por seu conteúdo, ela se aliena àqueles momentos cuja recepção exigem uma certa escolarização”. (HABERMAS, 2003, p.196).

público, mediante a popularidade de seus programas e de suas reportagens, e, conseqüentemente, também logre visibilidade e valorização mercantil no milionário mercado publicitário.

A despeito da liberdade de expressão do pensamento de que possivelmente desfruta, imune a censuras e controle governamental, nem por isso se pode dizer que a grande mídia se apresente pluralista, como seria saudável à democracia se assim o fosse. Dessa forma, a ampla diversidade de opiniões existentes na sociedade não encontra canais de expressão pública para tomar vez no debate modelador da opinião pública (LIMA, 2013, p. 93)

A concorrência comercial entre empresas de comunicação não é garantia de debate entre versões diferentes sobre fatos noticiados nem de opiniões dissidentes acerca de temas seletivamente explorados em reportagens de apelo social⁴³.

A exploração comercial da mídia, salienta-se novamente, recebe a influência de poderosos grupos econômicos proprietários das empresas de comunicação ou que sejam seus financiadores, com interferência negativa na imparcialidade e objetividade da cobertura jornalística. Isso aumenta o risco de notícias tendenciosas e de baixa qualidade ou confiabilidade, mas com enorme potencial para modelar a formação da opinião pública que, sem opção de acesso a informações com conteúdo diverso, seja vítima de um discurso uniformizado, sem debate. Habermas (2003, p. 214) expõe que o “editor de jornal passou de vendedor de novas notícias a comerciante com opinião pública”. A versão que prevalece, notadamente, acerca de fatos envolvendo a atuação de agentes públicos e as políticas públicas por eles desenvolvidas é aquela que a grande mídia seleciona, interessadamente, com maior destaque. Seguramente existe a dissimulada censura que parte da própria mídia, sem oficial mediação de órgãos de Governo. É a censura seletiva, que avulta do comportamento deliberado da mídia em não tornar públicos

⁴³ Descreve Paulo Bonavides inevitáveis mazelas da opinião pública em Estados democráticos de massas: “A opinião pública das ditaduras totalitárias do século XX chegou a esse espantoso resultado: transformou-se em poderosíssima linha auxiliar da razão de Estado. Na sociedade democrática, a opinião pública é por igual suspeita, pois sem embargo do pluralismo aí patente, os elementos de elaboração e transmissão de juízos que formam a opinião pública, não se concentrando em poder único, como no Estado totalitário, têm contudo sua sede nas mãos de uma minoria, que são os “lordes” do poder econômico e financeiro, a cujo controle se acham sujeitos via de regra os meios de publicidade. [...] a opinião das massas é cuidadosamente cultivada e alimentada pelo poderes oficiais, que a impõem através do proselitismo ideológico. E com isso fazem de seu apoio um instrumento de sustentação política, o mais eficaz possível, visto que, consultadas plebiscitariamente, as massas sancionam o regime com votações transbordantes e ruidosas, a um passo já da unanimidade”. (BONAVIDES, 2010, p. 493-494).

conteúdos contrapostos ou alternativos àqueles que ela desejou divulgar ao conhecimento da sociedade.

A valoração que a grande mídia atribui às notícias selecionadas também é afetada pela nefasta influência de Governos, partidos e personalidades políticas. Mediante gastos quase sempre desnecessários com publicidade, órgãos públicos e empresas estatais financiam, com graúdos aportes de recursos públicos, empresas da mídia, e de duas uma: ou querem em troca notícias e opinião editorial favorável à corrente política que investe na empresa de comunicação ou fazem coro para a despolitização do conteúdo do jornalismo. A propaganda publicitária governamental não raro desvia dos parâmetros constitucionais que a justifica (art. 37, §1º da CRFB). Fogem da finalidade educativa, informativa ou de orientação social a que constitucionalmente está vinculada, reproduzindo, disfarçada ou escancaradamente, mensagens de promoção ou “escandalização” de Governo e autoridades públicas.

A política, dentro ou fora de períodos eleitorais, passa a ser abordada pela mensagem da propaganda publicitária, de forte apelo emocional. A propaganda política, mediante técnicas de *marketing*, substitui o debate crítico e plural, o que contribui para afastar o interesse do cidadão em participar do debate de temas de interesse público. A opinião pública, em geral, passivamente, recebe a informação. Sem capacidade de análise crítica, salvo exceções de segmentos esclarecidos da sociedade, para interpretar e filtrar o conteúdo informacional divulgado, ela simplesmente adere às opiniões e às versões que a grande mídia, publicamente, veicula. A sociedade, muitas vezes, fica desarmada da capacidade de verificar a fidedignidade da informação divulgada e de formar livremente sua opinião sobre temas da vida pública. Paralelamente, autoridades públicas e Governos escapam do debate, escondendo-se atrás do véu da propaganda publicitária, que impede aflorar o discurso entre cidadãos e Governo acerca daquilo que eles entendem serem as melhores opções de ação estatal para o bem-estar social.

A manipulação da opinião pública contribui para sufocar a capacidade da sociedade de participar ativamente do controle do poder político, minando o debate público que força o poder a ter que prestar contas daquilo que faz, exposto aos olhos e mentes dos homens.

Por isso, a democracia depende da expansão de publicidade de debates para outras instâncias, além daquelas reduzidas aos meios de comunicação, que nem sempre colaboram para a transparência do poder. Torna-se necessário abrir

alternativas de acesso direto pelo cidadão à informação do que se passa no âmbito do Estado. À publicização do Estado, mediante debate público, devem concorrer iniciativas da sociedade civil e dos próprios órgãos públicos, afinados em fomentar a democracia por meio de providências que fazem o poder público permeável ao diálogo e ao controle da sociedade.

6 OBSTÁCULO AO DEBATE: A CAPTURA DA INFORMAÇÃO PÚBLICA PELA TECNOBUROCRACIA

Nos agouros do século XVIII, dos dois lados do Atlântico, tanto na América do Norte quanto na França, declarações de direito dos homens, que inauguram a era das liberdades individuais, com a transformação dos homens de súditos a cidadãos, precederam a edição de Constituições. Isso deixa claro que o compromisso do constitucionalismo liberal era controlar o poder político para a realização dos direitos fundamentais de índole individualista, filosoficamente apoiado por correntes jusnaturalistas, em que por meio da razão, se consegue conhecer as leis naturais a todos os homens.

Cada cidadão era visto, no contexto liberal, como um soberano de si mesmo, livre dos tentáculos do Estado, que sempre o agrilhoou. Por trás do ideário liberal, havia o interesse no desenvolvimento do capitalismo.

O pavor da sociedade individualista de base capitalista pelo Estado impactou na criação de uma administração pública controlada pela lei. O Estado parlamentar tinha ascendência ao Estado administrativo. A Administração pública não intervinha na sociedade, senão para preservar a liberdade dos homens em atuarem num mercado aberto a todos, com oportunidades, mediante o mérito pessoal de cada um para prover as suas necessidades e lutar pelo seu bem-estar.

A legalidade representava garantia da sociedade em duas direções. A primeira, no sentido de que, mediante a fiel aplicação pelo Poder Executivo da lei engendrada pelo Poder Legislativo, controlava-se o exercício do poder com o sucedâneo de preservar a liberdade individual contra imprevisível interferência do Estado sem autorização legal. Por outro lado, a aplicação da lei pelo Poder Executivo identificava-se com o exercício do poder de polícia, para preservar a ordem e a segurança públicas contra motins e investidas delituosas de cidadãos contra a vida, a liberdade e a propriedade dos homens.

Sobra ainda espaço para se afirmar que o exercício do poder público, sempre de acordo com a lei, disciplinava a arrecadação tributária, com que a fazenda pública se abastecia de recursos para financiar a atividade policial do Estado em âmbito interno, como visto, e externo – neste caso, para defesa contra invasões estrangeiras e guerras. Restava, ainda, ao Estado atividades da diplomacia que, como as demais, não se voltavam a disciplinar a vida social.

O debate público era absorvido sobretudo com a seguinte questão: quanto é necessário subtrair da riqueza produzida por cidadãos burgueses para o custeio do aparelho policial, militar e tributário do Estado, cuja finalidade se voltava para o bem comum, não de toda a sociedade, mas de uma classe: a burguesia, interessada em garantir a prosperidade dos seus negócios. O lema era “mais mercado e menos Estado”. Ainda não se discutia um orçamento governamental voltado a investimentos sociais. O orçamento era encarado, exclusivamente, como ferramenta de programação e controle dos gastos públicos, em respeito à propriedade privada, que o custeava.

O debate público com o Estado não estava envolvido com questões que exigiam conhecimento técnico e científico acerca da disciplina das relações sociais, comerciais e de trabalho referentes à produção e circulação de bens. Com efeito, questões de maior complexidade, que demandavam elaboração e divulgação de regras técnicas necessárias ao desenvolvimento e disciplina das relações comerciais eram debatidas, sob a ótica do “livre mercado”, em associações de convivência privada, constituída de burgueses.

Entretanto, em resposta ao quadro de desigualdade social e conflitos sociais gerados pelo capitalismo, o Estado atravessa o século XIX em ritmo de expansão de suas atividades, o que trouxe alargamento de seus órgãos e de seu corpo de funcionários. O Estado abstencionista, guardião de liberdades individuais, que preservava a autonomia da sociedade consolidou-se, no século XX, em Estado interventor no domínio econômico e social (OTERO, 1992, p. 359).

O avanço do Estado pelos meandros de relações comerciais e trabalhistas, com a interferência mais aguda na economia e promoção de políticas de bem-estar social, tornou mais complexas suas atribuições. As novas responsabilidades passaram a demandar-lhe a formação de quadros de colaboradores com destacada formação técnica e conhecimento científico para enfrentar os desafios e responsabilidades que o Estado-providência, de caráter intervencionista e regulador, assumiu. O Estado se põe entre o capital e o trabalho, e torna-se árbitro do conflito de classes.

Em consequência, a Administração Pública sofre uma profunda transformação. O aumento e a complexidade dos serviços públicos dos quais dependem a realização das novas tarefas estatais exigem a formação técnica de funcionários com o propósito de prover-se eficiência à máquina administrativa.

Forma-se o que Paulo Otero (1992, p. 287) denominou de Administração especializada⁴⁴.

Nesse contexto, consolida-se a tecnoburocracia: a camada superior da burocracia, marcada pela investidura em atribuições específicas, com atuação impessoal e estável, em tese, blindadas a influências e instabilidades políticas, cuja autoridade decorre da formação técnico-especializada. São os tecnocratas que se afirmam comprometidos com a eficiente e ininterrupta prestação de serviços públicos e regulação imparcial da atividade econômica. A tecnoburocracia ocupa postos superiores e estratégicos no aparato estatal, que é sensivelmente dirigido por decisões de índole técnica. A implementação de decisões administrativas e políticas públicas não é exclusiva dos políticos que ocupam os postos superiores da administração. Tecnocratas participam destas decisões, *a priori*, aconselhando o decisor e, *a posteriori*, executando a decisão (OTERO, 2011, p.295).

Assim, a tecnoburocracia retém o acervo de estudos e informações que impulsiona e justifica o processo decisório do Estado, e acaba por controlá-lo com o arsenal de dados que detém. Esse quadro põe em xeque a legitimidade político-democrática do Estado. Mandatários populares, com responsabilidade política perante o povo, perdem o controle sobre as decisões políticas que entendem por bem ser tomadas em cumprimento de seus programas de Governos. Decisões políticas, que se destinem a assuntos que demandam conhecimentos técnicos, são condicionadas a estudos técnicos, cujas conclusões são decisivas tanto para cancelá-la quanto para revisá-la ou mesmo desfazê-la.

Assenta Paulo Otero (1992, p. 291) que a decisão superior a ser tomada pelos políticos depende em muito das informações que lhe são repassadas pelos servidores de formação técnica. Esses, a despeito de ocuparem posição hierárquica abaixo do tomador da decisão, por deterem, de fato, a *expertise* da matéria técnica a ser decidida, ficam sujeitos a um controle hierárquico muito limitado.

⁴⁴ Luis Carlos Bresser Pereira, em seu artigo “*Da administração pública burocrática à gerencial*, p. 236-270”, In: BRESSER PEREIRA, Luis Carlos e SPINK, Peter (orgs). Reforma do Estado e administração pública gerencial, 7 ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2005, examina a formação da burocracia, em substituição à administração patrimonialista. Em suas palavras: “A administração pública burocrática foi adotada em substituição à administração patrimonialista, que definiu as monarquias absolutas e na qual o patrimônio público e o privado eram confundidos. Nesse tipo de administração, o Estado era entendido como propriedade do rei. O nepotismo e o empreguismo, senão a corrupção, eram a norma. [...] Tornou-se assim necessário desenvolver um tipo de administração que partisse não só da clara distinção entre o público e o privado, mas também da separação entre o político e o administrador. Surgiu então, a administração burocrática moderna, racional-legal”.

Agora, o problema enfrentado por mandatários políticos, investidos em mandatos populares ou cargos estratégicos, como chefes dos órgãos públicos superiores, não é mais apenas controlar os ímpetos do partido ou coalizão partidária que o sustenta, e que cobram apropriação de cargos públicos por correligionários, invariavelmente, sem imparcialidade e formação técnica adequada, em troca de apoio político que sustente interesses do Governo no parlamento. O problema ganha outro contorno. Sem esquecer-se da questão acima mencionada, o desafio é como impedir que mandatários políticos, democraticamente eleitos, tornem-se reféns da tecnoburocracia. Há aqui um conflito entre o aspecto democrático da administração pública, associado à legitimidade política do Governo democraticamente eleito, de poder realizar seus programas políticos, prometidos em disputa eleitoral, e o componente técnico, que organiza e dirige a execução dos serviços públicos, sem os quais as diretrizes políticas não são implementadas.

É necessário encontrar um ponto de equilíbrio entre a legitimidade política e soluções tecnoburocráticas para a ação administrativa. Sabemos que a investidura por eleições e nomeações por critérios políticos, em cargos do ápice da administração pública, não é, como regra geral, acompanhada por um exame da capacidade técnica para enfrentamento da temática que se põe diante da responsabilidade do cargo. São comuns nomeações realizadas pelo grupo político que se fez Governo, movida a título de premiação pelo apoio recebido de correligionários. Mesmo que não seja mera recompensa política, as nomeações podem ser movidas por imperativo de alinhamento ideológico a legítimos projetos políticos de reforma da sociedade. Entretanto, num caso ou noutro, a exigência de eficiência para a satisfatória prestação de serviços públicos cobra a presença da qualificação técnica antes e depois da decisão, alcançando a fase de execução decisória. Ou seja, a tecnoburocracia é convocada a participar das decisões, pois a permanência dela no quadro da administração a faz ser detentora do arsenal de recursos humanos e operacionais e de conhecimentos técnicos sem os quais não se impulsiona a ação da administração pública.

Particularmente, para fins de solução do conflito entre legitimidade política e técnica burocrática, entende-se que o mais correto seja um compartilhamento de informações, com transparência e boa-fé, entre a estrutura político-partidária e a organização burocrática presente na administração pública. Também não se propugna por uma subserviência política da burocracia, levando à politização da

administração. A burocracia, em última instância, deve estar republicaneamente alinhada à realização efetiva do interesse público que lhe cabe zelar, ou seja, orientada ao cumprimento de seus deveres definidos pela ordem jurídico-constitucional e pela legislação que rege o exercício de suas funções⁴⁵.

A transparência no manejo das informações tem o efeito positivo de harmonizar a atuação política e técnica do Governo. As decisões políticas serão tomadas com maior acerto, ou mesmo não tomadas, se subsidiadas com informações técnicas transmitidas com boa-fé pelo quadro tecnocrático. Por outro prisma, com transparência, e uso de linguagem acessível e compreensível, é possível imprimir confiança a setores políticos do Governo e mesmo à sociedade de que as informações e estudos técnicos não estão sendo manipulados pela burocracia. Quer-se evitar que a tecnoburocracia utilize desvirtuadamente informações para perseguir ocultamente objetivos contrários a legítimas orientações de Governo, alinhada à realização do interesse público, delimitado em lei.

O controle da informação pela tecnoburocracia deve ser realizado com transparência e parcimônia, porque dela depende o Governo para realizar a articulação política com o poder legislativo e facilitar o convencimento do apoio político para converter em ações de Governo suas promessas de campanha. Note-se que a transparência das informações contribui para maior governança da Administração, no sentido de atendimento “aos pré-requisitos técnicos de gestão que assegure a eficiência e a democratização das políticas públicas”. (BENTO, 2003, p. 85).

Ademais, a partilha de informações entre políticos e técnicos é necessária até porque, em última instância, é o chefe do Governo quem tem a responsabilidade política de prestar contas perante a sociedade em eleições, ou, indiretamente, perante o Poder Legislativo federal, estadual e municipal, a quem cabe julgar suas contas, avaliando a macrogestão do Governo e o cumprimento dos objetivos político e orçamentariamente traçados⁴⁶.

⁴⁵ A respeito da politização da administração, assinala Paulo Otero que “a distribuição partidária de cargos na Administração assegura o controle político das decisões administrativas, mas dificilmente assegura a obediência interna às mesmas. Com efeito, uma excessiva politização partidária do aparelho administrativo pode conduzir a tensões internas do funcionamento dos serviços e a um afrouxamento dos deveres hierárquicos dos funcionários de carreira. A inércia ou a lentidão dos serviços no cumprimento das ordens pode dissimular um desacordo político com as mesmas. In: *Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa*. Coimbra editorial: Coimbra, Portugal, 1992, p. 280-281).

⁴⁶ No sistema constitucional brasileiro, conforme previsto no inciso IX art. 49 da CRFB, cabe exclusivamente ao Congresso Nacional “julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos

A concentração de informações, e, por conseguinte, das decisões, nas mãos da tecnoburocracia, golpeia a legitimidade democrática da Administração não somente pela potencialidade de conspirar contra a orientação política do Governo democraticamente eleito, que dispõe de legitimidade para implantar seu programa de Governo. De uma forma até mais contundente, a concentração burocrática das informações é empecilho à participação democrática na Administração e à aproximação da população dos serviços públicos.

Absorvida sobre cálculos e informações técnicas, distante da realidade social em que as políticas públicas, efetivamente, serão implementadas e o gasto público realizado, a tecnoburocracia, muitas vezes, é insensível aos reclamos da sociedade. O monopólio da informação impede a formação da opinião da população sobre a construção das políticas públicas possíveis de serem realizadas em sintonia com carências e prioridades da sociedade, representando grave ameaça à democratização do exercício do poder político, à transparência e à efetividade das políticas públicas. Habermas (2011, v.2, p. 44), com respaldo em Robert Dahl, alerta que a dificuldade no avanço da democracia está no paternalismo tecnocrático, que nutre o acesso privilegiado às fontes de informação, exercendo uma dominação sobre o público de cidadãos, que não dispõem de acesso as mesmas informações.

A tecnoburocracia está distante dos reais problemas com que a baixa burocracia se depara em sua linha de contato com as demandas que os cidadãos aportam nos balcões e *guichês* das repartições públicas. Assim, a comunicação entre sociedade e *staff* governamental é embarreirada por sucessivos estamentos burocráticos que afastam o diálogo e audiência a reivindicações, requerimentos e críticas da sociedade ao Estado.

Decisões tomadas em níveis superiores da Administração não conseguem dar respostas adequadas aos problemas reais e concretos do destinatário da ação governamental, ficando desguarnecidas as necessidades sociais que os serviços públicos não conseguem suprir.

Historicamente, a burocracia brasileira construiu a visão de que o povo era um público a ser dirigido pelo Governo. Isso se deve ao fato de a burocracia ter sido a grande responsável pela profissionalização do serviço público e ter elaborado o planejamento, direção e execução do processo de estruturação da fase

interventora do Estado brasileiro. Nesse contexto, ela foi a responsável pelo desenvolvimento de políticas de proteção trabalhista e de seguridade social, construção da indústria de base, e, na fase seguinte, pelo desenvolvimento do parque industrial, da infraestrutura nacional, lideradas diretamente pelo Estado brasileiro, sobretudo por suas empresas, além de cuidar da regulação da economia.

Nesta ótica, o indivíduo sempre foi visto como um cliente da burocracia, essa é a responsável por organizar a vida social e garantir bem-estar. Assim, a burocracia, com uma postura autorreferente, se via como a competente guia de condução da vida social, responsável por prover trabalho, serviços públicos básicos (saúde, educação, seguridade social, segurança pública) e produção de bens e serviços (energia, telecomunicações, etc), sem a participação da população.

Ressalte-se que a ascensão do protagonismo administrativo da tecnocracia brasileira se fez num ambiente político autoritário, com períodos de ditadura (a do Estado Novo, entre 1930 e 1945, e a Militar, entre 1964-1985) intercalados por Governos populistas e de frágil estabilidade democrática. Nesse ambiente, havia estreito espaço para audição da sociedade e muito menos sua mobilização na construção de programas de Governo, políticas públicas e concretização de direitos sociais e culturais⁴⁷. Tudo isso era imposto de cima para baixo, ou seja, partindo do Estado sobre a sociedade, de forma unilateral e impositiva, sem diálogo, de forma homogeneizadora, sem reconhecer a pluralidade humana. Desenvolveu-se uma arrogância na tecnoburocracia⁴⁸, que confiante em sua capacidade gerencial, não apostava na capacidade da sociedade, autonomamente, criar as condições de vida que pudessem acomodar os múltiplos

⁴⁷Vale a pena conferir a construção de Ana Maria Campos: “[...] em Governos autoritários, a sabedoria popular tem sido subestimada pela arrogância perceptiva dos tecnocratas, que se dão o direito de identificar as necessidades, de atribuir prioridades nacionais, de desenvolver alternativas e de fazer escolhas políticas, em perfeito isolamento em relação às clientelas. Os programas de assistência à pobreza, por exemplo, são identificados por técnicos com referencial de classe média, sem qualquer insumo dos pobres”. (CAMPOS, Ana Maria. *Accountability: quando poderemos traduzi-la para o português?* Revista de Administração Pública. Vol. 24, n. 2, p. 30-50, fev./abr. 1990).

⁴⁸ Sobre a prepotência burocrática mais uma vez é incisivo o texto de CAMPOS, 1990, p. 30-50: “Os tecnocratas acreditam firmemente que não erram; se erram, nunca ficam sabendo, porque se protegem da avaliação de estranhos. Os mecanismos de controles internos à burocracia não consideram o resultado ou impacto dos programas. Em que pese a suspeita de baixo nível de eficiência e eficácia - para nem mencionarmos efetividade - a ação do Governo tende a ocorrer sem qualquer controle. Tal tendência persistirá enquanto não ocorrer a mobilização política. A opinião do público-alvo, assim como sua participação no processo, é vista como inútil ou ameaçadora da eficiência. Assim, a burocracia pública no Brasil opera sob um nível mínimo de pressão das clientelas, concebidas como objetos do Governo e subordinadas às organizações públicas. Muito poucos são os que têm seus interesses representados nos órgãos do Governo (os economicamente mais fortes). De modo geral, os grupos sem poder (as classes média e baixa) não têm acesso nem à tomada de decisões, nem participam da avaliação de uma organização pública. Porque as clientelas são vistas como tuteladas, os serviços públicos são prestados como se fossem caridade pública. Em muitos casos, os próprios clientes encaram esses serviços como dádivas e se sentem na obrigação de retribuí-los”.

grupos sociais com identidades próprias e formas de vida diferentes. A padronização do planejamento tecnoburocrático das políticas públicas gerou crise no Estado social. As políticas públicas eram as mesmas para sociedades diferentes, que não podiam ser igualmente tratadas, o que exigiu revisão das práticas burocráticas de administração. Passa a ser imprescindível, para o eficaz enfrentamento de demandas provenientes de sociedade complexas e plurais, a democratização da administração, pelo acesso à informação e participação dos cidadãos na construção de decisões que afetem suas vidas.

Onofre Batista Júnior (2012, p. 202) bem compreende que é um imperativo de eficiência, no sentido de atendimento das necessidades sociais, a democratização da administração, com a aproximação da gestão dos serviços públicos da população. Referido autor argumenta que a partilha de informações entre gestores do serviço público e usuários produz maiores chances de acerto da decisão. A multivariabilidade de demandas em sociedades plurais recomenda a participação dos destinatários da decisão a ser tomada, por cujo meio se aprimora a ponderação necessária para, do modo mais eficaz possível, atender aos interesses simultaneamente interligados e confrontantes⁴⁹.

O hermetismo da informação é uma forma de aumentar o autoritarismo do Estado em sua relação com a sociedade, pois, como bem percebeu Ana Maria Campos (1990, p. 30-50), “a burocracia que só sujeita a seus próprios controles a torna insensível ao público e surda em relação às necessidades e aos direitos do povo”.

Na hipótese de se obter acesso à informação armazenada no e pelo Estado, não garante que o acesso material à informação habilitará o cidadão a conhecê-la e a travar debate com a Administração, por meio da participação na elaboração das decisões e programas estatais que afetem a sua vida. A captura da informação pelo poder tecnoburocrático continua a blindá-lo ao debate público, pelo

⁴⁹ A desburocratização da administração, no sentido de aproximar a gestão dos serviços públicos da população é bem assimilada na seguinte passagem de Onofre Alves Batista Júnior: “A propósito, quanto maior a separação entre formulação das diretrizes e políticas de execução das mesmas, mais aquele que executa desconhece o que se pretende, e mais os que as elaboram perdem o conhecimento dos verdadeiros problemas cotidianos de quem executa; insurge-se, assim, pelos dois flancos, contra a eficiência da atuação da Administração Pública. Desta forma, em uma intrincada equação, em nome da eficiência jurídica, a desburocratização pressupõe que o poder decisório deva se aproximar dos destinatários da atuação pública, sem se retirar dos órgãos centrais a coordenação e fixação das diretrizes maiores. De fato, não faz mais qualquer sentido imaginar-se que a ponderação dos vários interesses públicos intervenientes, no caso concreto, a ser efetuada pela administração pública, possa se dar, abstratamente, por poucos sujeitos, ao nível das decisões dos vértices, mas esta ocorre e deve ocorrer, verdadeiramente, no nível da gestão concreta e cotidiana da atuação administrativa, orientada, sobretudo, pelo conteúdo emoldurado pela Constituição”. (BATISTA JUNIOR, 2012, p. 203).

uso de linguagem extremamente técnica, muitas vezes, divulgada em relatórios técnicos obscuros, ou em fórmulas numéricas e balanços contábeis, que mais escondem do que demonstram prestações de contas e informações, e, por isso, não são assimiláveis pelo público leigo interessado. A dificuldade de comunicação com o cidadão é uma estratégia para impossibilitar não somente a participação na prestação dos serviços públicos, mas também o controle social sobre a atividade administrativa. Sem a compreensão da informação, não há argumentos; sem argumentos, não se faz debate; sem debate, a participação e o controle social são frágeis.

A informação guardada pelo Estado como segredo ou revelada de forma incomunicável e ininteligível é grave investida contra a democracia participativa. Isso revela que a Administração Pública ainda identifica o destinatário dos serviços públicos como seu cliente, que apenas escolhe os produtos oferecidos a serem consumidos. Ele ainda não é visto como cidadão, que quer debater com a administração sua participação ativa na organização administrativa e na execução das políticas necessárias à concretização de direitos fundamentais, e que, para isso, necessita de compartilhar a informação produzida e depositada pelo Estado⁵⁰.

Concentração e manipulação da informação pela burocracia ainda implicam fonte de descontrole na Administração Pública e oportunidade para ineficiência e corrupção. Sem informação sobre o comportamento da arrecadação das receitas públicas, o custo dos serviços e obras públicas e os resultados obtidos com a despesa realizada, é muito remota a possibilidade de se verificar a eficácia da ação governamental, ou seja, a concretização dos resultados em vista dos quais se empregou os recursos públicos (dinheiro, pessoal e material).

Com escassez de informações não se sabe se o custo da aquisição de produtos foi compatível com o mercado. Não se sabe se o produto adquirido realmente era necessário, se foi empregado na finalidade correta, na quantidade adequada, e se ele era prioridade a ser atendida em vista de diversas outras demandas a serem supridas na localidade em que se realizou determinada despesa

⁵⁰ A respeito da ótica que o Estado ainda tem da cidadania, sustenta Leonardo Valles Bento: É preciso pois, desconstruir as rotinas padronizadas e massificadas de atendimento, de definição e distribuição de bens e serviços, enfatizando a ampliação das margens de escolha dos beneficiados e uma maior democratização, isto é, visualizando o destinatário dos programas sociais não apenas como clientes do sistema, mas como cidadãos, isto é, não apenas reivindicando serviços ou controlando a qualidade da prestação, mas participando diretamente, através de formas autogestionárias de efetivação de direitos sociais fundamentais a partir das próprias organizações comunitárias de âmbito local. (BENTO, Leonardo Valles. *Governança e governabilidade na reforma do Estado: entre eficiência e democratização*. Barueri, SP: Manole, 2003, p. 68).

pública. Sem informações, também não se sabe da efetividade da ação administrativa, ou seja, se ela supriu a necessidade pública que a justificou a realização da despesa pública.

A assimetria informacional entre a Administração e cidadão e órgãos internos e externos oficiais de controle ainda facilita a corrupção. A carência de compreensão de informações ou mesmo a ausência de acessibilidade aos dados impede avaliar se houve a realização de despesas com práticas de sobrepreço, ou aquisição de bens e serviços com avarias ou adquiridas aquém do nível de qualidade aceitável. Isso também dificulta apurar excesso de consumo de determinados bens e serviços, despesas realizadas em desconformidade a lei e à dotações orçamentárias, por cujo meio se identifica sinais de desplanejamento da ação governamental, bem como certificação se de fato houve a contraprestação da despesa pública em fornecimento de bens, prestação de serviços e realização de obras.

Com falta de informações, a sociedade fica sem o mapeamento do orçamento público. Não tem condições de conhecer em quais finalidades se alocou o conjunto dos recursos e em qual dimensão do orçamento foi reservada a realização de uma determinada despesa pública.

Enfim, a blindagem à informação sobre as atividades desempenhadas pela burocracia, dos menores aos maiores escalões hierárquicos, pode ser interessante a ela. É um expediente para gerar imunidade a controles sociais ou a controle estatais internos e externos, tendentes a verificar se a função administrativa exerceu suas atribuições em proveito de interesses privados, preterindo o dever de realizar o interesse público. A apropriação burocrática da informação constitui um segredo e torna-se “uma barreira a um controle efetivo da sociedade em geral e dos governantes em particular sobre a burocracia, fato que oculta uma luta constante para preservar polos de poder”, conforme reflexão de Oscar Sanches (2003, p. 89-120).

A captura burocrática da informação – funcionando como encobrimento de condutas que podem ser ineptas e corruptas – reaviva males da confusão do patrimônio público com o privado, típicos do negativo comportamento administrativo denominado patrimonialista, contra o qual se concebeu a institucionalização da administração burocrática, baseada no mérito profissional, na racionalidade, imparcialidade, hierarquia e especialização de funções. O patrimonialismo, contra o

qual se insurgiu a burocracia, adquire um roupagem contemporânea, ironicamente encapada pela burocracia: referimo-nos à apropriação do Estado pela burocracia, assemelhada a uma burocratização privatista do domínio público estatal.

Este cenário deixa evidente o quanto a manipulação da informação pela tecnoburocracia compromete a democratização da administração por dificultar a participação do cidadão na construção das ações governamentais e o controle social da gestão pública e atos decisório praticados.

Dessa forma, o poder tecnocrático elitiza o acesso à informação a segmentos mais esclarecidos da sociedade. E ainda faz seletiva a divulgação da informação, na medida em que deslealmente é capaz de maquiar e escolher o conteúdo da informação que será divulgada. Assim acontece porque em um Estado dirigido por informações técnicas, cujo tratamento e manuseio impacta a atividade econômica e todos os poderosos interesses que a pressionam, a partilha da informação representa partilha do poder, e oportunidade de expô-lo ao controle da opinião pública.

Assoma-se a tudo isso que na sociedade capitalista moderna da era da comunicação a difusão da informação, como qualquer mercadoria, é vendida pelas agências dos grandes grupos de comunicação em massa, que se fidelizam a Governos e segmentos econômicos poderosos na divulgação de informações de acordo com o conteúdo encomendado pelo comprador.

Assim, a tecnoburocracia também se serve da grande imprensa para abastecer a massa de cidadãos com notícias cujos rótulos, aparentemente verdadeiros, disfarçam o falso conteúdo da informação veiculada⁵¹.

⁵¹ Há emblemático exemplo de deturpação de informações governamentais veiculadas na imprensa, relatado por delegados de polícia e pelo sindicato dos policiais civis do Estado de Minas Gerais. Setores da polícia relatam que a pretexto de se divulgar a redução dos índices de criminalidades no Estado de Minas Gerais, praticou-se a deliberada alteração no enquadramento de crimes, por ocasião da lavratura de boletins de ocorrência. Crimes graves praticados eram registrados como delitos de menor gravidade, como forma de se dizer que houve redução nas estatísticas de crimes. Assim, roubos à mão armada eram sistematicamente registrados como extorsão, tentativas de homicídio como lesão corporal, entre outras alterações de ocorrências criminosas. As informações sobre este público episódio de alterações de informações divulgadas pelo Estado pode ser encontrada em <http://www.viomundo.com.br/denuncias/delegado-mineiro-denuncia-maquagem-de-estatisticas.html>.

7 A FORÇA NORMATIVA DA DEMOCRACIA

7.1 O princípio democrático como vértice do sistema constitucional

A CRFB, em seu artigo 1º, institui o Estado Democrático de Direito. Logo, o Estado brasileiro pós-1988 e a ordem social passam a ter como vértice de orientação a democracia, identificada como princípio normativo com força vinculante. Pode-se dizer que o primeiro compromisso da Constituição brasileira é a realização da democracia como fator de legitimação da normatização do direito e de organização do exercício do poder e de direção da sociedade.

Por imperativo constitucional, a democracia deixa de ser apenas princípio que fundamenta método de escolha de governantes. O princípio democrático adquire central importância no sistema constitucional: é o fundamento último da estrutura e funcionamento do Estado e da sociedade. Ele está no ápice dos princípios estruturantes do regime político, da ordem jurídica e da vida social⁵². Integra a ordem jurídica constitucional e “constitui importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo” (CANOTILHO, 1993, p.171).

A democracia, como superior princípio positivado pela Constituição, constitui diretrizes e balizas, de caráter amplo e de conteúdo indeterminado – porém determinável, à luz de situações concretas – que orientam a interpretação de relações e institutos jurídicos em qualquer situação com que se deparem legisladores, aplicadores oficiais do direito e cidadãos⁵³.

⁵² A propósito da dimensão holística do princípio democrático sobre os domínios do Estado e da sociedade, assenta Gomes Canotilho que “o princípio democrático, constitucionalmente consagrado, é mais do que um método ou técnica de os governados escolherem os governantes. Como princípio normativo, considerado nos seus vários aspectos políticos, económicos, sociais e culturais, ele aspira a tornar-se impulso dirigente de uma sociedade”. (CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional*, Coimbra: Almedina, 6 ed. 1993, p. 415). Com a mesma visão Diogo de Figueiredo Moreira Neto também assentou que a democracia deve ser entendida enquanto realização de valores de convivência, e não apenas, como a mera técnica formal de sufrágio popular destinada à escolha de governantes. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência e resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 101).

⁵³ Acerca da superioridade do princípio democrático entre os valores constitucionais, discorre Luis Roberto Barroso: “[...] ao menos idealmente, a Democracia, a República e a Federação constituem, de longa data, o trinômio essencial do Estado brasileiro. É natural que esses princípios fundamentais, notadamente os que foram objeto de distinção especial no §4º do art. 60, sejam os grandes vetores interpretativos do Texto Constitucional. Porque assim é, deve-se reconhecer a existência, no Texto Constitucional, de uma hierarquia axiológica, resultado da ordenação de valores constitucionais, a ser utilizada sempre que se constatarem tensões que envolvam duas regras entre si, uma regra e um princípio ou dois princípios. (BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 209).

Na expressão de Carlos Ayres Britto (2003, p.182), a democracia é “o princípio dos princípios”, “a justificativa material de quase todos os demais valores” da Constituição. É dizer: ela é sobranceiro vetor normativo que permanentemente irradia efeitos jurídicos sobre a interpretação de todas as outras normas da ordem constitucional. E todas as outras normas constitucionais retiram fundamento de validade do princípio democrático e devem se comprometer, dentro de seu raio temático de incidência, a concretizar o valor democrático.

Sob o influxo do princípio democrático, a ordem jurídica deve se orientar por uma vertente popular, que produza um movimento ascendente do poder, pelo qual o “povo passa a eleger seus governantes, a partilhar com eles o exercício do poder de criar o direito e a acompanhar, criticamente, o modo de execução desse mesmo direito” (BRITTO, 2003, p.184).

A força normativa da Constituição imprime à democracia a natureza de um direito dos cidadãos de participarem do exercício do poder público, não somente pela via representativa, mas ativamente, exercendo influência direta na produção dos atos estatais, envolvendo o exercício do poder político por diálogos que o faça reportável à vontade popular.

No Estado Democrático de Direito, assinala Maria Tereza Dias (2003, p. 153) que a soberania popular impõe a participação efetiva não somente por ocasião da formação de instituições representativas, mas também adesão da vontade popular na formação da vontade estatal.

Paulo Bonavides (2007, p. 571) inclui a democracia, juntamente com o acesso à informação e o pluralismo, entre os direitos de quarta geração, em direção a uma democracia direta, “materialmente possível graças aos avanços da tecnologia da comunicação, e legitimamente sustentável graças à informação correta e às aberturas pluralistas da sociedade”.

7.2 Breves linhas sobre a dicotomia entre regras e princípios

Sabe-se que princípios e regras são espécies distintas de normas. Sem descer a detalhes, que escapam aos objetivos do trabalho, assinala-se que regras destinam-se à solução definitiva de situações concretas e específicas. Elas dispõem

de um conteúdo pré-determinado⁵⁴, estando aptas a serem aplicadas diretamente a situações de fato razoavelmente demarcadas. Há uma zona ampliada de certeza das situações hipotéticas que fazem incidir o comando das regras (DUARTE, 1996, p. 272).

Logo, são aplicadas à maneira de tudo ou nada (*all or nothing*). Se a regra é válida, a solução que ela aponta deve ser aceita e ela se aplicará. Se não é válida, em nada contribui para a decisão e ela não se aplicará (DWORKIN, 1999, p. 36).

Em caso de conflito, normas antinômicas não convivem. Uma delas cederá à validade de outra, e será excluída, a menos que haja uma regra de exceção que exclua a antinomia. Assim, adverte Canotilho (1993, p. 168) que é insustentável a validade simultânea de regras contraditórias. (v.g, a norma “x” manda fazer algo e a norma “w” determina não fazer o que a norma “x” obriga a fazer).

Na perspectiva pós-positivista de aplicação do direito, que reclama por uma reaproximação do direito aos valores éticos comungados pela sociedade no momento histórico vivido, os princípios, conforme assenta Humberto Ávila (2011, p. 77),[...] estabelecem diretrizes valorativas a serem atingidas, sem descrever, de antemão, qual o comportamento adequado a essa realização.” O referido autor (2007, p. 06) diz dos princípios que “[...] servem de fundamento para interpretação e aplicação do Direito. Deles decorrem, direta ou indiretamente, normas de conduta ou instituição de valores e fins para a interpretação e aplicação do Direito”.

A função normogénica (expressão de Canotilho) dos princípios, relacionada ao fundamento das regras jurídicas, tem uma dimensão positiva e negativa, conforme bem assentado por Onofre Batista (2012, p.87-88).

Na dimensão positiva, referido autor sustenta que os princípios são as diretrizes que orientam a criação e execução do direito, fazendo das regras jurídicas aplicação dos princípios. A dimensão negativa significa a rejeição de normas que contrarie os princípios, por serem incompatíveis com suas diretrizes vinculantes.

Em virtude de sua carga deontológica, os princípios “são mandamentos de otimização”, abarcando também permissões e proibições (ALEXY, 2012, p. 90), que impõe a adoção de medidas necessárias à realização de um determinado

⁵⁴ Canotilho aduz que as “[...] regras possuem uma abstração relativamente reduzida”, (CANOTILHO, 1993, p. 166). Por sua vez, Paulo Otero afirma que “[...] as regras surgem como normas dotadas de um detalhe muito superior aos princípios, prescrevendo imperativamente uma exigência que só poderá ser cumprida ou violada”, (OTERO, 2011, p. 165).

estado de coisas. Eles devem impulsionar comportamentos e interpretações à realização dos fins que almejam, no maior grau possível, “dentro das possibilidades fáticas e jurídicas de sua realização” (ALEXY, 2012, p. 95).

Entretanto, não há um percurso único e pré-definido para a ultimação dos fins apontados pelos princípios. Por estabelecerem orientações gerais, que condensam valores com alta carga de moralidade, projetando opções políticas de sociedade abertas e plurais, os princípios convivem numa latente situação de tensão entre si, ou seja, podem, circunstancialmente, entrar em oposição e contradição.

Daí se diz que os princípios não dispõem de um raio de ação exclusivista, pois a incidência de seus efeitos ocorrerá sempre em relação a outros princípios, exigindo do aplicador que harmonize a relação entre eles. Esta harmonização ocorrerá por meio da ponderação ou sopesamento de valores e interesses (ALEXY, 2012, *passim*), conforme o peso que o aplicador, diante da situação concreta, irá imprimir a cada um dos princípios que se entrecruzam, sem que a prevalência daquele de maior peso aniquile o de menor peso.

O peso não é um atributo que o princípio, abstratamente, carrega consigo, mas é a força com que ele incide conforme o grau que o intérprete entende seja necessário para a realização de seu fim, diante de uma situação concreta (ÁVILA, 2011, p. 59)⁵⁵.

Assim, o peso dos princípios é algo relativo. O mesmo princípio, cujo peso predominou diante de princípio contraposto, em outra situação concreta, em face do mesmo conflito, por vir a receber menos peso pelo hermenêuta, pode sujeitar-se ao outro princípio que o contrapõe.

Ocorre que a ponderação é uma característica circunstancial dos princípios (ÁVILA, 2011, p.124), que nem sempre estão numa situação concorrencial, de exposição a conflitos. Há princípios que são permanentes parâmetros de aplicação normativa, pois são estruturantes do modo de atuação do Estado, como o princípio democrático, federativo e separação de poderes. Eles não

⁵⁵ Transcrevemos aqui reflexão de Humberto Ávila sobre a atribuição de peso aos princípios: “A dimensão de peso não é algo que já esteja incorporada a um tipo de norma. As normas não regulam sua própria aplicação. Não, são, pois, os princípios que possuem uma dimensão de peso: às razões e aos fins aos quais eles fazem referência é que deve ser atribuída uma dimensão de importância. A maioria dos princípios nada diz sobre o peso das razões. É a decisão que atribui aos princípios um peso em função das circunstâncias do caso concreto. A citada dimensão de peso (*dimension of weight*) não é, então, atributo abstrato dos princípios, mas qualidade das razões e dos fins a que eles fazem referência, cuja importância concreta é atribuída pelo aplicador. Vale dizer, a dimensão de peso não é um atributo empírico dos princípios, justificador de uma diferença lógica relativamente às regras, mas resultado de juízo valorativo do aplicador”. (Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.59).

podem ser afastados e devem ser observados sempre. Assim, conclui Ávila (2011, p. 130) que “Princípios não são necessariamente meras razões ou simples argumentos afastáveis, mas também estruturas e condições inafastáveis”

Ver-se-á, no capítulo 11, que o princípio da publicidade serpenteia por entre outros princípios constitucionais, da mesma hierarquia, conformando a aplicação deles, diante do caso concreto. É claro que outros princípios, como a moralidade e a impessoalidade também emprestam significado à aplicação do princípio da publicidade, mas jamais restringem ou eliminam seus efeitos; ao contrário, há uma complementariedade entre eles, que, reciprocamente, revigoram suas forças normativas.

7.3 Uma proposta de concretização do princípio democrático

Em virtude da generalidade de que se revestem seus preceitos de elevado conteúdo moral, os princípios (normas constitucionais) demandam concretização e densificação por um processo hermenêutico que vise à realização de seus fins. Os princípios “[...] não enumeram exhaustivamente os fatos em presença dos quais produzem a consequência jurídica”. (ÁVILA, 2011, p. 127).

A concretização é trabalho técnico em que se busca densificar, ou seja, preencher o conteúdo de um preceito constitucional e delimitar seu raio normativo, visando a sua aplicação a um caso concreto (CANOTILHO, 1993, p.203).

Para a especificação dos fins dos princípios, afirma Humberto Ávila (2011, p. 92) que é importante estabelecer correlações entre os princípios com diversos graus de densidade, partindo das normas constitucionais, de modo a estabelecer uma cadeia de fundamentação, que significa um diálogo entre os princípios.

Sabendo que a Constituição é um sistema aberto de regras e princípios com diferentes graus de concretização, devemos conhecer a aplicação do princípio, na situação concreta que se interessa, partindo dos princípios mais gerais (estruturantes), passando por seus subprincípios, “que densificam os princípios estruturantes, iluminando o seu sentido jurídico-constitucional e político-constitucional” (CANOTILHO, 1993, p. 181). Pode ainda o processo de densificação principiológico alcançar regras constitucionais e infraconstitucionais.

Com relação ao princípio democrático, vários caminhos de densificação – devido ao seu generalíssimo conteúdo – podem ser perseguidos, conforme a situação em que se busca concretizá-lo.

De todo modo, o princípio democrático tem permanente projeção sobre qualquer interpretação na aplicação do direito, em situações da vida social e da atividade governamental. Ele é a própria razão fundante do Estado brasileiro. E assim o é porque ele é o paradigma, ou seja, as balizas mestras com base nas quais nasceu e se desenvolve a legitimidade da ordem jurídico-constitucional em permanente aplicação.

Até a condição de hermeneuta do direito sofre o influxo normativo do princípio democrático, que não quer vê-lo reduzido aos intérpretes oficiais do direito (legisladores, administradores, juízes, corpo de servidores do Estado). Devem ser incluídos como hermeneutas todos os cidadãos da comunidade política, especialmente quando se apresentem possivelmente afetados por alguma decisão estatal emanada não só do Poder Legislativo, mas de qualquer órgão do Estado⁵⁶. Na medida em que se ampliam os intérpretes da Constituição, sem reduzi-los a quem é formalmente competente para interpretá-la, constrói-se a sociedade política livre e aberta, em que os cidadãos participem, ativamente, do processo interpretativo da Constituição (HABERLE, 1997, p.39-40).

Reportando-se ao modelo discursivo-deliberativo, que ilumina nossa compreensão de democracia, afirma Habermas que (2011, v. 2, p. 320) “[...] é necessário atribuir a todos os atingidos igual direito à participação em processo coletivos de formação da vontade”. É que para Habermas (2011, v. 2, p. 190) o paradigma procedimental do Direito “[...] nutre a expectativa de poder influenciar não somente os especialistas que operam o direito, mas também todos os atingidos”.

A legitimidade de segmentos plurais da sociedade participarem da interpretação da Constituição, e por consequência, controlar a aplicação do direito realizada por órgãos estatais, reside em que o domínio da esfera pública, da vida social, faz parte da realidade constitucional. Por isso, pode o cidadão ser agente de

⁵⁶ Sobre o projeto habermasiano de socialização do direito, discorre Anderson Moraes: “A visão habermasiana promove a abertura do direito na medida em que a legalidade encontra sua legitimidade no possível assentimento de todos os afetados por ela, garantindo-se as condições procedimentais de manifestação, o direito deixa de ser campo de técnicos especialistas para ser campo de todos aqueles a quem ele se destina”. (MORAES, Anderson Júnio Leal. Audiência pública como instrumento de legitimação da jurisdição constitucional, 2011. 119f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, p. 25).

construção da realidade constitucional que reverbera em sua vida, em sinal de liberdade e emancipação ao homem. A publicidade da constituição e sua realidade democrática exigem a abertura de seu processo de interpretação. Nas palavras de Peter Habermas:

Uma Constituição, que estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a própria esfera pública (Öffentlichkeit), dispondo sobre a organização da própria sociedade e, diretamente, sobre setores da vida privada, não pode tratar as forças sociais e privadas como meros objetos. Ela deve integrá-los ativamente enquanto sujeitos (HABERMAS, 1997, p. 33).

O compromisso democrático é emancipar o homem rumo à construção de um Estado instituído e dirigido por normas jurídicas cujos valores e interesses são originados na colaboração hermenêutica da sociedade, em situações concretas do cotidiano de vidas de sociedades multiculturais. Do meio social migram ao Estado, a partir de redes de debates públicos, que tem a pretensão de exercer influência na esfera política institucionalizada, sem a ela substituir-se⁵⁷. Assim, o poder comunicativo (debate e participação social que exerce influência e pressão sobre o poder político) tem a expectativa de obter a produção do direito e de ações governamentais leais aos interesses do povo. É essa a dimensão de legitimidade exigida pelo Estado democrático.

O princípio democrático que fundamenta o Estado democrático, sobretudo na ótica discursiva, tem seu eixo na fixação das regras procedimentais (canais de argumentação e de participação) que vão disciplinar a formação discursiva (em debate) dos atos do Estado. O objetivo é que decisões oficiais (leis, atos administrativos e atos judiciais) sejam sensíveis à influência dos argumentos que se destacaram no debate que procedimentalmente enfeixou os interessados na justificação da decisão estatal. Tem-se a expectativa de se ver o Estado controlado por um debate público e democrático.

Enfim, o povo, detentor da soberania, tem o direito à democracia, o direito de participar e controlar o poder político e administrativo do Estado, exercido em seu

⁵⁷ A exigência do debate originado na participação popular em arenas marginais ao Estado como condição para legitimar as decisões do Estado é trabalhada por Habermas nesta passagem. "A ideia de democracia repousa, em última instância, no fato de que os processos políticos de formação da vontade, que no esquema aqui delineado têm um status periférico ou intermediário, devem ser decisivos para o desenvolvimento político. (...) quando nos servimos dessa ideia de democracia, descobrimos que as decisões impositivas, para serem legítimas, têm que ser reguladas por fluxos comunicacionais que partem da periferia e atravessam as comportas dos procedimentos próprios à democracia e ao Estado de direito, antes de passar pela porta de entrada do complexo parlamentar ou dos tribunais (e às vezes antes de voltar pelo caminho da administração implementadora)".(HABERMAS, 2011, p. 89)..

nome e custeado com recursos tributários amealhados do trabalho produtivo da sociedade.

O ponto de partida normativo dessa interpretação deliberativa de democracia, centralizada na autodeterminação dos homens, está no parágrafo único do art. 1º da CRFB, onde se encontra que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Por aí se vê que o princípio democrático imediatamente se apoia na soberania popular (fonte de qual emana o poder político) e na cidadania (impulso para exercer o poder), que, não por acaso, constituem fundamentos do Estado Democrático de Direito⁵⁸, previstos no art. 1º da CRFB, juntamente com os princípios da dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Em conformidade com a temática de nosso trabalho, a concretização do princípio democrático também cobra preenchimento pelo conteúdo do princípio da autodeterminação. Embora a CRFB em seu art. 4º, inciso III, o qualifique como princípio da atuação da República brasileira nas suas relações internacionais, a unidade da Constituição requer interpretá-la como sistema de normas em global interligação, de forma tal que uma norma não deve ser interpretada somente nos limites do contexto temático em que se encontra posicionada no texto constitucional. Na verdade, os princípios constitucionais têm abrangência holística, cobrem todo o texto constitucional e irradiam efeitos sobre todas as outras normas. Por isso, o princípio da autodeterminação não é restrito à ordem internacional. Pode e deve ser aplicado para orientar a aplicação do direito nacional, pois ostenta valores que concorrem para a efetivação da democracia. Aliás, seria extremamente incoerente e contraditório que a CRFB tivesse compromisso com a autodeterminação de povos estrangeiros sem que o tivesse com a nação brasileira.

Vale registrar que a interpretação do direito é dirigida por regra básica e fundamental segundo a qual é censurável que sua interpretação conduza a

⁵⁸ A sustentação da democracia na soberania popular e na cidadania tem o escólio de José Afonso da Silva, que, ao invés, de cidadania, usa o termo participação, que se entende ser expressão direta da cidadania. Segundo José Afonso da Silva, “A democracia em verdade, repousa sobre dois princípios fundamentais ou primários, que lhe dão essência conceitual: a) o da soberania popular, segundo o qual o povo é a única fonte do poder, que se exprime pela regra de que todo o poder emana do povo; b) a participação, direta ou indireta, do povo no poder, para que este seja efetiva expressão da vontade popular”. (SILVA, 2000, p. 135).

resultados inconcebíveis, devendo o direito ser interpretado de forma inteligente e coerente.

Por isso, é a autodeterminação núcleo valorativo que densifica o princípio democrático⁵⁹. Aquele princípio representa a possibilidade de o Estado respeitar a capacidade dos homens articularem entre si as razões que justifiquem as regras que querem para si, o que significa valoração do ideal democrático de aproximar os homens da produção e acompanhamento do direito que regula sua convivência e orienta a ação do Estado, que é inegavelmente concretizado pelo reconhecimento dos direitos de participação política. Em face da autodeterminação, o Estado deixa de ser o tradutor dos interesses do povo e tutor de suas condutas, e passa a trabalhar as condições procedimentais que permitam igualmente a todos se tornarem autodeterminados, e capazes de construir, com liberdade e responsabilidade, a sociedade que desejam, respeitadas as pluralidades de vidas modernas. A autodeterminação representa “a liberdade para buscar a natureza de nossas vidas, a oportunidade de buscar nossos objetivos, tudo aquilo que valorizamos”, em alusão a passagem de Amartya Sen (2011, p. 261-262). A autodeterminação também fundamenta o interesse e responsabilidade dos cidadãos em verificar se a realização da despesa pública está em conformidade a fins que eles reputam prioritários e necessários a realização dos interesses públicos mais relevantes da comunidade política em que vivem. Povos autodeterminados consentem com o controle realizado pelo Estado sobre suas vidas nos limites da lei, e, em contrapartida, controlam a atuação do Estado, com o fim de certificar a legitimidade de sua atuação, cumprindo o dever de permanente alinhamento a realização de interesses públicos definidos em lei.

No Estado democrático comprometido com a autodeterminação dos homens e legitimação do poder político, no sentido de refletir a atuação do Estado as expectativas da sociedade, o exercício do poder soberano popular também se manifesta na cidadania. Esta se expressa formalmente e informalmente em atitudes de participação que mobilizem a opinião pública direta e indiretamente a um discurso público envolvendo a formação da vontade estatal.

⁵⁹ Aduz Canotilho que as premissas antropológico-políticas da participação são conhecidas: o homem só se transforma em homem através da autodeterminação e a autodeterminação reside primariamente na participação política. (CANOTILHO, 1993, p. 416).

A CRFB estabelece, sem ordem de preferência, que a cidadania pode contribuir para a formação da vontade estatal diretamente ou indiretamente, mediante escolha dos representantes do povo.

Isso significa que pela CRFB o exercício do poder político pelos representantes ou diretamente pelo povo estão em mesmo nível e são provenientes da mesma fonte: a soberania popular. Não há, portanto, a ascendência constitucional da democracia indireta (representativa) sobre a democracia direta (participativa)⁶⁰. Juarez Freitas (2003, p. 170) afirma que a democracia direta e a democracia representativa “são duas faces do mesmo princípio”⁶¹.

A equiparação da democracia direta ou participativa à democracia indireta ou representativa é também apontada por Fabiana de Menezes Soares (1997, p.67) onde afirma a autora que “o conteúdo do conceito de democracia se assenta hodiernamente na soberania popular (poder emanado do povo) e na participação popular, no exercício do poder de forma direta e indireta; é o princípio participativo”.

Perpassa a ideia de participação popular nas funções estatais a concretização do princípio democrático, inclusive a de controle externo da Administração Pública, pois é manifestação do exercício de um poder congênito ao *status* de quem é cidadão.

A formatação jurídica do debate público como meio de controle do exercício do poder público – tema desta pesquisa – e que por essa razão norteará a escolha pela concretização do princípio democrático, pressupõe, para essa finalidade, o emprego tanto da democracia representativa quanto da participativa.

Já se argumentou no Capítulo 4 desse trabalho que a democracia representativa, isoladamente, já não consegue imprimir legitimidade ao exercício do poder público. Ela não é garantia de que interesses sociais estejam presentes na legislação e na ação administrativa do Estado. Daí porque a democratização da

⁶⁰ Diogo de Figueiredo Moreira Neto equipara a democracia com representação e democracia com participação a direitos de participação política, como se pode depreender da seguinte passagem: “entendemos aqui, por participação política, a atuação formal e informalmente admitida, dos indivíduos e dos grupos sociais secundários, na ação juspolítica. O importante, assim, é ter em mente que tanto a condução política da sociedade exercida pelo Estado, como a participação política de indivíduos e grupos, tem a mesma e única natureza jurídica fundamental: são, ambas, modo de exercício do poder”. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito de participação política: legislativa, administrativa, judicial (fundamento e técnicas constitucionais de legitimidade)*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 56).

⁶¹ Adverte Juarez Freitas que “[...] um dos mais fascinantes desafios dos juristas democratas, que não tentam reduzir (empalidecendo) a complexidade do sistema é fortalecer o princípio democrático, em sentido abrangente, com forte ênfase contemporânea `participação popular. A absolutização da dimensão representativa viola o princípio mesmo da democracia. De seu turno, a absolutização da faceta participativa representa idêntico equívoco”. (FREITAS, Juarez. *A democracia como princípio jurídico* p. 167-197. In: FERRAZ, Luciano e MOTTA, Fabrício. *Direito público moderno, homenagem especial ao professor Paulo Neves de Carvalho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003).

democracia tem a necessidade de maior envolvimento das ações e decisões do Estado por um debate público, com participação de pessoas interessadas no exercício e controle do Poder Público.

Assim, a introdução de práticas de democracia direta, que se traduzem em consultas aos cidadãos com efeito vinculantes, relativamente a alterações constitucionais, legislativas e em ações administrativas concretas é vista por Chevallier (2008, p. 230) não como iniciativa antinômica à representação política, mas como um complemento ao sistema representativo, servindo para corrigir suas insuficiências e defeitos⁶².

De acordo com a técnica de interpretação constitucional da máxima efetividade⁶³ das normas constitucionais, o sentido que maior efetividade se extrai do princípio democrático é explorar a democracia participativa, rumo à democratização da sociedade e do Estado por meio do debate e da participação proveniente de movimentos da sociedade civil, tornado realidade aquilo que normativamente é um projeto documentado na Constituição.

Tendo em vista que a unidade da Constituição é também um princípio de interpretação que aponta para sua visão global e sistêmica, depreende-se que a opção da densificação do conteúdo do princípio democrático pelas ideias-chaves de participação e debate público culmina pelo exame de um sistema unitário de normas constitucionais.

Sem descer aqui a maiores detalhes sobre a participação – que será abordado em etapas posteriores deste trabalho – por ora atem-se a apontar que a CRFB está repleta de normas que podem ser exploradas em direção à concretização do princípio democrático pelo canal da participação e do debate. Diante de situações concretas, a incidência dessas normas vincula, com força normativa, a organização do Estado a recepcionarem, com a maior efetividade possível, práticas discursivas e participativas originárias em núcleos da sociedade civil, que nutrem a expectativa de serem ouvidas e poderem exercer influência sobre

⁶² Embora se refira à Constituição portuguesa, entendemos pertinente também à configuração constitucional brasileira a seguinte reflexão de Canotilho, acerca da visão de integração entre a democracia representativa e a democracia participativa: “Entre o conceito de democracia reduzida a um processo de representação e o conceito de democracia como otimização de participação, a Lei Fundamental apostou num conceito “complexo-normativo”, traduzido numa relação dialética (mas também integradora) dos dois elementos – representativo e participativo.” (CANOTILHO, 1993, p. 416).

⁶³ Sobre o princípio hermenêutico ou instrumental de se buscar a máxima efetividade das normas constitucionais, descreve Luis Roberto Barroso: “A doutrina contemporânea refere-se à necessidade de se dar preferência, nos problemas constitucionais, aos pontos de vista que levem as normas a obter a máxima eficácia ante as circunstâncias de cada caso”. (BARROSO, 2009. p. 253).

instâncias deliberativas por meio da qual se fará a filtragem de opiniões que subsidiarão futuras ações e decisões públicas.

O sistema normativo constitucional brasileiro evidencia que a democracia direta, que “se caracteriza pela participação direta e pessoal da cidadania na formação dos atos de Governo”, consoante definição de José Afonso da Silva (2000: 145) está no âmago da concepção de Estado democrático, constituindo pressuposto para o exercício do poder que se intitule democrático.

Dessa forma, o exercício do poder, por qualquer das funções estatais, não se esgota na dimensão representativa, mas coexiste com a democracia direta, que se fundamentam na soberania popular, na cidadania, na dignidade humana, no pluralismo político e na autodeterminação dos homens (art. 1º, I e II e art. 4º, III, da CRFB).

À concretização do princípio democrático também concorre decisivamente o princípio da publicidade (art. 37 da CRFB), pois democracia e transparência são valores coexistentes, no sentido de que é publicamente, exposto à crítica, ao debate e à participação de interessados que se desenvolvem as práticas democráticas. A publicidade é condição para que se efetive a autonomia pública dos cidadãos e sua autodeterminação, mediante participação na produção e controle da execução do direito emanado dos órgãos do Estado. Daí porque a publicidade é ambiente natural de manifestação de democracia. Ausente uma, a outra não tardará a faltar.

Nesse sentido, legítimas reivindicações, demandas sociais e questionamentos provenientes de informais mobilizações da opinião pública avultam com maior força e consistência em Estados transparentes.

Somente em publicidade a cidadania e a autodeterminação dos homens desfrutam de ambiente adequado para que efetivamente se torne realidade o direito democrático de participação popular e debate nas organizações do Estado.

São multivariadas as normas constitucionais que iluminam a concretude da democracia na vida social e no poder público pela via do debate público.

Para não desviar do foco deste trabalho, limitar-se-á a demonstrar a confluência do princípio democrático com a participação e o debate em órgãos de controle representados pelos Tribunais de Contas. Isso se manifesta no art. 74, §2º da CRFB, segundo o qual “Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União”.

Esta abertura ao cidadão e a entidades fora da organização do Estado para denunciarem irregularidade e ilegalidades nos Tribunais de Contas – em tributo ao princípio democrático, fundamentado na cidadania – deve ser interpretado de forma a não reduzir o cidadão a mero informante e o órgão de controle a receptor de informações.

Agentes da sociedade civil devem ser percebidos pelas cortes de contas como potenciais ativos colaboradores no controle da gestão pública. Não devem ser vistos apenas como alimentantes de informações.

À sociedade, que é destinatária das ações de controle externo, devem ser abertos canais de participação, que permita sinergia entre o controle externo e controle social. Essa sinergia não deve ser vista como conveniência ou recomendação técnica, mas um imperativo normativo, fincado no dever das instituições públicas, dentro dos limites de suas possibilidades jurídicas, técnicas e materiais, darem a maior efetividade possível ao regime democrático de que se dizem defensores.

O estímulo à participação e ao controle social deve partir da iniciativa dos Tribunais de Contas. Na condição de órgãos protetores do erário público, estão a serviço da cidadania, que é, juridicamente, interessada direta em conhecer a situação das contas públicas e de como tem sido realizada a despesa pública. Dessa forma, é dever dos órgãos oficiais de controle envidar esforços no sentido de democratizar o debate público imprescindível ao aprimoramento do controle da legalidade, legitimidade, eficiência e economicidade nos gastos públicos. O fomento ao debate – como estratégia de fortalecimento do controle participativo sobre a administração pública – exige que o zelo pela transparência do poder público se inclua no escopo das ações de controle.

A promoção da transparência, e por via de consequência, do debate público e do controle social formam uma rede de controle. A exigência da transparência aos administradores, por si só, já é um sinal, se acatada, de autocontrole, pois a transparência efetiva inibe ilegalidades e irresponsabilidade no gasto de recursos públicos. E é também uma condição indispensável ao avanço do debate de temas de interesse público, inclusive daquele relativo ao controle social das contas públicas.

A eficiência da própria ação de controle pelo tribunal de contas, em virtude do repasse de informações oriundas do meio social, é incrementada com a

abertura à participação – conforme será oportunamente analisado em etapa posterior dessa pesquisa.

A interpretação da norma constitucional que prevê a possibilidade de qualquer cidadão apresentar denúncia nos Tribunais de Contas feita sob o influxo da força normativa dos princípios da democracia, da soberania popular, da cidadania, da autodeterminação dos homens, permite extrair maior efetividade no compromisso com a consolidação de um Estado democrático participativo. Dentro dessa visão sistêmica, é necessário explorar maiores potencialidades de contribuição da sociedade civil para o aprimoramento do controle externo oficial. Ver-se-á que canais de parceria entre órgãos oficiais de controle e sociedade civil, interligado ao esforço de controle da transparência, é solução para se promover debates mais qualificados na esfera pública, que aponta caminhos hermenêuticos comprometidos com o fortalecimento de valores democráticos no interior de órgãos de controle da administração pública.

8 A IDEIA DE DEMOCRACIA E A PUBLICIDADE DO ESTADO

8.1 O desenvolvimento da publicidade no Estado moderno

O Estado moderno surgiu sob a luz da publicidade, em que o poder passa a se expor ao conhecimento de um público, sobretudo a sociedade burguesa, interessada em controlar o Estado contra o abuso de poder que sempre cerceou sua liberdade⁶⁴. A publicidade ganha obrigatoriedade porque, por meio dela, o público burguês conhece os atos do Estado, sobretudo aqueles que regulamentam o uso da propriedade e a exploração da atividade comercial.

Por isso, o Direito foi – e ainda é – dependente de sua publicidade, compreendida como compromisso do Estado em dar conhecimento ao público do momento a partir do qual a lei começava a produzir efeitos e a interferir, com igualdade de tratamento, na esfera de liberdade dos cidadãos. É dizer: a publicidade afiançava ao mesmo tempo a igualdade formal dos homens perante a lei e a segurança jurídica, com a previsão e certeza do conteúdo normativo vigente.

A propriedade e o contrato, signos maior da manifestação e circulação da riqueza, dependiam da aplicação previsível e igualitária do Direito para imprimir estabilidade e confiança sem as quais não se desenvolvem os negócios mercantis. É por isso que da publicidade do direito decorre a ficção de que todos o conhecem e são por ele vinculados (GRAU, 2008, p. 103).⁶⁵

Essa ficção jurídica bem serve aos propósitos ideológicos do positivismo jurídico de assegurar os valores liberais-burgueses de afirmação do individualismo tão caro à hegemonia do sistema econômico apoiada na teoria do livre mercado. A

⁶⁴ Afirma Carmem Lúcia Antunes Rocha que a publicidade da Administração é, pois, característica histórica do Estado moderno, conquanto seja incontestável que, na Antiguidade, a ideia de República era concebida sob o influxo deste princípio. (ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 240).

⁶⁵ Estabelece o Art. 3º da Lei n. 12.376/10 – Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro que “Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”. Todavia, Eros Grau denuncia nos dias de hoje o desmoronamento da crença inabalável na fictícia publicidade do Direito e afirma que: “Quem, em sua consciência, pode efetivamente divisar alguma consistência na afirmação de que a ignorância da lei não escusa? A concepção lógica de um direito estruturado sobre a publicidade se desfaz. Os milhares de preceitos normativos produzidos, no dia-a-dia, pelo Legislativo e pelo Executivo, este empreendendo função normativa regulamentar, transformam mesmo aquele que desempenha ofício jurídico, e, por isso, teria o dever de conhecê-lo - e o que dizer do “homem da rua, homem comum”, de Santi Romano? -, em um ignaro do direito. É fora de dúvida que essa concepção lógica está erodida. O direito moderno, fundado na publicidade, desestrutura-se”. (GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 105).

certeza de aplicação da lei – com ou sem justiça social, com ou sem respeito à dignidade humana – assegurava a calculabilidade e segurança necessárias ao sucesso e desprendimento dos negócios mercantis.

No cenário político do Estado liberal burguês, marcado pela democracia representativa e alijamento da vida democrática da esmagadora maioria das pessoas de baixa renda e precária ou nenhuma instrução, acrescida pela exclusão das mulheres, a publicidade do Estado – e, com isso, o acesso à produção jurídica estatal – desenvolveu-se de forma reducionista. O direito era divulgado, de fato, apenas ao conhecimento de quem era dedicado à atividade capitalista, restando ao comum dos cidadãos aceitar que limitações a sua liberdade, provenientes de atos estatais, seriam ficticiamente conhecidas.

Assim se deu o impulso à publicidade governamental, porque o Estado liberal burguês, interessado em assegurar, por meio de instrumentos jurídicos a consolidação de sociedade capitalista, inicialmente, utilizou folhetins comerciais, repleto de notícias sobre atividade comercial, para neles introduzir a divulgação de suas leis e outros atos jurídicos, alcançando o conhecimento de seu público alvo. Os folhetins comerciais foram os primeiros “diários oficiais” de divulgação do direito. (HABERMAS, 2003, p. 35-36).

A publicidade estatal surgiu e se desenvolveu até os dias de hoje com natureza acentuadamente formalista, sem concentrar-se em assegurar o efetivo conhecimento da lei e demais atos estatais pela sociedade. Não havia o interesse na circulação da informação como instrumento para se estabelecer diálogo entre o Estado e a sociedade, até porque a participação da sociedade no Estado não vingou nos paradigmas do Estado liberal e do Estado-providência.

8.2 A correlação entre publicidade e esfera pública no Estado Democrático de Direito

No contexto do Estado democrático, torna-se extremamente anacrônico o clássico padrão formalista de publicidade, em que a informação produzida pelo Estado circule restritamente a diários oficiais, com a função principal de imprimir

eficácia aos atos normativos do Estado⁶⁶, sem contribuir, de fato, para a criação de um ambiente de debate público que leve a sociedade a tomar parte em decisões envolvendo assuntos públicos, de interesse geral.

A manutenção do modelo formalista-liberal de publicidade oficial reproduz o fosso que separa a sociedade do Estado, em óbice à participação popular, porque “mantém pessoas ignorantes acerca de seus direitos e deveres e pior: afastados da vida política, com pouquíssimas condições de ‘dialogar’ com o aparato estatal” (SOARES, 2004, p. 254).

A progressiva consolidação de regimes democráticos plurais e participativos demanda divulgação transparente das informações sobre as ações do Estado, em sintonia com as modernas tecnologias de informação e que represente efetivo acesso dos cidadãos aos dados públicos, de forma a propiciar-lhes condições de exercer plenamente a cidadania e o controle social da Administração Pública. O Estado de direito que se intitule democrático pressupõe a publicidade de seus atos, decisões e ações, que devem se tornar conhecidas pela sociedade. Quanto mais sólida a democracia, mais transparente ela é, e vice-versa. A publicidade é o oxigênio em um Estado de atmosfera democrática.

Norberto Bobbio (2000, p.98) já deixou consagrada a afirmação de que o Governo democrático é o Governo do público em público, com a expressão “público” devendo ser compreendida em dois sentidos: no primeiro, público é algo contraposto a privado, pertencente a todos; no segundo, é entendido como antípoda de secreto, e que deve ser de conhecimento de todos.

Depreende-se daí que a publicidade formalista, visto acima, originou-se no contexto do direito positivo burguês do Estado liberal, e denunciava que o Estado, e o que dele emanava, era destinado ao interesse da classe burguesa, inclusive a prestação de contas de quem exercia função pública e a divulgação de informação. Nessa linha, o Estado não era público, pois não se apresentava para todos os cidadãos, e, por isso, não era democrático.

O público a quem se apresenta o Estado e com quem ele se comunica, se constituído de classe social distinta, que exclui a presença de outras camadas

⁶⁶ É com publicidade, por meio da publicação ou intimação, conforme o caso, que o ato administrativo produz seus efeitos e torna-se eficaz. Contudo, a publicidade também pode ser condição de validade do ato. É o caso do edital de licitação e de concurso público, que, sem publicidade, não são válidos, devem ser anulados.

sociais, nem mesmo pode-se afirmar público. O público só é público se traduz-se no que é comum a todos, porque a todos diz respeito.⁶⁷

Bem se vê que a natureza do público a quem efetivamente se faz a publicidade revela, claramente, quão democrático, ou não, é o Estado.

Se o Estado deve se apresentar e se fazer para todos, também deve fazê-lo por inteiro, sem se ocultar. E o modo de se apresentar ao público, em público, é sendo transparente e autêntico, revelando-se por meio da divulgação de informações sobre tudo o que ocorre em seu interior.

A visibilidade é a marca do Estado democrático, que tem o dever de expor publicamente seus atos, justificativas, intenções, e decisões⁶⁸. Na democracia, deve haver um espaço público de circulação da informação, livre de censuras e empecilhos à realização do debate em torno da construção da sociedade em que os homens querem viver. O espaço público, do qual todos participam à vista de todos, o que inclui o Estado, deve promover o direito de a sociedade, democraticamente, controlar o poder público.

O Estado democrático, sobretudo no paradigma deliberativo de democracia, se manifesta no compromisso de viabilizar o fluxo dinâmico de uma esfera pública, que se constitui por uma rede adequada de comunicação, para formação de opinião e tomada de decisões, “a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos” (HABERMAS, 2011, v.2, p. 93).

Essa rede não envolve apenas o Estado, mas a esfera social, com a participação de público de leigos no debate de temas específicos, por cujo meio buscam entendimento para a solução de seus problemas e aprimoramento do poder público. Por meio do debate, cidadãos ambicionam converter suas proposições em políticas oficiais a serem introduzidas no meio governamental mediante canais procedimentais de participação.

Segundo Habermas (2011, v.2, p.108), a rede de comunicação formada pela esfera pública pode se estabelecer em três meios alternativos, conforme sua densidade comunicacional, sua organização e seu alcance: 1) esfera pública

⁶⁷ Referindo-se ao caráter exclusivista da esfera pública burguesa, Habermas comenta que “uma esfera pública da qual certos grupos fossem excluídos, não é apenas, digamos, incompleta: muito mais, ela nem sequer é uma esfera pública”. (HABERMAS, 2003, p. 105).

⁶⁸ Afirma Wallace Paiva Martins Júnior que “O princípio democrático articula o princípio da transparência como corolário lógico: o Estado e seus poderes só são realmente democráticos se visíveis e abertos ao povo forem suas ações e o processo de tomada de decisão. (*Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular*. São Paulo: Saraiva: 2004, p. 23).

episódica (bares, cafés, encontros na rua, reuniões públicas; 2) esfera pública organizada (associações civis, partidos políticos, movimentos sociais, congressos, centros eclesiais); e 3) esfera pública abstrata, produzida pela mídia e seu público de leitores, ouvintes e telespectadores.

Posta em circulação por agentes da sociedade civil, constituída por cidadãos, organizações, associações e movimentos sociais, a esfera pública representa os debates que buscam interpretações públicas para os problemas discutidos. O aprofundamento do debate e a sua amplificação também podem receber a contribuição da mídia, quando forma um sistema de comunicação social plural. Todavia – e isso já foi discutido em capítulo anterior – o debate também pode se enfraquecer com a mídia, sempre que age de forma tendenciosa, fazendo a cobertura desvirtuada de acontecimentos de relevância pública ou, propositalmente, sonogando a divulgação de informações.

Rodolfo Viana Pereira (2010, p. 175) assinala que a esfera pública afirma-se através da diversidade de arenas gestoras do poder, englobando, assim, fóruns estatais, não estatais, formalizados, informais, que incluem, desde os modos de participação juridicamente regulados, próprios dos canais institucionalizados, (o direito parlamentar, os códigos procedimentais dos fóruns participativos), às condutas regidas pelas estratégias legítimas de protesto social que carecem de forma jurídica previamente definida. Assim, a esfera pública trata das temáticas associadas à dimensão social da vida dos homens. Reserva-se à espera privada temas de interesse egoísticos do homem, que cabe, a cada um, individualmente, realizar. De acordo com Leonardo Bento:

[...] temos a distinção entre a esfera pública e a esfera privada, sendo que a primeira diz respeito à esfera dos assuntos comuns a toda a sociedade, compreendendo o Estado assim como a opinião pública e a esfera pública participativa, notadamente os movimentos sociais e outros sujeitos coletivos, organizações não-governamentais ou organizações de base, desde que tematizem assuntos de interesse geral ou busquem influenciar a política estatal. A esfera privada, por sua vez, é o espaço de articulação de interesses particulares, individuais ou de grupos, compreendendo assim a economia, a família, as formas associativas envolvidas com questões de natureza particular, tais como cooperativas, sindicatos, associações de donas de casa ou consumidores (BENTO, 2003, p. 216).

Nesse contexto, a tematização de reais problemas que afetam determinada comunidade (local, regional, nacional, internacional) surge da

discussão argumentativa entre sujeitos privados, que compartilham em público experiências culturais sobre a situação real problematizada.

Os ativistas da esfera pública, se conseguirem produzir bons argumentos e rejeitarem argumentos ruins, trazem novas informações e contribuição para a solução de problemas. Dessa forma, procuram formar uma atmosfera de consenso em torno de suas demandas, para exercerem pressão sobre o Parlamento e o Governo e alcançarem as decisões legislativas e administrativas que entendem adequadas a suas reivindicações (HABERMAS, 2011, v. 2, p. 104).

O referido consenso não obtém força e legitimidade por meio de negociações de interesses típicas de um contrato privado, mas se impõe porque é resultante de um aberto e conflituoso debate argumentativo, do qual resulta o reconhecimento, pelos participantes contrapostos, da prevalência dos argumentos que se revelam melhores, porque capazes de resistirem à crítica contrária.

Constata-se que o agir comunicativo produzido na esfera social, em que os atores envolvidos esforçam por entendimento sobre relevantes questões públicas em conflito, é fonte de legitimidade do direito, expondo o Poder Legislativo e o Poder Administrativo a acolher as medidas pleiteadas, ou, na hipótese de não acolhê-las, a ter que, suficientemente, justificar a recusa. A esfera pública expõe o Estado a ter que se legitimar perante o público de cidadãos, convencendo a sociedade de que suas decisões são adequadas para a solução das demandas sociais.

Por isso, reconhece-se que a esfera pública em ativo funcionamento é cenário fértil de debate capaz de produzir mecanismos procedimentais de controle que exigem prestação de contas do modo como os agentes públicos exercem o poder.

A ativação da dimensão social da esfera pública envolve o uso público da razão e participação, o que pressupõe, conforme alerta Marcelo Cattoni (2011, p. 162), o exercício de direitos fundamentais para a formação da opinião pública e garantias de acesso às suas deliberações.

Entres os direitos fundamentais asseguradores da autonomia pública de cidadãos é imprescindível a garantia da liberdade de expressão e de imprensa, que se concretiza pelo direito de acesso à informação, somente possível em Estados que promovem transparência, e não sonégam o conhecimento de informação sobre as ações do poder público. A livre expressão pública de opinião também reclama a

disponibilidade de uso de espaços públicos comuns para reuniões de cidadãos, que se traduz nos direitos constitucionais de liberdade de reunião e de associação.

Somente num ambiente de livre acesso de pessoas com liberdade de expressão, de reunião e de associação, cujas opiniões e convicções são amplificadas à consideração de outras pessoas (socialização) pela imprensa independente, é que se forma, mediante debate, a opinião pública, capaz de exercer influências sobre o sistema político. Quando o debate parlamentar e a Administração Pública são envolvidos pela opinião pública, há maiores chances de os atos estatais refletirem o consenso, ainda que provisório, extraído do debate público.

Entretanto, direitos de liberdade de expressão são insuficientes se o público potencialmente interessado em debater não dispõe de instrução educacional, nem de senso crítico suficiente para perceber que pode ser protagonista em tomar parte na construção de discussões que afetem temas de interesse social. Por isso, a baixa formação educacional, creditada não apenas à exclusão da frequência ao ensino formal de qualidade, mas também à falta de acesso às informações e material crítico para reflexão que lhe capacite ao exercício da cidadania, associado ao tempo consumido com trabalho extenuante pela sobrevivência, são obstáculos a serem superados para se obter maior igualdade e qualidade de participação na esfera pública.⁶⁹

É necessário ainda à circulação do poder, no sentido que vai da ação comunicativa gerada no meio social (debate público de ideias com direito de igual participação de interessados sobre temas específicos) em direção ao centro do sistema político, o desfrute de direitos políticos fundamentais de representação e de participação na formação da vontade política, que envolve a institucionalização de canais deliberativos legislativos, jurisdicionais e administrativos (CATTONI, 2011, p. 163).

O compartilhamento de informação entre Estado e sociedade é fundamental à comunicação e argumentação de temas inicialmente problematizados na esfera social, e que, num segundo passo, almeja conquistar fóruns oficiais de deliberação.

⁶⁹ Leonardo Valles Bento considera que a racionalidade é um elemento indispensável para admissão na esfera pública. A despeito da condição universal do ser humano como ser racional, aduz o autor que “a racionalidade em seu sentido pleno exige uma certa formação cultural, necessária à sociabilidade e à compreensão dos assuntos públicos, o que pressupõe instrução e, principalmente, uma vida tranquila em face de necessidades materiais, que possibilite dedicação aos temas políticos”. (BENTO, 2003, p. 162).

Nesse contexto, a democracia deliberativa promove alargamento da prática democrática, que deixa de ser privilégio dos Parlamentos e Poder Executivo e passa a contar com voz ativa dos cidadãos no processo de tomada de decisões.

Abrem-se canais de participação, que, sem serem necessariamente núcleos de decisões vinculantes, exercem poder de influência sobre as decisões estatais. Os Parlamentos veem a mobilização da sociedade civil em torno de grupos de pressão, fortalecida por uma opinião pública envolvida com os temas postos em discussão, que mostra interesse em conhecer a fundo a temática a ser deliberada.

Não se trata absolutamente de substituir as decisões do Estado por outras oriundas da sociedade civil organizada. Na linha da teoria de democracia deliberativa, o debate público não é, necessariamente, sinônimo de decisão, mas intervenção no processo decisório, sinalizando quais os clamores sociais a serem preferencialmente atendidos pelo Estado. Na verdade, os canais de participação funcionam como sensores, que captam o eco dos problemas sociais e os transmitem a seguir para a esfera pública (rede pública de circulação da informação entre Estado, sociedade civil, imprensa) (REESE-SHÄFER, 2010).

Sem o compromisso de abastecer a sociedade com informação verdadeira e inteligível, livre de prévio controle seletivo daquilo que será divulgado e segredo (censura), o Estado deixa de cumprir seu dever de suprir a assimetria informacional que existe entre ele e a sociedade civil.

A nada prestaria a aproximação do cidadão aos níveis das decisões estatais se a ele não for franqueado meios de se estabelecer comunicação com outros setores da sociedade e do Estado. Sem a circulação da informação dos atos do Estado, a democracia participativa se fragiliza, porque a ausência ou insuficiência da informação ou mesmo a dificuldade em acessá-la inviabiliza que o cidadão se apodere do conhecimento necessário para exercer, soberanamente e com eficácia, o direito de participar da construção das decisões estatais que lhe afetarão.

Os atuais padrões de exigência da publicidade do Estado devem ser condizentes com os tempos de avanço tecnológico nas ferramentas de comunicação e informação em escala global, de forma a exigir do Estado o cumprimento de seu dever de divulgação proativa das informações sobre atos administrativos em seu poder.

Partindo da premissa de que a evolução do Direito em direção a práticas mais democráticas desenvolveu instrumentos que demandam participação e

cooperação de cidadãos nos diversos procedimentos estatais, em evidente construção de uma democracia participativa, a deficiência de publicidade dos atos estatais fatalmente colocará em risco a democratização do Estado, bem como a sua exposição ao controle da sociedade.

É necessário dar a conhecimento público, em tempo satisfatório, as iniciativas estatais de aproximação à cooperação dos cidadãos na produção de atos normativos; abrir ao conhecimento dos interessados as balizas dos conflitos e problemas a serem enfrentados em cooperação com os administrados; comunicarlhes as informações necessárias para que possam monitorar a legalidade e a eficiência dos atos produzidos – mesmo que nessa hipótese não tenha ocorrido a participação de interessados na produção primária do ato fiscalizado.

Sem dispor das informações sobre atividade estatal, os cidadãos ficam indiferentes em participar e colaborar com a gestão e o controle da administração, e, mesmo que interessados, podem ficar impossibilitados à participação.

Como participar da vida pública, debater sobre questões públicas, se o retrato da questão em debate é monopolizado pelo Estado e por ele manipulável, sem qualquer oportunidade de o cidadão aferir a veracidade do conteúdo do que o Estado afirma e apresenta em debate?

A divulgação da informação retida pelo Estado, sem a possibilidade de acesso a sua fonte pela sociedade é, *mutatis mutandis*, propaganda política do poder público, que se enaltece em público escondendo a verdade daquilo que se divulga oficialmente.

Sem a oportunidade de verificar a verdade da informação apresentada pelo Estado e, porventura, posta em debate, dispensa-se e desmotiva-se a participação do cidadão, que não poderá se contentar somente em ouvir a informação que o Estado unilateralmente afirma ser verdadeira. Por isso, ratifica-se que sem transparência é apequenada a participação popular nas funções do Estado.

O Estado que se oculta, dificultando a circulação da informação, não é democrático, pois inviabiliza a participação política popular. Sem condições ágeis e confiáveis de acesso à informação, a sociedade não adquirirá consistente e crítica opinião pública, capaz de nivelá-la ao Estado para construção do debate público em igualdade de condições.

Com efeito, deve o Estado democrático fazer da publicidade a ponte de construção do debate público com a sociedade. A publicidade legítima habilita o

cidadão ao compartilhamento do acervo de dados e informações produzidos e armazenados nos arquivos do Estado. O arquivo público (*open file*) é providência fundamental para cidadãos formarem-se como público consciente e crítico do desempenho da atuação governamental, dos reais propósitos que estão no encaixo das decisões do Governo sem prejuízo de ser decisivo ao exercício e defesa dos direitos das pessoas.

Com publicidade, as razões das decisões do Estado, e os resultados que delas emergiram, ou não, tornam-se passíveis de conhecimento público e aptos ao debate. Nesse contexto, o controle democrático é fortalecido. É que a publicidade não se opõe somente ao invisível, mas também ao silêncio. É da natureza do Governo democrático o barulho e vibração que brota da liberdade de ideias, do debate constante, da abertura à crítica que provém da opinião pública, cujas reivindicações os Governos já não mais podem desprezar.

Nessa perspectiva, a publicidade constrange o Governo a ser mais criterioso com relação ao conteúdo e clareza da informação apresentada ao público. Ela reduz a discricionariedade governamental na tomada de decisões. Se tiver que se explicar em público, Governos ficam menos tendentes a tomar decisões que, movidas por interesses particulares ou eleitoreiros paralelos, se desviem de objetivos públicos prioritários ou a adotar meios que não são os mais eficazes à consecução do interesse público a que, legalmente, vincula-se a atuação governamental examinada. Implica, portanto, a publicidade, maior responsabilidade do Governo para tomar decisões que afetam a vida das pessoas e que consomem recursos transferidos da sociedade ao Governo por meio de tributos.

Sempre que o Estado participa do debate público de ideias e reconhece como válidas – porque racionalmente argumentadas – propostas advindas de núcleos da sociedade civil, é levado a incluí-las entre os fatores apreciados para formatar o conteúdo da decisão legislativa ou da ação administrativa. Isso implica dizer que em ambiente de debate público, com participação de atores da sociedade civil, o poder público é tendencialmente vinculado a ter que dosar uma pluralidade de fatores antes de tomar suas decisões. Logo, imprime-se maior legitimidade a decisão, pois o exame de contribuição vinda de argumentos gerados pela sociedade civil aumenta a possibilidade de serem adotadas as medidas corretas ao

enfrentamento dos desafios dos quais a sociedade e Poder Público se esforçam por solucionar⁷⁰.

A transparência governamental, por visar a trazer à luz os atos e decisões do Estado, é também forte aliada no combate à corrupção. Inegavelmente, a possibilidade de atos da gestão pública tornarem-se de conhecimento público reduz os riscos de desperdício e desvios de recursos.

Ao dispor de efetiva publicidade, o controle democrático do poder deixa de se concentrar nas ocasiões em que por meio do voto se faz o controle da investidura eleitoral, e se predispõe a caminhar em direção ao controle mais efetivo do exercício do poder que transcorre entre pleitos eleitorais, acompanhando a atuação governamental.

Paralelamente ao controle social, a efetiva transparência governamental também fortalece as instituições oficiais de controle (Tribunais de Contas e controladorias), que podem dispor de base mais ampla e acessível de dados importantes para o monitoramento das ações de Governo.

Por outro lado, sem transparência, o poder político, que não se faz em público, é o poder opaco e autoritário, que se furta a disponibilizar informação, se esquivava em debater abertamente e expor suas ações a conhecimento público. Sem transparência e abertura à sociedade, assenta Moreira Neto (1992, p. 101), é quase impossível exercer-se tanto o controle de legalidade quanto o de legitimidade dos atos praticados pelos órgãos públicos.

⁷⁰ Amartya Sen reconhece enfaticamente a importância do poder público ouvir e acolher relevantes contribuições de cidadãos para a tomada de decisões públicas. Escreve o autor: "Na busca de decisões deliberadas através da argumentação pública, há claramente fortes razões para não deixarmos de fora as perspectivas e os argumentos apresentados por toda pessoa cuja avaliação seja relevante, quer porque seus interesses estejam envolvidos, quer porque suas opiniões sobre essas questões lançam luz sobre juízos específicos – uma luz que poderia ser perdida caso não se desse a essas perspectivas uma oportunidade para se manifestarem". (SEN, 2011, p. 74.)

9 A MOBILIZAÇÃO DA ESFERA PÚBLICA E DO DIÁLOGO ENTRE ESTADO E SOCIEDADE PELA PARTICIPAÇÃO

A proliferação de movimentos sociais e de organizações da sociedade civil dedicadas a causas sociais evidencia que setores organizados da sociedade, ou que resultem de suas mobilizações espontâneas, têm hoje uma compreensão de que também é deles a responsabilidade pela construção de sociedades mais justas, com maior distribuição de oportunidades de vida digna às pessoas, melhor bem estar social, ambiental e Governos honestos e legítimos, que consigam agir alinhados aos fins legais que justificam sua existência.

A disponibilidade generalizada de acesso à informação em uma sociedade de massas, em global e permanente conexão permitida por mídias eletrônicas, também potencializou a participação. Isso colaborou para os indivíduos abandonarem posturas passivas por posturas ativas de insurgência contra o descaso com a efetivação dos direitos das pessoas a uma vida digna e a inépcia do Poder Público em prestar serviços de qualidade. É realidade no Brasil protestos públicos que traduzem luta pelo avanço do fenômeno participatório, conectado ao propósito de democratização por meio do incremento da participação do povo no processo decisório do Estado.

Pode-se dizer que é a participação o elemento vital que faz a democracia ser pelo povo, com o povo, para o povo. Em verdade, as democracias mais avançadas, além de representativas, são participativas, ou seja, vivenciam a intervenção de grupos sociais e indivíduos nos processos decisórios do Estado.

A participação motoriza a ação comunicativa. Permite a atitude positiva de cidadãos problematizarem, publicamente, em debate, com a participação de atores e entidades da sociedade, da imprensa e do Estado, questões que afetam seus interesses e que devem ser racionalmente solucionadas por um entendimento entre grupos sociais interessados e o Estado. Imprime também a possibilidade de identificar entre as partes debatedoras quais são os argumentos com maior consistência e capacidade de contribuir para a decisão que, de forma mais adequada, atenda aos interesses que restarem prevaletentes no debate.

É uma iniciativa de emancipação da sociedade, em que são invertidas posições entre sociedade e Estado. Em contextos de escassa participação, é o

Estado, por meio de autoridades legitimadas pela delegação eleitoral de poderes, quem se impõe, tomando as decisões políticas de maior impacto sobre os cidadãos. Com a intensificação da participação, há mais intensa convergência de interesses e de ação entre poder público e múltiplos segmentos sociais. A ação da Administração Pública passa a ser permeada por interesses sociais externos a ela. No âmbito da democracia de inclinação participativa, almeja-se verificar se o exercício do poder transcorre dentro dos limites legais constitucionalmente traçados (legalidade) e se os resultados da ação estatal são condizentes com a finalidade em razão da qual ela foi praticada.⁷¹

A atividade participativa busca reduzir a distância que separa o Estado da sociedade. Assevera Odete Medauar (2003, p. 229) que “a participação se apresenta como expressão e efeito da moderna relação Estado-sociedade, em que se vislumbra não rigorosa separação, nem fusão, mas recíproca coordenação, significando maior proximidade entre os dois”.

Assim, a participação tem em vista cercar a ação estatal de legitimidade; ela deve complementar, com a iniciativa de grupos sociais e indivíduos, a atuação de organizações estatais, na realização dos superiores valores que a comunidade política consagrou em sua Constituição. Ela, essencialmente, reflete a reivindicação da sociedade em intervir na formulação de políticas públicas, na sua execução e no controle sobre seus resultados. (SOARES, 1997, p.142).

A implementação de políticas públicas, que é inviável sem a mobilização de recursos públicos, é disciplinada pelo direito aplicado pelo Poder Executivo corriqueiramente com amplas margens de discricionariedade⁷². Não é difícil perceber que a participação, capaz de aproximar a decisão administrativa dos valores e interesses dos grupos sociais diretamente envolvidos, realiza, na expressão de David Duarte, a “societarização” da Administração Pública, convertendo-se em fator decisivo de legitimação da atuação da Administração Pública. É que a discricionariedade de que dispõe a Administração na eleição dos critérios de oportunidade e conveniência da ação administrativa exige a realização

⁷¹ Por isso, a participação é condição de existência do Estado Democrático de Direito. Moreira Neto, reportando-se a Agustin Gordillo, afirma que participação é sinônimo de democracia, pois por meio dela se efetua o controle de legalidade, associado ao Estado de Direito, e o controle mais amplo de legitimidade, reclamado pelo Estado Democrático de Direito. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito de Participação Política*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 65).

⁷² Afirma David Duarte que “hoje se pode falar numa função de legitimação pela participação em virtude da expansão das atividades materiais e jurídicas da administração, que não é mais passivamente submissa à lei, mas participa da aplicação da lei, pelas técnicas de discricionariedade e pela delegação legislativa” (DUARTE, 1996, p. 162).

mais efetiva possível da finalidade pública que orienta a aplicação da norma. Assim, a participação, no processo decisório estatal, de setores da sociedade destinatários da aplicação da norma, por ser fator de possível otimização do alcance do interesse público a que especificamente se vincula a norma, representa a legitimação da Administração Pública democrática⁷³. Ela tem peso decisivo para que os resultados da ação governamental reflitam as expectativas e prioridades da sociedade. É o canal por onde o fluxo da cidadania faz realidade a soberania popular, que, solenemente positivada na Constituição, transmuda-se em ações palpáveis da administração, sintonizadas com a supressão de carências e realização de anseios da sociedade.

Para David Duarte (1996, p. 112), a técnica participativa funciona atualmente como um complemento da representação democrática, tentando compensar o déficit democrático do sistema representativo.

No paradigma do Estado Democrático de Direito, Maria Sylvia Di Pietro (1993, p. 32) afirma que a participação ocorre mediante atuação direta do particular na gestão e controle da Administração Pública e “já não mais se dá nem por delegação do poder público nem por simples colaboração em uma atividade paralela”. Referida autora (1993, p. 38) ainda aduz que “a participação popular na gestão e no controle da Administração Pública constitui dado essencial que distingue o Estado de Direito Democrático do Estado de Direito Social”, pois a participação, afirma a autora, corresponde à aspiração do indivíduo em defender, pela via judicial ou administrativa, a imensa gama de interesses que o Estado sozinho já não pode proteger.

A argumentação acima articulada aponta a participação como o movimento que conduz a desmonopolização do Estado na construção dos interesses públicos, por meio da qual a sociedade conquista a oportunidade de legitimar e democratizar a realização de interesses públicos atribuídos ao Estado, mas titularizados pela sociedade.

⁷³ Leonardo Bento tem ressalvas sobre a forma pela qual a participação muitas vezes é funcionalizada nos interesses da administração. . Nesse sentido, assinala: “Para que iniciativas de participação popular e controle social na administração pública possam traduzir-se em democratização é mister que os cidadãos sejam chamados a participar como tais, isto é, como cidadãos e não como clientes ou como representantes de interesses corporativos. Além disso, a participação não deve ser meramente consultiva, à maneira de uma pesquisa de mercado, nem focada em questões técnicas ou gerenciais, senão que deve compreender a possibilidade de discutir e deliberar sobre questões políticas. (BENTO, Leonardo Valles. Governança e governabilidade na reforma do Estado: entre eficiência e democratização Barueri: Manole, 2003, p. 249)

Mesmo em sociedades acostumadas a serem passivas frente às decisões governamentais, já não há mais tanta aceitação da ideia de que o cidadão, ao transferir o poder ao Estado, através de mecanismos constitucionalmente estabelecidos, fique anulado da possibilidade de influenciar e controlar as decisões governamentais.

O desejo da sociedade de ser corresponsável pela realização do interesse público conduz a participação popular a ser vista como instrumento de partilha de responsabilidade entre Estado e sociedade. Isso tem por efeito reflexo a contribuição para o civismo, que é o interesse e a consciência de todos em serem responsáveis pela construção de uma sociedade mais justa e livre.

Em percuciente síntese feita por Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2000, p. 11-28), arremata-se que participação e consensualidade são decisivas para as democracias contemporâneas, contribuindo para a governabilidade (eficiência), a contenção de abusos (legalidade), a atenção a todos os interesses (justiça), a tomada de decisões mais sábias e prudentes (legitimidade), o desenvolvimento de responsabilidade das pessoas (civismo) e ainda torna os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (ordem).

9.1 A participação como elemento inato à vida social do homem

Adere-se ao entendimento de Moreira Neto (1992, p. 64) de que o direito de participação é fundamental porque é inato ao homem e pré-existe ao Estado.

Estado democrático e participação são elementos binários. O Estado é democrático porque acolhe o componente participatório como decisão fundamental em sua estrutura político-normativa e vice-versa, ele é participativo porque é democrático.

A participação popular concentrada apenas no exercício do direito de sufrágio, com intermediação de representantes, pode até configurar Estado de direito, em que o exercício do poder político é controlado por leis editadas por órgãos legislativos que, no plano ideal, se apresentam como legítimos representantes dos interesses da sociedade. Mas não se faz o Estado democrático

sem a presença da participação direta do elemento popular exercendo influência argumentativa na construção das decisões que afetem os interesses da sociedade⁷⁴.

Assinala Moreira Neto (1992, p. 64) que os homens retêm consigo o poder político e escolhem a quantidade de poder que será transferido ao Estado, na forma definida pela Constituição – supremo estatuto jurídico que constitui o Estado⁷⁵. O Estado concentra a organização e o exercício do poder político, mas não o faz de forma absoluta. Os homens que, mediante poder constituinte originário, instituíram pela Constituição o Estado, reservam para si, conforme orientação constitucionalmente definida, parcela do exercício direto do poder político, que se manifesta em atitudes de participação individual ou coletiva na atuação e controle das diversas funções do Estado.

O Estado é uma criação humana, existe para atender aos interesses dos homens que, convencionalmente, o instituiu. Daí não fazer sentido que a sociedade instituidora do Estado – numa decisão política originária e suprema (poder constituinte) – acabe por delegar-lhe poderes absolutos, sem reservar para si mesma o poder de também participar direta e ativamente nas atividades destinadas a realizar interesses sociais, inclusive a realização de seus direitos fundamentais.

9.2 Balizamento jurídico da participação popular

Já foi dito que a soberania popular, exercida por representantes eleitos, ou diretamente, com fundamento na cidadania (art. 1º, I e II da CRFB) aponta claramente que a Constituição instituiu regime político democrático que quer a participação no exercício do poder político, acompanhando correntemente sua ação e controlando seus resultados. A participação é a substantivização da ideia mais nuclear de democracia. Significa a expressão da democracia em movimento concreto, com integração ao Estado de impulsos sociais clamando efetivação de

⁷⁴ Afirma Habermas que: “Em princípio, o Estado de direito e o Estado social são possíveis sem que haja democracia”. (HABERMAS, 2012, p. 109).

⁷⁵ A instituição do Estado pela constituição revela a funcionalização do direito à organização do poder político. A esse respeito, afirma Jacques Chevallier que “Estado e direito são realidades estreitamente ligadas, a ponto de aparecerem tradicionalmente como indissociáveis, consubstanciadas uma à outra: com efeito, não apenas o Estado age por meio do direito, por meio da edição de regras obrigatórias que expressam o seu poder de coerção, mas ainda ele é fundido integralmente no molde do direito.; a especificidade do Estado enquanto forma de organização política reside no fenômeno da institucionalização do poder e essa institucionalização passa pela mediação do direito. O Estado se apresenta como uma entidade jurídica, governada e regida pelo direito, que, mais ainda, não pode ser apanhado e apreendido senão através do prisma do direito. (CHEVALLIER, 2009, p. 115)

direitos e controle do exercício do poder. Portanto, a participação projeta manifestação imediata da cidadania.

A esta altura, vale indagar, o que significa, juridicamente, a ação de participar. David Duarte (1996, p.110) entende que participar significa intervir num processo decisório, introduzindo novos interesses no âmbito da estrutura decisória estabelecida.

Entende-se que a participação não só tem a possibilidade de introduzir novos elementos no procedimento em curso, instaurado de ofício por órgãos do Estado, mas também é causa de deflagração de procedimentos estatais. Parece-nos evidente que o direito de petição (art. 5º, XXXIV, “a”, da CRFB)⁷⁶ é manifestação de um direito fundamental de participação, assim como o é o exercício da faculdade de se apresentar denúncias aos Tribunais de Contas contra ilegalidade na realização de gastos públicos (art. 74, §2º, da CRFB). Ambos têm o propósito de deflagrarem procedimentos administrativos, no mínimo para obterem manifestação do Estado acerca da pretensão ou opinião formulada pelo cidadão. A manifestação ou resposta do Estado à provocação feita pelo cidadão evidencia comportamento estatal inclinado à participação e é atitude que afirma o zelo do poder público em promover a democracia pelo debate, mediante reconhecimento da virtuosidade do exercício da autonomia pública dos cidadãos em exercerem influência sobre as atividades e decisões do poder público.

Logo, a participação, mais que apenas introduzir novos elementos num procedimento em curso, pode também instaurar o próprio procedimento.

Referindo-se à participação popular, trata-se – para os objetivos deste trabalho – de intervenção gerada por movimento no sentido que vem de fora para dentro da estrutura do Estado, por iniciativa individual de cidadãos, ou reunidos em torno de grupos sociais, organizados em entidades da sociedade civil que congregam movimentos sociais e organizações não governamentais.

⁷⁶ Assinala J.J. Gomes Canotilho que o direito de petição, previsto também no art. 49º da Constituição da República Portuguesa de 1976, é um “direito político que tanto se pode dirigir à defesa dos direitos pessoais (queixa, reclamação) como à defesa da Constituição, das leis ou do interesse geral. Pode exercer-se individual ou coletivamente perante órgãos de soberania ou autoridade”. (CANOTILHO, 1993, p. 663). Manifestando-se sobre o direito de petição, aduz José Afonso da Silva “[...] que o direito de petição define-se como o direito que pertence a uma pessoa de invocar a atenção dos poderes públicos sobre uma questão ou situação, seja para denunciar uma lesão concreta, e pedir a reorientação da situação, seja para solicitar uma modificação do direito em vigor. Registra o referido professor que ele “tem uma dimensão coletiva consistente na busca ou defesa de interesses gerais da coletividade” e “que para não ser destituído de eficácia impõe à autoridade o dever de pronunciar-se sobre a petição”. (SILVA, 2000, p. 443).

Quem participa o faz prioritariamente na defesa de interesses que extrapolam a individualidade do participante. A participação, que aqui é objeto de estudo, destina-se a permitir a colaboração de cidadãos com a realização de alguma atribuição de responsabilidade do Estado, relacionada a interesses gerais da sociedade, ou ainda, ao controle sobre atividades do Estado. Não se trata da participação individual ou mesmo coletiva, em que se persegue, preponderantemente, a realização de interesses egoísticos do indivíduo ou do grupo participante.

Entretanto, a divisão entre interesses individuais (*uti singulis*) e sociais (*uti cives*), perseguidos pela participação, não pode ser tomada de forma absoluta. Haverá situações em que a proteção de direito subjetivo do indivíduo mediante sua participação em procedimentos juridicamente regulados nas diversas funções estatais (administrativa, jurisdicional e de órgãos com propósitos específicos de controle do poder público) também repercute, favoravelmente, na defesa de interesses sociais. É a hipótese em que, ao se defender o direito individual, acaba por se tutelar interesses relevantes da sociedade. É o típico caso do licitante que, interessado em firmar contrato com a Administração Pública, denuncia ao órgão licitante ou a órgãos de controle ilegalidade em licitação, que tenha reduzido o caráter competitivo e impessoal do certame e lhe impossibilitado de vencer o procedimento licitatório⁷⁷.

Além disso, é necessário que os atores da participação social intervenham no processo decisório, fornecendo informações e opiniões (participação não vinculante) ou, efetivamente, decidindo (participação vinculante), sem se apresentarem na condição de quem desfrute de vínculo profissional com o Estado ou que estejam no exercício privado de funções públicas, *v.g.*, como delegatário da exploração de serviços públicos. Em suma, a participação social não se confunde com a intervenção no processo decisório de atores que se encontram numa posição interna em relação à organização administrativa no seio da qual ocorre a participação.

⁷⁷ David Duarte examina a correlação entre interesse particular e interesse público que permeia o instituto da participação nos procedimentos estatais, conforme se infere na seguinte passagem: “Da mesma maneira que na participação *uti cives* a intervenção no procedimento realiza uma tarefa de proteção de um bem, na participação *uti singulus* é sempre detectável uma vertente de colaboração na realização da função, pelo que a diferenciação funcional de participação não é qualitativa, mas sim quantitativa”. (DUARTE, David. Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra: Almedina, 1996, p. 139).

9.3 A fundamentalidade do direito de participação conforme preceitos da Constituição brasileira de 1988

Direitos fundamentais, do ponto de vista formal, ocupam o ápice da estrutura do ordenamento jurídico, positivados em textos constitucionais, e vinculam diretamente os poderes do Estado. Ingo Sarlet (1998, p. 78) aponta que, no sentido formal, os direitos fundamentais, na qualidade de normas constitucionais, encontram-se sujeitos a limites para sua alteração, definidos pelas cláusulas pétreas (art. 60, §4º da CRFB) e ainda desfrutam de aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º). No aspecto material, traduzem a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade (ALEXY, 2011, p. 520).⁷⁸

Especificamente com relação ao direito de participação no processo decisório dos órgãos do Estado, não se identifica na CRFB, em seu Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, preceito que, explicitamente, declare o direito de participação do cidadão no poder público, pelos menos com a mesma clareza e objetividade identificada na Constituição da República Portuguesa – CRP, de 1976, cujo art. 48º estabelece: “Todos os cidadãos têm o direito de tomar parte na vida política e na direção dos assuntos públicos do país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente eleitos”.

Contudo, a CRFB assegura, materialmente⁷⁹, o direito fundamental à participação, em diversas passagens, sinalizando que possui um compromisso com a consolidação da democracia por meio do movimento participatório da sociedade na vida pública.

Não se tem, de forma explícita e direta, a declaração formal do direito de participação no rol dos direitos fundamentais, salvo a previsão restrita, contida no art. 14, do exercício da soberania popular mediante plebiscito, referendo e iniciativa

⁷⁸ Afirma Ingo Sarlet que “A fundamentalidade material, por sua vez, decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elementos constitutivos da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade”. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 79)

⁷⁹ De acordo com a doutrina, o acolhimento de um direito fundamental no sentido material significa que ele está positivado no ordenamento jurídico, em normas não localizadas no rol de sistematização dos direitos fundamentais ou, ainda que não o seja expressa e formalmente declarado, ele indiretamente decorre do regime e princípios adotados pela Constituição. Nesse sentido, assinala Ingo Sarlet: “cumpre referir que o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais consagrado pelo art. 5º, §2º, da CF, aponta para a existência de direitos fundamentais positivados em outras partes do texto constitucional e até mesmo em tratados internacionais, bem assim para a previsão expressa da possibilidade de se reconhecer direitos fundamentais não-escritos, implícitos nas normas do catálogo, bem como decorrentes do regime e dos princípios da Constituição. (SARLET, 1998, p. 75).

popular, nos termos da lei⁸⁰. Nem por isso a participação perde a condição de direito fundamental. Com efeito, a fundamentalidade da participação está positivada na CRFB em virtude dos seguintes fatores:

a) o direito de participação está implicitamente positivado em decorrência do regime e dos princípios da CRFB (art. 5º, §2º). A participação nas funções estatais (legislativas, judiciárias, administrativas e controladoras) descende do regime político democrático (art. 1º) e dos seus princípios estruturantes, como soberania popular, cidadania, dignidade da pessoa humana, pluralismo político e autodeterminação – princípios contidos no Título I da CRFB, que se complementam reciprocamente, extraindo significação e fundamentação para aplicação prática nas múltiplas relações argumentativas que estabelecem entre si, pois se fundamentam uns nos outros.

O ancoradouro da direito de participação nos princípios fundamentais do regime democrático evidencia que estamos a tratar de um direito fundamental, que o legislador constituinte originário elegeu de superior relevância e dignidade, a ponto de descender diretamente do tronco estrutural das normas fundamentais à direção do Estado e da sociedade.

Ademais, ao lado da representação política, o exercício direto do poder pelo povo (art. 1º, parágrafo único) realiza-se pela participação e somente por meio dela. A participação direta é a face do poder popular, fonte da qual emana o exercício legítimo do poder político. Isso empresta à participação natureza de direito fundamental.

b) em uma segunda abordagem, a participação é também direito formal e materialmente fundamental⁸¹, porque é indiretamente reconhecida no texto constitucional mediante dedução dos princípios (art. 5º, §2) previstos nas normas que integram o catálogo de direitos fundamentais sistematizados no Título II da CRFB. Vislumbra-se o direito de participação por intelecção do direito de petição, do

⁸⁰ A lei nº 9.709/98 regulamenta o exercício do plebiscito, referendo e iniciativa popular de lei.

⁸¹ Assinala Ingo Sarlet que “Os direitos fundamentais, em sentido formal, podem ser, na esteira de K. Hesse, definidos como aquelas posições jurídicas da pessoa – na sua dimensão individual, coletiva ou social – que, por decisão expressa do Legislador-Constituinte foram consagradas no catálogo dos direitos fundamentais (aqui considerados em sentido amplo). Direitos fundamentais em sentido material são aqueles que, apesar de se encontrarem fora do catálogo, por seu conteúdo e por sua importância, podem ser equiparados aos direitos formalmente (e materialmente) fundamentais. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p.84).

direito de certidão (art. 5º, XXXIV) e do direito de qualquer cidadão propor ação popular perante o Poder Judiciário (art. 5º, LXXIII).

O exercício desses direitos corresponde à ação de participar, isto é, intervir diretamente ou provocar processo decisório de atividades estatais, para defesa de direitos ou combate de ilegalidade.

c) por esse terceiro prisma, o direito de participação é materialmente fundamental, porque expressamente previsto em diversas normas do texto constitucional que, todavia, não integram o catálogo de direitos fundamentais constantes do Título II da CRFB.

A CRFB está repleta de normas que, observadas conjuntamente, revelam a vontade constitucional de vivenciar o exercício do direito de participação nas funções legislativas, judiciais, administrativas e controladoras. Isso demonstra que a iniciativa e o compromisso do Estado com a efetivação do direito fundamental de participação é condição para o exercício legítimo e constitucional do poder público, pois permite ao povo ver-se refletido no exercício do poder político cuja fonte tem origem popular.⁸²

Há constitucional institucionalização da participação popular no Estado. Note-se que para subsidiar debates entabulados no processo legislativo, o art. 58, §2º, II da CRFB admite que comissões temáticas do Poder Legislativo convoquem audiência pública com a participação da sociedade civil, e o inciso seguinte se abre para a possibilidade da participação da sociedade colaborar com o Poder Legislativo no controle da atuação dos órgãos do poder público.

Em seguida, o inciso IV daquele artigo prevê que as comissões devem receber petições, reclamações, representação ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões das autoridades e entidades públicas. É mais uma manifestação do direito de petição dos cidadãos, especialmente perante seus mandatários.

O controle concentrado de constitucionalidade das leis perante o Supremo Tribunal Federal também recebeu destacada influência da sociedade, na

⁸² No mesmo sentido, assinala Davi Duarte que “A estruturação democrática da forma de Governo tem como consequência que a questão da legitimidade tem sempre como ponto de referência o povo, como conceito chave do problema, e que é na relação com o povo que se afere o consentimento outorgado ao poder e a sua conversão em respeito espontâneo”. (DUARTE, David. Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra: Almedina, 1996, p. 160).

medida em que órgãos estatutariamente voltados à defesa de interesses sociais estão legitimados, pelo art. 103 da CRFB, à propositura de ação direta de inconstitucionalidade e ação direta de constitucionalidade de leis. É o caso do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, de partido político com representação no Congresso Nacional e de confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

A intervenção de segmentos da sociedade civil se consolidou no curso das ações de controle concentrado de constitucionalidade, com a possibilidade prevista pelo art. 9º, §1º, da Lei nº 9.682/99 de o relator da ação convocar audiência pública para depoimento de pessoas com experiência e autoridade a fim de se esclarecer matéria ou circunstâncias de fato que são objeto da ação.

Para mero registro, pois isso já foi dito e o exame da questão será retomado em tópico específico, menciona-se que a participação popular também foi acolhida no controle da gestão pública realizado pelos Tribunais de Contas, no art. 74, §2º, da CRFB.

No âmbito da gestão democrática de políticas públicas, a CRFB reserva à participação decisivo impacto sobre competências do Poder Executivo. O art. 29, inciso XII, prevê a cooperação das associações representativas no planejamento municipal e o inciso XIII autoriza a iniciativa popular de projetos de lei. Ainda em âmbito municipal, o art. 32, §3º, ressalta o controle social, ao determinar que as contas públicas ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação.

O art. 39, §3º, da CRFB acolhe a participação do cidadão no controle da Administração Pública, prevendo a possibilidade de reclamação relativa à prestação de serviços públicos, o acesso a registros administrativos e informações sobre atos de Governo e a representação contra o exercício negligente de cargo, emprego ou função na Administração Pública.

No âmbito das políticas de seguridade social, a sociedade tem destacada participação, onde se prevê no art. 194, VII, a gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

A formulação, organização e execução das políticas de saúde e de assistência social também devem contar com a participação da comunidade (art. 198, III, e art. 204, II, ambos da CRFB). Identicamente, o art. 206, VI, da CRFB

estabelece a gestão democrática do ensino público. Não é diferente com a política agrícola, que deve ser executada com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, nos termos do art. 187 da CRFB. Com relação à cultura, o art. 216, §1º, da CRFB prevê o dever do poder público, em colaboração com a comunidade, de promover a defesa do patrimônio cultural brasileiro. Com relação ao meio ambiente, se sua defesa e proteção é dever de todos, nos termos do art. 225, deduz-se a vontade constitucional da participação na concepção e execução de políticas públicas de sustentabilidade.

Tudo isso evidencia que a CRFB empresta à participação um conteúdo de substancial relevância para a amplificação de uma esfera pública que, mediante o debate, consiga efetivamente aproximar Estado e sociedade na construção de projetos de convivência democráticos, que abriguem iguais condições de oportunidade de segmentos diversificados da sociedade participar e controlar o manejo do poder público.

d) por fim, o direito de participação também foi reconhecido como fundamental pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela 21ª Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966. Esse pacto foi aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n. 226, de 12 de dezembro de 1991 e integra o ordenamento jurídico brasileiro com hierarquia de supralegalidade⁸³. Dispõe seu art. 25 que:

Art. 25 – Todo cidadão terá o direito e a possibilidade, sem qualquer das formas de discriminação mencionadas no artigo 2º e sem restrições infundadas:

- a) de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos;
- b) de votar e de ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a manifestação da vontade dos eleitores;
- c) de ter acesso em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.

⁸³ Com o advento da Emenda Constitucional nº45/2004, houve mudança nos padrões de incorporação de normas de Direito Internacional na ordem jurídica interna brasileira. Após o acréscimo do §3º ao art. 5º da CRFB por referida emenda, as normas de direito internacional com conteúdo de direitos humanos, recepcionadas antes do advento daquela emenda – e é o caso do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos –, ostentam o *status* de norma supralegal, ou seja, posição hierárquica superior às leis infraconstitucionais. (BORGES, Alexandre Walmott, ROMEU, Luciana Campanelli e ROCHA, Altamirando Pereira da. *Análise da jurisprudência do STF sobre a forma de incorporação dos documentos de direito internacional*. Revista de direito brasileira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Ano 2, v. 3, jul-dez 2012, p. 73).

Por ser um direito humano fundamental, o Estado deve envidar todos os esforços possíveis no sentido de otimizar o exercício do direito de participação, e dotá-lo de efetiva concreção prática. Devem ser institucionalizados em todos os órgãos do Estado canais procedimentais que promovam a participação popular, sem formalismos e interpretações que tornem rarefeito o fenômeno participatório.

Por isso, vale reproduzir a lição de Canotilho (1993, p. 426) ao assinalar que “democratizar a democracia através da participação significa, em termos gerais, intensificar a otimização das participações dos homens no processo de decisão”.

O núcleo de significação jurídica do direito fundamental de participação implica que a interpretação dos institutos e procedimentos participativos normativamente criados ou que venham a ser se oriente no sentido de imprimir à iniciativa participativa a maior efetividade possível, evitando-se exigências que acabem por afugentar, desestimular ou inviabilizar o exercício desse direito.

É central ao exercício da participação que órgãos do Estado disponibilizem instrumentos e adotem comportamentos conducentes a viabilizá-la. É imprescindível, antes de tudo, o ambiente organizacional transparente, em que o cidadão possa conhecer a estrutura, o funcionamento e os atos, procedimentos e decisões oficiais que lhe permita participar de determinado órgão do Estado. Note-se que o direito de indiscriminada participação a qualquer procedimento estatal faz depender o acesso aos arquivos e registros administrativos. É o que se chama direito ao arquivo aberto (CANOTILHO, 1993, p. 665)⁸⁴.

O direito de participar da vida pública é conexo aos direitos de ser informado pelos órgãos públicos em matéria de seu interesse particular ou coletivo (art.5º, XXXIII da CRFB) e ao direito de petição e de obtenção de certidão em repartições públicas (art. 5º, XXXIV, da CRFB). São direitos sem os quais a própria participação é anulada, pois não raro a participação se exerce mediante o direito de petição, por iniciativa do cidadão, que é dependente da obtenção de esclarecimento de situações, muitas vezes obtidas por certidões. A operacionalização da

⁸⁴ A Lei n. 12.527/11 – Lei de Acesso à Informação – tem por diretriz o arquivo aberto, isto é, a prática da transparência ativa, promovida independente de provocação de interessados. É que se deduz dos seguintes preceitos:

Art. 3º Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da Administração Pública e com as seguintes diretrizes: [...] II - divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações;

Art. 6º Cabe aos órgãos e entidades do poder público, observadas as normas e procedimentos específicos aplicáveis, assegurar a: I - gestão transparente da informação, propiciando amplo acesso a ela e sua divulgação;

Art. 8º É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.

participação – e, por conseguinte, a funcionalização da democracia – está imbricada também ao gozo de outros direitos fundamentais – que já exploramos ao longo deste trabalho – como a liberdade de expressão (art. 5º, IV, IX), o direito à informação (art. 5º XIV e XXXIII), o direito de reunir-se em espaços públicos (art. 5º, XVI), o direito de associação (art. 5º, XVII), à filiação partidária e autonomia partidária (art. 14, §3º e 17), à liberdade de imprensa (art. 220).

Depreende-se que a estrutura genérica do direito de participação exige, para sua efetivação, uma compreensão holística dos direitos fundamentais, anelando-os numa relação de complementariedade (uns potencializam os outros) e indivisibilidade (dependem uns dos outros). Quando ao exercício de uma posição jurídica protegida por norma fundamental – é o caso do direito de participação – entrecruzam outros direitos, ocorre o que afirma Canotilho (1993, p. 641) concorrência de direitos fundamentais.⁸⁵

9.4 Garantias procedimentais para a participação

A participação exige ainda do Estado o cumprimento do dever de adotar postura dialógica com o cidadão. Ele deve estabelecer garantias procedimentais que assegurem a audiência do cidadão e de entidades participantes. Tem o Estado – à mercê da fundamentalidade do direito de participação – o dever de adotar as providências para a institucionalização de procedimentos adequados ao alcance dos resultados esperados com a intervenção participativa da sociedade em seu interior.

O direito de participação reclama providências jurídicas para sua institucionalização, pois ele não se faz com um ato só, nem de uma vez por todas. Ele se desdobra em etapas e se faz procedimentalmente. Afirma Canotilho (1993, p. 638) que a participação é um direito processualmente dependente, que carece de um procedimento adequado, sem o qual não se obtém a eficácia subjetiva dos direitos fundamentais.

⁸⁵ Sobre a concorrência entre direitos fundamentais, aduz o professor lusitano que “Outro modo de concorrência de direitos verifica-se com a acumulação de direitos: aqui não é um comportamento que pode ser subsumido no âmbito de vários direitos que se entrecruzam entre si; um determinado bem jurídico leva à acumulação, na mesma pessoa, de vários direitos fundamentais. Assim, por exemplo, a participação na vida pública é erigida pela CRP em instrumento de consolidação do regime democrático (cfr. Art. 112º). Para se obter uma eficaz proteção deste bem constitucional é necessário acumular no cidadão vários direitos que vão desde o direito geral de tomar parte na vida pública e na direção dos assuntos políticos do país (art. 48º) até o direito de sufrágio (art. 49º), passando pela liberdade partidária (art. 51º), o direito de esclarecimento e informação sobre atos do Estado e gestão de assuntos públicos, o direito de petição e ação popular (art. 52º) e o direito de reunião e manifestação. (art. 45º). (CANOTILHO, 1993, p. 641-642).

A correta procedimentalização normativa é necessária para que a participação não se transforme em retórico discurso ou meras boas intenções, ficando frustrada a realização do democrático controle do poder pelo debate público.⁸⁶

Luísa Cristina Pinto e Netto (2009, p. 65) entende que o procedimento administrativo torna a atividade administrativa mais permeável à participação dos cidadãos. Apresenta-se o procedimento como a plataforma sem a qual não se desenvolve a participação nas atividades estatais.⁸⁷

O efeito de legitimação decorrente da participação implica que o Estado – especialmente seus órgãos cujos membros não são democraticamente investidos por eleições – se justifique perante a sociedade, ouvindo e manifestando-se formalmente sobre o conteúdo da matéria apresentada por externa iniciativa de indivíduos e entidades da sociedade civil. Trata-se do dever de fundamentação das decisões estatais, no exercício de competências completamente vinculadas à lei ou mesmo daquelas exercidas com margens de discricionariedade.

A aproximação do exercício de competências públicas à investida participativa pressiona o Estado a expor as razões da prática dos seus atos. Assim, o gestor age democraticamente, pois permite o controle da legalidade e da correção do ato, inclusive sob o prisma da eficiência e da legitimidade, que pode ser impulsionado por órgãos oficiais de controle ou, informalmente, pela opinião pública ou mesmo entidades organizadas da sociedade civil.⁸⁸ Consequentemente, a

⁸⁶ No direito brasileiro, a Lei n. 9.784/99 – lei de processo administrativo federal – em seu art. 9º, dispõe que são legitimados como interessados no processo: “(...)II – aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada; III) as organizações e associações representativas no tocante a direitos e interesse coletivos; IV) as pessoas ou associações legalmente constituídas quanto a direitos ou interesses difusos.” Entendemos que controlar o exercício do poder público no sentido de seu aprimoramento e legalidade do seu exercício é um direito difuso, aberto a todos. A Lei n. 9.784/99 acolhe institutos que cuidam da participação para debate de interesses difusos. Dispõe seu artigo 31. “Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho homologado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo da parte interessada”. O art. 32 trata da audiência pública: “Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo”. Por fim, o art. 34 exige a publicidade dos resultados dos procedimentos realizados com participação de administrados (preferimos “cidadãos”), com indicação da metodologia de trabalho adotada. Sobre a publicidade da audiência pública, estabelece o art.34: “Os resultados da consulta e audiência pública e de outros meios de participação de administrados deverão ser apresentados com indicação do procedimento adotado”.

⁸⁷ “A ligação entre procedimento e participação é umbilical, o procedimento é o principal instrumento pelo qual os cidadãos participam do exercício da atividade administrativa. (NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *Participação Administrativa Procedimental: natureza jurídica, garantias, riscos e disciplina adequada*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 80).

⁸⁸ A respeito da democratização da função pública potencializada pela motivação dos atos administrativos, esclarece Florivaldo Dutra de Araújo que “[...] ao final, a motivação desembocará nos canais de controle do ato, desde os internos até os mais amplos e difusos (opinião pública), onde se fecha o círculo de legitimidade, dentro do qual se deve conter a atividade do administrador, infundindo certeza e confiança da legalidade de suas decisões”. (ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e controle do ato administrativo*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 110).

motivação ainda contribui diretamente para a transparência, tornando conhecidos os motivos do agir estatal.

A interpretação amplificadora do direito de participação pressupõe garantias procedimentais de audiência do interessado. As manifestações e petições oriundas da sociedade (reclamações, pedido de esclarecimentos, denúncias, respostas a requerimentos em colaboração a atividades de órgãos públicos) devem ser recebidas pelos órgãos do Estado, e, em contrapartida, eles são obrigados a providenciar a eficaz intimação dos interessados acerca dos desdobramentos procedimentais provocados pela ação participativa. Paralelamente, ao cidadão deve ser franqueada a oportunidade de produzir alegações e juntada de documentos que imprimam materialidade e eficácia à sua intervenção.⁸⁹

A audiência procedimentalmente garantida ao agente participante equivale à motivação e ao encaminhamento ao interessado da decisão que rejeitou ou deu prosseguimento a atuação estatal desdobrada em parceria com cidadãos ou entidades da sociedade civil. O direito de audiência inclui a publicação da decisão final do procedimento⁹⁰.

O dever da transparência abarca durante o transcurso de procedimentos concretamente instaurados, a intimação do cidadão interessado, para efeito de participar ativamente na colaboração de decisões a serem processualmente construídas. Reportando-se a Sérvulo Correia, Luísa Cristina Pinto e Netto (2009, p. 105) destaca a forte conexão entre as garantias da informação e de participação, aquela é condição institucional da efetividade desta na formação das decisões.

A efetiva colaboração proveniente da participação implica assegurar intimação na forma e tempo adequado para que os cidadãos tomem conhecimento da existência de procedimentos ou, ainda que estejam cômnicos do procedimento, a intimação é necessária para que fiquem também cientes de decisões que afetem o tema ou questão de seu interesse. É certo que nem sempre é razoável cogitar da intimação pessoal de possíveis interessados em tomar parte de procedimentos estatais, especialmente se eles forem numerosos e difusos, ou mesmo

⁸⁹ É o que assegura a Lei n. 9.784/99, no capítulo II “Dos direitos dos administrados, Art. 3º. O administrado tem os seguintes direitos perante a administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados: [...] III - formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente”.

⁹⁰ Garante o art. 3º, inciso II, da Lei n. 9.784/99, que é direito do administrado: “ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos nele contidos e conhecer as decisões proferidas”.

desconhecidos o universo de potenciais interessados. Nem sempre é possível saber quem são os interessados em participar de procedimentos, a exemplo de audiências públicas, publicamente convocadas. Nesse caso, a comunicação com a sociedade deve se dar por meio de publicação oficial; mas não deve se reduzir à Imprensa Oficial, que tem estreita difusão. Complementarmente, devem ser explorados outros meios de divulgação, como mídias eletrônicas, redes sociais e imprensa comercial.⁹¹

Todavia, a potencialização da participação – que é efeito jurídico a ser perseguido em virtude da sua condição de direito fundamental – requer que a intimação do cidadão não seja apenas para conhecimento de decisões tomadas unilateralmente pelos órgãos do Estado. É imperioso à concretude prática da participação o envolvimento de seu agente, sobretudo na fase instrutória do procedimento⁹². O agente participativo deve ser intimado para, se for o caso, produzir elementos de prova, isto é, trazer novos substratos informativos que alicercem sua alegação e pretensão e que ainda funcione como alargamento dos componentes fáticos a serem avaliados na tomada de decisões⁹³. Por consequência, isso também agrega ao horizonte de exame do processo decisório um mosaico mais abrangente de interesses a ser solucionados.

A intimação também é necessária para que o cidadão intervenha criticamente nas alegações produzidas por coparticipantes e na análise da produção probatória realizada por outros interessados ou pelos órgãos do Estado. É que a participação traduz-se no direito de influenciar a decisão final.

Há procedimentos em que a fase instrutória não se concentra na reconstituição de fatos. Referimos aos procedimentos de coletas de opinião, consultas pública, audiências públicas, debates públicos⁹⁴.

Esses procedimentos, em comum, se caracterizam pela iniciativa de órgãos de diferentes poderes do Estado ouvir a opinião de cidadãos e entidades

⁹¹ A respeito da comunicação de atos, estabelece o art. 26, §4º, da Lei nº 9.784/99, que: “No caso de interessados indeterminados, desconhecidos ou com domicílio indefinido, a intimação deve ser efetuada por meio de publicação oficial”.

⁹² Assinala Luísa Cristina Pinto e Netto que “é na fase instrutória que a participação desenvolve suas virtualidades mais relevantes, justamente porque a instrução visa à coleta dos dados e interesses embasadores da decisão. A participação na instrução desdobra-se em participação na realização de diversos atos de instrução e na específica audiência dos interessados”. (NETTO, 2009, p. 108).

⁹³ David Duarte aponta que “apesar de ser a autoridade administrativa, como diz Aldo Sandulli, quem está no primeiro plano da atividade de aquisição instrutória, os interessados procedimentais também fornecem material para a ponderação, carregando fatos para o procedimento, como resultado direto da sua intervenção e num movimento de valorização da instrução. (DUARTE, 1996, p. 151).

⁹⁴ Adota-se neste trabalho a taxinomia para institutos de participação administrativa feita por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em sua obra *Direito de Participação Política* (MOREIRA NETO, 1992, p.123-130).

representativas de interesses coletivos ou difusos a respeito de temas polêmicos e complexos de interesse público.

A meta é conhecer tendências, preferências e opções da sociedade, promover o debate de ideias, além de subsidiar o poder público com informações complementares do meio social, que possam aperfeiçoar as atividades do Estado, inclusive as controladoras. Busca-se imprimir maior legitimidade às decisões públicas, perseguindo a solução mais próxima aos interesses da sociedade, a ser identificada mediante diálogo entre poder público e segmentos sociais envolvidos com a promoção dos interesses enfeixados no processo decisório.

De toda sorte, mesmo tais procedimentos, não dispensam o Estado do dever de criar as condições procedimentais para que os interessados possam demonstrar e materializar da forma mais consistente possível suas informações e opiniões. A atividade instrutória é necessária à efetivação da participação⁹⁵ – sem embargo de não estar em jogo a reconstrução de fatos.

A instrução é fase procedimental cuja função básica é ser instrumento de recolha de dados e informações que subsidiem a tomada imparcial de decisões^{96 97}. Ela deve zelar para que as instâncias decisórias tomem em consideração todos os fatores e interesses relevantes, filtrando aqueles que se apresentem irrelevantes para a preparação da decisão, sempre de forma motivada.

Persegue-se a congruência entre as constatações da fase instrutória e as razões de decidir. Ora, se a fase instrutória é técnica de participação de atores sociais envolvidos na controvérsia procedimentalizada, há fortes razões para se afirmar que nessas condições o debate público procedimentalmente entabulado exerce impacto direto sobre o processo decisório. As razões que se destacaram no

⁹⁵ A relação entre participação e instrução é examinada por Davi Duarte. Segundo este autor, “[...] uma participação efetiva depende também de um conjunto de meios instrutórios que permitam ao interessado a possibilidade de sustentar juridicamente, de forma consistente, os interesses que titula e que possibilitem, ao mesmo tempo, a sua defesa adequada”. (DUARTE, 1996, p. 151).

⁹⁶ De acordo com Celso Antônio Bandeira de Melo, a fase instrutória é aquela “na qual a Administração deve colher os instrumentos que servirão de subsídio para a decisão que tomará. Nesta fase deverá ser ouvido aquele que será alcançado pela medida, se foi o próprio Poder Público que desencadeou o procedimento ou se a audiência deste for necessária quer para acautelar-lhe interesses quer para maior esclarecimento das situações. É neste estágio que se fazem averiguações, perícias, exames, estudos técnicos, pareceres e que se colhem os dados e elementos para elucidar o que seja cabível a fim de se chegar à fase subsequente, a saber: a fase dispositiva”. (Curso de Direito Administrativo, 15 ed. Malheiros: São Paulo, 2003, p. 455.)

⁹⁷ Para a Lei n. 9784/99, a reconstrução de fatos não é o cerne da fase de instrução de procedimentos administrativos. Nesse sentido, prevê o art. 29 que “As atividades de instrução destinadas a averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão realizam-se de ofício ou mediante impulso de órgão responsável pelo processo, sem prejuízo do direito dos interessados de propor atuações probatórias”.

dialético debate público, para serem recusadas, cobram a devida e pública justificação do órgão decisório.

A correlação entre as razões do debate público – reproduzidas em dados ou informações carreadas aos autos – e a fundamentação da decisão é um dever processual juridicamente regulado. É que o art. 38, §1º, da Lei n. 9.784/99 estabelece que “os elementos probatórios deverão ser considerados na motivação do relatório e da decisão”, sendo que elementos probatórios, na inteligência do art. 29 dessa lei, são justamente os dados com base nas quais se arrimou objetivamente os argumentos do debate público.

A instrução deve propiciar a realização de uma ponderação objetiva e imparcial de todos os múltiplos interesses públicos titularizados por impulsos participativos de cidadãos e entidades da sociedade civil que devem ser sopesados tendo em mira a otimizada realização do bem comum.

Releva notar que a atividade de instrução conduzida pelo Poder Público se põe a disciplinar o debate público impulsionado pela participação sobre multifacetados aspectos, especialmente quando a instrução se desenvolve num ambiente institucional de transparência.

A instrução, sempre que comprometida em alcançar a tomada imparcial de decisão, que é controlável pela suficiente motivação das decisões tomadas, promove, na maior medida possível, a igualdade de tratamento perante os potenciais interessados em participar de específico processo decisório. Há, portanto, uma intersecção entre as noções de participação e instrução com o valor de impessoalidade, cânone a ser seguido pelo poder público, que implica, na lição do professor Onofre Batista (2012, p. 288), “que a Administração Pública deve abster-se de tomar em consideração interesses em razão de valores estranhos à sua função ou *múnus*”.

O debate público que emerge da participação tem potencialidade para imprimir maior racionalidade e credibilidade às decisões tomadas, em virtude de ele transcorrer para a defesa de posições objetivamente argumentadas, expostas à crítica pública, o que reduz a chance de subjetivismos inconfessáveis darem lastro à tomada de decisões tendenciosas ou pouco efetivas. Isso tem o efeito de se obter decisões mais corretas, na perspectiva de se fazer o interesse público específico em discussão alinhado à sinalização extraída do debate realizado. Além disso, a solução encontrada em debate procedimental e publicamente disciplinado é mais

facilmente aceitável por aqueles cujos interesses, razões e propostas não vingaram acolhidos na decisão final tomada.

Na ótica habermasiana, os procedimentos de participação acima examinados são discursivo-argumentativos e representam uma das múltiplas possibilidades de manifestação da ação comunicativa⁹⁸ que sustenta as condições ideais de realização do debate público na esfera pública do Estado democrático, pois: 1) dentro dos limites das regras do procedimento, estabelecidas em lei ou por regulamento interno dos órgãos públicos, todos os legitimados devem, conforme referidas regras, ter, na maior medida possível, iguais oportunidades de participar e exercer influência sobre o processo decisório; 2) o procedimento busca a racionalidade, pois se esforça por obter um debate público e objetivo de ideias, com iguais oportunidades de apresentação de argumentos e contra-argumentos (alegações) para sustentar ou criticar propostas realizadas (opiniões), livres de resistências e coações; 3) busca-se um entendimento, no sentido de serem adotadas as soluções cujas consequências se apoiam nos argumentos que foram reconhecidos pelos participantes como aqueles mais aptos a solucionar o problema debatido, pois foi o que melhor resistiu à crítica contrária; 4) na ausência de entendimento, considerando que as deliberações devem ser concluídas, a vontade da maioria, expressa em votos, à base do “sim” e do “não”, deve orientar a decisão a ser tomada.

Outras manifestações de ação comunicativa, igualmente capazes de promover público e racional debate de temas de interesse social, com força para influenciar decisões estatais, são identificadas no exclusivo âmbito da sociedade civil. São os fóruns informais de discussão (presencial ou virtual), como conferências, assembleias populares horizontais, reuniões públicas promovidas isoladamente ou em rede por organizações não governamentais, movimentos sociais, partidos políticos, entidades religiosas, de associações de bairro, associações corporativas (exemplificando: instituto dos advogados, associação de jornalistas, etc.), escolas, sindicatos, com raio de ação susceptível a amplificação pelos meios de comunicação social ou redes sociais virtuais.

⁹⁸ Seguindo Klaus Günther, Habermas “entende a liberdade comunicativa como a possibilidade – pressuposta no agir que se orienta pelo entendimento – de tomar posição frente aos proferimentos de um oponente e às pretensões de validade aí levantadas, que dependem de um reconhecimento intersubjetivo”. (HABERMAS, 2012, v.1, p. 155).

Podem decorrer de atitudes da ação comunicativa localizadas na sociedade civil os mais preparados, influentes e legítimos fluxos de ideias e reivindicações que venham a galgar espaço em procedimentos institucionalizados de interação comunicativa entre Estado e sociedade e por último, converterem-se em decisões estatais vinculante ao Estado e à sociedade.

Emblemático registrar que não houve, por iniciativa do poder público brasileiro, realização de audiências públicas ou algo similar para discutir reajuste de preços de tarifas de transporte público ou mesmo para se por sob transparência o fluxo financeiro da remuneração das concessionárias de transporte público coletivo urbano.

Entretanto, revogações de aumentos tarifários ocorreram sob a pressão de efervescentes protestos públicos, liderados por movimentos sociais de pautas diversas e transversais. Antes, durante, e posteriormente à intensificação dos protestos públicos de junho de 2013, estratégias de ação para cobrar transparência e melhoramentos em políticas de transporte público têm sido argumentativamente concebidas, desenvolvidas e implementadas a partir de debates realizados em assembleias pública horizontais. A horizontalidade destes fóruns significa ausência de restrição à participação de cidadãos, ausência de hierarquias ou de personalização de lideranças.

São estes fóruns informais, interconectados em redes de comunicação digital, que ainda tem sustentado núcleos sociais de pressão ao poder público, capaz de sensibilizá-lo a ouvir as propostas e reivindicações de segmentos sociais quanto à correção de rumos em políticas públicas.

10 PUBLICIDADE COMO REQUISITO PARA DEMOCRÁTICA REALIZAÇÃO DE INTERESSES PÚBLICOS

10.1 Compreensão do interesse público à luz da cooriginariedade entre autonomia pública e autonomia privada

Na perspectiva habermasiana – conforme foi abordado no capítulo terceiro deste trabalho – há uma tensão entre autonomia pública e autonomia privada dos homens.

A um só tempo, num processo cooperativo, o exercício da soberania popular mediante participação na construção da ordem jurídica e no controle do exercício do poder político reconduz à assegurar da autonomia dos indivíduos e vice-versa, é o gozo de autonomia privada que conduz à plena faculdade de manifestação da autonomia pública dos cidadãos⁹⁹. Em outras palavras, a participação na construção e controle da ordem jurídica e do exercício do poder político no domínio da esfera pública (soberania) é simultaneamente causa e consequência do respeito aos direitos fundamentais do homem. É causa porque a autonomia pública, traduzida também em direitos fundamentais de participação política, é o espaço da luta para a conquista, preservação e contínua proteção e atualização histórica da aplicação dos direitos fundamentais de índole individual e social. E é consequência, porque os direitos fundamentais liberais e sociais (liberdade de expressão, formação educacional e cultural, renda mínima, liberdade de imprensa e de associação, sufrágio universal, etc) são as ferramentas que credenciam os indivíduos a serem cidadãos atuantes na vida pública¹⁰⁰. Habermas

⁹⁹ Habermas sustenta a cooriginariedade entre autonomia pública e autonomia privada. De acordo com o pensador: “Uma autonomia privada assegurada serve como ‘garantia para a emergência’ da autonomia pública, do mesmo modo que uma percepção adequada da autonomia pública serve como ‘garantia para emergência’ da privada. (HABERMAS, 2011, v.2, p.146).

¹⁰⁰ Ingo Sarlet também estabelece correlação entre direitos fundamentais e realização da democracia. “A imbricação dos direitos fundamentais com a ideia específica de democracia é outro aspecto que impende seja ressaltado. Com efeito, verifica-se que os direitos fundamentais podem ser considerados simultaneamente pressuposto, garantia e instrumento do princípio democrático da autodeterminação do povo por intermédio de cada indivíduo, mediante o reconhecimento do direito de igualdade (perante a lei e de oportunidades), de um espaço de liberdade real, bem como por meio da outorga do direito à participação (com liberdade e igualdade), na conformação da comunidade e do processo político, de tal sorte que a positivação e a garantia do efetivo exercício de direitos políticos (no sentido de direitos de participação e conformação do *status* político) podem ser considerados o fundamento funcional da ordem democrática, e neste sentido, parâmetro de sua legitimidade”. (SARLET, 1998, p. 62).

(2012, p. 24), em sua obra “Sobre a Constituição da Europa”, sintetiza a imbricação entre direitos fundamentais e democracia:

[...] os direitos humanos não estão em oposição à democracia, mas são cooriginários com ela. Estão numa relação de pressuposição recíproca: direitos humanos tornam possível o processo democrático, sem o qual não poderiam, por sua vez, serem positivados e concretizados no espaço de um Estado Constitucional pelos direitos fundamentais.

Por isso, reafirma-se o que, anteriormente, já foi ventilado neste trabalho: em uma democracia, há uma coexistência, uma indissociável relação de reciprocidade entre interesses públicos e interesses privados, sendo uns dependentes dos outros.

O interesse que se diz público somente o é de fato como tal se for produzido mediante o procedimento democrático-discursivo, em que uma relação argumentativa e intersubjetiva permita igualmente a todos os interessados serem racionalmente coautores das normas cujos efeitos sobre eles se irradiam.

A coautoria e a intersubjetividade evidencia que os direitos fundamentais simultaneamente fundamentam e se põem como limites à ordem jurídica produzida pela autonomia pública dos indivíduos, em instâncias representativas ou diretamente, mediante participação do povo na atividade política e administrativa do Estado. Isso justifica afirmar, como costumeiramente o faz a dogmática do direito público, que o interesse público é uma dimensão qualificada dos interesses privados, ou seja, dos interesses que cada indivíduo possui enquanto partícipe da sociedade (MELLO, 2003, p. 51).

Um caso permite ilustrar o argumento desenvolvido. Poderes de polícia, jurídica e logicamente, destinam-se à restrição do espaço de livre ação dos indivíduos, e isso é necessário à manutenção de convivência civilizada entre os homens. Todavia, tanto mais legitimamente democráticos serão os poderes de polícia do Estado, disciplinados em lei, quanto mais se fizer a sua institucionalização precedida por ação discursiva, mediante iguais oportunidades de participação dos interessados em discutirem a questão em racional debate público (na esfera pública informal da sociedade civil, na mídia e nos espaços políticos representativos – Parlamento e Administração Pública), com vistas a contribuírem com órgãos do Estado para fixar os contornos da delimitação que as atividades de polícia exercerão sobre o espaço de autonomia privada dos indivíduos. No interesse de todos e de

cada pessoa, a coletividade atinge o consenso – expresso em leis – de qual a intensidade necessária de limitação normativa da autonomia dos indivíduos pelo poder de polícia, o que projeta, nos limites legalmente demarcados, a medida legítima de invocação do exercício do interesse público.

Nessa linha de entendimento, depreende-se que há uma supremacia do interesse público sobre o privado. É certo que o interesse privado do particular (interesse psicológico, mas não jurídico), *v.g.*, de não ser fiscalizado e incomodado em sua atividade de comercialização de gêneros alimentícios não pode superar o interesse público, previsto em lei – que é também interesse do particular como membro da sociedade – em que haja inspeções sobre estabelecimentos comerciais. Se, porventura, forem detectados condutas ilícitas, prevalece o interesse público para que sejam impostas, na forma da lei, providências saneadoras de irregularidades e aplicadas penalidades, conforme a gravidade da infração. Por outro lado, o interesse público em realizar a fiscalização existe em função de proteger os interesses privados de todos em não consumir alimentos impróprios ao consumo.

Dentro dessas condições, o interesse público, objetivado no direito positivo¹⁰¹, sempre que construído intersubjetivamente, como direitos que os indivíduos atribuem uns aos outros, exercendo publicamente sua autonomia, é mais propenso a refletir os interesses daqueles que compõem a sociedade. Nesses termos, o interesse público não se confunde com os interesses do Estado – que, a rigor, juridicamente, não possui interesse próprio. No mínimo, representa os interesses de um provisório consenso, politicamente debatido em procedimentos democráticos formalmente institucionalizados para produção do direito, que disciplinará o exercício do poder público e a convivência entre os homens. Isso faz do direito um sistema normativo comprometido com o ideal democrático de autodeterminação e emancipação dos homens, além de emprestar ao sistema normativo maior efetividade, obtida com a maior probabilidade de aceitação e cumprimento das normas pelos seus destinatários.

¹⁰¹ Sobre o fato de a supremacia do interesse público se espelhar na ordem jurídica, explica Emerson Gabardo: “A grande questão é que a supremacia do interesse público fundamenta-se diretamente no Direito Objetivo. Quando o interesse público manifesta-se fora do regime jurídico de Direito Público, então ele está em situação de equivalência ao particular. Nesse caso, o ambiente é o regime jurídico de Direito privado, e o interesse público para prevalecer dependerá da existência de um específico direito subjetivo a ele correspondente. Direito subjetivo este que será considerado junto ao do particular a partir de um sistema, aí sim, de ponderação objetiva. (GABARDO, Emerson. Interesse Público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 300)

O interesse público modelado no direito positivo deve ser envolvido pelo poder comunicativo originário de fluxos argumentativos que partem do meio social. O interesse público democrático, a rigor, é aquele que reflete os interesses que a sociedade elegeu necessários à convivência harmoniosa entre os homens, fixados no ordenamento jurídico¹⁰². Não deve ser confundido como o interesse definido exclusivamente pelos órgãos do Estado, ainda que a pretexto de ser no interesse da coletividade. Para a correlação entre o conteúdo dos interesses públicos e os desígnios da coletividade é de suma importância o modo (procedimento) por meio do qual pública e discursivamente, ou seja, intersubjetivamente, os homens exercem suas autonomias (liberdades fundamentais) para a construção e aplicação do direito objetivo (direito positivo) de cuja interpretação, mediante regras e princípios jurídicos – explícitos e implícitos – emanará o interesse público a ser concretamente modelado.

A afirmação de Habermas (2011, v.1, p. 121) de que “direitos subjetivos são cooriginários com o direito objetivo, pois este resulta dos direitos que os sujeitos se atribuem reciprocamente” ajuda a explicar a afirmação da dogmática do direito público de que o interesse público é uma dimensão dos interesses privados dos membros da sociedade, e que “não é, portanto, de forma alguma, um interesse constituído autonomamente, dissociado do interesse das partes” (MELLO, 2003, p. 52).

Por isso, adere-se ao entendimento da doutrina tradicional quando reconhece que é também imanente ao interesse público a proteção de interesses privados – sobretudo se tutelados por normas de direitos fundamentais¹⁰³ - que, conforme a ponderação realizada em caso concreto, podem sobrepor-se a outros interesses, que também são públicos e perseguidos por atuação política e

¹⁰² A fundamentação e delimitação dos interesses públicos no direito positivo é tema da abordagem feita por Onofre Alves Batista Júnior, que assim discorreu sobre a questão: “O interesse público, que em todas as circunstâncias deve lastrear a atuação administrativa, vem esboçado, em primeiro lugar, na própria Constituição, que dá, ainda, os contornos do Estado, e da própria Administração Pública, que se constituem para bem atendê-lo. Por outro lado, no próprio ordenamento jurídico que irá fundamentar a conduta da Administração, o interesse público vai obtendo contornos mais nítidos, em virtude das opções feitas para a determinação legal das necessidades coletivas a serem atendidas, bem como, por vezes, da forma ou do momento, para tanto. (BATISTA JUNIOR, 2012, p. 80).

¹⁰³ Sobre a questão da proteção de interesses privados ser finalidade do interesse público, assinala Luís Roberto Barroso: “em um Estado democrático de direito, assinalado pela centralidade e supremacia da Constituição, a realização de interesse público primário muitas vezes se consuma apenas pela satisfação de determinados interesses privados. Se tais interesses forem protegidos por uma cláusula de direito fundamental, não há de haver qualquer dúvida. Assegurar a identidade física de um detento, preservar a liberdade de expressão de um jornalista, prover a educação primária de uma criança são, inequivocamente, formas de realizar o interesse público, mesmo quando o beneficiário for uma única pessoa privada”. (BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 93).

administrativa do Estado. Enfim, os interesses públicos desfrutam de supremacia para a realização de direitos fundamentais (GABARDO, 2009, p.284), aos quais está vinculada toda e qualquer atuação estatal.

Consequentemente, afirmar que há uma supremacia dos interesses públicos sobre os privados¹⁰⁴ – como é corrente na doutrina majoritária do direito público – não é, em princípio, demonstração de arbitrariedade ou autoritarismo. Não subsistiriam os interesses privados se não fossem coordenados mediante normas gerais (direito positivo) que permita a possibilidade de exercício de direitos subjetivos por todos os indivíduos.

Pensamos que o risco da expressão “interesse público” ser impregnada de autoritarismo reside em ser ele definido vertical e unilateralmente por condução de órgãos do Estado, sendo imposto por um fluxo descendente de poder, do Estado sobre a sociedade. A descendente verticalização na construção e realização dos interesses públicos distancia o Estado da abertura à participação popular que introduz o componente democrático de exercício do poder político e ainda o faz se apresentar insensível ao debate de demandas e temáticas geradas e problematizadas na esfera pública não estatal.

Justamente porque é modelado no interesse da coletividade, devem os cidadãos disporem da oportunidade de exercerem uso público da razão – daí a importância da publicidade e debate público – por cujo conduto se filtrará os melhores argumentos e os desígnios preponderantes na democrática colmatação do conteúdo do interesse público a ser zelado e realizado pelos órgãos do Estado.

Afinal, se o interesse, extraído da lei, é para o público, o público (todos os interessados) têm o direito de, em público debate, participar diretamente, ou por representantes, da sua construção. Do contrário, não se estará numa democracia.

Porque é ou deveria ser, por exigência democrática, indissociável da autonomia privada e da soberania popular, o interesse público – a ser perseguido

¹⁰⁴ O confronto entre interesse público e interesse privado é bem equacionado por Raquel Carvalho, quando assinala que: “[...] excluir a contraposição pressuposta entre interesse público e interesse privado, admitir a atividade privada que proteja o bem comum, nada disso leva à recusa da supremacia do interesse coletivo na hipótese de confronto com a pretensão individual. Se em alguns casos o interesse público é satisfeito exatamente quando o Estado atende uma necessidade particular, se em outras situações é a espontânea atividade privada que satisfaz a demanda coletiva, também se mostra possível que, em dadas circunstâncias, as intenções privadas, se concretizadas, signifiquem grave comprometimento do bem comum. É isto que o pilar da supremacia do interesse público busca evitar”. (CARVALHO, Raquel Melo Urbano. *Curso de Direito Administrativo*. Salvador: Editora JusPodvum. 2009, p. 67)

pelo Estado e também por particulares, pois é do interesse de todos – deve ser exteriormente aos órgãos do Estado publicamente justificado e controlado.

10.2 A publicização do Estado por meio da participação

O Estado, por meio de seus órgãos, – especialmente os que compõem a Administração Pública, vinculados que são à concretização da vontade estatal – é, pela Constituição, institucionalizado exclusivamente para a realização do bem comum entre os homens¹⁰⁵, mediante atividade instrumentalmente ligada à realização de interesses públicos.

“Como a Administração jamais maneja interesses, poderes ou direitos pessoais seus, surge o dever de absoluta transparência” (SUNDFELD, 1995, p. 98.)¹⁰⁶, de prestar contas de suas atividades a quem lhe delegou poderes: a coletividade.

O povo, titular do poder, de acordo com art. 1º, §1º, da CRFB, tem o direito de conhecer tudo o que se passa no interior da administração e de controlar suas atividades.

A adjetivação de “público”, atribuída aos interesses cuja realização é normativamente imposta sob a responsabilidade do Estado, significa que tais interesses não são próprios do Estado, mas realizados no interesse de outrem. Dessa forma, a atividade estatal deve se apresentar claramente justificada perante seu titular – o povo.

Os interesses a que, normativamente, o Estado se vincula – e são os únicos a que ele se vincula – serão seguramente públicos, ou seja, no interesse de

¹⁰⁵ De acordo com Florivaldo Dutra Araújo, “Só faz sentido pensar em Estado, em Administração Pública, se se tiver em vista a coletividade. Aquele só existe e só pode mesmo existir em função desta, perseguindo interesses que não são seus, senão da coletividade.

Nem sequer podemos admitir atenção a interesses secundários quando estes “coincidam” com interesses primários, pois não há nada, absolutamente nada que a administração possa fazer, se não tiver como objetivo o exercício do dever, que tem de curar satisfatoriamente os interesses coletivos, que são os únicos existentes para ela. Enxergar dois interesses onde só possa haver um é desacerto jurídico que pode levar a graves consequências. A administração não pode ter interesses “como qualquer sujeito de direito”, pelo simples fato de que ela é concebível apenas como sujeito curador de interesses coletivos”. (ARAÚJO, 2005, p. 35-36).

¹⁰⁶ É proveitoso aqui prolongar a transcrição de reflexão de Carlos Ari Sundfeld: “A razão de ser da Administração é toda externa. Tudo o que nela se passa, tudo que faz, tudo que possui, tem direção exterior.

A finalidade de sua ação não reside jamais em um benefício íntimo: está sempre voltada ao interesse público. E o que é o interesse público? Tudo o que o ordenamento entende valioso para a coletividade e que, por isso, protege e prestigia. Assim, os beneficiários de sua atividade são sempre os particulares.

Os recursos que manipula não são seus: vêm dos administrados individualmente considerados e passam a pertencer à comunidade deles. Os atos que produz estão sempre voltados aos particulares: mesmo os atos internos são meros instrumentos para que, afinal, algo se produza em direção a eles”. (SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio da publicidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 199, jan/mar.1995, p. 97-110).

todos os membros da sociedade, em estrita observância aos valores constitucionais, sempre que em público, perante todos, é apresentada, debatida, motivada, executada e controlada as funções estatais.

Assim, é a publicidade princípio constitucional que vincula a aplicação do direito no sentido de exigir e estimular práticas e providências institucionais que exponham o Estado a conhecimento público. Afirma Habermas (2003, p. 270) que a escala com que se impõe uma publicidade crítica indica o grau de democratização de uma sociedade e de racionalização do exercício do poder.

Com a publicização, o poder se racionaliza porque tem que motivadamente se justificar, de forma explícita, objetiva e impessoal, perante o delegatário do poder: o povo. Por isso surge o dever de prestar contas de que a ação estatal deflagrada conteve-se nos limites da legalidade e apresentou-se como a opção mais credenciada ao alcance da finalidade legal que determinou sua realização (legitimidade).

São os primeiros passos para se dar à coletividade condições de observar o que internamente ao Estado transcorre, o que dificulta a preterição de realização de interesses públicos por interesses privados de agentes do Estado ou de particulares que com ele estabeleçam relações. Além disso, a publicidade expõe, ao crivo da opinião pública, vícios de eficiência na prestação dos serviços públicos, dentre muitos outros resultados positivos.

Entretanto, o princípio da publicidade não se efetiva plenamente sem sua compreensão por uma perspectiva bidimensional. Referimo-nos à publicidade que o Estado promove de dentro pra fora, apresentando-se translúcido, visível a todos, com a divulgação intelegível de informações, ao que se soma a possibilidade dos interessados livremente acederem aos dados constantes de seus arquivos. Mas há também a publicidade no fluxo que vem de fora para dentro, que completa sua essência. É a publicização do Estado em virtude do acolhimento da participação que a sociedade potencialmente introduz em seu interior. Ela enriquece a compreensão de qual a melhor forma de enfrentar os desafios postos a realização dos interesses públicos, dos quais se destacam os fins primordiais do Estado, assim sintetizados por Onofre Batista (2012, p. 78): “segurança (individual e coletiva; interna e externa), justiça (comutativa e distributiva) e bem-estar econômico, social e cultural”.

O princípio da publicidade, inserido na atmosfera democrática, tem por função propiciar à sociedade participação na interpretação dos interesses públicos

sob a responsabilidade do Estado, especialmente, na perspectiva da concretização de tais interesses pela vertente da ação política e administrativa. Em outras palavras, isso significa passo firme para a democratização do exercício do poder público, desmonopolizando dos órgãos do Estado a interpretação, aplicação e realização dos diversos interesses públicos¹⁰⁷.

O dever do Estado de ser transparente não existe apenas para a sociedade passivamente se informar sobre os motivos, conteúdos e resultados de suas ações. Pelo contrário, a significação da transparência é credenciar a sociedade a ativamente exercer influência e controle sobre as ações do Estado e exercer seus direitos. Isso pode se traduzir na possibilidade da sociedade aferir a veracidade das informações publicadas e discutir alterações, correções ou continuidade nos rumos das diversas unidades administrativas pelas quais se desdobram a atuação estatal. Depreende-se que o dever de transparência compromete-se também com a promoção da cidadania, na medida em que capacite o cidadão a melhor se informar para o exercício de seus direitos.^{108 109}

A acepção das duas dimensões acima referidas é fundamental para que se faça a publicidade cumprir seu maior objetivo: pressionar o Poder Público – sobretudo a Administração Pública – a movimentar a esfera pública para promoção de debates que tornem o Estado mais permeável às necessidades do cidadão e efetivação de seus direitos, rumo à legitimação, democratização e controle do poder.

¹⁰⁷ As portas que a publicidade abre para a influencia da sociedade sobre as decisões do Estado é percebida na seguinte passagem da lavra de Hélio Mileski: “Sendo o Estado pós-moderno composto de uma democracia pluralista e participativa, significa a existência de muitos interesses a serem atendidos, com o cidadão querendo participar da escolha, implantação e fiscalização das políticas pública. Para que possa haver essa participação é indispensável a publicidade de toda a ação administrativa, com total transparência, no sentido de que o cidadão possa influir diretamente nas decisões governamentais, assim como possa proceder no controle social da administração”. (MILESKI, Hélio Saul. A transparência da Administração Pública pós-moderna e o novo regime de responsabilidade fiscal. *Revista Técnica dos Tribunais de Contas*, Belo Horizonte: Fórum, ano 1, n. 0, set/2010, p. 115 a 149).

¹⁰⁸ A relação entre acesso a informação e cidadania é objeto de precisa análise de H. Shäffer, cuja reflexão Fabiana de Menezes Soares apresenta nos seguintes termos: “Shäffer, ao articular a relação entre qualidade da lei e o exercício da cidadania define o Estado Democrático de Direito como aquele no qual o cidadão é ‘ativo’ porque o Estado não lhe poupa informações sobre seus direitos e como defendê-los”. (SOARES, Fabiana de Menezes. *Teoria da Legislação. Formação e conhecimento da lei na idade tecnológica*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 256).

¹⁰⁹ Márcio Kelles também explora a transparência funcionalmente ligada à promoção da cidadania ativa. Escreve o autor que: “Não se exige mera formalidade de publicar ou divulgar atos governamentais, ma a criação de uma rede comunicacional com a sociedade, de sorte a tornar público, transparente, visível, todo o espectro de atos, principalmente os relativos a políticas públicas, para que o conjunto da sociedade possa ter ciência e, se desejar, ser ator da construção de referidas políticas, não um mero espectador. Afinal, como foi dito, ‘o povo não lê o Diário Oficial. Trata-se de leitura oficial e profissional, desconhecida da quase unanimidade da população” (KELLES, Márcio Ferreira. *Controle da Administração Pública democrática: Tribunal de Contas no controle da LRF*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 254-255).

11 DIMENSÕES JURÍDICAS DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

Já se afirmou que os princípios são normas que expressam os valores cardeais acolhidos pela ordem jurídica. Por meio dos princípios, valores tidos por bons pela sociedade incorporam-se ao plano jurídico e tornam-se devidos, eis que vinculam condutas do Estado e de particulares.

Nesse sentido, o Estado democrático, em que a publicidade é uma de suas verdadeiras identidades e fundamentos, tem o dever de se apresentar como manifestação do poder visível, ficando obrigado, por qualquer de seus órgãos, a expor publicamente seus atos, justificativas, intenções e decisões. Para Wallace Paiva Martins Júnior (2004, p. 36), “ser público é a mais elementar regra do Estado Democrático de Direito, pois as funções do aparelho estatal são utilizadas na gestão do interesse público, coisa alheia a que todos pertence”.

Como se não bastasse ser a publicidade pressuposto de qualquer Estado democrático e republicano, a CRFB – para eliminar riscos de interpretações que maliciosamente pudessem esvaziar-lhe a eficácia – expressamente lhe atribui a condição de princípio regente da Administração Pública, em seu art. 37, *caput*.

A rigor, a publicidade é princípio regente da pública função exercida por órgãos de todos os poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário, inclusive órgãos constitucionais autônomos, como Ministério Público e Tribunais de Contas),¹¹⁰. Assim, a projeção da publicidade não se reduz às funções administrativas.

A atividade estritamente legislativa, salvo exceções com tendência cada vez mais excepcional¹¹¹, também se curva à publicidade, que deve presidir todas as

¹¹⁰ A propósito da publicidade das funções administrativa do Poder Judiciário, prescreve o art. 93, inciso X, da CRFB que “as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros”.

¹¹¹ A CRFB, em seu art. 55, §2º, previa, excepcionalmente, decisões da Câmara dos Deputados e do Senado Federal com voto secreto para perda do mandato, nos casos: a) de incorrer em conduta vedada desde a expedição do diploma, previsto no art. 54; b) de violação do decoro parlamentar e c) condenação criminal com sentença transitada em julgado. Ocorre que inconstitucionalmente, constituições estaduais, leis orgânicas municipais e regimentos internos dos Parlamentos brasileiros estendem o voto secreto a hipóteses não correlatas às estreitas situações permissivas de sigilo prevista no art. 55 da CRFB. É comum votação secreta até para julgamento de contas anuais de chefes do Poder Executivo de todos os níveis de Governo. O excesso de situações de votações sigilosas provocou inconformismo da opinião pública. Protestos virtuais e de rua que varreram o país nos últimos tempos pediam a extinção do sigilo em toda e qualquer votação parlamentar. A situação agravou-se com a decisão da Câmara em processo de cassação, tomada em votação secreta, de manter o mandato do deputado Natan Donadon. Esse parlamentar, com mandato preservado, se encontra preso, cumprindo pena em regime fechado. Sobreveio dessa vergonhosa situação desconforto institucional em setores de todos os Poderes da República. Encurralado, o Congresso Nacional não tardou em dar resposta. Urgentemente, a Câmara dos Deputados, por unanimidade dos seus membros presente à sessão de votação do dia 03 de setembro de 2013, aprovou a Proposta de Emenda Constitucional nº 349/01, que extingue o voto secreto. Após ser aprovada também pelo Senado Federal, referida proposta foi convertida na Emenda constitucional nº 76, de 28 de novembro de 2013. Essa emenda alterou o § 2º do art. 55 e o § 4º do art. 66 da Constituição Federal, para abolir

fases do processo legislativo. Ela ainda deve abranger outros procedimentos não ligados à produção de lei. É o caso das atividades de controle do Poder Legislativo, exemplificando: a convocação de Ministro de Estado para prestar informações sobre questão suscitada pelo Congresso Nacional (art. 58, III, da CRFB). A prestação de esclarecimento por autoridades governamentais perante o Congresso Nacional deve transcorrer publicamente, sendo que a própria atitude de prestação de informações também concorre para a publicidade da Administração Pública.

As funções judiciais do Poder Judiciário e de outros órgãos constitucionais, inclusive dos Tribunais de Contas, abrangendo suas sessões de julgamento e os fundamentos de suas decisões também são cercadas por garantias constitucionais de publicidade¹¹².

É uma garantia fundamental do cidadão, que seja parte em procedimentos estatais, e da sociedade, contra processos e julgamentos secretos, quando não há risco de alguém sofrer violação da sua intimidade ou evidente e justificado interesse social que imponha a necessidade de sigilo. Julgamentos secretos – a história registra – são convidativos a fraudes, inverdades, conchavos e maliciosos ajustes hermenêuticos, que fazem campear insegurança, impunidade, perseguição, vícios que se exprimem numa só palavra: injustiça.

11.1 O acesso à informação como direito fundamental

A publicidade adquire contornos bem demarcados em outras normas constitucionais declaratórias e assecuratórias de direitos fundamentais, que lhe reduzem o grau de generalidade.

a votação secreta nos casos de perda de mandato de Deputado ou Senador e de apreciação de veto do Executivo á projeto de lei.

¹¹² Referidas garantias constitucionais de publicidade de atos judiciais são asseguradas e densificadas nos seguintes preceitos: a) art. 5º, LX, “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”; b) art. 93, IX: todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

Vale registrar que o STF já reconheceu que a publicidade dos atos judiciais implica o direito de acesso aos autos, conforme transcrição da seguinte ementa: “A publicidade assegurada constitucionalmente (art. 5º, LX, e 93, IX, da CRFB) alcança os autos do processo, e não somente as sessões e audiências, razão pela qual padece de inconstitucionalidade disposição normativa que determine abstratamente segredo de justiça em todos os processos em curso perante vara Criminal.” (ADI 4.414, rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 31-5-2012, Plenário, DJE de 17-6-2013). Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>, acesso em 29/09/13.

Há uma tríade de preceitos constitucionais, representada nos art. 5º, XIV, XXXIII e XXXIV¹¹³, da CRFB, que, vigorosamente, cimentam o “direito de saber”, o direito fundamental da pessoa humana de acesso à informação em poder do Estado, de buscar a informação (se informar), receber a informação (ser informado) e transmitir a informação (informar). Esses preceitos são concreta projeção do princípio da publicidade. No que se refere exclusivamente a informações pessoais, de natureza íntima, o acesso ao conhecimento de seu conteúdo, inclusive para atualização, correção ou supressão, quando incorretos os dados, cerca-se da garantia fundamental do *habeas data* conforme prevê o art. 5º, LXXII¹¹⁴. Em breve síntese, o *habeas data* é remédio contra a circulação de informações íntimas da pessoa, que não dizem respeito ao interesse público, e que, por isso, por vontade do impetrante, devem ser excluídas do domínio da publicidade e do debate público.

Assim como a participação, o princípio da publicidade, no aspecto do acesso à informação, é um direito fundamental, também reconhecido no Direito Internacional.

Toby Mendel (2009, p. 08) registra que a primeira sessão da Assembleia Geral da ONU, em 1946, afirmava que “A liberdade de informação constitui um direito humano fundamental e é a pedra de toque de todas as liberdades a que se dedica a ONU”.

Em 1948, a Assembleia Geral da ONU proclamou a Declaração Universal dos Direitos do Homem – estatuto supremo do direito internacional, que vincula o direito das nações signatárias. A liberdade de informação foi acolhida nessa Declaração em seu art. 19:

Art. 19. Todos têm o direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de expressar opiniões sem interferência e de buscar,

¹¹³ Prevê a CRFB, em seu 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.

¹¹⁴ Art. 5º, 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 administrativo;

receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e sem limitações de fronteiras.

Na mesma esteira, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, recepcionado pelo direito brasileiro, como visto por ocasião do estudo do direito de participação, acolhe o direito à informação, também em seu art. 19:

Art. 19. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.

Note-se que, nesses diplomas internacionais, não há expressa indicação de que o campo de incidência do direito à informação abrange seu exercício em face de órgãos públicos. Entende-se, porém, o direito de acesso à informação – inclusive daquelas em posse do Estado – como dimensão do direito de liberdade de expressão (MENDEL, 2009, p. 08)¹¹⁵.

De toda maneira, atualmente, organizações internacionais, de que é parte o Brasil, já reconhecem direta e expressamente que o conteúdo da liberdade de informação inclui o acesso aos dados depositados no Estado como direito fundamental. É o caso da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969), em vigor no direito brasileiro desde 25 de setembro de 1992¹¹⁶, cujo art. 13 assim assegura:

Art. 13 – 1. Toda pessoa tem o direito de buscar e receber informações, expressar opiniões e divulgá-las livremente. Ninguém pode restringir ou negar estes direitos. 2. As autoridades precisam ser obrigadas por lei a disponibilizar de forma oportuna e razoável as informações geradas pelo setor público.

¹¹⁵ A extração do acesso à informação como efeito irradiante do direito de liberdade de expressão é matéria de detida análise de Toby Mendel: “Os responsáveis pela redação de tratados internacionais de direitos humanos tiveram visão de longo alcance em seu enquadramento do direito de liberdade de expressão, inclusive no âmbito do direito não apenas de transmitir, mas também de buscar e receber informações e ideias. Eles reconheceram o importante papel social não só da liberdade de expressão individual “liberdade para falar” mas também da noção mais profunda de livre fluxo de informações e ideias na sociedade. Reconheceram a importância da proteção não apenas do emissor, mas também do destinatário da informação. Este reconhecimento agora está sendo compreendido como inclusivo do direito a informação no sentido do direito de pedir e receber acesso à informação sob o controle de órgãos públicos”. (MENDEL, Toby. *Liberdade de informação: um estudo de direito comparado*. 2.ed. – Brasília: UNESCO, 2009. p. 11).

¹¹⁶ A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, foi promulgada pelo Governo brasileiro por meio do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992, expedido pelo Presidente da República, em exercício.

Em 1997, a Comissão Interamericana de Direito Humanos, da Organização dos Estados Americanos – OEA, reconheceu que o direito à informação inclui o direito de acesso a ela mantido pelo Estado (MENDEL, 2009, p. 11). Em seu relatório, concluiu referida comissão que:

O direito de acesso à informação oficial é uma das pedras angulares da democracia representativa. Em um sistema representativo de Governo, os representantes devem responder ao povo que lhes confiou sua representação e a autoridade para tomar decisões sobre assuntos públicos. É ao indivíduo que delegou a administração dos assuntos públicos a seu representante que pertence o direito a informação. Informação esta que o Estado usa e produz com o dinheiro dos contribuintes

O direito à informação é fundamental porque, além de ser a comunicação necessidade natural do ser humano, por meio dele se potencializa o exercício de outros direitos fundamentais de índole individual, social e difusa. Com efeito, o direito difuso¹¹⁷ ao meio ambiente sadio depende de efetivo acesso à informação e participação pública para sua realização, promoção e defesa. Na luta por causas ecológicas, são protagonistas entidades da sociedade civil (organizações não governamentais), algumas de ação global, como o *Greenpeace*. Sem o acesso da sociedade a dados governamentais sobre a situação do meio ambiente para apoio de estudos e pesquisas sobre seu misterioso e complexo funcionamento, assim como o acesso a informações sobre políticas públicas para sua preservação, fica muito aquém do que é possível e aceitável a proteção ecológica.

Toby Mendel (2009, p. 19) registra que já em 1992, na Conferência Internacional sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro, o Princípio 10 da Declaração de referida conferência estabeleceu que:

A melhor forma de se lidar com as questões ambientais é com a participação de todos os cidadãos e cidadãs envolvidos. Em nível nacional, cada indivíduo deverá ter acesso apropriado a informações sobre materiais e atividades perigosas em suas comunidades, e a oportunidade de participar de processos decisórios.

Os direitos fundamentais, que são interligados por uma rede transversal – incluindo o próprio acesso à informação – serão mais efetivamente assegurados com a consolidação de Governos e sociedades democráticos e transparentes.

¹¹⁷ Por direito difusos entende-se o direito que é de todos, cujos titulares não são individualizáveis, de forma que não é exercitável por pessoa ou coletividades delimitadas.

11.2 Concurso público e licitação pública: exemplos da vertente de concretização do princípio da publicidade na perspectiva da universalização das atividades do Poder Público.

Além das normas internas e internacionais que se referem ao direito fundamental de acesso à informação, o princípio da publicidade pode ser hermenêuticamente explorado por outras vertentes, que plenificam seu substancial conteúdo. Nesse sentido, há outras normas constitucionais que, na medida em que irradiam de outras perspectivas do princípio da publicidade, acabam também por densificá-lo e balizar sua aplicação prática.

Publicidade também quer dizer que o Estado é público e visível, porque é para todos. Deve o Estado prestar informações a todos justamente, porque é feito para todos. Ele age em público, porque pertence ao público.

Não é mero acaso o fato de que a Constituição, em diversas passagens, tenha se referido a cargos, empregos e funções públicas (art.37, incisos I, II, VIII, XI, XV, XVI e art. 38), a concurso público (art. 37, incisos II, III, IV e art. 41) e à licitação pública (art. 37, inciso XXI e art. 175).

A repetida referência de que são públicos os cargos e o concurso, cuja aprovação é a condição para neles ser investido, é a enfática significação constitucional de que todos devem ter, na maior medida possível, iguais oportunidades de participarem profissionalmente das funções públicas¹¹⁸. No caso da licitação pública, todos também devem dispor de iguais condições perante a lei de serem, contratualmente, admitidos a colaborar com o Estado mediante venda ou locação de bens, prestação de serviços e realização de obras.

O fato dos cargos, concursos e licitações serem, obrigatoriamente públicos, tem o propósito de impedir que o Estado seja loteado por grupos movidos a interesse político ou econômico, desvirtuando-se de suas republicanas finalidades constitucionalmente alinhavadas, dentre elas, a legalidade, moralidade, impessoalidade, eficiência e publicidade do agir estatal. Sem publicidade, há o risco

¹¹⁸ Viu-se acima que o art. 25 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos assegura que todo cidadão tem “o direito de ter acesso em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país”. Do mesmo modo, o item XXI da Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU, promulgada em 1948, assegura que “Toda pessoa tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país”.

de se por a perder todos os demais cardeais princípios que regem o exercício democrático e republicano do poder.

Por isso, o princípio da publicidade, na vertente de se universalizar o Estado à participação de todos, demanda publicidade, na conotação de se apresentar o Estado para todos, aos olhos de todos. Daí a importância dos procedimentos de concurso e licitação se desenvolverem visíveis, com a mais ampla abertura à participação de todos no controle da legalidade de seus atos. É importante notar que a publicidade não significa apenas tornar conhecível por todos, mediante publicação, os procedimentos estatais deflagrados, Seu conteúdo reclama a abstenção da prática de atos e exigências que, sem respaldo legal e razoabilidade, estreitam as oportunidades de interessados participarem das atividades do Estado. A normatividade da publicidade tem o escopo de fazer do Estado um espaço visível e democrático, acessível ao maior universo possível de interessados.

O art. 4º da Lei nº 8.666/93 faculta a qualquer cidadão acompanhar o desenvolvimento dos trabalhos, desde que não interfira de modo a perturbar ou a impedir a realização dos trabalhos. Para licitações de valores vultuosos, superiores a R\$150.000.000,00 (cento e cinquenta milhões de reais), de acordo com o art. 39 da Lei n. 8.666/93, é necessária realização de audiência pública antes da publicação do edital.

Além disso, diversos preceitos visam a assegurar a publicidade do certame. Obrigam a prévia divulgação do edital, acompanhado por projeto básico e orçamento de custos globais; o livre acesso ao conteúdo do edital; a publicidade das propostas comerciais, a partir da data de seu julgamento, com a abertura dos envelopes; o caráter público das sessões de julgamento; a publicação do extrato do contrato na imprensa oficial e comercial e a intimação dos interessados sobre as decisões do certame.

Aplica-se aos concursos, com as adaptações a suas peculiaridades, a mesma lógica seguida pelo procedimento licitatório para realização de publicidade. Assim, devem ser publicados detalhes sobre as fases pelas quais se desenvolverá o concurso (provas escritas, provas orais, testes físicos, investigação da vida pregressa), sobre o conteúdo das provas, data de sua realização, e outras informações pertinentes.

Além da observância dos requisitos procedimentais acima apontados, a publicidade não se completa sem a adequada caracterização do objeto do concurso ou da licitação.

Num caso e outro, os interessados na disputa têm o direito público subjetivo de conhecerem com segurança e clareza o bem que estão disputando (cargos ou contratos). Em relação aos concursos públicos, é demonstração de efetiva publicidade a fidedigna descrição no edital das atribuições do cargo, conforme previsto na lei que o criou; requisitos legais para seu exercício; a carga horária de trabalho; os possíveis locais de lotação; a remuneração inicial paga pelo exercício do cargo e o plano de carreira a que ele adere, ou seja, a maior gama possível de informações acerca do cargo disputado.

Quanto às licitações públicas, a falta de adequada caracterização do objeto constitui transgressão à publicidade em virtude de inviabilizar o claro e seguro conhecimento do objeto que o Poder Público pretende contratar.

Ademais, a efetiva e a máxima publicidade (transparência), com a divulgação do edital contendo a adequada caracterização do objeto do certame, mediante projeto básico e orçamento detalhado dos custos, é condição ou requisito de validade para a realização de licitação de obras e serviços (art. 7º, §2º da Lei. 8.666/93). Em relação às compras, elas não poderão ser feitas sem a adequada caracterização do objeto e indicação dos recursos orçamentários para pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa (art. 14 da Lei n. 8.666/93).

Note-se que a carência de publicidade, por conta da insuficiente caracterização do objeto, subverte todos os objetivos da licitação, que é impessoalmente obter-se a contratação mais vantajosa para suprir a necessidade da administração¹¹⁹. No caso dos concursos, o objetivo é a seleção dos candidatos tecnicamente mais preparados ao exercício do cargo.

A insuficiente descrição no edital do objeto a ser contratado é vício de publicidade que produz, em síntese, as seguintes consequências negativas para a licitação: a) afugenta interessados em acudir ao certame, reduzindo sua

¹¹⁹ Sobre os objetivos da licitação, dispõe o art. 3º da Lei n. 8.666/93: "A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos".

acessibilidade (publicidade) e, por conseguinte, sua competitividade, o que estreita as chances da melhor contratação possível; b) gera refazimento de projetos e de serviços, com conseqüente aumento dos custos das obras e serviços; c) causa o risco de se adquirir produto (bem, obra ou serviço) diverso daquele que se imaginou necessário a suprir a necessidade pública em vista da qual se realizou a contratação; d) sem parâmetro claro para cotejo das propostas, abre possibilidade para toda sorte de julgamentos subjetivos, susceptíveis a favorecimentos, perseguição e famigeradas fraudes licitatórias, como transfiguração do objeto, aquisição de bens de péssima qualidade e práticas de sobrepreço.

Em arremate, fica evidente que a publicidade não é somente divulgar a realização de concursos e licitações, mas divulgá-los com informações na medida necessária (ideia de razoabilidade) com as seguintes finalidades: a) permitir a inclusão do maior contingente possível de interessados, fazendo do Estado espaço para igual e justa participação de todos; b) zelar pelo efetivo e máximo alcance dos objetivos daqueles procedimentos.

11.3 O entrelaçamento do princípio da publicidade com outros princípios do direito.

Como acima articulado, é inegável que o direito de acesso à informação é a mais destacada vertente de aplicação jurídica do princípio da publicidade. O direito à informação é o principal conduto de realização do objetivo central da publicidade, que é, como visto, instrumentalizar a participação social e o controle do poder público, bem como o exercício de direitos pelos cidadãos – elementos essenciais para o funcionamento da democracia pelo debate público.

Também examinou-se que do princípio da publicidade decorrem procedimentos constitucionalmente previstos, como o concurso público e a licitação, que visam a democratizar a operacionalização dos serviços públicos.

Entretanto, mais do que o direito de acesso à informação, o cidadão tem o direito à veracidade dessa informação e não apenas a sua publicação. O conteúdo publicado é juridicamente balizado, eis que não pode ser inverídico ou incompreensível. Portanto, o princípio da publicidade é modelado mediante estabelecimento de uma rede de contatos com valores – verdade, boa-fé, *v.g.* –, que irradiam de outros princípios constitucionais, tornando relativa sua autonomia de

significação. Isso se deve ao fato de a Constituição formar um sistema normativo, em que a extração de significado de um princípio depende da sua interpretação conjugada a outros princípios. É o que se diz interpretação sistemática.

É mais assimilada entre juspublicistas a compreensão de que o princípio da publicidade exerce função instrumental em relação aos demais princípios que regem a conduta do poder público. Nesse sentido, Fortini, Pereira e Camarão (2011, p. 80) afirmam que por meio da publicidade é possível o cumprimento dos demais princípios da administração. Na linha já explorada neste trabalho, Fabrício Motta (2010, p. 271-289) afirma que a princípio da publicidade é condicionante para a participação e o controle social e oficial das funções estatais.

De fato, é prodigiosa a utilidade instrumental do princípio da publicidade, conforme demonstra a assertiva de Odete Medauar (2003, p. 237):

“A publicidade ampla contribui para garantir direitos do administrado; em nível mais geral, assegura condições de legalidade objetiva porque atribui à população o direito de conhecer o modo como a Administração atua e toma decisões; ‘abate o muro secreto da cidadela administrativa’, possibilitando o controle permanente sobre suas atividades; a visibilidade, a cognoscibilidade, a acessibilidade congregam-se e se ligam à controlabilidade dos atos dos detentores do poder.”

Como se passa a demonstrar, a publicidade estabelece relação instrumental com outros princípios fundamentais da Administração Pública. São princípios que se ombreiam, e instrumentalizam a eficácia uns dos outros (ÁVILA, 2011, p. 130).

11.3.1 Publicidade como requisito de legalidade

A relação instrumental do princípio da publicidade em relação ao princípio da legalidade se manifesta no sentido de que é por meio da publicidade que se afere a própria legalidade na atuação do poder público, ou seja, a observância do direito a que ele se submete. Sem o conhecimento dos atos praticados, procedimentos deflagrados, decisões tomadas, a legalidade da conduta do poder público não é aferida pela sociedade nem pelos órgãos do próprio Estado. Portanto, há um estreito nexos entre publicidade e controle da legalidade dos atos do Estado.

Em virtude do crescimento orgânico e expansão das atividades do moderno Estado de feição democrática e social, acentuou-se a participação do Poder Executivo no processo de aplicação e concretização das leis.

As regras jurídicas, de conteúdo cada vez mais técnico, tornam-se pontuais e particularistas, sem generalidade, com aplicação circunscrita no tempo e no espaço. Essa é a realidade que vigora de forma progressiva na atualidade. Profusão de normas técnicas, que cuidam de temas específicos. Medidas provisórias editadas pelo Poder Executivo substituem-se às leis, cuja produção é lenta diante da velocidade dos fatos sociais que demandam célere regulação.

A expressão das regras jurídicas passa a se valer de conceitos indeterminados, que delegam à administração a missão de interpretá-la e aplicá-la diante de casos concretos, servindo-se de maiores margens de discricionariedade. Cada vez mais é a Administração Pública, por meio de regulamentos e atos administrativos, quem define o sentido e o raio de incidência das normas jurídicas. De acordo com Paulo Otero (2011, p. 163):

A legalidade administrativa deixa de ser apenas aquilo que o legislador diz, segundo impunham os postulados teóricos do princípio da separação de poderes, podendo também ser aquilo que a Administração Pública ou os tribunais entendem que o legislador diz ou que a lei permite que eles digam ser o Direito vinculativo da Administração Pública.

No embalo dessas transformações o direito vai se tornando plural (CHEVALLIER, 2008, p. 144); a lei não é mais a única fonte do direito. Apresentam-se fórmulas contratuais e negociais de manifestação do Direito, em substituição dos comandos impositivos e unilaterais.

Diante desse quadro, é fundamental a efetiva e abrangente publicidade, tendo em vista que a ordem jurídica que a todos vincula já não mais se reduz apenas à lei formal emanada do Poder Legislativo. A legalidade legislada pulverizou-se numa legalidade cujos contornos também são definidos pela atividade interpretativa dos Poderes Executivo e Judiciário. Assim, a publicidade das leis – de conteúdo genérico, produzidos com conceitos abertos e indeterminados – é insuficiente para verificar se a atuação estatal se conteve nos lindes da legalidade e é também insuficiente para que os cidadãos possam conhecer com segurança qual é o espaço dentro do qual suas condutas são lícitas¹²⁰.

¹²⁰ Sobre a indeterminação de sentido das normas, que atrai a precisão de significação pela atividade interpretativa de órgão não legiferantes, esclarece Paulo Otero: “Numa sociedade aberta aos intérpretes da normatividade e num mundo composto por uma legalidade ‘principalista’, e envolta numa densa floresta de normas reguladoras da actividade administrativa, a

Enfim, a publicidade de atos e decisões administrativas torna-se impostergável para conhecimento da legalidade – conjunto de normas legais e infralegais que vinculam a conduta da administração e dos cidadãos.

A função da segurança jurídica, que é a de estabilizar expectativas de comportamento dos cidadãos, também se desdobra da relação de instrumentalidade entre publicidade e legalidade.

Quanto mais conhecida e previsível for a legalidade – a ordem jurídica regente das relações sociais entre homens e entre eles e o Estado –, o que é tarefa para a qual contribui a minuciosa publicidade de atos e decisões da administração, inclusive com seus motivos, mais segurança se imprime de quais serão os efeitos jurídicos da conduta dos cidadãos.

Habermas associa a publicidade ao desenvolvimento da segurança jurídica pelo direito. De acordo com o autor (2012, v. 1, p. 182-183), é a segurança jurídica

que permite aos destinatários do direito calcular a consequências do comportamento próprio e alheio. Sob esse ponto de vista, as normas jurídicas têm que assumir a figura de determinações compreensíveis, precisas e não-contraditórias, geralmente formuladas por escrito; elas têm que ser públicas, conhecidas por todos os destinatários, elas não podem pretender validade retroativa; e elas têm que ligar os respectivos fatos a consequências jurídicas e regulá-los em geral de tal modo que possam ser aplicados da mesma maneira a todas as pessoas e a todos os casos semelhantes.

A publicidade da legalidade é vetor de desenvolvimento da segurança jurídica, pela orientação que imprime às relações humanas. Afirma Carmen Lúcia Antunes Rocha (1994, p. 240) que a falta de publicidade gera ambiguidade nas práticas administrativas o que conduz à insegurança jurídica e à ruptura do elemento confiança que o cidadão tem que depositar no Estado.

11.3.2 Publicidade como requisito de moralidade.

descoberta de qual seja o exato padrão regulador da conduta administrativa pode bem tornar-se um milagre. Um milagre, aliás, que tem a particularidade de se encontrar nas mãos da própria Administração Pública. Ou seja, por outras palavras, é aquele que está vinculado, que, sem prejuízo da intervenção judicial *a posteriori*, define o sentido e os termos da própria vinculação: a Administração Pública diz-se vinculada a um complexo normativo do qual ela própria é, em primeira linha, titular de relevantes poderes decisórios na fixação do alcance dessa mesma vinculação”. (OTERO, 2011, p. 961.)

A positivação do princípio da moralidade é a cabal demonstração de que o direito, em busca de justiça nas decisões concretas, assimilou princípios morais – e a aplicação argumentativa dos princípios, com força vinculante, é uma prova disso.

Assim o princípio da moralidade tem significação autônoma, ou seja, o comportamento moral do agente público é um dever, que se impõe por si mesmo. A moralidade desvincula-se da legalidade. Condutas de agentes públicos podem ser antijurídicas, por conta de imoralidade praticada – ainda que tenham sido realizadas com respeito à legalidade. Adverte o Prof. Onofre Batista (2013, p.589-630) que a própria lei pode ser antijurídica por ofensa à moralidade¹²¹.

Mas onde estão os referenciais do que seja uma conduta moral? Porque a publicidade é uma condição de comportamento moralmente desejado?

Referido autor esclarece que a moralidade tem uma face universalizada, constituída pelos valores positivados na Constituição¹²². Portanto, os princípios fundamentais da ordem constitucional são um norte para a aplicação do princípio da moralidade, mas não é o único. É que o intérprete deve ter em mente os princípios constitucionais que pautam a atuação do Poder Público, mas interpretá-los com os olhos voltados para a sociedade, que com sua moral social, impõe padrões morais de conduta aos agentes públicos.

Não é com base na moral interna da Administração, nem na moral subjetiva do agente público, mas nos valores éticos compartilhados pela sociedade em determinado local e tempo, que se buscam os referenciais morais que juridicamente vinculam os meios e os fins do agir estatal, a serem identificados à luz

¹²¹ Para Carmen Lúcia Antunes Rocha, o princípio da moralidade administrativa tem uma primazia sobre os outros princípios constitucionalmente formulados, por constituir-se, em sua exigência, de elemento interno a fornecer a substância válida do comportamento público. Toda atuação administrativa parte deste princípio e a ele se volta. Os demais princípios constitucionais, expressos ou implícitos, somente podem ter a sua leitura correta no sentido de admitir a moralidade como parte integrante do seu conteúdo. Assim, o que se exige, no sistema do Estado Democrático de Direito no presente, é a legalidade moral, vale dizer, a legalidade legítima da conduta administrativa. (ROCHA, 1994, p. 213-214).

¹²² Reproduzimos abordagem de Onofre Batista Júnior acerca da universalizada interpretação do princípio da moralidade administrativa, conjugada com a relatividade de valores extraídos da moral social vigente. “Por certo, a ideia de moralidade administrativa já vem universalizada, em alguma porção, a partir do momento que se pode constatar que a Constituição reconhece, assume e marca um conjunto de valores, que assim são positivados. Mesmo assim, os referenciais morais (sociais) que fundamentam a ideia de moralidade administrativa, que o agente público deve ter como lastro para sua atuação, exigem ainda a verificação atualizada dos valores norteadores do sistema jurídico, ainda que dissonantes do entendimento subjetivo sobre o que deveria ser moralmente adequado ao interesse público. Em outras palavras, o princípio da moralidade administrativa demanda do administrador a adequação de sua atuação aos valores constitucionalmente reconhecidos, mas reclama, também, a verificação e a adequação da conduta administrativa aos valores morais partilhados pelos membros da sociedade (naquele momento histórico) que guardem estrita relação com o exercício da função pública (BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. Aspectos essenciais do princípio da moralidade administrativa e sua aplicação no direito administrativo tributário In: COELHO, Sacha Calmon Navarro. (Org.). Segurança jurídica - Irretroatividade das decisões judiciais prejudiciais aos contribuintes. 1ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, v. 1, p. 589-630).

do caso concreto. Em assertiva reflexão, o Prof. Onofre Batista (2013, p. 589-630) assinala que “no Estado democrático é o povo quem modela uma moral social (e não o Estado), e, da mesma forma, é este povo quem numa democracia, estabelece o direito, fazendo-o iluminado por valores morais”.

Tomando como partida que é da sociedade que emanam os valores éticos cardeais que, amalgamados aos princípios constitucionais, iluminam a conduta moral da administração, é a publicidade valor ético, atitude virtuosa, que a sociedade reconhece como de obrigatória observância pela atuação do Estado.

Publicidade e moralidade, princípios da mesma envergadura constitucional, estabelecem relação simbiótica, pois aquela empresta significado a esta e não se tem moralidade sem publicidade e visibilidade no exercício do poder. Fato é que prevalecem, atualmente, valores éticos de inspiração democrática segundo os quais a sociedade é a titular da informação, sendo o Estado seu mero depositário. Daí surge o dever jurídico, moralmente entrelaçado, de ser o Estado transparente.

A sociedade dos tempos da era da informação se sente instável e desconfiada com situações de desinformação. Não só na esfera pública, mas até na esfera privada, transparência é um valor disseminado, que significa seriedade, credibilidade, honestidade, nas relações pessoais e comerciais. Entre os princípios de governança corporativa encontra-se a transparência e a divulgação de informações. É claro que no mundo dos negócios a transparência não é como regra geral obrigação jurídica. Não raro, o segredo é a marca do sucesso de práticas comerciais competitivas e proteção a inventos tecnológicos de aplicação industrial, que recebe, por isso, vigorosa tutela normativa¹²³.

De toda maneira, é inegável que a transparência é um valor que tem sido cultivado como prática de boa governança nas corporações empresariais – sobretudo companhias de capital aberto, com oferta pública de ações –, pois é fator

¹²³ A fraudulenta divulgação de informações confidenciais utilizadas na indústria e comércio é passível de ser tipificada como prática criminosa. A propósito, a Lei 9.279/96, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, estabelece: “Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem: [...] XI - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato; XII - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos ou informações a que se refere o inciso anterior, obtidos por meios ilícitos ou a que teve acesso mediante fraude”.

de confiança do investidor, que se sente mais protegido contra gestões fraudulentas e irresponsáveis. A confiança alavanca investimentos de acionistas e maximiza o valor patrimonial de ações e empresas. Isso serve para ilustrar a dimensão valorativa da transparência na sociedade contemporânea.

No setor público, o clamor social por transparência é evidente. Não mais se tolera confinamento no exercício de qualquer função estatal, por quem quer que seja, salvo estreitas situações excepcionadas na conformidade da CRFB, que dizem respeito à segurança da sociedade e do Estado e à intimidade das pessoas.

O ocultamento, tanto pela clausura da informação quanto pela sua simulada divulgação, que impede o conhecimento público e o debate daquilo que verdadeiramente acontece no exercício do poder é um comportamento que a moral social abomina em escala mundial, porque representa fraude ao exercício democrático do poder, que enfraquece a cidadania e dificulta o controle do poder político e administrativo.

Ademais, o encobrimento da informação pelo manto do sigilo sempre deixa o rastro da desconfiança em torno da injustiça que cerca as medidas governamentais cujos motivos são sonogados ou mesmo quando a própria conduta é omitida do conhecimento público. Fica a dúvida: por que se prefere agir secretamente? Kant responde que é somente em segredo que se consegue alcançar os propósitos desejados se ilícitos forem, eis que em público eles não se sustentariam, diante da sua patente injustiça.

Note-se que a imoralidade do comportamento não público do Estado estriba-se em célebre reflexão kantiana, segundo a qual “são injustas todas as ações que se referem ao direito de outros homens, cujas máximas se não harmonizem com a publicidade”.

Prosseguindo seu raciocínio, Kant (2008, p. 47) assinala em memorável passagem

Este princípio [da máxima da publicidade] não se considerará apenas como ético (pertencente à doutrina da virtude), mas também como jurídico (concernente ao direito dos homens). Pois, uma máxima que eu não posso manifestar em voz alta sem que, ao mesmo tempo, se frustre a minha própria intenção, que deve permanecer inteiramente secreta se quiser ser bem sucedida, e que eu não posso confessar publicamente sem provocar de modo inevitável a oposição de todos contra o meu propósito, uma máxima assim só pode obter a necessária e universal reacção de todos contra mim, cognoscível a priori, pela injustiça com que a todos ameaça. – É, além disso, puramente negativa, ou seja, serve apenas para conhecer por seu intermédio o que não é justo em relação aos outros.

A falta ou insuficiência de publicidade é imoral porque significa a apropriação pelo Estado da informação que não lhe pertence, e que registra atos e fatos de atividades públicas referentes ao povo. Agindo dessa maneira, o Estado decide dispor do conteúdo da informação da forma que melhor lhe convém. Não se importa se o segredo imposto à informação, ou a simples omissão de sua divulgação, ou até mesmo sua supressão são realizados no interesse público (do público) do qual a informação diz respeito e a quem ela pertence.

Permanecer o Estado em segredo, sem amparo constitucional, sendo devida a iniciativa de divulgação da informação é o bastante para configurar conduta imoral e também antijurídica, ainda que, posteriormente, se revelado, o ato se apresente conforme parâmetros da legalidade.

Retomando uma ideia que alhures já se lançou neste trabalho, a publicidade promove a moralidade da administração, aprimorando-a. Em público, é mais provável a conduta virtuosa e responsável do agente público, que ficará mais exposto a controles por órgãos do Estado e também pela sociedade. Esse ambiente de publicidade cria as condições para o dever de prestar contas ser cumprido de forma mais efetiva e transparente. É que diante de um público mais informado, o agente devedor da prestação de contas terá de demonstrar de forma convincente que, no seu conjunto, as ações de sua gestão desenvolveram-se nos contornos da legalidade. E mais: que os resultados obtidos foram eficientes, ou seja, foram aqueles possíveis diante das condições materiais e jurídicas em que se executou a ação governamental.

A publicidade é também vetor de aprimoramento da atuação estatal, pela potencialização do desenvolvimento da cidadania. O acesso à informação contribui para habilitar a sociedade a debater as ações do Estado e participar da construção de políticas públicas, o que é extremamente tributário a uma ética democrática, que estimula a cidadania ativa.

11.3.3 A moralidade da publicidade

Articulou-se acima que a conduta moral do Estado pressupõe a publicidade que – na doutrina corrente – é instrumental para a realização dos demais princípios constitucionais da Administração Pública.

Entretanto, a inter-relação entre publicidade e moralidade pode ser explorada por outro prisma. Trata-se da projeção da moralidade sobre a publicidade, ou, por outras palavras, de se perquirir se o conteúdo da publicidade é moralmente aceito. É que a publicidade deve se realizar moralmente, ou seja, espelhar valores sociais que a sociedade tem a expectativa de serem adotadas pelo Estado como diretrizes obrigatórias ao divulgar e prestar informações.

Revolvendo uma situação que linhas atrás foi descortinada, pergunta-se: reverencia o princípio da moralidade a divulgação de informação que falta à verdade?

Com efeito, não se trata de se referir à verdade no sentido filosófico, entendimento daquilo que é o melhor e o mais correto na conduta das pessoas e de quais os fins a serem buscados pelo Estado. Por verdade, refere-se simplesmente à fidedigna descrição e registro dos fatos pela informação tal como ocorridos.

Ninguém razoavelmente duvida de que é imoral divulgar informação falsa a quem quer que seja. Portanto, é patente que o princípio da moralidade também concorre para a significação do princípio da publicidade, o qual pressupõe a divulgação de informação veraz.¹²⁴ A propósito do dever dos Governos de agir com honestidade e verdade, não somente com relação às informações que divulgam, mas em seus atos em geral, é emblemático o art. 73 da Constituição mineira de 1989, o qual estabelece:

Art. 73. A sociedade tem direito a governo honesto, obediente à lei e eficaz.
[...]

§2º É direito da sociedade manter-se correta e oportunamente informada de ato, fato ou omissão, imputáveis a órgão, agente político, servidor público ou empregado público de que tenham resultado ou possam resultar:

I – ofensa à moralidade administrativa, ao patrimônio público e aos demais interesses

legítimos, coletivos ou difusos;

II – prestação de serviço público insuficiente, tardia ou inexistente;

III – propaganda enganosa do Poder Público;

IV – inexecução ou execução insuficiente ou tardia de plano, programa ou projeto de governo e de programas e projetos prioritizados em audiências públicas regionais;

A verdade não é um dever moral cuja reverência se reduz ao âmbito estatal. É um valor, de acordo com reflexão de Germana Moraes (1999, p. 108), que

¹²⁴ O dever de a informação se apresentar veraz é afirmado por Germana de Oliveira Moraes, na seguinte passagem: “O princípio da publicidade assegura ao administrado não apenas o direito à informação, à transparência da atuação administrativa, à visibilidade do poder, mas também o direito à informação verdadeira: ‘o direito a uma informação exata e honesta dos governados’”. (MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética. 1999. p. 108).

preside todas as relações humanas, “em que os comportamento devem ser frontais e não ocultos, sinceros, e não mentirosos; sejam autênticos e verazes, e não simulados ou dissimulados”.

A inverdade e desonestidade são rejeitadas pelo direito em diversas realidades da vida social em que ele intervém. No direito privado, são considerados vícios que anulam declarações de vontade¹²⁵. A boa-fé, sem a qual não há verdade, é princípio norteador das relações contratuais em geral¹²⁶. É também a inverdade causa de sanções contratuais.¹²⁷ Nas relações de consumo, a verdade é expoente valor, protegida contra publicidade enganosa¹²⁸.

Enfim, ela é um referencial objetivo de moralidade que ninguém pode seriamente discordar. Em consequência, a publicidade por meio da veiculação de informação emanada do Estado não pode ser meio (imoral) de fabricação de mentiras. Nesse sentido, aduz Onofre Batista (2013, p.589-630) que

De nada adiantariam as exigências do princípio da publicidade, ou mesmo o direito de informação do art. 5º, XXXIII, da CRFB/88, se as informações dadas fossem inverídicas, maquiadas ou torcidas. Com relação à eficiência administrativa, estar-se-ia, assim, inviabilizando o próprio *feedback* na atuação administrativa, o que fatalmente conduziria à ineficácia da atuação dos órgãos de controle, que contariam com relatórios e dados inúteis.

Além disso, a prestação de informação mentirosa, sem correspondência entre fatos e decisões a respeito deles tomadas, em que a realidade é deliberadamente omitida, é atitude frontalmente ofensiva à democracia, pois expõe o povo à simulação: a aparência da conduta disfarça sua real natureza e seus reais propósitos.

A falta de verdade descredencia o debate público racional entre sociedade civil e Estado como instância transformadora da realidade. Sem acesso ao real conteúdo das informações prestadas pelo Estado não se consegue realizar

¹²⁵ Exemplifica-se aqui que o Código Civil prevê a nulidade de negócio jurídico, no preceito do art. 167. “É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma. § 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando: I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem; II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira”;

¹²⁶ Nesse sentido, estabelece o art. 422 do Código Civil: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé”.

¹²⁷ Esta hipótese é bem retratada no contrato de seguro, disciplinado pelo Código Civil. Prevê seu art. 766. “Se o segurado, por si, ou por seu representante, fizer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito à garantia, além de ficar obrigado ao prêmio vencido”.

¹²⁸ Nesse sentido, são diversos os preceitos do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90). “Art. 6º São direitos do consumidor[...] IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva; Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal; Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva”.

ações para promoção de igualdade, bem estar e emancipação na vida das pessoas na medida esperada. Nesse contexto, a divulgação mentirosa da informação, com deturpação dos fatos, emperra a realização de reformas institucionais e de políticas públicas ou tomadas de decisões do modo mais fiel possível ao desejo e necessidade social e aos interesses públicos cravados na Constituição e nas leis.

Da manipulação pelo Estado dos fatos – mentira – ou mesmo da sua ocultação – sigilo – avulta a realidade ilusória, aquela apresentada ao público com embuste à opinião pública, que dá suporte a aplicação fraudulenta da lei, em atentado ao Estado de direito e deslealdade à democracia. Submersa à realidade ilusória, campeia a realidade inconfessável. Trata-se da dissimulada realidade que, invisivelmente, à margem da lei e dos interesses públicos democráticos, consegue fazer prevalecer e prosperar, à custa de mentira e sigilo, interesses políticos e eleitoreiros do Governo, ou interesses econômicos de classes e grupos – isso tudo, em desprezo pelos interesses públicos.

Por isso, reafirma-se: a falta de publicidade é risco à estabilidade democrática. Ela expõe o Estado à captura de interesses privados e partidários que marginalizam e postergam a realização dos interesses públicos.

Por certo, no rastro de prestação mentirosa de informação segue-se o que a doutrina administrativista denomina desvio de poder ou desvio de finalidade. De acordo com Hely Lopes Meirelles (2006, p. 112), verifica-se o desvio de poder quando a autoridade, nos limites de sua competência, pratica ato movido por fins diversos daqueles previstos em lei ou exigidos pelo interesse público. Há uma violação moral da lei, pois se emprega meios imorais para a prática de um ato administrativo aparentemente legal. Não há uma violação direta da lei, mas aquilo que Hely Lopes Meirelles (2006, p.113) diz “violação ideológica da lei, pois é consumado às escondidas ou se apresenta disfarçado sob o capuz da legalidade e do interesse público”.

Assim, a inverdade da publicidade é sinal de disfarçada afronta à legalidade.

11.3.4 Publicidade, urbanidade e cortesia.

A ética da publicidade estatal, como visto, é comprometida em realizar interlocução com a sociedade e facilitar sua participação nas funções estatais para

realização de interesse públicos democráticos. Todavia, também deve ser explorada, com a visão complementar, de que faz parte do conteúdo do princípio da publicidade dispensar tratamento transparente ao cidadão usuário dos serviços da Administração Pública.

A moralidade que circunda a publicidade exige a correta e compreensível prestação de informação, inclusive em atendimento pessoal e presencial aos cidadãos. Não raro, comparecer, pessoalmente, ou por interposta pessoa, a repartições públicas é o meio que resta para que o cidadão possa exercer seus direitos ou cumprir seus deveres em face do Estado. E nada impede que o direito invocado seja tão somente o acesso à informação que deseja, e nada mais.

Nesse sentido, a ética pública democrática – rompendo com posturas autoritárias que infelizmente ainda dominam a Administração Pública brasileira – impõe aos agentes públicos o dever de se desdobrarem para agirem com transparência visando a abastecer o cidadão com a informação solicitada. A rigor, o esforço por atender a solicitação do cidadão – desde que formulada de modo respeitoso e com finalidade lícita – nada mais é que cumprimento de um dever por parte do agente público, previsto nos estatutos que regem a disciplina profissional dos servidores públicos.¹²⁹

Deve-se combater a noção disseminada de que transparência é apenas divulgação eletrônica de informação. Não é. Transparência tem também o compromisso de aproximar os cidadãos da Administração Pública. Isso inclui o dever de dispensar respeitoso tratamento a quem se dirija a ser, presencialmente, atendido pela Administração Pública, para não intimidá-lo e afastá-lo do objetivo perseguido. Respeito e urbanidade são tratamentos exigidos para ambas as partes, servidor e cidadão.

Seria comportamento desleal – e ofensivo à moralidade – a Administração Pública exigir do cidadão padrão de comportamento que em troca a ele não possa ser igualmente dispensado.

¹²⁹ Nesse sentido, o estatuto dos servidores públicos federais (Lei nº 8.112/90) estabelece em seu art. 116. “São deveres dos servidores: I - exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo; V - atender com presteza: a) ao público em geral, prestando as informações requeridas, ressalvadas as protegidas por sigilo; b) à expedição de certidões requeridas para defesa de direito ou esclarecimento de situações de interesse pessoal; XI - tratar com urbanidade as pessoas;

Assim, a postura ética de quem se apresenta transparente requer conduta praticada com cortesia e respeito, tendo em consideração o legítimo interesse buscado pelo cidadão ao procurar a Administração Pública. Esses são os primeiros passos para se buscar a aproximação entre as pessoas e o entendimento necessário à satisfação das legítimas pretensões em questão.

Os mesmos deveres que a Administração Pública exige no comportamento de quem com ela estabelece relações, conforme previsto no art.4º da Lei n.9.784/99, também são, em contrapartida, exigidos no tratamento dispensado ao cidadão. Isso é, repita-se, uma imposição do dever de lealdade. Importante resgatar-se aqui a ideia de que a ação comunicativa – que se ancora na busca de racional entendimento intersubjetivo sobre questões moralmente problematizadas – pressupõe que as partes ajam com igual respeito e consideração, isto é, com sinceridade em relação a seus propósitos e em relação aos fatos e experiências ocorridas na vida pessoal e na via social em que se insere. Portanto, a verdade dos fatos de quem argumenta é o ponto de partida para o racional entendimento discursivo num procedimento comunicativo.

Nesse sentido, o princípio da publicidade exige da Administração Pública e do cidadão o cumprimento dos preceitos do art. 4º da Lei 9.784/99, pois, se assim não for, as partes debatedoras não estariam participando do procedimento discursivo em condições de igualdade, o que seria antidemocrático. Assim, são deveres de ambas as partes: I - expor os fatos conforme a verdade; II - proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé; III - não agir de modo temerário; IV - prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos.

11.3.5 A publicidade como vetor de eficiência

No Estado Democrático de desiderato social, como é o Estado brasileiro, para sua legitimação, além da origem democrática do poder, é fundamental o alcance de eficientes resultados, satisfazendo com eficácia necessidade sociais. De acordo com Onofre Batista (2012, p. 104), trata-se da “‘legitimação pelo êxito’, ou seja, a realização de metas de desenvolvimento, com a conseqüente melhoria das condições de vida da comunidade, tendente a legitimar o poder”.

Para a satisfação das necessidades sociais, mediante concretização de direitos fundamentais individuais e sociais, ganha centralidade a atuação da

Administração Pública. É que a lei, por si só, é incapaz, sem políticas públicas administrativas e democraticamente adotadas, de realizar seu compromisso com a promoção de bem estar social e dignificação da vida das pessoas.

O cenário de publicidade, em que a ação governamental fica exposta a avaliação da esfera pública (meios políticos, órgãos oficiais de controle, mídia, sociedade civil), cria condições mais tendentes ao alcance de resultados eficientes pela Administração Pública. Na verdade, a publicidade – desde que verdadeira – permite aquilatar se os resultados alegados foram de fato alcançados. Também possibilita averiguar a efetividade dos resultados obtidos, ou seja, se a meta atingida realizou seu objetivo. Assim, a efetividade quer saber se o resultado da ação administrativa contribuiu para supressão de carência social ou incremento do bem estar para determinada comunidade. Por exemplo, vale imaginar a seguinte situação e indagar: a ação eficaz, obtida com a construção de escola rural em determinado município, tal como planejado, também realizou o objetivo de incrementar o acesso e a qualidade de ensino? É possível que a construção da escola em localidade rural não tenha gerado impactos positivos na educação da comunidade, porque a escola não foi provida por instalações e suprimentos adequados ao ensino ou até mesmo não contava com suficiente disponibilidade de professores. Talvez fosse mais efetivo empregar recursos públicos para assegurar regular e adequado transporte de estudantes a outra localidade que dispusesse de unidade de ensino em condições de atender a demanda.

A rigor, a publicidade – inclusive aquela proveniente de publicação da informação pela Administração de ofício – concorre diretamente para o controle estatal e social da eficiência administrativa.

Com publicidade, mediante circulação de informação na esfera pública, situações como a acima exemplificada ganham domínio público. Há maior pressão de atores da esfera pública por explicações sobre a satisfação dos objetivos em vista dos quais houve dispêndio de recursos públicos. O conhecimento do contexto dentro do qual os recursos públicos foram consumidos dificulta que o Poder Público se limite a contabilmente demonstrar que houve regular emprego desses recursos e que a legalidade da despesa foi observada. Exposta à crítica pública, a Administração Pública fica mais atenta a ter que demonstrar à sociedade o efetivo impacto positivo da sua atuação, para não perder credibilidade perante a opinião pública. Com o acesso a informações verazes, órgãos oficiais de controle (Tribunais

de Contas, Ministério Público, controladorias internas) e a sociedade têm condições de realizar uma avaliação mais global da eficiência da atuação administrativa do Estado, inclusive para efeitos do controle eleitoral pelo voto¹³⁰.

No contexto de exposição à crítica pública, reafirma-se, a Administração fica tendente a consumir recursos públicos com maior responsabilidade, e conseqüentemente, a agir com mais eficiência, em busca de resultados que melhor satisfaçam o bem comum. O debate emergido da publicidade – diante do potencial de desgaste eleitoral – pode, inclusive, realinhar a ação da Administração para rumos de maior eficiência na aplicação dos recursos amealhados da sociedade por meio de tributos.

11.3.6 Publicidade e controle de impessoalidade

A comunicação oficial dos atos do Estado é bipartida em dois segmentos fundamentais. Um deles é a publicidade legal, consistente na divulgação oficial de atos normativos e administrativos (MARTINS JUNIOR, 2004, p. 116). O objetivo é a validade e eficácia dos atos jurídicos.

A outra forma de comunicação, indicada pelo art. 37, §1º, da CRFB, é a publicidade como meio de propaganda de atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos. Porém, a CRFB aponta que a permissão para a propaganda governamental somente é permitida com a finalidade educativa, informativa ou de orientação social.

Dessa forma, a CRFB reconhece a necessidade da propaganda, como formar de aproximar o Estado da sociedade e fazê-la ciente das ações da Administração Pública de maior impacto social. A propaganda constitucionalmente parametrizada é, portanto, meio de informar a sociedade sobre a atuação governamental, para oportunizar tanto a conscientização popular das ações administrativas de maior impacto social como a possibilidade de crítica pública e desenvolvimento de debate público sobre atos, programas, obras, serviços e

¹³⁰ Nesse sentido, aduz Onofre Batista: “Não adianta o estabelecimento de parâmetros de eficiência se o cidadão não detém informação suficiente para saber a quem atribuir o resultado eficiente. A atuação eficiente pressupõe a escolha da melhor alternativa possível, daí, além das informações suficientes acerca dos resultados e falhas obtidos, o controlador necessita saber, para que o controle possa ter efetividade, quais os resultados possíveis, diante das circunstâncias e condições. Em substância, é fundamental que o cidadão disponha de informações verdadeiras pertinentes acerca dos resultados obtidos e dos resultados que poderiam ter sido obtidos pelo Governo. (BATISTA JUNIOR, 2012, p. 490).

campanhas governamentais. A propaganda governamental tem, portanto, o propósito de funcionar como espécie de informal prestação de contas de atos de Governo. É esse o interesse público que sustenta a propaganda governamental nos quadrantes da licitude e da moralidade. A propaganda não existe para a divulgação de “números” supostamente positivos da ação governamental, sob pena de quase sempre se converter em indevida antecipação da propaganda político-eleitoral.

Além disso, a CRFB veda personalização da informação, isto é, a divulgação da informação com o intuito de promoção pessoal de agente públicos. Quer a Constituição garantir a impessoalidade no tratamento da comunicação pública envolvendo agentes e órgãos público. Por isso mesmo, o art. 37, §1º, veda que da publicidade governamental conste nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal. Segundo Carmem Lúcia (1994, p. 245), para o cumprimento do princípio da impessoalidade, requer-se que a publicidade seja dos comportamentos (atos, programas, obras, serviços, campanhas dos órgãos públicos) administrativos e não dos agentes públicos.

De acordo com Wallace Martins Júnior (2004, p.120), a propaganda governamental lícita é somente aquela que simultânea e complementarmente: a) não caracterize promoção pessoal e; b) somente tenha propósito de educação, informação e orientação social.

O abuso praticado em nome da publicidade – com a substituição da propaganda informativa pela propaganda promocional – é um dos mais acintosos agravos à ela e à democracia (ROCHA, 1994, p. 249), pois forja, com manipulação, a consciência da opinião pública pela difusão de distorcidas versões de fatos mediante veiculação de imagens e textos pela mídia ou qualquer outros meio, com o propósito, escancarado ou velado, de promoção de agentes públicos.

A preservação da impessoalidade na publicidade governamental demanda circulação de informação e opinião alternativa à versão oficial dos fatos propagada pelo Governo. É necessária a atuação permanente da uma imprensa livre e plural, capaz de denunciar à sociedade distorções nas informações divulgadas. Ao lado da imprensa, o combate ao desvio de finalidade e personalização da informação praticados na propaganda governamental deve também ser explorado pela ação de órgãos de controle da Administração Pública (Casas Legislativas, Tribunais de Contas, Ministério Público), que podem também ser fonte confiável para a sociedade de informações sobre atos, programas, obras e

serviços governamentais. Além de fonte alternativa de informação, devem também os órgãos de controle zelar, mediante fiscalização, pela impessoalidade e veracidade das propagandas governamentais difundidas.

11.3.7 Eficiência nas ações de publicidade

Retornar-se-á mais adiante a esse tema, quando da análise do controle da publicidade pelos Tribunais de Contas, mas, desde, já vale assinalar que o princípio da publicidade – como todo princípio – é norma de textura aberta que estabelece orientações gerais valorativas. Logo, depende de ulterior atividade de concretização, em diferentes níveis, de acordo com circunstâncias fáticas e jurídicas.

Examinando a publicidade pela ótica principiológica, Gustavo Binbenojm (2006 b), apoiado em lição alexyana, afirma que o princípio da publicidade também é um mandado de otimização, que aponta para um estado de coisas a ser alcançado, de forma que sua concretização deve-se voltar para a adoção de medidas que progressivamente permita o melhor alcance possível de seus fins.

Diante do estágio atual de desenvolvimento tecnológico e jurídico, o cumprimento otimizado (eficiente) do princípio da publicidade se alcança pela divulgação impressa e eletrônica de informações mantidas pelo Estado, mediante linguagem compreensível, em atendimento às diretrizes e exigências recentemente estabelecidas pela Lei nº 12.527/11, batizada por Lei de Acesso à Informação e Lei Complementar nº 131/09, conhecida como Lei de Transparência.

Somente o cumprimento formal da publicidade, sempre associado à mera observância de formalidades, para exteriorização e início da eficácia dos atos administrativos, é conduta doravante antijurídica, porquanto não propicia amplificado e acessível conhecimento desses atos.

Vejamos um exemplo. É ainda vigente – e, portanto, de cumprimento obrigatório – preceito do art. 61, §1º, da Lei nº 8.666/93, segundo o qual a publicação resumida do instrumento de contrato ou de seus aditamentos na Imprensa Oficial, é condição indispensável para sua eficácia e será providenciada pela administração até o quinto dia útil do mês seguinte ao mês em que houve a assinatura do contrato.

Essa formalidade cumpre de forma muito restrita o princípio da publicidade. Sabe-se que o conteúdo do extrato do contrato representa informações

extremamente sintéticas. Além do mais, a divulgação da informação em diários oficiais está ao alcance de inexpressivo número de pessoas, pois sua versão impressa circula apenas em grandes centros urbanos. Seu conteúdo é mais acessado pelos poderes públicos do que pelos cidadãos, pois ainda que disponível em mídia eletrônica, não é de fácil pesquisa para a média das pessoas, que em sua maioria, no Brasil, ainda não possui imediato acesso à internet.

Não se defende a prescindibilidade da publicação oficial dos atos administrativos em diários oficiais de circulação impressa e eletrônica ou mesmo em jornais comerciais. Ela é importante e tem sua função: dar conhecimento ao público da prática do ato, marcando início da produção dos seus efeitos jurídicos perante terceiros¹³¹. É a publicação oficial marco temporal a partir do qual o ato é eficaz. A partir dela inicia-se a contagem de prazos prescricionais para sua impugnação administrativa ou judicial. A propósito, a Lei nº 9.784/99, em seu art. 2º, parágrafo único, IV, estabelece que é critério de atuação da administração pública federal em processos administrativos, a divulgação oficial de atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas em lei.

Todavia, o satisfatório cumprimento da publicidade não seria, nesse exemplo, apenas a adoção das providências do art. 61, §1º da Lei nº 8.666/93. Em complemento, é necessário prestar outras informações sobre o processo de realização dessa despesa. Isso abarca dados sobre o empenho, a licitação, o contrato e o pagamento, disponibilizados sempre em tempo real, para consulta dos interessados em arquivo público e “portais eletrônicos de transparência”, consoante determinação do art. 7º da Lei nº 12.527/11^{132 133}. Sem essas providências, em face da Lei nº 12.527/11, a Administração Pública não cumpre, satisfatoriamente, seu dever de publicidade e, por conseguinte, não adota comportamento transparente.

¹³¹ De acordo com Hely Lopes Meirelles, publicidade é a divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos. Daí porque 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, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 94).

¹³² Lei nº 12.527/11, Art. 7º - O acesso à informação de que trata esta Lei compreende, entre outros, os direitos de obter: VI - informação pertinente à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos;

¹³³ Vale registrar que antes mesmo da vigência da Lei nº 12.527/11, a Lei Complementar nº 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal – LFR), especialmente depois dos acréscimos introduzidos pela Lei Complementar nº 131/09, já estabelecia a obrigatoriedade de divulgação dos atos relativos à execução orçamentária e financeira. Nesse sentido, referida Lei prevê em seu art. 48 que é instrumento de transparência na gestão fiscal a liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público.

Com efeito, a informação deve ser acessível, de forma clara, ao maior número possível de interessados, levando-se em conta as atuais condições de tecnologia e de recursos humanos e financeiros disponíveis, com a observância da legislação vigente.

A publicação em diário oficial de contrato administrativo não é suficiente para sua publicidade com efeitos *erga omnes*, pelo menos na forma exigida pela Lei Complementar nº 131/09 e pela Lei nº 12.527/11. Nessa situação, a publicação do contrato em diário oficial não exime de responsabilidade o agente público que descumpriu o dever de também publicá-los em “portais eletrônicos da transparência”, conforme exige a legislação acima citada. A não divulgação das informações sobre o referido contrato no “portal eletrônico da transparência” não vai implicar sua invalidade ou ineficácia, mas constitui, doravante, conduta antijurídica, especialmente se a informação mantida pelo Estado enquadrar-se entre aquelas cuja divulgação é seu dever, independentemente de requerimento, conforme previsto no art. 8º da Lei nº 12.527/11 (transparência passiva). O descumprimento das normas de transparência configura, no mínimo, ato de irresponsabilidade fiscal, que expõe o gestor público a sanção, como aplicação de multa, imposta por órgãos de controle, como os Tribunais de Contas, a quem incumbem fiscalizar o cumprimento das disposições da Lei Complementar nº101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal). Há também a previsão nos art. 73-B e 73-C da Lei de Responsabilidade Fiscal de que o não cumprimento da obrigação de disponibilizar a qualquer interessado, em meio eletrônico, informações referentes à execução da despesa e realização da receita sujeita o ente público à punição. A sanção cominada é a proibição de receber transferências voluntárias, enquanto perdurar o descumprimento do dever de assegurar ampla divulgação sobre a gestão orçamentária e financeira em meio eletrônico de fácil acesso. A dolosa inércia em ser transparente, por meio da negativa de publicidade a atos oficiais, também pode, em tese, configurar ato de improbidade administrativa, consoante previsão do art. 11, IV, da Lei nº 8.429/92.

Por outro lado, a publicação da informação no portal da transparência também não é suficiente para emprestar eficácia ao contrato administrativo, que, por razões de segurança jurídica, especialmente para fixação de termos de prazos para exercício de direitos, conforme visto acima, continua a exigir sua publicação em diário oficial.

Enfim, a transparência não é realizada por qualquer forma de divulgação da informação. Seu cumprimento depende de que a exteriorização da informação cumpra suas diversas finalidades com o maior alcance possível. Logo, é devida a realização eficiente da publicidade, que imprime exteriorização e eficácia aos atos da administração, mas que também se oriente no sentido de aproximar a sociedade do Estado, pela participação, mediante o livre acesso ao maior volume possível de informação, sobretudo daquelas referentes à administração do patrimônio público, realização de programas governamentais e prestação de serviços públicos.

O princípio da eficiência – também para o cumprimento das finalidades acima descritas – ainda exerce conformação sobre a publicidade no sentido de que devem os órgãos do Estado organizar sua gestão documental – isso é fundamental. Sem o suporte arquivístico da informação, que é a base de seu registro, não se divulga a informação, pois ela não se preserva ou é de difícil e incerta localização. Em suma, não se cumpre eficientemente o princípio da publicidade, por meio da disponibilização da informação, se não se sabe onde encontrá-la ou se não meios de armazená-la e preservá-la.

É imprescindível a formação, organização e proteção de arquivos públicos, que são a memória permanente de atos praticados pelo Poder Público de interesse social, com base nos quais se faz o resgate de dados necessários à prestação de informações.

Toby Mendel (2009, p. 35) aponta que a boa gestão de arquivos públicos é fundamental para o acesso à informação:

Em vários países, um dos maiores obstáculos do acesso a informação é o péssimo estado de manutenção dos registros. Os servidores, muitas vezes, não sabem de quais informações dispõem ou, mesmo que saibam, não são capazes de localizar os registros procurados. A boa gestão de documentos oficiais não só é essencial para o efetivo estabelecimento do direito a informação, como também é uma das funções básicas do Governo moderno, sendo de importância crucial para a efetiva consecução de todas as metas do funcionalismo público.

A boa gestão dos documentos mantidos pelos Governos é providência concretizadora do princípio da publicidade e do direito fundamental de acesso à informação, pois não se acede a ela com segurança e confiabilidade sem o seu prévio registro, documentação e, se for o caso, seu arquivamento. Entende-se que o

dever do Estado de informar, reconhecido pela Lei nº. 12.527/11¹³⁴, está associado a sua obrigação de organizar e preservar seus arquivos.

Nesse sentido, dispõe o art. 216, §2º da CRFB que “cabem à Administração Pública, na forma da lei, a gestão de documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem”. Do conteúdo desse preceito depreende-se que a CRFB reconhece a inter-relação entre a adequada gestão de documentos e a prestação da informação. Vislumbra-se aqui a incidência do princípio da eficiência, no sentido de que a administração tem o dever de se organizar para prestar uma boa informação, que efetivamente esteja disponível ao requerente, com integridade e fácil compreensão. De acordo com o lusitano Alexandre Brandão da Veiga (2007, p. 261), um dos exemplos do dever de se organizar para melhor poder disponibilizar informações é o registro e sistematização de todos os documentos que detêm os órgãos públicos.

Se o Estado esforça e investe recursos públicos – que não são poucos – para obter informações de particulares, deve também, na mesma medida, estruturar-se e organizar-se para prestar a informação requerida pelo particular.

A Lei nº 8.159/91, que dispõe sobre a política nacional de arquivos públicos e privados, também reconhece a necessidade de organização de arquivos e gestão de documentos¹³⁵ para eficiente prestação de informação à sociedade.

Não é por outra razão que seu art. 1º estabelece que são deveres do Poder Público a gestão documental e a proteção especial dos arquivos, pois são a fonte primária da informação, que serve aos seguintes propósitos: instrumento de apoio à administração, à cultura, ao desenvolvimento científico além de ser elemento de prova e informação.

Como se vê, a organização e a transparência arquivística não se destinam apenas a contribuir para a demanda de informação da sociedade – são múltiplas suas serventias. A eficiente documentação de atos e fatos administrativos, consolidados em arquivos públicos sistematizados e transparentes contribui para o processo de comunicação interna dos órgãos administrativos, que não raro pouco se

¹³⁴ Lei nº 12.527/11, em seu Art. 5º, estabelece que “É dever do Estado garantir o direito de acesso à informação, que será franqueada, mediante procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão”.

¹³⁵ A Lei nº 8.159/91, em seu art. 3º, define gestão de documentos como “o conjunto de procedimentos e operações técnicas referentes à sua produção, tramitação, uso, avaliação e arquivamento em fase corrente e intermediária, visando a sua eliminação ou recolhimento para guarda permanente”.

conhecem. Isso inegavelmente colabora para o processo decisório estatal, sobretudo quando à tomada de decisão é prudente o conhecimento de fatos pretéritos e/ou originados de órgão diverso.

Os arquivos também são repositórios para preservação da memória pública nacional e do patrimônio histórico-cultural – são prodigiosa fonte para pesquisas científicas, tendo em vista a universalidade de dados e documentos mantidos pelo poder público¹³⁶.

11.4 A relação entre publicidade e transparência

A transparência apresenta-se como qualidade, atributo da publicidade, que consiste em promover a divulgação da informação não só para imprimir eficácia aos atos e decisões estatais, mas para permitir o efetivo conhecimento da atuação do Estado, necessário para seu acompanhamento e controle pela sociedade.¹³⁷

A publicidade é pressuposto da transparência, está na sua raiz. Assim, a transparência desdobra-se do princípio da publicidade, apresentado-se como seu subprincípio, implicitamente extraído da interpretação sistemática do ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional.

Pode-se afirmar que a transparência é a postura que se tem ao fazer do princípio da publicidade instrumento efetivo de realização de outros princípios

¹³⁶ A propósito da multifuncionalidade dos arquivos públicos, a Lei nº 19.420/11, do Estado de Minas Gerais, em seu art. 2º, define como seus objetivos: I – fortalecer a rede de instituições arquivísticas públicas; II – assegurar a adequada administração dos documentos públicos; III – preservar o patrimônio arquivístico público e privado de interesse público e social; IV – atender às demandas informacionais do Estado para apoiar o processo decisório; V – assegurar o acesso às informações contidas nos arquivos, observadas as disposições legais; VI – promover o reconhecimento dos arquivos como recursos fundamentais para o desenvolvimento do Estado e da sociedade; VII – contribuir para a promoção da transparência do poder público por meio da documentação de suas ações; VIII – garantir o livre fluxo de informações entre o Estado e a sociedade; IX – proteger o direito individual à privacidade na prestação das informações contidas nos arquivos; X – incentivar o uso de arquivos como fonte de pesquisa e de informação científica e tecnológica; XI – promover a adoção de inovações e o intercâmbio de informações científicas e tecnológicas na área arquivística;

¹³⁷ Assentou Fabrício Motta que “as ideias de publicidade e transparência parecem ser complementares. A partir da acepção comum das palavras, pode-se entender a publicidade como característica do que é público, conhecido, não mantido secreto. Não obstante, a publicidade oficial atua como requisito para a eficácia dos atos, em geral, praticados pelo poder público. Transparência, ao seu turno, é atributo do que é transparente, límpido, cristalino, visível; é o que se deixa perpassar pela luz e ver nitidamente o que está por trás. A transparência exige não somente a disponibilidade de conhecimento mas também a possibilidade de entendimento dos atos. Os atos administrativos devem ser públicos e transparentes – públicos porque devem ser levados a conhecimento dos interessados por meio dos instrumentos legalmente previstos (citação, publicação, comunicação, etc); transparentes porque devem permitir entender com clareza seu conteúdo e todos os elementos de sua composição, inclusive o motivo e a finalidade, para que seja possível efetivar o seu controle”. (MOTTA, 2010, p.277).

Luisa Cristina Pinto e Neto também associa a transparência a uma dimensão mais vigorosa e ampliada da publicidade. Aduz a autora: “Não basta que se afaste o sigilo, o segredo da atuação administrativa, urge que esta se desenrole abertamente de maneira compreensível. A publicidade ganha consistência com a transparência garantindo que os cidadãos possam efetivamente acompanhar o agir administrativo. A transparência impõe deveres mais pesados sobre a Administração, visto que não se satisfaz, por exemplo, com a mera publicação em jornais oficiais de excertos de atos praticados pela Administração, mas que não possibilitem entender do que se trata. A transparência exige a escolha de meios que substancializem e maximizem a publicidade, o que cada vez mais se torna factível com o desenvolvimento de meios eletrônicos”. (NETTO, 2009, p. 143).

densificadores do princípio democrático: motivação, contraditório e ampla defesa, moralidade, impessoalidade, segurança jurídica, eficiência, além de ser instrumento que permite o controle da Administração Pública e a participação popular¹³⁸.

O princípio da transparência se identifica pela publicação facilmente acessível e compreensível por todos os interessados, mediante recurso aos diversos meios e processos atualmente disponíveis para circulação da informação. Por essa ótica, concordamos com Têmis Limberger (2007, p.55-71), quando aduz que “a transparência demonstra ser uma integração do princípio da publicidade conjugado com o direito à informação (art. 5º, XXXIII) e o princípio democrático”.

¹³⁸ Refletindo sobre a temática, anotou Maria Sylvania Di Pietro que: “Na realidade, a ideia de transparência é mais ampla do que a de publicidade. A transparência também não é sinônimo de publicidade. Ela tem um sentido muito mais amplo, porque abrange os princípios da publicidade, da motivação, da participação, do devido processo legal; nela se insere o direito à informação, o direito à obtenção de certidão, o direito de acesso ao processo. A transparência garante a visibilidade das ações do Governo. Permite a fiscalização do exercício do poder pelo cidadão, pois, para exercer o direito de petição, para denunciar irregularidades, para propor ação popular, ele precisa conhecer as decisões e as respectivas motivações. Permite o exercício do direito de defesa e do contraditório. Permite o controle pelos poderes instituídos: controle interno, pela própria Administração Pública, e controle externo, pelos Poderes Judiciário e Legislativo, este último com o auxílio do Tribunal de Contas. (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di Pietro, Alcance do princípio da publicidade das funções públicas: transparência e sigilo. In: MORAES, Alexandre de. (coord) *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009 p. 201-215).

12 O DEBATE PÚBLICO COMO INSTÂNCIA DE CONTROLE NO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

12.1 A inter-relação entre controle e Constituição

Se a finalidade do Estado não está em si mesmo, mas exclusivamente na sociedade, é evidente que a atuação estatal deve estar, permanentemente, orientada à realização do bem comum, tendo como bússola as normas constitucionais que conformam sua estrutura e funcionamento.

Logo, o exercício de poder estatal pressupõe seu controle, para verificar se ele reflete o cumprimento de deveres em vista dos quais a Constituição e as leis lhe cometem deveres-poderes¹³⁹, por meio de competências normativas e administrativas para realização dos interesses da sociedade.

Daí se segue que o Estado, por lidar com interesses públicos, que não são imanentemente seus, tem o dever inarredável de prestar contas de tudo o que faz e sujeitar-se a ser controlado pela sociedade e por uma estrutura de entidades oficiais controladoras, para verificar a constitucionalidade e legitimidade do seu desempenho.

Apresenta-se o controle como manifestação direta de normas constitucionais que querem acautelar e resgatar a constitucionalidade, ou seja, realinhar o desempenho do exercício do poder, sempre que adote comportamentos comissivos e omissivos desviantes da realização dos fins coletivos e dos direitos fundamentais que iluminam o projeto constitucional.

É a função de controle, de acordo com Rodolfo Viana Pereira (2010, p. 201-202), verdadeiro princípio constitucional, elemento inseparável do próprio conceito de Constituição, que funciona como mecanismo de viabilidade constitucional. A associação entre controle e constituição é tão estreitada que Manuel Aragón (1995, p. 12-15, apud PEREIRA, 2010, p. 202) afirma com

¹³⁹ Essa expressão é consagrada no direito brasileiro por Celso Antônio Bandeira de Melo, ao discorrer sobre a inclinação do exercício da competência públicas ao cumprimento de deveres legais. Nas palavras do eminente professor: "Com efeito, inobstante os poderes que elas [competências] exprimem sejam, efetivamente, seu lado mais aparente, antes que poderes as competências são deveres, o que é particularmente visível no caso das competências administrativas. Na verdade, elas são deveres-poderes, expressão, esta, que descreve melhor suas naturezas do que a expressão poder-dever, que começou a ser utilizada, algumas vezes, no direito Administrativo, a partir de lições de Santi Romano. É que ditas competências são atribuídas ao Estado, a seus órgãos, e, pois, aos agentes neles investidos, especificamente para que possam atender a certas finalidades públicas consagradas em lei; isto é, para que possam cumprir o dever legal de suprir interesses concebidos em proveito da coletividade". (MELLO, 2003, p. 132).

veemência que “quando não há controle, não ocorre apenas o fato de a Constituição ver debilitada ou anulada suas garantias constitucionais, ou se faça difícil ou impossível sua realização; ocorre, simplesmente, que não há constituição”.

Por meio do controle, a Constituição adéqua a realidade fática a uma realidade normada (jurídica), tendo as decisões constituintes como referência (PEREIRA, 2010, p.37).

De fato, são múltiplos os arranjos institucionais de controle que permeiam os diplomas constitucionais modernos. Basta lembrar que a partir do tronco do princípio da separação e interdependência de poderes o Estado se estrutura por diversos conjuntos de órgãos constitucionais (Poder Executivo, Poder Legislativo, Poder Judiciário, Ministério Público, Tribunais de Contas).

A função de controle desses órgãos não é compreendida apenas na perspectiva liberal-garantista de limitação do exercício do poder, em que o controle quer proibir e restringir a ação estatal. Deve haver um equilíbrio com o viés efficientista do controle. O Estado contemporâneo não perdeu seu compromisso com realização de direitos sociais. Por isso, o controle não é enxergado somente como um sistema de restrições, é também um controle positivo, que impulsiona o Estado à realização de ações que concretizem direitos fundamentais sociais e concorram para a autonomia pública e privada dos cidadãos¹⁴⁰.

12.2 Considerações gerais sobre a interpretação democrática do controle.

Na atual quadra de evolução do Estado, a sua legitimidade, ou seja, o reflexo da soberana vontade popular no agir estatal não é mais obtido apenas pela origem democrática da forma de investidura no poder. Não basta apenas assegurar a democracia representativa por meio do sufrágio universal. A contemporânea legitimação democrática do Estado exige que ele deixe de exercer o monopólio da gestão dos negócios públicos. O que é de interesse de todos deve ser susceptível a ser debatido pelos segmentos sociais interessados (PEREIRA, 2010, p.59). Em

¹⁴⁰ Onofre Batista aborda o controle na perspectiva do equilíbrio entre vetores garantísticos e efficientísticos. Em suas palavras: “Um sistema eficaz de controle público é uma imposição para que possa haver equilíbrio razoável e prudente entre autoridade e liberdade, entre exigências garantísticas e efficientísticas. Por isso, a Administração Pública deve ser dotada de poder e autoridade para que possa ser eficiente, mas, sobretudo, deve-se sujeitar a controle por parte dos Poderes Legislativo e Judiciário, além do controle exercido por ela mesma sobre suas próprias atuações. (O Princípio constitucional da eficiência, 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 57).

consequência, instâncias representativas oficiais, inclusive aquelas afetas à função controladora, passam a ter que se abrir a arenas e institutos participativos, em que se assegure acesso a informações e liberdade de manifestação de opinião para promoção da autonomia pública e privada dos cidadãos.

Assim, o Estado democrático pressupõe e precisa de órgãos de controle estruturados e que cumpram sua missão de limitação e adequação do poder público aos preceitos da ordem jurídica. No entanto, é indispensável que esses órgãos funcionem democraticamente.

Afinal, se os homens constituíram o Estado para proteção dos interesses sociais, é inegável que a atividade de controle do Estado pode e deve desenvolver-se com a audição e participação da sociedade, destinatária final de suas ações¹⁴¹.

Na proposta deste trabalho, o controle é modo de expressão da constitucionalidade (PEREIRA, 2010, p. 57), que se apresenta como instrumento de realização democrática, visando à autodeterminação dos homens de certa comunidade política.

Controle e democracia são expressões que se espelham umas nas outras. Se como acima visto, o controle realiza a democracia, é certo também que, como bem assinalado por Marçal Justen Filho (2013, p. 1.184), “[...]nenhum instituto jurídico formal será satisfatório sem a participação popular. A democracia é a solução mais eficiente para o controle do exercício do poder”. Controle e democracia se convergem numa base comum, que é o debate público social e institucional em torno da ação governamental, promovido com transparência e participação popular. Um Estado transparente e permeável à participação é um Estado mais propenso a ser controlado, e, por conseguinte, democrático.

Por isso, órgãos de controle – e aqui se passa a referir especialmente aos Tribunais de Contas – devem planejar e priorizar suas fiscalizações em diálogo com a sociedade, para captar quais são os maiores gargalos sociais que desafiam a correção da atuação do Estado. A participação tem o poder de orientar as ações de controle às necessidades da sociedade. Não se propugna a sujeição da autoridade dos órgãos oficiais de controle à vontade de grupos sociais que conseguem se

¹⁴¹ Com os mesmos fundamentos, afirma Marçal Justen Filho: “O agente estatal é um servo do povo, e seus atos apenas se legitimam quando compatíveis com o direito. Toda disciplina da atividade administrativa tem de ser permeada pela concepção democrática, que sujeita o administrador à fiscalização popular e à comprovação da realização democrática dos direitos fundamentais”. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 1.184).

mobilizar e influenciar instâncias oficiais de controle. Mas também não é produtivo o fechamento do controle à interlocução com a sociedade¹⁴². A função de controle fica mais tendente a se legitimar sempre que atendida – dentro de suas possibilidades operacionais – em sindicatizar órgãos, programas e serviços governamentais alvo de recorrentes denúncias de cidadãos e da imprensa, e que são fatores de pública e inconformada crítica social.

A *expertise* dos órgãos do Estado, formada por recursos humanos com qualificação técnica, não pode servir de barreira à contribuição que indivíduos não integrantes da burocracia podem potencialmente agregar aos procedimentos oficiais de controle.

Portanto, as funções de controle são legítimas se empregam procedimentos democraticamente alinhavados, em que instâncias de controle do Estado se abram a uma ampliação da esfera pública de debate, receptiva a fluxos comunicativos e de participação provenientes da sociedade. Deve-se promover uma sinergia entre controles estatais e controle sociais.

Sobre a democratização das funções públicas, inclusive as de controle, é emblemática a seguinte reflexão de Moreira Neto (2005, p. 92):

A realização da democracia material se suporta na participação política, aberta aos cidadãos ou a quaisquer pessoas físicas ou jurídicas em todos os Poderes e órgãos constitucionalmente autônomos do Estado para que tenham acesso à informação, para que sejam admitidos a manifestar sua opinião e influir na formulação de políticas públicas, para que possam, em alguns casos, coparticipar das decisões e por último, mas não menos importante, para que sejam legitimados para deflagrar os instrumentos de controle da legalidade, de legitimidade e de licitude para tanto dispostos pela ordem jurídica vigente.

Rodolfo Viana (2010, p. 256) aponta como consequência da interação dos controles estatais e sociais a formação de uma ampla esfera pública e participativa que transforme a questão do correto desempenho do poder e da gestão de temas de relevância pública em objeto de fiscalização e ajuste por parte de todos.

¹⁴² A esse respeito assevera Paulo Jorge Nogueira da Costa: “Na verdade, não existe qualquer razão válida que justifique o afastamento da possibilidade de exercício de uma cidadania ativa quando em causa esteja a gestão financeira pública. Naturalmente, tal não quer dizer que os critérios técnicos e o profissionalismo da gestão devam ser substituídos pela vontade popular. Mas significa que os cidadãos têm uma palavra a dizer nos processos deliberativos, de implementação, de controle e de avaliação das medidas públicas. (COSTA, Paulo Jorge Nogueira da. *O tribunal de contas e a boa governança: contributo para aprimoramento do controle externo financeiro em Portugal*. 2012. 601f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2012, p. 296).

12.3 Os Tribunais de Contas: uma possível tentativa exitosa de aprimoramento e democratização do controle sobre o Estado pela promoção do debate público?

Os capítulos deste trabalho são costurados pela ideia do debate público. Examinou-se a realização do Estado democrático pela comunicação pública, “cujas origens remontam a redes de comunicação que se estabelecem na esfera pública” (MORAES, 2006, p.175). O objetivo é a sociedade discutir, com liberdade e acesso à informação, seus problemas e seus projetos de futuro. Seria fundamental à consolidação do funcionamento democrático do Estado que temas de relevância social e ações governamentais de maior impacto ganhassem domínio público por arenas amplificadas de discussão, que incluem a mídia, organizações da sociedade civil, partidos políticos e órgãos de representação do Estado (Parlamento, Administração Pública e outros órgãos constitucionais de controle).

Contudo, vimos que há disfunções e defecções do sistema político-jurídico que reduzem as possibilidades de fazer o Estado democrático pelo debate público, o que acaba por esvaziar a legitimidade da sua produção legislativa e dos resultados de suas ações administrativas.

Rememora-se, em breve síntese, o que já foi afirmado em capítulos anteriores. Os meios de comunicação de massa não conseguem ser porta voz de causas ligadas a setores historicamente marginalizados da sociedade ou que representem culturas que constituem identidades de grupos minoritários. Dessa forma, muitas demandas de grupos socialmente marginalizados ou que são minorias não conseguem espaço para debate na esfera pública de dimensões mais amplas, capaz de despertar a atenção da opinião pública. Nem sempre também os meios de comunicação são neutros a pressões de ordem comercial e política, o que compromete o dever ético de compromisso com a verdade na divulgação de fatos manifestamente relevante à opinião pública.

O Poder Legislativo, cooptado pela força política e financeira do Poder Executivo, não consegue exercer com desenvoltura o controle político da atividade burocrática do Poder Executivo. Ao contrário, é o Poder Executivo quem domina o

debate público realizado no Parlamento¹⁴³. É ele que fixa e orienta a pauta de discussões nas atividades parlamentares. Por esse prisma, o protagonismo político do Executivo conduz à fragilidade do sistema político-constitucional de prestação de contas, o que torna os governantes insuficientemente responsáveis pela gestão pública que dirigem.

Além disso, a burocracia, que faz o Estado presente na vida social, tem sido historicamente entrave à aproximação estatal da sociedade. Ela monopoliza o conhecimento técnico da informação que subsidia a tomada de decisões políticas e administrativas. Isso torna a atuação da burocracia, e, por consequência, a atividade do Estado, opaca. A opacidade burocrática inviabiliza, sobretudo, a participação popular e o controle social – na mão contrária ao discurso de democratização da Administração Pública.

O debate público, que não é pleno e ostensivo sem livre fluxo de informação entre Estado e sociedade, é amordaçado pela arraigada cultura burocrática do segredo. Servidores públicos consideram que a informação e os dados que eles produzem ou recebem não são públicos. Entendem que as informações por eles retidas pertencem ao Estado, a quem devem a fidelidade funcional que exige a guarda e segredo de dados. Enfim, o Estado não é naturalmente disposto a ser transparente. Compartilhar a informação e trazer a conhecimento público a forma pela qual conduz sua atividade político-administrativa implica empoderamento da sociedade e maior controle sobre o Estado.

Por essas razões, não há garantia de que a sociedade seja suficientemente bem informada da forma pela qual os agentes do Estado utilizam os meios (competências constitucionais e legais) de que dispõem para desincumbirem de seus deveres constitucionalmente fixados, desdobrados em fins legalmente recortados. Da mesma forma, com pouca transparência e escassez de debate público a sociedade não tem certeza da legalidade e eficiência da ação governamental em prover utilidades públicas e supressão de carências sociais. E

¹⁴³ Sobre a inoperância do controle político sobre o Executivo, afirma Odete Medauar: “há que se notar que, em geral, quer no parlamentarismo quer no presidencialismo, o Executivo detém a hegemonia entre os três poderes e domina a máquina governamental. Em decorrência, embora o ordenamento discipline atuações de controle do Legislativo sobre o Executivo, inexistente interesse político na realização concreta e eficaz da vigilância, para não desagradar o detentor do Poder Executivo. A deterioração da atividade legislativa e a submissão cega ao Executivo propiciam a inoperância da função de controle, em vez de acentuá-la. (MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 97).

pior: a informação divulgada é mascarada por propagandas e dados inverídicos, que distorcem a realidade e enganam cidadãos.

O quadro acima desenhado é agravado com a corrupção endêmica que acomete o Estado refratário à transparência. Isso descortina o cenário de inépcia estatal na prestação de serviços públicos de qualidade, incapacidade de desenvolvimento econômico com socialização da riqueza e descontrole sobre o Governo, que expõe a severa contestação e descrédito popular o regime democrático representativo.

O descontrole sobre o Estado gera graves inconstitucionalidades, que minam a legitimidade da ação governamental e dos poderes constituídos, o que abala a estrutura democrática do Estado. Sem controle, o Estado é mais propenso a agir em desconformidade com o direito. E o mais grave: o Estado que não é controlado, que não se responsabiliza em prestar contas à sociedade daquilo que faz, e de como o faz, e dos resultados obtidos com aquilo que faz, é um Estado irresponsável.

A irresponsabilidade do Estado decorre da carência de meios institucionais e sociais capazes de fazê-lo agir na conformidade dos preceitos jurídicos que regem sua conduta e da incapacidade de órgãos de controle em punir as transgressões do Estado à ordem jurídica. O Estado irresponsável, que não tem verificada a constitucionalidade de sua ação, não é democrático. Como já se articulou neste trabalho, afirma-se que a investidura no poder político por eleições não é suficiente para configurar a democracia¹⁴⁴. A legitimidade da investidura no poder político por meio de eleições regulares e periódicas precisa ser acompanhada por uma legitimidade do exercício do poder, que pressupõe um agir estatal responsável, susceptível a ser controlado.

O Estado irresponsável está a um passo do autoritarismo, que se traduz na transgressão das liberdades civis individuais e no desenvolvimento de políticas públicas desconexas dos reais interesses sociais, aparelhando o Estado a serviço de interesses privados. Esse Estado, possivelmente autoritário, é aquele que ainda

¹⁴⁴ Sobre a responsabilidade como condição de regime democrático, escreve José Afonso da Silva, reportando-se a Paulo Brossard: "Nos regimes democráticos não existe governante irresponsável. Não há democracia representativa sem eleição. 'Mas a só eleição, ainda que isenta, periódica e lisamente apurada, não esgota a realidade democrática, pois, além de mediata ou imediatamente resultante de sufrágio popular, as autoridades designadas para exercer o Governo devem responder pelo uso que dele fizerem uma vez que Governo irresponsável, embora originário de eleição popular, pode ser tudo, menos Governo democrático'". (SILVA, 2000, p. 548).

exerce, potencialmente, influência sobre temas que as pessoas publicamente debatem, manipulando a formação da opinião pública, pela propaganda oficial e pela ingerência nos meios de comunicação de massa.

A incapacidade do Estado, por meio de seus órgãos políticos, em se autocontrolar e exigir responsabilização por gestões ineficientes, eternizam promessas e frustram a universalização de direitos fundamentais. Avulta, portanto, conjunto de fatores que justifica pensar mecanismos alternativos de controles mais efetivos e democráticos, que possam dotar a sociedade de instrumentos hábeis a verificar a legitimação da atuação do Estado.

Daí surge a oportunidade de se repensar as funções dos Tribunais de Contas, órgãos eminentemente técnicos, dedicados exclusiva e permanentemente ao controle da atuação governamental. Podem esses órgãos serem vistos como canais de comunicação e fontes de informação para a sociedade, numa tentativa de promover o debate público necessário ao satisfatório controle do desempenho estatal?

A aposta nos Tribunais de Contas como instância promotora do debate público engendra questionamento a ser enfrentado. Como é possível os Tribunais de Contas, que carecem de visibilidade e sofrem duras críticas pela ineficiência de seu desempenho como guardião dos recursos públicos, se credenciarem a alargar o debate público necessário ao controle da atuação estatal e ao seu aprimoramento democrático?

Para a compreensão das potencialidades dos Tribunais de Contas em protegerem os recursos públicos e, por conseguinte, o Estado democrático, na perspectiva de ser fonte de informação para a realização do debate público, partir-se-á de breve excursão sobre razões que motivaram o desenvolvimento desses órgãos de controle.

12.4 A importância dos Tribunais de Contas funcionarem como potencial instância de promoção do controle das finanças públicas pelo debate público

Rousseau sempre se mostrou inconformado com a delegação pelo corpo social do exercício da soberania popular a representantes. Ele desconfiava da

honestidade dos mandatários populares, um dos motivos por ter sido ferrenho crítico da democracia representativa.¹⁴⁵

De acordo com o pensador genebrino, o Poder Legislativo, embora constituído de representantes do povo, e pouco propenso a ser enganado, era, todavia, susceptível a ser corrompido. Por isso, fracassava em seu mister de controlar o Poder Executivo.

Assim, pode-se encontrar no pensamento de Rousseau inspiração para conceber a ideia de órgãos complementares de controle, como são modernamente as Instituições Superiores de Controle (ISC), com a função de compensar vícios da representação política. Foi assim que afirmava o pensador sobre a importância de se acrescentar freios ao poder, além daqueles postos pelos deputados, tencionando exigir dos governantes meios alternativos de fazê-los prestar contas de suas atividades.

O realce da função controladora do Poder Legislativo é corroborado historicamente. Lembra Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2012, p.186) que tradicionalmente o Legislativo é o poder financeiro, ao qual compete elaborar as leis, autorizar a cobrança de tributos, consentir nos gastos públicos, e tomar as contas de quem aplica recursos públicos.

A Inglaterra, primeira nação que, modernamente, viu nascer a ascendência do Parlamento sobre o Rei, bem evidencia em sua história constitucional que a partir da edição da Carta Magna de 1215, iniciou-se progressivo avanço de controle jurídico sobre a imposição de tributos pelo Rei. A conquista desta garantia jurídica se resumia na ideia de que nenhum proprietário de terra poderia ser tributado pela Coroa sem o prévio consentimento do Parlamento. Assim, o Parlamento conquistou o direito de aprovar, pelo orçamento anual, como seria feita a tributação e a realização das despesas do reino. Em 1689, o *Bill of Rights*

¹⁴⁵ Afirma Rousseau: "Um dos maiores inconvenientes dos grandes Estados, aquele de todos que torna a liberdade o mais difícil de conservar neles, é que o poder legislativo não pode mostrar-se por si mesmo e só pode agir por deputação. Isso tem o seu mal e o seu bem, mas o mal predomina. O legislador em corpo é impossível de corromper, mas fácil de enganar. Seus representantes são dificilmente enganados, mas facilmente corrompidos e ocorre raramente que não o sejam. Tendes sob os olhos o exemplo do Parlamento da Inglaterra, e pelo *liberum veto*, o da vossa própria nação. [...]"

Vejo dois meios de prevenir esse mal terrível da corrupção, que do órgão da liberdade faz o instrumento da servidão.

O primeiro é, como já disse, a frequência das dietas, que, mudando frequentemente os representantes, torna sua sedução mais custosa e mais difícil.[...]

O segundo meio é o de submeter os representantes a seguirem exatamente suas instruções e a prestarem contas rigorosamente a seus constituintes de sua conduta na dieta. A este respeito não posso senão admirar a negligência, a incúria, e ousa dizer, a estupidez da nação inglesa que, depois de ter armado seus deputados do supremo poder, não acrescenta a eles nenhum freio para controlar o uso que dele poderão fazer durante os sete longos anos que dura a sua comissão".(ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Considerações sobre o Governo da Polônia e sua reforma projetada*. Trad. Luiz Roberto Salinas Fortes. São Paulo: Editora brasiliense, 1982, p. 41-42).

(Declaração de Direitos) já havia consagrado a limitação ao poder tributário, semente do controle das contas públicas pelo Poder Legislativo.

12.4.1 A cooperação técnica na tomada de contas da atividade administrativa do Estado

A progressiva racionalização administrativa que acompanhou a formação dos Estados nacionais modernos causou o desenvolvimento da execução orçamentária e da administração financeira e patrimonial do Estado por técnicas contábilísticas e jurídicas. Em consequência, os parlamentos, enfronhados em questões políticas, não dispunham de conhecimentos técnicos e imparcialidade hábeis a credenciá-lo ao adequado exame e controle da crescente e complexa atividade financeira do Estado moderno¹⁴⁶.

A necessidade do Poder Legislativo preservar o controle da atividade financeira como forma de limitação do poder do Estado e de verificar se a execução orçamentária respeitou sua vontade (COSTA, 2012, p. 219) levou à criação de órgãos de controle independentes e especializados em realizar esta tarefa.

Pode-se dizer que na era do constitucionalismo moderno, todos os Estados democráticos criaram instituições de controle independentes e externas aos órgãos fiscalizados, com o objetivo principal de tecnicamente auxiliar o Poder Legislativo no controle político da atividade financeira do Estado¹⁴⁷. As soluções encontradas para o controle externo da atividade financeira dos Estados

¹⁴⁶ Pedro Barretto discorre sobre a necessidade historicamente vislumbrada de criar mecanismos especializados de controle das finanças públicas. Em suas palavras, extrai-se: "Se é certo que os parlamentos dos países, desde o tempo da Magna *Charta Libertatum* imposta pelos barões do reino a João Sem Terra, rei da Inglaterra, Senhor da Irlanda, Duque da Normandia e da Aquitânia e Conde de *Anjou*, começaram a se preocupar com medidas autorizativas para que os governantes pudessem cobrar impostos destinados ao custeio dos gastos públicos, o controle destas despesas, que no início era feito pelos próprios parlamentares, pouco a pouco começou a requerer maior especialização". (BARRETO, Pedro Humberto Teixeira. *O sistema Tribunais de Contas e Instituições equivalentes: um estudo comparativo entre o modelo brasileiro e o da União Europeia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 02)

¹⁴⁷ Sobre a necessidade dos Parlamentos serem auxiliados pelos Tribunais de Contas, aduz Frederico Pardini: "[...]era intuitivo que a natureza da própria composição representativa popular do Parlamento tornava-o politicamente comprometido e tecnicamente despreparado para a execução direta das atividades fiscalizadoras e controladoras que lhe eram outorgadas. As soluções encontradas convergiram, preponderantemente, para a criação de órgãos especiais (como os Tribunais de Contas) que executem as atividades fiscalizadoras e controladoras, formalmente em nome ou em benefício do Parlamento, mas com absoluta autonomia administrativa e funcional. [...] A impossibilidade do Legislativo intervir diretamente nas atividades administrativas determinou o aparecimento de outras formas de controle financeiro que não o parlamentar. Pode-se, num esforço de indução, dizer que todos os outros processos, sejam quais forem, representam formas subsidiárias do controle do Parlamento, a quem compete originariamente a função eminentemente política de saber do destino dado pela Administração aos tributos arrecadados por autorização sua e a serem empregados em despesas fixadas também no orçamento (PARDINI, Frederico. *Tribunal de Contas da União: órgão de destaque constitucional*, 1997. 279f Tese (Doutorado em Direito Público). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1997, p. 52-53).

constitucionais modernos convergiram na criação de Tribunais de Contas (órgãos colegiados) e controladorias gerais (órgãos unipessoais).

De acordo com Pedro Barretto (2003, p. 261), as instituições superiores de controle em todo o mundo se dividem em dois grandes grupos. Órgãos colegiados, inspirados no modelo francês, denominados Tribunais de Contas (*Court of Accounts*); e órgãos singulares, adotados em países anglófonos, que constituem as Auditorias Gerais ou Controladorias Gerais (*General Audit ou General Comptroller*), também denominadas Escritórios do Auditor Geral ou Escritórios do Controlador Geral (*General Audit Office ou General Comptroller Office*).

O auxílio prestado pelos órgãos técnicos de controle externo (Tribunais de Contas e controladorias gerais) foi concebido com a finalidade de munir o Poder Legislativo de informações técnicas que lhe empreste maior capacidade de realizar com mais ciência e segurança o controle político que recai sobre a complexa gestão dos recursos públicos. Os órgãos controlados demonstram a legalidade dos atos, a finalidade pública alcançada e a fidelidade às diretrizes orçamentárias fixadas em lei mediante prestação de informações técnicas, escrituradas e consolidadas em balanços contábeis¹⁴⁸. Daí a indispensabilidade do órgão tomador de contas (Legislativo) ser auxiliado por órgão técnico independente, capaz de lhe apresentar parecer especializado sobre a verdade na situação das finanças públicas, para capacitá-lo a avaliar politicamente o desempenho da ação administrativa do Governo.

Como se vê, a importância dos Tribunais de Contas sempre esteve associada a sua decisiva contribuição para viabilizar o cumprimento do democrático e republicano dever de prestar contas por quem administra recursos públicos, por meio de demonstração técnica da verdade da situação das finanças públicas¹⁴⁹.

¹⁴⁸A importância da relação entre controle externo financeiro e controle político é bem assentada pelo lusitano Paulo Jorge Nogueira da Costa, ao assentar: “Atualmente, os Parlamentos, para exercerem de forma eficaz e eficiente a sua atividade de controle político, necessitam do apoio técnico e especializado das ISC [instituições superiores de controle]. Só desta forma eles podem compensar a desvantagem que possuem relativamente aos executivos em matéria de informação, de meios técnicos e de grau de especialização do seu pessoal, que são uma decorrência da complexidade técnica que caracteriza hoje a gestão pública”. (COSTA, 2012, p. 221).

¹⁴⁹ O Professor Canotilho faz conexão entre o controle e a noção de democracia. Diz o emérito constitucionalista que “o controle financeiro não transporta apenas materialmente a ideia de direito. Ele é também uma dimensão constitutiva da democracia. Numa democracia parlamentar, o órgão representativo continua a desempenhar a função incontornável de primeiro controlador financeiro do Estado. A competência reclamada por uma separação e interdependência de poderes funcionalmente adequada reclama também adequação e capacidade para assegurar justiça nas decisões. Desde cedo se descobriu, porém, que, no âmbito do controle financeiro, era necessário criar um órgão de fiscalização externo ao parlamento dotado de uma estrutura orgânica funcionalmente ajustada que exercesse as funções de fiscalização – correção formal, rigor contabilístico, completude das contas – e sem prejudicar a competência constitucionalmente atribuída ao órgão representativo

Se num primeiro momento, os Tribunais de Contas concorriam para a prestação de contas mediante auxílio técnico ao Poder Legislativo, para que este efetuassem o julgamento político das contas do Executivo embasado em informações sólidas, essa função consultiva, conquanto ainda necessária, deve ser revisitada.

O auxílio técnico persiste, mas deve ser aplicado em conformidade com os novos objetivos que pautam a ação do Estado pós-liberal, de acentuado cunho social e democrático. Diante de um Estado com índole intervencionista e que se legitima pelo êxito de seu desempenho na promoção de direitos sociais e pela participação da sociedade na produção do direito que regula seus interesses, o controle também deve se reorientar. Sem abandonar sua sempre necessária missão garantística, de limitação do poder, deve o controle também focar o exame da eficiência do Estado. É necessário verificar se houve o alcance dos resultados programados e se os resultados obtidos atenderam às expectativas sociais, com a promoção satisfatória de direitos fundamentais.

12.4.2 A necessidade de aprimoramento do controle frente à expansão da atividade financeira do Estado

Já se viu que hodiernamente é o Executivo cada vez mais o responsável pela implantação e realização de políticas públicas. A mera declaração legislativa não concretiza direitos nem promove bem estar social.

Dessa forma, há uma progressiva delegação de competências normativas do Poder Legislativo a favor do Poder Executivo. Isso ocorre porque a técnica legislativa recorre à utilização de conceitos indeterminados, que reserva ao seu aplicador (administrador) a tarefa de concretamente estabelecer o conteúdo de aplicação da lei. Há uma ampla delegação ao Executivo de poderes regulamentadores da lei, o que faz expandir o raio de exercício de suas competências discricionárias.¹⁵⁰

e ao Governo. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Tribunal de Contas como instância dinamizadora do princípio republicano* Revista do Tribunal de Contas, n.º 49, Lisboa, janeiro-junho, 2008, pp. 23-39).

¹⁵⁰ Sobre a ampliação da atividade normativa do Poder Executivo, é importante a seguinte passagem de Odete Medauar: “a lei votada pelo Legislativo deixou de expressar a vontade geral, para ser vontade de maiorias parlamentares controladas pelo Executivo. Acrescente-se a ampla função normativa desempenhada pelo Executivo: como autor de projetos, como legislador delegado, como legislador direto (medidas provisórias), como emissor de decretos, portarias, circulares que afetam direitos. (MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo em evolução*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2 ed, 2003, p. 146).

O alargamento da competência discricionária do Poder Executivo está associado à necessidade da Administração Pública de adotar condutas prestacionais, de intervenção no meio social, para promoção de bem estar aos cidadãos e realização de direitos sociais fundamentais. Por isso mesmo, assinala Frederico Pardini (1997, p. 50) que o fortalecimento do poder discricionário do Executivo coloca em destaque a necessidade de aperfeiçoamento do controle sobre ele.¹⁵¹

Note-se que a ação da Administração Pública de um Estado de desiderato social, voltado à concretização de direitos acarreta aumento dos custos financeiros. O custeio dos direitos há de vir de receitas tributárias, que migram do trabalho e da propriedade privada para os cofres públicos. Assim, são os tributos que custeiam políticas públicas do Estado para concretizar direitos fundamentais na dimensão social, econômica, cultural e ecológica¹⁵².

A vinculação da atividade financeira do Estado à realização de direitos fundamentais é assinalada por Ricardo Lobo Torres (1993, p. 35):

Também os gastos públicos estão inteiramente voltados para os direitos humanos. O serviço público, financiado com o dinheiro do Estado, neles encontra o seu fundamento e a sua finalidade. As prestações positivas do Estado para a segurança dos direitos fundamentais, que compõem o *status positivus libertatis*, bem como a garantia do mínimo existencial, representada pelas prestações no campo da educação, saúde, e assistência social e até a proteção dos direitos difusos, como acontece com o meio ambiente e os bens culturais, demandam o aporte de recursos públicos substanciais.

Contudo, como são escassos os recursos tributários arrecadados junto à sociedade para custeio de atividades que o Estado deve necessariamente

¹⁵¹ A ampliação de atribuições e poderes do Estado Social exigiu, de acordo com Rodolfo Pereira, o reforço das limitações impostas ao Executivo por órgãos de controle, conforme se infere da passagem aqui transcrita: “[...] o Estado Social implicou a alteração da antiga imagem de que o Parlamento detinha amplo poder de controle sobre o Governo, ultimado por processos de fiscalização em geral e de supervisão orçamentária em particular. O novo quadro seria caracterizado por uma tendência de fortalecimento do Poder Executivo, inclusive no que tange à definição do conteúdo legislativo, o que provocava, simultaneamente, o retrocesso da função de controle parlamentar. Faz sentido, portanto, a advertência de Manuel de Aragón sobre o papel fundamental que os sistemas de controle desempenham neste ambiente, já que a grande extensão de poder adquirido pelo Estado, bem como as tendências de sua socialização e de estatização da sociedade, exigem, mais do que em tempos passados, a efetividade das limitações”. (PEREIRA, Rodolfo Viana. *Direito Constitucional Democrático*, 2ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010, p.233).

¹⁵² A necessidade de custeio financeiro dos direitos fundamentais pelos tributos é examinada por Paulo Jorge Nogueira da Costa: “Não é possível conceber o estado moderno sem a cobrança de impostos. O povo, ao instituir um Estado, aceita automaticamente autotributar-se, em nome da sustentação financeira desse Estado – *não há representação sem tributação*. Concomitantemente, podemos afirmar que a garantia dos direitos fundamentais, por parte do Estado, implica custos, o que significa que a realização dos direitos fundamentais depende da cobrança de impostos – *não há direitos fundamentais sem tributação*. (COSTA, 2012, p.281).

desempenhar para garantia de direitos fundamentais, redobra a importância de se realizar o controle sobre a ação do Estado. Os Tribunais de Contas são os órgãos mais adequados, em razão das competências constitucionais que lhe são atribuídas, e do seu perfil técnico e operacional, para efetuar as ações de controle no sentido de avaliar se a boa administração financeira do Estado o capacita a promover ações voltadas a garantir a concretização de direitos fundamentais.

Os Tribunais de Contas – e é o caso do modelo brasileiro – detêm jurisdição para examinar a aplicação do dinheiro público por quem quer que o administre – entidades públicas ou privadas, vinculadas à administração direta e indireta ou mesmo desvinculadas da estrutura orgânica do Estado (art. 70, parágrafo único, da CRFB). Onde quer que haja a aplicação de recursos públicos, atrai-se a competência fiscalizadora dos Tribunais de Contas. Ademais, o exame das contas públicas pode ser realizado por um amplo espectro finalístico, que inclui legalidade, legitimidade e economicidade, aplicação de subvenções e renúncia de receitas, conforme prevê o art. 70, da CRFB. Mercê da pluridimensionalidade do controle, é amplo o leque de instrumentos fiscalizatórios, que se espraiam pelo aspecto contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial (art.70, da CRFB).

Esse conjunto polivalente de competências controladoras empresta aos Tribunais de Contas condições adequadas para examinarem, com a segurança e a profundidade que nenhum outro órgão do Estado dispõem, qual é a real situação da globalidade das finanças públicas. Por esses atributos, também estão gabaritados a avaliar os resultados obtidos com as ações e programas do Estado seletivamente examinadas.

Dispõem, portanto, os Tribunais de Contas, de um conjunto de competências normativas e técnicas para avaliar a administração pública na perspectiva global de sua atividade, e não somente na ótica singular do ato administrativo. E isso é fundamental para aprimorar as funções de controle comprometidas em colaborar para a materialização de direitos fundamentais e envolvimento da sociedade no controle social. Os órgãos de controle, em virtude da fidedignidade do acervo técnico de informações que retêm, devem ser a ponte que transponha para a esfera pública debates sobre a efetividade dos resultados da ação governamental em solucionar as carências sociais que propuseram enfrentar.

Deve-se ter em mente que é por um viés global que se obtém visão confiável da situação da gestão financeira. Nas abalizadas palavras de Canotilho

(2008, p. 26), “a globalidade é, pois, pressuposto do princípio da sinceridade das contas públicas e da verdadeira situação financeira do Estado”.

Onofre Batista (2012, p. 352) reconhece a maior viabilidade do controle com visão global sobre a atividade administrativa e assinala:

Como verifica Giannini, os controles sobre atos singulares, sejam eles de legalidade ou de mérito, estão perdendo terreno, pela sua desfavorável relação custo x benefício e baixa eficácia, em prol de controles sobre atividade, como os controles de gestão ou de eficácia, que, sem dúvida, são os controles do futuro. De uma forma ou de outra, o controle sobre o ato singular, de mérito ou de legalidade, vêm perdendo relevância, em especial porque deixa de lado a apreciação global da Administração Pública. O controle sobre a atividade, além da vantagem de poder examinar, na sua globalidade, as ações desenvolvidas por um sujeito da Administração Pública, facilita a articulação de vários tipos de controle, que permitem um questionamento mais incisivo e penetrante.

Para a realização de direitos fundamentais não basta pura e simplesmente abastecer o Estado por recursos financeiros. É fundamental aplicá-los com eficiência, sem desperdício e com qualidade, sobretudo, porque já se afirmou, os recursos tributários são escassos¹⁵³. Ademais, eles são arrecadados junto à sociedade, e em benefício dela devem ser eficazmente revertidos em serviços públicos de qualidade. Por isso, a necessidade de se avaliar quais foram os resultados obtidos, e se eles impactaram positivamente a progressiva realização de direitos fundamentais.

É necessário que o controle pelos Tribunais de Contas verifique se o Estado democrático e social está realizando justiça financeira, ou seja, sacrificando a disponibilidade econômica de quem tem maior capacidade contributiva em prol do efetivo atendimento das necessidades de quem carece de serviços públicos para ter um mínimo de dignidade como pessoa humana.

Como o desfrute dos direitos fundamentais que demandam prestações positivas depende da “saúde” financeira do Estado, do correto e eficiente emprego dos recursos públicos, depreende-se o quanto é crucial no impacto sobre a realização de direitos fundamentais a fiscalização financeira do Estado pelos Tribunais de Contas¹⁵⁴.

¹⁵³ Sobre a necessidade de eficiência nos gastos públicos, aduz Onofre Batista: “O Estado eficiente só pode ser o Estado que garanta, com recursos escassos, o atendimento otimizado dos fins sociais; o Estado que, com o menor sacrifício das liberdades e da propriedade, possibilite, democraticamente, o maior atendimento das necessidades sociais”. (BATISTA JUNIOR, 2012, p. 49).

¹⁵⁴ Paulo Jorge da Costa tem vigorosa articulação sobre a vinculação dos Tribunais de Contas à proteção dos direitos fundamentais: “As finanças públicas encontram-se ao serviço dos cidadãos e os recursos financeiros são, como vimos,

Por isso se afirma que um Estado cujas contas são eficientemente controladas é mais susceptível a ser responsável perante a sociedade e tendencialmente mais próximo da concreta universalização dos direitos fundamentais.

Contudo, para ser o Estado responsável, é necessário que a sociedade o conheça, e o modo mais eficaz de ele se fazer conhecido é, publicamente, dar informação sobre como foi o desempenho de suas ações.

Por ser remotamente provável que órgãos administrativos do Estado tomem a iniciativa de prestar referidas informações com fidedignidade, é necessário órgãos de controle para sindicarem a veracidade das informações prestadas e exigir que sejam demonstrados o bom e o regular exercício de competências públicas.

12.5 Os Tribunais de Contas e a realização da *accountability* democrática pelo debate público

Em uma democracia, a condição de serem os agentes públicos, de qualquer dos Poderes e órgãos do Estado, representantes e servidores do povo implica responsabilidade pelos seus atos e o dever de informar e explicar ao povo como exerceu a parcela de poder estatal que lhe foi atribuída. Sobre a correlação entre responsabilidade e representação, aduz Serra, Carvalho e Carneiro (2012, p. 136)

Em razão de estar atuando em representação a um Poder que em origem não é seu, mas do cidadão, deve o representante responsabilizar-se por todas as ações desempenhadas no exercício de tal Poder, respondendo por elas. Ao se referir a essa responsabilização que nasce da representação tratar-se-á de *accountability*, que é mais que simples prestação de contas.

De acordo com os autores (2012, p. 139), há um alinhamento da *accountability* com a ideia de responsabilização dos agentes públicos pelos

indispensáveis para a promoção do seu bem-estar, designadamente através da tutela de direitos fundamentais. Assim, o controlo financeiro não pode ser percebido como um conjunto de procedimentos formais e burocráticos de controlo das contas públicas, mas sim como uma atividade materialmente dirigida à melhoria das condições de vida de todos os cidadãos, em obediência a princípios como a justiça e a igualdade, entre outros. É neste sentido que os Tribunais de Contas se revelam como órgãos protetores dos direitos fundamentais. Esta compreensão do controlo financeiro externo aponta para a necessidade de realização de auditorias de desempenho e de avaliação de políticas públicas, com o envolvimento dos cidadãos nesta atividade". (COSTA, 2012, p.283)

resultados de sua gestão, perante atores sociais e políticos aos quais prestam contas.

Assim, a *accountability* tem a ver com a criação de mecanismos institucionais e extrainstitucionais que efetivamente realizem o controle do poder público e façam os mandatários populares, responsáveis por informar e justificar à sociedade sobre seus atos, e, se for o caso, serem penalizados por ilegalidades praticadas no exercício de seus misteres públicos. Ela efetua uma viragem na forma de compreensão da prestação de contas, tradicionalmente vista como mecanismo de controle somente na perspectiva endoestatal, em que agentes públicos prestam contas de seus atos a órgãos controladores incumbidos de aferir, em regra, se houve a boa e correta aplicação dos recursos públicos, à luz do direito positivo.

Contudo, no paradigma democrático, em que a legitimidade do Estado deve ser permanentemente controlada para aferir se a ação estatal reflete os interesses sociais definidos em espaços públicos de deliberação (parlamentos, audiências públicas, orçamentos participativos, conselhos gestores), é fundamental que a prestação de contas seja orientada à sociedade, e não somente a instituições estatais de controle.

As informações que avultam das prestações de contas não podem se confinar em relatórios técnicos e balanços contábeis de circulação endoestatal, que caracteriza a linguagem hermética da relação entre órgão controlador e órgão controlado.

Na verdade, os Tribunais de Contas darão enorme contribuição à proteção do regime democrático fazendo da transparência e do debate público uma forma de prestação de contas democrática (*accountability*), que faça a atuação governamental ser de conhecimento público e publicamente fiscalizada, a partir de iniciativas de órgãos oficiais e também da sociedade.

Nesse sentido, a feição democrática da *accountability* reformula a compreensão da prestação de contas, em que a responsabilidade do agente público não é apenas informar, mas explicar e justificar à sociedade como foi que exerceu suas atribuições públicas.

A prestação de contas é vista como uma resposta dos agentes públicos à sociedade sobre o modo como exerceram suas competências. É por isso que Paulo

Costa (2012, p.290) diz que a *accountability* possui uma dimensão de *answerability*.¹⁵⁵

Daí a importância dos Tribunais de Contas atuarem como fonte de informações para sociedade. As prestações e tomadas de contas realizadas devem ganhar dimensão pública, para que o público interessado possa tomar consciência de pontos da gestão pública que foram objeto de exame por parte de órgãos de controle. Por isso, é importante tais órgãos também se voltarem para a fiscalização da efetividade da transparência dos órgãos públicos e instituições privadas responsáveis pela prestação de serviços públicos.

Exigindo transparência dos órgãos públicos, as instituições de controle:

a) ampliam a esfera pública no seio da qual se travam debates que expõem o Estado ao uso público da razão pela qual se examina a correspondência da ação estatal aos preceitos constitucionais e aos interesses da sociedade;

b) avançam sobre a efetividade da responsabilização dos agentes públicos, sempre que publicamente tenham que prestar contas, isto é, demonstrar a legal, legítima e eficiente execução de atribuições públicas;

c) cumprem o dever de zelar pelo erário público e pelos princípios do Estado democrático, fazendo os agentes públicos responsáveis perante a sociedade pela boa, regular e ética gestão pública.¹⁵⁶

Os Tribunais de Contas devem cumprir o papel de alimentar instâncias de controles sociais, mediante ativação da circulação pública da informação, que possa expor os administradores à crítica pública perante a sociedade, a imprensa e em momentos de disputas eleitorais. A missão informativa e denunciadora dos Tribunais de Contas já era concebida há tempos por Aliomar Baleeiro. No auge dos “tempos de chumbo” da Ditadura Militar, o então Ministro do Supremo Tribunal Federal participou do julgamento da Representação nº 764, ajuizada pelo Procurador Geral

¹⁵⁵ De acordo com o Autor, *answerability* traduz-se na ideia de *prestação de contas*. À luz desta, a Administração tem o dever de prestar contas sobre a gestão da *res publica*. Tal significa que a Administração deve *informar, explicar e justificar* as suas ações perante o Parlamento e os cidadãos, podendo, para o efeito, recorrer a meios mais ou menos informais. [...]Para além disso, não postula a existência de quaisquer mecanismos formais para a sua efetivação. Esta compreensão da *answerability* é a que se nos apresenta como a mais coerente com as dimensões comunicativa e participativa do Estado democrático e com a exigência de transparência da gestão, para além de ser aquela que lhe confere algum sentido útil, distinguindo-a da *responsabilidade* em sentido estrito (cuja efetivação está dependente do funcionamento de certos mecanismos formais). (COSTA, 2012, p. 291).

¹⁵⁶ Hélio Mileski tem pensamento semelhante. Afirma que: “Sendo obrigados a realizarem demonstração regular de seus atos, os administradores sabem estarem sob controle e, por isto, tornam-se mais responsáveis e cuidadosos na condução dos atos de gestão fiscal e dos planos de Governo.” (MILESKI, Hélio Saul. *O controle da gestão pública*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 129).

da República. Nessa ação, postulava-se a declaração de inconstitucionalidade do art. 60, §3º, da Constituição do Estado do Espírito Santo, que excluía a Assembleia Legislativa daquele Estado da sujeição à auditoria financeira e orçamentária do Tribunal de Contas. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do preceito impugnado. O julgado, prolatado no dia 06/03/1968, foi sustentado na fundamentação do Relator, Ministro Aliomar Baleeiro, que assinalou, brilhantemente:

O regime democrático é o da responsabilidade dos agentes ou titulares dos três Poderes perante os concidadãos, que têm o direito a acesso às fontes de informação sobre os negócios públicos.

[...]

Pode haver abusos de funcionários ou mesmo da mesa da Assembleia e há interesse público em que os contribuintes, eleitores e cidadãos o saibam em toda a nudez, por via do Tribunal de Contas, para ajuste de responsabilidade nas eleições, na crítica da imprensa, ou noutras sanções jurídicas.

As respostas à sociedade que, responsabilmente, os gestores devem fornecer, prestando contas de tudo o que fazem, e que, por sua vez, os órgãos de controle devem cobrar, se explicam porque, não custa reafirmar, é para a sociedade que a Administração Pública existe. Dessa forma, tem a sociedade o direito de saber, por meios institucionais e extrainstitucionais, se a ação do Estado reverteu em proveitos públicos. Para tanto, é fundamental que o Estado identifique quais finalidades públicas que a sociedade, decomposta numa miríade de grupos, quer e necessita serem atendidas. Por isso, a articulação da ação estatal deve ser desenvolvida em interlocução com a sociedade, que, por seu cipoal de grupos heterogêneos, é quem melhor sabe de suas carências e do quê reconhece como sendo de maior valor para as vidas de seus membros.

Assim, a *accountability* democrática perpassa a ideia da responsabilidade dos gestores públicos em agirem para atender às necessidades públicas, razão pela qual se pode dizer que os gestores públicos apresentam-se responsáveis ao permitirem que cidadãos participem da programação, execução e controle da ação do Estado, conforme procedimentos democraticamente instituídos. A exigência de atuação do Estado, impulsionada e acompanhada por um fluxo democrático e transparente, configura a dimensão de *accountability* que se denomina *responsiveness*.¹⁵⁷

¹⁵⁷ De acordo com Paulo Costa, a *responsiveness* se explica porque “Sendo o povo o titular originário do poder, a Administração tem o dever de procurar satisfazer as suas reais necessidades. Numa gestão pública que tem por missão a

Pode-se dizer que as dimensões de *accountability* convergem na noção de que os agentes públicos são responsáveis se prestam contas publicamente de que o exercício das competências públicas corresponde às necessidades sociais e respeita os valores que constitucionalmente dirigem o exercício do poder público. A *accountability* alcança uma dimensão ética da atuação do Estado que não pode ser negligenciada. Dela emana a concepção de que o Estado é responsável se demonstrar respeito aos valores reconhecidamente eleitos pela sociedade como aqueles que devem ser impostergavelmente obedecidos. Isso implica dizer que a verificação da regularidade de atos administrativos susceptíveis de expressão monetária possui parâmetros nos quadrantes da legalidade e do respeito aos valores morais que também orientam a ação do Estado. A dimensão ética da *accountability* é abordada por Paulo Costa (2010, p.294):

No quadro do *novo serviço público* o conceito de *accountability* é mais amplo e exigente relativamente aos gestores públicos. Estes, para além dos deveres de observância da lei e de promoção da economia, eficiência e eficácia da gestão, têm ainda o dever de respeitar os valores fundamentais do Estado democrático e republicano, devendo prestar contas, à luz destes valores, pelas condutas adotadas. No *novo serviço público* a *accountability* é, portanto, multifacetada e complexa.

Emerge da noção de debate público a realização da *accountability*, pois o debate público trabalha com o conceito de que o Estado é levado a se responsabilizar em instâncias formais e informais de controle, por se justificar perante a sociedade de que suas ações foram legítimas, isto é, convertidas para as finalidades públicas que se programou alcançar em decisões democraticamente tomadas nas instâncias deliberativas com representatividade popular.

O debate público, que pressupõe a transparência e a participação popular, é fator de impulsão do Estado em direção a uma atuação democraticamente controlada, convergente aos preceitos constitucionais que disciplinam o exercício do poder político. Ademais, a proximidade da atenção da sociedade ao agir estatal torna mais viável sindicá-lo a sujeição do poder público não

criação de valor público, os gestores devem procurar envolver os cidadãos num diálogo democrático de modo a assegurar que as decisões políticas vão ao encontro das suas preferências. A *responsiveness* é uma condição necessária para a geração de *valor público*, na medida em que só é criado valor público quando “as atividades desenvolvidas atendem a uma finalidade valorizada pelo público”. (COSTA, Paulo Jorge Nogueira da. *O tribunal de contas e a boa governança: contributo para aprimoramento do controle externo financeiro em Portugal*. Tese de Doutoramento. Coimbra, p. 294).

somente aos formais parâmetros da legalidade, mas também permite adentrar-se por mais substancial monitoramento da ação do Estado amplificado nos valores da moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência administrativa, que nem sempre são fáceis de serem verificados em ações de controle circunscritas a órgãos do Estado.

Além disso, a projeção da democracia no ápice dos princípios constitucionais reclama dos Tribunais de Contas atitude conducente a ampliar a esfera pública do debate. A abertura do controle institucional à participação popular torna a cidadania ativa produtora de potenciais núcleos sociais de controle, que além de democratizar o controle, torna-o mais eficiente e com maior capacidade de pressionar o Estado a legitimar-se com ações que reflitam orientações de conduta impostas por decisões públicas ancoradas em representatividade e participação popular.

A propósito da democratização do controle pela participação popular e pelo debate público, aduz Rodolfo Pereira (2010, p. 256) que se trata de um método catalisador da eficiência da função controladora. Pelo vetor quantitativo, há proliferação de focos e agentes de controle que podem contribuir para maior visibilidade e divulgação de casos de irregularidades na gestão pública. Isso gera pulverização dos agentes de controle, que não sendo redutível apenas a instituições privilegiadas, dificulta “práticas de abafamento” de irregularidade¹⁵⁸. Por outro lado, quanto ao critério qualitativo, a profusão de agentes controladores e a diversidade de estratégias de ação provocam a canalização de multivariadas informações e percepções dos fatos controlados que imprime um incremento global nos níveis de eficiência da função controladora.

12.6 Propostas de ações dos Tribunais de Contas que promovam o controle do poder público pela transparência, participação social e debate público.

¹⁵⁸ Os efeitos positivos da participação popular no controle da Administração Pública também são assinalados por Onofre Batista: “De fato as exigências de transparência da atuação da Administração Pública possibilitam o desenvolvimento de controles sociais, ao lado de controles estatais. Os controles estatais, como veem mostrando a experiência, soa, por vezes, dispendiosos e ineficientes, em especial porque tendem a se burocratizar. Por outro lado, os controles sociais sobre a Administração Pública, além de mais abertos, não utilizam instrumentos participativos onerosos, e daí são, em geral, mais eficientes, porque multiplicam o número de controladores sem ônus para os contribuintes e têm ponderável efeito pedagógico, pois desenvolvem um sadio espírito cívico. (BATISTA JUNIOR, 2012, p. 488).

Neste trabalho, defendeu-se a ideia de que a transparência é iniciativa de responsabilização, controle e, por conseguinte, de democratização do poder público.

A informação que circula nos meandros dos órgãos do Estado pertence à sociedade. Ela é produzida em virtude de atividades públicas realizadas em nome do cidadão, e que, por isso, a ele deve se destinar de forma clara e objetiva.

Com efeito, a informação produzida, recebida e armazenada pelo Estado também é um patrimônio público imaterial que merece proteção. A publicidade e a credibilidade da informação em posse do Estado são fundamentais para a tutela do patrimônio público e dos direitos do cidadão. Cuidar da informação é zelar pelo patrimônio público de base material a que ela se refere. O controle público da informação em posse do Estado concorre diretamente para a preservação da legalidade, moralidade e legitimidade da arrecadação e aplicação do dinheiro público, da gestão dos bens públicos móveis e imóveis e até mesmo da gestão dos recursos humanos do Estado. Quanto mais publicamente fiscalizados e conhecidos, melhor geridos serão os bens patrimoniais e as políticas públicas do Estado.

Daí a importância de se efetuar controle sobre a legalidade e a qualidade da transparência dos atos do Estado. Para essa tarefa, é fundamental a contribuição que os Tribunais de Contas podem dar, tendo em vista sua missão primordial de zelar pelo patrimônio público e pelos direitos fundamentais da pessoa humana.

12.6.1 O dever de fiscalização da transparência dos órgãos públicos pelos Tribunais de Contas

Inspirados no modelo francês de controle das contas públicas¹⁵⁹ instituíram-se cortes de contas por diversas nações, e não foi diferente com o Brasil, que em 1890, sob a iniciativa de Rui Barbosa, então Ministro da Fazenda, viu a criação do Tribunal de Contas da União. A ideia era criar um órgão de controle das

¹⁵⁹ Foi o modelo da França de criação de um Tribunal de Contas em 1807 que abriu uma outra dimensão para a configuração institucional, e serviu de exemplo para a criação de instituições similares em muitos países. A característica importante do modelo francês é a posição equidistante da instituição de controle financeiro de ambos os poderes. Os Tribunais de Contas criados em vários países, sob orientação desse modelo, se tornam cada vez mais independentes e autônomos na definição de suas tarefas, não mais servindo como meros órgãos assessores do Executivo ou Legislativo. Os integrantes são nomeados por períodos prolongados ou até por cargos vitalícios, recebendo garantias comparáveis às dos integrantes do Judiciário, e têm o poder de programar o próprio trabalho. (SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e Rotina nos Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000, p. 35-36).

contas públicas, entreposto ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo, concebido para tomar as contas dos responsáveis pelo Poder Executivo e destiná-las ao conhecimento do Poder Legislativo, para julgamento, especialmente no aspecto da regularidade da execução orçamentária.

Os Tribunais de Contas desenvolveram-se como órgãos técnicos, especializados na fiscalização contábil, financeira, orçamentária e operacional das entidades da Administração Pública. Auxiliam, sem subalternidade, o Poder Legislativo na sua missão de efetuar o controle externo dos atos do Poder Executivo. Examinam a atividade financeira e orçamentária da Administração Pública sob o aspecto da legalidade, legitimidade e economicidade, com vistas à preservação do patrimônio público contra ilegalidades, desfalques e gastos antieconômicos.

Por ser uma corte especializada em aspectos técnicos do controle externo da Administração Pública, com competências específicas constitucionalmente reservadas, os Tribunais de Contas estão capacitados a decodificar e expor a conhecimento público a real situação das contas públicas.

O desaguadouro de parte das suas atividades consultiva no Poder Legislativo, especialmente a função de emissão de parecer prévio — que justificou a criação destes tribunais — deve ser interpretado como propósito democrático de aproximar a sociedade da realidade em que se encontra a aplicação orçamentária das receitas públicas, e os aspectos legais e de economicidade na realização das despesas públicas.

Por encarnar a função de representação política de toda a sociedade, ou seja, de fazer presentes no órgão parlamentar os interesses dos cidadãos que fisicamente estão ausentes, fica evidente que o fato de o destinatário do controle dos Tribunais de Contas ser institucionalmente o Poder Legislativo, bem indica que a finalidade do conjunto das atribuições controladoras do tribunal de contas é também informar a sociedade, direta e indiretamente, sobre a situação do patrimônio público. Até porque a Constituição da República de 1988 tem a clara intenção de aproximar as contas públicas do cidadão. Não é à toa que está previsto no §3º do art. 31 de referida Constituição que “as contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei”.

A imperiosidade de os órgãos públicos, inclusive os Tribunais de Contas, impulsionarem a cidadania – um dos pilares do Estado democrático brasileiro – impõe-lhe o dever de promover ambiente de transparência nas instituições políticas. Devem as cortes de contas exercer o papel de fiscalizar a legalidade e a qualidade das políticas públicas necessárias ao progresso das práticas de transparência pelo Estado.

Referidos tribunais dispõem de plêiade de competências constitucionais que lhes põem em posição privilegiada para promover transparência, cidadania e controle democrático. São formidáveis repositórios de informações sobre as ações governamentais e dispõem de acervo significativo de prestações de contas acerca da contabilidade pública, dados detalhados sobre arrecadação de receitas, realização de despesas referentes a dotações orçamentárias dos entes fiscalizados. É universo detalhado de informações sobre a execução orçamentária, abertura de créditos suplementares, a legalidade da realização de despesas, sobretudo no aspecto de atendimento às normas constitucionais e infraconstitucionais sobre empenho das despesas, licitação pública, concurso público, endividamento público, gastos com pessoal, e muito mais.

No exercício de funções fiscalizatórias, dispõe do poder de obter essas informações por meio de auditorias e inspeções e mediante requisição aos órgãos fiscalizados para remessa de prestações de contas sobre todas as etapas de realização da despesa. Algumas prestações de contas, a exemplo daquelas que se referem à consolidação anual das contas do ente federado, devem, obrigatoriamente, serem prestadas pelo Chefe do Poder Executivo e apresentadas às cortes de contas, para apreciação e emissão de parecer prévio.

As informações apresentadas pela Administração Pública aos Tribunais devem ser retrabalhadas no sentido de retornarem ao conhecimento público, em condições razoáveis de acesso e compreensibilidade pelo cidadão.

Por si mesmo, os Tribunais de Contas devem proporcionar o acesso fácil e inteligível da sociedade à informação que lhe foi prestada pelos jurisdicionados em plataforma eletrônica de dados. É o dever de transparência a que se autovincula o órgão também responsável por fiscalizar a transparência das unidades administrativa sujeitas a seu controle.

Deve também esforçar-se para que seus juízos técnicos sobre as contas prestadas pelos gestores públicos saiam do silêncio que atualmente pende sobre

eles e sejam lançados a conhecimento público, hoje facilitado pela possibilidade de exposição em portais da transparência por unidades administrativas. Há fértil espaço para se avançar no sentido dos pareceres técnicos e julgamentos das contas públicas por eles produzidos se incorporarem ao debate público. Isso reforçará a possibilidade de o cidadão melhor conhecer a situação, do ponto de vista ético, legal e de eficiência administrativa, de quem o governa. Democratiza-se e amplifica-se o raio de controle da Administração Pública.

Por outras vertentes também são decisivos os Tribunais de Contas na realização da transparência e fortalecimento do controle do patrimônio público.

Inclui-se em seu espectro da atuação a fiscalização da legalidade dos atos da Administração Pública. Sua competência, neste aspecto, é extremamente elástica. Pode ser examinada a legalidade de atos dos mais diversos, inclusive acerca daqueles que cuidam da transparência das informações referentes às unidades administrativas sob controle dos Tribunais de Contas.

A transparência tornou-se, depois da edição da Lei Complementar nº131/09 e da Lei nº 12.527/11, objeto de detalhada disciplina normativa. Sem dúvida, a aplicação exitosa desta lei pelos órgãos públicos dependerá de políticas públicas de transparência, que demandam investimentos governamentais geradores de despesas. Esse conjunto de fatores já é o bastante para a intervenção do controle dos Tribunais de Contas. Da mesma forma que controlam se Administração Pública realiza licitações nas compras que faz, realiza concurso público para seleção de pessoal, se realiza gestão fiscal responsável, nos padrões da Lei de Responsabilidade Fiscal, devem também se despertar para a necessidade de verificar se a Administração Pública também cumpre seu dever de promover transparência, em conformidade aos parâmetros constitucionais e legais.

É fundamental as cortes de contas monitorarem a transparência porque por meio dela promove-se controle de legalidade. Sem transparência, possivelmente a legalidade das ações administrativas é fraudada, maquiada e apresentada ao público com informações distorcidas. A ausência de transparência compromete, além da legalidade, a legitimidade da atuação administrativa, que pode desviar das finalidades de interesse público, distribuídas e delimitadas entre as leis a que deve obediência o administrador público.¹⁶⁰

¹⁶⁰ Para Paulo Costa, são vários os benefícios que justificam o controle da transparência pelos Tribunais de Contas. Para este autor a compreensão do conceito de controle financeiro externo "permitem-nos afirmar que o mesmo é apto a contribuir para a

A iniciativa das cortes de contas em sindicarem os atos e procedimentos administrativos relativos à transparência frutifica as potencialidades das ações de controle. Informações acessíveis a todos, em mídia eletrônica, com linguagem acessível, e de conteúdo confiável, robustece a participação popular e o controle social.

A efetividade da transparência abre maiores possibilidades da informação servir como fonte de conhecimento pela sociedade da correição (legalidade) e qualidade (eficiência) com que se efetuou a despesa pública.

O controle da legalidade e confiabilidade da informação divulgada reverte em benefício do próprio controle externo oficial. Com transparência, ele pode se aprimorar e tornar-se mais efetivo, pois nessas condições pode ter a cooperação participativa da sociedade, que está próxima das frentes de ação da administração pública e apta a prestar informações decisivas para sindicarem a legalidade dos procedimentos administrativos deflagrados e avaliar a qualidade dos serviços públicos prestados.

Além disso, com transparência nas contas públicas impregna-se caráter democrático ao controle, porque inclui o controle social na fiscalização dos atos da Administração Pública.

Propõe-se, portanto, que os Tribunais de Contas devam funcionar como instância de interlocução com a sociedade civil. Depois de processarem, analisarem e até mesmo julgarem, quando for o caso, as prestações de contas públicas que lhes foram apresentadas, devem esses tribunais, por si mesmo, dar publicidade de suas análises técnicas e julgamento, além de zelarem se os órgãos públicos controlados também fazem o mesmo com seus atos e resultados dos juízos técnicos que sobre eles emitiu os Tribunais de Contas.

A propósito, vale resgatar que a transparência, ao lado do planejamento, é um dos pilares da gestão fiscal responsável (art. 1º, §1º, da Lei Complementar nº 101/00), com vistas ao equilíbrio nas contas públicas. E, como instrumento de promoção da transparência, o art. 48 da LC nº101/00 impõe a divulgação, inclusive

transparência do Estado, para a *responsabilização* de quem gere dinheiros públicos e para a *melhoria da gestão* financeira pública, revelando-se crucial nos Estados de Direito contemporâneos. [...] As ISC [Instituições Superiores de Controle] são fundamentais para o equilibrado funcionamento dos sistemas político e administrativo e para o incremento do bem-estar social. Acresce que a informação disponibilizada pela ISC aos cidadãos contribui para estimular a discussão política e o seu envolvimento na vida pública". (COSTA, 2012, p. 40).

em meio eletrônico, dos planos, orçamentos, leis de diretrizes orçamentárias, prestações de contas e o respectivo parecer prévio. Em complemento, o art. 56, §3º da LC nº101/00 determina que “será dada ampla divulgação dos resultados da apreciação das contas, julgadas ou tomadas”. No mesmo sentido, o art. 7º, inciso VII, “b”, da Lei nº12.527/11 assegura que o direito de acesso à informação compreende o “resultado de inspeções, auditorias, prestações e tomadas de contas realizadas pelos órgãos de controle interno e externo, incluindo prestações de contas relativas a exercícios anteriores”. Esse dever de divulgação das contas abrange os entes da federação e os Tribunais de Contas, conforme previsto nos §§1º e 2º do art.1º da LC nº101/00 e inciso I do art. 1º da Lei nº12.527/11. Contudo, a intensidade e a qualidade da transparência das leis orçamentárias e prestações de contas, na forma em que vem sendo praticada, ainda estão aquém do grau necessário para despertar o interesse e o conhecimento da sociedade sobre a administração das contas públicas pelo Estado. A mera divulgação eletrônica dessas informações, se realizada mediante relatórios e balanços contábeis, é de alta complexidade para entendimento da população leiga em contabilidade pública, o que pouco contribui para a democratização do conhecimento da situação das contas públicas.

Entretanto, existem muitas situações concretas, como se passa a demonstrar, em que iniciativas dos Tribunais de Contas com promoção da transparência podem fomentar o debate público, cuja fragilidade ainda retarda o progresso democrático.

12.6.1.1 Práticas de controle da transparência pelos Tribunais de Contas

12.6.1.1.1 Controle da transparência pelo incentivo a participação na elaboração do orçamento

Um campo a ser explorado pelos Tribunais de Contas é fiscalizar se entidades públicas e privadas que lidam com recursos públicos promovem transparência em conformidade com parâmetros normativos que exigem divulgação de informações produzidas e armazenadas pelos órgãos públicos.

O dever de promover transparência está disciplinado em dois diplomas normativos principais, que se complementam. A Lei Complementar nº 131/09 e a Lei nº 12.527/11, conhecida como Lei de Acesso à Informação.

A LC nº 131/09 alterou a LC nº 101/00, acrescentando nesse diploma, entre outros dispositivos, o parágrafo único ao art. 48 e o art. 48-A, com o seguinte teor:

Art. 48. [...]

Parágrafo único. A transparência será assegurada também mediante:

I – incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos;

II – liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público;

III – adoção de sistema integrado de administração financeira e controle, que atenda a padrão mínimo de qualidade estabelecido pelo Poder Executivo da União e ao disposto no art. 48-A.

Art. 48-A. Para os fins a que se refere o inciso II do parágrafo único do art. 48, os entes da Federação disponibilizarão a qualquer pessoa física ou jurídica o acesso a informações referentes a:

I – quanto à despesa: todos os atos praticados pelas unidades gestoras no decorrer da execução da despesa, no momento de sua realização, com a disponibilização mínima dos dados referentes ao número do correspondente processo, ao bem fornecido ou ao serviço prestado, à pessoa física ou jurídica beneficiária do pagamento e, quando for o caso, ao procedimento licitatório realizado;

II – quanto à receita: o lançamento e o recebimento de toda a receita das unidades gestoras, inclusive referente a recursos extraordinários.[...]

Essa lei atualmente é obrigatória a todos os Municípios, que devem providenciar “portais de transparência” da execução orçamentária. Ela exige a divulgação eletrônica em tempo real da informação da execução orçamentária, abrangendo todos os detalhes referentes à realização da despesa e da receita.

De acordo com o Decreto federal nº 7.185/2010, que regulamenta a LC nº 131/2009, a expressão “tempo real” significa que as informações devem estar disponíveis até o primeiro dia útil subsequente à data do registro contábil da informação no sistema adotado pelo município, sem prejuízo do desempenho e da preservação das rotinas de segurança operacional necessários ao seu pleno funcionamento.

A intensificação da divulgação da informação determinada por essa lei é fator de avanço na transparência e controle das contas públicas, pois, como visto, transparência, por si só, é controle.

Entretanto, seu maior avanço é perceber que a transparência deve ser analisada conjuntamente à participação. Em uma relação simbiótica, transparência destina-se a induzir participação popular no Estado, e, em contrapartida, participação fomenta transparência.

Assim, a LC nº 131/09 se apercebeu de que à transparência é fundamental o controle social do orçamento. A população, em suas cidades e bairros, deve ser mobilizada para participar do planejamento e execução do orçamento. Nesse sentido, as audiências públicas, referidas nessa lei, podem ser poderosas ferramentas para realização de debates na elaboração das leis orçamentárias. Por meio das audiências públicas, deve-se buscar a canalização de demandas que revelem os problemas das populações locais merecedores de priorização nas políticas públicas que são orçamentariamente executadas.

Portanto, com participação nos debates orçamentários, há maior probabilidade de as escolhas orçamentárias contemplarem as reivindicações sociais mais urgentes e necessárias. Produz-se, portanto, aderência, entre necessidades sociais e priorizações orçamentárias, em proveito da legitimidade e eficiência da ação estatal.

Com isso, há maior aproximação entre a sociedade e o orçamento público, e democratização na gestão das políticas públicas, que não se desenvolvem por fora dos orçamentos. Consequentemente, obtém-se efetiva promoção da transparência, pois a sociedade passa a conhecer com mais profundidade os recursos públicos e programas governamentais contemplados no orçamento. O orçamento participativo é exemplo mais emblemático de participação popular na elaboração de leis orçamentárias mediante a realização de sucessivas audiências públicas.

O avanço no controle social do orçamento depende fundamentalmente do desejo e capacidade de organização da sociedade. Somente a lei não faz acontecer o controle social, se a sociedade, de fato, não quer participar e controlar. Entretanto, a lei deve ser vista como importante fator de estímulo e empoderamento do controle social. Por isso, devem ser criados meios de se dar aplicação a leis que fomentem o controle social e a participação. Compete aos órgãos de controle propor ações que superem omissões e bloqueios impostos pelo Estado que inviabilizam a capacidade da sociedade exercer influência sobre a elaboração das leis orçamentárias.

Nesse sentido, vale destacar a Lei nº 10.257/01, conhecida como Estatuto da Cidade, que ao tratar da gestão orçamentária participativa, estabelece em seu art. 44 a realização de audiências públicas como condição obrigatória para aprovação do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual.

Diante das previsões normativas da LC nº 131/09 e da Lei nº 10.257/01, há fundamentos para se cobrar medidas de controle pelos Tribunais de Contas no sentido de verificar se os entes federados promovem transparência com o debate realizado em audiências públicas que precedem a elaboração das leis orçamentárias.

No exercício de suas competências, podem os Tribunais de Contas regulamentar ações de controle que verifique se os entes federados estão cumprindo com o dever de realizar audiência pública ou medidas correlatas que fomentem a participação e o controle social do orçamento público.

Ressalte-se que os entes federados não podem ser responsabilizados se porventura houver desinteresse da sociedade em participar de debates públicos sobre o orçamento. Todavia, é profícuo exigir desses entes que demonstrem atitudes práticas de incentivo ao controle social e cumprimento do dever legal de promover transparência nas discussões orçamentárias.

Será providencial à transparência e ao debate público a iniciativa dos Tribunais de Contas de normatizarem meios pelos quais os entes federados prestem contas de que realizam a gestão democrática do orçamento, à luz do referencial normativo acima citado.

Como medida de fiscalização e monitoramento do cumprimento do dever legal de incentivo à participação, propõe-se aos Tribunais de Contas disciplinarem em ato normativo a obrigação anual de se encaminhar, juntamente com os textos das leis orçamentárias, apresentadas por ocasião da prestação de contas do Chefe do Poder Executivo, registros documentados da convocação de audiência pública, com editais e informativos disponibilizados em meio eletrônico e impresso. Deve ser demonstrado que a referida convocação ocorreu com ampla publicidade e com razoável antecedência, informando a temática a ser debatida, realizada em fase de preparação das propostas de leis orçamentárias a serem encaminhadas para votação do Poder Legislativo. Justifica-se a exigência tendo em vista que é do Poder Executivo a iniciativa privativa de leis que disponham sobre plano plurianual,

diretrizes orçamentárias e orçamentos anuais, conforme previsto nos arts. 61, §1º, II, “b” e art. 165 da CRFB. Isso é importante para o Poder Executivo conhecer as necessidades sociais que carecem de acolhimento na proposta de lei orçamentária a ser encaminhada à apreciação do Poder Legislativo. Contudo, a proposta de fiscalização aqui apresentada em nada retira do Poder Legislativo a soberana e benéfica iniciativa em também realizar audiências públicas para a discussão de matérias orçamentárias¹⁶¹.

Trata-se apenas de uma medida que de forma padronizada e isonômica assegure mínimas práticas administrativas de incentivo à participação e ao debate da gestão orçamentária a serem exigíveis dos entes federados nos limites da lei e das competências das cortes de contas.

Contudo, a heterogeneidade das instituições e da cultura política brasileira evidencia experiências de pró-atividade de prefeituras municipais em democratizar a gestão do orçamento, com os conhecidos orçamentos participativos, que vivenciam maior envolvimento de diversas comunidades pertencentes a um mesmo município nos debates sobre o destino que o orçamento dará às receitas públicas.

De toda forma, a fiscalização pelos Tribunais de Contas das práticas de incentivo ao debate da matéria orçamentária é fundamental porque como bem assentado por Vanderlei Siraque (2009, p. 118), a participação social na construção do orçamento desenvolve a consciência crítica, faz os participantes conhecerem melhor a forma de gerenciamento do Estado e suas finalidades e gera mais publicidade e transparência nos gastos estatais.

Retomando conceitos da democracia deliberativa, tais iniciativas de controle contribuem para aflorar ações comunicativas de grupos sociais, praticadas numa esfera pública de debates, em que há confrontos de demandas na disputa por recursos de um orçamento que é finito. Assim, as pretensões de grupos alicerçadas em argumentos que se mostraram mais aptos de se sustentarem perante a crítica contrária, oferecidos democraticamente em procedimentos com condições iguais de

¹⁶¹ Sobre a iniciativa do Poder Legislativo em também realizar audiências públicas, há posicionamento similar de Vanderlei Siraque, que assenta: “Apesar de a maioria esmagadora das experiências de orçamento participativo ser de iniciativa dos Poderes Executivos, nada impede que os Poderes Legislativos, antes da apresentação de suas emendas ao projeto de lei orçamentária e das votações nas Comissões Técnicas e no Plenário, ouçam o povo, por meio de audiências públicas gerais ou por temas como saúde, educação, segurança, transportes e educação”. (SIRAQUE, Vanderlei. *Controle social da função administrativa do Estado*, 2 ed. Saraiva: São Paulo, 2009, p. 116).

participação, podem, em virtude de um consenso provisoriamente encontrado, exercerem influência nas instâncias administrativas do poder. Dessa forma, as pretensões comunicativamente compartilhadas no horizonte de experiência de vida das pessoas podem se refletir em leis e políticas públicas que expressem na maior proximidade possível a vontade popular.

12.6.1.1.2 O controle da transparência à luz dos referenciais da Lei de Acesso à Informação.

Outra vertente de controle da transparência a ser explorada pelos Tribunais de Contas refere-se à fiscalização do cumprimento pelos entes federados dos preceitos da Lei nº 12.527/11, conhecida como Lei de Acesso à Informação - LAI.

A lei, automaticamente, não promove transparência. Sabe-se que os Governos não são naturalmente propensos à transparência, pois revelar a informação por ele guardada significa compartilhar poder e se expor a controle¹⁶². Portanto, em complemento a iniciativas legislativas, é necessário, reafirme-se, trabalhar mudanças nos hábitos da administração pública, e perceber que a efetivação da transparência faz parte de uma política pública que deve ser permanentemente avaliada e controlada, pela sociedade e por órgãos do Estado. Por isso, devem os Tribunais de Contas deflagrar ações de controle que promovam o levantamento de como tem sido o comportamento dos entes federados com relação ao cumprimento da Lei de Acesso à Informação. Devem também apontar medidas corretivas para o alcance desse objetivo, ou, porventura, aplicar sanções, em caso de injustificável resistência ao cumprimento do dever de efetivar a transparência.

Essa proposta de controle é fundamental, tendo em vista que o direito de acesso à informação não se manifesta somente pelo pedido específico formulado pelo cidadão, que constitui o que se diz transparência passiva, na linguagem do

¹⁶² A resistência dos Governos à transparência é examinada por Cecília Olivieri, com referência a lição de Max Weber: "O poder da burocracia é, portanto, muito grande, e ela sempre procura aumentá-lo, e uma de suas principais 'armas' é a manutenção do segredo sobre seus conhecimentos e intenções (Weber, 1999:225): "Tendencialmente, a administração burocrática é sempre uma administração que exclui o público" (Weber, 1999:225). OLIVIERI, Cecília. Os controles políticos sobre a burocracia. *Rev. Adm. Pública*, Rio de Janeiro, v. 45, n. 5, Oct. 2011. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122011000500007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 27 Nov. 2013. <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-76122011000500007>.

Decreto federal nº 7.724/12, que regulamenta a Lei nº 12.527/11. O acesso à informação também decorre de obrigatória iniciativa dos órgãos públicos, que independentemente de requerimentos, têm o dever de promover a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas (art.8º da Lei nº 12.527/11). É o que referido decreto nominou transparência ativa.

De forma inovadora, o Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul – TCE/RS tomou a iniciativa de controlar o cumprimento da Lei de Acesso à Informação. A Corte de Contas gaúcha reconheceu-se no dever de fomentar a transparência. Nas palavras do seu Presidente, Conselheiro César Miola

Neste primeiro momento, a diretriz do TCE-RS é induzir, fomentar uma cultura de transparência, a fim de se alcançar a efetividade preconizada pela Lei. Além disso, pretende-se destacar as boas práticas implementadas. No futuro – tendo em vista que esse exame vai ser efetivado também no âmbito das auditorias realizadas pelo Tribunal –, caso não sejam adotadas medidas para a concretização da norma, poderão ser aplicadas sanções aos responsáveis.¹⁶³

Para realizar o controle da transparência, o TCE/RS colheu dados diretamente nos sítios eletrônicos mantidos pelos Executivos dos 496 Municípios gaúchos.

A avaliação dos sítios desmembrou-se em dois grupos. Primeiro foram avaliados 165 municípios com mais de 10 mil habitantes, de acordo com o censo do IBGE, em que a divulgação eletrônica da informação é obrigatória. Depois foram avaliados o grupo de 331 municípios com menos de 10 mil habitantes, que não são obrigados a divulgar eletronicamente as informações, conforme estabelece o §4º do art. 8º da Lei nº 12.527/11¹⁶⁴.

A confrontação dos dados encontrados nos sítios com a Lei nº 12.527/11 foi realizada mediante aplicação de um questionário padrão por um grupo de servidores encarregados da realização dessa tarefa. O questionário aplicado para levantamento de dados continha os preceitos da Lei nº 12.527/11 necessários para

¹⁶³ Trecho extraído de relatório apresentado pelo TCE/RS sobre as atividades de levantamento do desempenho dos órgãos constitucionais do Estado do Rio Grande do Sul, bem como de todos os seus Municípios, quanto ao cumprimento da Lei de Acesso à Informação.

¹⁶⁴ Dispõe o art. 8º, §4º, da Lei nº 12.527/11: “Os Municípios com população de até 10 mil habitantes ficam dispensados da divulgação obrigatória na internet a que se refere o §2º, mantida a obrigatoriedade de divulgação, em tempo real, de informações relativas à execução orçamentária e financeira, nos critérios e prazos previstos no art. 73-B da Lei complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal)”.

avaliar a prática da transparência ativa em cada um dos Municípios. O rol de preceitos da Lei nº 12.527/11 contidos no questionário que examinou a situação dos sítios eletrônicos dos Municípios gaúchos foi o seguinte:

- 1) Apresenta indicação clara à LAI? (Lei Federal nº 12.527/2011; art. 5º);
- 2) Possui meios de solicitação de informações? (Lei Federal nº 12.527/2011; art. 5º);
- 3) Possui Serviço de Informações ao Cidadão – SIC? (Lei Federal nº 12.527/2011; art. 9º, inciso I);
- 4) Apresenta informações sobre suas competências? (Lei Federal nº 12.527/2011; art. 8º, § 1º, I);
- 5) Apresenta informações sobre a estrutura organizacional? (Lei Federal nº 12.527/2011; art. 8º, § 1º, I);
- 6) Apresenta o endereço da(s) unidade(s)? (Lei Federal nº 12.527/2011; art. 8º, § 1º, I);
- 7) Informa o(s) número(s) de telefone(s) da unidade? (Lei Federal nº 12.527/2011; art. 8º, § 1º, I);
- 8) Informa o horário de atendimento? (Lei Federal nº 12.527/2011; art. 8º, § 1º, I);
- 9) Apresenta informações relativas a repasses ou transferências de recursos? (Lei Federal nº 12.527/2011; art. 8º, § 1º, II e III);
- 10) Apresenta informações sobre as despesas realizadas? (Lei Federal nº 12.527/2011; art. 8º, § 1º, II e III);
- 11) Apresenta informações sobre licitações, editais e resultados dos certames? (Lei Federal nº 12.527/2011; art. 8º, § 1º, IV);
- 12) Apresenta informações sobre contratos celebrados? (Lei Federal nº 12.527/2011; art. 8º, § 1º, IV);
- 13) Apresenta dados gerais para acompanhamento de programas, ações, projetos e obras? (Lei Federal nº 12.527/2011; art. 8º, § 1º, V);
- 14) Apresenta publicação de "Respostas e Perguntas" mais frequentes? (Lei Federal nº 12.527/2011; art. 8º, § 1º, VI);
- 15) Possui ferramenta de pesquisa? (Lei Federal nº 12.527/2011; art. 8º, § 3º, I);
- 16) Permite gravação de relatório em formato eletrônico? (Lei Federal nº 12.527/2011; art. 8º, § 3º, II);
- 17) Há indicação de data da informação? (Lei Federal nº 12.527/2011; art. 8º, § 3º, VI);

- 18) Há indicação de local e instruções que permitem comunicação eletrônica ou por telefone com o responsável pelo sítio? (Lei Federal nº 12.527/2011; art. 8º, § 3º, VII);
- 19) Adotou medidas para garantir o acesso a conteúdos previstos pela LAI por pessoas com deficiência? (Lei Federal nº 12.527/2011; art. 8º, § 3º, VIII);
- 20) Possui instrumento normativo local que regulamente a LAI? (Lei Federal nº 12.527/2011; art. 42).

Para a avaliação das respostas, o TCE/RS adotou os seguintes critérios: “SIM”, para quesitos atendidos; “NÃO”, para quesitos não atendidos; “PARCIAL”, para quesitos compostos por mais de um parâmetro, sem que todos fossem atendidos.

Com base nesses critérios conseguiu-se conhecer os quesitos do questionário atendidos por cada um dos Municípios e foi possível produzir estatísticas do percentual de atendimento de cada um dos quesitos examinados pela totalidade dos Municípios.

Essa metodologia é modelo de controle que pode ser seguido por outras cortes de contas. Ela permite identificar a real situação da (in)transparência nas administrações pública brasileiras.

Entende-se que na sequência do diagnóstico da qualidade da transparência, os Tribunais de Contas devem exercer as competências que lhe foram outorgadas pelo art. 71, VIII e IX da CRFB¹⁶⁵, e assinar prazo aos órgãos públicos para adoção de medidas corretivas, que os transponham a uma situação de conformidade aos preceitos da Lei nº 12.527/11. No caso de se apurar, depois do transcurso do prazo assinado, persistência na transgressão à Lei nº 12.527/11, sanções devem ser aplicadas para constranger o gestor à efetivação da transparência.

Todavia, no exercício de suas competências corretivas, entende-se que os Tribunais de Contas devem preferencialmente se valer de instrumentos consensuais de controle, que, ao invés da automática punição por irregularidade identificada, priorize, sempre que possível, medidas de controle que ajustem a gestão pública ao parâmetro normativo exigido, rumo ao seu aprimoramento.

¹⁶⁵ Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:[...]

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

Na atual conjuntura institucional, em que os órgãos públicos ainda não abraçaram a cultura da transparência, situações de identificação de desconformidade aos parâmetros legais de transparência são convidativas à adoção de procedimento que no âmbito do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais – TCE/MG – se denomina termo de ajustamento de gestão – TAG. O TAG está legalmente previsto no art. 93-A da Lei Orgânica do TCE/MG (Lei Complementar nº 102/08) e regulamentado pela Resolução nº 01/2012¹⁶⁶. Note-se que de acordo com o art.1º dessa Resolução, sua finalidade é regularizar atos e procedimentos dos Poderes, órgãos e entidades submetidos ao controle do TCE/MG. Constitui, portanto, adequada medida para correção das práticas de transparência nos órgãos jurisdicionados dos Tribunais de Contas, em substituição a ações de controle imediatamente sancionatórias.

Para reforçar a adoção de boas práticas de transparência, podem ainda os Tribunais de Contas exigir dos órgãos públicos, com base no art. 45 da Lei nº12.527/11, a produção de legislação específica, de acordo com a realidade local, acerca da procedimentalização de mecanismos recursais em sede administrativa para se permitir a possibilidade de reexame de decisões que porventura tenham recusado acesso à informação solicitada ou que tenham classificado como sigilosas informações em posse da administração pública.

Em aprimoramento à própria Lei nº 12.527/11, que formatou instâncias administrativas de revisão de decisões constituídas exclusivamente por autoridades e servidores da Administração Pública¹⁶⁷, propõe-se que comissões ou instâncias recursais, encarregadas da revisão de decisões refratárias ao acesso à informação ou que realizem a classificação do sigilo porventura atribuído à informação, sejam constituídas paritariamente por agentes do Estado e da sociedade civil. É uma forma

¹⁶⁶ De acordo com Art. 2º da Resolução 01/2012 do TCE/MG, o TAG é instrumento de controle consensual, celebrado entre o Tribunal de Contas e o responsável pelo Poder, órgão ou entidade submetido ao seu controle, e conterá:

I – identificação sucinta dos responsáveis e da administração envolvida;

II – obrigações e metas assumidas pelos responsáveis diante das recomendações do Tribunal de Contas;

III – prazos para implementação das obrigações assumidas; e

IV – outros elementos necessários ao seu fiel cumprimento.

Art. 4º A assinatura de TAG suspenderá a aplicação de penalidades ou sanções, conforme condições e prazos nele previstos. Acrescente-se que a generalizada situação de transgressão a determinado preceito legal por um conjunto de entidades públicas configura típica situação de repercussão geral, que à luz do disposto no art. 3º de referida Resolução, enseja a propositura do TAG de ofício pelo Presidente do Tribunal de Contas, sujeita, nos termos do art. 13 de referida Resolução, à aprovação pelo Tribunal Pleno (máxima instância deliberativa no TCE/MG).

¹⁶⁷ A propósito da questão, ver a Seção II do capítulo III da Lei nº 12.527/11. Depreende-se do art. 16 que é da Controladoria-Geral da União a competência para exame de recursos sempre que negado o acesso à informação por órgãos em diversos níveis do Poder Executivo Federal.

de organização mais democrática, que impede que o Estado julgue seus próprios atos, que contrariam interesses do cidadão, sem que a possibilidade da controvérsia também seja examinada na ótica de quem é representante da sociedade civil.

Examinou-se neste trabalho que a publicidade, por meio da divulgação da informação, está imbricada ao princípio da eficiência. Por isso, o controle sobre a transparência na gestão pública deve examinar a eficiência da publicidade, que se traduz na qualidade, veracidade e atualidade da informação produzida, conforme parâmetros da LC nº 131/09 e Lei nº 12.527/11.

O controle deve perceber que não basta divulgar a informação. A finalidade da divulgação é estabelecer comunicação com o cidadão de modo a cientificá-lo do conteúdo de uma informação resultante de ação do Estado. Assim, a informação de qualidade é aquela capaz de realizar o objetivo de comunicação entre Estado e sociedade.

Nesse sentido, o controle da transparência deve examinar se os órgãos públicos cumprem o dever, previsto no art. 5º da Lei nº 12.527/11, de garantir o direito de acesso à informação em linguagem de fácil compreensão.

Há, portanto, o dever – cujo cumprimento deve ser sindicado pelos órgãos de controle – de garantir a leitura fácil de informações e dados. Entende-se como linguagem de fácil compreensão, conforme expresso no texto da Lei de Acesso à Informação, aquela compreensível por cidadãos leigos, utilizada na comunicação do dia a dia. Dados divulgados em termos técnicos, muitas vezes, só são compreensíveis por especialistas em gestão pública e contabilidade governamental.

Nomenclatura e códigos utilizados, sobretudo para informações sobre receitas e despesas, são necessários para prestação de contas a órgãos oficiais de controle. Entretanto, essa forma de divulgação não promove a *accountability* democrática. Por isso, a efetivação da transparência exige dos órgãos públicos o trabalho de traduzi-las em vocabulário acessível ao cidadão comum. O manual de acesso à informação, editado pela Controladoria-Geral da União fornece o seguinte exemplo de tradução no uso de linguagem: o termo Transferência de Renda Diretamente às Famílias em Condição de Pobreza e Extrema Pobreza é, em linguagem cidadã, o Bolsa Família.

A tradução da informação é fundamental ao debate público, pois reduz a assimetria informacional entre cidadão e burocracia. Ela aumenta a possibilidade de

indivíduos manifestarem suas vontades e opiniões com autonomia perante discursos entabulados com órgãos do Estado.

A necessidade de tradução de dados técnicos em linguagem popular é objeto de reflexão de Márcio Kelles (2007, p. 256):

É conveniente que a divulgação das informações elencadas pela LRF seja processada por via dupla: a técnica e a popular. A via técnica seria processada para cumprir o rigor científico das ciências financeiras que informa o procedimento, e a popular serviria de tradução para uma linguagem de compreensão de todo o escopo técnico, para que qualquer cidadão, e não apenas os iniciados em finanças públicas, possa apreender e apreender o conteúdo objeto da divulgação.

Os Governos e agentes públicos, de todos os níveis federados, devem se conscientizar de que a transparência é uma prática ininterrupta de aprimoramento da divulgação, que se confunde com uma política pública. Nesses termos, ela depende de esforço gerencial e investimentos. Da mesma forma que o Estado se organiza para prestar serviços públicos, cuida da política fiscal ou se programa para realizar compras em sintonia com preceitos da licitação, também deverá se conscientizar de que a efetivação da transparência depende de políticas públicas que promovam conscientização e treinamento de servidores, investimentos em recursos tecnológicos e prática de fomento ao controle social, todas interligadas entre si. O Estado democrático deve dispensar a ações de transparência o mesmo investimento que dedica a ações para captura de informações sobre a situação profissional, patrimonial, financeira, fiscal e comercial das pessoas.

12.6.1.1.3 A indução à criação dos conselhos sociais de transparência e controle social para aprimoramento das políticas públicas de transparência

Outra providência extremamente salutar para a consolidação de ações de avaliação e monitoramento das práticas de transparência, susceptíveis de serem recomendadas pelos Tribunais de Contas, é a criação de conselhos de transparência e controle social, em âmbito municipal, estadual e nacional.

A criação desses conselhos foi uma proposta priorizada durante a 1ª Conferência Nacional sobre Transparência e Controle Social – CONSOCIAL –, realizada pela Controladoria-Geral da União, entre os dias 18 e 20 de maio de 2012,

em Brasília-DF¹⁶⁸. Essa proposta tem a credibilidade de representar a percepção de segmentos da sociedade e da administração pública de que é uma iniciativa valorosa, reconhecida em fóruns de discussão com público engajado nas reflexões sobre o tema da transparência e controle social.

A ideia da proposta, tal como aprovada na CONSOCIAL é dotar referido conselho de funções consultivas e deliberativas, para atuar no planejamento, definição, fiscalização e controle da gestão da informação pública, além de auxiliar na fiscalização e controle dos recursos e combate à corrupção.

Por coerência aos propósitos dos conselhos de transparência e controle social, que é democratizar a administração pública, definiu-se nos debates da CONSOCIAL que no mínimo 50% de seus membros sejam oriundos da sociedade civil; 25% de outros conselhos de políticas públicas e 25% proveniente do poder público.

Ostentam os conselhos gestores de políticas públicas a natureza de órgãos públicos, constituídos por lei. De acordo com Geraldo Leite (2008, p.127) os conselhos sociais são estruturalmente ligados à administração pública, mas, funcionalmente, independentes, pois não guardam relação de subordinação hierárquica. “Ainda que trazidos ao mundo jurídico sob a forma de órgãos públicos, os Conselhos Gestores são instâncias de participação e controle social e estas são as dimensões que devem ser fortalecidas na sua atuação” (LEITE, 2008, p. 129).

Portanto, são os conselhos gestores espaços públicos adequados ao debate de ações do Estado, que, democraticamente, controlam a gestão pública.

¹⁶⁸ Do relatório final produzido pela CONSOCIAL transcreve-se breve trecho que expõe uma noção geral da dimensão dos participantes neste evento: “Em 2009, durante o 1º Seminário Nacional sobre Controle Social, realizado pela Controladoria-Geral da União, os participantes - oriundos de todas as regiões do país - produziram um abaixo-assinado entregue ao Ministro de Estado Chefe da CGU, solicitando a convocação de uma conferência nacional sobre transparência, controle social e combate à corrupção.

A decisão da CGU de atender à demanda da sociedade, com o apoio da Secretaria-Geral da Presidência da República, foi o passo inicial para a assinatura do Decreto de Convocação da 1ª Consocial, em dezembro de 2010, pelo Presidente da República, a qual teve como tema central “A Sociedade no Acompanhamento e Controle da Gestão Pública” e como finalidade promover, estimular e contribuir para um controle social mais efetivo e democrático, que garanta o uso correto e eficiente do dinheiro público.

Sob a coordenação da CGU, a Conferência envolveu 2.750 municípios – incluindo todas as capitais – de todos os estados e do Distrito Federal, mobilizando quase 1 milhão de brasileiros e contando com a participação direta nos debates de mais de 153.000 pessoas.

Esse processo culminou com a Etapa Nacional, realizada entre os dias 18 a 20 de maio de 2012 em Brasília/DF, no Centro de Convenções Ulysses Guimarães. Durante três dias, 1.300 delegados eleitos, provenientes de todo o Brasil, discutiram e aprovaram propostas para o incremento da transparência e acesso à informação, o fortalecimento do controle social e o avanço na prevenção e combate à corrupção no Brasil.

Esses delegados representaram a sociedade brasileira em seus diversos segmentos: Governo, conselhos, setor privado, sociedade civil e cidadãos em geral interessados no diálogo qualificado e na construção conjunta de propostas para solucionar os problemas colocados em debate na Consocial”.

Disponível em http://www.cgu.gov.br/PrevencaoDaCorrupcao/Consocial/RelatorioFinal/CONSOCIAL_Relatorio_Executivo_Final_16012013.pdf

São órgãos de interface entre a ação comunicativa da sociedade e a ação administrativa do Estado, que exercem destacada influência para que destinatários das políticas sejam seus coautores, na linha de pensamento da democracia deliberativa, adotada nesta pesquisa.

Contudo, diplomas normativos que recentemente instituíram no Brasil políticas públicas de transparência em âmbito nacional não dispuseram sobre a obrigatoriedade de lei instituidora dos conselhos de transparência e controle social. É um ponto negativo da Lei nº 12.527/11, pois o direito brasileiro, em nível constitucional e infraconstitucional, tem a tradição de legalmente instituir política social de tendência participativa, com a previsão do respectivo conselho gestor¹⁶⁹.

A ausência da previsão de conselhos gestores nas leis que instituíram políticas de transparência é mais um fator que justifica esforços dos Tribunais de Contas que, no dever de estimular boas práticas de gestão pública, podem recomendar (não é obrigar) e também conscientizar sobre a utilidade em se instituir conselhos gestores de políticas de transparência e controle social. A indução à criação desses conselhos contribui para a promoção da democracia pelo debate público.

Afinal, se o controle social é a outra face da transparência, nada mais coerente que a transparência seja socialmente formulada e controlada em espaços públicos de interlocução e compartilhamento de poder entre administração pública e sociedade civil. Aliás, e não poderia ser diferente, o desenvolvimento do controle social é uma diretriz que o art. 3º da Lei nº 12.527/11 instituiu para assegurar o direito fundamental de acesso à informação.

Registra-se que o Município de São Paulo por iniciativa de sua Controladoria-geral, já elaborou projeto de lei para a criação do Conselho Municipal de Transparência e Controle Social, encaminhado para tramitação na Câmara Municipal. De acordo com o projeto de lei, o referido conselho é órgão colegiado de caráter consultivo, fiscalizador, propositivo e deliberativo nas matérias relacionadas às políticas de transparência e controle social do Poder Executivo Municipal. Prevê-se que o conselho seja composto por 20 (vinte) membros: 12 (doze) representantes

¹⁶⁹ O art. 204 da CRFB, *v.g.*, determina a participação popular na formulação e controle das ações de assistência social. Em reforço ao comando constitucional, a Lei nº 8.742/93, em seu art. 17, estabelece que: “ Fica instituído o Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS), órgão superior de deliberação colegiada, vinculado à estrutura do órgão da Administração Pública Federal responsável pela coordenação da Política Nacional de Assistência Social, cujos membros, nomeados pelo Presidente da República, têm mandato de 2 (dois) anos, permitida uma única recondução por igual período”. Essa sistemática também se aplica a políticas de saúde, educação, cultura e meio ambiente.

da sociedade civil e 8 (oito) do poder público. O projeto é inovador, pois é a sociedade civil que escolhe seus representantes, em procedimento eleitoral, conforme disciplinado na minuta de lei. Ao Prefeito Municipal cabe somente a escolha dos representantes do poder público.¹⁷⁰

12.6.2 A realização de transparência pelo parecer prévio emitido pelos Tribunais de Contas nas contas anuais de Governo

Anualmente, os Chefes do Poder Executivo dos entes federados devem prestar suas contas (art.84, XXIV da CRFB), e apresentá-las à apreciação prévia das Cortes de Contas (art. 71, I, da CRFB), para posterior julgamento pelas Casas Legislativas (art. 49, IX da CRFB).

Odete Medauar (2012, p. 133) denomina tais prestações de contas como contas gerais, conta geral do Estado, contas orçamentárias. Denominam-se também contas de Governo¹⁷¹, pela linguagem corrente nas Cortes de Contas.

Prestam-se as contas de Governo mediante a consolidação anual da execução orçamentária referente às unidades administrativas de todos os Poderes dos entes federados. Essa prestação de contas é reproduzida em balanços contábeis e relatórios de órgãos de controle interno, que fazem um retrato da atividade financeira, orçamentária e patrimonial do ente federado, conforme preceitua a Lei nº 4.320/64, Lei de Contabilidade Pública. Com efeito, o art. 101 dessa lei estabelece que os resultados gerais do exercício serão demonstrados no balanço orçamentário, no balanço financeiro, no balanço patrimonial, na demonstração das variações patrimoniais, conforme anexos constantes nessa lei.

Referidas contas são prestadas, pessoalmente, pelo Chefe do Poder Executivo, que é o responsável por fundir as propostas orçamentárias dos diversos Poderes no texto único da proposta de lei orçamentária consolidada que será submetida à apreciação pelo Poder Legislativo. Depois de aprovada a proposta orçamentária e convertida em lei pelo Poder Legislativo, é do Chefe do Executivo a responsabilidade pela gestão da execução orçamentária. É o Executivo que repassa

¹⁷⁰ As informações sobre este projeto de lei encontram-se disponíveis em <http://www.nossasaopaulo.org.br/portal/node/48023>, onde se tem acesso ao inteiro teor da proposição normativa.

¹⁷¹ Diferentemente ocorre com as contas de gestão, prestadas pelos ordenadores de despesas, cujo julgamento é da competência exclusiva dos Tribunais de Contas, que pode implicar sanções, quando apuradas irregularidades. (art. 71, II da CRFB). Na hipótese de julgamento de atos por arrecadação de receitas e ordenamento de despesas por agentes públicos, exerce-se competência que se inicia e se encerra nos Tribunais de Contas.

recursos previstos no orçamento aos demais órgãos e Poderes, sobretudo porque é dele a iniciativa de obter as receitas que financiarão o orçamento fiscal de todos os Poderes. Também é do Executivo a responsabilidade política pela execução das políticas públicas contempladas no orçamento.

Em que pese as contas anuais de Governo serem prestadas pelo Chefe do Poder Executivo, sob cuja responsabilidade estão centralizadas parte considerável da atividade financeira e orçamentária do poder público, é certo, conforme alerta Frederico Pardini (1997, p. 203), que espelham a situação de todos os Poderes, ou melhor, o panorama financeiro, orçamentário e patrimonial do ente federado.

Por evidenciarem, especialmente, se o desempenho global da execução orçamentária, pelo Poder Executivo, representou o cumprimento dos objetivos e metas¹⁷² dos programas governamentais, reserva-se a essa prestação de contas o julgamento político pelo Poder Legislativo. Esse julgamento é político porque os planos de Governo, consolidados e sistematizados nas leis orçamentárias, são politicamente aprovados pelas casas legislativas, que, por representarem os multivariados segmentos sociais, são quem, por último, definem as prioritárias ações governamentais contempladas no orçamento. Dessa forma, compete ao Parlamento julgar se a condução política do orçamento, pelo Executivo, atendeu, satisfatoriamente, ao plano de ação governamental que, anteriormente, fora politicamente acertado entre Poder Executivo e Poder Legislativo, nos termos das leis orçamentárias. Enfim, ao Poder Executivo cabe demonstrar, por meio da prestação de contas, e ao Tribunal de Contas, por meio do prévio exame técnico, compete subsidiar o Poder Legislativo a julgar, politicamente, em que medida o orçamento executado cumpriu as metas e objetivos do orçamento planejado.

Como a política, já ensinava Aristóteles (2007, p. 90), é a arte de governar e de zelar pela felicidade da *pólis*, isto é, cuidar do que é comum ao interesse de todos, deve o processo desse julgamento transcorrer num ambiente de publicidade e debate público. É que a publicidade e o debate público são atributos de um julgamento político e democrático, porque é em público a maneira mais

¹⁷² Objetivos e metas, com rigor técnico, não são vocábulos sinônimos. De acordo com Evandro Martins Guerra, os objetivos discriminam os resultados que se quer alcançar com os instrumentos de planejamento orçamentário. Já as metas referem-se à quantificação física ou financeira dos objetivos da Administração Pública. Há ainda a conceituação das diretrizes, que são orientações gerais para se alcançar os objetivos. (GUERRA, Evandro Martins. *Os controles externo e interno da Administração Pública*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 41).

confiável de se expressar no interesse de todos. E o debate é o meio racional de justificar atos e condutas praticados no interesse (do) público. Por isso, a importância de se imprimir publicidade no processo de julgamento das contas gerais de Governos.

Aos Tribunais de Contas, órgãos juridicamente estruturados com independência do Poder Legislativo, comete-se a competência específica de emitir parecer prévio sobre as contas do Chefe do Poder Executivo¹⁷³. A emissão de parecer prévio sobre as contas gerais de Governos é uma típica competência consultiva ou opinativa de instituições superiores de controle. De acordo com Bruno Speck (2000, p. 42), o parecer prévio é utilizado em escala universal, “com a função de dar assistência ao Legislativo na aprovação das contas de Governo”¹⁷⁴.

O parecer técnico exarado pelo Tribunal de Contas, agradando ou não, não é vinculativo para o julgamento pela Casa Legislativa¹⁷⁵. Trata-se de prévio e obrigatório auxílio técnico, de assessoramento ao Poder Legislativo, para melhor capacitá-lo no julgamento político a ser por ele exclusivamente realizado sobre as contas gerais do Poder Executivo. Note-se que o elemento técnico, correspondente à emissão do parecer prévio, está, teleologicamente, associado ao elemento político, que é o julgamento realizado pelo Poder Legislativo.

¹⁷³ Sobre a função consultiva ou opinativa do Tribunal de Contas, explica Hélio Mileski: “[...] No sistema de fiscalização contábil, financeiro e orçamentário determinado constitucionalmente, o controle externo fica a cargo do Poder Legislativo, mas é executado com o auxílio do Tribunal de Contas, o qual, como órgão executor do controle externo, quando no exercício de suas competências, possui um controle de natureza essencialmente técnico jurídico, enquanto ao Legislativo é reservado o exercício de controle político. Assim, embora sejam competências de controle distintas, não são excludentes, na medida em que uma não exclui a outra, e mesmo sendo exercida de forma exclusiva, possuem unidade de objetivo, visto buscarem a realização da fiscalização da atividade financeira do Estado. A competência que melhor demonstra esta unidade de controle, mas com perfeita delimitação da função fiscalizadora, é o julgamento das contas do Chefe do Poder Executivo. (MILESKI, 2011, p. 308).

¹⁷⁴ Sobre o parecer prévio nas contas do Governo, escreve Antônio Roque Citadini: “A emissão de Parecer ou Relatório anual sobre as contas do Governo é uma decisão sempre presente nos países e compreende uma competência quase unânime dos Tribunais e Controladorias. Trata-se do Parecer (no caso dos Tribunais) e do Relatório (no caso das Controladorias) sobre o exercício anterior, abrangendo todos os atos de índole orçamentária e financeira do Governo. Essa decisão tem a clara natureza de atividade de apoio ao Poder Legislativo e serve de suporte para que o Parlamento julgue a ação do Governo, verificando se houve uma correta execução das leis votadas e se o orçamento não foi violado. Neste caso, o que se verifica é que o decidido pelo órgão de controle não vai além de uma apreciação opinativa sobre o desempenho do Governo, competindo ao Parlamento promover o julgamento político da gestão. Acatar o Parecer ou Relatório do órgão de controle constitui uma competência discricionária do Parlamento, até porque o que vemos é o Governo se defendendo de pontos negativos da apreciação dos Controladores e cabendo ao Legislativo analisar suas razões e decidir”. (CITADINI, Antônio Roque. *O controle externo da administração pública*. São Paulo: Max Limonad, 1995, p. 42).

¹⁷⁵ Discorrendo sobre o tema, afirma Odete Medauar: “O parecer prévio do Tribunal de Contas examina em especial os balanços orçamentários, financeiro e patrimonial, integrantes das contas apresentadas, sob os aspectos referidos supra. E pode apresentar recomendações ao poder público. Fornece precioso apoio no julgamento das contas, mas se reveste de caráter opinativo, daí não vincular a decisão do Legislativo, que poderá rejeitá-lo. Embora opinativo, integra o *iter* do controle dessas contas, por imposição da Constituição Federal, descabendo eventual manifestação do Legislativo sem o parecer prévio”. (MEDAUAR, 2012, p.133).

O Poder Legislativo tem plena discricionariedade para exercer seu julgamento político, que, a rigor, tem por objeto avaliar os resultados obtidos pela execução global do orçamento. É impróprio, como bem assenta Evandro Guerra (2011, p. 175), o Poder Legislativo proceder – como é corrente – ao julgamento, pelo acolhimento ou rejeição, do parecer prévio emitido pelo Tribunal de Contas. Pareceres não são julgados. São apenas subsídios técnicos.

Destarte, se o poder soberano é exercido diretamente pelo cidadão e, indiretamente, pelos representantes, as contas dos Governos fiscalizadas devem ser informadas ao Legislativo (representantes) e diretamente à sociedade civil. Por isso, o auxílio técnico prestado ao julgamento político pelo Poder Legislativo também deve ser acessível ao conhecimento da sociedade¹⁷⁶. Os apontamentos técnicos sobre a execução orçamentária não podem se confinar apenas ao conhecimento do Poder Executivo e dos órgãos de controle.

No parecer prévio dos Tribunais de Contas, correntemente, são verificadas se as despesas espelharam a previsão orçamentária anual, e guardam compatibilidade com a Lei de Diretrizes Orçamentárias e o Plano Plurianual. Há a análise da correta abertura de créditos orçamentários e suplementares, em consonância à legislação, sobretudo a Lei nº 4.320/64 e a Lei Complementar nº 101/00, que cuida da gestão fiscal responsável. Verificam-se o cumprimento de metas e objetivos definidos pelo Poder Executivo, aprovados pelo Legislativo. Examina-se a obediência a limites de despesas com endividamento público, gastos com pessoal e se houve gastos de recursos com educação e saúde em patamares financeiros mínimos, definidos na Constituição, além de diversas outras questões que não seria oportuno aqui listar. Tais aspectos técnicos devem ser traduzidos a conhecimento da sociedade, em linguagem acessível, como forma de promover transparência das prestações de contas e do parecer prévio, exigida pelos art. 48 e 56, §3º, da LRF. Antes mesmo da edição dessa lei, Frederico Pardini (1997, p. 204-205) já compreendia a importância da publicidade dos pareceres prévios, e a necessidade de se fazê-lo acessível ao conhecimento da sociedade. Na proposta desse autor, “[...]estes pareceres e outros relatórios da espécie deveriam conter um

¹⁷⁶A respeito da condição da sociedade como destinatária das ações de controle, escreve Paulo Costa: “Acresce que os órgãos de controle político não são os únicos destinatários das informações veiculadas pelas ISC; os cidadãos são destinatários importantes – julgamos mesmo que são os mais importantes – desta informação, que os habilitará não só a julgar o mérito da administração mas também o desempenho de seus representantes no parlamento, refletindo esse juízo no exercício do direito de sufrágio”.(COSTA, 2012, p.222).

resumo informativo geral, elaborado em termos de fácil compreensão, mesmo para quem não é especializado no assunto técnico”.

A ausência de definitividade e vinculatividade dos pareceres técnicos com relação ao julgamento das contas anuais de Governo também não pode ser vista como o pior dos males. A pretensa ineficácia desses pareceres é compensada com a exposição deles ao debate público¹⁷⁷. Eles não podem ser vistos sob a ótica judiciária, como se fossem decisões com força jurídica mandamental para exercer automática coação sobre a conduta do gestor, afinal, são auxiliares de um julgamento político, incidente sobre a condução política do orçamento público.¹⁷⁸

A transparência pode contribuir para o aporte de argumentos críticos e racionais oriundos da sociedade civil e de grupos políticos ou formadores de opinião pública, que podem exercer pressão e influência sobre agentes políticos incumbidos do julgamento das contas cuja rejeição tenha sido, eventualmente, recomendada pelo parecer do tribunal de contas.

Entende-se que o caráter não vinculativo dos pareceres dos Tribunais de Contas não significa amputação das funções de controle do Poder Executivo pelos Tribunais de Contas. Ele não é vinculativo justamente porque por meio da análise técnica devem-se decodificar os aspectos legais, contábeis, financeiros, orçamentários e patrimoniais da execução orçamentária, que possam traduzir, em linhas gerais, se o Executivo conduziu o orçamento e suas ações em conformidade

¹⁷⁷ Canotilho reconhece a possibilidade de fortalecimento das funções de controle dos Tribunais de Contas pela relevância da divulgação da informação referente a apreciação técnica das contas públicas. Afirma o autor: “Acresce que, em boa medida, os Tribunais de Contas, mesmo com funções jurisdicionais, como é o caso do Tribunal de Contas português, continuam a ser “cavaleiros sem espada”, pois não lhes é reconhecido poder cassatório legitimador da anulação de actos oriundos do poder executivo ou poder legislativo. Isto justifica a acentuação da relevância da informação, publicidade e das tomadas de posição dos Tribunais de Contas quanto à correção económico-financeira das opções políticas. (CANOTILHO, 2008, p. 37)

¹⁷⁸ Eduardo Carone Costa Junior defende a adequação de o julgamento político das contas globais do Poder Executivo ser reservado ao Poder Legislativo: “Nenhum outro órgão, por mais técnico que possa ser, teria a legitimidade – desfrutada apenas pelos representantes do povo – para emitir juízo de valor sobre a atuação da Administração de forma global. Trata-se de uma aplicação lógica do princípio da independência – melhor seria dizer interdependência – entre os poderes do Estado. O julgamento das contas municipais é muito mais que um julgamento técnico, um julgamento político, eis que traz em seu bojo uma avaliação favorável ou desfavorável da atuação da Administração Municipal como um todo. Logo, deve ser deixado a cargo daquele órgão superior que está incumbido de realizá-lo e personifica uma das funções de Estado, qual seja, a função legislativa. (COSTA JUNIOR, Eduardo Carone. As funções jurisdicional e opinativa do tribunal de contas - distinção e relevância para a compreensão da natureza jurídica do parecer prévio sobre contas anuais dos prefeitos. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. Edição nº 02 de 2001 - Ano XIX).

às diretrizes políticas acertadas com o Legislativo e por ele aprovadas durante o processo legislativo de gestação das leis orçamentárias. Assim, o parecer é instrumental; ele subsidia o titular do controle externo, que é o Poder Legislativo, a avaliar se a execução orçamentária realizou o plano de Governo politicamente desejado pela lei orçamentária aprovada pelo Parlamento; avalia-se também se a execução orçamentária representou avanço ao efetivo cumprimento dos objetivos constitucionais (art. 3º da CRFB) pelos quais se devem guiar a ação governamental.

Além disso, a emissão de parecer pelo Tribunal de Contas, mesmo que favorável a aprovação das contas, não significa isenção de responsabilidade financeira, civil e criminal do gestor público. Se houver identificação de irregularidade em ato específico de gestão, o seu autor poderá ser responsabilizado. No âmbito de sua competência, cabe aos Tribunais de Contas, por previsão do art. 71, II, da CRFB, julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, bem assim daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário. De acordo com Luciano Ferraz, (1999, p. 149), o constituinte não distinguiu quais administradores serão submetidos a julgamento pelos Tribunais de Contas, o que pode levar à conclusão de que sejam todos, incluídos os Chefes do Executivo, quando agem nessa qualidade. Se empenhar despesas¹⁷⁹, o Chefe do Executivo, sem prejuízo de permanecer vinculado a prestar contas anuais de Governo, também se submete a julgamento pelo Tribunal de Contas por ato específico de gestão praticado.

O parecer prévio deve ser compreendido como ferramenta de transparência, que possa traduzir ao conhecimento dos julgadores políticos e da opinião pública se o comportamento político-administrativo do Governo, após a competente análise técnica, esteve alinhado à lei e atingiu resultados satisfatórios nos programas governamentais orçamentariamente estruturados. O parecer, como o nome indica, é prévio. Não é o fim, mas o início de público debate que deve envolver Tribunal de Contas, Poder Executivo, Poder Legislativo, órgãos de comunicação social e sociedade civil, no conhecimento das contas governamentais. Note-se que a publicidade é o meio de a sociedade e órgão políticos valorarem as contas anuais de Governo à luz da realidade sócio-política-econômica local e regional, que é

¹⁷⁹ De acordo com o art. 58 da Lei 4.320/64, "o empenho de despesa é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não da implementação de condição".

impossível de ser aferível pelos Tribunais de Contas. Por isso, afirma-se que é fomentando publicidade que os Tribunais de Contas fornecerão maior contribuição ao processo político de julgamento das contas anuais de Governo. A percepção dos préstimos da publicidade para o controle democrático das contas públicas é verificada na seguinte passagem de Frederico Pardini (1997, p. 204):

A prestação anual de contas do Presidente com os seus balanços gerais e o relatório dos responsáveis pelo sistema interno de controle têm, também, a finalidade de poder avaliar o cumprimento dos planos e programas adotados quando dos orçamentos plurianuais e do orçamento anual. É que, pela técnica orçamentária pública, os planos e programas devem ser previstos com dotações orçamentárias próprias e os balanços e a prestação de contas devem, dentro do possível, demonstrar o que foi atingido ou não nestes planos e nesses programas. É um dado importante para o Congresso analisar criticamente o desempenho do Governo. Talvez haja falta de uma maior publicidade dessas análises técnicas que poderiam ser muito mais importantes para a formação de uma opinião pública mais participativa caso fossem expressas e apresentadas, utilizando-se uma linguagem mais acessível e com resumos dos dados numéricos.

Assim, mais gravoso que a falta de vinculatividade dos pareceres prévios é o fato de o julgamento político das contas de Governo pelas Câmaras Municipais, no caso das contas do Prefeito Municipal, e pelas Assembleias Legislativas, nas contas de Governador¹⁸⁰, não corresponder a sério e transparente debate, que, não raro, despreza os apontamentos técnicos e recomendações contidas no parecer prévio e, imotivadamente, aprova contas cuja rejeição fora anteriormente manifestada pelos Tribunais de Contas. Nesse caso, o julgamento das contas é desvirtuado: ele se resume simplesmente à contabilização de número de votos e julgadores presentes à sessão, registrados em atas. Há apenas escrutínio do resultado de um julgamento cujo debate não é público e, comumente, ainda utiliza votação secreta¹⁸¹. E se ele existe, o debate se confunde com acordo político

¹⁸⁰ Aqui se omitiu as contas anuais prestadas pelo Presidente da República, julgadas pelo Congresso Nacional, e precedida de parecer prévio do Tribunal de Contas da União. De acordo com levantamento feito por Bruno Speck, jamais houve parecer prévio do Tribunal de Contas da União pela rejeição das contas do Presidente da República. (SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e Rotina nos Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000, p. 112). Essa situação é discrepante da realidade objeto de reflexões neste trabalho, em que é corrente nos Tribunais de Contas subnacionais a emissão de pareceres prévios opinando pela rejeição das contas de Prefeitos Municipais. Conforme dados extraídos do Relatório Estatístico de Atividades Desenvolvidas pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais no exercício de 2012, produzido por sua Corregedoria, a Primeira Câmara emitiu 742 pareceres pela aprovação das contas; 21 pareceres pela aprovação das contas, com ressalvas e 198 pareceres pela rejeição das contas. Já a Segunda Câmara emitiu 1108 pareceres pela aprovação das contas e 213 pareceres pela rejeição das contas. Disponível em [http://www.tce.mg.gov.br/IMG/PrestaContas/Corregedoria/2012/Exercicio%20-%202012\(1\).pdf](http://www.tce.mg.gov.br/IMG/PrestaContas/Corregedoria/2012/Exercicio%20-%202012(1).pdf). Acesso em 10/12/2013.

¹⁸¹ Anteriormente já se informou que a votação secreta em decisões parlamentares tende a ser eliminada ou amplamente reduzida. No Congresso Nacional, com a edição da Emenda Constitucional nº 76/13, aboliu-se a votação secreta apenas para julgamento de cassação de mandatos de parlamentares e para apreciação de vetos presidenciais a projetos de leis. Entretanto,

previamente definido em negociações políticas secretas, longe dos olhos do público. Os acordos são articulados tanto para aprovar as contas públicas e desse modo impedir desgaste político ou futura inelegibilidade do Prefeito Municipal, ou também para açodadamente rejeitar as contas, movido por espírito de emulação política. Dessa forma, o julgamento político perde o que ele tem de mais genuíno, e que o faz ser político, que é justamente a possibilidade de existir amplo e livre debate sobre os resultados que a gestão pública gerou de positivo para a vida da comunidade.

É contra essa ausência de publicidade e debate no julgamento das contas públicas que se deve insurgir o Tribunal de Contas, movido por sua função de promoção da transparência e de proteção do patrimônio público. Não é mais condizente com a postura que almeja efetiva transparência o Tribunal de Contas simplesmente cobrar das Câmaras Municipais a remessa das atas de julgamento das contas anuais municipais, em que mediante formalista controle legal, apenas se verifica a relação nominal dos vereadores presentes e o resultado numérico da votação, com o fim de verificar se houve quórum e votos suficientes para derrubada do entendimento constante do parecer prévio¹⁸².

a Assembleia Legislativa de Minas Gerais aprovou a proposta de emenda constitucional nº 91, de 17 de julho de 2012, que instituiu no legislativo mineiro o voto aberto, alterando a redação do art. 55, na seguinte forma: “As deliberações da Assembleia Legislativa e de suas comissões serão tomadas por voto aberto e, salvo disposição constitucional em contrário, por maioria de votos, presente a maioria de seus membros”. O voto aberto é fator indutor ao debate e maior seriedade no julgamento das contas públicas pelo Poder Legislativo, por expor a posição do parlamentar ao conhecimento do eleitor.

¹⁸² A Resolução nº 12/2008, que instituiu o regimento interno do TCE/MG, dispõe sobre providências processuais a serem tomadas para controle da legalidade do julgamento político efetuado pelas Câmaras Municipais sobre as contas do Prefeito Municipal. Transcreve-se a seguir os dispositivos pertinentes.

Art. 238. Após a emissão do parecer prévio, o Prefeito responsável pelas contas será intimado da deliberação.

Parágrafo único. Transcorrido o prazo para a interposição de pedido de reexame, o Presidente do Colegiado que houver emitido o parecer:

I - encaminhará à Câmara Municipal e ao Prefeito o parecer prévio emitido, acompanhado do relatório da unidade técnica competente;

II - determinará a publicação da ementa do parecer prévio no Diário Oficial de Contas e do seu inteiro teor no Portal do Tribunal na internet.

(Inciso com redação dada pelo art. 25 da Resolução nº 10/2010, de 30/06/2010)

Art. 239. Após o recebimento do parecer prévio, a Câmara Municipal terá até 120 (cento e vinte) dias para julgar as contas e remeter ao Tribunal cópia autenticada da resolução aprovada, bem como das atas das sessões em que o pronunciamento da Câmara se tiver verificado, com a relação nominal dos Vereadores presentes e o resultado numérico da votação.

§ 1º Concluído o julgamento das contas, o Presidente da Câmara Municipal enviará ao Tribunal a documentação pertinente, no prazo de até 30 (trinta) dias, que não poderá exceder aquele estabelecido no caput deste artigo, após o que a Secretaria da Câmara competente do Tribunal procederá à sua juntada ao processo e encaminhará os autos ao Ministério Público junto ao Tribunal.

§ 2º O Ministério Público junto ao Tribunal analisará a documentação a que se refere este artigo e adotará, entre outras medidas, as seguintes providências:

I - encaminhará o processo ao Relator, para fins de arquivamento dos autos, mediante despacho, caso a deliberação da Câmara Municipal observe a legislação aplicável;

II - comunicará ao Relator do processo a inobservância da legislação aplicável ao julgamento das contas.

§ 3º Caso não haja manifestação da Câmara Municipal no prazo previsto no caput deste artigo, contado a partir da data da juntada do respectivo aviso de recebimento aos autos, a Secretaria da Câmara competente do Tribunal certificará no processo o ocorrido, encaminhando os autos, em seguida, ao Ministério Público junto ao Tribunal.

Os Tribunais de Contas devem envidar esforços para que seus pareceres não fiquem restritos somente ao conhecimento de quem julga e de quem tem suas contas sujeitas a julgamento. No exercício do dever de promover transparência, os Tribunais de Contas, especialmente neste ponto, com o auxílio de seu Ministério Público de Contas, ao qual também incumbe, constitucionalmente, a defesa do regime democrático, devem providenciar e monitorar a divulgação dos pareceres prévios junto aos órgãos fiscalizados, de acordo com os parâmetros da LC nº101/00 e Lei nº 12.527/11, como tentativa de estimular o debate público em torno do julgamento das contas de Governo.

Os pareceres prévios – sem perda da sua função técnica – devem ser traduzidos em linguagem acessível para a sociedade conhecer a situação das contas públicas e ter a possibilidade de exercer sobre elas o controle social. É fundamental para o cumprimento do dever de transparência pelos Tribunais de Contas que os pareceres prévios sejam expostos nos seus portais de transparência, bem como naqueles dos respectivos Municípios e Estados. Em complemento dessa providência, devem estabelecer, sobretudo na realidade municipal, contato com entidades da sociedade civil, que façam circular a informação e o debate. Os Tribunais de Contas reúnem condições de solicitar o cadastramento de contatos com conselhos municipais de gestão pública, que funcionam como a porta de entrada para informações sobre as contas públicas conquistarem publicidade com outras entidades da sociedade civil, igreja e movimentos sociais. Organizações não governamentais e entidades de classe com atuações nos respectivos Municípios cujas contas são examinadas também devem ser informadas sobre os pareceres prévios, para que se forme fluxo informacional capaz de gerar *accountability* e forçar os Executivos a agir com maior responsabilidade. A divulgação pela imprensa das informações produzidas pelos Tribunais de Contas, assim como a cobertura jornalística do processo de julgamento político das contas anuais do Chefe do Poder Executivo é também fonte de impulsão para uma ação comunicativa que interconecte ideias e informações capazes de conscientizar a opinião pública no

§ 4º No caso do parágrafo anterior, sem prejuízo das demais providências cabíveis, o Ministério Público junto ao Tribunal remeterá os autos ao Relator que submeterá a matéria ao Colegiado competente, para fins da aplicação da multa a que se refere o art. 85, inciso IX, da Lei Complementar nº 102/2008.

interesse pela situação das contas públicas.¹⁸³ O registro de Márcio Kelles (2007, p. 165), sobre reflexão de David Berman, a respeito da força da mídia local nos Estados Unidos em controlar Governos municipais é indicativo de como pode ser benéfico, também no Brasil, a informação de cidadãos para o avanço no desafio democrático de se conviver com Governos permanentemente controlados por uma sociedade bem informada.

Se os pareceres prévios conseguirem se apresentar como fonte que alimenta fóruns de debates, tornar-se-ão elemento central no julgamento político das contas públicas, revigorando-se a opinião técnica dos Tribunais de Contas.

Com visibilidade e envolvimento da opinião pública, fatalmente os julgamentos políticos das Casas Legislativas deixarão de ser, simplesmente, contagem numérica de votos, por trás dos quais se escondem acordos previamente costurados em confabulação, avessos ao debate racional com o qual se busca efetivo controle, atenuado aos legítimos interesses que a sociedade confiou serem protegidos pelos representantes eleitos para o Poder Legislativo. Sob os holofotes do debate, para derrubarem os pareceres dos Tribunais de Contas, os parlamentares estarão sob os olhos da crítica pública. Nesse caso, por responderem, politicamente, perante a sociedade, terão de apresentar justificativas fortes e convincentes o bastante para legitimar sua decisão perante seus pares, seus eleitores, e diante da opinião pública. Note-se que a circulação da informação e o debate é uma forma de a sociedade, que é a destinatária última das prestações de contas, exercer controle social sobre o próprio julgamento político feito pelo Poder Legislativo¹⁸⁴.

Na esfera estadual e nacional, o maior raio de abrangência das contas gerais de Governos, que envolvem políticas públicas e despesas de amplo espectro territorial e populacional, é fértil cenário a ser explorado pela cobertura jornalística da imprensa. Caberia à imprensa divulgar à sociedade a informação sobre aspectos da gestão pública selecionados pelos Tribunais de Contas para serem examinados em

¹⁸³ Para o lusitano Paulo Costa, "o relacionamento entre ISC e os órgãos de comunicação social reveste-se da maior importância, na medida em que estes veiculam para a massa de cidadãos a informação disponibilizada pelas ISC. Esta via de comunicação permite que os cidadãos obtenham informação relevante com baixos custos, uma vez que não têm que despende tempo a procurar a informação e a descodificá-la. É uma via adequada para comunicar com a generalidade dos cidadãos que são receptores passivos de informação". (COSTA, 2012, p.106).

¹⁸⁴ Neste sentido é o entendimento de Paulo Costa: "Na verdade também o Parlamento deve prestar contas aos cidadãos do exercício do controle que exerce ou que se abstém de exercer. Assim, o controle último sobre a atuação dos órgãos de soberania há de ser assegurado pelos cidadãos, titulares originários da soberania." (COSTA, 2012, p.106).

sede de parecer prévio e posteriormente debatidos no Parlamento. A presença da imprensa poderia ser fator de controle sobre os próprios órgãos de controle técnico e político da atividade financeira do Executivo. Esses órgãos são expostos à velada pressão do Poder Executivo, que pode exercer sua influência política para cooptá-los ou neutralizá-los. Assim, o aspecto técnico que deveria conduzir os resultados e proposições do parecer prévio fica susceptível de se curvar a critérios políticos, que podem exercer influência sobre a orientação das conclusões a serem emitidas.

O risco de injunções políticas – cujo exame será detalhado no tópico seguinte – reduz as chances de se obter os resultados esperados do parecer prévio, que é forçar o Executivo a ter de se defender e justificar-se, publicamente, sobre supostas irregularidades e ineficiências porventura apontadas pelos Tribunais de Contas quanto ao desempenho da execução orçamentária, o que inviabiliza um debate público sobre a ação governamental. Indubitavelmente, a publicidade reforçaria a eficácia esperada dos pareceres prévios. Poderia torná-los mais blindados à influência dos órgãos controlados e fazê-los instrumentos de indução da exposição do desempenho de aspectos dos programas dos Governos ao controle pela crítica pública.

O julgamento das contas pelo Parlamento também não recebe a devida atenção da mídia, e transcorre despercebido do conhecimento público. A publicidade é também rarefeita, em virtude de o parecer prévio não ser explorado como elemento de interação entre o Parlamento e o Tribunal de Contas. O debate público entre representantes de segmentos plurais da sociedade – característica distintiva na natureza política do Parlamento – não alcança o parecer técnico que o Tribunal de Contas lhe encaminha anualmente.

Assim, se há, é muito brando o diálogo entre Tribunais de Contas e Parlamentos municipais, estaduais e nacional. Não tem havido comunicação entre as comissões técnicas dos Legislativos responsáveis por subsidiar o julgamento das contas com equipes técnicas dos Tribunais de Contas¹⁸⁵. O Parlamento, em todos os níveis de Governo, não costuma solicitar explicações do Executivo quanto a irregularidades apontadas pelo parecer prévio e recomendações editadas para

¹⁸⁵ Bruno Speck critica a ausência de interação entre o relatório do Tribunal de Contas da União e o Congresso Nacional. Para o autor, “o relatório [do TCU] não faz referência a nenhum tipo de acompanhamento das irregularidades apontadas em anos anteriores, ou à implementação de medidas sugeridas para saná-las. Se o relatório é a peça-chave de interação entre o Legislativo e o seu órgão auxiliar, as duas instituições deveriam ter algum tipo de entrosamento e preocupação mútua com a eficiência e eficácia dessa interação. (SPECK, 2000, p. 116).

aprimoramento da gestão pública. Recomendações repetidas vezes apontadas pelo parecer prévio não são capazes de mobilizar os Tribunais de Contas, em anos seguintes, a adotar uma postura mais firme, capaz de coagir o Executivo a incorporá-las em suas práticas de gestão.

O longo interregno entre o recebimento do parecer prévio nos parlamentos, e o seu efetivo julgamento, é empecilho ao debate público e ao controle político e social sobre as contas públicas. Com proximidade temporal entre a gestão pública controlada e o julgamento político proferido, abre-se oportunidade para que gestores, ainda no exercício de mandatos, se sintam mais pressionados a rever e combater práticas administrativas ilegais, ilegítimas ou ineficientes. Essa proposta é também crucial para se permitir, ainda em prazo hábil, a reorientação de políticas públicas a valores, interesses e prioridades de gestão socialmente encarecidas em determinado momento.

O escopo é garantir que os Tribunais de Contas, cumprindo seu dever de promover transparência, propiciem a circulação pública de informações que estimulem o debate público e crítico, com participação da sociedade civil, acerca da situação em que se encontram as contas públicas, no aspecto da legalidade, legitimidade, economicidade e eticidade.

É por meio da circulação pública da informação que a sociedade retém melhores condições para examinar se as políticas públicas foram desenvolvidas em conformidade à lei (legalidade-constitucionalidade), às demandas sociais (legitimidade), aos valores éticos consagrados na sociedade (moralidade) e se foram custeadas com recursos consumidos com economicidade.

Enfim, pela circulação pública da informação, os Tribunais de Contas contribuem para a oxigenação do regime democrático, fomentando a emersão de uma cidadania ativa¹⁸⁶, sem prejuízos de se tornarem eles próprios, expostos a conhecimento e controle público.

¹⁸⁶ Paulo Costa também aborda o potencial dos pareceres prévios serem explorados para o controle social. Diz o Autor: “para além da referida dimensão de auxílio técnico dos Parlamentos, o parecer sobre a conta geral do Estado é também um importante instrumento a serviço dos cidadãos, disponibilizando-lhes informação relevante, apta a contribuir para tornar mais efetivo o controle social da atividade financeira pública, em consonância ao disposto no Art. 48, nº 2, da Constituição da República Portuguesa”. (COSTA, 2012, p.505).

12.6.3 A escassez de publicidade e participação no processo de escolha de membros dos Tribunais de Contas: um caso emblemático de transgressão ao princípio democrático pelo déficit de debate público.

Tangenciou-se no tópico anterior o risco de os órgãos controlados – especialmente o Poder Executivo – exercerem cooptação política sobre os órgãos controladores (Tribunais de Contas), o que poderia contar com contexto favorável propiciado pela escassez de publicidade no acompanhamento das ações de controle sobre contas prestadas, sobretudo por autoridades de maior projeção política, como Presidente da República e Governadores de Estado, que dispõem de poder para interferir nas nomeações dos membros dos Tribunais de Contas que, regulamentarmente, examinarão as contas dos referidos agentes políticos.

Sabe-se que o poder, para se manter, tende a se expandir, a agir para não ser contido, domado, controlado ou, mesmo, subtraído de uma pessoa, facção, grupo, ou partido, por outrem. Não foi por acaso o célebre pensamento de Montesquieu, quando afirmou que só o poder detém o poder. E foi preocupado com o abuso do poder, que ele se consagrou como o mais conhecido cultor da teoria da separação de poderes.

Hannah Arendt identifica o poder¹⁸⁷ como sendo algo expansionista. Segundo essa autora, o poder

‘Tem uma urgência íntima de crescer’, é criador porque ‘o instinto de crescimento é próprio dele’. Assim como tudo na área da vida orgânica, ou cresce, ou declina e morre. ‘O que para de crescer começa a apodrecer, diz um ditado russo de Catarina a Grande. Os reis, dizem, eram mortos ‘não por causa da tirania, mas por sua fraqueza. O povo erigia cada falso não como punição moral ao despotismo, mas como uma pena biológica pela fraqueza. (ARENDR, 2010, p. 145).

Ciente da natureza indômita do poder, não se pode desconsiderar que nem mesmo a existência de arranjo institucional e constitucional que estructure mecanismo de controle recíproco entre órgãos do Estado – conquanto indispensável –, não é garantia de equilíbrio entre Poderes do Estado. Esse sistema, por si só, não

¹⁸⁷ Para Hannah Arendt, “Poder corresponde à capacidade humana não somente de agir de comum acordo. O poder nunca é propriedade de um indivíduo; pertence a um grupo e existe somente enquanto o grupo permanece unido. Quando dizemos que alguém está no poder, queremos dizer que está autorizado por um certo número de pessoas a agir em nome delas”. (ARENDR, Hannah. Crises da República. Tradução José Volkmann. São Paulo: Perspectiva, 2010 (Debates; 85, dirigida por J. guinsburg), p. 123)

é garantia de exercício controlado do poder, pela submissão dos governantes à lei, pelo respeito aos demais Poderes, e pelo compromisso com a realização de interesses sociais. Democracias recentes, como a brasileira, ainda ressentem-se do *déficit* de conscientização popular sobre a necessidade de práticas democráticas serem costuradas por iniciativas da sociedade civil em fazerem do espaço público, incluídos órgãos do Estado, instância de debate público como desbravamento de percurso de contínua construção democrática de meios de legitimação e controle do Estado, que deve ser espelho dos interesses sociais. Sem a conscientização popular de que são os cidadãos que fazem o Estado¹⁸⁸, abre-se oportunidade para democracias cesaristas e populistas, de acentuada personalização do poder no Chefe do Executivo (O'DONNELL, 1998, p.44). Isso gera o risco de governantes, ainda que guindados ao poder por investidura legítima, precedida de eleições lícitas, se encorajarem a anular focos institucionais de controle advindo de outros órgãos do Estado, sob o pretexto de se respaldarem no desejo popular que os elegeu, para agirem da maneira como entendem ser o melhor para o que acreditam ser o bem comum de todos. Essa prática antidemocrática e antirrepublicana, de acordo com Guillermo O'Donnell (1998, p. 44-45) significa a investida calculada contra órgãos de controle, para neutralizá-los em busca de abrir caminho livre e desimpedido para o Governo por em prática suas ações e se desincumbir das responsabilidades assumidas com o povo nas eleições. Assim, o Poder Executivo, por contar com o apoio da opinião pública e de agentes de outros Poderes do Estado, pode reforçar sua ação para neutralizar órgãos de controle. O fenômeno do controle “às avessas”, em que o controlado interfere nas atividades do controlador, incentiva práticas não republicanas, de usurpação de poderes, de corrupção e inépcia administrativa.

O ímpeto do Poder Executivo para se esquivar a ações de controle, sobretudo em democracias de frágil *accountability*, em que ainda é ausente na sociedade a noção de que Governo democrático é também aquele que se controla,

¹⁸⁸ São contudentes as assertivas de Ana Maria Campos sobre a imprescindibilidade de cidadania ativa para o controle do Estado. Quanto mais avançado o estágio democrático, maior o interesse pela *accountability*. E a *accountability* governamental tende a acompanhar o avanço de valores democráticos, tais como igualdade, dignidade humana, participação, representatividade.[...]

O verdadeiro controle do Governo – em qualquer de suas divisões: Executivo, Legislativo e Judiciário - só vai ocorrer efetivamente se as ações do Governo forem fiscalizadas pelos cidadãos.[...]

Somente a partir da organização de cidadãos vigilantes e conscientes de seus direitos haverá condição para a *accountability*. Não haverá tal condição enquanto o povo se definir como tutelado e o Estado como tutor.(CAMPOS, 1990, p. 30-50).

é reforçado, no caso brasileiro, por outro grave fator, que potencialmente reverbera na restrição de autonomia e independência dos Tribunais de Contas.

Trata-se da disfunção no arranjo constitucional de controle recíproco entre os Poderes, especialmente no modelo vigente de nomeação de membros de Tribunais de Contas. Contudo, a falha pode ser mais procedimental que estrutural, como se tenta demonstrar.

O avanço na reflexão do tema – o problema da captura política antidemocrática sobre Tribunais de Contas –, pelo menos no horizonte do modelo constitucional vigente, não deve se resumir a atribuir a origem desse problema exclusivamente ao fato de a escolha dos seus membros ser realizada diretamente pelo Congresso Nacional, que escolhe dois terços dos membros, ou pelo Executivo, a quem cabe escolher um terço dos membros, sujeitos a aprovação do Senado Federal (CRFB, art. 73, §2º), replicando-se essa sistemática de escolha no âmbito dos Estados da federação (CRFB, art.75).

O mais grave é que, no caso brasileiro, o processo de escolha de membros dos Tribunais de Contas não é democrático, no duplo sentido de não ser transparente e participativo.

Salvo raras exceções, os escolhidos são sempre membros do Parlamento, ou agentes públicos que ainda há pouco ocupavam cargo de destaque no Governo. O universo de que será escolhido membros de Tribunal de Contas é, na praxe, praticamente privado, sendo, habitualmente, reservado a membros do Poder Legislativo. A impressão é que apenas brasileiros membros de Parlamentos preenchem os requisitos constitucionais para ocupar o cargo, quando o correto seria a ampla abertura à participação de segmentos profissionais no meio dos quais se pode angariar pessoas gabaritadas ao exercício do cargo, com menor ou nenhum envolvimento em relações políticas.

Sobre isso, registre-se que, em Minas Gerais, a Assembleia Legislativa realiza filtragem política de quem serão os candidatos, em transgressão ao princípio democrático da ampla participação. O seu Regimento Interno, instituído pela Resolução nº 5.176/97, prevê em seu art. 235, da Seção X, referente à nomeação de Conselheiro do Tribunal de Contas pela Assembleia Legislativa, que a indicação de candidato a Conselheiro será assinada, por, no mínimo, 20% dos Deputados, no prazo de 10 dias úteis contados a partir da data da publicação da decisão que declarou a vacância do cargo disputado. Ou seja, a Assembleia Legislativa não se

atém a escolher quem será o Conselheiro – que é da sua competência – e vai além: exerce, também, vigoroso controle sobre quem será candidato a Conselheiro, ferindo o teor do art. 73, §1, da CRFB.

Enfim, em regra, são políticos, ou apadrinhados políticos, escolhidos por políticos, com critérios políticos, postulando cargos para a direção de órgão de eminente compostura técnica.

O processo não é público também porque a cobertura da imprensa deixa a desejar na investigação dos atributos técnicos e morais dos postulantes ao cargo. As votações secretas, respaldadas em previsão constitucional e regimental, ainda em vigor em muitos Parlamentos, agravam a escassez de transparência desse processo. A propósito, vale ressaltar que, na esfera federal, permanece em vigor o art. 52, III, “b”, da CRFB, que estabelece o voto secreto na aprovação, pelo Senado Federal, da escolha de Ministros do Tribunal de Contas da União indicados pelo Presidente da República. Em Minas Gerais, a ausência de publicidade pode estar superada, pois a Emenda à Constituição Estadual nº 91, de 17/07/2013, que alterou o art. 55 da Constituição Estadual, instituiu o voto aberto em todas as deliberações. Dessa forma, sobreveio inconstitucionalidade sobre a permanência em vigor do art. 261, do Regimento Interno da citada Assembleia Legislativa, cuja redação ainda estabelece que: “Adotar-se-á o voto secreto nos seguintes casos: I – eleições e escolhas de competência da Assembleia Legislativa, previstas na Constituição do Estado, ou quando a lei o exigir”.

Ademais, o candidato não é sabatinado pelo Poder Legislativo com o rigor técnico. Sem transparência, não há controle público do procedimento, ficando a escolha por conta dos bastidores da política. É por esse panorama do sistema de nomeação de membros dos Tribunais de Contas – e não é pelo perfil pessoal dos nomeados – que tanto especialistas como a opinião pública levanta suspeitas sobre o nível satisfatório de independência do órgão controlador diante do órgão controlado.

Sem a intenção de se importar modelos estrangeiros, como se fosse a solução automática para problemas internos a nós, é cauteloso reconhecer que, no padrão internacional, membros de Instituições Superiores de Controle – ISC são escolhidos pelo Legislativo, ou mediante seleção conjunta entre o Legislativo e o Executivo. A título comparativo, apresentam-se alguns mecanismos estrangeiros de

nomeação de autoridades de controle, a partir de estudo realizado pelo *National Audit Office* (2001), do Reino Unido, intitulado *State Audit in the European Union*.

Na Suécia, os três membros dirigentes da sua ISC, o *Riksrevisionen*, são eleitos pelo Parlamento, para mandatos de sete anos. (NAO, 2001, p. 254)

Na Alemanha, os sessenta e três membros do seu Tribunal de Contas, o *Bundesrechnungshof*, são escolhidos, para mandatos de 12 anos, em procedimento com participação conjunta do Legislativo, do Governo Federal, liderado pelo Chanceler, e pelo Presidente da República. (NAO, 2001, p. 103)

Na *Court of Audits* belga, seus doze membros são escolhidos por eleição do Parlamento, para mandatos de seis anos, renováveis por igual período. (NAO, 2001, p.30)

No Reino Unido, o auditor geral, que preside o *National Audit Office*, - a ISC desse país – é formalmente indicado pelo monarca, mediante solicitação da Casa dos Comuns – a Câmara Baixa do Parlamento. No Reino Unido há uma peculiaridade: os planos de trabalho e o orçamento do *National Audit Office* são anualmente avaliados pela *Commission of Public Accounts*, a quem incumbe recomendar ou não, sua aprovação pela Casa dos Comuns. A nota interessante é que a *Commission of Public Accounts* tradicionalmente é composta por membros da oposição ao Governo. Sem a concordância dessa Comissão, o Primeiro Ministro não consegue destituir o auditor geral do cargo (NAO, 2001, p. 264).

Portugal é um caso especial. A indicação dos dezesseis membros para a sede do seu Tribunal de Contas, e mais um juiz para cada seccional, em Açores e Madeira, não é feita por órgão político. De acordo com Paulo Nogueira da Costa (2012, p. 132)

O recrutamento dos juizes é feito mediante concurso curricular, realizado perante um júri constituído pelo Presidente do Tribunal de Contas, pelo vice-presidente, pelo juiz mais antigo e por dois professores universitários designados pelo Governo, devendo um deles ser professor de Direito e o outro de Economia, Finanças, Organização e Gestão ou Auditoria.

Dessa incursão pelo direito estrangeiro, obtêm-se algumas conclusões:

a) a origem política do órgão responsável pela escolha dos membros de ISC não é em si, um mal. Talvez, não seja a origem política, mas a substituição de critérios técnicos por critérios políticos na seleção dos seus membros, conjugado à falta de debate público no processo de escolha, que podem contaminar

politicamente os órgãos de controle; contudo, é certo que o grau de confiabilidade do povo nos seus representantes políticos, a ética na prática política, a cultura do controle e da responsabilização pública sobre os representantes, são fatores a serem ponderados para se avaliar a legitimidade e funcionalidade do sistema de indicação política, conforma a realidade de cada país;

b) a investidura dos nomeados em mandatos, com prazo máximo de duração, pode favorecer uma espécie de rodízio nos cargos, e reduzir o prolongamento da influência política do nomeante, além de reforçar o grau e a diversidade de participação nos cargos ;

c) a oposição, assim entendido o grupo político que não participa, oficialmente, da estrutura administrativa do Governo, nem lhe empresta apoio político no Parlamento, pode exercer maior participação nas funções de controle. Isso representa a possibilidade de se romper com uma lógica de controle estruturada, mecanicamente, no sistema de sobreposição de funções entre Legislativo e Executivo, que, como visto no capítulo quatro, já exhibe sinais de estar deturpado, em face da supremacia política do Executivo sobre o Legislativo. Dessa forma, a sistemática de controle, inspirada no equilíbrio de forças entre oposição e Governo, especialmente para fins de controle do poder, deve ser mecanismo a ser fortalecido, nas pesquisas e no ambiente institucional de Paramentos e órgãos de controle.

Divisando a necessidade de ruptura com o modelo constitucional vigente de indicação política para membros dos Tribunais de Contas brasileiros, há segmentos na academia, na política, nos órgãos de controle, bem como a opinião pública, que elegem os concursos públicos como modelo ideal para escolha de membros dos Tribunais de Contas, por imprimir a esses Tribunais, na ótica dos entusiastas da ideia, maior autonomia, independência, moralidade e autoridade técnica¹⁸⁹. Sem ser refratário à ideia, à qual se adere, sobretudo por implicar maior

¹⁸⁹ A contradição entre o controle substancialmente técnico a cargo dos Tribunais de Contas com a origem política de seus membros de cumeira é objeto de análise de Rita Serra: "Destarte, pode-se afirmar que, na prática, o detentor do controle externo, aquele que irá examinar as prestações de contas é o Tribunal de Contas, cujo modelo vigente no Brasil atual possui corpo técnico, concursado, e comando com origem política. Tal fato, de ser o Tribunal um órgão eminentemente técnico, mas com comando político, tem suscitado, desde o seu nascedouro, dissidências que merecem, ao menos, reflexão. Sabe-se que a estrutura de alocação política dos cargos do colegiado permanece a mesma desde o século XIX, quando o Tribunal foi criado, em 1890, sendo que à época replicou-se o padrão existente nas Juntas das Fazendas das Capitanias do período colonial, sob jurisdição de Portugal, datadas de 1680, século XVII. Consuetudinariamente, tais cargos têm sido ocupados, em sua maioria, por políticos ou agregados ligados ao Presidente que os indica.

igualdade de participação e pela harmonização do merecimento técnico do candidato à natureza técnica das atividades a serem exercidas, é prudente, todavia, temperar o entusiasmo com a proposta. A investidura nos cargos altaneiros dos Tribunais de Contas, precedida por concurso público, não é garantia de blindagem e independência em relação ao Poder Executivo. Lembre-se, que, como visto, o Brasil é, formalmente, Estado democrático, mas com fortes resquícios autoritários, de personalização do poder e sua concentração no Executivo, de frágil controle democrático e com histórico alarmante de corrupção. Esses fatores são ingredientes favoráveis à captura de outros poderes e órgãos de controle pelo Poder Executivo. Ademais, é bom ter em mente que a aprovação em concurso público de provas e títulos não atesta retidão ética na conduta e não impede, durante o exercício do cargo, atos de transgressão a princípios morais.

Contudo, não é apenas a alteração no modelo de escolha dos seus membros que fortalecerá o grau de autonomia dos Tribunais de Contas diante do Poder Legislativo e do Poder Executivo. Uma Corte de Contas repleta de autoridade técnica, desvinculada de nomeação política para sua composição, pode – mesmo com esse avanço – continuar refém do poder político, enquanto permanecer dependente de orçamento que é gestado e controlado pelo Executivo. É presunçoso alegar independência e autonomia sem que o órgão de controle disponha de receitas próprias, ou, pelo menos, montante mínimo de receitas orçamentárias garantidas anualmente, com previsão legal e constitucional, que proteja os órgãos de controle de contingenciamentos de recursos adrede realizados para enfraquecer ações de controle ou mesmo cooptá-lo a intenções não republicanas do poder político.¹⁹⁰ A questão a se enfrentar é qual o percentual mínimo do orçamento geral

Consoante entendimento de Schedler, representaria o colegiado do Tribunal de Contas instância de autoritarismo incrustada em uma instituição formalmente democrática?”. (SERRA, Rita de Cássia Chió. *Transparência e Prestação de Contas como Paradigmas Indiciários dos Aspectos Democráticos e Éticos nos Governos Hodiernos*. Trabalho apresentado no 4º Congresso Internacional “Governo, Gestão e Profissionalização em âmbito local frente aos grandes desafios de nosso tempo”, realizado na Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho, da Fundação João Pinheiro, do Estado de Minas Gerais, entre os dias 21 e 23 de outubro de 2013).

¹⁹⁰ A respeito do financiamento das atividades de ISC, aduz Pedro Barretto: “Exceto quanto ao Tribunal de Contas de Portugal, em que parte de sua despesa é custeada com recursos próprios, o financiamento das atividades das ISC dos Estados membros da União Europeia, do Tribunal de Contas da União e do Tribunal de Contas Europeu, provêm dos orçamentos dos respectivos países e do orçamento da União Europeia. [...] O orçamento do Tribunal de Contas de Portugal integra o orçamento geral da República Portuguesa. Nos últimos anos (1999, 2000 e 2001), as despesas do Tribunal de Contas foram financiadas, em média, pelo orçamento do Estado, com 67,3%, pela receitas próprias, com 32%. As receitas próprias são devidas ao Tribunal de Contas português pelos seus jurisdicionados em decorrência de prestação de serviços previstos em lei. Determinadas atividade de controle prévio, concomitante e subsequente são cobradas dos jurisdicionados/beneficiários dos serviços com base em percentuais geralmente calculados sobre seus lucros, quando estes desenvolvem atividade empresarial. Em certas situações, esta cobrança também é feita àqueles que contratam com a Administração. O detalhamento

da União ou dos Estados deve ser reservado aos seus respectivos Tribunais de Contas para garantir a regularidade e eficiência de suas ações, e como garanti-lo?

Em virtude do cenário descortinado, é importante a imersão dos órgãos estatais de controle em ambiente de transparência e de aproximação ao controle social. São iniciativas como essas que podem fortalecer a imagem deles perante a sociedade, que ciente da imprescindibilidade do controle para a proteção de direitos fundamentais e do regime democrático, poderá agir como antídoto ou elemento de intimidação contra investidas de órgãos controlados, intencionadas à neutralização das ações de controle – em que, diante da luz da publicidade, podem ser censuradas por eleitores, cidadãos e imprensa. Sem o apoio consciente da cidadania e o desenvolvimento da ética democrática, não se caminha a passos firmes para o avanço do controle do poder político.

12.6.4 A sinergia entre os Tribunais de Contas e a sociedade civil na promoção do debate público pelo fomento ao controle social do poder público

12.6.4.1 Releitura democrática da participação popular nos Tribunais de Contas pelo instituto da denúncia

Já se argumentou neste trabalho que o princípio democrático não é apenas construção teórica. Ele é realidade normativa, que deve conformar a aplicação do direito e a estruturação dos órgãos do Estado¹⁹¹.

Sob o influxo do princípio democrático, o instituto da denúncia, previsto no art. 74, §2º da Constituição e na legislação orgânica dos Tribunais de Contas¹⁹², deve ser visto como abertura para ampliação da esfera pública de controle de poder público pelo debate, com a interação sinérgica de órgãos do Estado e da sociedade civil. Devem-se aproveitar os impulsos de controles oriundos da sociedade civil, de forma democrática, sobretudo porque o controle estatal não é onipresente, e é

dos valores, tipos de serviço e isenções relacionados às receitas próprias do Tribunal de Contas são aprovadas em lei.” (BARRETO, 2004, p. 278-279).

¹⁹¹ Sobre a força do princípio democrático, escreve Canotilho que a “Constituição, ao consagrar o princípio democrático, não se decidiu por uma teoria em abstrato, antes procurou uma ordenação normativa para um país e para uma realidade histórica. Da mesma forma que o princípio do Estado de Direito, também o princípio democrático é um princípio jurídico-constitucional com dimensões materiais e dimensões organizativo-procedimentais. (CANOTILHO, 1993, p. 414).

¹⁹² Na CRFB, estabelece o Art. 74, §2º - Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.

No mesmo sentido é o tratamento dado pela Lei nº 8.443/92, que dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e pelos Tribunais de Contas subnacionais.

incapaz de monitorar e acompanhar todas as irregularidade e ineficiências que em seu conjunto podem deslegitimar a ação do Estado. A propósito, assenta Rodolfo Viana (2010, p. 255):

Não faz sentido deixar as potencialidades controladoras ínsitas ao método democrático tão-somente ao sabor das dinâmicas sociais e políticas ou minar as virtuosidades democráticas peculiares aos instrumentos de controle em virtude de sua redução ao círculo fechado dos sujeitos tradicionais. Cumpre, ao contrário, utilizar o arsenal jurídico-constitucional para dar concretude às funcionalidades democrático-controladoras.

O instituto da denúncia deve ser compreendido como abertura ao impulso democrático de efetiva participação popular no controle da gestão pública. De acordo com Ricardo Lobo Torres (1993, p.40), a possibilidade de abertura à participação popular permitida pela denúncia empresta maior legitimidade democrática aos Tribunais de Contas, pois compensa a ausência de representação popular na investidura de seus membros.

Há autores, como Roque Citadini (1995, p. 97), que associam aos Tribunais de Contas funções de ouvidorias, pois recebem denúncias de cidadãos contra irregularidades cometidas pela Administração. Explica o autor que muitos países, como o Brasil, que não instituíram a figura do *Ombudsman*, transferiram suas funções aos Tribunais de Contas.^{193 194}

Entretanto, para que a denúncia efetivamente funcione como ferramenta de participação e controle social é necessária a reformulação na sua estruturação normativa.

Não devem ser feitas exigências processuais que mais afastem do que incentivem a realização de denúncias pelos cidadãos, pois este nem sempre tem condições de acesso a conjunto probatório dos fatos por ele denunciados. Logo, dele se deve exigir no máximo a demonstração fundamentada de elementos

¹⁹³ Citadini reporta-se à explicação de Marcos J. T. do Amaral Filho, sobre o porquê da assunção pelos Tribunais de Contas brasileiros da função de receber denúncias e transcreve a seguinte passagem: “Diz o Prof. Amaral: ‘...a Constituinte houve por bem ampliar as atribuições do Tribunal de Contas assemelhando-o, sobremaneira, às característica do Ombudsman’. Conclui o autor que, ao assegurar o acesso do cidadão, partido político, associação ou sindicato, (CF., art. 74,§2º,) como parte para denunciar aos Tribunais irregularidades ou abuso do administrador, o Constituinte procurou ‘suprir a lacuna deixada pela rejeição à criação do defensor do povo’.(CITADINI, 1995, p. 97)..

¹⁹⁴ No mesmo sentido escreve Hélio Mileski, *verbis*: “Com esta possibilidade de receber denúncias, o tribunal de Contas assume uma função equiparada à do *Ombudsman* dos países nórdicos, que tem a missão de controlar a administração do Estado, civil e militar, a fim de cuidar que quem exerça a função pública a desempenhe com o máximo de responsabilidade e eficácia. Assim, esta competência para apurar denúncias retrata uma forma de ouvidoria do Estado, entretanto, com uma diferença fundamental, no que se refere ao poder de controle e sanção ostentada pelo órgão ouvidor, o Tribunal de Contas. (MILESKI, 2011, p. 366).

indiciários, competindo às cortes de contas dirigirem o procedimento para apuração das provas dos fatos. Em boa hora, prevê o artigo 306 do Regimento Interno do TCEMG (Resolução nº 12/2008) que para apuração da procedência dos fatos denunciados o Tribunal ou Relator, entre outras medidas, poderá: I - intimar o denunciante para apresentar esclarecimentos, no prazo de até 15 (quinze) dias; II - requisitar informações e documentos que entender pertinentes; III - solicitar a realização de inspeção extraordinária ao Presidente. Assim, a responsabilidade pela prova cabal dos indícios suscitados pelo denunciado deve ficar a cargo dos Tribunais de Contas, que dispõem de cabedal técnico-operacional e de poder de coerção para perseguir elementos probatórios.

Contudo, o exame da admissibilidade e a procedência da denúncia não devem ficar centralizados na presidência das cortes de contas, tal como previsto no art. 302 do Regimento Interno do TCE/MG¹⁹⁵. A fórmula de indicação política dos ministros e conselheiros dos Tribunais de Contas por órgão políticos, feita por parlamentos e chefes do Poder Executivo, – que, como visto, é uma disfunção do sistema constitucional democrático, que fragiliza a índole técnica desses tribunais – pode implicar em falta de imparcialidade no exame das denúncias, tendo em vista as relações e compromissos que a pregressa vida política naturalmente costura entre autoridades e mandatários públicos.

Nesse sentido, o princípio democrático e o princípio da imparcialidade reclamam que o juízo de admissibilidade de denúncias sejam realizados da forma mais descentralizada e técnica possível, sem concentração e personalização numa só instância decisória. Sugere-se como modelo para exame de admissibilidade das denúncias a triagem por órgãos técnicos ou mesmo ouvidorias. Ou, pelo menos, que as denúncias protocolizadas sejam, inicialmente, examinadas por Relatores, conforme distribuição aleatória entre os membros do tribunal, posteriormente sujeitas à confirmação por uma instância decisória colegiada.

Outra questão a ser equacionada à luz do direito constitucional democrático é o sigilo no processamento das denúncias. É comum a legislação

¹⁹⁵ Estabelece o 302 do Regimento Interno do TCE/MG. “O direito de denúncia será exercido mediante requerimento dirigido ao Presidente do Tribunal que decidirá a respeito do seu cabimento, tendo em vista o preenchimento dos requisitos constantes dos §§ 1º e 2º do artigo anterior.

§ 1º Se a denúncia apresentar indício veemente da existência do fato denunciado, poderá o Presidente, na falta de outros requisitos de admissibilidade, determinar ao denunciante que a complete ou a emende, no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de arquivamento.

§ 2º Ainda que não estejam presentes todos os requisitos de admissibilidade, o Presidente, motivadamente, diante de indício suficiente da existência da irregularidade e, levando em consideração a sua gravidade, poderá admitir a denúncia”.

orgânica dos Tribunais de Contas preverem que as irregularidades apontadas pela denúncia serão apuradas em sigilo, até serem coligidas as provas dos atos e fatos irregulares¹⁹⁶. Contudo, esse sigilo imposto às denúncias deve ser constitucionalmente filtrado, com o suporte da legislação infraconstitucional.

A rigor, referida hipótese de sigilo desfruta de previsão normativa, senão veja o que estabelece o art. 23, VIII, da Lei nº 12.527/11:

Art. 23 São consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam:

[...]

VIII - comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações.

Essa hipótese normativa de sigilo quer impedir que o conhecimento de uma ação fiscalizatória em curso, por quem é alvo dela, crie risco de atitudes que inviabilizem a conclusão contundente da ação de fiscalização. O agente fiscalizado, ciente da investida fiscalizatória, pode praticar atos que dificultem a reunião de elementos probatórios de fatos supostamente ilícitos e de sua autoria.

Contudo, o sigilo, ainda que diante de situação em que a lei, em tese, o preveja, não é de se aplicar automaticamente. A regra é a publicidade, especialmente se diante do exame de questões de interesse público, afetas ao interesse da sociedade em saber o que se passa com a administração dos recursos públicos por quem, no exercício de mandato ou cargo público, representa interesses do povo. Assim, há a obrigação de justificar o sigilo por quem deseja impô-lo. Deve-se demonstrar que sem o sigilo não se alcança o objetivo maior de obter a bem-sucedida finalização da apuração dos fatos. Há uma ponderação entre o interesse público de ter a informação e a realização do objetivo que decorre da ação fiscalizatória.

¹⁹⁶ No âmbito do TCU, o sigilo parcial sobre a apuração das denúncias está assim disciplinado pela Lei nº 8.443/92:

Art. 53. Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.

§ 3º A denúncia será apurada em caráter sigiloso, até que se comprove a sua procedência, e somente poderá ser arquivada após efetuadas as diligências pertinentes, mediante despacho fundamentado do responsável.

§ 4º Reunidas as provas que indiquem a existência de irregularidade ou ilegalidade, serão públicos os demais atos do processo, assegurando-se aos acusados a oportunidade de ampla defesa.

No âmbito do TCE/MG, o sigilo da denúncia esta disciplina da seguinte forma, no seu Regimento Interno:

Art. 305. Preenchendo a denúncia os requisitos de admissibilidade, o Presidente determinará a sua autuação e distribuição, mantendo-se o caráter sigiloso até que sejam reunidas as provas que indiquem a existência de irregularidade ou ilegalidade

Toby Mendel (2009, p.37) refere-se a um teste tripartite para aferir a procedência do sigilo:

- as informações precisam ser relativas a um objetivo legítimo registrado na lei;
- a divulgação da informação precisa ameaçar causar danos substanciais a esse objetivo;
- o dano ao objetivo precisa ser maior do que o interesse público de ter as informações.

Acrescente-se que o sigilo deve ser fixado temporariamente e desfeito a qualquer momento, logo que extinto o risco de dano ao objetivo por ele protegido¹⁹⁷. Assim, uma vez em posse dos elementos de provas que demonstrem a procedência da denúncia, o sigilo, porventura determinado, dever ser extinto.

A criteriosa delimitação do raio de aplicação do sigilo é fundamental, pois ele impede a comunicação que, por meio da denúncia, pretende-se estabelecer entre sociedade civil e Tribunais de Contas.

A procedimentalização da denúncia também desafia ajustes. Recebida a denúncia pelo tribunal de contas, a realidade institucional demonstra que há um apartamento dos órgãos de controle em relação ao indivíduo ou a entidade denunciante, que ficam numa situação de extremada marginalidade em relação à condução das atividades institucionais de apuração dos fatos e responsabilização pelos ilícitos relatados.

Verifica-se que, no modelo de controle externo em vigência, há uma fragilidade na intervenção do cidadão, que se restringe em ser apenas provocador da ação de controle, sem ter maiores influências na produção dos resultados dos procedimentos instaurados. Uma vez acolhida a denúncia, o procedimento em que ela se converte tramita sem a participação do denunciante, a que não é concedida a

¹⁹⁷ O art. 24, §5º da Lei nº 12.527/11, define critérios que devem ser ponderados na classificação da informação em determinado grau de sigilo, como a seguir transcrito:

Art. 24

[...]

§ 5º Para a classificação da informação em determinado grau de sigilo, deverá ser observado o interesse público da informação e utilizado o critério menos restritivo possível, considerados:

I - a gravidade do risco ou dano à segurança da sociedade e do Estado; e

II - o prazo máximo de restrição de acesso ou o evento que defina seu termo final.

oportunidade nem para apresentar colaboração argumentativa ou instrutória, nem para ciência da conclusão obtida pelo Tribunal de Contas.¹⁹⁸

É a participação que institui o elemento democrático nos procedimentos conduzidos pelo Estado, que permite às partes interessadas, na tutela de interesses particulares, coletivos e difusos, exercerem ativa influência na reconstrução de sentido das normas a serem aplicadas para fundamentação e definição de conteúdo da decisão estatal a ser tomada.¹⁹⁹ A brandura da participação e comunicação entre denunciante e Tribunais de Contas não é compatível com a típica função de ouvidoria que referidos Tribunais exercem, ao receberem denúncias. A atitude cívica de realizar a denúncia deve ser prestigiada, e o mínimo que se possa fazer para dignificar a cidadania, fundamento do Estado brasileiro (art. 1º, III, da CRFB), é dar respostas ao cidadão sobre os resultados das ações de controle que ele provocou. Não se perca de vista que o acolhimento da participação em procedimentos públicos estatais é uma forma de consolidar a transparência, o controle e a democracia.²⁰⁰

Logo, urge uma releitura do instituto da denúncia nos Tribunais de Contas, para democratizar o controle externo, torná-lo menos burocrático e mais participativo, num processo de transformação da concepção da sua engrenagem,

¹⁹⁸ O alijamento do denunciante da participação no procedimento de controle instaurado a partir da denúncia formulada é demonstrado pelo itinerário procedimental, definido no Regimento Interno:

Art. 307. Havendo indício de irregularidade, o Relator determinará a citação do denunciado, fixando-lhe o prazo de 15 (quinze) dias, improrrogáveis, para defesa.

§ 1º Apresentada a defesa, serão os autos encaminhados à unidade técnica competente para análise e manifestação conclusiva, após o que, deverão ser remetidos ao Ministério Público junto ao Tribunal, para fins do disposto no inciso IX, alínea d, do art. 61 deste Regimento.

§ 2º Com os elementos de instrução, os autos deverão ser conclusos ao Relator para inclusão em pauta.

¹⁹⁹ O direito à participação no processo, muito em voga no direito processual, é extensível aos procedimentos instaurados nos Tribunais de Contas. Sobre o tema, transcreve-se lição de Luiz Guilherme Marinoni: “Não há Estado Constitucional, que é Estado Democrático, sem direito à participação no processo. Durante muito tempo se imaginou que a garantia da democracia na jurisdição estava em que os juízes só poderiam declarar a ‘volontá concreta della legge’, pressupondo-se à base a sua devida votação pelo Parlamento, formado a partir de uma democracia representativa em uma sociedade homogênea. Havia a proibição de decisão ‘par voie de disposition générale ET réglementaire’.

Ocorre que deste tempo só existem lembranças da consecução daquilo que hoje se considera um mito. A necessidade de maior participação das partes na condução do processo e na formação do convencimento judicial decorre da óbvia circunstância de o legislador – ou de qualquer outra autoridade incumbida de expressar em larga medida o Direito – oferecer apenas textos normativos ao juízo. A democracia representativa fica a meio caminho. Não basta influenciar no momento da promulgação do texto. Como texto e norma não se confundem, a democracia no Estado constitucional só se faz plena com a possibilidade de as partes influenciarem diretamente a outorga de sentido ao texto, de influenciarem a reconstrução do sentido normativo dos textos jurídicos e do Direito não legislado no processo”. (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto de CPC: críticas e propostas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 19).

²⁰⁰ De acordo com Manuel Eduardo Alves Camargo e Gomes, “a transparência exsurge não só como resultado da possibilidade de conhecer, mas também como resultado de uma *práxis* participativa”. (GOMES, Manuel Eduardo Alves Camargo, A adequação jurídica e política do Ombudsman como instrumento de controle e de proteção do cidadão, p. 87. In: LYRA, Rubens Pinto. *Do tribuno da plebe ao ouvidor público: estudo sobre os defensores da cidadania*. João Pessoa: Editora Universitária da UFPB, 2011).

que não se confunde com substituição ou enfraquecimento do controle estatal pelo controle social, mas complementaridade entre eles.

12.6.4.2 Ouvidorias: canais procedimentais de interface entre Tribunais de Contas e a sociedade civil

Diante da proposta desse trabalho em explorar os Tribunais de Contas como foco de ampliação do debate público, é imperioso breve exame sobre as ouvidorias na sua estrutura orgânica.

Constituem as ouvidorias, na expressão de Manuel Gomes (2011, p.87), “ponte através da qual se instaura o diálogo entre a sociedade civil e a Administração Pública”. No âmbito dos Tribunais de Contas, também podem ser profícuas as ouvidorias, órgãos cujo arranjo, se coordenado mediante desenho institucional que lhe assegure autonomia e independência em relação ao órgão ao qual se integra, constitui inegável unidade de enlace entre controle social e controle estatal.

As ouvidorias formatam novas linguagens no espaço público, com a confluência de argumentos oriundos de impulsos sociais e provenientes da rede burocrática. Seu funcionamento se propõe a garantir que a vocalização da sociedade, por meio de denúncias, reclamações, sugestões e solicitações, ecoe no interior dos órgãos do Estado, para a defesa do patrimônio público e dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Como todo órgão público, são as ouvidorias criadas por lei²⁰¹, e visam à canalização do controle social ao interior dos órgãos do Estado. Assim, adere-se a entendimento de Vanderlei Siraque (2009, p. 139) quando afirma que as ouvidorias “são um misto de controle institucional com controle social, ou controle institucional interno com controle institucional externo”. A ênfase no aspecto do controle externo e social da ouvidoria, que lhe imprime autonomia, depende da formatação modelada na lei que a instituiu ou em ato infralegal que, fruto de delegação legal, foi editado para disciplinar o seu funcionamento.²⁰² Assim, a autonomia e a definição de

²⁰¹ A criação e extinção de órgãos públicos é matéria da competência do Poder Legislativo, conforme dispõe o art. 48, XI, da CRFB, sendo privativa do Chefe do Poder Executivo a iniciativa legislativa sobre a matéria, nos termos do art. 61, §1º, II, “c”, da CRFB.

²⁰² No TCE/MG, a ouvidoria foi instituída pela Lei complementar nº102/08 (Lei Orgânica), e teve regulamentado seu funcionamento pela Resolução nº 05/2010. Dispõe citada lei:

poderes dependerão do instrumento normativo que a institua, o qual “dará a forma de sua organização, da escolha de seus gestores, da autonomia orçamentária, do número de cargos disponíveis, das suas atribuições e a forma de exercê-las” (SIRAQUE, 2009, p.138).

Para Rubens Lyra (2011, p. 49) a unipessoalidade é uma característica peculiar da ouvidoria. De acordo com o autor, trata-se de um órgão que não tem poder administrativo e que, conseqüentemente, depende da idoneidade de seu desenho institucional, das prerrogativas de seu titular e da credibilidade deste para tornar efetivas as suas propostas. A ouvidoria não dispõe de poder coercitivo. Seu instrumento é a persuasão, com base na autoridade moral e intelectual do ouvidor. Por isso, é necessária sua autonomia em relação ao órgão a que se integra.

A finalidade maior da ouvidoria é intermediar demandas da sociedade e as providências administrativas para respostas aos reclamos sociais. Assim, a ouvidoria não provoca a reclamação, nem decide sobre providências. Ela é posta a agir pela reclamação do cidadão, e faz recomendações, com esforço persuasivo, junto às unidades administrativas competentes, pela adoção das providências administrativas aptas a eliminar irregularidades e aprimorar a prestação dos serviços públicos.

Rubens Lyra (2011, p.52-53) define que as características essenciais das ouvidorias são: a) proximidade do cidadão, que deve confiar no ouvidor como alguém capaz de ouvir e dar respostas a suas demandas; b) informalidade, para permitir o acesso irrestrito de qualquer cidadão ao ouvidor, inclusive de quem é juridicamente incapaz. Em nome da informalidade, não devem ser opostas barreiras burocráticas que dificultem a formulação de demandas do cidadão à ouvidoria; c) agilidade, que muito em razão da unipessoalidade da ouvidoria, imprime desenvoltura ao agir de seu titular, para dar andamento e resposta às demandas em curto prazo.

No âmbito das cortes de contas, o centro das atenções de suas ouvidorias pode recair sobre os serviços prestados por referidas cortes e se voltar, também, para a atuação de órgãos públicos sujeitos a sua jurisdição.

Art. 22. Funcionará junto ao Tribunal uma Ouvidoria com o objetivo de receber sugestões e críticas sobre os serviços prestados pelo Tribunal e propor à Presidência a adoção das medidas cabíveis.

Parágrafo único. O Ouvidor apresentará ao Tribunal, anualmente, relatório circunstanciado dos serviços realizados, procedendo da mesma forma quando deixar o cargo.

Art. 23. O funcionamento da Ouvidoria será regulamentado em ato normativo do Tribunal.

Na primeira hipótese, a ouvidoria seguiria uma tendência de funcionar como órgão de controle interno movido por influxos externos de controle social. É o controle social atuando sobre as atividades dos próprios Tribunais de Contas. Nesse caso, a ouvidoria ouve reclamações, sugestões e solicitações de servidores e cidadãos, realiza uma triagem inicial e as encaminha aos órgãos competentes da casa, para as providências que se fizerem necessárias. Deve ainda a ouvidoria dar respostas ao cidadão das providências porventura tomadas e das conclusões dos procedimentos que foram abertos por outras unidades administrativas do tribunal de contas. Em razão do acervo de informações que recebem da manifestação do público que se relaciona com o controle externo, as ouvidorias podem exercer relevante contribuição para o aprimoramento da gestão dos serviços prestados pelos Tribunais de Contas.

Se as ouvidorias dos Tribunais de Contas também se voltarem a ouvir, apurar e dar encaminhamento a providências de controle a cargo dos Tribunais de Contas sobre a atuação de órgão público sob sua jurisdição, ocorrerá profícua sinergia entre o controle externo institucional e o controle externo social. Seria virtuoso mecanismo de controle social, que permite ao cidadão verificar se a concreta atuação administrativa do Estado reflete a realização dos direitos e dos fins públicos delineados nas leis e na Constituição.

Destarte, na função de receptora e processadora de denúncias formuladas pela sociedade civil, as ouvidorias dos Tribunais de Contas assumem características peculiares. Essa função não realiza a intermediação de conflitos entre cidadão e o poder público, mediante o emprego de recomendações. Ela efetivamente ostenta uma postura mais autônoma, decidindo a respeito da procedência da denúncia, o que pode resultar em tomadas de decisões finais com efeitos vinculantes sobre jurisdicionados dos Tribunais de Contas. É o caso do desenho institucional da ouvidoria do TCE/RS, instituída pela Resolução nº 620/2003, que alterou o Regimento Interno dessa Corte. A instrução normativa nº 04/2003, que regulamenta as atividades da ouvidoria, atribui-lhe o poder de acolher ou rejeitar denúncias (art. 2º, IX) e requisitar informações e documentos dos responsáveis pelos serviços sobre os quais recaírem as notícias, críticas e reclamações recebidas, e fixar prazo para atendimento. Nesse caso, é a ouvidoria que exerce juízo de admissibilidade das denúncias, e por sua iniciativa, podem ser solicitadas ações de controle pelos órgãos do Tribunal de Contas.

Como se afirmou, a triagem de denúncias contra órgão do poder público, por meio de ouvidorias, pode ser fator positivo para formatar um desenho democrático de admissibilidade de denúncia nos Tribunais de Contas, mais imune a interferências políticas, sobretudo se o cargo de ouvidor for escolhido por critérios técnicos e exercido com mandatos estáveis.

Defende-se aqui a precedência do quesito técnico sobre o político na escolha do ouvidor, fator que assegura maior possibilidade – mas não a garantia – de autonomia e independência para a ouvidoria efetivamente conseguir facilitar o exercício do controle social. A esse respeito, merece registro que a designação de ouvidor do TCU, que até há pouco recaía sobre servidor de carreira, com perfil técnico e experiência necessária ao satisfatório exercício do cargo, - que se diferenciava dos Tribunais de Contas subnacionais, onde a regra é a escolha de ouvidor sobre membros destes tribunais – logrou um retrocesso institucional. Com a edição da Resolução nº 258, de 13 de novembro de 2013, alterou-se o art. 28 do Regimento Interno do TCU, atribuindo ao Presidente do Tribunal a competência para “designar ministro para exercer a função de Ministro-Ouvidor, para exercício por um ano civil, permitida a recondução”.

Se a estrutura das ouvidorias for institucionalizada com autonomia e independência em relação aos tribunais de conta a que se aderem, elas podem ser fonte de avanços para o controle democrático da administração pública. Primeiramente, não custa repetir, fortalece a cidadania, transpondo o cidadão e entidades sociais para uma posição ativa em relação à possibilidade de intervenção, em cooperação com os órgãos estatais de controle, na correção e no aprimoramento dos atos de gestão pública.

Em segundo lugar, mas não menos importante, em tese, imprime eficácia às funções de controle externo. Como provedora de informações para os Tribunais de Contas, transferidas da sociedade, mediante denúncias, reclamações, críticas, sugestões, elogios e pedidos de esclarecimentos, as ouvidorias trazem subsídios importantes para a realização das auditorias, especialmente as de cunho operacional, e assim, contribuem para o aperfeiçoamento da avaliação da qualidade dos serviços públicos prestados.

Em virtude de fomentar práticas participativas, que expõem a público, por iniciativa de cidadãos, informações sobre a atuação de órgãos públicos que de outra forma não seriam conhecidas, devem ser estimuladas a criação de ouvidorias

autônomas e independentes, que alcancem as atividades do maior universo possível de órgãos públicos, em todos os níveis de Governo. Deveras, é inegável o potencial das ouvidorias para a promoção da transparência e do debate público em torno de irregularidades e ineficiências da gestão pública. O estímulo para a criação das ouvidorias pode ser uma estratégia desenvolvida pelos Tribunais de Contas, que vai ao encontro da tendência mundial de os órgãos de controle atuarem como indutores da melhoria na gestão pública.(MURICI, 2011, p. 233)²⁰³.

Além disso, as informações retidas pelas ouvidorias são fonte de referência para o planejamento das ações de controle, que pode concentrar seus esforços de fiscalização em órgãos da Administração Pública que são alvos de maiores demandas para proteção do patrimônio público (MURICI, 2011, p. 233-236).

12.6.4.3 Parcerias entre o controle externo estatal e o controle externo social

Argumentou-se, por vezes, neste trabalho, que, no Estado democrático, fundamentado na soberania popular, na cidadania e na dignidade da pessoa humana, o cidadão é a sua razão última de ser. Por isso, as funções exercidas pelos órgãos do Estado – inclusive órgãos de controle – têm o cidadão como seu destinatário. Nesse sentido, Moreira Neto (2005) afirma que os Tribunais de Contas são órgãos da sociedade no Estado.

Se a legitimidade da ordem jurídica democrática – no paradigma deliberativo de democracia – reclama, como visto, que os seus destinatários também sejam seus autores, é de se verificar ser direito político fundamental dos cidadãos controlar se o exercício do poder ocorreu de acordo com critérios e objetivos definidos pela ordem jurídica. É a consequência lógica do poder que detém o cidadão de ser autor direto, mediante participação, e indireto, por representação, da ordem jurídica imposta a ele mesmo e ao Estado. Se é autor da ordem jurídica – que

²⁰³ Sobre o estímulo à criação de ouvidorias, vale mencionar a iniciativa de parceria entre a Ouvidoria-Geral do Estado de Minas Gerais (OGE), o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG), a Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais (ALMG), o Ministério Público do Estado de Minas Gerais (MPMG) e o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCMG) para criação da Rede Mineira de Ouvidorias Públicas – Rede Ouvir - MG, projeto inovador que tem como objetivo consolidar a parceria, a cooperação mútua e a articulação de esforços entre as instituições partícipes, visando fomentar a criação de ouvidorias públicas municipais e o compartilhamento das manifestações registradas pelos cidadãos, fortalecendo as ferramentas de transparência e controle social. O trabalho da Rede Ouvir - MG será sistematizado por meio da expansão do instituto ouvidoria nos diversos municípios do Estado, na capacitação dos agentes envolvidos, na criação de uma base tecnológica que conectará as unidades municipais e estaduais buscando otimizar o atendimento ao cidadãos e evitando que o mesmo passe por mais uma instância sem necessidade. Informação extraída do sítio eletrônico <http://www.tce.mg.gov.br/redeouvir/index.shtml>

define os objetivos do Estado no interesse da sociedade e os meios jurídicos para realizá-los –, pode também o cidadão controlar o Estado por si mesmo, verificar se a ação administrativa logrou, com o manejo correto dos meios jurídicos de que dispõe (legalidade), alcançar os objetivos expectados pela sociedade.

O controle do Estado pela sociedade é um direito, denominado controle social. Realiza-se por pessoa física ou pessoa jurídica “que não seja agente público no exercício da função ou órgão do Estado”. (SIRAQUE, 2009, p. 99). De acordo com Rodolfo Pereira (2010, p. 237), ele é difuso e se exerce externamente aos órgãos oficiais de controle, “cujos principais atores são os meios de comunicação social e os movimentos sociais”. Com efeito, os focos de impulso de controle social não precisam, necessariamente, revestir-se de entificação jurídica, e serem institucionalizados na forma de associações, sindicatos, ONG’S, etc. A organização e a iniciativa popular em movimentos sociais são vigorosas e informais manifestações de controle social²⁰⁴. Por meio dos movimentos sociais exerce-se controle social, mediante a associação de pessoas físicas, com unidade de propósitos, sem, porém, a constituição de uma pessoa jurídica.

O controle social tem por finalidade sindicat a legalidade e o mérito da atuação administrativa. O cerne da legalidade é verificar a conformidade dos atos e procedimentos administrativos à lei. Quanto ao controle de mérito, seu escopo é avaliar se o resultado da ação administrativa foi satisfatório para dar solução às necessidades coletivas²⁰⁵.

Contudo, o controle social carece de decisões vinculantes; ele não ostenta poder de coação capaz de afetar juridicamente condutas de agentes públicos, substituindo-as por outras que entende serem lícitas e corretas. Entretanto, a ausência de força vinculante não implica em afirmar que ele não produza resultados úteis.

²⁰⁴ O Movimento Passe Livre – MPL é um exemplo de controle social informal, sem personalização jurídica. É esse movimento, de amplitude nacional, que tem logrado mais expressivos resultados no que tange ao debate sobre a política pública de transporte coletivo urbano no Brasil. A sua luta contra o aumento de tarifas nas principais cidades brasileiras foi a centelha que incendiou a população, nos meses de junho e julho de 2013, a desencadear ondas de protestos, difusos e com temáticas transversais, mas com um sentimento comum, traduzido na intolerância à ineficiência dos serviços públicos e à crise ética nas práticas políticas dos Governos.

²⁰⁵ Para Vanderlei Siraque, “O controle social tem a finalidade de verificar se as decisões tomadas, no âmbito estatal, estão sendo executadas conforme o que foi decidido e se as atividades estatais estão sendo realizadas de acordo com parâmetros estabelecidos pela Constituição e pelas normas infraconstitucionais. Assim, o controle social poderá existir no sentido de verificação do mérito (conveniência e oportunidade) de uma decisão estatal ou da sua legalidade”. (SIRAQUE, Vanderlei. O controle social da função administrativa do Estado. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 100)

O controle social é manifestação do direito de participação do cidadão, capaz de exercer influência sobre o exercício do poder administrativo e político do Estado, buscando convencer agentes públicos a reajustarem suas condutas em direção aos parâmetros constitucionalmente definidos.

Por certo, o controle social é sinal de manifestação da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, teorizada por Peter Habermas (1997). Pelo controle social, os destinatários do controle – que não se reduzem aos agentes e órgãos públicos controlados, mas também os cidadãos, titular da representação política – são intérpretes da Constituição, pois exercem pressão, mediante exercício de um debate público, pela relegitimação da atuação do Estado, em consonância aos ditames constitucionais. Nesse caso, reportando-se a Peter Habermas (1997, p. 15), afirma-se que “o destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico”. Logo, apresenta-se o controle social como representação da tese segundo a qual a interpretação não é um fenômeno exclusivamente estatal (HABERMAS, 1997, p. 23). A interpretação constitucional, mediante controle social, contribui para efetivação do princípio democrático, no sentido da horizontalização das decisões, que são tomadas com a influência de argumentos provenientes da ação comunicativa diretamente interessada em definir o conteúdo decisório.

Em virtude do potencial de democratização do Estado que emerge do controle social, é dever do Tribunal de Contas estimulá-lo e reforçá-lo. O apoio do controle institucional ao controle social não é creditado apenas ao fator de democratização. A sinergia entre controle externo institucional (Tribunais de Contas) e controle externo social é mecanismo de emergência da transparência e eficiência, nos órgãos de controle e nas atividades do Estado controladas, que deve explorar o potencial de persuasão e de pressão do controle social sobre o poder administrativo e político do Estado²⁰⁶. Por isso, além da criação de estruturas (ouvidorias) e adoção de procedimentos (denúncias formuladas por cidadão) democratizadores, é mister

²⁰⁶ Sobre os efeitos positivos em se explorar a virtudes do controle social, aduz Rodolfo Viana: “Os controles sociais de tipo não institucionalizado servem não só ao propósito de agregar transparência e responsabilidade às condutas estatais e privadas que, de um modo ou de outro, interferem em assuntos de interesse público, como também contribuem ao próprio direcionamento da agenda política. Ainda que os processos através dos quais eles se desenvolvam não resultem em decisões vinculantes, a consequência de suas ações e táticas pode também se beneficiar de altos níveis de eficiência, desde que consigam conquistar visibilidade e convencer a opinião pública e/ou instâncias decisórias. A sua inexistência implicaria, em grande parte, a falência do princípio do controle na sociedade democrática”. (PEREIRA, Rodolfo Viana. *Direito Constitucional Democrático*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010, p. 238).

que os Tribunais de Contas realizem ações de controle (auditorias, inspeções, monitoramentos) em parcerias com entidade da sociedade civil, e abertos à manifestação de cidadãos.

O controle social se fortalece em sua interação com o tribunal de contas e vice-versa, a ação desse controle, se interligada ao tribunal de contas, adquire a tecnicidade que não raro o cidadão comum não dispõe. É o que sucede em razão do suporte técnico-operacional que pode ser prestado pelos Tribunais de Contas a iniciativas de controle social. Referidos Tribunais podem alocar a sua estrutura de controle em continuidade a fiscalizações originadas por iniciativa do controle social. Também podem empoderar o controle social mediante a capacitação de agentes propulsores de controle social. Com a interseção do tribunal de contas – órgão dotado de vinculação decisória –, revigora-se a influência exercida pelos focos de controle social sobre a opinião pública e sobre os agentes públicos fiscalizados, especialmente porque a susceptibilidade a desaguar em procedimentos oficiais de controle imprime ao controle social feição intimidadora. Em contrapartida, o tribunal de contas também colhe frutos das iniciativas de controle social. Sabe-se que os Tribunais de Contas não são onipresentes e oniscientes. Eles não podem e não conseguem controlar tudo o tempo todo. Dessa forma, o controle social funciona como efeito multiplicador do controle sobre a ação administrativa, com baixo custo ao contribuinte e ainda desenvolve um sadio espírito cívico (BATISTA, 2012, p. 488).

Há, portanto, uma relação de recíproca complementariedade entre o controle social e o controle estatal, sem substituição deste por aquele. O controle social depende do controle estatal para ter maior efetividade. Pode-se dizer que o controle social funciona como o primeiro passo da fiscalização do poder público, que se encerra no controle estatal, acompanhado pelo controle social. Por sua vez, o controle estatal também depende do controle social, para atuar em confluência a segmentos da gestão pública que em determinado momento e região a sociedade tem mais necessidade e interesse em que sejam fiscalizados.

A colaboração da sociedade civil, que é quem diretamente sofre os impactos dos resultados da ação administrativa, é fundamental para a eficiência do controle dos Tribunais de Contas cujo espectro abrange tanto a legalidade (controle de conformidade) quanto o desempenho da gestão pública (controle de resultados), tendo em mira a efetividade das políticas públicas e a realização de direitos fundamentais que imprimem legitimação ao Estado. Nesse sentido, Moreira Neto

(2008, p. 112) atribui importante papel aos Tribunais de Contas na realização dos direitos fundamentais, tendo em vista as competências residentes no art. 70 da CRFB, quanto ao controle da legalidade, mas também da legitimidade e economicidade das ações administrativas.

Enfim, o foco dos tribunais também deve estar voltado para práticas de controle compatíveis ao paradigma de uma administração que tem “o dever funcional de proporcionar resultados concretos e materializados em justa e boa atribuição de bens e serviços às pessoas” (MOREIRA NETO, 2008, p. 133).

A sindicância da qualidade do resultado da ação governamental, sobretudo se destinada à realização de políticas públicas colimadas à concretização de direitos difusos, sociais e econômicos, deixa de se sustentar somente na ótica unilateral e autorreferente do aparato burocrático que, tradicionalmente, sempre foi o responsável pelo controle da atuação estatal.

Por isso, é fundamental a participação do cidadão, mediante engate do controle social ao controle institucional, para aferir a legitimidade dos resultados alcançados pela gestão pública, que, por sinal, somente são corretamente avaliados pelo controle global da gestão pública, em que se torna peça-chave a audição das informações e impressões emitidas pelo cidadão afetado pela ação governamental²⁰⁷.

O cidadão deve ser visto como fonte de informações sobre o desempenho da Administração Pública na gestão de serviços e de recursos públicos, que devem ser exploradas como instrumento fundamental para direcionar ações de controle a objetos e regiões mais expostas à malversação dos recursos públicos.

12.6.4.3.1 As auditorias sociais do Tribunal de Contas do Estado do Paraná

²⁰⁷ Os decisivos préstimos do controle social para a avaliação dos resultados obtidos pela gestão pública são apontados por Juarez Freitas (2003, p. 192): “Ademais, o controle social não representa estorvo algum, mas poderosa ajuda à concretização do princípio da eficiência. Diria que sem o crescimento da participação popular, vários dispositivos que cobram economicidade converter-se-ão em letra falida, comprometendo os rumos do equilíbrio fiscal e da eficiência atinente às despesas e à arrecadação. Logo, o controle social, bem entendido, não serve apenas para limitar o exercício da discricionariedade dos agentes políticos e talvez nem seja esta sua função prioritária. O controle social deve servir, de modo prioritário, como controle de adequação de resultados das políticas públicas, sem prejuízo do combate, na origem, ao mau exercício da discricionariedade, vale dizer, da arbitrariedade”. FREITAS, Juarez. A democracia como princípio jurídico. In: FERRAZ, Luciano e MOTTA, Fabrício. *Direito público moderno, homenagem especial ao professor Paulo Neves de Carvalho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 167-197).

O Tribunal de Contas do Estado do Paraná – TCE/PR tem se destacado pela sua integração ao controle social, fomentando a participação popular no controle da Administração Pública. Em 2011, o TCE/PR lançou o Plano Anual de Fiscalização Social – PAF Social. De acordo com informações extraídas do sítio eletrônico deste Tribunal²⁰⁸, o PAF Social é

alicerçado na formação de uma rede de controle composta por órgãos governamentais, não governamentais, além de segmentos representativos da sociedade. O envolvimento desses atores sociais se viabiliza, entre outros, através de audiências públicas e de instrumentos fiscalizatórios, que se propõem a levantar, debater e verificar questões diretamente ligadas ao interesse público, provenientes de demandas reveladas pela própria população. Esse controle da Gestão Pública terá um viés que possibilita: a) Fomentar o desenvolvimento de indicadores que possam subsidiar as tomadas de decisão do gestor público; b) Dar transparência aos demonstrativos financeiros e relatórios contábeis que informam as receitas, as despesas e os resultados fiscais no âmbito governamental; c) Estimular a participação social na formulação e na revisão das regras que concernem à defesa dos interesses da sociedade; d) Acompanhar a adoção e implementação das decisões por meio da avaliação de programas, projetos e serviços, com a articulação dos atores sociais envolvidos, e; e) Buscar eficiência, com relação ao processo; eficácia, em termos de resultados; e efetividade, no que se refere ao atendimento da quantidade e qualidade das políticas públicas.

A finalidade do PAF Social é otimizar a atuação do TCE/PR na fiscalização do poder público por meio de parcerias com órgãos representativos da sociedade, como universidades, conselhos municipais e estaduais de políticas públicas, entidades de classe e observatórios sociais. Por meio do PAF, o TCE/PR coordena uma engrenagem que se movimenta pela concomitante e permanente interação com entidades da sociedade civil. Engendra-se, assim, uma formatação compartilhada de controle entre entidades estatais e não estatais.

É um exemplo de pró-atividade do Tribunal de Contas, que toma a iniciativa de aproximar-se da sociedade, envolvendo-a pela ação de controle externo estatal que, nesse caso, vai ao encontro do controle social. Distingue-se, portanto, das ouvidorias, que são férteis estruturas criadas para comunicação entre poder público e sociedade civil, mas que dependem da pulverizada provocação do controle disseminada entre os cidadãos.

²⁰⁸ Informação disponível em <http://www1.tce.pr.gov.br/conteudo/termo-de-referencia/235502>. Acesso em 17/12/2013.

A iniciativa do projeto PAF Social contribui para fortalecer o controle do poder público pelo debate público, pois desenvolve a cidadania pelo estímulo à participação e à cultura do controle social.

O Projeto PAF, realizado no curso dos anos de 2011 e 2012, recaiu sobre temas sugeridos por universidades, que refletiram as maiores preocupações regionais na oportunidade. Assim, foram objetos de auditoria do PAF Social: a) transporte escolar de alunos da rede pública, do ensino básico e superior; b) aquisição e distribuição de medicamentos da rede pública municipal de saúde; c) gestão de resíduos sólidos dos municípios.

O projeto também incluiu o desenvolvimento, mediante pesquisas acadêmicas, de novos indicadores e/ou adaptação de indicadores existentes de forma a torná-los aplicáveis à avaliação da gestão pública dos municípios paranaenses.

A abrangência espacial da auditoria foi regionalizada, recaindo sobre municípios selecionados, de acordo com a localização geográfica onde atuam as universidades participantes do PAF Social.

Sob a coordenação geral e planejamento do TCE/PR, desenvolveram-se auditorias operacionais e de regularidade sobre as temáticas selecionadas.

De acordo com o termo de referência do PAF Social, elaborado pelo TCE/PR, a auditoria operacional consiste na avaliação sistemática dos programas, projetos, atividades e sistemas governamentais das entidades públicas. Tem como objetivo analisar a ação governamental quanto aos aspectos da economicidade, eficiência e eficácia, bem como examinar a efetividade de seus resultados²⁰⁹.

A auditoria de regularidade procura examinar as ações públicas em face das normas e legislação aplicáveis, buscando avaliar o cumprimento dos preceitos normativos que regem a ação da Administração Pública.

²⁰⁹ A concepção de auditoria operacional do projeto PAF Social está em consonância ao entendimento doutrinário e às definições da Organização Internacional dos Entes Supremos (INTOSAI). De acordo com Hikka Summa, "As definições mais aceitas correlacionam auditoria operacional com a revisão dos 'três Es' – economicidade, eficiência e efetividade dos entes públicos ou programas. A INTOSAI afirma que a auditoria operacional abarca:

- auditar a economicidade de atividades administrativas de acordo com princípios e práticas administrativas sólidas, e de políticas administrativas;

- auditar a eficiência da utilização de recursos humanos, financeiros e demais, incluindo o exame dos sistemas de informações, medidas de desempenho e arranjos de monitoramento, bem como os procedimentos seguidos pelas entidades auditadas para remediar as deficiências identificadas; e

- auditar a efetividade do desempenho em relação ao cumprimento dos objetivos da entidade auditada, e auditar os impactos efetivos destas atividades, comparados com os impactos que se pretendiam causar (INTOSAI, 1992, p. 19). (SUMMA, Hikka. Definições e estruturas. In: POLLITT, Christopher. *Desempenho ou Legalidade?: auditoria operacional e de gestão pública em cinco países*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 41)

O TCE/PR coordenou e planejou as auditorias em parcerias com universidades e conselhos municipais, para cada uma das temáticas selecionadas.

Na área de saúde, *v.g.*, a avaliação da aquisição e distribuição de remédios contou com a realização de auditorias operacionais, executadas mediante parceria entre o TCE/PR e universidades, para avaliação da gestão dos recursos e resultados da ação pública em municípios próximos à localização geográfica das universidades participantes do projeto. Aos conselhos municipais de saúde coube avaliar a legalidade dos gastos públicos, em auditorias de regularidades coordenadas pelo TCE/PR. O termo de referência do PAF Social também prevê a possibilidade de outras entidades da sociedade civil interessadas em participar das ações de fiscalização. Elas podem receber treinamento de capacitação pelo TCE/PR e colaborar na avaliação de desempenho e regularidade da despesa pública afetada à temática fiscalizada.

Prevê-se ainda a divulgação dos resultados alcançados nas auditorias operacionais, preferencialmente, por meio de audiências públicas regionais. O objetivo é dar publicidade a aspectos relevantes da experiência envolvendo a atuação conjunta do TCE/PR e de universidades no controle da gestão pública municipal.

Iniciativas como o projeto PAF Social contribuem para o desenvolvimento de práticas denominadas “auditorias sociais”, conceito ainda pouco explorado na Administração Pública e em instituições de controle. Obtém-se no sítio eletrônico do TCE/PR²¹⁰ que

A auditoria social é um modelo de auditoria norteadas pela inclusão do cidadão no controle do gasto público. Ela conta com a participação da sociedade para verificar, monitorar e controlar a gestão destas despesas. Trata-se, portanto, de uma importante ferramenta para o desenvolvimento da cidadania e da participação popular, que tem como objetivos a transparência e a melhoria da eficiência administrativa.

O desenho operacional da auditoria social formulado pelo TCE/PR e os objetivos buscados, evidenciam ser exemplar paradigma de ações democráticas de controle porque: a) é aberta à participação popular na execução das ações de controle; b) é capacitadora do controle social; c) é vocacionada a promover a transparência de informações sobre relevantes aspectos da gestão pública; d) é, por

²¹⁰ Informação disponível em <http://www1.tce.pr.gov.br/conteudo/o-que-e-auditoria-social/97>, acesso em 19/12/2013.

último, iniciativa comprometida com a legitimidade e efetividade da atuação do Estado, que deve verificar se o resultado da ação estatal efetivamente reflete necessidades e prioridades que a sociedade legitimamente tem interesse de serem atendidas.

Em face dessas características, as auditorias sociais retratam a possibilidade de alinhamento do controle também aos desígnios da sociedade quanto às matérias e órgãos administrativos que mais se requer ação vigilante e avaliadora do controle,

[...] o que significa também que a *responsiveness* conforma a atuação do Tribunal de Contas. Este órgão de soberania tem o dever de procurar responder às reais necessidades e expectativas dos cidadãos. Para isso, deve estar aberto a escutá-los e a envolvê-los, em certos casos, nos procedimentos de controle. Assim, as queixas, denúncias e petições devem, na medida do possível, ser consideradas pelo Tribunal na programação de suas ações de controle. Para além disso, na avaliação de programas e políticas públicas nos domínios sociais, a participação de cidadãos diretamente interessados pelo menos afigura-se-nos ser desejável, e, nalguns casos, fundamental. (COSTA, 2012, p. 508).

O desenvolvimento de indicadores de gestão, aplicados em auditorias operacionais, exerce impacto positivo para a transparência, e por consequência, contribui para o controle e eficiência da gestão pública. De acordo com o termo de referência do PAF Social, um indicador tem o objetivo de “traduzir, de forma mensurável, determinado aspecto de uma realidade dada (situação social) ou construída (ação de Governo), de maneira a tornar operacional a sua observação e avaliação”. Por meio da aplicação dos indicadores, se adequadamente elaborados, consegue-se realizar um controle mais amplo da gestão, potencialmente revelador da realidade na qualidade do desempenho da gestão, que é impossível de ser conhecida somente com base em metodologias de controle focadas apenas no aspecto orçamentário e financeiro da gestão, que, muitas vezes, podem conduzir a uma visão distorcida da realidade, em que atuações ineficientes podem até ser tidas por adequadas pelo enfoque puramente financeiro (BATISTA, 2012, p. 499).

Os indicadores de gestão são potentes ferramentas para a transparência e controle da Administração Pública, reconhecidos pela Lei nº 12.527/11, ao estabelecer em seu art. 7º, VII, o direito de acesso à informação compreende a informação relativa “à implementação, acompanhamento, e resultados dos

programas, projetos e ações dos órgãos e entidades públicas, bem como metas e indicadores propostas.

Para ser transparente, há necessidade de a administração desenvolver, e de os órgãos de controle cobrarem a efetiva aplicação de indicadores sobre programas e projetos de entidades públicas que revelem resultados da prestação de serviço público e seus reais impactos na vida do cidadão. Isso é decisivo para correção de rumos administrativos e fonte formidável para despertar o interesse da sociedade pelo debate público fundamental sobre a atuação governamental.

Com efeito, a Lei nº 12.527/11 sinaliza claramente que a concepção de transparência abarca o conhecimento sobre a mensuração quantitativa e qualitativa dos resultados gerados pela prestação de serviços públicos aos cidadãos, em sintonia com a *accountability* democrática, que preconiza a prestação de respostas esclarecedoras de como foi a atuação de agentes públicos no exercício de seus cargos públicos ou de mandatos delegados pelo povo.

12.6.4.3.2 A cooperação técnica entre o Tribunal de Contas do Estado do Paraná e os Observatórios Sociais

O TCE/PR também tem demonstrado engajamento com o fomento ao controle social e à transparência por outros métodos. É o que sucede com os termos de cooperação técnica firmados com entidades da sociedade civil, com destaque para a parceria acertada com os Observatórios Sociais – OS.

Juridicamente, os Observatórios Sociais constituem-se como associações civis, pessoa jurídica de direito privado (art. 44, I, do Código Civil). Atualmente, estão presente em 75 municípios, distribuídos por 14 Estados brasileiros, com maior concentração na região Sul do Brasil. Atuam, portanto, em rede, denominada Observatório Social do Brasil.

De acordo com informações extraídas de seu sítio eletrônico²¹¹, o objeto de atuação dos Observatórios Sociais, conforme registrado oficialmente em sua orientação normativa nº 01/2010, constitui

ações de educação para a cidadania fiscal e controle social focadas no presente, atuando preventivamente, em tempo real, contribuindo para a

²¹¹ Informação disponível em http://www.observatoriosocialdobrasil.org.br/uploadAddress/Orient._Normativa_n_01, acesso em 19/12/2012.

eficiência da gestão pública, por meio da vigilância social da execução orçamentária, em sinergia com os órgãos oficiais controladores, como Ministério Público, Justiça Estadual e Justiça Federal, Receita Estadual e Receita Federal, Controladoria Geral da União, Tribunal de Contas da União, Tribunal de Contas dos Estados.

Os Observatórios Sociais retratam iniciativa organizada de controle social do poder público, em genuína demonstração da conscientização “de que a participação no acompanhamento da gestão pública por meio do controle social, de forma organizada, é a maneira mais eficaz para alcançarmos a garantia da correta aplicação dos recursos públicos”, como se afirmou na orientação normativa nº01/2010, acima referida.

Eles são profícuas organizações de incentivo à cultura da transparência e do controle social. Obtiveram expressivos resultados concretos, sobretudo o acompanhamento em tempo real de procedimentos de realização da despesa pública. A título ilustrativo, registra-se que, somente no Município de Londrina-PR, diversas licitações foram revogadas ou suspensas após a intervenção do Observatório Social ter apontado graves irregularidades; por pressão do Observatório Social, Londrina, criou, por lei, o Conselho Municipal de Transparência e Controle Social, entre diversas outras iniciativas de controle sobre atos da Administração Pública e da Câmara Municipal²¹².

A aproximação entre órgãos de controle externo do Estado e entidades organizadas de controle social reforça procedimentos democráticos que buscam fortalecer a influência de ações capilarizadas de controle social, transpondo-as a condições mais propícias de sindicatar condutas do Poder Público. É o que sucede com o termo de cooperação técnico celebrado entre o TCE/PR e o Observatório Social do Brasil, que tem por objeto

elaboração e a implantação de um programa de capacitação dos observadores do Paraná, integrados à Rede OSB de Controle Social, bem como criar um canal de comunicação direta com o TCE/PR para informações, consultas técnicas e eventuais denúncias, além de outras ações em conjunto em prol da transparência pública e do controle social dos gastos públicos. Tal programa de capacitação deverá incluir como público-alvo os conselheiros municipais de políticas públicas e os gestores e

²¹² Informações mais detalhadas sobre a atuação dos Observatórios Sociais podem ser encontradas no Relatório de Boas Práticas, localizadas no seguinte endereço eletrônico: <http://www.observatoriosocialdobrasil.org.br/FreeComponent22726content194791.shtml>. Acesso em 19/12/2013.

servidores públicos municipais das áreas afetas à gestão de recursos públicos, especialmente compras e licitações.

É uma conduta emblemática, de densificação dos princípios da participação popular e da cidadania. Expressa práticas de controle afirmativamente alinhadas à consolidação de Estado democrático, em que órgãos do Estado emprestam apoio para entidades sociais exercerem controle sobre órgãos do Poder Público. Há um rompimento de barreira entre Estado e sociedade, em que ambos se aproximam no controle da aplicação dos recursos públicos e da própria ordem jurídica.

13 CONCLUSÕES

1) Já está superada pela teoria política a ideia de que a democracia se resume a periódicos procedimentos eleitorais para designação de quem exercerá o Governo, mediante investidura em cargos eletivos. Essa visão de democracia, conquanto indispensável, deve ser complementada pelo exercício permanente da democracia entre interregnos eleitorais. Para tanto, a democracia reclama condições para a promoção de um debate público capaz de exercer controle sobre o exercício do poder e influência na produção dos atos estatais. Requerem-se, então, liberdades de expressão, de acesso à informação, de imprensa, associada à provisão de direitos sociais básicos, que formem cidadãos emancipados, habilitados a participarem da construção de Estado e sociedade democráticos.

2) O acesso a direitos fundamentais é a condição para o cidadão ascender à esfera pública de participação no debate público e racional de ideias que busca exercer influência sobre a produção e aplicação do direito. A pretensão do debate público exposta nesta pesquisa é, principalmente, controlar a aplicação do direito, verificar se o resultado da ação governamental foi legítimo, ou seja, se ele reflete as expectativas sociais em razão das quais houve o agir estatal. A legitimação do direito é codependente de um regime democrático que vise à instituição de canais procedimentais pelos quais se possa, discursivamente, praticar o debate público mediante a captura dos argumentos de todos os possíveis segmentos sociais interessados e afetados pela decisão estatal cujo conteúdo se deseja, racionalmente, modelar e controlar. Assim, o debate público – manifestação de ação comunicativa –, desde que haja a procedimentalização de canais de participação, representa prática de exercício da soberania popular que deixa de se concentrar unicamente em órgãos representativos da vontade popular.

3) Há uma crise de legitimidade da democracia representativa, atribuída ao fato de que os Parlamentos perderam a capacidade de exercer controle sobre o Poder Executivo. Essa crise também é debitada da incapacidade dos partidos políticos intermediarem, entre a sociedade e o Estado, interesses complexos e multivariados, pulverizados por grupos multiculturais que compõem as sociedades modernas. Há uma percepção de o Parlamento ser incapaz de mediar conflitos e interesses humanos e organizar a sociedade civil. Por isso, há a necessidade de permeabilidade do Estado a debates públicos travados diretamente com segmentos

da sociedade civil, para captação das mais prementes e clamorosas demandas sociais. A ressonância em órgãos decisórios estatais das demandas sociais é condição de legitimação do exercício do poder político.

4) O Estado é democrático se permite, sem censuras, a pública expressão de pensamento que conduzem à formação de debates críticos, disseminados pela mídia, capaz de exercer legítima pressão e controle da sociedade sobre o Estado. Por isso, a liberdade de imprensa, sem a qual não há uma crítica pública, plural e racional, capaz de debater a atuação governamental, é condição para o desenvolvimento democrático. Contudo, o exercício da liberdade de imprensa requer o livre acesso à informação, garantido pela transparência governamental.

5) A liberdade de imprensa existe para assegurar o direito da sociedade à informação verdadeira e ao acesso a fontes diversas de informação. Apesar de juridicamente ser garantida a liberdade de expressão do pensamento e da ausência oficial de censura, a grande mídia não é plural. Há a exposição da opinião pública à manipulação de ideias por um discurso uniforme, que não promove a satisfatória exposição do poder político ao controle social pelo debate público de ideias. Por isso, a democracia não pode ficar refém de debates públicos impulsionados somente pelos meios de comunicação de massa. Por meio de iniciativas da sociedade civil e dos próprios órgãos públicos devem ser criados, paralelamente à grande mídia, canais de debate e circulação da informação, que tornem o Estado mais permeável ao controle da sociedade.

6) A concentração de informações sobre a gestão pública em poder da tecnoburocracia é situação contrária à legitimidade democrática da Administração Pública, que pode dificultar a implantação de programas políticos de Governos democraticamente eleitos e é empecilho para a participação popular na Administração Pública bem como para a aproximação da população dos serviços públicos. A democratização da Administração, pelo acesso à informação pela sociedade, é imprescindível para que a ação governamental seja eficaz no enfrentamento das demandas sociais. Por isso, a retenção de informações pela tecnoburocracia, sem seu compartilhamento com a sociedade, é sinal de autoritarismo e de escape ao controle social sobre a ação administrativa do Estado, além de inviabilizar a participação do cidadão na construção de políticas públicas.

7) O princípio democrático está no ápice dos princípios estruturantes do regime político e da ordem jurídica, constituindo-se permanente vetor normativo de

interpretação de todas as outras normas da ordem jurídica. O princípio democrático, na perspectiva adotada nesta pesquisa, se traduz na fixação de regras procedimentais para instituição de canais de participação que vão disciplinar a formação discursiva de atos e atividades do Estado, que se exprime no direito de participar e controlar o seu poder político e administrativo. A densificação do princípio democrático reclama a coexistência de outros princípios, como a dignidade humana, a autodeterminação, a cidadania, a publicidade e o exercício de direitos fundamentais sem os quais não se concretiza o direito democrático de participação popular e debate nos órgãos do Estado.

8) O princípio da publicidade se desdobra no direito de acesso à informação e ao direito de saber tudo o que se passa no interior do Estado, como instrumento de democratização de suas atividades, que devem ser voltadas para o interesse de todos os cidadãos. A publicidade tem por função propiciar à sociedade o direito fundamental de participação na interpretação dos interesses públicos sob a responsabilidade do Estado. Contudo, a efetividade da participação depende da instituição, pelo Estado, de adequadas garantias procedimentais para propiciar o diálogo entre sociedade e poder público. Além de viabilizar a participação, a publicidade é também pressuposto da realização de outros princípios constitucionais, como a legalidade, a moralidade, a impessoalidade e a eficiência.

9) Por meio da participação, pretende-se potencializar a esfera pública, constituída por uma rede adequada de comunicação capaz de mobilizar a sociedade a tomar parte em mecanismos procedimentais de controle que exigem prestação de contas do modo como os agentes públicos exercem o poder. Publicidade e participação são fatores de controle social sobre o Estado, que concorrem para o combate à corrupção. Também são fontes de legitimidade para as decisões estatais, pois, agindo em público, permeável à participação, o Estado é mais inclinado a ouvir a sociedade e retém maiores chances de adotar medidas certas para socorrer reclamos sociais. Tudo isso reduz a discricionariedade das decisões do Estado, que fica exposto a justificar, publicamente, que adotou as providências mais adequadas possíveis à realização de interesses públicos.

10) Se o Estado foi constituído para proteção e realização dos interesses sociais, o controle sobre suas atividades pode e deve se desenvolver com a audição e participação da sociedade, pois se é destinatária das ações do Estado e titular do poder político soberano, nada há que, lógica e juridicamente, a impeça de colaborar

com o controle sobre o agir estatal. Em uma democracia, requer-se a responsabilidade (*accountability*) dos agentes públicos, mediante mecanismos institucionais e sociais de prestação de contas. Os gestores públicos tornam-se responsáveis não apenas por informarem órgãos oficiais de controle sobre sua atuação, mas também quando explicam e justificam à sociedade como foi que exerceram suas atribuições públicas. Devem também permitir que cidadãos participem da programação, execução e controle da ação do Estado, conforme procedimentos democraticamente instituídos.

11) Os Tribunais de Contas são órgãos constitucionais encarregados de zelar pela responsabilização de quem exerce função pública em nome do povo. À luz do princípio democrático, devem funcionar como fonte de informação que torne o Estado mais conhecido pela sociedade e, portanto, mais controlável. Por conseguinte, a publicidade sobre o Estado o torna mais responsável, forçando-o a prestar contas sobre o desempenho de suas ações. Além disso, o princípio democrático reclama dos Tribunais de Contas atitude conducente a ampliar a esfera pública do debate. A abertura do controle institucional à participação popular torna a cidadania ativa produtora de potenciais núcleos sociais de controle, que além de democratizar o controle, torna-o mais eficiente e com maior capacidade de pressionar o Estado a legitimar-se com a adoção de ações que respondam a reivindicações e necessidade da sociedade.

12) Para o aprimoramento e democratização do controle, as Cortes de Contas, ao mesmo tempo em que sejam elas próprias fonte de transparência, devem também instaurar procedimentos de controle que pressionem os órgãos públicos a serem mais transparentes, com vistas a fomentar o controle social pelo debate público sobre as contas públicas.

14 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2 ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e controle do ato administrativo*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

ARENDT, Hannah. *Crises da República*. Tradução José Volkmann. São Paulo: Perspectiva, 2010 (Debates; 85, dirigida por J. guinsburg).

ARISTÓTELES. *A política*. Tradução de Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Ícone, 2007.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARRETO, Pedro Humberto Teixeira. *O sistema Tribunais de Contas e Instituições equivalentes: um estudo comparativo entre o modelo brasileiro e o da União Europeia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *O Princípio constitucional da eficiência*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. Aspectos essenciais do princípio da moralidade administrativa e sua aplicação no direito administrativo tributário. In: COELHO, Sacha Calmon Navarro. (Org.). *Segurança jurídica - Irretroatividade das decisões judiciais prejudiciais aos contribuintes*. 1ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 589-630.

BENTO, Leonardo Valles. *Governança e governabilidade na reforma do Estado: entre eficiência e democratização*. Barueri, SP: Manole, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa nos Estado Unidos e no Brasil. *Revista eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n.5, fevereiro/março/abril, 2006a. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 12 dezembro 2013.

_____. O princípio da publicidade administrativa e a eficácia da divulgação dos atos do poder público pela internet. *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte: Fórum. Ano 6, n. 13, abril/jun 2006b.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 9 ed. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

_____. *O Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BORGES, Alexandre Walmott, ROMEU, Luciana Campanelli e ROCHA, Altamirando Pereira da. Análise da jurisprudência do STF sobre a forma de incorporação dos documentos de direito internacional. In: *Revista de Direito Brasileira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Ano 2, v. 3, jul-dez, 2012, p. 55-76.

BRESSER PEREIRA, Luis Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. In: BRESSER PEREIRA, Luis Carlos e SPINK, Peter (orgs). *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. 7 ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2005, p. 236-270.

BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Forense: Rio de Janeiro, 2003.

CADEMARTORI, Daniela Mesquita de; MENEZES NETO, Elias Jacob. *A desintegração da função política da esfera pública e a crise da democracia constitucional: o papel dos poderes midiáticos*. Livro eletrônico do XXI Congresso Nacional do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, realizado na Universidade Federal Fluminense – UFF. 2012, p. 8-37. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/livro.php?gt=89>.

CAMPOS, Ana Maria. *Accountability: Quando poderemos traduzi-la para o Português?* In *Revista de Administração Pública*. V. 24, n. 2, p. 30-50, fev./abr. 1990.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 1ed. Brasileira. 2 ed. Portuguesa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais e Coimbra Editora, 2008.

_____. Tribunal de Contas como instância dinamizadora do princípio republicano, p. 23-39. *Revista do Tribunal de Contas*, n.º 49. Lisboa, janeiro-junho, 2008.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano. *Curso de Direito Administrativo*. Salvador: Editora JusPodvum. 2009.

CASTELLS, Manuel. *Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

____ *A sociedade em rede*. Tradução de Roneide Venâncio Majer. 6 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2012. (A era da informação: economia, sociedade e cultura; v. 1)..

____ *El poder de la identidad*. 3 ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2001. (La era de la información: economía, sociedad y cultura; v. 2)

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido Processo Legislativo. “Uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo”*. Belo Horizonte: Mandamentos. 2000.

____ *Esfera Pública*. p. 160-164. In: TRAVESSONI, Alexandre (coord). *Dicionário de Teoria e Filosofia do Direito*. São Paulo: LTr, 2011.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009.

CITADINI, Antônio Roque. *O controle externo da administração pública*. São Paulo: Max Limonad, 1995.

COSTA, Paulo Jorge Nogueira da. *O tribunal de contas e a boa governança: contributo para aprimoramento do controle externo financeiro em Portugal*. 2012. 601f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal, 2012.

COSTA JUNIOR, Eduardo Carone. As funções jurisdicional e opinativa do tribunal de contas - distinção e relevância para a compreensão da natureza jurídica do parecer prévio sobre contas anuais dos prefeitos. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. Edição nº 02 de 2001 - Ano XIX. Disponível em http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/2001/02/-sumario?next=5

CUNNINGHAM, Frank. *Teorias da democracia: uma introdução crítica*. Tradução de Delmar José Volpano Dutra. Porto Alegre: Artmed, 2009.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito administrativo pós-moderno*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Alcance do princípio da publicidade das funções públicas: transparência e sigilo. In: MORAES, Alexandre de. (coord) *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 201-215.

____ Participação popular na Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 191, jan/mar.1993, p. 26-39.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

____ *Levando os direitos a sério*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DUARTE, Davi. *Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*. Coimbra: Almedina, 1996.

FERRAZ, Luciano. *Controle da Administração Pública: elementos para compreensão dos Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

FERRAZ, Luciano. Novas formas de participação social na administração pública: conselhos gestores de políticas públicas. *Revista eletrônica sobre a Reforma do Estado*: [on line]. Disponível em [http:// www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br).

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FORTINI, Cristiana, PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho e CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa. *Processo administrativo. Comentários à lei 9.784/99*, 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FREITAS, Juarez. A democracia como princípio jurídico, p. 167-197. In: FERRAZ, Luciano e MOTTA, Fabrício. *Direito público moderno, homenagem especial ao professor Paulo Neves de Carvalho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FUNGHI, Luis Henrique Baeta. *Regulação e legitimidade: o caso dos transportes terrestres no Brasil*. 2012. 191f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2012.

GOMES, Manuel Eduardo Alves Camargo, A adequação jurídica e política do Ombudsman como instrumento de controle e de proteção do cidadão, p. 81-100. In: LYRA, Rubens Pinto. *Do tribuno da plebe ao ouvidor público: estudo sobre os defensores da cidadania*. João Pessoa: Editora Universitária da UFPB, 2011.

GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GUERRA, Evandro Martins. *Os controles externo e interno da Administração Pública*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 7ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Volume I. 2ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. 1v.

____ *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Volume II. 1ed. reimp. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011. 2v.

____ *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

____ *Sobre a constituição da Europa: um ensaio*. Tradução de Denilson Luis Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: Unesp, 2012.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Matins Fontes, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

KANT, Immanuel. *A paz perpétua. Um projeto filosófico*. Tradução de Artur Morão. Covilhã, Portugal: Universidade da Beira Interior, 2008, disponível em http://www.lusosofia.net/textos/kant_immanuel_paz_perpetua.pdf.

KELLES, Márcio Ferreira. *Controle da Administração Pública democrática: Tribunal de Contas no controle da LRF*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

LEITÃO, Cláudia Sousa. *A crise dos partidos políticos brasileiros*. Fortaleza: Gráfica Tipogresso, 1989.

LEITE, Geraldo Magela. *O controle da administração pública municipal pelos conselhos gestores de políticas públicas*. 2008. 146f. Dissertação (Mestrado em Direito Público). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008.

LIMA, Venício A. de. Mídia, rebeldia urbana e crise de representação. In: MARICATO, Ermínia [et. ali] *Cidades Rebeldes: passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil*. São Paulo: Boi Tempo, 2013, p. 89-94.

LIMBERGER, Têmis. Transparência Administrativa e novas tecnologias: o dever de publicidade, o direito a ser informado e o princípio democrático. In: *Revista Interesse Público*. Porto Alegre: Nota Dez, n. 39, set/out 2006, p. 55-71.

LYRA, Rubens Pinto. Ouvidorias e Ministério Público. As duas faces do ombudsman no Brasil. In: LYRA, Rubens Pinto (org.); CARDOSO, Antônio Semerano Rito (org.). *Novas modalidades de ouvidoria pública no Brasil*. João Pessoa: Editora Universitária da UFPB, 2011, p.41-73.

MAGALHAES, José Luiz Quadros de. O Poder Local no Brasil: a alternativa da democracia participativa. In: MAGALHAES, José Luiz Quadros de (org). *O Município e a Construção da Democracia participativa*. Belo Horizonte: Mandamentos. 2006

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto de CPC: críticas e propostas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Controle da Administração Pública*, 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDEL, Toby. *Liberdade de informação: um estudo de direito comparado*. 2.ed. – Brasília: UNESCO, 2009. Disponível em <www.unesco.org/webworld/en/foi>.

MILESKI, Hélio Saul. *O controle da gestão pública*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. A transparência da Administração Pública pós-moderna e o novo regime de responsabilidade fiscal. *Revista Técnica dos Tribunais de Contas*, Belo Horizonte: Fórum, ano 1, n. 0, set/2010, p. 115 a 149

MORAES, Anderson Júnio Leal. *Audiência pública como instrumento de legitimação da jurisdição constitucional*, 2011. 119f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética. 1999.

MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. 3 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito de participação política: legislativa, administrativa, judicial (fundamento e técnicas constitucionais de legitimidade)*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

_____. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência e resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. O parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos Tribunais de Contas. In: SOUZA José de *et al.* *O novo Tribunal de Contas: órgão protetor de direitos fundamentais*. 3 ed. rev e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MOTTA, Fabrício. Publicidade e transparência nos 10 anos da Lei de responsabilidade Fiscal. *Revista Técnica dos Tribunais de Contas*, Belo Horizonte: Fórum, ano 1, n 0, set/2010, p. 271 a 289.

MURICI, Eduardo Duailibe. A ouvidoria do Tribunal de Contas da União. In: LYRA, Rubens Pinto (org.); CARDOSO, Antônio Semerano Rito (org.). *Novas modalidades de ouvidoria pública no Brasil*. João Pessoa: Editora Universitária da UFPB, 2011, p.41-73.

NATIONAL AUDIT OFFICE (NAO). *State audit in the European Union*. London. 2001. Disponível em www.nao.org.uk/wp-content/uploads/2005/12/State_Audit_Book

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *Participação Administrativa Procedimental: natureza jurídica, garantias, riscos e disciplina adequada*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

O 'DONNELL, Guillermo. *Accountability horizontal e novas poliarquias*. Lua Nova, São Paulo, n.44, 1998. Disponível em <<http://www.scielo.br/scielo>. Acesso em 12 Jan. 2014.

OLIVIERI, Cecília. Os controles políticos sobre a burocracia. *Rev. Adm. Pública*, Rio de Janeiro, v. 45, n. 5, Out. 2011. Disponível em <<http://www.scielo.br/scielo>. Acesso em 12 Jan. 2014.

OTERO, Paulo. *Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa*. Coimbra: Coimbra editorial, 1992.

_____. *Legalidade e Administração Pública. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. 2 reimpr. Coimbra: Almedina, 2011.

PARDINI, Frederico. *Tribunal de Contas da União: órgão de destaque constitucional*, 1997. 279f. Tese (Doutorado em Direito Público). Faculdade de Direito. Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1997.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Direito Constitucional Democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

REESE-SHÄFER, Walter. *Compreender Habermas*. Tradução de Vilmar Scheneider. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Considerações sobre o Governo da Polônia e sua reforma projetada*. Trad. Luiz Roberto Salinas Fortes. São Paulo: Editora brasiliense, 1982.

SANCHEZ, Oscar Adolfo. *O poder burocrático e o controle da informação*. Revista Lua Nova, n. 58, 2003, p. 89-120. Disponível em <<http://www.scielo.br/scielo>. Acesso em 12 Jan. 2014.

SANTOS, Boa Ventura de Souza e AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boa Ventura de Souza (org). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2005.

SARDINHA, Luciana Moraes Raso. *Rádiodifusão: o controle estatal e social sobre suas outorgas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução de Ricardo Doninelli e Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SERRA, Rita de Cássia Chió. *Transparência e Prestação de Contas como Paradigmas Indiciários dos Aspectos Democráticos e Éticos nos Governos Hodiernos*. Trabalho apresentado no 4º Congresso Internacional “Governo, Gestão e Profissionalização em âmbito local frente aos grandes desafios de nosso tempo”, realizado na Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho, da Fundação João Pinheiro, do Estado de Minas Gerais, entre os dias 21 e 23 de outubro de 2013.

SERRA, Rita de Cássia Chió; CARVALHO, João Rafael Chió Serra; CARNEIRO, Ricardo. *Accountability democrática e as ouvidorias*, p. 135-154. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. Edição especial. Transparência e controle social. 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 16ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVEIRA, Jaqueline Passos da. *Limites, riscos e potencialidades dos conselhos setoriais para a construção da democracia, patriotismo constitucional e resgate da credibilidade das instituições político representativas*. 2004. 178f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2004.

SIRAQUE, Vanderlei. *Controle social da função administrativa do Estado*, 2 ed. Saraiva: São Paulo, 2009.

SOARES, Fabiana de Menezes. *Teoria da Legislação. Formação e conhecimento da lei na idade tecnológica*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004.

_____. *Direito Administrativo de Participação: Cidadania, Estado, Direito, Município*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e Rotina nos Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.

SUMMA, Hikka. Definições e estruturas. In: POLLITT, Christopher. *Desempenho ou Legalidade? Auditoria operacional e de gestão pública em cinco países*. Tradução de Pedro Buck, Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 39-64.

SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio da publicidade administrativa, *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 199, jan/mar.1995, p. 97-110.

TRAVESSONI, Alexandre (coord). *Dicionário de Teoria e Filosofia do Direito*. São Paulo: LTr, 2011.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*, 2 ed. Belo Horizonte: Ed. Itatiaia; São Paulo: Ed. Da Universidade de São Pulo. 1987.

TORRES, Ricardo Lobo. A legitimidade democrática e o Tribunal de Contas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 194, out/dez.1993, p. 31-45.

VEIGA, Alexandre Brandão da. *Acesso à informação da Administração Pública pelos particulares*. Coimbra: Almedina, 2007.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamento da sociologia compreensiva*, 3 ed. Brasília: Editora UNB, 1994.

15 LEGISLAÇÃO, JURISPRUDÊNCIA E OUTROS DOCUMENTOS OFICIAIS.

BRASIL. Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. In: MEDAUAR, Odete. (org). Coletânea de Legislação Administrativa e Constituição Federal. 11 ed. São Paulo, TR, 2011.

BRASIL. Decreto nº 7.185, de 27 de maio de 2010. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7185.htm, acesso em 12 janeiro de 2014.

BRASIL. Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012. Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7724.htm, acesso em 12 de janeiro de 2014.

BRASIL. Decreto Legislativo n. 226, de 12 de dezembro de 1991. Disponível em <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:decreto.legislativo:1991-12-12;226>, acesso em 12 de janeiro de 2014.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 76, de 28 de novembro de 2013. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc76.htm, acesso em 12 de janeiro de 2014.

BRASIL. Lei n. 4.320, de 17 de março de 1964. In: MEDAUAR, Odete. (org). Coletânea de Legislação Administrativa e Constituição Federal. 11 ed. São Paulo, TR, 2011.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm. Acesso em 12 de janeiro de 2014.

BRASIL. Lei n. 8.159, de 08 de janeiro de 1991. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8159.htm. Acesso em 12 de janeiro de 2014.

BRASIL. Lei n. 8.443, de 16 de julho de 1992. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8443.htm. Acesso em 12 de janeiro de 2014.

BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. In: MEDAUAR, Odete. (org). Coletânea de Legislação Administrativa e Constituição Federal. 11 ed. São Paulo, TR, 2011.

BRASIL. Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm, acesso em 12 de janeiro de 2014.

BRASIL. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. In: MEDAUAR, Odete. (org). Coletânea de Legislação Administrativa e Constituição Federal. 11 ed. São Paulo, TR, 2011.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em 12 de janeiro de 2014.

BRASIL. Lei n. 12.376, de 30 de dezembro de 2010. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12376.htm#art2. Acesso em 12 de janeiro de 2014.

BRASIL. Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12527.htm. Acesso em 12 de janeiro de 2014.

BRASIL. Lei complementar n. 101, de 4 de maio de 2000. In: MEDAUAR, Odete. (org). Coletânea de Legislação Administrativa e Constituição Federal. 11 ed. São Paulo, TR, 2011.

BRASIL. Lei complementar n. 131, de 27 de maio de 2009. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp131.htm. Acesso em 12 de janeiro de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510. Tribunal Pleno, Brasília- DF, 29 de mai. 2008. Relator Ministro Ayres Brito. Disponível em [www/redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID](http://www.redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID). Acesso em 12 de janeiro de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277. Tribunal Pleno, Brasília-DF, 05 de nov. 2011. Relator Ministro Ayres Britto. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID>. Acesso em 12 de janeiro de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.414. Tribunal Pleno, Brasília-DF, 31 mai 2012. Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>. Acesso em 29/09/13.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Tribunal Pleno, Brasília-DF, 12 abr 2012. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP>. Acesso em 12 de janeiro de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130. Tribunal Pleno, Brasília-DF, 30 abr 2009. Relator Ministro Ayres Britto. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&d>. Acesso em 12 de janeiro de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação n. 764. Tribunal Pleno, Brasília-DF, 06 mar 1968. Relator Ministro Aliomar Baleeiro. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=263594>. Acesso em 12 de janeiro de 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Resolução n. 258, de 13 de novembro de 2013. Disponível em http://www.lex.com.br/legis_25098638_RESOLUCAO_N_258. Acesso em 12 de janeiro de 2014.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n. 22.610. Tribunal Pleno, Brasília – DF, 25 out 2007. Relator Ministro César Peluso. Disponível em http://www.lex.com.br/legis_25098638_RESOLUCAO_N_258_DE_13_DE_NOVEMBRO_DE_2013.aspx. Acesso em 12 de janeiro de 2014.

MINAS GERAIS. Constituição Estadual, de 21 de setembro de 1989. Disponível em <http://www.almg.gov.br/opencms/export/sites/default/consulte/legislacao/Downloads/pdfs/ConstituicaoEstadual.pdf>. Acesso em 12 de janeiro de 2014.

MINAS GERAIS. Assembleia Legislativa. Regimento Interno. Resolução n. 5.176, de 06 de novembro de 1997. Disponível em <http://www.almg.gov.br/opencms/export/sites/>. Acesso em 12 de janeiro de 2014.

MINAS GERAIS. Assembleia Legislativa. Emenda Constitucional n. 91, de 17 de julho de 2013. Disponível <http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa>. Acesso em 12 de janeiro de 2014.

MINAS GERAIS. Lei n. 19.420, de 11 de janeiro de 2011. Disponível em http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/index.html?aba=js_tabLegislacaoMineira&subaba=js_tabLegislacaoMineiraSimples&tipoPesquisa=simples&pageNum=1&sltNorma=Lei&txtNum=19420&txtAno=&txtAss=&txtPerIni=&txtPerFim=&tipoOrdem=2&sltResultPagina=10. Acesso em 12 de janeiro de 2014.

MINAS GERAIS. Lei complementar n. 102, de 17 de janeiro de 2008. Disponível em http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/index.html?aba=js_tabLegislacaoMineira&subaba=js_tabLegislacaoMineiraSimples&tipoPesquisa=simples&pageNum=1&sltNorma=Lei+ADJ+Complementar&txtNum=102&txtAno=&txtAss=&txtPerIni=&txtPerFim=&tipoOrdem=2&sltResultPagina=10. Acesso em 12 de janeiro de 2001.

MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado. Regimento Interno. Resolução n. 12, de 19 de dezembro de 2008. <http://www.tce.mg.gov.br/IMG/Legislacao/legiscont/Regimentointerno>. Acesso em 12 de janeiro de 2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado. Resolução n. 5, de 12 de maio de 2010. Disponível em <http://www.tce.mg.gov.br/IMG/Legislacao/legiscont//R05-10>. Acesso em 12 de janeiro de 2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de contas do Estado. Resolução n. 01, de 15 de fevereiro de 2012. Disponível em <http://www.tce.mg.gov.br/IMG/Legislacao/legiscont>. Acesso em 12 de janeiro de 2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado. Relatório estatístico. Atividades desenvolvidas. Exercício de 2012. Disponível em <http://www.tce.mg.gov.br/IMG/PrestaContas/Corregedoria/2012/>. Acesso em 12 de janeiro de 2014.

PARANÁ. Tribunal de Contas do Estado. O que é Auditoria Social? Disponível em <http://www1.tce.pr.gov.br/conteudo/o-que-e-auditoria-social/97>. Acesso em 19 de dezembro de 2013.

PARANÁ. Tribunal de Contas do Estado. Termo de referência do PAF social. Disponível em <http://www1.tce.pr.gov.br/multimedia/2011/10/pdf/00237964.pdf>. Acesso em 17 de dezembro de 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Contas do Estado. Instrução normativa n. 4, de 17 de junho de 2003. Disponível em <http://www1.tce.rs.gov.br/aplicprod/f?p=50202:7:3018298559589518::NO:>. Acesso em 12 de janeiro de 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Contas do Estado. Estudo do Tribunal de Contas avalia transparência dos portais dos municípios. Disponível em http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/administracao/gerenciador_de_cont_eudo/noticias/TCE-

[RS%20avalia%20transpar%EAncia%20dos%20portais%20dos%20munic%EDpios](http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/administracao/gerenciador_de_cont_eudo/noticias/TCE-RS%20avalia%20transpar%EAncia%20dos%20portais%20dos%20munic%EDpios). Acesso em 12 de janeiro de 2014.