

**VANDERLEI SIRAQUE**

**O Controle Social da Função  
Administrativa do Estado: Possibilidades e  
Limites na Constituição de 1988**

**Mestrado em Direito**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**

**SÃO PAULO  
2004**

VANDERLEI SIRAQUE

# **O Controle Social da Função Administrativa do Estado: Possibilidades e Limites na Constituição de 1988**

**Dissertação apresentada à banca  
examinadora da Pontifícia Universidade  
Católica de São Paulo, como exigência  
parcial para obtenção do título de mestre  
em Direito, sob orientação do Professor  
Doutor Vidal Serrano Nunes Júnior.**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**

SÃO PAULO  
2004

**BANCA EXAMINADORA**

---

---

---

*“Siendo la naturaleza humana como es, no cabe esperar que el detentador o los detentadores del poder sean capaces, por autolimitación voluntaria, de liberar a los destinatarios del poder y a sí mismos del trágico abuso del poder. Instituciones para controlar el poder no nacen ni operan por sí solas, sino que deberían ser creadas ordenadamente e incorporadas conscientemente en el proceso del poder. Han pasado muchos siglos hasta que el hombre político ha aprendido que la sociedad justa, que le otorga y garantiza sus derechos individuales, depende de la existencia de límites impuestos a los detentadores del poder en el ejercicio de su poder, independientemente de si la legitimación de su dominio tiene fundamentos fácticos, religiosos o jurídicos”.*(*LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. Tradução Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1986, p.54*).

À minha mãe, Maria Dirce, pelos seus conselhos que eu fingia não ouvir, pelo incentivo em todas as oportunidades de minha vida; à memória do meu pai, Basílio, pelo seu esforço para nos garantir o pão e a educação de cada dia; às minhas filhas Mariana, Beatriz e Ana Clara em decorrência do orgulho, da alegria, da paz e dos momentos felizes de nossas vidas; à minha esposa Elisabete pelo seu amor, carinho e pela troca de opiniões em nossos agradáveis cafés da manhã.

Externo minha gratidão ao Prof. Dr. Vidal Serrano Nunes Júnior, meu orientador; ao Prof. Dr. Luiz Alberto David Araújo e à Dr<sup>a</sup> Giselle Sakamoto Souza Vianna.

Agradeço a colaboração da minha equipe de trabalho, em especial a Sandra, Pablo, Roberta, Lucio e Nelso Stepanha.

## RESUMO

O objetivo desta dissertação consiste em indicar as normas da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que protegem e que limitam o Controle Social da Função Administrativa do Estado e os fatores extrajurídicos que determinam a efetividade destas normas.

A essência jurídica do controle social está nos direitos fundamentais de informação, de petição e de certidão dos órgãos públicos e nos princípios da publicidade, da legalidade, da indisponibilidade do interesse público, da soberania popular e, em especial, no republicano.

As garantias jurídicas para o exercício do direito fundamental ao controle social estão no mandado de segurança individual e coletivo, na ação popular, no *habeas data*, no *habeas corpus*, no mandado de injunção e na ação civil pública.

As limitações jurídicas ao controle social encontram-se na colisão de direitos, nas informações e documentos sigilosos e nas petições com abuso, absurdo ou má-fé.

Existem fatores extrajurídicos que podem promover ou prejudicar o exercício do direito fundamental ao controle social. Entre os fatores que o limitam estão o clientelismo e o assistencialismo político, o tráfico de influências junto aos órgãos públicos e as dificuldades de acessibilidade à função jurisdicional do Estado. Entre os fatores que o promovem, destacam-se os conselhos de políticas públicas, as organizações não governamentais, as ouvidorias, a liberdade de imprensa, o planejamento e o orçamento participativos.

O termo *controle* foi utilizado com o significado de fiscalização e não no sentido de domínio. Foi classificado em controle social e em controle institucional, o qual foi subdividido em duas subespécies: controle institucional externo e controle institucional interno. O controle social tem a finalidade de submeter o Estado à fiscalização da sociedade.

O Poder Judiciário, no exercício da função jurisdicional, realiza uma única forma de controle: quando decide de ofício julga e faz controle institucional externo concomitantemente.

A função administrativa do Estado pode ser exercida pelos Poderes Legislativo e Judiciário, mas, primordialmente, pelo Poder Executivo.

Diferenciamos as expressões *participação popular* e *controle social*. Participação popular é poder político, partilha de poder entre o Estado e a sociedade, essencialmente para a elaboração de normas jurídicas. Controle social é direito público subjetivo à fiscalização das atividades do Estado.

## ABSTRACT

The objective of this dissertation consists in indicating the rules of Constitution of the Federative Republic of Brazil as of 1988, which protect and limit the Social Control of the Administrative Function of the State and factors extralegal that determine the effectiveness of such rules.

The legal essence of the Social Control can be found on the fundamental rights of the information, of petition and of certificate issued by public organs and on the principles of the publicity, legality, non-disposability of the public interest, popular sovereignty and, specially, on republican principle.

The legal guarantees for the exercise of the subject public right are on the individual and collective writ of mandamus, in the popular action, *habeas data*, *habeas corpus*, in the writ of injunction and on the public civil action.

The legal limitations to the social control can be found on the collision of right, on information, confidential documents and in the petitions with abuse, absurd or bad faith.

There are extra-legal factors that can promote or prejudice the exercise of the fundamental right to the social control. Among the factors that limit the social control, there is the assistencialism, the traffic of influence with public organs and the difficulties of to have access the jurisdictional function of the State. Among the factors that promote it, the councils of the public politics, the not governmental organizations, the ombudsmen, the press freedom, the planning and the budget made with popular participation.

The term *control* was used with the meaning of audit and not in the meaning of domination. It was classified in social control and institutional control. This last was divided in: external institutional control and internal institutional control. The social control has the purpose to submit the State the audit of the society, to the popular control.

The Judiciary, in the jurisdictional exercise, performs an unique form of control: when it decides ex-officio it judges and it makes external institutional control concomitantly.

The administrative function of the State can be exercised by Legislative and Judiciary, but, mainly for the Executive.

We differentiate the expressions popular participation and social control. Popular participation is the political power, shares the power between the State and society, specially to the preparation of legal rules. Social control is the public subjective right to audit the activities of the State.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO...	13
CAPÍTULO I – Apontamentos sobre o Estado	18
<b>CAPÍTULO II - Fundamentos Históricos do Controle Social da Função Administrativa do Estado</b> .....	25
<b>CAPÍTULO III – Os Direitos Fundamentais</b> .....	
	32
1. A denominação <i>direitos fundamentais</i> .....	32
2. Classificação e conceito dos direitos fundamentais .....	33
2.1. Classificação .....	34
2.1.1. Enfoque conteudístico .....	34
2.1.2. Enfoque jurídico positivo .....	35
2.1.3. Enfoque evolutivo cumulativo.....	36
2.2. Características extrínsecas dos direitos fundamentais .....	37
2.3. Características intrínsecas dos direitos fundamentais .....	37
<b>CAPÍTULO IV – O Princípio Republicano como Fundamento do Controle Social</b> .....	
41	
<b>CAPÍTULO V – As Funções Essenciais do Estado : Jurisdicional, Legislativa e Administrativa</b> .....	45
1. Histórico .....	45
2. Critérios para a distinção das funções do Estado .....	46
3. A função jurisdicional do Estado .....	47
3.1. O princípio da inafastabilidade da jurisdição.....	47
3.2. O princípio da inafastabilidade não é sinônimo de controle jurisdicional.....	49
3.3. A função típica do Judiciário .....	49
4. A função legislativa do Estado .....	51
4.1. Conceito .....	51
4.2. A complexidade do processo legislativo.....	53
4.3. A função legislativa determina as políticas públicas .....	55
4.4. A competência fiscalizadora exercida pelo Legislativo.....	55
4.5. A competência administrativa do Legislativo.....	56
4.6. O Legislativo no exercício da função jurisdicional.....	56
4.7. A participação na constituição de outros poderes .....	58

<b>CAPÍTULO VI – A Função Administrativa do Estado.....</b>		60
1. Considerações gerais .....		60
2. Os princípios norteadores da função administrativa do Estado.....		62
2.1. O princípio da legalidade .....		64
2.2. O princípio da moralidade.....		67
2.3. O princípio da impessoalidade .....		69
2.4. O princípio da publicidade .....		70
2.5. O princípio da eficiência .....		71
2.6. Princípios Constitucionais implícitos.....		74
<b>CAPÍTULO VII – Os Atos da Administração Pública .....</b>		75
1. Conceito.....		75
2. Classificação e vícios dos atos administrativos.....		78
<b>CAPÍTULO VIII – O Controle .....</b>		81
1. Conceito de <i>controle</i> .....		81
2. Características específicas do controle.....		92
3. As diferenças entre controle e julgamento .....		93
4. Classificação das formas de controle da função administrativa do Estado.....		95
4.1. Controle institucional .....		95
4.1.1. Conceito de controle institucional .....		95
4.1.2. Controle institucional interno .....		96
4.1.3. Controle institucional externo.....		98
4.2. Controle social.....		100
4.2.1. Conceito de controle social.....		100
4.2.2. Controle social no sentido de dominação .....		105
4.3. Formas de manifestação do controle social .....		109
5. O controle social e os direitos fundamentais .....		109
6. A diferença entre controle social e participação popular.....		112
<b>CAPÍTULO IX – Fatores que Promovem o Controle Social da Função Administrativa do Estado. ....</b>		115
1. O Orçamento Participativo.....		115
2. Planejamento participativo .....		119
3. Conselhos de políticas públicas.....		121
3.1. Conceito .....		121
3.2. Origem dos conselhos de políticas públicas.....		124
3.3. A mescla entre técnica e sabedoria popular .....		126
3.4. A configuração dos conselhos de políticas públicas .....		126
4. As organizações não governamentais - (ONGs.) .....		128
4.1. As organizações da sociedade civil de interesse público - (OSCIPs.).....		130
4.2. As organizações sociais - (OSs.).....		
5. A eletrônica como mecanismo de participação popular e de controle		

social.....	132
6. As ouvidorias.....	134
7. Os meios de comunicação social.....	136

## **CAPÍTULO X – Fatores limitadores do Controle Social da Função Administrativa do Estado**

Estado.....	138
1. O clientelismo político.....	138
1.1. Propostas para combater o clientelismo político.....	145
2. O tráfico de influências.....	147
2.1. Propostas para controlar o sistema de transporte coletivo urbano de passageiros.....	152
3. O assistencialismo e o paternalismo político.....	154
3.1. Algumas propostas para combater o assistencialismo e o paternalismo político.....	156
4. As dificuldades de acesso efetivo ao Poder Judiciário.....	160
4.1. Alguns fatores que limitam o acesso ao Judiciário.....	162
5. As dificuldades de acesso às informações públicas.....	164
6. A falta de cultura participativa e de fiscalização.....	165

## **CAPÍTULO XI – Instrumentos Jurídicos que Garantem o Controle Social da Função Administrativa do Estado**

Administrativa do Estado.....	167
1. Introdução.....	167
2. Os fundamentos jurídicos do controle social.....	168
3. Direito de certidão.....	172
4. Direito de petição.....	174
5. Direito de informação pública.....	175
6. As garantias assecuratórias do controle social.....	175
6.1. As ações constitucionais (remédios constitucionais) como espécies das garantias individuais e coletivas.....	175
6.2. Mandado de segurança individual.....	177
6.3. Mandado de segurança coletivo.....	179
6.4. Mandado de injunção.....	181
6.5. Habeas corpus.....	186
6.6. Habeas data.....	188
6.7. Ação popular.....	190
6.8. Ação civil pública.....	193

## **CAPÍTULO XII – Normas Constitucionais Limitadoras do Controle Social da Função Administrativa do Estado**

Administrativa do Estado.....	195
1. Limitações decorrentes do abuso, do absurdo e da má-fé do requerente.....	196

2. Limitações decorrentes de informações sigilosas.....	197
3. Limitações decorrentes da colisão de direitos .....	200
<b>CONCLUSÕES.....</b>	<b>204</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>207</b>

## INTRODUÇÃO

A elaboração deste trabalho foi o resultado de minha participação nos movimentos sociais de saúde, educação e no movimento sindical dos metalúrgicos e dos bancários da região do *ABC Paulista* e fruto da experiência de cinco mandatos no Poder Legislativo: três como vereador em Santo André e dois na Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, mesclado com a formação jurídica adquirida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Largo São Francisco) e no curso de mestrado da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. O fruto desta experiência de vida, combinado com o aprendizado jurídico, levou-me a algumas indagações, como por exemplo: Qual o verdadeiro papel do Estado e da sociedade? Em função de quem e de que vivem os parlamentares, os magistrados, os promotores de justiça, os agentes da Administração Pública? Quais os verdadeiros interesses que estes servidores públicos defendem e para quem legislam, jurisdicionam, fiscalizam e administram? Quais os limites jurídicos ao poder político do Estado?

Sabe-se que o poder político, no Estado Democrático de Direito, é juridicamente limitado e que as funções legislativa, administrativa e jurisdicional do Estado subordinam-se à Constituição e, em particular, aos princípios da legalidade, da isonomia, da transparência, da soberania popular, da fiscalização, da prestação de contas, da indisponibilidade do interesse público, os quais são as sínteses do regime republicano.

Todavia, apesar das normas jurídicas, formalmente, limitarem o poder político do Estado e obrigarem as autoridades a se absterem de atividades, em alguns casos, e a exercerem ações positivas, em outros, o que se observa na realidade é o uso do poder político para finalidades privadas e escusas, onde o Estado é transformado em verdadeiro *balcão de negócios* para atender os interesses de alguns privilegiados em detrimento dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Enquanto isso, sem generalizações, as autoridades competentes pelo *controle institucional* das atividades estatais, fazem *ouvidos moucos* e *vistas grossas* diante dos fatos, demonstrando um verdadeiro desafio ao Estado Democrático de Direito e à República.

Constatada a ineficiência do *controle institucional* há dois caminhos a serem percorridos pelo povo: ou adota-se uma posição conformista, deixando-se tudo como está, aceitando-se as coisas como elas são; ou busca-se, no conteúdo das normas jurídicas, o

mecanismo adequado para a própria sociedade fazer o *controle*, inclusive o *controle* dos crimes de prevaricações das autoridades responsáveis pelo *controle institucional*.

A minha opção foi cristalina: adotei o caminho da busca dos instrumentos jurídicos necessários para garantir o *controle social* da função administrativa do Estado. Esta escolha prova que não existe neutralidade científica, pois existe a possibilidade de mais de uma alternativa de pesquisa. A falta de neutralidade da ciência como um todo e, portanto, também da ciência do direito, é decorrência do corte metodológico e da escolha arbitrária do objeto de estudo.

Admitindo-se a concepção de que a Ciência do Direito é uma metalinguagem das normas jurídicas, torna-se necessário estabelecer a relação entre o objeto de estudo e as normas de um determinado ordenamento jurídico. O objeto desta dissertação são as normas da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 relativas à *proteção e aos limites desta proteção ao controle social da função administrativa do Estado brasileiro*. Contudo, optou-se por uma abordagem interdisciplinar do tema, com vistas a buscar em outras áreas do conhecimento, notadamente nas Ciências Sociais e Políticas, subsídios para o enfrentamento destas intrincadas questões no campo do Direito.

Explica-se a utilização de tais subsídios em decorrência da necessidade, em especial, de conceituar o termo *controle*, a expressão *controle social* e os fatores que promovem ou restringem a fiscalização da atividade administrativa do Estado pela sociedade, os quais são fenômenos extrajurídicos, que podem ou não ser regulamentados pelo legislador. Assim, não foi possível fazer uma metalinguagem jurídica do termo *controle*, da expressão *controle social* e dos fatores que promovem ou que prejudicam a aplicação das normas constitucionais relativas ao direito fundamental dos cidadãos fiscalizarem as atividades administrativas do Estado, tendo em vista que não são normas jurídicas, mas institutos que foram idealmente conceituados no âmbito da dissertação, através de um pacto semântico, com a finalidade de esclarecer o interlocutor sobre o significado daquilo que se está informando.

Para atender aos objetivos deste trabalho, o vocábulo *controle* foi classificado em duas espécies: *controle institucional* e *controle social*, sendo que o *controle institucional* tem duas subespécies: *controle institucional interno* e *controle institucional externo*. Diferenciou-se o *controle social* de *participação popular* e foi demonstrado que não existe *controle jurisdicional*; isto é, que o Judiciário, na função jurisdicional, nada controla, mas que tem o poder de anular ou de manter, no todo ou em parte, atos jurídicos privados ou públicos, por deter o monopólio de aplicar sanções jurídicas pela força e de resolver, em definitivo, conflitos de interesse jurídico. Excepcionalmente, temos uma única forma de *controle*

*jurisdicional*: quando o juiz decide de ofício, ele julga e faz *controle institucional externo* ao mesmo tempo. O Poder Judiciário, no exercício de função administrativa, faz *controle institucional interno* de seus atos administrativos e *controle institucional externo* dos atos dos serviços notariais e de registros, conforme dispõe o artigo 236, § 1º da Constituição.

O vocábulo *controle* foi aplicado no sentido de fiscalização, de sindicância, de averiguação, investigação, análise, busca de informações, verificação e não no sentido de domínio, de poder político, de poder de revisão ou de julgamento, por via administrativa ou judicial. Daí a não admissão do *controle jurisdicional* da função administrativa do Estado, tendo em vista que os magistrados não têm atribuições de fiscalização, exceto quando julgam de ofício, nos casos previstos em lei ou no exercício de competência administrativa. Porém, de maneira alguma tivemos a intenção de diminuir a importância ou atacar a majestade da função jurisdicional do Estado. Ao contrário, colocamos o Poder Judiciário, desde que provocado pelos interessados, como o guardião e o garantidor do direito fundamental ao *controle institucional e social* da atividade administrativa do Estado, uma vez que é através do Judiciário que as normas do ordenamento jurídico encontrarão aplicação, interpretação definitiva e eficácia.

As normas constitucionais que fundamentam o *controle social da função administrativa do Estado* estão enunciadas, em especial, no *caput*, no inciso II e no parágrafo único do artigo 1º e nos artigos 5º, II e 37 da Constituição: República, Estado Democrático de Direito, Cidadania, Soberania Popular e os princípios da legalidade, moralidade e o da publicidade ou transparência. Já as normas constitucionais que asseguram o *controle social* estão dispostas, especialmente, nos incisos, XXXIII; XXXIV, “a”, “b”; XXXV; LXVIII; LXIX; LXX; LXXI; LXXII; LXXIII do artigo 5º: direito a receber informações dos órgãos públicos, direito à petição, direito à certidão, princípio da proteção judiciária, *habeas corpus*, mandado de segurança individual, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, *habeas data*, ação popular.

O Poder Legislativo tem como escopo precípua representar a pluralidade ideológica do povo, propor políticas públicas, exercer prioritariamente a função legislativa e fazer o *controle institucional externo* da função administrativa do Estado.

A função administrativa do Estado é exercida prioritariamente pelo Poder Executivo e de forma secundária pelos Poderes Legislativo e Judiciário, sendo que o principal instrumento de ação da atividade administrativa é a edição de atos administrativos e um dos principais objetivos do *controle social* é constatar os possíveis vícios jurídicos destes atos.

O povo, no exercício do *controle social*, exerce a função de *controle* da atividade administrativa do Estado de maneira semelhante aos representantes eleitos do Poder Legislativo e, no exercício da *participação popular*, partilha do poder político do Estado, como se observa na iniciativa de projetos de leis, no referendo e no plebiscito. No âmbito administrativo, por meio da Ordem dos Advogados do Brasil, o povo partilha da constituição do Poder Executivo e do Poder Judiciário, como parte da banca examinadora de concursos públicos para o preenchimento de cargos de juizes, de promotores de justiça e procuradores dos Estados e indicação de advogados para integrar os tribunais superiores. O povo participa, também, do exercício da função jurisdicional do Estado, quando seus membros fazem parte de júri popular para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, segundo dispõe o inciso XXXVIII, “d”, do artigo 5º da Constituição.

O vocábulo *controle* se diferencia do termo *participação*. A participação da sociedade, coletiva ou individualmente, é exercício de poder político (soberania popular, plebiscito, referendo, voto, iniciativa popular de lei, participação em órgãos colegiados que tenham por fim elaborar políticas referentes a interesses profissionais e previdenciários). É partilha de poder entre os governantes e a sociedade para a deliberação de interesse público. Por outro lado, o *controle* é fiscalização, é sindicalização, investigação, o acompanhamento da execução daquilo que foi decidido e constituído por quem tem o poder político ou a competência jurídica de tomar decisões de interesse público. O *controle social* é direito público subjetivo dos integrantes da sociedade fiscalizarem as atividades do Estado.

A gestão compartilhada de alguns órgãos formuladores, controladores e gestores de políticas públicas, como os *conselhos de saúde, de educação*, leva a momentos e a possibilidades em que a *participação popular, o controle institucional e o controle social* ocorrem simultaneamente.

O cidadão, por meio do *controle social*, não tem o poder de estabelecer sanções jurídicas aos agentes da Administração Pública, tendo em vista que o constituinte delegou o monopólio ao Poder Judiciário para dirimir, em definitivo, conflitos de interesse jurídico, conforme enuncia o artigo 5º, XXXV da Constituição, pois no Estado moderno não é permitido fazer justiça com as próprias mãos, inclusive quando os órgãos do próprio Estado forem parte no conflito de direito. Mas a Constituição disponibiliza os instrumentos jurídicos necessários, como o Mandado de Segurança, o *Habeas Corpus* e a Ação Popular para os cidadãos acionarem o Poder Judiciário e por meio destes instrumentos verem garantida a aplicação das sanções jurídicas que se fizerem necessárias para a efetividade e eficácia do *controle social*.

O direito ao *controle social* da função administrativa do Estado encontra os seguintes limites explícitos e implícitos no conteúdo das normas constitucionais: 1. quando se tratar de informações, documentos ou dados de caráter sigiloso, assim definidas segundo os critérios determinados por lei, por um certo período, que tornadas públicas possam colocar em risco a segurança do Estado e da sociedade; 2. em caso de colisão ou conflito de direitos de igual densidade jurídica; 3. existência de má-fé, abuso ou absurdo nas solicitações de informações ou certidões junto aos órgãos públicos.

O direito a ser protegido nos casos de colisão de direitos, de má-fé, abuso ou absurdo precisa ser analisado em cada caso concreto, com supedâneo nos princípios da razoabilidade e no da proporcionalidade.

Conclui-se, assim, que as normas da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 disponibilizam os instrumentos jurídicos necessários, mas com os limites nelas explícitos e implícitos, para que os cidadãos e as cidadãs controlem a função administrativa do Estado, independentemente desta função tratar-se de competência do Poder Executivo, do Poder Judiciário ou do Poder Legislativo.

## CAPÍTULO I

### APONTAMENTOS SOBRE O ESTADO

Aristóteles já afirmava que o Homem é um “*animal político*”, isto é, que a convivência em sociedade faz parte da essência humana, motivo pelo qual o ser humano, ao longo da história, partiu de uma vivência isolada, individualizada, para um conviver em sociedade, atingindo os vários estágios de formação da vida em comunidade, partindo de grupos familiares para a consolidação de grupos sociais mais complexos.

Mas, se de um lado o Homem tem uma natureza social, de outro lado, como apresenta Thomas Hobbes em *O Leviatã*, “*o Homem é Lobo do Homem*”, no sentido de que é natural ao Homem a ambição e esta pode levá-lo até mesmo à destruição do próximo na defesa de seu espaço e de suas convicções, fazendo-se mister a organização da sociedade, com a demarcação de limites aos comportamentos intersubjetivos.

A evolução na organização da sociedade foi demonstrada por Emmanuel Sieyès num pequeno panfleto intitulado *Que é o Terceiro Estado?* onde aponta que o Homem passou por três momentos na história. No primeiro, há uma quantidade de indivíduos isolados que, só pelo fato de quererem reunir-se, têm todos os direitos de uma nação, bastando exercê-los; no segundo, os homens reúnem-se para deliberar sobre as necessidades públicas e os meios de provê-las; no terceiro, surge o governo exercido por procuração – o ESTADO: os associados “*separam tudo o que é necessário para velar e prover as atenções públicas, e confiam o exercício desta porção de vontade nacional, e por conseguinte de poder, a alguns dentre eles*”. Aqui já não atua uma vontade comum real, mas sim uma vontade comum representativa (SIEYÈS<sup>1</sup>, *apud* BASTOS, 1990:21).

A lição de Sieyès é importante na busca de uma definição de Estado, porque diferencia a simples organização da sociedade da organização através do Estado, caracterizando-se este pela transferência das decisões inerentes à coordenação social a uma pessoa, a qual passa a deter o “*poder político*”, isto é, a faculdade de impor aos indivíduos a sua vontade.

Todavia, é muito difícil conceituar o Estado, tendo em vista que sua conceituação depende do local e do momento histórico que estamos descrevendo. A maioria dos autores

---

<sup>1</sup> *Que es el Tercer Estado?* Madrid: Aguilar, 1973.

refere-se às seguintes fases: Estado Antigo, Estado Grego, Estado Romano, Estado Medieval e Estado Moderno.

Para efeitos do nosso estudo interessa apenas o conceito de Estado Moderno, aquele que surgiu por volta dos séculos XVI e XVII, junto com a idéia da prática da soberania. O Estado Moderno surge com o tratado de Westfália: “*BALLADORE PALLIERI indica mesmo, com absoluta precisão, o ano do nascimento do Estado, escrevendo que ‘a data oficial em que o mundo ocidental se apresenta organizado em Estados é a de 1648, ano em que foi assinada a paz de Westfália’...*”, (DALLARI, 1982:47) e, ainda, “*Os tratados de paz de Westfália tiveram o caráter de documentação da existência de um novo tipo de Estado, com a característica básica de unidade territorial dotada de um poder soberano. Era já o Estado Moderno...*” (DALLARI, 1982:62).

O constitucionalista Celso Bastos afirma que o Estado Moderno foi fruto de uma longa evolução que desabrochou por volta do século XVI :

*“O Estado – entendido portanto como uma forma específica da sociedade política – é o resultado de uma longa evolução na maneira de organização do poder. Ele surge com as transformações por que passa a sociedade política por volta do século XVI. Nessa altura, uma série de fatores, que vinham amadurecendo ao longo dos últimos séculos do período medieval, torna possível – e mesmo necessária – a concentração do poder numa única pessoa. É esta característica a principal nota formadora do Estado moderno. O poder torna-se mais abrangente. Atividades que outrora comportavam um exercício difuso pela sociedade são concentradas nas mãos do poder monárquico, que assim passa a ser aquele que resolve em última instância os problemas atinentes aos rumos e aos fins a serem impressos no próprio Estado.”* BASTOS (1990:5).

Quanto ao conceito de Estado podemos citar dezenas deles, uma vez que não existe consenso entre os estudiosos do tema, conforme pontua EASTON<sup>2</sup> (*apud* DALLARI, 1982:101), pois “*ou se dá mais ênfase a um elemento concreto ligado à noção de força, ou se realça a natureza jurídica, tomando-se como ponto de partida a noção de ordem*”. Entre os estudiosos do tema podemos citar Ranelletti, Duguit, Gurvitch, Gerber, Jellinek, Kelsen.

---

<sup>2</sup> EASTON, David. *The Political System*, p.107.

O Estado foi conceituado da seguinte maneira por DALLARI (1982:104):

*“[...] ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território. Nesse conceito se acham presentes todos os elementos que compõem o Estado, e só esses elementos. A noção de poder está implícita na de soberania, que, no entanto, é referida como característica da própria ordem jurídica. A politicidade do Estado é afirmada na referência expressa ao bem comum, com a vinculação deste a um certo povo e, finalmente, a territorialidade, limitadora da ação jurídica e política do Estado, está presente na menção a determinado território.”*

Apresentada uma breve conceituação de Estado, interessante é uma análise dos clássicos elementos do Estado: território, população, poder e finalidade. Articulando tais elementos, temos o território como o espaço físico onde habita o grupo humano (população) a ser organizado, exercendo o aparelho estatal o poder (faculdade de dirigir os negócios e de impor sanções jurídicas aos integrantes da sociedade), com o objetivo de alcançar o bem comum de toda a população (finalidade).

A real condição desses clássicos elementos estatais é questionada por diversos autores, ao indagarem se consistem os mesmos em pressupostos para a existência estatal ou simples elementos nem sempre necessários à existência do Estado.

Analisando-se um a um os clássicos elementos estatais, entendem muitos autores que o território individualizado nem sempre é necessário, ante a existência de povos, que constituem verdadeiras nações, sem a existência de um território próprio. Agora, a população, o poder e a finalidade são condições essenciais para a existência do Estado, por motivos óbvios, uma vez que constituem a sua própria razão de ser.

O fato é que a história registrou Estados sem a necessidade do elemento territorial. Citamos, a título de exemplo, o caso dos Judeus e, ainda hoje, o caso dos Palestinos. No entanto, os Judeus e os Palestinos prescindiram do elemento territorial por serem uma nação e não apenas um povo; isto é, nação no sentido de comunidade, de grande identidade cultural, política, religiosa. O povo, necessariamente, não é uma comunidade, uma vez que poderá ser um conjunto de comunidades, como é o caso do Brasil e dos Estados Unidos, cujo povo é formado por diversas comunidades e identidades culturais.

Muito oportuna é a lição de DALLARI (1982:118-119):

*“A coincidência entre Estado e Nação vai se tornando cada vez mais rara à medida em que aumentam as facilidades de comunicação e a mobilidade dos indivíduos, de um para outro Estado. A pretensão de caracterizar o Estado moderno como Estado nacional baseou-se na relativa estabilidade obtida pela Europa no século XIX, com as fronteiras bem delimitadas e a nítida predominância de certas características nacionais em cada Estado. Daí a afirmação do princípio das nacionalidades, segundo o qual cada Nação deveria constituir um Estado. [...] o Estado é uma sociedade e a Nação uma comunidade”*

É verdade que existem Estados sem território, mas é verdade, também, que muitos Estados se formaram, principalmente, pela existência de um território, como é o caso do Brasil e dos Estados Unidos. Portanto, seria quase impossível Estados como o Brasil e os Estados Unidos manterem a unidade de seus povos sem o elemento territorial, pois, no seio de seus povos, existem diversas identidades culturais. Lembramos, ainda, que apesar de diversas nações ou comunidades formarem Estados sem a existência de um determinado território, estas comunidades têm como principal objetivo a conquista de um território próprio, fato que leva a graves conflitos internacionais. Citamos, a título de exemplo, sem entrar no mérito da questão, o conflito entre o Estado de Israel e a Organização pela Libertação da Palestina.

A questão do poder é de extrema relevância e deve merecer algumas considerações. Como realça BASTOS (1990:12):

*“Se perguntamo-nos qual o objeto fundamental com que se defronta uma Constituição, vamos encontrar uma só resposta : a regulação jurídica do poder. Na verdade, é a configuração que vier a ser imprimida a ele, a sua afetação a estes ou àqueles detentores, sua maior ou menor concentração, os controles de que é passível, assim como as garantias dos destinatários do poder que acabam por conformar o Estado e a sociedade.”*

O Poder é a faculdade de alguém impor a sua vontade a outrem. O poder político, a seu turno, não é outro senão aquele exercido no Estado e pelo Estado (BASTOS, 1990:13). A criação do Estado não implica a eliminação dos outros poderes sociais: o poder econômico, o

poder religioso, o poder sindical... esses todos continuam vivos na organização política. Acontece, entretanto, que esses poderes não podem exercer a coerção máxima, vale dizer, a invocação da força física por autoridade própria. Eles terão, sempre, de chamar em seu socorro o Estado. Nessa medida são poderes subordinados. Conforme STOPPINO<sup>3</sup> (*apud* BASTOS, 1990:13):

*“Em seu significado mais geral, a palavra poder designa a capacidade ou a possibilidade de agir, de produzir efeitos. Tanto pode ser referida a indivíduos e a grupos humanos como a objetos e a fenômenos naturais (exemplo: poder do calor, poder de absorção). Se a entendermos em sentido especificamente social, ou seja, na sua relação com a vida do homem em sociedade, o poder torna-se mais preciso, e seu espaço conceitual pode ir desde a capacidade do homem em determinar o comportamento do homem: poder do homem sobre o homem. O homem é não só o sujeito mas também o objeto do poder social. É poder social a capacidade que um pai tem para dar ordens aos seus filhos ou a capacidade de um governo de dar ordens aos cidadãos.”*

O Estado, sob a nossa ótica, é uma entidade jurídica criada pela organização política de um agrupamento de indivíduos, denominado povo, o qual tem força, poder suficiente e capacidade de agregação para manter este grupo organizado e coeso em torno de certos objetivos e ser reconhecido pela comunidade internacional, cujas finalidades estão descritas no ordenamento jurídico, o qual regula a forma de acesso e do exercício das funções legislativa, jurisdicional e administrativa, num determinado território.

As funções do Estado podem estar concentradas num único órgão ou pessoa ou em órgãos ou pessoas diferentes. O acesso ao exercício das funções estatais poderá ocorrer de diversas maneiras: voto, concurso público, por meio da força ou revolução. O tempo no exercício das funções estatais poderá ser por prazo determinado ou indeterminado. O exercício das funções estatais poderá ser de diversas maneiras, entre as quais a democrática e a ditatorial. O Estado, ainda, poderá ser de diversos tipos ou modelos: *liberal, social, socialista, capitalista*. Podemos, também, apontar as formas modernas de Estado e de governo: monarquia constitucional ou república; parlamentarismo ou presidencialismo.

---

<sup>3</sup> Mário Stoppino. O poder. *Jornal da Tarde*, 14 jan. 1975.

Na realidade, tudo vai depender daquilo que for adotado pela classe dominante do povo, através do ordenamento jurídico, tendo em vista que é o ordenamento jurídico que restringe ou amplia o poder e os deveres do povo e das autoridades estatais, o tipo, o modelo e forma do Estado e a maneira de acesso, do exercício e do controle do poder, além dos objetivos e finalidades do Estado. Assim, o ordenamento jurídico é criado por quem tem o poder político para criá-lo.

É óbvio que o poder econômico, religioso, cultural geram poder político e influenciam na forma de organização do povo através do Estado, além de determinarem as suas finalidades, por meio do ordenamento jurídico. Citamos a Revolução de 1789 na França, onde o poder econômico da burguesia gerou o poder político de fazer a revolução e consolidar um novo regime político com ordenamento jurídico próprio.

O povo não é um conjunto homogêneo de pessoas. Existem contradições e diferenças econômicas, políticas, ideológicas, culturais, religiosas, de nível de informação e formação. Por isso, os grupos organizados dentro de um determinado povo têm a capacidade de dominar os demais e submetê-los aos seus interesses, mesmo e inclusive através do Estado.

O grupo organizado, que estiver no exercício das funções do Estado: legislativa, administrativa e jurisdicional, vai impor suas vontades na formação da lei, da atividade administrativa e na interpretação definitiva do ordenamento jurídico com o fito de aplicar as sanções jurídicas, conforme a ótica estabelecida pela hegemonia deste grupo.

Tal fato não deixou de gerar conflitos, pois o ser humano, mesmo quando dominado, busca sempre a liberdade, uma vez que tem inteligência e a capacidade de pensar, raciocinar e organizar-se.

A história sempre foi e ainda é repleta de pequenos grupos de seres humanos que buscam dominar a maioria, mas também é repleta de muitos grupos de homens e mulheres que se libertaram e buscam garantir a liberdade, a igualdade, a solidariedade e a fraternidade, formal e material, para toda a humanidade.

Muitos, ao longo da história, tentaram, inclusive, destruir o Estado, pois viram nesta forma de organização política apenas dominações da minoria sobre a maioria do povo, maneiras de opressão, de exploração e a garantia do direito dos proprietários em detrimento do direito dos despossuídos. Muitos outros, no entanto, enxergaram que a dominação não estava, necessariamente, na instituição Estado, mas no ordenamento jurídico, na forma do exercício das funções estatais, na maneira de acesso, de controle e de partilha do poder, na falta de limites dos agentes encarregados das funções estatais.

Ao longo dos séculos, o povo lutou por liberdade, por direitos, por ações negativas e

positivas do Estado, pela soberania popular e através da Constituição submeteu os encarregados do poder aos destinatários do poder: o povo.

O Estado evoluiu com a evolução da consciência política do povo. Hoje, praticamente, não se fala mais em poder ou vontade dos agentes estatais, mas em poder-dever, em competências determinadas pelo ordenamento jurídico com a finalidade de realizar o interesse público, conforme estatuído pelo conteúdo das normas jurídicas.

Agora não mais resta dúvida de que o Estado é uma pessoa jurídica, criada pelo poder político, cujo contrato social é a Constituição; os *donos*, os *sócios* desta pessoa jurídica são todos os integrantes da sociedade. Os agentes estatais que exercem as funções legislativas, administrativas e jurisdicionais têm o poder (denominado de poder-dever) apenas no sentido de fazer cumprir os princípios e as regras constitucionais, para cumprir e fazer cumprir os fundamentos, os objetivos e as finalidades estabelecidas pela soberania popular, através das normas jurídicas.

Corroborando esta linha de pensamento, transcrevemos trecho do publicista DALLARI (1982:108-109): *“Apesar de todas as objeções, parece-nos sólida e coerente a construção científica da teoria da personalidade jurídica do Estado, como foi concebida pelos publicistas alemães e como vem sendo sustentada pelos seus seguidores”*.

Logo, o poder dos agentes estatais não se volta ao atendimento das suas próprias vontades, mas às finalidades estabelecidas pelo ordenamento jurídico. Este poder é indisponível, pois pertence ao conjunto da sociedade. Tal afirmação significa que os agentes estatais não têm o poder em si, mas o poder-dever para a realização das finalidades públicas.

Em praticamente todos os Estados do planeta, os encarregados das funções estatais estão submetidos às normas constitucionais e, portanto, suas atividades ou ações estão sujeitas à responsabilização, à prestação de contas e a controle institucional e social.

## CAPÍTULO II

### FUNDAMENTOS HISTÓRICOS DO CONTROLE SOCIAL DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA DO ESTADO

O controle social das atividades do Estado é uma luta incessante da humanidade. É direito humano fundamental da primeira geração, também denominado de liberdades públicas, direitos e garantias individuais, direitos de resistência, direitos civis, direito público subjetivo.

A humanidade conquistou os direitos fundamentais por meio da luta, da organização, da conscientização das pessoas e da capacidade de aglutinação daqueles seres humanos que desejavam a liberdade, a igualdade e se preocuparam com seus semelhantes antes de si mesmos.

Os direitos fundamentais, também, são frutos da teorização, da reflexão, da capacidade de indignação das pessoas diante das barbaridades cometidas pelos próprios seres humanos em relação aos seus semelhantes.

Segundo JHERING<sup>4</sup> (*apud* SILVA, 1990:134), na sociedade primitiva o poder era interno à própria sociedade. Não existia poder dominante. Os seres humanos buscavam libertar-se da opressão da natureza, mediante descobertas e invenções. Todavia, com o desenvolvimento do sistema de propriedade, aparece a opressão e a subordinação, além da escravidão sistemática. Assim, se é certo que a evolução das sociedades torna necessária a intervenção de uma vontade preponderante que preserve sua unidade ordenada em harmonia aos fins sociais (DALLARI, 1998:42), fato é que o Estado forma-se para sustentar e amparar o sistema de dominação. A partir de então, o homem, além de lutar contra os empecilhos da natureza, viu-se diante das opressões sociais e políticas e sua história passa a ser a luta para se libertar da opressão e da dominação.

O intelecto humano luta para dominar a propriedade, através da definição das relações entre o Estado e a propriedade: as obrigações e as limitações dos seus donos e as salvaguardas para as suas garantias, tendo em vista que os interesses da sociedade são maiores que os dos indivíduos isoladamente.

---

<sup>4</sup> L'Esprit du Droit Romain dans les Diverses Phases de son Developpement

A humanidade luta pela democracia no governo, pela igualdade de direitos, pelo controle dos atos dos detentores do poder político. Esse histórico embate, que desembocou na edificação da doutrina dos direitos do Homem, tem seus primórdios na própria concepção de direito natural da Antigüidade, a qual consistiu em verdadeiro ancestral filosófico da doutrina dos direitos fundamentais (FERREIRA FILHO, 2000:9). No bojo desta luta imemorial, foram surgindo diversos institutos jurídicos voltados à proteção da liberdade e de direitos de indivíduos e grupos em face do poderio do Estado. É o caso, ainda no Império Romano, do *veto do Tribuno da Plebe*, contra ações injustas dos patrícios em Roma; da *Lei de Valério Publicola*, que proibiu penas corporais contra cidadãos em determinadas situações e do *Interdicto de Homine Libero Exhibendo*, que dava proteção jurídica à liberdade e é o antecedente remoto do *Habeas Corpus*.

Note-se que, para os antigos povos orientais, gregos, romanos e mesmo no mundo ocidental cristão até o século XVIII, o exercício do poder por seus detentores era tido como fruto de uma vontade divina. Faz-se, então, presente a idéia de um Direito superior à vontade humana, como se depreende de textos como *Antígona*, de Sófocles, *De legibus*, de Cícero e – mais adiante, no século XIII - notadamente a *Suma teológica*, de Tomás de Aquino (FERREIRA FILHO, 2000: 9).

Os antecedentes mais diretos das declarações de direito datam precisamente da Idade Média, período em que floresceu a Escola do Direito Natural e das Gentes – formuladora da doutrina incorporada pelo pensamento iluminista e expressa nas Declarações –, marcando o aparecimento das leis *fundamentais do Reino*, limitadoras do poder do monarca, bem como do conjunto de princípios denominado *Humanismo*, (SILVA, 1990:135). Neste contexto é que surgiram os *pactos, os forais e as cartas de franquia*, nos quais reis e senhores feudais inscreveram direitos – reflexamente individuais (SILVA, *op. cit.*) - a comunidades locais e corporações (FERREIRA FILHO, 2000: 11). Dentre os citados documentos, os espanhóis elaboraram, por exemplo: o de *Leon e Castela (1188)*, o de *Aragão (1265)* e o de *Viscaia (1526)*.

No entanto, foram os ingleses que fizeram repercutir com mais firmeza os seus institutos, com a elaboração de cartas e estatutos assecuratórios de direitos fundamentais, tais como a *Magna Carta (1215-1225)*, marco histórico para a humanidade, o *Mayflower Compact* de 1620, a *Petition of Rights (1628)*, o *Habeas Corpus Amendment Act (1679)* e finalmente o *Bill of Rights* de 1688, documento advindo da Revolução de 1688 e que

consagrou na Inglaterra a monarquia constitucional submetida à soberania popular, inspirando posteriormente as democracias liberais da Europa e América nos séculos XVIII e XIX.

É verdade que estes textos são estamentais e se condicionam à formação de regras consuetudinárias. Porém, foram importantíssimos símbolos das liberdades públicas e serviram de base para que juristas extraíssem, especialmente da *Magna Carta*, os fundamentos da ordem jurídica democrática inglesa.

A estabilidade e o firme desenvolvimento das instituições inglesas bastaram para garantir as liberdades públicas. As constantes afirmações do Parlamento e dos precedentes judiciais formando a *Common Law* foram suficientes para assegurar o mais firme respeito pelos Direitos Fundamentais dos seres humanos.

Citamos, ainda, os diversos documentos das Colônias Inglesas da América do Norte, os quais são estatutos e cartas assecuratórios de direitos fundamentais, como: *Charter of New Englant*- 1620; *Charter of Massachusetts Bay*- 1629; *Charter of Maryland*- 1632; *Charter of Carolina*- 1663; *Charter of Geórgia*- 1732 ; *Massachusetts Body of Liberties*- 1641; *New York Charter of Liberties*- 1683; *Pensylvania Charter of Privileges*-1701.

Os documentos formais citados, com denominações diversas, foram importantes para a humanidade. No entanto, não visavam criar ou garantir direitos para todas as pessoas, mas apenas para uma elite incluída (BONAVIDES, *apud* ARAÚJO & NUNES JÚNIOR, 2003). A *Magna Carta*, *e.g.*, freqüentemente tida por outros autores como o antecedente mais direto das *Declarações de Direito*, não passou de uma consagração de direitos a barões e prelados ingleses. Em nome desta minoria – e não ainda de direitos inerentes à pessoa humana oponíveis a qualquer governo – é que se clamou pela restrição do poder absoluto do monarca (DALLARI, 1998: 205).

Já numa outra fase histórica, tomando como parâmetro os documentos antecedentes, foram de grande envergadura as *Declarações de Direitos dos Estados da Virgínia e da Pensylvania de 1776*, as quais precederam à Revolução burguesa na França, mas comungavam das mesmas idéias e embasamento filosófico (calcado em pensadores como Rousseau, Montesquieu, Locke). A *Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia* é apontada como a primeira declaração de direitos fundamentais em sentido moderno (SILVA, 1990:137)

Todavia, a carta de maior pujança foi a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789*, fruto da revolução francesa, notadamente por seu cunho universalista. Os direitos individuais proclamados dirigem-se, destarte, a todos os homens de todos os tempos e lugares.

O conteúdo da *Declaração* francesa foi constitucionalizado pela grande maioria dos Estados, convertendo-se em normas jurídicas, geradoras de direitos subjetivos em âmbito nacional. Podemos citar como marco a Constituição da Bélgica de 1831; mas, antes da Belga, podemos citar também a Constituição do Império do Brasil de 1824, outorgada por D. Pedro I, a qual trouxe no artigo 179, trinta e cinco incisos com direitos civis e políticos (SILVA, 1990:149).

Fato é que a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* refletiu a tendência liberal do século XVIII, apresentando um teor marcadamente individualista. Nesta concepção, vislumbrava-se um Estado predominantemente passivo incumbido de conservar os direitos dos que já os possuíam. Foram os movimentos surgidos a partir do industrialismo do século XIX e, precisamente, a Revolução Russa de 1917 que despertaram “*a consciência de que os que não têm direitos a conservar são os que mais precisam do Estado*” (DALLARI, 1998: 210).

Conforme BONAVIDES (2001):

*“Constatou-se então com irrecusável veracidade que as declarações antecedentes de ingleses e americanos podiam talvez ganhar em concretude, mas perdiam em espaço de abrangência, porquanto se dirigiam a uma camada social privilegiada (os barões feudais), quando muito a um povo ou a uma sociedade que se libertava politicamente, conforme era o caso das antigas colônias americanas, ao passo que a Declaração francesa de 1789 tinha por destinatário o gênero humano.”*

Importante frisar as características da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: a) intelectualismo, porque foi uma operação de ordem puramente intelectual que se desenrolaria somente no plano das idéias, era antes de tudo um documento filosófico e jurídico que visava a uma sociedade ideal, mas baseada no consentimento popular, na legitimidade; b) mundialismo, pois pretendia ultrapassar os indivíduos franceses, desejava um valor geral, universal; c) individualismo, uma vez que somente consagra os valores individuais e não menciona a liberdade de associação e nem a liberdade de reunião; preocupa-se apenas em defender o indivíduo contra o Estado; declara o direito de resistência. É de cunho estritamente liberal, burguês. Assim, a *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789* traz apenas os direitos da primeira geração, isto é, os direitos individuais e políticos, esquecendo-se dos direitos econômicos, sociais e culturais (de segunda geração) e

dos direitos à preservação, à paz, à solidariedade (direitos da terceira geração). Portanto, apesar de pretender-se universal, acabava, na prática, não atingindo nem a totalidade do povo francês. Formalmente, todos tinham direitos. Mas apenas perante a lei e não na lei (igualdade substancial). Logo, atendia-se apenas o povo burguês.

Tal fato se explica, tendo em vista que a burguesia do século XVIII estava oprimida apenas do ponto de vista político, uma vez que tinha o poder econômico.

Com o desenvolvimento industrial e o conseqüente surgimento de uma classe operária, o povo desprovido de poder econômico percebeu logo que aquelas garantias eram apenas formais e que, muitas vezes, serviam apenas para proteger as propriedades da burguesia e seus direitos políticos contra greves, assembléias de trabalhadores, direitos de associação, de reunião.

Assim, nos explica BADÍA<sup>5</sup> (*apud* SILVA, 1990: 142):

*“A burguesia liberal aparenta conceder a todos a liberdade de imprensa, a liberdade de associação, os direitos políticos, as possibilidades de oposição política: mas, de fato, tais direitos e liberdades não podem ser exercidos realmente senão pelos capitalistas, que são os que têm os meios econômicos indispensáveis para que tais liberdades sejam reais. E assim, no caso do direito de sufrágio, este serve para camuflar diante dos olhos dos proletários uma papeleta de voto, mas a propaganda eleitoral se encontra nas mãos das forças do dinheiro. Simula conceder-lhes o direito de formar sindicatos e partidos políticos, mas as oligarquias capitalistas conservam, direta ou indiretamente, o controle.”*

Em oposição a este estado de coisas surgem novas doutrinas: os socialistas - primeiro com os utopistas (Saint-Simon, Fourier, Louis Blanc, Owen ) e depois com os cientistas (Karl Marx , Engels)-, os quais submeteram as concepções abstratas da liberdade e da igualdade a severas críticas, uma vez que medravam as injustiças e as iniquidades na repartição da riqueza e faziam prosperar a miséria das massas proletárias, enquanto a burguesia acumulava cada vez mais riquezas. O sistema favorecia poucos e gerava crises econômicas para a grande maioria do povo.

---

<sup>5</sup> Juan Fernando Badía, p.49

O fruto destas críticas foi a Declaração de Direitos do Povo Trabalhador e Explorado e o Manifesto Comunista de 1848, cuja influência é comparada por LASKI (apud SILVA, 1994:27) com a Declaração de Independência Norte Americana e com a Declaração de Direitos de 1789. A partir daí, surgiram outras concepções em bases teóricas da sociedade e do Estado, além de documentos de outras correntes, como as encíclicas papais, a *Rerum Novarum*, em 1891, de Leão XIII.

No plano jurídico, a Revolução de 1848, em Paris, garantiu o direito do trabalho em sua constituição de curta duração. Mas foi a Constituição do México de 1917 a primeira que sistematizou um conjunto de direitos sociais do homem, denominado de *Declaração de Direitos Sociais*, em seu artigo 123, sem romper com o sistema capitalista. Em seguida, adveio a Constituição alemã de Weimar de 1919, a qual sob o signo de *Direitos e Deveres Fundamentais dos Alemães*, incluiu os direitos da pessoa individual, os direitos da vida social, os da vida religiosa, os da educação e escola e os da vida econômica. Apesar da Constituição mexicana ser a mais avançada, foi a alemã de Weimar que teve mais influência no constitucionalismo após a primeira grande guerra mundial, inclusive na Constituição brasileira de 1934.

Porém, apesar de suas contradições, a declaração francesa representou um marco histórico, um passo muito grande para a humanidade, pois através de seus ideais foi possível a conquista de outros direitos fundamentais.

Em 10 de dezembro de 1948, a ONU - Organização das Nações Unidas - sacramentou a idéia de reconhecimento universal dos Direitos Humanos, com a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, documento em que o humanismo político da liberdade alcançou seu ápice no século passado.

É importante frisar que todos estes documentos tinham como conteúdo político central e, com o passar do tempo, jurídico, entre outros motivos, limitar o poder dos governantes e garantir direitos para o povo, tendo como conseqüência a participação popular e o controle das atividades estatais, fato que podemos notar no artigo 15 da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*: “A sociedade tem direito de pedir a todo o agente público a prestação de contas de sua administração”.

Apesar de ser uma declaração formal de direitos, sem a garantia do exercício efetivo deste direito por todos do povo, a exigência de prestação de contas, disposta como princípio na declaração francesa de 1789 foi uma conquista da humanidade que só encontrou avanços com o passar dos tempos.

Hoje, podemos afirmar que o controle social dos atos da Administração Pública é um direito fundamental da primeira geração que historicamente foi conquistado pela humanidade em quase todos os Estados do planeta.

## CAPÍTULO III

### OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O *controle social* das funções do Estado é direito fundamental expresso na Constituição de 1988. Daí a necessidade de um breve panorama sobre o tema, tendo em vista que o conceito, as características e a classificação destes direitos são essenciais para a definição jurídica do controle social das funções do Estado, uma vez que o controle social é espécie do gênero direitos fundamentais; isto é, podemos encontrar seu núcleo nos direitos fundamentais da primeira geração.

Todavia, não é objeto deste trabalho questionar o conceito, as classificações e as características dos estudos existentes sobre o vasto tema dos Direitos Fundamentais. Diversos teóricos se debruçaram e refletiram sobre a questão. Um dos grandes entusiastas do assunto é o professor Vidal Serrano Nunes Júnior; assim, vamos abeberar, fundamentalmente, nos seus estudos, os quais serviram de base para as definições que seguem.

#### 1. A denominação direitos fundamentais

Primeiramente, cumpre salientar que esta categoria jurídica tem diversas expressões terminológicas, como *Liberdades Públicas*, *Direitos do Homem*, *Direitos Humanos*, *Direitos Públicos Subjetivos*.

A expressão *Liberdades Públicas* é muito restrita, pois traduz apenas a essência dos direitos individuais ou civis. É a preservação da liberdade do indivíduo frente a possíveis atos de prepotência do Poder Público. É direito de resistência. É utilizado pela doutrina francesa, em especial.

A denominação *Direitos do Homem* ou *Humanos* indica predicados inerentes à natureza humana enquanto tal, independente de um sistema jurídico específico, é de dimensão congênita e universalista. Precede a existência do direito positivado. É utilizada pela visão jusnaturalista.

CANOTILHO (1991:529) (*apud NUNES JÚNIOR 2001:39*) diferencia as expressões *direitos do homem* e *direitos fundamentais*, conforme passamos a descrever:

*“As expressões ‘direitos do homem’ e ‘direitos fundamentais’ são freqüentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jurinaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos espaço-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.”*

Os *Direitos Públicos Subjetivos* têm suas abrangências cingidas às relações travadas entre os indivíduos e o Poder Público, deixando de agregar em seu significado os deveres coletivos ou o propósito de limitação do poder econômico.

Já a denominação *Direitos Fundamentais* traduz o acúmulo evolutivo dos níveis de alforria dos seres humanos em contornos mais estritos e precisos do que aqueles que emolduram o conceito de direitos humanos e vislumbra-os como direitos inerentes à condição humana e passíveis de reivindicação judicial. Abarcam o conjunto de direitos e liberdades reconhecidas jurídica e institucionalmente e garantidos pelo direito positivo. *“Se trata siempre, por tanto, de derechos delimitados espacial y temporalmente, cuya denominación responde a su carácter básico o fundamentador del sistema jurídico político del Estado de Derecho”* (PEREZ LUÑO, 1998:47).

## **2. Classificação e conceito dos direitos fundamentais**

Os Direitos Fundamentais são vocacionados para a proteção da dignidade da pessoa humana em todas as suas dimensões. Apresentam natureza poliédrica e prestam-se ao resguardo da liberdade (direitos e garantias individuais); necessidades (direitos econômicos, sociais e culturais); preservação (direitos à fraternidade e à solidariedade).

Os Direitos Fundamentais são frutos da evolução econômica e social em sincronia com a evolução das relações jurídicas da humanidade. Não surgem das mãos dos legisladores, mas por estes foram reconhecidos e positivados, inclusive nas Constituições.

Segundo PÉREZ LUÑO (1998:43):

*“[...] los derechos fundamentales han sido fruto de una doble confluencia: a) de un lado, suponen el encuentro entre la tradición filosófica humanista, representada prioritariamente por el jusnaturalismo de orientación democrática, con las técnicas de positivación y protección reforzada de las libertades propias del movimiento constitucionalista, encuentro que se plasma en el Estado de Derecho; b) de otro lado, representan un punto de mediación y de síntesis entre las exigencias de las libertades tradicionales de signo individual, con el sistema de necesidades radicales de carácter económico, cultural y colectivo a cuya satisfacción y tutela se dirigen los derechos sociales.”*

## **2.1. Classificação**

Os Direitos Fundamentais podem ser abordados sob diversos enfoques, resultando, assim, em muitas classificações, embasadas em distintos critérios:

a) conteudístico ; b) jurídico positivo ; c) evolutivo cumulativo

### **2.1.1. Enfoque Conteudístico**

Por este enfoque, os Direitos Fundamentais são classificados conforme os valores específicos que estão destinados a proteger: a proteção da dignidade da pessoa humana em todas as suas dimensões é o valor genérico almejado.

As diversas dimensões são segmentadas segundo os valores específicos que venham contemplar e que, mesmo distintos entre si, permanecem ligados pela finalidade que os une.

São três as dimensões conteudísticas: a) direitos fundamentais protetivos da liberdade, os quais têm por finalidade limitar a atuação estatal em relação às liberdades individuais; é

direito de resistência; b) direitos protetivos dos indivíduos diante das necessidades materiais, (ao contrário do item anterior, neste caso o indivíduo tem direito a ações positivas do Estado, cuja finalidade é a diminuição das desigualdades econômicas, sociais e culturais); c) direitos protetivos da preservação do ser humano ou de solidariedade, que são o direito à paz, ao desenvolvimento, à comunicação social, etc..

### 2.1.2. Enfoque jurídico positivo

Sob este enfoque, os *Direitos Fundamentais* seriam aqueles expressamente indicados no plano do direito positivado.

A nossa Constituição reuniu num mesmo capítulo direitos de natureza diversa. Assim, não adotou corte metodológico, mas positivou os diversos Direitos Fundamentais historicamente reconhecidos pela humanidade, tanto os individuais, como os sociais, econômicos, culturais, políticos e coletivos.

Poderíamos classificar o enfoque jurídico positivo em:

a) *direitos individuais*, aqueles destinados à limitação do Estado, cuja finalidade é atribuir aos indivíduos direitos de liberdade, fruíveis e reivindicáveis individualmente;

b) *direitos coletivos*, que são aqueles transindividuais, cujos titulares são pessoas indetermináveis, ligadas por circunstâncias de fato (interesses difusos) ou grupo, categoria ou classe, as quais estão ligadas entre si pela parte contrária a uma relação jurídica básica (interesse coletivo em sentido estrito). Note-se, ainda, que hoje a tutela coletiva abrange também outros interesses não essencialmente coletivos: os individuais homogêneos. (WATANABE, 1993:185).

c) *direitos sociais*, que são os direitos às ações positivas do Estado dispostos, em especial, no artigo 6º da Constituição.

d) *direitos de nacionalidade*, que são regulamentados pelo artigo 12,I, “b”, e “c” da Constituição. É um direito fundamental reconhecido pelo artigo 15 da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, apesar de existirem pessoas apátridas.

e) *direitos políticos*, que são os direitos à soberania popular exercida através do direito de votar e ser votado, do referendo e do plebiscito, projetos de iniciativa popular, direito à participação popular e ao controle do poder político estatal.

f) *partidos políticos*, que na realidade também configuram espécies de direitos políticos e uma das formas de democracia representativa.

Neste caso, não existe divergência entre a classificação de NUNES JÚNIOR e a de SILVA. Porém, NUNES JÚNIOR não faz referências a partidos políticos, mas lembra dos direitos econômicos, artigo 170 e ss., com o qual concordo.

### 2.1.3. Enfoque evolutivo cumulativo

Existe um processo de evolução, uma vez que a positivação dos Direitos Fundamentais dos seres humanos é resultado de um aumento progressivo de aspectos da dignidade humana que passaram ao longo da história a serem objetos de proteção jurídica.

Basicamente são três as gerações de Direitos Fundamentais:

- a) *Direitos de 1ª geração*, que abarcam os direitos individuais e políticos, cujo escopo é resguardar as liberdades individuais oponíveis ao Estado e instrumentalizar a participação popular. É nesta geração de direitos que se encontram os fundamentos da participação popular e do controle social das atividades do Estado;
- b) *Direitos de 2ª geração*, que são os direitos às ações positivas do Estado, aos serviços públicos, à intervenção do Estado com vistas a diminuir as desigualdades por meio de diversas políticas públicas, como os serviços públicos de saúde, educação, assistência judiciária. A elaboração destas ações do Estado pode ser realizada através da participação popular e tais atividades estão sujeitas ao controle social.
- c) *Direitos de 3ª geração*, que são aqueles intrínsecos à preservação da espécie humana, à solidariedade, à paz, ao desenvolvimento. Estes direitos

fundamentais, também são garantidos por meio da participação popular e sua efetividade depende da capacidade da sociedade realizar o controle social sobre os fatores que coloquem em risco a espécie humana.

## **2.2. Características extrínsecas dos direitos fundamentais**

As características intrínsecas identificam a essência de um direito fundamental.

Já as extrínsecas são as características identificadas na Constituição, as quais podemos resumir às seguintes: a) rigidez; b) imodificabilidade das cláusulas pétreas; c) aplicabilidade imediata. Analisemos cada característica extrínseca em separado:

a) rigidez. Neste caso suas normas submetem-se a um processo mais gravoso de modificação pelo legislador ordinário e todas as normas infraconstitucionais guardam dever de compatibilidade vertical com elas.

b) direitos e garantias individuais clausuladas em cláusulas pétreas, conforme o artigo 60, § 4º da Constituição, o que torna esta espécie de Direitos Fundamentais impermeável a eventuais modificações pelo legislador ordinário;

c) aplicação imediata de seus preceitos, segundo o artigo 5º, § 1º da Constituição.

## **2.3. Características intrínsecas dos direitos fundamentais**

Os Direitos Fundamentais, por constituírem uma categoria jurídica, trazem consigo algumas características, cuja essência os unifica e os diferencia dos demais direitos expressos na Constituição.

As características dos Direitos Fundamentais são as seguintes: a) historicidade; b) autogeneratividade; c) universalidade; d) limitabilidade; e) irrenunciabilidade; f) concorrência. Analisemos cada uma delas:

a) *Historicidade*- Não existe consenso doutrinário em relação ao preciso momento histórico em que tal teria se dado, mas é certo que os Direitos Fundamentais não surgiram do nada e sim de um processo histórico evolutivo. Emergiram como resultado da luta da humanidade em diferentes momentos históricos e lugares para assegurar a dignidade da pessoa humana e com o passar dos séculos foram, aos poucos, positivados.

Este tema foi aprofundado no capítulo II deste trabalho, sob o título de *Fundamentos históricos do controle social dos encarregados das funções do Estado*.

b) A *autogeneratividade* dos Direitos Fundamentais está incluída entre os elementos fundantes das Constituições. Na prática, elas só existem porque incorporam estes direitos juntamente com os elementos constitutivos do Estado (população, governo, finalidade, território).

MURILLO<sup>6</sup> (*apud* NUNES JÚNIOR, 2001:49) assim fundamenta:

*“no hay duda de que constituyen el núcleo del ordenamiento constitucional y, por tanto, del ordenamiento jurídico. El Estado como organización política jurídicamente organizada tiene su razón de ser en la realización de los derechos fundamentales”*

Já SCHMITT<sup>7</sup> (*apud* NUNES JÚNIOR, 2001:49), leciona que

*“Por tener un concepto utilizable por la Ciencia es preciso dejar afirmado que en el Estado burgués de Derecho son derechos fundamentales sólo aquellos que pueden valer como anteriores e superiores al Estado, aquellos que el Estado, no es que otorgue con arreglo a sus leyes, sino que reconoce e protege con dados antes que él...”*

CANOTILHO<sup>8</sup> (*apud* NUNES JÚNIOR 2001:50) pontua:

*“a positivação constitucional não significa que os direitos fundamentais deixem de ser elementos constitutivos da legitimidade autogenerativa (cfr. supra, Parte I, Capítulo 4º) e, por conseguinte, elementos legitimativo-fundantes da própria ordem jurídico constitucional positiva”*

---

<sup>6</sup> MURILLO, Pablo Lucas. El derecho a la autodeterminación informativa.

<sup>7</sup> SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*, p. 169.

<sup>8</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*.

Em arremate, lapida o ilustre constitucionalista português que “*a posituação jurídica constitucional não “ dissolve” nem “ consome” quer o momento de “jusnaturalização” quer as raízes fundantes dos direitos fundamentais.*”

c) A *universalidade* dos Direitos Fundamentais existe, porque sua razão de ser é o gênero humano. Por isso, é incompatível sua restrição a um grupo, categoria, casta, classe ou estamento de pessoas.

Afirmar os Direitos Fundamentais é colocar o ser humano acima e independente de qualquer outra configuração de caráter econômico, social, racial, político, de origem ou cultural.

d) A *limitabilidade* dos direitos fundamentais significa que estes direitos não são absolutos. Significa que a norma jurídica não pode, na sua aplicação ao caso concreto, ser aplicada em toda a sua extensão e alcance em decorrência do fenômeno da colisão de direitos.

O fenômeno da colisão de direitos existe quando duas pessoas ou grupos de pessoas têm direitos opostos dentro de um mesmo procedimento por munirem-se de reivindicações que os tornam oponentes.

Citemos um exemplo: direito à informação dos órgãos públicos x direito à intimidade de algum indivíduo.

Neste caso, dois direitos fundamentais se chocam. Assim, precisamos encontrar uma solução, a qual resume-se no seguinte: 1- admite-se que os direitos fundamentais são limitáveis e, portanto, não absolutos; 2- a limitabilidade não deve ser definida no plano normativo, mas no plano fenomênico, diante da colisão de direitos concretamente exercitáveis.

Após a solução ambos os direitos continuarão válidos no sistema jurídico, mas um dos direitos, no âmbito concreto da decisão, será descartado pela autoridade competente.

e) *Irrenunciabilidade*, posto que os direitos fundamentais são intrínsecos aos seres humanos, de forma que a renúncia destes direitos seria o mesmo que renunciar à condição de humanidade.

f) *Concorrência* de direitos fundamentais significa que tais direitos são acumuláveis pelos indivíduos. Portanto, uma única conduta pode ser protegida simultaneamente por mais de uma norma constitucional.

Citamos como exemplo, a veiculação de uma notícia por meio de um veículo de comunicação de massa. Neste caso, o indivíduo receptor pode ao mesmo tempo exercer o direito de comunicação, de informação e de opinião.

SILVA (1990:162) descreve apenas as seguintes características dos direitos fundamentais: históricos (afirmando que aparecem com a Revolução francesa e que sua historicidade rechaça toda fundamentação baseada no direito natural, na essência do homem ou na natureza das coisas); inalienáveis ( são direitos intransferíveis, inegociáveis, porque não são de conteúdo econômico-patrimonial, indisponíveis); imprescritíveis (a prescritibilidade somente atinge direitos patrimoniais e não os personalíssimos); e irrenunciáveis ( podem até não serem exercidos, mas podem potencialmente ser exercidos a qualquer tempo).

Aduz, ainda, SILVA (1990) que os direitos fundamentais absolutos são aqueles cujo conteúdo e incidência decorrem inteiramente da Constituição, enquanto os relativos têm o conteúdo e a incidência preenchidos por lei.

A nossa opinião é que a doutrina de NUNES JÚNIOR é melhor, pois ajuda a solucionar os problemas concretos de colisão de direitos fundamentais ao caracterizá-los como limitáveis e nos ajuda a encontrar os limites do controle social da função administrativa do Estado, conforme demonstrado no Capítulo XII desta dissertação.

## CAPÍTULO IV

### O PRINCÍPIO REPUBLICANO COMO FUNDAMENTO DO CONTROLE SOCIAL

A república surge, ainda na Roma antiga, como oposição intencional à monarquia absolutista e ao domínio da vontade de uma só pessoa física na condução do Estado. A expressão *res publica* designa justamente a coisa pública, isto é, a coisa do povo para o povo (SILVA, 1994).

No entanto, é com MAQUIAVEL que o termo *república* aparece em seus contornos modernos, encabeçando não só a luta contra a monarquia absolutista como também reivindicações muito mais amplas.

A noção de *república* passa a evocar, a partir do século XVIII, a idéia de um governo democrático, a limitação do poder dos governantes, a responsabilidade política e a salvaguarda das liberdades individuais. Como afiança DALLARI (1998:228):

*“Ao mesmo tempo em que se apontavam os males da monarquia, aumentava a exigência de participação do povo no governo, surgindo a república, mais do que como forma de governo, como o símbolo de todas as reivindicações populares”.*

Na base da república está a crença de que a vontade suprema não poderia mais corresponder ao arbítrio de uma pessoa individual determinada, mas que o mais alto poder do Estado emanaria da coletividade e formaria, através de um processo jurídico e procedimentos estabelecidos constitucionalmente, a vontade geral apta a pautar os rumos do Estado. Vontade essa, diga-se, não coincidente a qualquer vontade individual (JELLINEK, s.d: 576).

Nos termos enunciados por ATALIBA, a República *“traduz-se um conjunto de instituições cujo funcionamento harmônico visa a assegurar, da melhor maneira possível, a eficácia do seu princípio básico, consistente na soberania popular”* (1985:63). Visando à preservação do bem comum, suas instituições teriam sido engendradas para banir o despotismo e os abusos e arbítrios do homem, consagrando o governo das leis ou *Rule of Law* (*op. cit.* :79).

Segundo o referido autor, o regime republicano caracteriza-se modernamente pela tripartição do exercício do poder, pelos mandatos políticos periódicos, bem como pelas responsabilidades dos mandatários. Abarca, portanto, complexos e sofisticados sistemas de controle, fiscalização, responsabilização e representatividade, bem como os mecanismos de equilíbrio, harmonia e demais procedimentos a serem observados no relacionamento entre os poderes (ATALIBA, 1985:10).

No Brasil de 1889, a forma republicana de governo erige-se em princípio constitucional de função primacial em nosso sistema jurídico e assim mantém-se até os dias atuais.

Eis que o regime republicano é garantido e sustentado por toda a estrutura da Constituição, por meio de um arcabouço de princípios, regras, institutos, procedimentos, órgãos e meios nela plasmados e que funcionam como verdadeiras pedras de toque de todo o sistema (ATALIBA, *op. cit.*: 20).

A Constituição Federal de 1988 traz o princípio republicano já em seu art. 1º, tamanha a sua magnitude.

Ressalte-se que o princípio republicano encerra exigências instantes que devem ser atendidas pelo legislador e aplicadores administrativos e judiciais (ATALIBA, *op. cit.*: 14), os quais jamais poderão interpretar e aplicar dispositivos constitucionais e legais de maneira a ele dissonantes.

Quanto às premissas básicas do regime republicano no direito positivo brasileiro, são elas os princípios da legalidade, da isonomia e da intangibilidade das liberdades públicas, traçados a partir da idéia central de representatividade, originária da teoria da soberania popular.

Consoante enfatiza SILVA (1994), o princípio republicano tem um alcance que sobrepuja em muito sua acepção meramente formal. Pressupõe, desta feita, a necessidade de legitimidade popular do Presidente da República, Governadores e Prefeitos (arts. 28, 29, I e II e 27 da Constituição de 1988), a existência de assembleias e câmaras populares nas três esferas da República Federativa (arts. 27, 29, I, 44, 45, 46), a realização de eleições periódicas por tempo limitado e a não vitaliciedade dos cargos políticos e a prestação de contas da Administração Pública (arts. 30, III, 31, 34, VII, *d*, 35, II, e 70 a 75).

O princípio republicano representativo requer, em última análise, que o governo responda pelos atos que pratica; que os homens e mulheres que vão exercer funções de governo sejam escolhidos pelo povo e que, para tanto, apresentem-se diante dele, fazendo suas propostas e discutindo formulações; que os mesmos mantenham a proximidade do povo

no exercício de sua função, tornando possível o acompanhamento de seu desempenho; que os cidadãos possam fiscalizar e controlar os atos praticados e tenham o direito de questionar e obter informações acerca dos atos de governo; que a imprensa tenha a mais ampla liberdade de acesso a todas as informações a fim de transmiti-las a eles; que as questões mais relevantes sejam debatidas pública e amplamente; que aqueles que exercem as funções busquem corresponder aos anseios do povo, manifestados da melhor maneira; que exerçam tais mandatos por períodos breves, ao cabo dos quais possam ser substituídos; que necessitem retornar diante do povo, periodicamente, caso queiram pleitear recondução; que, na medida do possível, os governantes estejam efetivamente próximos do povo (ATALIBA, 1985: 3).

Fica evidenciado que um importante corolário do regime republicano é precisamente a responsabilidade (por ato ou omissão) de todos aqueles que agem como integrantes de órgão público ou no exercício de função pública. Esta característica diferencia a República das demais formas de governo e em especial da monarquia absolutista, na qual vige a irresponsabilidade consubstanciada na máxima *the king can do no wrong*. Já sob os auspícios do princípio republicano, como sintetizou ATALIBA, “*se a coisa pública pertence ao povo, perante este todos os seus gestores devem responder*”.

O mesmo autor ainda aponta que a idéia de responsabilidade faz-se acompanhar necessariamente das noções de **prestação de contas** e de **fiscalização dos mandantes pelos mandatários**, asseverando que, na ausência de tais ingredientes idoneamente formulados e de instrumental a torná-los plenamente eficazes, não há que se falar em república representativa (*op. cit.*: 65).

ATALIBA assevera, entretanto:

*“É evidente que tais instituições políticas (das democracias republicanas) só podem produzir seus benéficos efeitos num clima de irrestrita liberdade de imprensa, amplo debate e livre circulação de informações, onde os negócios públicos e o modo de curar a coisa pública sejam abertos, franqueados à análise, curiosidade, investigação e observação de todos, sem restrições. Principalmente onde a consciência cidadã da titularidade da ‘res publica’ seja acompanhada do sentido de responsabilidade que o mandato encerra”* (ATALIBA, *op. cit.*: 42).

Nota-se, por fim, que o controle social da função administrativa do Estado é consequência necessária, imediata e inafastável do princípio republicano, o qual alicerça nosso sistema constitucional. E, mais do que isso, advém da própria idéia de soberania popular, que determina que o administrador deve responder por seus atos e omissões perante o Legislativo, o Judiciário e o Executivo mas, sobretudo, perante o próprio povo – verdadeiro titular da *res publica*.

## CAPÍTULO V

### AS FUNÇÕES ESSENCIAIS DO ESTADO: JURISDICIONAL, LEGISLATIVA E ADMINISTRATIVA

#### 1. Histórico

Desde a Antigüidade, pensadores se preocuparam com as funções do Estado e a repartição de Poderes. Neste sentido, citamos ARISTÓTELES<sup>9</sup> que defendeu a existência de três poderes de governo:

*“Em todo governo, existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente. Quando estas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre estas partes que provêm as suas.*

*O primeiro destes três poderes é o que delibera sobre os negócios do Estado.*

*O segundo compreende todas as magistraturas ou poderes constituídos, isto é, aqueles de que o Estado precisa para agir, suas atribuições e a maneira de satisfazê-las.*

*O terceiro abrange os cargos de jurisdição”.*

Mais tarde, MONTESQUIEU, na sua obra *Do Espírito das Leis*, sistematizou a teoria da repartição de poderes e das funções do Estado, assim elaborou e melhor lapidou a teoria de Aristóteles e, praticamente, todos os Estados Democráticos de Direito escreveram em suas Constituições três funções fundamentais do Estado: a administrativa, a legislativa e a jurisdicional.

---

<sup>9</sup>A *Política*, capítulo X, p.113, Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

## 2. Critérios para a distinção das funções do Estado

Antes de adentrarmos no conceito das funções do Estado, é importante salientar que existem critérios para a distinção destas funções e, como a definição destes critérios não é o objeto central do meu estudo, adotei a posição de MELLO, C. (2002: 30-33).

Segundo o eminente jurista, temos dois critérios essenciais para identificar as funções do Estado. O primeiro deles seria o orgânico ou subjetivo. Utilizando este critério, a função do Estado é identificada por meio de quem a produz. Assim, todo ato emitido pelo Poder Legislativo é considerado ato legislativo; todo ato emitido pelo Poder Judiciário é denominado ato judicial; todo ato de origem do Poder Executivo é ato administrativo. Por este critério, *“ficam incluídos todos os atos da administração, pelo só fato de serem emanados de órgãos administrativos, como os atos normativos do Executivo, os atos materiais, os atos enunciativos, os contratos”* (DI PIETRO, 2002:185). Assim, ficam também incluídos os atos da administração regidos pelo direito privado. O segundo critério seria o objetivo. Este critério não leva em consideração o sujeito que elaborou o ato, mas a própria atividade em si.

Tal critério desdobra-se em outros dois: o material ou substancial e o formal. O primeiro reconhece a função a partir de seus elementos intrínsecos, ou seja, aqueles radicados em sua própria natural tipologia. Logo, por este critério, a atividade legislativa se caracteriza pela expedição de normas gerais e abstratas; a função administrativa pela realização da utilidade pública de modo concreto, direto e imediato; a função jurisdicional consiste na solução das controvérsias jurídicas. Já o critério formal apega-se fundamentalmente a características de direito. Assim, os atos expedidos são enquadrados não pela similitude material que possam apresentar com *“estas ou aquelas atividades”*. Portanto, a função legislativa tem a especificidade de possuir o predicado de inovar inicialmente na ordem jurídica com fundamento *“tão-só”* na Constituição; o elemento próprio da função administrativa é desenvolver-se por meio de comandos *“infralegais”* e excepcionalmente *“infraconstitucionais”* e a função jurisdicional teria por escopo a solução em definitivo de controvérsias jurídicas.

Mas, conforme a lição de MELLO, C. (2002:31-33), o critério orgânico ou subjetivo não corresponde à realidade, uma vez que ninguém poderia duvidar de que os três Poderes da República exercem as três funções, independentemente de suas funções predominantes.

O critério objetivo material, segundo o mesmo autor, também não atende à realidade dos fatos, pois *“uma coisa é o que é por força da qualificação que o próprio Direito lhe*

*atribuiu, ou seja, pelo regime que lhe outorga e não por alguma causa intrínseca, substancialmente residente na essência do objeto.”*

Por fim, MELLO, C. (*op. cit.*: 33) adota o critério formal : *“Deveras, o critério adequado para identificar as funções do Estado é o critério formal, ou seja, aquele que se prende a características impregnadas pelo próprio Direito à função tal ou qual.”*

DI PIETRO (2002:185) põe o critério *formal* junto ao subjetivo ou orgânico e denomina o critério objetivo de funcional ou material. Por sua vez, MELLO, C. leciona que o critério formal é uma subespécie do critério objetivo e não sinônimo do subjetivo.

Dadas as lições, tanto de DI PIETRO como de MELLO, C., podemos concluir que a dinâmica do Estado, independentemente do órgão, manifesta-se através de leis, sentenças e atos administrativos, os quais são frutos das funções legislativa, jurisdicional e administrativa, sendo que o Judiciário tem o monopólio da atividade jurisdicional; o Legislativo tem a palavra final para a elaboração das leis e o Executivo tem a supremacia no exercício da função administrativa e, portanto, na elaboração de atos administrativos para colocá-la em movimento.

Vamos tratar neste item apenas das funções jurisdicional e legislativa do Estado, uma vez que da função administrativa trataremos em item específico, tendo em vista que a função administrativa do Estado é referência para o nosso objeto de estudo.

### **3. A função jurisdicional do Estado**

#### **3.1. O princípio da inafastabilidade da jurisdição**

Este princípio tem diversas expressões sinônimas, como princípio da proteção judiciária, princípio do livre acesso ao Poder Judiciário, princípio do controle jurisdicional, princípio da ubiqüidade da justiça. No entanto, o mais utilizado pela doutrina é o princípio da inafastabilidade da jurisdição, decorrente do texto do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição: *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”*

O texto constitucional em tela garante o direito de ação para todas as pessoas e o monopólio do Poder Judiciário para julgar em definitivo as controvérsias jurídicas e para declarar direitos. Isto significa que o Judiciário tem o monopólio da jurisdição, ou pelo menos, o monopólio para dar a última palavra em caso de conflitos de interesses jurídicos,

tendo em vista que os particulares, em alguns casos, também podem julgar. Citamos, como exemplo, a Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, que dispõe sobre a regulamentação da arbitragem.

O Judiciário, através de sua atividade jurisdicional, decidirá sobre a forma de reparação do direito lesado e, ainda, poderá proteger direito, quando este estiver sob ameaça de dano, impedindo que a lesão ocorra. Portanto, o Judiciário tem amplo poder de cautela.

Existe a exceção prevista no artigo 217, parágrafos 1º e 2º, que trata da Justiça Desportiva, em que a parte interessada não pode fazer opção entre uma e outra jurisdição para o contencioso inicial. Todavia, ao final dos recursos dentro da instância desportiva, creio ser possível a instância do Judiciário, existindo direito ou ameaça a direito, considerando que a norma prevista no inciso XXXV do artigo 5º prevalece sobre a do artigo 217, parágrafos 1º e 2º.

Salientamos, ainda, que o Pacto de São José da Costa Rica prevê no seu artigo 8º, que o duplo grau de jurisdição é considerado direito humano fundamental, tendo plena vigência no Brasil por força do artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição.

No Brasil, não é possível criar o chamado contencioso administrativo para julgamento com força de coisa julgada de questões referentes à Administração Pública. No entanto, podem-se criar instâncias administrativas com a finalidade de promover julgamentos válidos em definitivo no âmbito da Administração Pública, mas sem prejuízo de recurso à instância jurisdicional quando a parte interessada sentir-se com seu direito lesado ou ameaçado.

Neste sentido é a lição de BASTOS (1990:198):

*“É certo que a lei poderá criar órgãos administrativos diante dos quais seja possível apresentarem-se reclamações contra decisões administrativas. A lei poderá igualmente prever recursos administrativos para órgãos monocráticos ou colegiados. Mas estes remédios administrativos não passarão nunca de uma mera via opcional.”*

### **3.2. O princípio da inafastabilidade não é sinônimo de controle jurisdicional**

A grande maioria dos doutrinadores conceitua o princípio da inafastabilidade da jurisdição ou da proteção judiciária como sinônimo de controle jurisdicional sobre os atos jurídicos públicos ou privados.

Porém, em momento algum, no sentido em que definimos o vocábulo *controle*, o texto do artigo 5º, XXXV da Constituição tem como conteúdo o controle jurisdicional. O texto refere-se à garantia de monopólio do Judiciário para decidir, em definitivo, conflitos de interesse jurídico, mas desde que o Judiciário seja provocado pela parte interessada e mesmo assim, por intermédio de advogado.

Ao lado do princípio da proteção judiciária temos, entre outros, o direito de ação, de defesa, do contraditório, do juiz natural, da imparcialidade do juiz. Direitos estes que na prática significam a garantia do devido processo legal.

O princípio da imparcialidade do juiz determina que o juiz é o ator formalmente neutro do processo judicial, o ponto de equilíbrio do processo e, por isso, não pode ser parte. Portanto, sendo o juiz um ser imparcial, ele não poderá fazer controle, pois uma das características de quem faz o controle é a parcialidade, a subjetividade, a vontade ou a obrigação de fazê-lo, dependendo se o controle for social ou institucional. O *controle social* é um direito público subjetivo que o cidadão tem a faculdade de exercer ou não. Já no *controle institucional*, a autoridade responsável por fazer o controle tem a obrigação de fazê-lo, sob pena de estar incorrendo em prevaricação, conforme prescrição do artigo 319 do Código Penal.

Todavia, segundo o conceito de *controle* adotado por nós, existe uma hipótese em que o juiz, no exercício da função jurisdicional, pode controlar: quando ele, por determinação legal, decide de ofício. Neste caso, o juiz julga e faz controle institucional externo ao mesmo tempo, pois se não o fizesse estaria incorrendo em prevaricação.

### **3.3. A função típica do Judiciário**

Dadas as explicações referentes à nossa posição em relação à função de controle feita pelo Poder Judiciário, vamos às funções exercidas por este Poder.

Consoante o magistério de WATANABE (1980: 22):

*“A jurisdição é considerada como poder, no plano da soberania estatal, como função nos limites das atribuições que cabem aos órgãos estatais encarregados de promover o direito objetivo, e como atividade, no âmbito do processo.”*

A função precípua do Judiciário pode ser definida pelo conceito de CHIOVENDA<sup>10</sup>, citado por WATANABE:

*“[...]função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, eficaz” (1980: 19).*

O Estado moderno assegurou o monopólio da função jurisdicional e, por isso, proibiu a justiça através das próprias mãos, inclusive e mesmo dos órgãos estatais e agentes públicos. Daí a necessidade do órgão jurisdicional para substituir e, portanto, fazer a prestação jurisdicional às partes que se consideram lesadas ou ameaçadas de o ser, dentro de um conflito de interesse jurídico.

É bom lembrar que o monopólio do Judiciário para dirimir conflitos de interesse jurídico é atinente aos direitos indisponíveis, pois a Lei n. 9.307 que dispõe sobre o instituto da arbitragem dá liberdade às partes interessadas para contratar árbitro para solucionar litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Todavia, apesar de a função primordial do Judiciário ser o exercício da função jurisdicional do Estado, o Judiciário acaba exercendo outras funções. Por exemplo, ao elaborar seu regimento interno, legisla no sentido material, pois o regimento interno, materialmente falando, é lei, uma vez que é geral e abstrato e inova no mundo jurídico. O Judiciário exerce função administrativa quando realiza concursos públicos para o preenchimento de cargos de juízes e demais servidores, quando faz nomeações de seus servidores, quando abre licitações. O instrumento jurídico, para o exercício destas atribuições, é o ato administrativo.

---

<sup>10</sup>Chiovenda. Instituições de Direito Processual Civil, , vol II,§ 19, n.137, p.11, São Paulo: Saraiva,1943.

Afinal, vê-se que a função essencial do Judiciário é o exercício da função jurisdicional com exclusividade para resolver em definitivo os conflitos de direito. No entanto, o Judiciário exerce funções legislativas e administrativas para garantir a sua autonomia funcional.

#### 4. A função legislativa do Estado

##### 4.1. Conceito

A função legislativa é a função do Estado responsável pela elaboração das leis; isto é, das normas gerais, abstratas e impessoais que inovam no mundo jurídico, segundo os critérios e os limites estabelecidos pela Constituição.

Todavia, existem leis concretas e pessoais em nosso ordenamento jurídico, por exemplo, lei que determine a aposentadoria a alguém especificamente e aquelas que declaram de utilidade pública determinada entidade filantrópica, o direito real de uso de determinado bem público a certo indivíduo. No entanto, poderíamos analisar a constitucionalidade destas leis, sob o prisma do princípio da isonomia e chegaríamos à conclusão de que estas leis, também, são gerais e abstratas para as pessoas que possam estar na mesma situação concreta dos indivíduos beneficiados diretamente pela lei específica, conforme respaldamos na doutrina do grande mestre SILVA (1994:202-203):

*“São inconstitucionais as discriminações não autorizadas pela Constituição. O ato discricionário é inconstitucional.*

*Há duas formas de cometer essa inconstitucionalidade. Uma consiste em outorgar benefício legítimo a pessoas ou grupos, discriminando-os favoravelmente em detrimento de outras pessoas ou grupos em igual situação. Neste caso, não se estendeu às pessoas ou grupos discriminados o mesmo tratamento dado aos outros. O ato é inconstitucional, sem dúvida, porque feriu o princípio da isonomia. Contudo, o ato é constitucional, é legítimo, ao outorgar o benefício a quem o fez. Declará-lo inconstitucional, eliminando-o da ordem jurídica, seria retirar direitos legitimamente conferidos, o que não é função dos tribunais. Como, então, resolver a inconstitucionalidade da discriminação? Precisamente estendendo o benefício aos discriminados que o*

*solicitem perante o Poder Judiciário, caso por caso. Tal ato é insuscetível de declaração genérica de inconstitucionalidade por via de ação direta.”*

A atividade primordial dos Poderes Legislativos federal, estaduais, municipais e distrital é o exercício da função legislativa do Estado. No entanto, os Legislativos exercem outras funções, como a jurisdicional e a administrativa e, ainda, o *controle institucional externo* da função administrativa do Estado.

Os Parlamentos representam formalmente a vontade do povo e a pluralidade ideológica da sociedade, tendo em vista que seus membros têm os mandatos legitimados pelo voto popular, secreto, periódico e, por isso, representam as diversas tendências políticas existentes no seio do povo.

A legitimidade dos parlamentares lhes incumbe o poder-dever de representar os interesses públicos, de legislar, de propor políticas públicas, de fiscalizar a atividade administrativa do Estado, dentro dos parâmetros do Estado Democrático de Direito e de colaborar com a educação política do povo, através de suas ações, discursos, audiências públicas, entrevistas, votos, publicações e da prestação de contas dos seus atos.

É sabido que o Legislativo, enquanto tal, é um Poder, é forte, mas os parlamentares, individualmente, têm pouco poder. Neste sentido, são fundamentais a capacidade individual de articulação política e a relação com os movimentos sociais. Somente esta capacidade de articulação, de negociação política e a relação com a sociedade organizada é que faz do parlamentar um representante ativo do povo junto aos poderes constituídos.

O *clientelismo político*, o *tráfico de influências*, o *assistencialismo* tornam o parlamentar apenas mais um “*despachante de luxo*”, que não cumpre suas funções de representante legítimo da vontade popular. Este tipo de parlamentar diminui a dignidade do parlamento e a majestade da representação política e faz do Legislativo um Poder submisso aos interesses do Executivo e sem credibilidade política junto à sociedade.

A gravidade de tais práticas é a despolitização do povo, a incredulidade política e a perda de força das instituições democráticas e do Estado Democrático de Direito.

Dados os apontamentos referentes às atividades exercidas pelos Poderes Legislativos, vamos especificar cada uma destas atividades.

## 4.2. A complexidade do processo legislativo

A nossa Constituição, na Seção VIII, do Título IV, Capítulo I, artigos 59 a 69, regulamenta o processo legislativo no Brasil. Entre outras normas, informa a competência para a origem ou iniciativas de projetos, determina o quorum mínimo para deliberação de Emendas à Constituição e leis complementares, o trâmite do processo legislativo. O artigo 59 estabelece que o processo legislativo compreende emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções.

A técnica legislativa deve observar as normas da Lei Complementar Federal n. 95, de 26 de fevereiro de 1998, lei que regulamentou o § único do artigo 59 da Constituição. No Estado de São Paulo, a técnica legislativa foi regulamentada pela Lei Complementar Estadual n. 863, de 29 de dezembro de 1999.

O artigo 61 da Constituição estabelece que o processo legislativo tem início em um dos Poderes da República ou através de iniciativa Popular ou do Ministério Público. Citamos, a título de exemplo, os artigos 14, III, 61, §2º, 93, 127, § 2º, 128 § 5º da Constituição que tratam, respectivamente, de iniciativas de projetos de leis referentes à iniciativa popular, ao Estatuto da Magistratura, à criação e extinção de cargos e serviços auxiliares do Ministério Público e à organização, atribuições e estatuto do Ministério Público.

O artigo 61 da Constituição assim dispõe:

*“A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.”*

A função legislativa é exercida, primordialmente, pelo Poder Legislativo, o qual elabora as normas gerais, abstratas e impessoais, as leis, mas em colaboração com a população, por meio da iniciativa popular, plebiscito e referendo e com os demais poderes, especialmente o Executivo, uma vez que o Executivo, além de iniciativas exclusivas, em diversos casos, tem o poder de veto e de sanção em praticamente todos os atos legislativos.

A forma e as regras do processo legislativo estão enunciadas na Constituição, Regimento Interno do Congresso Nacional, Câmara dos Deputados, Senado Federal,

Assembléias Legislativas, Câmara Distrital, Câmara de Vereadores e normas legais referentes ao assunto.

As leis são atos estatais complexos que dependem da participação de diversos indivíduos para a sua elaboração: competência para iniciativa do projeto, admissão pelas Mesas dos Legislativos correspondentes, apreciação pelas Comissões permanentes dos Legislativos, deliberação final dos Plenários das Casas Legislativas, autógrafo, sanção e publicação.

Quando o autógrafo enviado pelo Legislativo for parcialmente vetado pelo chefe do Executivo, dentro do prazo legal, o restante do autógrafo não vetado será sancionado e publicado e passará a ter validade, com exceção da parte vetada. A parte vetada do texto será encaminhada para o Legislativo, o qual manterá ou derrubará o veto apostado pelo chefe do Executivo. Sendo o veto mantido, a lei ficará como foi publicada pelo Executivo, porém se o veto não for aceito pelo Legislativo, por deliberação do Plenário, a Mesa da Casa encaminhará novamente a parte vetada do autógrafo ao chefe do Executivo para promulgação e publicação. Caso o chefe do Executivo não fizer a promulgação da parte vetada do autógrafo, dentro do prazo legal, o Legislativo o fará. Assim, a parte vetada passará a ter vigência a partir daí juntamente com a parte sancionada, conforme dispõe o artigo 66, § 7º da Constituição.

Em caso de veto total pelo chefe do Executivo, o autógrafo não será publicado e retornará integralmente ao Legislativo, o qual manterá ou derrubará o veto. Sendo o veto mantido, o autógrafo será arquivado. Sendo o veto derrubado ou não acatado, a Mesa do Legislativo encaminhará o autógrafo ao Chefe do Executivo para publicação e este não o fazendo, dentro do prazo legal, o Legislativo o fará. No âmbito federal, a competência é do presidente do Senado e esse não o fazendo, passará à responsabilidade do vice-presidente do Senado, tendo em vista determinação do artigo 66, §7º da Constituição.

Além de dar a palavra final na elaboração das leis, uma vez que poderá manter ou derrubar os vetos apostados nos autógrafos legislativos pelo Chefe do Poder Executivo, o Poder Legislativo exerce outras funções, como fiscalizar as atividades da Administração Pública, propor políticas públicas por meio das próprias leis ou através de sugestões, julgar em casos específicos e representar a pluralidade ideológica da sociedade.

Em alguns casos, a palavra final sobre a validade do ato aprovado pelo Legislativo compete aos cidadãos, através da soberania popular, exercida por meio do referendo com fundamento no artigo 14, II, da Constituição e especificação do artigo 2º, § 2º da Lei n.9.709, de 18 de novembro de 1998.

Outras vezes, depende-se da palavra inicial dos cidadãos para que o trâmite legislativo seja deflagrado; neste caso, temos o plebiscito, do inciso I do artigo 14, também regulamentado pelo artigo 2º, § 1º da Lei n. 9.709/98.

Assim, através do referendo, o ato aprovado pelo Legislativo depende da deliberação final dos eleitores, os quais poderão rejeitar ou ratificar o ato legislativo. E, por meio do plebiscito, o processo legislativo sequer terá início no Legislativo em sendo a proposta rejeitada pelos eleitores.

### **4.3. A função legislativa determina as políticas públicas**

As leis, quase sempre, trazem em seus conteúdos diretrizes e determinações de políticas públicas, como de saúde, educação, segurança, meio ambiente, transporte, habitação, comércio, indústria, atividade econômica que deseja incentivar ou restringir, organização administrativa, política tributária, participação e controle. Vê-se, assim, que a função legislativa do Estado determina o âmbito da atividade administrativa

Sendo a atividade administrativa exercida sob e conforme a lei, segundo o princípio da legalidade, não resta dúvida de que o Poder Legislativo influencia e participa indiretamente da atividade administrativa do Estado, dando as diretrizes e elaborando, pelo menos formalmente, as políticas públicas necessárias aos interesses da sociedade.

### **4.4. A competência fiscalizadora exercida pelo Legislativo**

Uma das funções não legislativas exercidas pelo Poder Legislativo é o controle institucional externo dos atos do Poder Executivo, com o auxílio do Tribunal de Contas. Esta função fiscalizadora exercida pelo Poder Legislativo está enunciada nos artigos 31 (no caso dos Municípios) e 49, V, X, 71 da Constituição (no caso da União). Já a função fiscalizadora dos Legislativos dos Estados e do Distrito Federal, será exercida conforme as determinações das respectivas Constituições estaduais e a Lei Orgânica da Capital da República, levando-se em consideração as prescrições da Constituição Federal.

Esta atribuição que a Constituição prescreve ao Poder Legislativo é de suma importância para a proteção da coisa pública, uma vez que o Legislativo representa, formalmente, a pluralidade ideológica da sociedade e a vontade do povo. Por isso, tem o

dever de zelar pelo patrimônio público, em sentido amplo, exercendo a função de controle institucional externo dos responsáveis pela função administrativa do Estado<sup>11</sup>.

#### **4.5. A competência administrativa do Legislativo**

Além da competência fiscalizadora e da função legislativa do Estado, o Legislativo elabora atos administrativos e exerce diretamente funções administrativas ao promover concursos públicos para o preenchimento de cargos de seus servidores, nomear servidores, conceder férias, fazer licitações e no exercício de poderes hierárquicos e disciplinares sobre os seus servidores.

O Legislativo tem equipamentos para o exercício de suas funções, como prédio, estacionamento, computadores, móveis, etc. Daí a necessidade de manutenção, como limpeza, segurança e consertos. A preocupação com esta questão é uma atividade típica da Administração Pública.

Existem outras atividades administrativas que servem diretamente como meio de exercício da função legislativa, como a elaboração das atas de votações, a publicação da pauta, de editais, as comunicações diversas.

O Legislativo tem a necessidade de exercer a função administrativa como meio do exercício de sua função típica que é a legislativa e como garantia de sua autonomia funcional, enquanto Poder do Estado.

#### **4.6. O Legislativo no exercício da função jurisdicional**

O Congresso Nacional tem a incumbência de julgar as contas apresentadas, anualmente, pelo Presidente da República, conforme consta do art. 49, IX da Constituição. Já o artigo 52, I e II, enuncia que o Senado Federal tem a atribuição de processar e julgar as acusações de crimes de responsabilidade contra o Presidente e o Vice-Presidente da República, os Ministros de Estado, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-

---

<sup>11</sup> Quando nos referimos ao patrimônio público em sentido amplo, queremos dizer que esta proteção não se restringe apenas aos bens materiais, mas a todos os bens construídos ao longo da história pelo povo brasileiro e que foram positivados pelos legisladores. Entende-se por patrimônio público, os bens materiais pertencentes ao Estado, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a probidade e a moralidade administrativa, a nossa cultura e todos os direitos fundamentais da pessoa humana.

Geral da República, o Advogado- Geral da União e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica.

Evidentemente, o Senado Federal faz o julgamento político do mérito das questões a ele submetidas, mas este julgamento, a exemplo dos julgamentos realizados pelo Judiciário, está subordinado às normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais, pois, obviamente, o Judiciário não pode avaliar o mérito das decisões do Senado, mas poderá, sim, analisar, quando provocado, os procedimentos de tais julgamentos por força do artigo 5º, XXXV da Constituição ou do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Normalmente, os recursos ao Judiciário referentes ao exercício de funções jurisdicionais do Legislativo não são para questionar o mérito do julgamento em si, mas o não cumprimento de procedimentos e normas processuais, a inobservância do devido processo legal e o não respeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa, conforme dispõe o artigo 5º, LV da Constituição.

Esta prática inconstitucional dos Legislativos, no procedimento dos julgamentos das contas do Executivo e dos crimes de responsabilidade, acaba beneficiando os agentes públicos ímprobos e prejudicando a imagem dos probos. Os honestos, quando conseguem, esperam anos para provarem serem íntegros e os crimes dos desonestos acabam prescritos por decurso do tempo, especialmente em decorrência da lei federal n. 9.873, de 23 de novembro de 1999, que estabelece prazo de prescrição de cinco anos para o exercício de ações punitivas pela Administração Pública Federal.

Explica-se a afirmação: hipoteticamente, o Congresso Nacional julga irregulares as contas apresentadas pelo Presidente da República. Ocorre que o Legislativo, ao processar e julgar estas contas, não seguiu os procedimentos mínimos do direito processual, como o direito ao contraditório, à ampla defesa, ao devido processo legal. Evidentemente, o Chefe do Executivo recorre ao Judiciário em face do ato do Legislativo, com o intuito de sustá-lo. Como muito bem nós sabemos, tendo em vista experiências anteriores, o Judiciário demora anos para julgar as questões submetidas à sua apreciação.

Ao final, podem ocorrer duas situações: 1- O Judiciário mantém o ato do Legislativo. Assim ficou comprovado a legitimidade política e jurídica da decisão. 2- O Judiciário anula o ato do Legislativo em decorrência de restrição ao contraditório, à ampla defesa, etc, uma vez que não pode adentrar no mérito político da questão. Neste caso, podemos ter duas hipóteses: a) O Legislativo julgou corretamente o mérito, mas não seguiu os procedimentos legais para a sua decisão. Logo, deve fazer outro julgamento, conforme determinado pelo Judiciário. Portanto, ao garantir o direito à ampla defesa e a outros direitos fundamentais ao Chefe do

Executivo, o tempo se encarregou de inocentá-lo, via o instituto da prescrição, em prejuízo da probidade administrativa e da moralidade pública; b) Supondo que o Legislativo errou no julgamento do mérito e também nos procedimentos. Neste caso, não há vantagem alguma para o Presidente honesto alegar a prescrição, pois sempre ficarão dúvidas a respeito de sua idoneidade moral e da sua probidade administrativa, tendo em vista que os Meios de Comunicação Social se encarregaram de destruir sua imagem idônea, de condená-lo por antecipação, sem que suas contas pudessem ter um julgamento justo.

A realidade dos Estados e dos Municípios é muito, muito pior que a do âmbito federal, pois os Legislativos da maioria dos Estados e dos Municípios se esquecem de que estamos num Estado Democrático de Direito, tanto no momento de aprovar as contas do Executivo, fato que geralmente acontece, quanto no momento de rejeitá-las. As constituições federal, estaduais e as leis orgânicas, normalmente, não são levadas em consideração. Tudo acaba sendo uma questão de adesão ou de perseguição política, isto é, da capacidade do Chefe do Executivo ter ou não ter habilidade para articular os parlamentares na sua base de sustentação política dentro do Legislativo. Portanto, ter as contas aprovadas ou as contas rejeitadas é menos uma questão jurídica e mais uma questão de capacidade de articulação política e de governabilidade.

#### **4.7. A participação na constituição de outros poderes**

O Legislativo também participa da constituição de outros Poderes, através do Senado Federal, quando aprova, após arguição, a escolha dos membros dos Tribunais Superiores do Poder Judiciário, dos membros do Tribunal de Contas, dos governadores dos Territórios, dos diretores e do presidente do Banco Central, do Procurador-Geral da República e de titulares de outros cargos que a lei determinar, conforme artigo 52, III, “a”, “b”, “c”, “d”, “e”, “f” da Carta Magna.

O Tribunal de Contas é um órgão auxiliar do Legislativo e, portanto, na realidade a indicação de Ministros para o Tribunal de Contas pelo Presidente da República é uma interferência do Executivo no Legislativo. A indicação de Magistrados dos Tribunais Superiores pelo Presidente da República e a aprovação destas indicações pelo Senado Federal são interferências do Executivo e do Legislativo na constituição do Judiciário. O Legislativo, ainda, interfere na constituição do Executivo ao aprovar o presidente e os diretores do Banco Central e o Procurador-Geral da República.

O objetivo destas interferências mútuas é o equilíbrio entre os Poderes da República, a garantia da pluralidade ideológica nas instituições, especialmente nos Tribunais Superiores, a limitação de poderes e a garantia de legitimidade para estas instituições, tendo em vista que os parlamentares representam, formalmente, a vontade popular e a pluralidade ideológica do povo.

## CAPÍTULO VI

### A FUNÇÃO ADMINISTRATIVA DO ESTADO

#### 1. Considerações gerais

A função administrativa do Estado é a organização da Administração Pública, sua posição jurídica, suas atribuições, exercidas por meio da atividade administrativa.

Buscamos na doutrina de Hely Lopes Meirelles (*apud* ARAÚJO & NUNES JÚNIOR, 2003:290) o significado jurídico da expressão Administração Pública :

*"...em sentido formal é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade. Numa visão global, a Administração é, pois, todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de seus serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas."*

A Administração Pública existe para atender aos interesses dos seus destinatários: a comunidade, sem exceção, conforme preceitua o artigo 5º da Constituição; isto é, sem discriminações positivas ou negativas.

Sendo *"a Administração uma organização subalterna a serviço da comunidade"* (GARCIA DE ENTERRIA, 1985), ela deve subordinar-se aos critérios estabelecidos nos princípios e regras constitucionais (CANOTILHO, 1991:170-198), os quais trazem na essência de seus conteúdos normas explícitas e implícitas a serem seguidas pelos agentes estatais, que devem ter, como único objetivo, a realização do interesse público.

QUEIRO (1989:103) nos ensinou que *"A actividade da Administração é uma actividade de subsunção dos factos da vida real às categorias legais."* E, ainda, para o mesmo autor, *"A essência do direito privado está na 'autonomia da vontade' dos respectivos sujeitos; a essência do direito público, do direito administrativo 'in specie', está na 'obrigação' para os respectivos agentes de realizarem os interesses que as leis lhes entregam para que deles curem."* (1989:100)

MELLO, C. (2002:45-47) leciona que a indisponibilidade do interesse público e a supremacia da lei prevalecem em qualquer hipótese. Assim, o agente estatal não pode exercer suas atribuições (parcelas de competência) ou atividades a seu bel prazer, inclusive nos chamados atos discricionários.

*“Uma vez que a atividade administrativa é subordinada à lei, e firmado que a Administração assim como as pessoas administrativas não têm disponibilidade sobre os interesses públicos, mas apenas o dever de curá-los nos termos das finalidades predeterminadas legalmente, compreende-se que estejam submetidas aos seguinte princípios:*

- a) da legalidade, com suas implicações ou decorrências, a saber: princípios da finalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da motivação e da responsabilização do Estado;*
- b) da obrigatoriedade do desempenho de atividade pública e seu cognato, o princípio de continuidade do serviço público;*
- c) do controle administrativo ou tutela;*
- d) da isonomia, ou igualdade dos administrados em face da Administração;*
- e) da publicidade;*
- f) da inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos;*
- g) do controle jurisdicional dos atos administrativos.”*

A função administrativa do Estado é exercida primordialmente pelo Poder Executivo, mas tanto o Legislativo quanto o Judiciário também exercem esta função, embora de forma secundária e, portanto, no exercício da função administrativa, submetem-se às respectivas regras e princípios, os quais passaremos a detalhar.

## 2. Os princípios norteadores da função administrativa do Estado

Os princípios jurídicos norteadores da Administração Pública estão, especialmente, expressos no *caput*, incisos, parágrafos e alíneas do artigo 37 da Constituição, exceto o princípio da motivação, que vem enunciado no artigo 93, X.

*“Art. 37: A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência...”*

*“Art.93, X: as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros.”*

Salientamos que a Constituição é um todo, um conjunto de princípios e regras, por isso os princípios contidos no artigo 37 podem e devem ser combinados com os princípios e regras implícitas ou explícitas em outros artigos da Constituição, em especial aqueles que fundamentam a República.

CANOTILHO (1991) assim nos ensinou:

*“O princípio da unidade hierárquico-normativa significa que todas as normas contidas numa constituição formal têm igual dignidade (não há normas só formais, nem hierarquia de supra-infra-ordenação dentro da lei constitucional.”*

A regulação exaustiva das matérias, via regras jurídicas, é impossível. Por isso, recorreu-se aos princípios, os quais apresentam um grau de abstração maior que as regras e orientam a conduta dos entes públicos e privados. Em decorrência dos princípios terem fundamental importância, é necessário compreendermos a função que desempenham nos ordenamentos jurídicos.

Dentre as diversas definições encontradas na doutrina brasileira, merece destaque a apresentada por MELLO, C., segundo a qual é *“mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas*

*compondo-lhes o espírito e servindo de critério do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”* (2002:808-809). O autor, enaltecendo a importância dos princípios, prossegue sua análise dizendo que *“violiar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos (op. cit.:772).*

A importância dos princípios nos ordenamentos jurídicos é também enaltecida por GARCÍA DE ENTERRÍA (1995). Este autor põe em relevo a função dos princípios, especificamente no Direito Administrativo, entendendo que este é o campo mais fértil da legislação contingente e ocasional e de normas parciais e fugazes. Constata a necessidade de um esqueleto de princípios gerais que permitam inserir e articular as normas. Por fim, conclui que apenas a vinculação a princípios jurídicos materiais pode assegurar a liberdade individual e a justiça social, legitimando o Estado como Estado de Direito.

É preciso também fazer referência ao caráter normativo dos princípios, considerando que atualmente estes, assim como as regras, são considerados espécies do gênero norma.

BONAVIDES (2001) aponta que durante muito tempo os princípios exerceram uma função meramente supletiva e subsidiária. A doutrina positivista compreendia o Direito como um conjunto de leis, excluindo completamente os valores e a dimensão axiológica dos princípios. Entretanto, tal compreensão foi aos poucos se modificando, podendo-se dizer que atualmente os princípios além de terem seu caráter normativo amplamente reconhecido, foram elevados à condição de normas essenciais (normas-chaves) do sistema jurídico.

Diferenciando regras e princípios, ALEXY (1997:81-115) leciona que os princípios são normas que ordenam algo a ser realizado da melhor forma possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais. Denomina os princípios de *“mandatos de otimização”*, podendo eles ser cumpridos em graus diferentes, dependendo das condições reais e jurídicas. As regras, por sua vez, possuem um mecanismo de funcionamento diferente. São normas que, quando válidas, devem ser cumpridas exatamente como prescrito.

Compreendido o significado do termo *princípio*, vamos, então, analisar os princípios em espécie que norteiam a função administrativa do Estado brasileiro.

## 2.1. O princípio da legalidade

Esclarecemos, em primeiro lugar, que o princípio da legalidade é dirigido à Administração Pública e que impõe a esta o dever de agir em estrito cumprimento legal, ou seja, restringe sua atuação à forma permitida por lei. Já em relação ao particular, o princípio da legalidade exige apenas que este não afronte os ditames da lei, podendo fazer tudo o que não for proibido.

Esta diferença de conteúdo é explicada por MELLO, C. (2002: 809):

*“Enquanto na atividade privada pode-se fazer tudo o que não é proibido, na atividade administrativa só se pode fazer o que é permitido. Em outras palavras, não basta a simples relação de não-contradição, posto que, demais disso, exige-se ainda uma relação de subsunção. Vale dizer, para a legitimidade de um ato administrativo é insuficiente o fato de não ser ofensivo à lei. Cumpre que seja praticado com embasamento em alguma norma permissiva que lhe sirva de supedâneo”.*

No que diz respeito ao princípio da legalidade voltado ao particular, percebe-se, por meio do art. 5º, inciso II, que só se pode impor uma obrigação ou uma proibição aos indivíduos por meio de lei. Se a conduta não for obrigatória e nem proibida, ela é permitida, seja em razão de lei permissiva ou de ausência de lei regulando a conduta.

O princípio da legalidade, além de ser uma garantia ao indivíduo, na medida em que impede que lhe seja imposto um comportamento por meio de outro que não o da lei, propicia também o alcance da segurança jurídica.

Em relação ao sentido do princípio da legalidade imposto pelo art. 37 da Constituição Federal, BACELLAR FILHO (1997:150) entende estar este princípio ali expresso em seu sentido restrito, até por uma questão lógica. Faz esta afirmação constatando que se a Constituição pretendesse abarcar no princípio da legalidade a vinculação da Administração Pública a todo o ordenamento constitucional, seria inútil estabelecer outros princípios constitucionais da Administração.

Buscando apreender o significado do princípio da legalidade, o autor faz a seguinte observação.

*“consectário da própria afirmação do Estado de direito – o Estado que se torna, a um só tempo, criador e súdito da norma – o princípio da legalidade, impõe à Administração Pública obediência à lei formal como norte de atuação e limite de garantia ao cidadão. No cumprimento de suas funções, o agente público não tem liberdade ou vontade pessoal. A imperatividade das leis não obriga somente o particular, mas, antes de tudo, a própria Administração ao constituir-lhe poderes-dever, indisponíveis e irrenunciáveis.”*

Ao desenvolver a temática referente ao princípio da legalidade, BACELLAR FILHO ressalta que mesmo adotando-se a concepção restrita do princípio da legalidade, isso não significa que o administrador aplique a lei cegamente, desvinculando-a da realidade em que incide. Nas palavras do autor:

*“a legalidade não tem o condão de transformar o Administrador Público em aplicador cético e desmesurado do texto legal: legalidade não é sinônimo de legalismo (formalismo na aplicação da lei que a desliga da realidade social). O espírito da lei – o conteúdo material – é pressuposto de sua aplicação. O irrestrito cumprimento da norma não significa aplicá-la fria e descompromissadamente.”* (1997:150-151)

Ao expor essas idéias, observa que a vedação de uma aplicação descomprometida da lei se explica em razão anterior à norma, preexiste à finalidade pública.

Neste mesmo sentido, MOREIRA, ao tratar do princípio da legalidade, nega a possibilidade de uma aplicação automática da lei, entendendo deva o administrador estar atento a todo o sistema normativo. Aponta que este princípio tem como função definir os limites da atuação administrativa e impedir que haja influências políticas nesta atuação. Ressalta ainda a importância do princípio, ao dizer que *“é através da legalidade que se dá exercício concreto do Estado Democrático de Direito. Mediante aplicação formal e substancial da lei, a Administração cumpre a vontade popular e confere vitalidade aos demais preceitos constitucionais.”* (2000: 67)

O princípio da legalidade abarca o princípio da primazia (ou prevalência ou supremacia) e o princípio da reserva legal. Determina o princípio da primazia que os atos de administração devem respeitar as leis, enquanto que o princípio da reserva legal significa que tais atos devem se basear ou fundar em leis.

O princípio da legalidade enunciado no artigo 37 é um desdobramento do artigo 5º, II, da Constituição e preceitua que: *"ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"*.

A máxima diz que enquanto os cidadãos podem fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, o administrador público somente pode fazer aquilo que a lei a ele atribuiu e na forma por ela prescrita.

MELLO, C. (2002:83) nos ensina:

*"Para avaliar corretamente o princípio da legalidade e captar-lhe o sentido profundo cumpre atentar para o fato de que ele é a tradução jurídica de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto – o administrativo - a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos. Pretende-se através da norma geral, abstrata e por isso mesmo impessoal, a lei, editada, pois, pelo Poder Legislativo - que é o colégio representativo de todas as tendências ( inclusive minoritárias) do corpo social -, garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização da vontade geral"*.

DI PIETRO (2001:671) afirma que existe legalidade em sentido restrito e legalidade em sentido amplo:

*"Hoje, é possível falar em **legalidade restrita**, significando exigência de lei, em sentido formal, para a prática de determinados atos, em especial os que restringem direitos do cidadão, tal como decorre do artigo 5º, II, da Constituição. Também é desse sentido restrito que se fala quando se exige lei para a criação de cargos, empregos e funções ( art.61, § 1º, I, a), para a fixação e alteração de vencimentos e subsídios para os servidores públicos (art.37,X), para a criação ou aumento de tributos (ar.150,I) e tantos outros previstos na Constituição.*

*Todavia, também é possível falar em **legalidade em sentido amplo**, para abranger não só a obediência à lei, mas também a observância dos princípios e valores que estão na base do ordenamento jurídico."*

## 2.2. O princípio da moralidade

O artigo 37 da Constituição elevou a moralidade à dignidade de princípio norteador de toda a atividade da função administrativa do Estado.

O artigo 5º, LXXIII da Constituição informa que a moralidade administrativa, quando não cumprida pelo agente público, consubstancia um dos motivos para o cidadão propor ação popular com fins de anular os atos jurídicos da Administração Pública direta ou indireta.

O clientelismo político e o tráfico de influências junto aos órgãos públicos tentam, sempre, desmoralizar a Administração Pública.

MANCUSO<sup>12</sup> (1993, *apud* ARAÚJO & NUNES JÚNIOR, 2003: 292) leciona:

*"Atribui-se a Hauriou- 'esse fecundo e operoso agitador de idéias', como lhe qualifica Antonio José Brandão - quem primeiro lançou as bases conceituais da 'moralidade administrativa', ao comentar um acórdão do Conseil d'État (arrêt Gommel, Sirey, 1917); propunha ele que, além do controle da mera legalidade dos atos administrativos, pelos meios ordinários, impunha-se algo mais, consistente no exame do eventual desvio de poder na ação administrativa. Fundou o conceito de 'moralidade administrativa' no 'conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da administração'. O núcleo desse conceito foi depois desenvolvido por Welter (Le controle juridictionnel de la moralité administrative, 1930): "A moralidade administrativa, que nos propomos a estudar, não se confunde com a moralidade comum; ela é composta por regras da boa administração, ou seja; pelo conjunto das regras finais e disciplinares suscitadas, não só pela distinção entre o bem e o mal, mas também pela idéia geral de administração e pela idéia de função administrativa".*

O Supremo Tribunal Federal acolheu, em sede de Mandado de Segurança, a argumentação de falta de moralidade para anulação de ato administrativo (ARAÚJO & NUNES JÚNIOR, 2003: 293):

---

<sup>12</sup> MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Ação Popular*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

*"Mandado de Segurança. Nomeação de juiz togado de Tribunal Regional do Trabalho. Vaga reservada a advogado. Lista tríplice composta a partir de lista sêxtupla apresentada pela OAB-RJ. Alegação de nulidade do ato de nomeação pelo Presidente da República, porque ilegítima a inclusão do nomeado na lista tríplice, visto ter participado da deliberação do órgão especial do TRT, juiz dessa Corte, pai do candidato incluído em terceiro lugar, na lista, com apenas um voto a mais do que os sufrágios obtidos por outro dos candidatos, vindo,entretanto, a ser nomeado. 2. Ato complexo. Legitimidade passiva ad causam do Presidente da República, juntamente com o órgão especial do TRT, que elaborou a lista tríplice, nela incluindo o litisconsorte passivo, que, segundo se alega, não podia integrá-la. A nomeação pelo Chefe do Poder Executivo de quem não poderia figurar na lista tríplice, por vício de formação desta, torna o autor do ato impugnado parte passiva legítima na ação de segurança. 3. Competência do STF, para processar e julgar o mandado de segurança (Constituição, art.102, I, d ). Legitimidade ativa do impetrante, que foi o segundo colocado na lista tríplice. O componente de lista tríplice está legitimado a impugnar a presença de qualquer dos dois outros, pelo fundamento da ilegal inclusão na lista. 5. É materialmente administrativo e não jurisdicional o ato de tribunal relativo à composição de lista tríplice, a ser encaminhada ao Poder Executivo, com vistas ao provimento de cargo do colegiado. Dá-se, nessa hipótese, exercício de competência que se insere entre as atribuições referentes à autonomia administrativa e autogoverno dos tribunais, na forma da Constituição. 6. A autonomia administrativa não autoriza, entretanto, em nenhuma hipótese, atos do Judiciário contrários à Constituição ou à lei, os quais devem, ao contrário, trazer, sempre, a marca indelével dos atos de magistrado. Disso resulta que, se no exercício da atividade jurisdicional o juiz possui, em certos casos, por vezes, inibições provenientes das leis processuais (Código de Processo Civil, arts.134 e 135), em feitos contenciosos ou de jurisdição voluntária, para exercer suas funções, não é admissível entender que esses limites não subsistem, em se cuidando de atividades materialmente administrativas, inerentes ao autogoverno dos tribunais. 7. Impedimento e suspeição. Presunção juris et de jure de parcialidade. Sendo a própria imparcialidade que se presume atingida, não é possível ao juiz, enquanto tal, praticar ato de seu ofício, jurisdicional ou*

*administrativo, sem essa nota de marca, essencialmente, o caráter do magistrado. Se se desprezarem esses impedimentos, o ato administrativo infringirá os princípios da impessoalidade e moralidade previstos no artigo 37 da Constituição. 8. Não é, desse modo, cabível reconhecer legitimidade a um juiz, integrante de tribunal, para praticar ato de seu ofício, participando de eleição destinada a compor lista tríplice, em que seu filho seja um dos candidatos. 9. Hipótese em que os integrantes da lista tríplice foram escolhidos em escrutínios sucessivos para cada vaga. 10. Mandado de Segurança concedido para anular o ato de nomeação de litisconsorte passivo, filho de juiz do tribunal que participou de sua eleição, quando foi incluído na lista tríplice, em terceiro lugar, sendo de registrar, ainda, que obteve apenas um voto a mais em confronto com o outro concorrente. Ilegítima a inclusão na lista tríplice do litisconsorte passivo, que foi nomeado, o vício contamina o ato de nomeação. 11. Anulado como fica o ato presidencial de nomeação, deve o tribunal, em nova eleição, proceder à complementação da lista, escolhendo o terceiro nome a integrá-la, sendo elegíveis os remanescentes da lista sêxtupla organizada pela OAB-RJ, para a vaga, inclusive o litisconsorte passivo. Não poderá participar do ato de escolha o juiz impedido, pai de um dos candidatos".<sup>13</sup>*

### **2.3. O princípio da impessoalidade**

Este princípio é um desdobramento do princípio da isonomia, o qual determina que a Administração Pública não pode discriminar ou privilegiar nenhum dos seus destinatários, conforme dispõe o *caput* do artigo 5º da Constituição.

O princípio da impessoalidade é muitas vezes quebrado por perseguições políticas, pelo tráfico de influências ou pelo clientelismo e assistencialismo político.

Vejamos o que diz MELLO, C. (2002:96) em referência ao princípio da impessoalidade:

*"Nele se traduz a idéia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimementosas. Nem*

---

<sup>13</sup> STF, MS 21.814, Rel. Min. Néri da Silveira, j. em 14-4-1994, DJ, 10 jun.1994, p.14785

*favoritismos nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia”<sup>5</sup>*

#### **2.4. O princípio da publicidade**

O princípio da publicidade demonstra que não pode existir segredo na Administração Pública, a não ser em relação às informações que coloquem em risco a segurança do Estado e da sociedade, cujo rol conste de lei e mesmo assim por prazo determinado.

Os direitos individuais e coletivos à informação pública, à petição, à certidão e à isenção do pagamento de taxas para o exercício destas garantias constitucionais, assegurados no artigo 5º, XXXIII e XXXIV, “a”, “b” da Constituição reforçaram o princípio da publicidade.

O interessado na publicidade dos atos da Administração Pública, necessariamente, não precisa obter este direito por meio de certidão ou requerimento por escrito de informações. Pode fazê-lo por meio de análise e vistas aos processos administrativos, junto ao órgão público.

A publicidade dos atos da Administração Pública, no âmbito federal é realizada através do Diário Oficial da União e no Estado de São Paulo, por meio do Diário Oficial do Estado. Os Municípios, geralmente, veiculam seus atos oficiais nos jornais de maior circulação local, tendo em vista a pouca demanda de publicações oficiais (com as exceções dos Municípios médios e grandes) e o alto custo de um veículo próprio de comunicação social.

Todavia, o princípio da publicidade não visa apenas às publicações formais do Diário Oficial, como nos ensina SUNDFELD (1995:98):

*“Publicidade, no sentido de que estamos tratando, não se resume ao problema da divulgação dos atos, que atina à existência e eficácia deles. Decerto que qualquer ato em Direito, para existir, tem de possuir uma forma, é dizer, deve exteriorizar-se de algum modo. Neste sentido, qualquer ato, mesmo*

*em direito privado, só existe se lhe for de alguma publicidade. Antes dela pode-se falar de intenção do sujeito, de vontade psicológica, não de ato jurídico.”*

A administração, além do Diário Oficial, poderá dar publicidade a seus atos via cadeia de rádio e televisão e outros meios de comunicação social, como jornais, revistas, publicação própria, *outdoors*, rede mundial de computadores (Internet), etc, desde que atente para as normas enunciadas no § 1º do artigo 37 da Constituição, que dispõe o seguinte:

*“A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.”*

O sentido da publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos, além de garantir a transparência das atividades da administração, visa à democratização do acesso aos serviços públicos, ao *controle social e institucional* da função administrativa do Estado, à educação cívica e política da comunidade, à prestação de contas e à responsabilização dos agentes públicos, conforme determina o princípio republicano.

## **2.5. O princípio da eficiência**

Este princípio sempre foi implícito em nossa Constituição. Tornou-se explícito, entretanto, após a Emenda Constitucional n.19/98.

Observamos que a aplicação do princípio da eficiência não depende da vontade do agente público, até porque o agente público não realiza as atividades administrativas conforme suas vontades, mas segundo os enunciados legais, em especial, os constitucionais.

O princípio da eficiência, a exemplo dos demais princípios da Administração Pública, obriga o agente estatal a realizar suas atividades conforme e na forma dos ditames legais. QUEIRÓ (1989:103) nos ensinou que *“A actividade da Administração é uma actividade de subsumção dos factos da vida real às categorias legais”*.

Por outro lado, também não é permitida a imposição da vontade do controlador sobre o controlado, isto é, a vontade de quem fiscaliza sobre os atos ou omissões do agente fiscalizado para saber se ele está ou não sendo eficiente de um ponto de vista ideológico

qualquer. O que interessa ao direito é o conceito jurídico do que é ou não é o princípio da eficiência administrativa.

MEIRELLES (2002:9) conceituou o princípio da eficiência assim:

*"Dever de eficiência é o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros".<sup>6</sup>*

Entendo que a conceituação de MEIRELLES (2002), apesar de sua ilustração jurídica, não é satisfatória, uma vez que definiu o princípio utilizando-se de vocábulos como *presteza, perfeição e rendimento funcional*, os quais, também, precisam ser definidos e não o foram.

O termo *eficiência* envolve um alto grau de **subjetividade** e seu sentido precisa, evidentemente, ser objetivado pelos estudiosos do Direito para que juridicamente possamos responsabilizar algum agente público por ineficiência administrativa.

Apesar da crítica à ilustre conceituação do aplaudidíssimo administrativista, não pretendo dedicar-me aqui à conceituação do princípio, simplesmente porque este não é objeto do presente trabalho. Todavia, por amor à polêmica, darei uma visão panorâmica sobre o meu entendimento referente ao princípio.

Acredito que o administrador eficiente é aquele que busca em primeiro lugar a aplicação dos princípios e regras constitucionais e das normas infraconstitucionais no exercício da atividade administrativa.

Assim, o princípio da eficiência é um desdobramento dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da publicidade e da moralidade administrativa, mas vai além, pois estes princípios especificamente vinculados à Administração Pública, estão subordinados a outros princípios que fundamentam e àqueles que são os objetivos da República Federativa do Brasil enunciados nos artigos 1º e 3º da Constituição, além de seus desdobramentos.

A principal obrigação do agente estatal é cumprir a Constituição e as normas infraconstitucionais e zelar para que elas sejam cumpridas pelos seus subordinados, através dos meios colocados à sua disposição pelo Estado.

Estes meios são em primeiro lugar as normas jurídicas, como já foi dito, porém o Executivo no Brasil tem o poder de iniciativa de leis que podem modificar o ordenamento

jurídico para adequá-lo a novas realidades. Desta feita, o chefe do Executivo, em especial, precisa ter a capacidade e a sensibilidade política de enxergar esta realidade e inovar quando não dispuser dos instrumentos jurídicos adequados para governar com eficiência.

Tecidas estas considerações, acredito que o princípio da eficiência administrativa é a utilização de todos os meios técnicos administrativos possíveis para concretizar os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil de acordo com a parcela de competência que tiver o agente público da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios.

Faremos um paralelo entre o princípio da eficiência e a discricionariedade administrativa.

A discricionariedade administrativa é utilizada quando a lei deixa ao administrador mais de uma possibilidade para agir. Assim, existindo mais de uma possibilidade para a elaboração de um ato administrativo, o agente público competente escolhe uma possibilidade entre as várias possíveis, conforme o princípio da razoabilidade e o da proporcionalidade, tendo em vista o caso concreto e o interesse público, cuja motivação vincula o ato administrativo.

Logo, existindo diversas possibilidades de ação do agente estatal, ele deverá executar aquela possibilidade que melhor se coadune aos fundamentos e aos objetivos da República. Entendo que isto é agir com eficiência e melhor atender ao interesse público.

A título de exemplo, citamos a execução do Código Nacional de Trânsito, o qual supostamente salvaguarda o interesse da vida, da cidadania, da solidariedade no trânsito etc. Para controlar a velocidade e fiscalizar o cumprimento de outras normas do CNT poderiam ser utilizados diversos *fiscais*. Realidade que nós bem conhecemos: corrupção, tráfico de influências através das famosas *carteiradas* e das notificações que desaparecem misteriosamente. Para resolver esta questão existem mecanismos modernos de fiscalização do trânsito, como os meios eletrônicos de controle de velocidade e de cruzamento irregular dos semáforos. Através dos meios eletrônicos de fiscalização do trânsito garante-se a aplicação do Código Nacional de Trânsito em condições de igualdade para todos os motoristas. Cumpre-se, ao mesmo tempo, os princípios da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da publicidade e da eficiência.

Tantos outros exemplos poderiam ser citados como forma de garantir o princípio da eficiência administrativa, a exemplo da elaboração de critérios sócio-econômicos para definição de áreas sujeitas a investimentos públicos, tanto do ponto de vista geográfico, como do ponto de vista de implantação ou de expansão de serviços públicos.

A eficiência da Administração Pública é fundamental para o cumprimento dos objetivos da República Federativa do Brasil e para o combate ao clientelismo, ao assistencialismo, ao paternalismo político e, especialmente ao tráfico de influências, como teremos oportunidade de demonstrar no item específico.

## **2.6. Princípios constitucionais implícitos**

Além dos princípios explícitos, temos outros que estão implícitos em nossa Constituição, como o da *supremacia do interesse público sobre o interesse privado* (poder de anular os próprios atos, autotutela), o *princípio da finalidade* (a prática do ato administrativo deve perseguir a finalidade determinada pela lei), o *princípio da razoabilidade* (os atos discricionários, além de estarem dentro dos parâmetros legais, devem ter a devida ponderação), o *princípio da proporcionalidade* (medir os *custos e os benefícios*, para a comunidade, de um ato administrativo discricionário), o *princípio da responsabilidade do Estado* (extraído do artigo 37, §6º da Constituição, sobre a responsabilidade objetiva do Estado pelos atos de seus agentes que causarem danos a terceiros).

## CAPÍTULO VII

### OS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

#### 1. Conceito

A Administração Pública, especialmente o Executivo, elabora atos para colocá-la em movimento, os quais são denominados genericamente de *atos da administração*, cujas espécies são os *atos normativos*, *os atos materiais*, *os atos enunciativos*, *os contratos*.

Os seus principais atos normativos são denominados *atos administrativos*. Para MELLO, O. (1978), existem diversos outros atos praticados pela administração que não são regidos pelo Direito Administrativo, como é o caso da locação de imóvel para instalação de uma repartição pública, ato este regido pelo direito privado; atos materiais, como o ministério de uma aula, uma operação cirúrgica, a pavimentação de uma rua e os atos políticos ou de governo, os quais são expedidos em nível imediatamente infraconstitucional e com discricionariedade, como o indulto, a iniciativa de lei, sua sanção ou veto.

MELLO, C. (2002:339) ensinou que a noção de ato político ou de governo no direito brasileiro tem sentido diverso da doutrina europeia, tendo em vista que, no caso brasileiro, todos os atos da Administração Pública são passíveis de revisão judicial:

*“[...] atribuímos à noção de ato político ou de governo relevância totalmente diversa da que lhe é conferida pela doutrina europeia. Esta os concebe para efeitos de qualificá-los como atos insuscetíveis de controle jurisdicional, entendimento que repelimos de modo absoluto e que não se coadunaria com o Texto Constitucional brasileiro, notadamente com o art.5º, XXXV.”*

Portanto, no Brasil, os atos da Administração Pública, independentemente de sua espécie, estão subordinados à lei, sendo que alguns decorrem diretamente da Constituição, todos para atender ao interesse público. Assim, todos os atos são passíveis de revisão pelo Judiciário, mediante provocação da parte interessada, tanto para a defesa de interesse coletivo, difuso ou individual.

A função administrativa do Estado é a organização da Administração Pública, sua posição jurídica, suas atribuições e é basicamente por meio dos atos administrativos que se realiza a atividade administrativa do Estado.

A teoria dos atos administrativos estuda o conceito, os elementos essenciais, a classificação, a forma, os efeitos e os vícios dos mesmos.

A atividade administrativa do Estado é colocada em movimento através dos atos administrativos.

Existem diversos conceitos de ato administrativo. Citamos como exemplo e acolhemos o conceito do nosso eminente professor MELLO, C. (2002: 339-340):

Ato Administrativo é a “*declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes- como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.*” (grifo nosso)

Altera-se, com muito respeito, a denominação *controle* pelo vocábulo *revisão*, mesmo sabendo-me ousado, tendo em vista que o sentido de *controle* adotado é o de fiscalização, de acompanhamento e não de poder, de dominação.

Não quero e não desejo polemizar o assunto neste momento, principalmente, ainda, considerando as teses do aplaudidíssimo jurista e grande brasileiro FAGUNDES<sup>14</sup> em cuja obra o vocábulo *controle* foi utilizado no sentido de poder de revisão e não no sentido de fiscalização.

As razões são as seguintes: o Judiciário, a meu ver, não faz controle, uma vez que não tem tal atribuição. A atribuição do Judiciário é dizer, mediante provocação da parte interessada, se um ato administrativo está ou não conforme os parâmetros estabelecidos pela ordem jurídica; isto é, se é legítimo ou não, sempre ouvindo as partes, concretizando o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Quem faz o *controle* dos atos administrativos são os órgãos que têm atribuição para tal, como as corregedorias que fazem o *controle institucional interno* e o Legislativo, que faz o *controle institucional externo*. Os cidadãos, individualmente ou por meio de suas entidades, fazem o que eu denomino de *controle social*, o qual difere do *controle institucional*. Neste

---

<sup>14</sup> FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*

caso, não existe acusação e, portanto, contraditório, mas sim aferição, fiscalização para possível acusação formal de inconstitucionalidade ou de ilegalidade.

O Judiciário faz controle interno de seus atos administrativos e externos, por exemplo, dos Cartórios de Registro de Imóveis, através da corregedoria, porém fora da função jurisdicional propriamente dita.

Afirmar que o Judiciário controla os atos administrativos porque pode anulá-los seria o mesmo que afirmar que o Judiciário é o controlador de todos os atos jurídicos, inclusive os privados. Poderíamos afirmar, neste diapasão, que o Judiciário, também, é o controlador dos atos do Legislativo, porque julga a constitucionalidade das Leis, tanto em ações direta de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, quanto por meio difuso.

Conforme a lição de FAGUNDES (1968), é mais fácil o juiz controlar um ato privado que um público, tendo em vista o princípio da presunção da legalidade.

*“A nulidade do ato jurídico privado pode se dar ex-officio pelo juiz, uma vez constatado o vício insanável. No caso de ato administrativo, em decorrência da presunção de legalidade o juiz não poderia fazer tal declaração ex-officio. A não ser em casos excepcionais, se utilizando do poder de tutela em direito criminal para beneficiar o réu que poderia ser preso em caso de ato nulo”.*

No entanto, para MELLO, C. (2002:426) o juiz poderá declarar de ofício a nulidade de um ato administrativo, quando impossível o saneamento do vício e, portanto, sua convalidação pelos critérios estabelecidos pelo ordenamento jurídico.

*“No curso de uma lide o juiz pode pronunciar de ofício ou sob provocação do Ministério Público (quando a este caiba intervir no feito) a nulidade de ato gravado deste vício mesmo que o interessado não argua. O vício do ato anulável só pode ser conhecido se o interessado o argüir.”*

No caso, quando a intervenção é do Ministério Público, é este quem faz o *controle*. Quando a nulidade for declarada de ofício pelo juiz, aí o *controle* é realizado pelo Judiciário. A meu ver, neste caso concreto, o juiz estaria fazendo *controle institucional* e julgando ao mesmo tempo.

Por fim, no meu entendimento, quem faz o *controle* é quem fiscaliza, investiga ou propõe a demanda ao Judiciário. Mas, quando o juiz julga de ofício, também faz *controle*.

## 2. Classificação e vícios dos atos administrativos

O estudo dos vícios dos atos administrativos, conceitos, categorias e efeitos no mundo jurídico é de importância ímpar para o controle social ou institucional dos atos da Administração Pública, até porque o objetivo de controlar, além de analisar a conveniência e a oportunidade do ato é verificar se os atos têm ou não vícios, se estão ou não conforme as normas estabelecidas pelo ordenamento jurídico.

A doutrina brasileira é rica neste tema, em que podemos citar Oswaldo Aranha Mello, Miguel Seabra Fagundes, Hely Lopes Meirelles, Antonio Carlos Cintra do Amaral, Miguel Reale, Veida Zancaner e Celso Antonio Mello.

Para efeitos deste estudo, resumem-se os ensinamentos de Seabra Fagundes e de Celso Antonio Bandeira de Mello.

Segundo FAGUNDES (1968), os atos administrativos podem ser jurídicos ou não. Os atos administrativos não jurídicos se regem pelas normas reguladoras da ordem interna dos serviços administrativos e, portanto, não interessam às relações entre o Estado e os indivíduos.

O Código Civil pode ser supletivamente aplicado ao Direito Administrativo. Porém, não tem o condão de exauri-lo integralmente. Senão vejamos:

- a) a nulidade no direito privado tem função restauradora do equilíbrio individual perturbado;
- b) no direito público, a nulidade tem função diversa. O ato administrativo repercute entre seus participantes diretos e quando envolve terceiros é de modo restrito, portanto, envolve interesses múltiplos.

Ex1: a promoção de funcionário público altera sucessivas situações jurídicas no quadro do funcionalismo;

Ex 2: contrato de fornecimento à Administração Pública afeta interesses dos concorrentes vencidos;

- c) a infringência legal no ato administrativo, vista de forma abstrata, é sempre prejudicial ao interesse público;

d) porém, um ato administrativo irregular em situações concretas poderá atender ao interesse público, sendo eficaz;

Ex 3: pagamento de tributos com anistia de multa sem o parecer obrigatório determinado por norma jurídica;

e) as numerosas situações pessoais alcançadas e beneficiadas pelo ato vicioso podem aconselhar a subsistência dos seus efeitos.

Ex 4: concessão de terras a colonos sem obediência a preceitos legais.

Assim, FAGUNDES defende a possibilidade de preservação dos efeitos do ato inválido, utilizando-se do interesse público como critério de análise.

Classifica os atos administrativos da seguinte maneira:

1-*os absolutamente inválidos ou nulos*, que são aqueles que violam regras fundamentais, ferindo intensamente o interesse público;

2-*os relativamente inválidos ou anuláveis*, aqueles que violam regras fundamentais mas, em face de razões concretamente consideradas, o interesse público é mais protegido com sua validade parcial;

3-*os irregulares*, que são os atos que apresentam defeitos irrelevantes, ferindo levemente as normas jurídicas.

4- *os atos inexistentes*, desprovidos de relevância jurídica.

Quanto aos efeitos jurídicos, os atos administrativos poderão ser nulos ou anuláveis. Sendo que os nulos podem ser : a) juridicamente inexistentes b) ou absolutamente repelidos pelo ordenamento jurídico. Os anuláveis, por sua vez, podem ser: a) existentes até a constatação dos vícios; b) aceitos, em função do melhor atendimento ao interesse público.

O eminente professor e jurista MELLO, C. (2002:393-427) utiliza como critério de análise somente as normas do ordenamento jurídico, numa visão positivista, tendo em vista que o termo *interesse público* é subjetivo e de significado polissêmico.

Portanto, para ele, a possibilidade ou não de convalidação de um ato administrativo inválido faz-se à luz da intensidade de repulsa do ordenamento jurídico perante atos que lhe são desconformes.

Os atos administrativos podem ser classificados em nulos, anuláveis e em inexistentes:

1-nulos são os atos cuja convalidação é racionalmente impossível e que a lei assim os declare;

2-anuláveis são os atos que podem ser re praticados sem vícios e os que a lei assim os declare;

3-inexistentes não são considerados os atos que estão no campo do impossível jurídico, isto é, na esfera dos comportamentos que o Direito radicalmente inadmite.

Quanto aos efeitos jurídicos atribuídos aos atos, são os seguintes:

1-Atos nulos: a) são prescritíveis *longi temporis*; b) não convalidáveis; c) e pronunciáveis de ofício pelo juiz ou por intervenção do Ministério Público.

2-Atos anuláveis: a) são prescritíveis *breve temporis*; b) convalidáveis; c) e sua pronúncia dependente da alegação das partes interessadas.

3- Os atos inexistentes são imprescritíveis, inconvalidáveis, inconversíveis e irresistíveis.

Não serão analisados criticamente tais diferenças por extrapolarem o objeto específico desta dissertação. No entanto, neste ponto parece-me mais correta a posição de MELLO, C., em decorrência de sua objetividade jurídica.

A posição de FAGUNDES, que utiliza o critério do interesse público, deixa um flanco muito aberto para a interpretação subjetiva, tanto do juiz quanto do agente da Administração Pública. Por este critério é necessário definir o que se entende por interesse público.

## CAPÍTULO VIII

### O CONTROLE

#### 1. Conceito de controle

As denominações são rótulos das coisas. O que importa não é o rótulo, mas o conteúdo, os elementos, as classificações, enfim o conceito do ser, do indivíduo que desejamos denominar.

As coisas não mudam de nome, nós é que mudamos o nome das coisas. Assim, mesmo que chamemos a mesa de cadeira ela sempre será a mesma coisa, com as mesmas características, utilidades e finalidades. A essência sempre é a mesma.

As palavras sempre são vagas, pouco precisas, uma vez que congregam diversos conteúdos semânticos. Portanto, todas as palavras são potencialmente imprecisas.

A eleição de critério para alguma definição ou conceituação é sempre arbitrária, tendo em vista a alta carga axiológica dos termos utilizados.

Concluimos, assim, que qualquer rótulo é conveniente, desde que estejamos de acordo, pois o importante é que o emissor e o interlocutor estejam conscientes no que se refere ao pacto semântico.

Dadas estas considerações, vamos ao nosso pacto semântico sobre o vocábulo *controle*.

Podemos encontrar na literatura diversas concepções da palavra *controle*. Os doutrinadores da ciência jurídica falam da existência de diversas formas de controle da atividade administrativa do Estado, como “*controle interno*”, “*controle externo*”, “*controle jurisdicional*”, “*controle administrativo*”, “*controle político*”, “*controle parlamentar*”, “*controle legislativo*”, “*controle a priori*”, “*controle a posteriori*” e os cientistas sociais utilizam denominações como “*controle social*”, no sentido da sociedade estar, de alguma maneira, sendo controlada ou submetida a um determinado Poder ou a maioria dos seres humanos dominada pela minoria, numa relação de explorados e exploradores ou de dominados e dominadores. Domínio este decorrente da força religiosa, cultural, econômica, capacidade de organização, de formação e de informação de certos indivíduos ou grupos em relação a outros indivíduos ou grupos.

Esclareça-se, desde já, que utilizaremos a expressão “*controle social*” no sentido oposto à dominação; isto é, o utilizaremos no sentido do povo, dos cidadãos controlando,

fiscalizando as atividades do Estado. Portanto, como um direito à prestação de contas da *res publica*.

Vamos a alguns exemplos de utilização do vocábulo *controle*, tanto na doutrina jurídica, quanto em outras áreas do conhecimento.

Iniciamos nosso pacto semântico com uma expressão singela: “*controle remoto*”, utilizado entre nós especialmente para equipamentos eletrônicos no que se refere a ligar, desligar, mudar os canais, entre outras funções, nos aparelhos receptores de televisão, que significa guiar à distância, dirigir à distância.

O Relatório da *CPI-Medicamentos-Comissão Parlamentar de Inquérito Destinada a Investigar os Reajustes de Preços e a Falsificação de Medicamentos, Materiais Hospitalares e Insumos de Laboratórios*<sup>15</sup>, por exemplo, faz diversas citações referentes ao vocábulo *controle*, com sentido diverso do termo *controle* utilizado na expressão “*controle remoto*”, tais como: “*a experiência brasileira de controle de preços de medicamentos*” (2000: 68), “*intervenção no mercado via controle de preços*”, “*intervenção no mercado extra-controle de preços*” (*op. cit.*: 71).

Nestes casos, os termos utilizados empregam *controle* como sinônimo de determinação, de dirigismo, de regulação do mercado, do governo intervindo sobre a política de preços de medicamentos, mas também no sentido de fiscalização de preços. É o órgão competente do Estado promovendo o *controle institucional* da política de preços de medicamentos. Veremos no item apropriado que, neste caso, teremos o *controle do controle*, tanto o *institucional* quanto o *social*, no sentido de fiscalização para averiguar se o órgão ou departamento competente está ou não efetuando o *controle* adequado da política de preços dos medicamentos.

A nossa Constituição, entre outros artigos, refere-se ao termo *controle* nos artigos 37, § 8º, II, 49, X, 70, 197, 204, II, quando trata da avaliação de desempenho e responsabilidade dos dirigentes, das competências do Congresso Nacional, da fiscalização, da formulação de políticas públicas e dos serviços, respectivamente, de saúde e de assistência social.

O inciso II, do parágrafo 8º, do artigo 37 refere-se aos “*controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidades dos dirigentes*” dos contratos realizados entre os órgãos da administração direta, a administração indireta e o Poder Público para ampliação da autonomia.

---

<sup>15</sup> Centro de Documentação e Informação, Coordenação de Publicações da Câmara dos Deputados, 2000.

Neste caso, a palavra *controle* tem o significado de acompanhamento, de fiscalização para que o conteúdo do contrato realizado entre os órgãos da Administração Pública direta e indireta e o Poder Público não se desvie de sua finalidade.

O artigo 49, X, determina que é competência exclusiva do Congresso Nacional “*fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta.*”

Entre outras oportunidades, o texto deste artigo constitucional menciona “*fiscalização e controle*”, reportando-se cada qual a significados distintos, ou seja, evidenciando a clara intenção do constituinte de diferenciar fiscalização de *controle* ou mesmo de enfatizar a fiscalização. Porém, de pouca serventia é a intenção do constituinte, o que importa é a interpretação da Constituição. A nosso ver, *fiscalizar e controlar*, no texto supracitado, significam a mesma coisa e ambas as palavras têm o mesmo objetivo; isto é, impedir que os atos do Executivo, tanto da administração direta quanto da indireta, desviem-se das finalidades determinadas pelas normas do ordenamento jurídico. Assim, o termo *controlar*, no caso, reforça o termo *fiscalizar*, o qual poderia significar, também, verificar, analisar.

O artigo 70, que trata da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da administração direta e indireta da União, enuncia que existem duas formas de se proceder à fiscalização referida: 1- sistema de controle interno, o qual será realizado pelos órgãos de cada Poder da República; 2- controle externo, o qual será realizado pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União, conforme previsto no artigo 71 da Constituição.

O termo *controle*, neste caso, emprega-se no sentido de capacidade, de poder de realizar a fiscalização das atividades contábeis, financeiras e orçamentárias da União, demonstrando que as funções administrativas dos Poderes da República estão limitadas pelas normas constitucionais e as dela decorrentes.

O artigo 197 prescreve que os serviços e as ações de saúde são de relevância pública e que, nos termos da lei, entre outras prescrições, estão sujeitos à *fiscalização e controle*.

Aqui o constituinte não deixou claro quem fará a fiscalização e o controle e nem se quis diferenciar a fiscalização de controle, no tocante aos serviços e às ações de saúde. É evidente que a forma da fiscalização contábil, financeira e orçamentária já está enunciada nos artigos 70 a 75 da Constituição.

A lei fará ou não a distinção entre os termos *fiscalização e controle* arrolados no artigo 197. As Leis n. 8.080 de 19/09/90 e n. 8.142 de 28/12/90, consideradas as Leis Orgânicas da Saúde, regulamentaram este artigo da Constituição.

O artigo 4º, IV da Lei n. 8.142/90 refere-se a “*relatórios de gestão que permitam o controle de que trata o parágrafo 4º do art. 33 da Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990*”, para que os Municípios, os Estados e o Distrito Federal possam receber recursos do Sistema Único de Saúde.

Todavia, o parágrafo 4º, do art.33 da Lei n. 8.080, enuncia o seguinte: “*O Ministério da Saúde acompanhará, através de seu sistema de auditoria, a conformidade à programação aprovada da aplicação dos recursos repassados a Estados e Municípios...*”

A lei não se refere textualmente à palavra *controle*, mas consta do texto a palavra *acompanhará*- sinônimo de controlará, fiscalizará - e *sistema de auditoria*, que é o sistema de *controle interno* do Ministério da Saúde, constante do texto do artigo 70 da Constituição.

Enfim, o sistema de *controle interno*, denominado de sistema de auditoria do Ministério da Saúde, fará o *controle institucional externo* sobre a aplicação dos recursos repassados aos Estados e Municípios, sujeitando-se, por sua vez, ao *controle institucional externo* do Congresso Nacional. Eis o *controle do controle*, que ainda se sujeitará ao *controle social*, tanto nos Municípios, como nos Estados, no Ministério da Saúde e, também, no Congresso Nacional, conforme teremos oportunidade de demonstrar.

Portanto, os termos *controle* e *fiscalização* têm o mesmo significado na regulamentação do artigo 197 da Constituição, conforme as leis 8.080/90 e 8.142/90.

Já o inciso II, do artigo 204, trata da participação popular na formulação de políticas referentes à assistência social e no *controle* das ações para a execução destas políticas. Ou seja, a sociedade fazendo a fiscalização das ações que foram determinadas pelas políticas de assistência social. No caso, realizando o *controle social*.

A maioria esmagadora dos doutrinadores, na esteira dos ensinamentos de FAGUNDES (1968), afirma a existência do *controle jurisdicional*; isto é, do Poder Judiciário controlando a função administrativa do Estado.

Entendemos que o Judiciário, no exercício da função jurisdicional, faz controle somente quando o juiz julga de ofício, como no caso abaixo referido:

*“A nulidade do ato jurídico privado pode se dar ex-ofício pelo juiz, uma vez constatado o vício insanável. No caso de ato administrativo, em decorrência da presunção de legalidade o juiz não poderia fazer tal declaração ex-ofício. A não ser em casos excepcionais, se utilizando do poder de tutela em direito criminal para beneficiar o réu que poderia ser preso em caso de ato nulo”.*(FAGUNDES, 1968:46)

Já para MELLO, C. (2002:426), o juiz poderá declarar de ofício a nulidade de um ato administrativo, quando impossível o saneamento do vício e, portanto, sua convalidação pelos critérios estabelecidos pelo ordenamento jurídico.

Prossegue o mesmo autor (2002:803):

*“Assim, o Poder Judiciário, a instâncias da parte interessada, **controla**, in concreto, a legitimidade dos comportamentos da Administração Pública, anulando suas condutas ilegítimas, compelindo-a àquelas que seriam obrigatórias e condenando-a a indenizar os lesados, quando for o caso.”*(grifado).

MELLO, C. diferencia-se dos demais autores ao afirmar que o Judiciário faz o *controle*, mas quando provocado pela parte interessada. No entanto, também, confunde o princípio da proteção judiciária com *controle jurisdicional* da atividade administrativa do Estado.

O professor WATANABE fez publicar um trabalho<sup>16</sup>, no bojo da qual trata a função jurisdicional e o princípio da proteção judiciária como sinônimos do *controle do Judiciário* sobre os atos públicos e privados.

SILVA, entre outras passagens do seu *Curso de Direito Constitucional Positivo* (1994: 371) doutrina:

*“A submissão da Administração à legalidade fica subordinada a três sistemas de controle: o administrativo, o legislativo e o jurisdicional. Qualquer desses **controles** objetiva verificar a conformação da atividade e do ato às normas legais. Deles o jurisdicional é o mais importante e se realiza com base na garantia de acesso ao Judiciário, mediante procedimentos ordinários, sumaríssimos e especiais, mormente pela utilização de um dos remédios constitucionais...”* (grifado).

Para SILVA, a função jurisdicional é uma forma de controle e, ainda, a mais importante.

---

<sup>16</sup> *Controle Jurisdicional (Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro) Mandado de Segurança* (1980)

Os respeitabilíssimos constitucionalistas, ARAÚJO & NUNES JÚNIOR (2003:25), também endossam a existência do *controle jurisdicional*. Vejamos:

“...a Constituição da República criou o **controle** de constitucionalidade dos atos normativos, cujo objetivo consiste, num primeiro momento, em instituir barreiras à introdução de normas inconstitucionais no cenário jurídico. Caso, no entanto, essas barreiras revelem-se ineficazes, estará armada uma segunda etapa do **controle**, onde a meta passará a ser o reconhecimento da inexistência da norma inconstitucional no sistema.”(grifado)

Os autores referem-se a *controle* preventivo de inconstitucionalidade- aquele que ocorre antes ou durante o processo legislativo - e a controle repressivo - aquele feito por via difusa, de exceção ou de defesa e o feito pelo controle concentrado-, ambos exercidos pelo Poder Judiciário.

O artigo 5º, XXXV da Constituição garante o direito de acesso ao Judiciário, também denominado pela doutrina de princípio da inafastabilidade da jurisdição ou direito público subjetivo à jurisdição.

A grande maioria dos doutrinadores classifica o monopólio do Judiciário para resolução definitiva de conflitos de interesse jurídico como *controle jurisdicional*.

Entretanto, em momento algum, o texto do artigo 5º, XXXV da Constituição fala em *controle jurisdicional*. O texto refere-se à garantia de monopólio do Judiciário para decidir em definitivo conflitos de interesse jurídico, mas desde que o Judiciário seja provocado pela parte interessada, pois os magistrados não têm a função de fiscais das atividades da Administração Pública, exceto em casos excepcionais definidos pelas normas jurídicas.

O fato é que, ao lado do princípio da proteção judiciária, vislumbram-se o direito de ação, de defesa, do contraditório, do juiz natural, da imparcialidade do juiz.

O princípio da imparcialidade do juiz determina que o juiz é o ator formalmente neutro do processo judicial, o ponto de equilíbrio do processo e, por isso, não pode ser parte.

Portanto, sendo o juiz um ser imparcial, não poderá ele, a não ser em casos excepcionais, realizar o *controle*, pois uma das características de quem faz o *controle* é a parcialidade.

“*Balladore Pallieri*<sup>17</sup> demonstra a impossibilidade de qualificar-se como Estado de Direito aquele onde o Poder Judiciário não seja efetivamente imparcial, como, aliás, decorre da própria proposta contida na mitologia grega e traduzida na imagem de Têmis, a Deusa da Justiça: uma mulher que segura a balança do Direito de olhos vendados, exatamente para não saber a quem favorece ou a quem desagrada o movimento do peso da balança. Este é o símbolo máximo da imparcialidade” ( apud, ATALIBA, 1985:113).

Fala-se em *controle de inconstitucionalidade* pelo Poder Judiciário, o qual exerce o monopólio da função jurisdicional do Estado. Por exemplo, no denominado *controle concentrado de inconstitucionalidade*, a competência para julgar é do Supremo Tribunal Federal, conforme disposição do artigo 102, I, “a” da Constituição. Porém, o vocábulo *controle*, no caso, constitui invenção da doutrina, posto que não foi o termo utilizado pelo constituinte. O texto da Constituição fala em processar e julgar, não em *controlar*. Julgar não é sinônimo de *controlar*.

Todavia, em casos excepcionais em que o juiz julga de ofício, ele julga e faz *controle* simultaneamente para o bom andamento do processo e para atender ao interesse público, nos casos determinados pelo ordenamento jurídico. Nestes casos, o juiz age parcialmente.

As próprias decisões dos juízes estão sujeitas a controle, por isso existem os procedimentos, o processo e seu suporte físico, os autos e a publicação das decisões.

Na realidade, quem faz o *controle de constitucionalidade* dos atos normativos do Estado são as pessoas constantes do rol do artigo 103, incisos I ao IX da Constituição, porque são elas que podem impetrar ação de inconstitucionalidade e somente elas podem figurar no pólo ativo do respectivo processo judicial.

Como pudemos observar, o termo *controle* é utilizado em diversos sentidos pelos doutrinadores, porém, parece-nos que a grande maioria o utiliza sem uma reflexão maior sobre o vocábulo, uma vez que, normalmente, o termo não faz parte do objeto de estudo escolhido pelos doutrinadores; assim, um acaba copiando a doutrina do outro neste aspecto e, destarte, o sentido dado ao termo vai se consolidando.

Ao se admitir o *controle social*, no sentido do cidadão ter o direito público subjetivo de fiscalizar a função administrativa do Estado, não é possível admitir o *controle jurisdicional*, a não ser excepcionalmente, uma vez que o Judiciário exerce o monopólio da

---

<sup>17</sup> Diritto Costituzionale, p.85

função jurisdicional e, portanto, é o garantidor do *controle social ou institucional da função administrativa do Estado* e não o controlador, exatamente em decorrência do princípio da inafastabilidade da jurisdição. Assim, quando os agentes dos órgãos estatais resolvem tentar impedir o exercício do *controle* de seus atos pelos cidadãos, pelo Ministério Público ou pelo Legislativo, o Judiciário poderá ser provocado pelo interessado para que exerça sua função jurisdicional com a finalidade de resolver o conflito de direito e não para substituir aquele que deseja fazer o *controle social ou institucional*, porque o Judiciário, no exercício da função jurisdicional, não fiscaliza, não controla, mas tem o poder-dever, quando solicitado, de garantir o direito público subjetivo à fiscalização das atividades da Administração Pública.

O Judiciário não é o fiscal da lei ou da ordem jurídica; quem exerce esta função, por dever de ofício, é o Ministério Público, conforme os artigos 127 e 129 da Constituição.

É lógico que aquele que faz o *controle* faz juízo de valor e, evidentemente, por meio deste juízo de valor, constata se um ato é constitucional ou inconstitucional, legal ou ilegal, regular ou irregular. Todavia, este juízo de valor é subjetivo, é pessoal, é parcial; enquanto o julgamento feito pelo juiz, no exercício da função jurisdicional, é impessoal, é objetivo e imparcial e tem o poder de aplicar sanções jurídicas e executá-las coercitivamente, inclusive pela força.

O juiz não pode fazer o controle, porque quem faz o controle poderá, eventualmente, ser parte de um conflito de direito e quem julga o conflito não pode ser uma das partes, a não ser excepcionalmente para atender ao interesse público da justiça. Quem julga, em processo judicial ou administrativo, sempre deve ser imparcial, enquanto quem faz o *controle* sempre é parcial. O juiz poderá ser o tutor de quem faz o *controle*.

Alguém poderia constatar que, no *controle institucional*, alguns órgãos fazem ao mesmo tempo *controle* e julgamento administrativo. É verdade, mas estas decisões não deveriam ter eficácia jurídica e, no meu entendimento, deveriam ser anuladas pelo Judiciário, mediante provocação da parte interessada, tendo em vista sua flagrante inconstitucionalidade pelo fato de ferirem os princípios do contraditório, da ampla defesa e da separação de poderes, conforme os dispositivos dos artigos 2º e 5º, LV da Constituição.

O princípio da separação de poderes não se aplica somente à divisão formal do artigo 2º da Constituição: Legislativo, Executivo, Judiciário. Acredito ser este princípio uma norma constitucional a ser aplicada internamente aos próprios poderes formais. Assim, o órgão interno do Executivo, por exemplo, que fiscaliza, não pode ao mesmo tempo fiscalizar, elaborar normas que definam os parâmetros da fiscalização e aplicar sanções administrativas,

uma vez que o espírito da separação dos poderes veda a acumulação de todos os poderes num mesmo órgão e, especialmente, numa mesma pessoa ou agente público.

No sentido lato, pelo sistema de freios e contrapesos ou “*checks and balances*” de Jefferson<sup>18</sup>, que preconiza a repartição e equilíbrio dos poderes entre órgãos diferentes para evitar a concentração de poderes num único órgão, é evidente que o poder limita o poder, porém a acepção que utilizamos é outra, não é um poder do Estado limitando outro poder do Estado ou da sociedade, uma vez que os limites são prescrições do direito positivo. Assim, um órgão poderá ter mais ou menos poder dependendo daquilo que foi estipulado pela Constituição ou pelas normas infraconstitucionais. Portanto, a concepção de Jefferson é idealista. Não significando que o equilíbrio ocorre na realidade, tudo depende daquilo que dispuser o ordenamento jurídico. É tudo uma questão de função. A nossa Constituição prescreveu que, prioritariamente, o Judiciário julga, o Executivo administra e o Legislativo faz as normas gerais, abstratas e impessoais que inovam no mundo jurídico. Entretanto, poderia ter feito prescrições diferentes e nem por isso os atos da Administração Pública deixariam de ser controlados, desde que vivêssemos num Estado Democrático de Direito.

É evidente que numa visão idealista podemos desejar que um poder controle o outro e que, na realidade, um poder controle o outro de fato ou mesmo que juridicamente um poder se sobreponha ao outro e que a Constituição determine, por exemplo, que o Executivo controle o Judiciário ou que o Judiciário controle o Executivo ou que o Legislativo controle ambos. Mas não foi isto que o nosso direito positivo prescreveu. A nossa Constituição determina que os Poderes da República são *independentes e harmônicos entre si*, como podemos deduzir do seu artigo 2º.

Dadas estas observações, vamos ao nosso entendimento, à nossa conceituação do termo *controle*, mas antes impende verificar o que dizem os nossos lingüistas sobre o vocábulo.

Conforme a definição encontrada no *Minidicionário Luft* (2000):

“**controle** {ô} s.m. 1.Ação ou efeito de controlar (-se); domínio. 2.Verificar, fiscalizar. P. 3.Moderação; comedimento. Controle remoto : dispositivo que controla máquinas e eletrodomésticos a distância.”

---

<sup>18</sup> Jefferson, Thomas, Escritos Políticos, São Paulo,Ibrasa, trad. de Leônidas Gontijo de Carvalho, 1964, apud Silva(1990).

O *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa* (1986) dá ao termo controle diversos sentidos:

**“controle** {fr.contrôle} s.. 1- Ato ou poder de controle; domínio, governo 2-fiscalização exercida sobre atividades de pessoas, órgãos, departamentos, ou sobre produtos, etc, para que tais atividades, ou produtos não se desviem das normas preestabelecidas. 3-Retr. Fiscalização financeira. 4-Botão, mostrador, chave, circuito ou parafuso destinado a ajustar ou fazer variar as características de um elemento elétrico. 5- Autodomínio físico e psíquico 6- v. Equilíbrio.”(op. cit.: 469)

**“fiscalizar**.{de fiscal + izar.}V.t.d. 1. Velar por; vigiar; examinando: fiscalizar obras. 2.Submeter a atenta vigilância, sindicatar ( os atos de outrem). 3. Examinar; verificar : fiscalizar uma contabilidade. Int.4. Exercer o ofício de fiscal” (op. cit.: 782)

**“sindicar**. { de síndico + ar2} V.t.d. 1. Fazer sindicância em ; inquirir. 2. Colher informações a respeito de (algo) , por ordem superior. 3. Organizar em sindicato; sindicalizar. Int. e t. i. 4. Realizar sindicâncias; tomar informações. P. 5. Sindicalizar-se...” (op. cit.: 1590)

O *Dicionário Completo da Língua Portuguesa* assim define o vocábulo controle:

**“controle** (ô), s. m. (fr.: controle) 1. Verificação atenta e minuciosa da regularidade de um estado ou de um ato, da validade de uma peça. 2. Domínio de sua própria conduta. 3. Aparelho que regula o mecanismo de certas máquinas; comando. 4. Lista detalhada de pessoas cuja presença ou cujas atividades devem ser verificadas”.

O professor COMPARATO(1975:9-13) fez uma ampla pesquisa sobre o termo *controle*, diferenciando-se neste aspecto em relação à grande maioria dos doutrinadores.

O autor afirmou que a palavra *controle* consiste em um neologismo na língua portuguesa, sendo originária da língua francesa, mas tendo sofrido grande influência do inglês.

O sentido básico do vocábulo na França é o de verificação ou de fiscalização. Já na língua inglesa, seu núcleo central reside na acepção de poder ou de dominação, por exemplo

em “*parental control*”, sinônimo de pátrio poder. Outro sentido é o *controle* como sinônimo de regulação.

Ainda, segundo o ilustre professor da USP, na língua alemã encontramos “*kontrolle*” no sentido básico de fiscalização, vistoria, revisão, inspeção e, ademais, no sentido de dominação.

Conclui, afirmando que a evolução semântica da palavra *controle* em português teve influência francesa e inglesa. Assim, em nosso meio, o *controle* significa não somente vigilância, verificação, fiscalização, mas, também, poder de dominar, regular, guiar, restringir.

O administrativista MEIRELLES (2001:624) assim conceituou a palavra controle: “*Controle em tema de Administração Pública, é a faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro.*”

Em nota de rodapé, na mesma página, o autor referiu-se ao vocábulo da seguinte maneira:

*“A palavra controle é de origem francesa (controle) e, por isso, sempre encontrou resistências entre os cultores do vernáculo. Mas, por ser intraduzível e insubstituível no seu significado vulgar ou técnico, incorporou-se definitivamente em nosso idioma, já constando dos modernos dicionários da Língua Portuguesa nas suas várias acepções. E, no Direito pátrio, o vocábulo controle foi introduzido e consagrado por Seabra Fagundes desde a publicação de sua insuperável monografia O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário (1ª ed. 1941)”*

Em artigo publicado na Revista Trimestral de Direito Administrativo, MELLO, C. assim se referiu ao termo *controle*:

*“...entender-se-á como controle do ‘poder político’ qualquer mecanismo através do qual o exercício das competências públicas seja fiscalizado, contido e, em caso de extravasamento, reprimido, responsabilizando-se quem nele haja estado incurso.”*

O sentido de dominação da palavra *controle* refere-se mais a poder de fato do que de direito. Do ponto de vista jurídico é mais adequado o sentido utilizado pelos franceses; isto é,

o *controle* como poder de fiscalização, pois é neste sentido que foi utilizado pela Constituição de 1988, conforme a lição de Carlos Aires de Brito:

*“Nos dicionários da língua portuguesa, controle é verificação, investigação, fiscalização. Ato de penetrar na intimidade de algo ou de alguém, com ‘animus sindicandi’. Pois com esse mesmo sentido é que o vocábulo foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, que, ao dispor sobre o controle externo e o controle interno da União, o fez debaixo de seção normativa que começa com o nome ‘fiscalização’...”*.BRITO (1992:114-22).

Feitas estas reflexões, podemos conceituar o termo *controle* da seguinte maneira: *Controle* é o ato de vigiar, vistoriar, inspecionar, examinar, guiar, fiscalizar, restringir, conter algo, velar por algo ou a seu respeito, inquirir e colher informações.

## **2. Características específicas do controle**

As características específicas de quem faz o controle de algo são a personalidade, a parcialidade, a subjetividade e o exercício de um direito subjetivo ou de um dever de ofício.

No aspecto jurídico, tem-se ou não o direito subjetivo ao controle de algo, com a tutela e os limites impostos pelas normas jurídicas.

Não há possibilidade de contraditório no sistema de controle em si, uma vez que não existe lide. Embora exista quem controla e o objeto de controle. Mas existe a possibilidade de fato dos agentes do Estado impedirem ou tentarem impedir que as pessoas que têm o direito público subjetivo de fazer o controle o façam. A partir daí poderá surgir uma lide, a qual será resolvida pelo órgão jurisdicional competente que, ao aplicar o direito ao caso concreto, decidirá se aquele que deseja fazer o controle de algo tem ou não tem o direito de fazê-lo.

Conforme veremos no item apropriado, o *controle social* é um direito público subjetivo e o *controle institucional* é ao mesmo tempo direito e dever de ofício.

### 3. As diferenças entre controle e julgamento

As características específicas do controle são a parcialidade, a pessoalidade, a subjetividade de quem controla, enquanto a característica específica do julgamento é a imparcialidade, a impessoalidade, a objetividade de quem julga.

Quem realiza o *controle* não poderá aplicar sanção alguma, porque exerce um direito ou um dever e não um poder. Por exemplo, a consequência do *controle institucional interno* ao constatar inconveniência e inoportunidade de um ato poderá ser a recomendação ao órgão competente da Administração no sentido da sua revogação e, ao constatar alguma ilegalidade ou ilegitimidade, a recomendação ao órgão competente da Administração ou ao Tribunal de Contas para a invalidação do ato.

A Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal vai neste sentido:

*“A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”*

A anulação ou a revogação do ato é exercício de poder político e não direito, mas por tratar-se de Administração Pública submissa à lei, é um poder-dever.

Citamos o artigo 74, § 1º da Constituição que determina o seguinte:

*“Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.”*

O comando constitucional é claro e imperativo: manda, determina que ao se constatar qualquer irregularidade ou ilegalidade, necessariamente, esta deve ser comunicada ao Tribunal de Contas. Aqui existe o direito e ao mesmo tempo o dever à fiscalização.

A extinção do ato não é realizada por quem faz o controle, mas pela autoridade à qual a lei atribuiu o poder político para tanto.

Outro exemplo é quando um cidadão, por meio de representação a órgão da Administração, informa inconveniência ou ilegitimidade de um ato. Neste caso, o cidadão faz

o *controle social* e o órgão competente da Administração faz o julgamento administrativo do interesse suscitado pelo peticionário. O cidadão poderá, ainda, fazer o *controle social* do julgamento administrativo; não ficando satisfeito com o julgamento, poderá recorrer ao Tribunal de Contas; e, ainda, não concordando com a decisão do Tribunal de Contas, poderá impetrar ação junto ao Judiciário, sendo que este julgará em definitivo a questão, mantendo ou extinguindo o ato com os efeitos daí decorrentes.

O resultado do *controle social* de um ato administrativo é a possibilidade ou não de sua revogação (por inconveniência e inoportunidade) ou a obrigação de sua invalidação (por ilegalidade ou ilegitimidade) pela Administração, mediante julgamento administrativo.

O cidadão tem a faculdade ou não de controlar, de exercer um direito público subjetivo, enquanto a administração tem o dever de exercer o seu poder político de julgar a controvérsia que foi a ela colocada.

O Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas ou diretamente, faz *controle institucional externo* da função administrativa do Estado com a finalidade de verificar se os atos desta função são oportunos e convenientes e se estão conforme os requisitos e as finalidades da lei. Ao constatar alguma ilegitimidade, através do controle, o Legislativo poderá solicitar as providências do órgão competente para a extinção do ato; poderá encaminhar para o Ministério Público para as devidas providências ou, ainda, por meio de seus órgãos competentes, em outra função, na de julgador, poderá sustar o ato, com fundamento nos artigos 49, V e 71, § 1º da Constituição, respeitando o devido processo legal e a ampla defesa, artigo 5º, LV da Constituição, sem prejuízo da parte interessada recorrer ao Judiciário, com supedâneo no princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Como se vê, o Legislativo, quando faz o *controle institucional externo* age de forma parcial, mas quando exerce a função jurisdicional, de julgar a legitimidade do ato com o intuito de sustá-lo, deve agir com imparcialidade, sob pena de nulidade do julgamento legislativo.

A diferença específica entre *controle* e julgamento resume-se no seguinte: quem controla exerce um direito e quem julga exerce um poder. Ocorre que o direito e o poder, às vezes, encontram-se concomitantemente na mesma pessoa. Tal fato gera confusão mental, mas são funções distintas e com características próprias, pois geram relações jurídicas diferentes.

A regra, com fundamento no princípio da separação de poderes ou de funções, é que o direito e o poder, ou melhor, que a pessoa que tem o direito de fazer o controle não seja a mesma que exerça o poder político de julgar.

#### 4. Classificação das formas de controle da função administrativa do Estado

Agora que já conceituamos a função administrativa do Estado e o termo *controle*, vamos classificar as formas de controle da função administrativa do Estado.

Observamos que os três poderes - Executivo, Legislativo e Judiciário - e as esferas jurídicas de governo - União, Estados e Municípios, Distrito Federal e Territórios - exercem a função administrativa e, portanto, seus atos estão sujeitos a *controle*, uma vez que se subordinam à Constituição e às normas infraconstitucionais. Logo, segundo MEIRELLES (2001:623):

*“... em todas as suas manifestações, deve atuar com legitimidade, ou seja, segundo as normas pertinentes a cada ato e de acordo com a finalidade e o interesse coletivo na sua realização. Até mesmo nos atos discricionários a conduta de quem os pratica há de ser legítima, isto é, conforme as opções permitidas em lei e as exigências do bem comum”.*

O *controle* sobre a função administrativa do Estado é o gênero que poderá ser classificado em duas espécies: 1- *controle institucional*; 2- *controle social*.

#### 4.1. Controle institucional

##### 4.1.1. Conceito de controle institucional

É importante uma visão panorâmica do nosso entendimento a respeito do *controle institucional* dos atos da Administração Pública com o intuito de diferenciá-lo do conceito de *controle social*.

O *controle institucional* é espécie do gênero *controle*, o qual por sua vez pode ser subdividido em duas subespécies: a) *controle institucional interno*; b) *controle institucional externo*.

Os três poderes da República e os entes jurídicos da federação - União, Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios - possuem sistemas de controle de suas atividades,

sendo que seus atos e suas atividades estão submetidos ao *controle interno e ao controle externo* de algum órgão determinado pelas normas da Constituição ou das respectivas Leis Orgânicas.

*Controle institucional* é aquele realizado pelos órgãos do Estado sobre seus próprios atos ou atividades ou os de quem faça-lhe as vezes; ou seja, os atos jurídicos de um particular no exercício privado de funções públicas, como os dos Cartórios de Registros.

O *controle institucional* é um controle interno ao Estado, isento de participação direta da sociedade, mas efetuado por meio de seus representantes eleitos ou das instituições públicas criadas pela Constituição para fiscalizar as atividades do Estado. É o poder do Estado controlando o próprio poder do Estado ou de quem faça as suas vezes, através dos princípios e regras prescritos pela Constituição.

A maioria dos juristas, como FAGUNDES (1968:86), leciona que existe um tríplice sistema de controle dos atos emanados da função administrativa do Estado: o legislativo ou político, o jurisdicional e o administrativo.

Optamos por caminho diverso, uma vez que não admitimos o controle do Judiciário, quando no exercício da função jurisdicional, como forma de controle da submissão do exercício da função administrativa do Estado à ordem jurídica.

Todavia, caso fosse admitido o “*controle jurisdicional*”, este seria uma subespécie da espécie *controle institucional externo*, mas realizado pelo Judiciário.

#### **4.1.2. Controle institucional interno**

O controle institucional interno é uma auto-fiscalização, voltada, entre outros, aos seguintes objetivos: 1- preparar a prestação de contas e o *controle externo, social e institucional*; 2- fiscalizar as atividades dos agentes públicos hierarquicamente inferiores; 3- fornecer informações à administração superior; 4-garantir a legalidade, eficiência, economicidade na aplicação dos recursos públicos; 5-identificar erros e fraudes; 6- preservar a integridade do patrimônio público; 7- acompanhar a execução do plano plurianual, do orçamento público e demais planos e metas da Administração Pública.

O *controle institucional interno* é a alma do plano de organização da Administração Pública. Sem este *controle* não é possível garantir transparência da atividade administrativa e os objetivos constitucionais da República. Podemos afirmar que o *controle institucional*

*interno* é a viga mestra do *controle institucional externo* e do *controle social* dos atos da Administração Pública.

Os sistemas de *controle institucional interno* são as corregedorias, como a do Ministério Público, das Polícias Civil e Militar, do Judiciário. As Auditorias e os Conselhos Fiscais previstos em lei, nos casos das Fundações, Autarquias, Empresas Públicas, Institutos, entre outros.

A Constituição, no artigo 31, determina que a fiscalização, através do sistema de controle interno do Poder Executivo Municipal, será exercida na forma da lei. É óbvio que toda fiscalização deverá obedecer à forma legal.

A Constituição refere-se apenas ao sistema de controle interno do Executivo municipal. Assim, não impõe a criação de sistema de controle interno junto às Câmaras Municipais, as quais serão controladas apenas externamente com o auxílio dos Tribunais ou dos Conselhos de Contas, consoante o parágrafo 1º, do artigo 31.

A Lei Orgânica do Distrito Federal e as Constituições estaduais determinarão, atendidos os princípios da Constituição, a forma de *controle institucional interno* destas entidades da federação, nos termos dos artigos 25 e 32 da Constituição.

O *controle institucional interno* da União está previsto nos artigos 70 e 74 da Constituição. O sistema de *controle institucional interno* da União deverá ser mantido, de forma integrada, pelos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Os Territórios contarão com o sistema de *controle institucional interno*, se e na forma que a lei dispuser, conforme o artigo 33 da Constituição.

Lamentavelmente, embora o *controle institucional interno* seja uma obrigação legal (artigo 74, parágrafo 1º da Constituição), geralmente o controle de fato depende da vontade política das autoridades que ocupam as chefias dos órgãos públicos, da Administração direta e indireta, que fazem a fiscalização.

A grande maioria das Administrações no Brasil, em especial as municipais, preocupam-se, no máximo, com o controle formal. Até porque a palavra “República” não faz parte do vocabulário da maioria das autoridades responsáveis pela Administração Pública.

Embora tenhamos o Decreto-Lei n. 201, de 27 de fevereiro de 1967, o qual criou normas para o *controle institucional interno* das Administrações Públicas, o fato é que somente com o advento da Lei Complementar n.101, de 24 de maio de 2000, denominada *Lei de Responsabilidade Fiscal*, apesar de sua duvidosa constitucionalidade em alguns

aspectos, é que muitos administradores públicos tiveram a preocupação de criar um sistema de *controle institucional interno*.

As deficiências do sistema de *controle institucional interno*, certamente, vão gerar deficiência na atividade administrativa do Estado, na prestação de contas, na legalidade dos atos administrativos, na prestação dos serviços públicos, na preservação do patrimônio público e, também, no *controle institucional externo* e no *controle social*.

Um sistema eficiente de *controle institucional interno* da atividade administrativa do Estado gera transparência dos atos da administração, eficiência administrativa, promove o profissionalismo nas relações internas à administração, garante a igualdade na prestação dos serviços públicos e combate o tráfico de influências, o clientelismo político e, portanto, contribui com a participação popular e o *controle social*.

#### **4.1.3. Controle institucional externo**

*Controle institucional externo* é aquele realizado por órgão estatal estranho àqueles que foram responsáveis pela emissão do ato a ser controlado. Os sistemas de *controle institucional externo* são, por exemplo, aqueles de competência das Ouvidorias, do Ministério Público ou dos Poderes Legislativos, auxiliados pelos Tribunais de Contas. Neste caso, a fiscalização não depende da vontade política das autoridades a serem fiscalizadas. As autoridades fiscalizadoras, ante denúncia, representação ou a notícia de eventual irregularidade, não poderão deixar de fazer a fiscalização, sob pena de incorrer em prevaricação, uma vez que têm o poder-dever de zelar pelo patrimônio público, entendido aí não somente como os bens passíveis de valoração econômica mas englobando, também, outros impassíveis de serem valorados enquanto tal, mas que merecem a mesma proteção e às vezes até maior, da sociedade e dos agentes públicos, como o meio ambiente e o patrimônio artístico, arquitetônico, histórico e cultural, as pessoas portadoras de necessidades especiais, como os deficientes físicos.

O artigo 31 da Constituição Federal determina que a fiscalização dos Municípios ocorrerá por meio de sistemas de *controle institucional interno e externo*, sendo este último exercido pelo Poder Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas.

A fiscalização da função administrativa do Distrito Federal, a meu ver, será exercida pela Câmara Legislativa, combinando os artigos 32, parágrafo 1º com o 31 da Constituição,

uma vez que a Câmara Legislativa tem, simultaneamente, as competências das Câmaras Municipais e das Assembléias Legislativas, no seu respectivo território.

Os Territórios serão controlados externamente pelo Congresso Nacional com o auxílio do Tribunal de Contas da União.

O *controle institucional externo* dos Estados será realizado pelas respectivas Assembléias Legislativas, com o auxílio dos respectivos Tribunais de Contas, na forma definida pelas Constituições estaduais, levando-se em consideração os princípios estabelecidos pela Constituição Federal.

No caso da União, a forma de controle institucional externo está prevista nos artigos 70 a 75 da Constituição, valendo a prescrição de que o controle externo será exercido pelo Congresso Nacional (Câmara dos Deputados e Senado) com o auxílio do Tribunal de Contas da União.

A competência principal para realizar o *controle institucional externo* das atividades da Administração Pública foi concedida ao Poder Legislativo, em todas as esferas da federação, o qual é auxiliado nesta função pelo Tribunal de Contas.

O Ministério Público ganhou amplas atribuições de fiscalização na Constituição de 1988, as quais estão expressas no artigo 129, conceituadas em funções institucionais, como as de controlar externamente a atividade policial, promover o inquérito penal, civil e as ações penais e civis públicas, zelar pelo efetivo respeito aos Poderes Públicos, promover a garantia dos serviços públicos de relevância. Portanto, o Ministério Público é um órgão estatal que faz *controle institucional externo* da atividade administrativa do Estado.

A Administração direta, ao fazer o controle da Administração indireta, como suas autarquias, fundações, empresas públicas e outras entidades que ajudou a criar, como os consórcios, ou que receba dinheiro público, na forma que a lei dispuser, fará o *controle institucional externo* das atividades destas instituições. Assim, quando o Legislativo, o Ministério Público ou o cidadão fizerem o *controle* dos atos destas entidades já fiscalizadas externamente pela Administração direta estarão fazendo o *controle do controle*.

## 4.2. Controle social

### 4.2.1. Conceito de controle social

Conceituamos *controle* como o ato de vigiar, velar, examinar, fiscalizar, inquirir e colher informações a respeito de algo. O “*algo*” que desejamos controlar é a função administrativa do Estado. Eis o nosso objeto de controle.

O controle deve ser realizado por alguém. Já definimos que o controle poderá ser institucional ou social. Conceituamos que o *controle institucional* é aquele cuja competência, interna, recai sobre os próprios poderes estatais. É o Estado fiscalizando as atividades do próprio Estado, por meio do princípio da repartição de poderes.

Agora precisamos construir um conceito de *controle social*; isto é, o controle realizado por alguém que não seja agente público no exercício da função ou órgão do Estado.

E quem é esse alguém? É uma pessoa física, jurídica, um grupo de pessoas ou todas ao mesmo tempo? Para efeitos do nosso estudo, qual o significado do vocábulo social que foi agregado à palavra *controle*?

O *controle social* é realizado por um particular, por pessoa estranha ao Estado, individualmente, em grupo de pessoas ou através de entidades juridicamente constituídas, sendo que neste caso não há necessidade de serem estranhas ao Estado, mas há necessidade de pelo menos uma parte de seus membros serem eleitos pela sociedade. Citamos, como exemplo de pessoas jurídicas de caráter público, os Conselhos de Saúde e a Ordem dos Advogados do Brasil, os quais foram instituídos por lei. Citamos, como exemplo de entidades de caráter privado que podem fazer o *controle social*, todas as organizações não governamentais constituídas há mais de um ano, desde que tal finalidade conste de seus estatutos sociais.

A Constituição prescreve no artigo 1º, parágrafo único, que: “*Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.*”

O poder ao qual a Constituição se refere desdobra-se em dois aspectos: 1- o poder político, isto é, o direito político de participar das decisões referentes à formação dos atos normativos do Estado; 2- o direito público subjetivo de fazer controle da execução das decisões políticas, tanto aquelas constituídas diretamente pelo povo, quanto aquelas constituídas por meio dos representantes eleitos.

Ao poder político, denominaremos *participação popular*. Ao direito de controle das atividades do Estado, denominaremos *controle social*. Tanto a *participação popular*, quanto o *controle social* são exercícios da soberania popular.

Citamos, a título de exemplo de *participação popular*, o voto, o plebiscito, o referendo, a iniciativa popular de projetos de leis, a participação na composição dos *conselhos de políticas públicas*, a participação na elaboração da lei orçamentária.

BRITO (1992:119) leciona que a

*“Participação popular, então, somente pode existir com a pessoa privada (individual ou associadamente) exercendo o poder de criar norma jurídica estatal, que é norma imputável à autoria e ao dever de acatamento de toda a coletividade. É igual dizer: com a pessoa privada influenciando constitutivamente na formação da vontade normativa do Estado, que assim é que se desempenha o poder político.”*

Enquanto a *participação popular* colabora para a formação das normas jurídicas estatais, a finalidade do *controle social* é outra; isto é, aproveitar as regras previamente elaboradas para submeter o Estado a uma posição de submissão ao cidadão controlador de seus atos,

*“[...]a uma posição de subalternidade ou **capitis diminutio**. Qualquer que seja a forma de uso do direito ao controle, o Estado é obrigado a ‘baixar a crista’, passando a figurar numa relação jurídica concreta em que o direito subjetivo (alheio) passa a falar mais alto do que o poder político (próprio).”*

BRITO (1992:117).

O *controle social* tem a finalidade de verificar se as decisões tomadas, no âmbito estatal, estão sendo executadas, conforme aquilo que foi decidido e se as atividades estatais estão sendo realizadas conforme os 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.

O artigo 31, parágrafo 3º da Constituição, por exemplo, embora se refira apenas aos Municípios, diz que as contas municipais ficarão à disposição de qualquer contribuinte para

exame e apreciação, durante sessenta dias, anualmente, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade.

Já a Lei Complementar n.101/2000, batizada de *Lei de Responsabilidade Fiscal*, reservou uma seção com o objetivo de garantir a transparência, o controle e a fiscalização da gestão fiscal do Estado, cujas normas estão dispostas em seus artigos 48 a 59.

Esta lei, apesar das críticas pela forma como foi imposta aos diversos Poderes da República e aos entes da Federação, é mais ampla, no aspecto da transparência das contas públicas, que o artigo 31, § 3º da Constituição, conforme podemos deduzir do artigo 49:

*“As contas apresentadas pelo Chefe do Poder Executivo ficarão disponíveis, durante todo o exercício, no respectivo Poder Legislativo e no órgão técnico responsável pela sua elaboração, para consulta e apreciação pelos cidadãos e instituições da sociedade.”*

O parágrafo 2º, do artigo 74 da Constituição, garante o direito de qualquer cidadão, partido político, associação, sindicato apresentar denúncias de eventuais irregularidades ou ilegalidades relativas às contas da União ao Tribunal de Contas, o qual, por analogia, poderá ser aplicado às contas dos Municípios e dos Estados.

Quem é o povo ao qual a Constituição se refere? São todos os brasileiros referidos no artigo 12 da Constituição, com as exceções impostas pelo parágrafo 3º. Assim, são os brasileiros natos, os naturalizados e os portugueses com residência permanente, desde que haja reciprocidade em favor dos brasileiros em Portugal, os quais terão os mesmos direitos na forma da Lei e da Constituição.

O direito ao exercício do poder, tanto à participação política e ao controle dos atos das atividades do Estado, não pertence a qualquer um do povo, mas tão-somente aos brasileiros, natos ou não, assim considerados pela Constituição e que estejam em pleno gozo dos direitos políticos e civis.

Todavia, o artigo 31, § 3º, ao referir-se às contas municipais, colocam-nas à disposição para o controle de qualquer contribuinte. Neste aspecto, não importa se a pessoa é física ou jurídica, se brasileira ou estrangeira, basta comprovar a condição de contribuinte do erário municipal, uma vez que a Constituição não faz distinção entre as pessoas e, se a não faz a distinção, não cabe ao intérprete fazê-lo.

Já no artigo 74, no caso das contas da União, o termo utilizado para designar quem poderá fazer o controle é mais amplo, mas cinge-se apenas aos brasileiros, pois refere-se a pessoas físicas, aos cidadãos e às pessoas jurídicas, contribuintes ou não.

O artigo 1º, II afirma que a cidadania é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a qual constitui-se em Estado Democrático de Direito.

Estado Democrático de Direito significa que os detentores do poder estão submetidos ao controle dos destinatários do poder, como muito bem salientou LOEWENSTEIN (1986:54):

*“La clasificación de un sistema político como democrático constitucional depende de la existencia o carencia de instituciones efectivas por medio de las cuales el ejercicio del poder político esté distribuido entre los detentadores del poder, y por medio de las cuales los detentadores del poder estén sometidos al control de los destinatarios del poder, constituidos en detentadores supremos del poder. Siendo la naturaleza humana como es, no cabe esperar que el detentador o los detentadores del poder sean capaces, por autolimitación voluntaria, de liberar a los destinatarios del poder y a sí mismos del trágico abuso del poder. Instituciones para controlar el poder no nacen ni operan por sí solas, sino que deberían ser creadas ordenadamente e incorporadas conscientemente en el proceso del poder. Han pasado muchos siglos hasta que el hombre político ha aprendido que la sociedad justa, que le otorga y garantiza sus derechos individuales, depende de la existencia de límites impuestos a los detentadores del poder en el ejercicio de su poder, independientemente de si la legitimación de su dominio tiene fundamentos fácticos, religiosos o jurídicos. Con el tiempo se ha ido reconociendo que la mejor manera de alcanzar este objetivo será haciendo constar los frenos que la sociedad desea imponer a los detentadores del poder en forma de un sistema de reglas fijas- la constitución- destinadas a limitar el ejercicio del poder político. La constitución se convirtió así en el dispositivo fundamental para control del proceso del poder”.*

O artigo 103 da Constituição enumerou o rol das pessoas que podem propor ação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual. Este artigo dispõe que o

*controle institucional de inconstitucionalidade* é feito pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado, da Câmara dos Deputados, das Assembléias Legislativas, Governadores de Estados e o Procurador-Geral da República. Já o *controle social da inconstitucionalidade* é feito através do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, pelas Confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional e partidos políticos com representação no Congresso Nacional.

Findas essas explanações, assim podemos conceituar a expressão *controle social* :

*Controle social* é o ato realizado individual ou coletivamente pelos membros da sociedade, por meio de entidades juridicamente organizadas ou não, através dos diversos instrumentos jurídicos colocados à disposição da cidadania para fiscalizar, vigiar, velar, examinar, inquirir e colher informações a respeito de algo.

O “*algo*” a ser controlado é o resultado do exercício da função administrativa do Estado.

O *controle social da função administrativa do Estado* tem, assim, a finalidade de submeter os agentes que exercem função administrativa junto aos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário ao controle da sociedade.

Enquanto no *controle institucional* os agentes públicos têm o poder e o dever legal de fiscalizar, controlar os atos das atividades estatais, sob pena de responsabilidade política e criminal; no *controle social* o cidadão não possui nenhuma obrigação legal de fiscalizar e controlar, mas tem a faculdade garantida pela Constituição de adentrar na intimidade da Administração Pública para fiscalizá-la, com *animus sindicandi*, e submetê-la à soberania popular. O cidadão apresenta apenas o dever cívico e de consciência política e cidadã de fazer o controle, como membro da *polis*, mas não tem obrigação jurídica de fazer o controle social.

O *controle social*, além de submeter órgãos estatais, poderá, também, submeter entidades privadas:

Por exemplo, nos restaurantes, não raro, existem comunicados, em decorrência de leis municipais e por determinação da vigilância sanitária, com os seguintes dizeres : “*visite nossa cozinha*”. É uma interferência do particular no privado, um controle de um particular sobre um ato privado para saber se a alimentação está ou não sendo realizada conforme os padrões estabelecidos pela vigilância sanitária. Isto é controle. Caso o particular encontre alguma irregularidade na cozinha do restaurante, ele poderá ou não solicitar providências primeiro ao órgão administrativo, depois pela via do Judiciário. No caso, o controle da cozinha poderá ser realizado pelo particular, que seria o controle social, ou pela vigilância sanitária, que seria o

controle institucional. O Poder Judiciário jamais iria controlar a cozinha do restaurante sem provocação do interessado, enquanto o particular e a vigilância sanitária poderiam fazer o controle sem provocação alguma; sendo que o particular faria o *controle social* e a vigilância, o *controle institucional*, enquanto dever de ofício. E, ainda, o cidadão poderia verificar se a vigilância sanitária cumpriu o seu dever de ofício, fiscalizando devidamente a cozinha do restaurante, que seria o cidadão controlando a Administração Pública.

O nosso conceito de *controle social* é a sociedade, individual ou coletivamente, fiscalizando, controlando as atividades, as ações do Estado. Porém, a definição de *controle social* gera controvérsia e alguns poderão entender de maneira oposta àquilo que estamos propondo; isto é, o Estado controlando a sociedade, como limite do agir individual na sociedade. Assim, deparamo-nos com um paradoxo muito grande.

O *controle social* está classificado na categoria dos direitos e garantias individuais, mas não visa atender somente ao interesse individual das pessoas enquanto tais, mas ao interesse público, ao bem comum, ao interesse da sociedade, da coletividade, da cidadania e das próprias finalidades do Estado. O interesse finalístico do *controle social* é, na prática, o controle das ações dos governos, dos agentes da Administração Pública, tendo como interesse maior o objetivo de fiscalizar as autoridades administrativas do Estado para saber se estão agindo conforme as normas constitucionais, especialmente as do artigo 37 da Carta Magna.

#### **4.2.2. Controle social no sentido de dominação**

Apresentamos o nosso conceito de *controle social*, mas esclarecemos que a grande maioria dos doutrinadores, especialmente os sociólogos, entendem o *controle social* como poder de dominação e não como direito público subjetivo de fiscalização, aferição da *res publica*, que é o conceito por nós adotado.

O nosso objetivo é o povo controlando as atividades do Estado. No entanto, admitindo-se o *controle social* no sentido de dominação, o entendimento é outro. Poderá ser o Estado controlando o povo ou uma parcela, categoria, classe da sociedade controlando outras parcelas, categorias ou classes da própria sociedade, por meio da hegemonia política, religiosa, econômica, cultural, racial, da informação, da formação e de gênero.

É evidente que o *controle social* no sentido de dominação existe e foi demonstrado pelos cientistas sociais. Inclusive, muitos concluíram que o Estado tem por finalidade

precípua proteger o domínio, os interesses dos proprietários em detrimento dos não proprietários.

A nossa Constituição admite o *controle social* nos sentidos de domínio e de fiscalização. Domínio com o objetivo de manter a ordem pública e estabelecer o Direito. Fiscalização com a finalidade de garantir a soberania popular, a proteção do patrimônio público, a república e a submissão dos agentes do Estado ao ordenamento jurídico. Assim, o *controle social* é uma via de mão dupla; o Estado tem o poder político, mas este poder político é limitado pela fiscalização da sociedade e pelos sistemas de *controle institucional*.

Apesar dos diferentes significados da expressão *controle social*, não deve ser entendido que um dos conceitos está correto e o outro errado; ou que um conceito seja verdadeiro e o outro falso. Não se trata desta questão, pois os dois conceitos são adequados dentro do pacto semântico que for estabelecido, tendo em vista que a expressão *controle social* é polissêmica.

Ademais, depende do ângulo a ser observado e do objeto de estudo. Sob o ângulo da ciência do direito, que é uma metalinguagem do ordenamento jurídico; ou seja, que tem por objeto de estudo as normas jurídicas, no caso, as normas jurídicas constitucionais referentes às restrições ao poder político do Estado, é mais adequado o conceito de *controle social* por nós adotado; ou seja, com o significado de fiscalização. Todavia, não podemos negar que a instituição Estado somente existe em decorrência de sua capacidade do exercício do poder político e o poder político nada mais é do que a capacidade de submeter as pessoas às suas finalidades, que é o *controle social* no sentido de dominação, mas que não é um problema específico da ciência do direito e sim, em especial, das ciências sociais com seus próprios métodos.

Com o objetivo de mostrar as diferenças dos conceitos, vamos citar alguns estudos referentes à expressão *controle social*, no sentido de dominação.

É o caso do conceito apresentado no *Dicionário de Sociologia*:

**“CONTROLE SOCIAL** -Palavra usada sobretudo pela sociologia norte-americana, sobre a qual E.A.ROSS escreveu um livro clássico, *Social Control* (New York, 1939, publicado inicialmente em 1901). O controle social é o conjunto de processos e técnicas pelas quais os grupos e sociedades impõem e asseguram a obediência dos seus membros por meio de determinados padrões de comportamento. São instrumentos de controle social

: religião, moral, leis, opinião pública, educação, governo, propaganda, etc [...]” FERREIRA (1977:75).

O historiador e sociólogo Washington dos Santos fez um bom resumo sobre o conceito de controle social:

**“CONTROLE SOCIAL** s.m.- Sociol. – 1- Conjunto de processos que são empregados a fim de assegurar as normas de padrões, ou o conjunto de forças sociais destinadas a estabelecer e manter uma determinada ordem social.

O controle social torna-se efetivo, por intermédio das sanções, penalidades e recompensas associadas a desobediência ou obediência das normas em grupo.

2- Para Younghusband, Eileen, por controle social compreende-se o ‘o uso de coerção, força, restrição ou persuasão de um grupo sobre o outro, ou de um grupo sobre seus membros ou pessoas sobre outras, para reforçar as regras prescritas do jogo social’

‘Em qualquer das situações sociais, estão sempre face a face, um ator e uma platéia, sendo que ambos agem e reagem reciprocamente. O indivíduo, ao mesmo tempo que está sendo controlado, está controlando. Todos são atores e todos fazem parte da platéia’.

3-Controle Social é o refrear, ou outra alteração, do comportamento do indivíduo humano pela influência de outras pessoas; seus mecanismos: a simples presença de outrem. ‘rapport’, reação circular, ‘milling’, excitação coletiva, contágio social, ritual, cerimônia, prestígio, etiqueta, ‘folkways’, ‘mores’, tabu, moda, mito, crença, dogma, mexerico, boato, propaganda, notícias, instituições, leis, ‘self’; seu enfraquecimento produz problemas sociais: crime, delinqüência juvenil, desorganização familiar, guerra, etc. (Donald Person, op. cit.)

4- ‘É a ação permanente da sociedade na preservação dessa ordem’. (Amaral Fontoura).

*‘É o conjunto dos meios empregados pela grupo ou seus mandatários para fiscalizar, dirigir ou restringir os atos e a conduta dos indivíduos.’(Delgado de Carvalho)*

*O Controle Social tem três finalidades distintas :*

- a) manutenção da ordem;*
- b) proteção social, e*
- c) eficiência social.*

*São cinco, segundo Amaral Fontoura, os principais fatores do Controle Social, a saber: Religião, Governo, Educação, os Hábitos e os Costumes e a Opinião Pública [...]”.* SANTOS (1978:71-72).

O Dicionário de Política de Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino referiu-se da seguinte maneira sobre o assunto:

*“**Controle Social.** Por Controle Social se entende o conjunto de meios de intervenção, quer positivos quer negativos, acionados por cada sociedade ou grupo social a fim de induzir os próprios membros a se conformarem às normas que a caracterizam, de impedir e desestimular os comportamentos contrários às mencionadas normas, de restabelecer condições de conformação, também em relação a uma mudança do sistema normativo.*

*Podem ser identificadas duas formas principais de Controle Social de que se serve um determinado sistema para conseguir o consenso: a área dos controles externos e a área dos controles internos. Através do primeiro termo se faz referência àqueles mecanismos (sanções, punições, ações reativas) que se acionam contra indivíduos quando estes não se uniformizam com as normas dominantes. Neste nível nos encontramos perante uma gama de sanções, extremamente variada e de peso punitivo diferente, entre as quais mencionamos, além do caso extremo da morte, os da privação de determinadas recompensas e direitos, as formas de interdição e de isolamento, as de reprovação social, de admoestação, de intriga e de sátira.*

*Fazem parte, ao invés dos controles internos, aqueles meios com que a sociedade procura mentalizar os indivíduos- especialmente durante a socialização primária- sobre as normas, os valores e as metas sociais consideradas fundamentais para a própria ordem social. Os controles*

*internos são ,portanto, como afirma Berger, aqueles que não ameaçam uma pessoa externamente, mas por dentro de sua consciência: ‘os controles internos dependem de uma socialização bem sucedida; se esta última foi realizada adequadamente, então o indivíduo que pratica certas transgressões contra as regras da sociedade será condenado pela sua própria consciência que na realidade constitui a interiorização dos controles sociais’.[...]’.*  
BOBBIO , MATEUCCI & PASQUINO (1995:283-284).

Observamos, assim, que os conceitos de controle social, referidos por estes autores, de fato, são aparentemente contraditórios com a proposta que formulamos, pois enquanto buscamos a submissão do Estado aos desígnios populares, os conceitos apresentados referem-se à submissão dos seres humanos aos interesses do Estado e das classes dominantes.

Outra explicação é que não estamos tratando dos “*poderes*”, das “*dominações*” existentes no seio da sociedade, mas das garantias, dos direitos que a Constituição faculta ao povo para que os governantes e, inclusive, estes “*poderes*”, sejam controlados, fiscalizados e submetidos à ordem jurídica.

#### **4.3. Formas de manifestação do controle social**

O *controle social* manifesta-se de diversas formas. Podemos citar as seguintes: vistas a processos administrativos e judiciais nos órgãos públicos que eles estiverem disponíveis, leitura do Diário Oficial, requerimento ou petição solicitando certidões ou informações junto aos órgãos públicos, carta, denúncias, representação, reclamação verbal à própria administração, ao Ministério Público, ao Tribunal de Contas, ao Legislativo, ações judiciais.

#### **5. O controle social e os direitos fundamentais**

O *controle social* é direito humano fundamental da primeira geração destes direitos, expressando-se no exercício da cidadania e serve de meio para a proteção dos direitos individuais, coletivos e, mais recentemente, dos direitos difusos.

Os direitos individuais são aqueles destinados à limitação do Estado, são direitos de resistência para obrigar o Estado a se abster em certos casos ou ter suas ações pautadas pela legalidade, cuja finalidade é a atribuição de direitos de liberdade aos indivíduos, fruíveis e reivindicáveis individualmente, como os direitos de petição, de informação, de certidão e as garantias do mandado de segurança, do *habeas corpus* e da ação popular.

Os interesses coletivos consistem em interesses transindividuais indivisíveis de um grupo determinado ou determinável, reunido por uma relação jurídica básica comum, de forma que a lesão a tais interesses não advém da relação fática comum, mas da própria relação jurídica viciada “*em que os sujeitos estão ligados juridicamente de maneira indivisível*”<sup>19</sup>, por exemplo, a pavimentação de uma determinada rua, cujos valores a serem pagos pelos contribuintes relativos ao tributo contribuição de melhoria não correspondam com o custo real da obra realizada pelo Município. Os contribuintes terão acesso ao custo real desta obra através dos direitos de petição, de informação e de certidão, direitos estes que garantem o exercício real do controle social e o conseqüente interesse coletivo, pois com a certidão em mãos os contribuintes poderão comprovar a ilegalidade da cobrança e exigir a anulação do ato viciado, inclusive pela via do Judiciário.

Os interesses difusos são interesses transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato das quais decorre a lesão comum, que guarda relação já mais remota com a relação jurídica subjacente. Citamos o direito à não poluição do ar e das águas. Existindo norma que obrigue o Estado a garantir índices mínimos de poluição do ar de determinada região ou da água de certo reservatório, não se sabe quem serão os beneficiários diretos ou indiretos das ações do Estado para garantir a aplicação desta norma, mas é possível fazer o controle social das ações do Estado, também, utilizando-se dos direitos e das garantias constitucionais.

Entende-se, na esteira de BRITO (1992:116), que o exercício de cidadania se dá quando o indivíduo age para defender interesses que são também seus, mas que beneficiam o conjunto da sociedade em oposição ao poder político. Já os direitos individuais e coletivos têm por beneficiários somente o indivíduo ou um grupo de pessoas, embora também oponível ao poder político do Estado.

Os direitos humanos fundamentais são gêneros dos quais os direitos individuais, coletivos, sociais e difusos são espécies.

---

<sup>19</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito Subjetivo e Direitos Sociais: O Dilema do Judiciário no Estado Social de Direito, p.127. Extraído da obra Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça, organizada por FARIA, José Eduardo. Malheiros. São Paulo:2002.

O controle social é essencialmente direito individual que pode ser reivindicado por meio de ação judicial por uma só pessoa física ou jurídica, por um grupo de pessoas físicas ou jurídicas. Neste sentido, o controle social é direito público subjetivo.

O controle social da função administrativa do Estado é direito público subjetivo, tendo em vista que os seus titulares possuem direitos e as garantias destes direitos, os quais são oponíveis à Administração Pública, através dos remédios constitucionais. Caso necessário, os titulares do controle social podem buscar a tutela jurisdicional para a garantia do exercício do direito ao controle, submetendo a Administração Pública à soberania popular.

É verdade que os direitos fundamentais da pessoa humana são direitos constitucionais porque estão positivados na Constituição, mas nem todos os direitos fundamentais positivados têm, por si mesmos, força suficiente para serem reivindicados junto ao órgão jurisdicional do Estado, pois apesar de todos possuírem eficácia sintática, nem todos têm eficácia no aspecto semântico, que é justamente “*o predicado que investe a norma da capacidade de gerar direito subjetivo ao respectivo titular*”<sup>20</sup>(ARAÚJO & NUNES JÚNIOR,2003:19).

A participação popular e o controle social são direitos fundamentais da pessoa humana. No entanto, as normas constitucionais relativas à participação popular, geralmente, têm apenas eficácia sintática, enquanto as normas constitucionais relativas ao controle social têm as duas eficácias: a sintática e a semântica, qualidades que geram o direito público subjetivo à fiscalização da função administrativa do Estado pelos cidadãos.

---

<sup>20</sup> A eficácia jurídica das normas constitucionais conhece dois níveis de manifestação: o sintático e o semântico. O sintático diz respeito às relações de coordenação e de subordinação das normas constitucionais. O semântico é o predicado que investe a norma da capacidade de gerar direito subjetivo ao respectivo titular. “A norma constitucional, quando menos, possui eficácia sintática, gerando a inconstitucionalidade de todos os atos normativos infraconstitucionais incompatíveis com ela, condicionando a interpretação do direito infraconstitucional, revogando atos normativos a ela anteriores incompatíveis e, por fim, servindo de limite para a interpretação das demais normas constitucionais que com ela venham a se chocar.” ARAÚJO & NUNES JÚNIOR(2003:19)

## 6. A diferença entre controle social e participação popular

O *controle social* e a *participação popular* são irmãos siameses. Entretanto, o *controle social* é distinto da *participação popular*. A *participação popular* ocorre no momento da tomada de decisões, antes ou concomitante à elaboração do ato da Administração, é um poder político de elaboração de normas jurídicas. O *controle social* pode se concretizar em dois momentos: 1- análise jurídica da norma estabelecida pela Administração Pública, como a relação de compatibilidade com outras normas de hierarquia superior; 2- fiscalização da execução ou aplicação destas normas jurídicas ao caso concreto.

A *participação popular* ocorre antes ou durante o processo de decisão da Administração Pública e o *controle social* ocorre após a concretização deste processo com o intuito de verificar se a norma jurídica foi concretizada pela Administração na forma estabelecida.

A diferença fundamental entre *participação popular* e *controle social* é a seguinte: participação popular é partilha de poder político entre as autoridades constituídas e as pessoas estranhas ao ente estatal e o controle social é direito público subjetivo do particular, individual ou coletivamente, submeter o poder político estatal à fiscalização.

Os fundamentos jurídicos do *controle social*, às vezes, se confundem com os fundamentos jurídicos da *participação popular*, uma vez que o núcleo essencial destes direitos são a cidadania, a soberania popular e o princípio republicano. Mas sobre os direitos e garantias do *controle social* trataremos no Capítulo XI.

Lembre-se, ainda, que tanto a participação na elaboração das normas jurídicas quanto o controle das funções do Estado são direitos fundamentais da pessoa humana, pois são garantias de limitação do poder político e da soberania popular.

Os direitos políticos dos cidadãos e cidadãs participarem das decisões estatais estão expressos, entre outros, nos artigos 1º, parágrafo único, 14, 93, I da Constituição:

*Art.1º, § único “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos **ou diretamente**, nos termos desta Constituição” (grifo nosso)*

*Art.14: A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:*

*I - plebiscito;*

*II - referendo;*

*III - iniciativa popular*

*Art.93, I “...participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases...”*

Muitos poderão dizer que a participação da OAB não é uma *participação popular*, já que esta é uma “*autarquia especial*” e, portanto, uma pessoa jurídica de direito público, enquanto que *participação popular* é, necessariamente, um poder político de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado.

Vejamos o que diz BRITO (1992:121):

*“Embora tida por “autarquia especial” (logo, pessoa jurídica de direito público), a OAB é versada pela Constituição de 1988 enquanto instituição da sociedade civil, congregadora dos advogados privados. A instituição rigorosamente pública, estatal, congregadora dos advogados públicos, é a “Advocacia Geral da União”, conforme inteligência do art.131, caput, da Lei Fundamental”*

O fato é que a Ordem dos Advogados do Brasil é uma “*autarquia especial*” e, portanto, pessoa jurídica de direito público, mas cuja composição é integralmente constituída por Advogados particulares.

A Ordem dos Advogados faz *controle social* e *participação popular* ao mesmo tempo. Exercita o *controle social* quando fiscaliza os concursos da Magistratura, do Ministério Público, Procuradores do Estado e exerce o poder político quando interfere na constituição, no processo de elaboração do ato de nomeação destes servidores públicos.

Registre-se a nossa indignação com a Ordem dos Advogados do Brasil, que apesar de fiscalizar e ajudar na constituição dos atos de nomeações de funções indispensáveis à Justiça, é risível a posição do seu Conselho Federal, com apoio da maioria de suas secções e subsecções, junto ao Tribunal de Contas da União, os quais *acima de qualquer suspeita(sic!)*, tentam a qualquer custo impedir o *controle institucional externo* de suas contas e de seus atos, mesmo arrecadando dezenas de milhões de reais dos advogados e mesmo que todos os *Conselhos* das demais profissões sejam obrigados a se submeterem ao Tribunal de Contas.

A Ordem dos Advogados do Brasil é uma autarquia especial e as receitas dos advogados por ela arrecadada são contribuições para-fiscais e, portanto, sujeitas à prestação de contas, a *controle institucional externo* e seus dirigentes sujeitos à responsabilização como determina o princípio republicano.

A Ordem dos Advogados travou lutas históricas pelo Estado Democrático de Direito, combateu intransigentemente a ditadura militar, fez movimentos pelas eleições diretas e pela convocação da constituinte. A O.A.B. é fundamental para a nossa democracia. Pergunta-se, então, por que os seus dirigentes confundem autonomia com soberania? Por que não querem se submeter a *controle institucional externo*? Neste aspecto, a posição da Ordem dos Advogados do Brasil é, no mínimo, antiética e incompatível com a sua história e com suas atribuições constitucionais.

## CAPÍTULO IX

### FATORES QUE PROMOVEM O CONTROLE SOCIAL DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA DO ESTADO

Existem diversos fatores extrajurídicos que podem dificultar (veremos no Capítulo X) ou contribuir com o controle social da função administrativa do Estado. Entre os fatores que promovem o controle social, podemos citar a educação política do povo para a organização e para a participação nos negócios do Estado.

Os mecanismos, canais ou instrumentos de participação nos negócios estatais são numerosos. Entre eles, citamos o *orçamento participativo*, o *planejamento participativo*, as *organizações não governamentais*, os *meios de comunicação social*, os *conselhos de políticas públicas* e as *ouvidorias*.

#### 1. O Orçamento Participativo

Os diversos entes da Federação: União, Estados, Distrito Federal e Municípios realizam suas despesas e arrecadam suas receitas, conforme as normas estabelecidas pela Constituição e pela legislação infraconstitucional. As previsões de receitas e de despesas estão contidas na lei orçamentária de cada esfera de governo, sendo que esta lei segue os critérios estabelecidos pela lei de diretrizes orçamentárias que, por sua vez, obedece às diretrizes da lei do plano plurianual, conforme podemos deduzir dos artigos 165 a 169 da Constituição, regulamentados pela Lei Complementar n.101, de 04 de maio de 2000, denominada *Lei de Responsabilidade Fiscal*.

A Lei Complementar n.101/2000 reservou uma seção com o objetivo de garantir a transparência, o controle e a fiscalização da gestão fiscal do Estado, cujas normas estão dispostas nos artigos 48 a 59 da referida Lei complementar.

Esta lei, apesar das críticas pela forma como foi imposta aos diversos Poderes da República e aos entes da Federação, inclusive com vícios de inconstitucionalidade, segundo alguns, mas nunca julgados pelo Judiciário, incentiva o controle social das contas dos órgãos públicos, sendo que o artigo 49

prescreve o seguinte:

*“As contas apresentadas pelo Chefe do Poder Executivo ficarão disponíveis, durante todo o exercício, no respectivo Poder Legislativo e no órgão técnico responsável pela sua elaboração, para consulta e apreciação pelos cidadãos e instituições da sociedade.”*

Todavia, a meu ver, não basta a lei formalmente disponibilizar a execução orçamentária à fiscalização da sociedade. É preciso ir além do direito formal de fiscalização para que o controle tenha, de fato, eficácia social. Portanto, torna-se necessária a democratização da elaboração e da gestão da Lei do Orçamento Público.

Existem diversas maneiras de democratizar a elaboração e a gestão da lei orçamentária, uma delas é através do *orçamento participativo*, mecanismo praticado por diversas Administrações Públicas no Brasil.

Observamos que, em regra, o *orçamento participativo* tem sido promovido pelos Poderes Executivos dos Municípios, cujas administrações são progressistas, em especial as administradas por partidos políticos de esquerda, como o Partido dos Trabalhadores.

Os Estados do Rio Grande do Sul, Mato Grosso do Sul e Minas Gerais tiveram experiências de orçamento participativo nesta esfera de governo. No entanto, sem a devida consolidação.

Apesar da 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, através de audiências públicas gerais ou por temas, como saúde, educação, segurança, transportes, habitação.

O Estatuto da Cidade, Lei n.10.257, de 10 de julho de 2001, em seus artigos 4º, III, f e 44, refere-se explicitamente, no âmbito municipal, à *gestão orçamentária participativa*:

*“No âmbito municipal, a gestão orçamentária participativa de que trata a alínea f do inciso III do artigo 4º desta lei incluirá a realização de debates, audiências e consultas públicas sobre as propostas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, como condição obrigatória para sua aprovação pela Câmara Municipal.”*

Depois da aprovação da Lei n. 10.257/2001, o *orçamento participativo* não depende mais da vontade política das administrações municipais. Tornou-se um dever e, inclusive, é condição para a aprovação das leis do plano plurianual, de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual pela Câmara Municipal.

Mas qual o significado da expressão *orçamento participativo*?

A expressão *orçamento participativo* poderá ser conceituada de diversas maneiras. Porém, qualquer que seja o ente que o promove, um elemento é certo: a partilha de poder político. Assim, somente pode partilhar poder quem tem o poder jurídico de elaborar o orçamento objeto da participação. No caso, estamos interessados no orçamento dos entes do Estado; isto é, o orçamento público, aquele cuja receita advém dos tributos arrecadados dos contribuintes.

A iniciativa do projeto de lei orçamentária é do Poder Executivo, mas antes do Executivo encaminhar o projeto de lei ao Legislativo para apreciação, análise e votação, ele tem de seguir uma série de procedimentos constitucionais e legais. Por exemplo, receber as propostas orçamentárias dos Poderes Legislativo e Judiciário, das suas fundações, autarquias, empresas estatais e de seus órgãos internos.

Estas entidades, antes de enviar suas propostas para a apreciação do Chefe do Executivo, poderiam, em tese, formulá-las com a participação dos interessados tanto na receita quanto nas despesas. Aí, teríamos uma espécie de *orçamento participativo*, uma vez que as autoridades responsáveis destas entidades estariam partilhando poder. No entanto, sem a garantia de que tais propostas seriam acatadas pelo Executivo na elaboração final do Projeto de Lei.

O fundamento político do *orçamento participativo* está no fato de que, se os cidadãos pagam seus tributos, então eles têm o direito de ajudar a decidir como estes tributos serão arrecadados e de que forma serão aplicados pelo Poder Público.

Outro fator de grande interesse público na participação dos cidadãos na elaboração do orçamento público é a promoção da solidariedade entre as pessoas e a restrição do tráfico de influências, do clientelismo político, do assistencialismo, tanto na arrecadação, quanto nos gastos do dinheiro público.

A participação cidadã desenvolve a consciência crítica, faz os participantes conhecerem melhor a forma de gerenciamento do Estado e suas finalidades, gera mais publicidade e transparência nos gastos públicos. Portanto, as audiências públicas do *orçamento participativo* são verdadeiras aulas de cidadania ativa.

Pedro Pontual, um dos grandes estudiosos e implementador do *orçamento participativo*, nos ensinou o seguinte:

*“As práticas do Orçamento Participativo e a sua metodologia de implementação vêm possibilitando diversos e importantes aprendizados para os atores que dele participam (tanto do governo quanto da sociedade civil)...”*

Em resumo, o autor destaca que o *orçamento participativo* dá as seguintes possibilidades: 1- o confronto das demandas de um bairro ou região com a realidade e as demandas mais gerais da cidade; 2- o exercício de uma solidariedade efetiva entre os distintos seguimentos de uma região e da cidade a partir de uma visão comparativa das carências de exclusão social; 3- a construção de critérios objetivos e públicos que orientam a distribuição dos recursos públicos na cidade em oposição às tradicionais práticas clientelistas; 4- uma consciência mais efetiva das possibilidades e dos limites dos recursos públicos e uma visão mais clara das atribuições das distintas esferas de poder; 5- o estímulo às práticas de parceria para resolução de problemas, e atendimento de demandas; 6- o desvelamento dos mecanismos de funcionamento da máquina do Estado e dos procedimentos de elaboração e execução orçamentárias; 7- o encontro entre o saber dos técnicos e o da população; 8- o aprendizado de que o conflito é parte do processo e de que são necessárias regras claras e democráticas para a disputa dos interesses em negociação dos conflitos (PONTUAL, 1999:48-49).

Enfim, dadas as explicações, podemos conceituar a expressão *orçamento participativo* como a partilha de poder político entre o Poder Público e a sociedade, visando à elaboração, à gestão e ao controle social do orçamento público.

A partilha de poder político está na elaboração partilhada da norma jurídica que rege o plano de gastos e de receitas do orçamento público. Esta partilha de poder poderá se dar na fase de elaboração do projeto de lei pelo Poder Executivo e, também, na apreciação deste projeto pelas Comissões do Poder Legislativo. Aí temos a participação popular. O controle social está na obtenção de dados e na busca de informações para instrumentalizar a participação popular na elaboração do orçamento público e no acompanhamento, na fiscalização da execução orçamentária realizada pelos órgãos competentes para tal. A gestão do orçamento é a capacidade de execução da lei orçamentária aprovada pelo Legislativo. Normalmente a gestão é feita pelos órgãos públicos, mas nada impede que, neste caso, faça-se, também, a partilha de poder político entre os órgãos do Poder Público e a sociedade para a administração do dinheiro público, por exemplo, através de um *Conselho de Gestão do*

### *Orçamento Público.*

Enfim, o *orçamento participativo* é uma das maneiras de democratização do orçamento público, de construção da consciência cidadã e da cidadania ativa, uma vez que este mecanismo tem uma função pedagógica ímpar na educação política do povo para a participação popular e o controle social.

## **2. Planejamento participativo**

O planejamento do Estado, no âmbito dos diversos entes da Federação, não pode prescindir da participação cidadã e este planejamento tem por finalidade atender aos fundamentos e aos princípios estabelecidos pela Constituição, em especial aqueles prescritos pelos artigos 1º e 3º da Carta Magna, os quais visam à promoção da soberania; à cidadania; à dignidade da pessoa humana; aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; ao pluralismo político; à construção de uma sociedade livre, justa e solidária; à garantia do desenvolvimento nacional; à erradicação da pobreza, da marginalização e à redução das desigualdades sociais e regionais; a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A Constituição, além de estabelecer os fundamentos, os princípios e os objetivos da República Federativa do Brasil, criou diversos instrumentos de planejamento para que tais prescrições fossem concretizadas.

Entre os instrumentos jurídicos de planejamento, temos as leis do plano plurianual, de diretrizes orçamentárias, do orçamento público, o plano diretor, previstos nos artigos 165 e 182 da Constituição, os quais foram regulamentados, respectivamente, pela Lei Complementar n. 101/2000 (*Lei de Responsabilidade Fiscal*) e pela Lei n. 10.257/2001 (Estatuto da Cidade).

É evidente que poderíamos citar as políticas de educação, de saúde, de segurança, agrícola, agrária, industrial, de seguridade social. No entanto, não o faremos, tendo em vista que o plano plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e o orçamento público trazem em seus conteúdos todas estas políticas de forma concreta do ponto de vista do planejamento de suas execuções. Citamos o Estatuto da Cidade por ser inovação de política urbana no Brasil, uma vez que raramente se pensou em planejamento urbano inclusivo em nosso país, a não ser nas academias e nos partidos políticos de esquerda e nos movimentos sociais. Aliás, o Estatuto da Cidade é uma lei construída através da participação popular. É antes uma

conquista da sociedade que uma imposição do Estado. O planejamento inclusivo da cidade está na condição de direito público subjetivo e, mais do que isso, é a positivação da participação popular e do controle social do planejamento urbano.

Fala-se de planejamento inclusivo, porque o planejamento referido visa integrar a cidade como um todo, em especial os excluídos de habitação, de saneamento, equipamentos públicos, espaços públicos de lazer, de áreas verdes, de meio ambiente saudável, de transporte coletivo urbano de passageiros.

As leis de iniciativas do planejamento das cidades são de responsabilidade da Administração Pública em conjunto com o Legislativo. Todavia, nós sabemos que os governantes terminam os seus mandatos e vão cuidar de suas vidas, mas os problemas da cidade permanecem. Quem governa, embora seja detentor de uma missão, um dever-poder, tem o desejo de aplicar somente seu ponto de vista, sua ideologia, visão de mundo, sem levar em consideração que a cidade é de todos. Por isso, o planejamento de longo prazo não pode ficar a cargo apenas das autoridades, dos governantes e dos técnicos. É preciso e necessário que haja a participação ativa do povo, pois o futuro deve ser muito bem planejado para o benefício da coletividade atual e das gerações vindouras.

Neste sentido é que o Estatuto da Cidade reservou o capítulo IV (artigos 43, 44, 45) somente para a gestão democrática da cidade, criando órgãos colegiados de política urbana nos níveis nacional, estaduais e municipais; promovendo debates, audiências e consultas públicas, além de conferências nas diversas esferas de governo e, ainda, incentivando a iniciativa popular de projetos de leis que tenham como conteúdo, planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano.

O *planejamento participativo* ao lado do *orçamento participativo* é uma verdadeira revolução na formulação de políticas públicas, tendo em vista o seu caráter pedagógico e a inclusão de todos os interessados, sem exceção, na sua elaboração.

Quando os cidadãos ajudam a planejar o futuro da cidade, eles estão participando, estão partilhando poder político, mas não exercendo diretamente o controle social. Exercer o controle social, neste caso, é acompanhar, fiscalizar a execução daquilo que foi planejado e transformado em normas jurídicas.

### 3. Conselhos de políticas públicas

#### 3.1. Conceito

O vocábulo *conselho* suscita inúmeros significados e dúvidas. O termo *conselho* pode significar o verbo aconselhar (*dar conselho a alguém*), poderá ser uma entidade de caráter público ou privado, como um Tribunal (*conselho de guerra*), a reunião de membros de uma determinada família (*conselho de família*), a reunião dos Executivos de uma empresa (*conselho de administração*). Não é destes *conselhos* que vamos tratar neste tópico. O significado do *conselho* que estamos a nos referir precisa ser pactuado para não gerar confusões mentais.

Os *conselhos* são órgãos colegiados criados pelo Estado, cuja composição e competência são determinadas pela lei que os instituiu. Assim, os *conselhos* poderão ser compostos apenas por agentes estatais ou incluir representantes da sociedade. Quanto à competência, os *conselhos* poderão ter função normativa, contenciosa, de polícia ou de planejamento e de fiscalização das políticas públicas.

LOPES fez publicar artigo neste sentido:

*“No que diz respeito a sua competência, chamam-se conselhos certos órgãos normativos, assim como certos órgãos adjudicadores (judicantes em contencioso administrativo) ou ainda colegiados que apenas aconselham certas práticas (como o antigo CDI), consultivos. O Conselho Monetário Nacional é tipicamente normativo, o Conselho Especial de Recursos do Sistema Financeiro é tipicamente contencioso, assim como os diversos Conselhos de Contribuintes. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica, hoje uma autarquia, desempenha funções de polícia do poder econômico e contenciosas. O Conselho Federal de Educação acumula funções normativas e contenciosas, e o Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana é acima de tudo um investigador de denúncias, aconselhando medidas e encaminhando casos a um Poder ou outro.”(2000:26).*

Para efeitos deste trabalho, interessa o conceito, o entendimento a respeito do indivíduo que denominamos *conselho de políticas públicas*, cuja finalidade é a participação da sociedade na elaboração, planejamento e controle das políticas públicas, como de

educação, segurança pública, saúde, assistência social, de lazer, da criança e do adolescente, do idoso, de transportes públicos de passageiros urbanos, de cultura, de segurança alimentar, meio ambiente.

Os *conselhos de políticas públicas* têm as seguintes características:

- a) criação por iniciativa do Estado;
- b) a sua composição deve ser integrada por representantes do Poder Público e da sociedade;
- c) tem por finalidade principal servir de instrumento para garantir a participação popular, o controle social e a gestão democrática das políticas e dos serviços públicos, envolvendo o planejamento e o acompanhamento da execução destas políticas e serviços públicos;
- d) as decisões, naquilo que tange ao acatamento ou não do resultado por quem tem a capacidade de execução da decisão, poderão ser de caráter *deliberativo ou consultivo*. As decisões de caráter *consultivo* não geram direitos subjetivos públicos, são meramente opinativas e indicativas da vontade do *conselho*. Já as *deliberativas*, são aquelas decisões de acatamento obrigatório pela autoridade responsável pela execução da decisão, portanto geram direitos públicos subjetivos passíveis de reivindicação judicial por qualquer interessado.

Quanto às decisões de caráter consultivo, assim se manifestou DI PIETRO (2000:42):

*“Quando tais órgãos exercem função meramente consultiva, eles emitem opiniões, pareceres, laudos, que não contêm propriamente uma decisão, uma manifestação de vontade; em grande parte dos casos, suas opiniões não vinculam a autoridade que vai proferir a decisão.*

*No entanto, mesmo quando o ato que produzem não seja vinculante, não há dúvida de que, com a exigência, hoje amplamente reconhecida, de atendimento ao princípio da motivação, tais pareceres, quando acolhidos pela autoridade competente para decidir, fazem parte integrante do ato decisório. E, se não acolhidos, estará a autoridade obrigada a dizer as razões dessa decisão, apresentando a sua própria motivação.”*

- e) não remuneração dos conselheiros, via de regra;
- f) raramente os conselheiros exercem esta função com exclusividade, tendo em vista que a maioria dos seus membros tem outras atividades no setor público ou no privado;
- g) o Poder Público deve disponibilizar a estrutura necessária para garantir a autonomia funcional dos *conselhos*, como equipamentos, finanças, informações, assistência técnica e servidores públicos;
- h) os representantes do *conselho* geralmente são técnicos e os representantes da sociedade, na sua maioria, são leigos e oriundos de movimentos sociais;
- i) as reuniões devem ser em local de fácil acesso para o público, sendo o horário, data, local e pauta divulgados com antecedência;
- j) os representantes da sociedade não devem ocupar funções de livre nomeação e exoneração no Poder Público ao qual o conselho se propõe a formular a política e o controle, por determinado período;
- l) as atividades dos conselhos estão sujeitas a controle institucional e social;
- m) as decisões dos conselhos, independente de serem consultivas ou deliberativas, são equivalentes aos atos administrativos. Portanto, estão sujeitas aos mesmos princípios e regras, dentro da hierarquia normativa, em especial as do artigo 37 da Constituição.

Corroborando nossas afirmações, vamos às pesquisas de DI PIETRO:

*“Sabe-se que os atos administrativos têm os atributos da presunção de veracidade (pelo qual se presumem verdadeiros os fatos neles alegados), da presunção de legalidade (pelo qual se presume a conformidade com a lei), da imperatividade (possibilidade de criar obrigações por decisão unilateral, independentemente de concordância do destinatário) e auto-executoriedade (possibilidade de execução, sem necessidade de título fornecido pelo Poder Judiciário).*”

*Indaga-se então se esses mesmos atributos estão presentes nos órgãos que contam com participação popular. A resposta só pode ser afirmativa, desde que tais órgãos tenham sido criados por lei, que lhes defina o âmbito de atribuições.*

*A competência para a prática de atos administrativos decorre do direito positivo e não está necessariamente ligada à investidura em cargos ou empregos públicos.”(DI PIETRO, 2000:44)*

Entendo que estas características são fundamentais para que os *conselhos de políticas públicas* possam cumprir com o objetivo de serem instrumentos de participação popular, de controle social e da gestão democrática das políticas e dos serviços públicos. No entanto, a configuração do conselho, como sua composição, competência, grau de autonomia, capacidade de suas decisões ser de caráter deliberativo ou consultivo, é aquela que a lei determinar.

### **3.2.Origem dos conselhos de políticas públicas**

Os *conselhos de políticas públicas* podem ser de origem constitucional, legal ou de fato. São constitucionais aqueles prescritos direta ou indiretamente pela Constituição; legais aqueles criados por lei e de fato aqueles instituídos pelo Estado, em forma de entidades de fato ou sem personalidade jurídica, como é o caso da maioria dos *conselhos do orçamento participativo*, os quais visam à democratização do orçamento público. É obvio que os conselhos de fato não emitem nenhuma decisão jurídica, apenas de indicação política.

Diretamente, a Constituição criou o Conselho da República (arts. 89 e 90), o Conselho de Defesa Nacional (art. 91) e refere-se ao Conselho de Comunicação Social (art. 224); todos a serem regulamentados por lei, tendo em vista que as normas constitucionais que instituíram estes conselhos são de eficácia limitada, conforme a classificação de SILVA.

Rigorosamente, o Conselho de Defesa Nacional não se enquadra em nosso conceito de *conselho de políticas públicas*, uma vez que prescinde da participação dos cidadãos. Assim, a existência constitucional deste conselho é redundante, tendo em vista que o Presidente da República poderá consultar o rol de pessoas integrantes do art.91, além de outras para opinar sobre a decretação do estado de defesa, declaração de guerra, celebração da paz, entre outras competências referidas no art.91,§ 1º da Constituição, mesmo sem a existência deste

conselho. Todavia, as decisões do Conselho da República servem de motivação sólida para os atos do Presidente da República referentes aos assuntos que especifica e o não acatamento destas decisões, mesmo sendo elas de caráter opinativo, requer razões muito fortes, pois certamente acarretará graves conseqüências políticas ao Presidente da República.

O constituinte não citou o termo conselho nos artigos 10, 198, III, 204, II, 206, VI. Entretanto, utilizou-se de expressões e vocábulos referentes à participação, controle, gestão democrática, fiscalização, as quais têm as características básicas do conceito referente aos *conselhos de políticas públicas*. O artigo 10 assegura a participação dos empregadores e dos empregados nos órgãos públicos que tenham por finalidade interesses profissionais ou previdenciários. O artigo 198, III colocou a participação da comunidade como uma das diretrizes das ações e dos serviços de saúde. O artigo 204, II dispõe sobre a participação popular e o controle das ações e da gestão da assistência social. O artigo 206, VI determina a gestão democrática do ensino. Tudo a ser regulamentado, através da lei.

Logo, indiretamente, decorrem da Constituição o *conselho curador do fundo de garantia do tempo de serviço*, o *conselho de assistência social*, o *conselho gestor da previdência social*, os quais foram instituídos por lei com a finalidade de garantir eficácia às normas constitucionais citadas.

Outros conselhos decorrem exclusivamente da lei, uma vez que a Constituição não se referiu a eles explícita ou implicitamente. No entanto, as leis que criam estes conselhos têm por finalidade dar efetividade às normas constitucionais referentes à participação popular na definição das políticas públicas, ao *controle social* e à gestão democrática na implementação e execução destas políticas.

Formalmente, talvez, não houvesse a necessidade de criação de *conselhos de políticas públicas* para a aplicação dos princípios que fundamentaram a República do Brasil. Mas, a bem da verdade, historicamente não foi possível dar eficácia plena às normas definidoras dos direitos fundamentais sem tais meios de participação efetiva da sociedade no planejamento e no acompanhamento da execução das políticas públicas necessárias para que estas normas tenham efetividade.

Neste sentido, os conselhos têm importância ímpar na eficácia social e na efetividade das normas constitucionais referentes à saúde, à educação, aos idosos, à criança e adolescentes, às políticas de igualdade racial, aos portadores de necessidades especiais, como os deficientes físicos, entre outros.

Corroborando as nossas afirmações, apresentamos os seguintes exemplos: 1- a dignidade da pessoa humana foi erigida como o princípio dos princípios, já no artigo 1º, III da

Constituição, daí a manutenção do *Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana* criado pela Lei n. 4.319/64, alterado pela Lei n. 5.763/71; 2- o artigo 3º, I, III referem-se à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, à erradicação da pobreza, entre outros objetivos, já o artigo 5º refere-se ao direito à vida. Para dar efetividade a estes direitos foi instituído pelo Decreto n. 4.582/2003 o *Conselho de Segurança Alimentar e Nutricional*.

### **3.3. A mescla entre técnica e sabedoria popular**

Os representantes da sociedade nos *conselhos de políticas públicas* raramente são técnicos e não poderia ser diferente, uma vez que o objetivo maior dos conselhos é mesclar o saber técnico com o saber popular, com os sentimentos da população, mas nada impede que os conselheiros representantes da sociedade utilizem assistência técnica para melhor exercerem as suas funções.

O interessante é o caráter pedagógico destes *conselhos* na formação da cidadania, na politização do povo, no aprendizado popular e na transformação do modo de ver dos técnicos, até porque não existe técnica nem ciência desprovidas de ideologia política.

Assim, é importante a quebra de preconceitos dos conselheiros leigos em relação aos técnicos e dos conselheiros técnicos em relação aos leigos.

Em tese, os técnicos sempre estão a serviço de alguém, de alguma proposta, de alguma ideologia política. Quem definiu fazer a bomba atômica e destruir Hiroshima e Nagasaki não foram somente os cientistas, mas os políticos norte americanos. Foi uma decisão política o desenvolvimento da técnica atômica! É óbvio e recomendável que as decisões políticas sejam fundamentadas na racionalidade técnica, porém o contrário também deve ser verdadeiro; isto é, que os técnicos ouçam as vozes do povo que vive o drama cotidianamente para saber qual a melhor técnica a ser aplicada para atender as finalidades da norma que estabeleceu o conselho.

### **3.4. A configuração dos conselhos de políticas públicas**

Não existe receita e nem fórmula pronta e acabada quanto à composição, forma de escolha de seus membros, tempo de mandato, periodicidade das reuniões, quorum mínimo

para decisões, abrangência territorial ou temática, competências, forma de funcionamento dos *conselhos*. Sob o enfoque jurídico, o *conselho* é aquilo que a lei determina que ele seja.

Mas é obvio que somente tem sentido a existência de *conselhos de políticas públicas* se estes conselhos forem instrumentos concretos de partilha de poder entre os governantes e a sociedade para a democratização da elaboração e da gestão das políticas públicas, servindo de mecanismos de controle social das atividades estatais.

A nosso ver, *conselho* sem a participação da sociedade em sua composição não é conselho; pode ser comissão intergovernamental, interministerial ou autarquia. Os *conselhos* instituídos pelo Estado devem ter a participação de representantes do Poder Público e da sociedade e, na medida do possível, paritariamente; isto é, cinquenta por cento de integrantes de origem estatal e os outros de origem popular.

É de suma importância a criação de mecanismos com o intuito de evitar a cooptação dos representantes da sociedade junto aos conselhos de políticas públicas. A cooptação, geralmente, dá-se através da oferta de cargos em comissão e outros favores da Administração Pública. A finalidade da cooptação é o voto favorável, nos *conselhos*, aos interesses dos governantes e a não fiscalização dos seus atos. Um dos instrumentos legais e éticos para evitar a cooptação é vedar os membros eleitos dos *conselhos* de ocuparem cargos em comissão por um determinado período. O outro é a obrigação aposta aos conselheiros eleitos para que prestem contas de seus votos e de suas atividades para a comunidade ou entidade que os indicaram, conferindo-se à comunidade ou entidade o poder de destituí-los, quando não mais se sentirem representadas pelos conselheiros que por elas foram indicados.

Os *conselhos de políticas públicas* têm função pedagógica na formação da cidadania ativa e, por isso, são instrumentos que promovem a educação política do povo, tanto para a participação popular como para o controle social das políticas e dos serviços públicos. Quando a formulação e a gestão das políticas públicas são partilhadas entre os conselheiros do Poder Público e os da sociedade, temos participação popular; quando os conselheiros eleitos pela sociedade fiscalizam e acompanham a execução destas políticas, temos o *controle social*. Porém, o controle realizado pelo *conselho*, enquanto órgão colegiado estatal, é uma mescla de controle institucional e social concomitantemente. E, ainda, é um misto de controle institucional interno com o controle institucional externo. O controle institucional interno ocorre quando o controle é feito pelos representantes do Poder Público e externo, quando realizado pelo *conselho* enquanto órgão independente da autoridade responsável pela execução da política ou do serviço público definido pelos conselheiros.

Os *conselhos de políticas públicas*, nos moldes em que foram conceituados, sem dúvida, são essenciais para a promoção da participação popular e do controle social das atividades do Estado.

#### **4. As organizações não governamentais (ONGs.)**

Além dos *conselhos de políticas públicas*, que são órgãos colegiados criados e mantidos pelo Estado, cuja composição é uma mescla de representantes do Poder Público e da sociedade, com a finalidade de partilha de poder político e controle das atividades estatais, temos os conselhos criados pelos movimentos sociais, os quais podem ser de duas espécies: entidades de fato e as com personalidade jurídica. Os *conselhos populares*, os *fóruns* não têm personalidade jurídica. As associações civis têm personalidade jurídica. Assim, enquanto os *fóruns* e os *conselhos populares* existem de fato, as associações civis existem de direito. Ambas as entidades não têm a participação do Estado e existem para a defesa de interesses temáticos, como saúde, educação, ecologia, segurança, paz; interesses profissionais ou de categorias; interesses locais, como os de bairros. Estas entidades são denominadas de organizações não governamentais, as ONG(s).

A importância política destas entidades, criadas pelos movimentos sociais, é a participação de seus membros no cotidiano do Poder Público. Servem como mecanismo de pressão e de articulação das reivindicações populares junto aos órgãos públicos; colaboram na formação dos *conselhos de políticas públicas* instituídos pelo Estado e fazem parte de suas composições como representantes da sociedade; promovem a participação popular, o controle social e a democratização da gestão das políticas e dos serviços públicos e de outras atividades do Estado, como o planejamento urbano e o orçamento público.

Algumas organizações não governamentais assumiram, nos últimos tempos, papel relevante no desenvolvimento da cidadania ativa e no controle social dos atos da Administração Pública, especialmente, porque podem agir como substitutas processuais de seus associados, quando têm personalidade jurídica e são constituídas há mais de um ano, com supedâneo na Lei n. 7.347/85.

No entanto, nem todas as organizações não governamentais são mecanismos de controle social. O certo é que algumas entidades geram mais demanda que oferta de controle. Exemplifique-se com as *organizações sociais (OS)* e as *organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP)*.

As organizações civis são constituídas como entes autônomos em relação ao Estado, mas com este podem fazer parcerias, convênios e colaborar com os fundamentos, as finalidades e os objetivos do Estado, inclusive na gestão e na prestação de serviços públicos.

Existem organizações não governamentais constituídas exclusivamente para fazer o controle social dos atos da Administração Pública em suas respectivas áreas de atuação, mas existem outras organizações não governamentais que em nada contribuem com esta finalidade e até geram demandas, tanto para o controle institucional quanto para o controle social.

Citamos, como exemplo de organizações não governamentais constituídas em pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, que promovem a participação popular e fazem o controle social das atividades do Estado, a “*Transparência Internacional*”, o “*Voto Consciente*”, o “*Instituto Polis*”<sup>21</sup>, o “*Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas*”<sup>22</sup>, tendo em vista que são entidades que realizam pesquisas sobre o tema e promovem debates, seminários, fóruns de discussões e reflexões e fazem divulgação de seus programas e das teses que incentivam a participação popular e o controle social das atividades do Poder Público.

Destaque-se a pesquisa do IBASE referente ao “*índice latino-americano de transparência orçamentária*”, pesquisa esta que através de método próprio, consensuado entre diversas organizações não governamentais do Brasil, Argentina, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, México, Nicarágua, Peru, tenta medir o nível de transparência e de democratização do orçamento público dos países situados na América Latina.

A grande maioria das organizações não governamentais, sem personalidade jurídica, são movimentos sociais com finalidade de articular a comunidade para fazer reivindicações junto ao Poder Público com o intuito de influenciar políticas públicas e prestam-se à participação popular e ao controle social. Citamos como exemplo de entidade que contribui ao mesmo tempo com a participação popular e o controle social o “*Fórum Paulista de Participação Popular*”, o qual promoveu diversos seminários e congressos no Estado de São Paulo, conforme documentado pelo *Instituto Polis*. Outro exemplo é o *Centro de Estudos de Segurança e Cidadania - CESEC*, ligado à pró reitoria de Pós Graduação e Pesquisa da Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, RJ. O *CESEC* realizou diversas pesquisas com o intuito de influenciar as políticas públicas na área da segurança e da cidadania, como “*Controle externo da polícia: o caso brasileiro*”, “*Criminalidade violenta e políticas de segurança no Rio de Janeiro*”, conforme podemos observar através do *site*

---

<sup>21</sup> Informações acerca desta entidade estão disponíveis em [www.polis.org.br](http://www.polis.org.br)

<sup>22</sup> Informações acerca da entidade referida disponíveis em [www.ibase.org.br](http://www.ibase.org.br)

[www.cesec.ucam.edu.br](http://www.cesec.ucam.edu.br). Esta entidade é reconhecida e tem grande credibilidade e representatividade no meio em que atua, mesmo sem personalidade jurídica.

#### **4.1. As organizações da sociedade civil de interesse público – (OSCIPs.)**

Com o objetivo de realizar parcerias entre o Estado e as organizações não governamentais constituídas em pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, foi editada a Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999, referente às *organizações da sociedade civil de interesse público - OSCIP*.

A lei impôs restrições para que uma entidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, possa qualificar-se como OSCIP. Como se observa no artigo 2º, não são passíveis de qualificar-se as seguintes entidades: *as sociedades comerciais; os sindicatos, as associações de classe ou de representação de categoria profissional; as instituições religiosas ou voltadas para a disseminação de credos, cultos, práticas e visões devocionais e confessionais; as organizações partidárias e assemelhadas, inclusive suas fundações; as entidades de benefício mútuo destinadas a proporcionar bens e serviços a um círculo restrito de associados ou sócios; as entidades e empresas que comercializam planos de saúde e assemelhados; as instituições hospitalares privadas não gratuitas e suas mantenedoras.*

No entanto, tratando-se de entidades de direito privado, sem fins lucrativos, que não estiverem contidas nas normas restritiva do artigo 2º, uma vez atendidos os requisitos legais, a Administração Pública não pode negar-lhes a outorga da qualificação de OSCIP, pois esta consiste em ato administrativo vinculado, segundo consta do § 2º do art. 1º da Lei n. 9.790/99.

#### **4.2. As organizações sociais – (OSs.)**

As organizações sociais, segundo a denominação da Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998, são organizações constituídas como entidades de direito privado, sem fins lucrativos, mas cuja composição dos órgãos colegiados de deliberação superior é um misto de membros da comunidade com representantes do Poder Público.

O objetivo das organizações sociais é o desenvolvimento de atividades dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, conforme o artigo 1º da lei. As organizações sociais, na

realidade, são entidades dirigidas à gestão dos serviços públicos, em especial os de saúde, na forma do contrato de gestão previsto no artigo 5º da lei instituidora.

Todas as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos podem transformar-se em organizações sociais, atendidos os requisitos legais e havendo aprovação por oportunidade e conveniência da Administração Pública, conforme dispõe o artigo 2º, II da Lei.

As organizações da sociedade civil de interesse público e as organizações sociais ainda estão em fase de experimentação e, por isso, receberam elogios de um lado e críticas de outro. Os elogios incidem sobre a agilidade, a desburocratização, modernização da Administração Pública. As críticas são especialmente referentes às dificuldades de fiscalização, de controle, da falta de transparência e de prestação de contas de suas atividades.

O pensamento crítico às Organizações Sociais é reforçado por Fernando Herren Aguilar:

*“Teme-se, com justo motivo, que as Organizações Sociais venham simplesmente legitimar o que vem sendo praticado reiteradamente em nosso país, ou seja, o uso político de recursos públicos em associação com entidades privadas. É possível e provável que a coisa pública acabe sendo objeto de manipulações e favorecimento a grupos locais, o que certamente ensejará discussões na esfera jurídica. Assim, embora as Organizações Sociais tenham sido criadas por mecanismos jurídicos adequados, o descompromisso com as formas tradicionais de controle público das atividades que desempenham pode dar margem a contestações judiciais, com apoio nos preceitos constitucionais que informam a defesa do patrimônio público.” (AGUILLAR,1999:247)*

Estas entidades, quando fazem contrato de parcerias com o Estado para a gestão de serviço público ou de qualquer outra função estatal, acabam se transformando em concessionárias de serviços públicos ou estão em função delegada do Estado; isto é, no exercício privado de função pública.

O certo é que estas entidades recebem dinheiro público e enquanto tais estão sujeitas aos princípios da transparência, da impessoalidade, da moralidade, da legalidade, da prestação de contas e à fiscalização, ao controle institucional e social de suas atividades, conforme dispõe o parágrafo único do artigo 70 da Constituição, após redação da Emenda n. 19/98: *“Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize,*

*arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.”*

As *Organizações Sociais* e as *OSCIP(s)* podem ser classificadas, no máximo, como instrumentos de participação popular na gestão dos negócios do Estado, mas não como mecanismos ou instrumentos de controle social dos atos da Administração Pública. Ao contrário, estas entidades nada controlam, nada fiscalizam. Na realidade elas geram demandas de controle institucional e de controle social, tendo em vista que suas atividades estão sujeitas a diversas formas de controle.

## **5. A eletrônica como mecanismo de participação popular e de controle social**

É salutar e essencial para a democracia a consciência associativa e organizativa da sociedade, pois esta consciência ajuda no desenvolvimento do espírito coletivo, colabora com a solidariedade humana, faz uns enxergarem os problemas dos outros, aflora as contradições políticas entre os grupos organizados, articula e organiza as reivindicações e as propostas comuns que forem decididas em reuniões, audiências públicas e assembléias.

No entanto, apesar dos fortes argumentos favoráveis à participação, através da presença física das pessoas, nas atividades que têm por finalidade discutir os atos do Estado, nem todas as pessoas podem ou estão dispostas a estar fisicamente presentes ou a ser integrantes de alguma entidade organizada, até por falta de tempo ou de amadurecimento político. Daí a necessidade da utilização de instrumentos e mecanismos com o objetivo de garantir a participação política individual nos negócios estatais, complementares aos conselhos, aos movimentos populares e às associações.

Existem diversas possibilidades e mecanismos para que as pessoas não organizadas, sem prejuízos para as organizadas, possam participar dos negócios estatais; uma delas é através dos meios eletrônicos de comunicação social, como a rede mundial de computadores- *internet*, a televisão, o rádio, o telefone e os meios antigos, como correspondências e os balcões de atendimento ao público.

Hoje é possível a realização de debates, audiências públicas, seminários, conferências, sem a presença física das pessoas, via *internet* e emissoras de rádio e televisão interativas, desde que sejam garantidos meios transparentes de verificação dos resultados.

A rede de computadores pode ter, entre outras, as seguintes funções para a relação entre os cidadãos e a Administração Pública, no aspecto da participação popular e do controle social:

a) acolhimento de sugestões, representações, reclamações, reivindicações, solicitação de informações e de certidões; b) disponibilização da prestação de contas anual, da execução do plano plurianual, do orçamento público, dos convênios e dos contratos públicos; c) informações detalhadas referentes aos serviços públicos e ao modo de acesso a eles; d) agendas de interesse público, como audiências, seminários, assembléias, reuniões do orçamento participativo, do planejamento participativo, culturais; e) realização de debates, seminários interativos.

O acesso às informações e às contas públicas é possível, via rede de computadores. Assim, da mesma maneira que um correntista tem acesso ao seu saldo bancário, o cidadão poderia ter acesso às contas dos órgãos públicos: quanto foi arrecadado? Quanto e quando foi gasto? Em quê? Quem são os beneficiários?

As licitações, as concorrências públicas, os concursos públicos, a lista de cargos em comissão, a execução das obras públicas poderiam, também, constar em detalhes na rede pública de computadores.

É óbvio que para tudo isto dar certo e ter efetividade e eficácia social é de fundamental importância a *inclusão digital* do povo excluído, combinada com a disponibilização de computadores, ligados em rede com os órgãos públicos, nos terminais rodoviários e ferroviários, nas escolas, nas sedes dos Legislativos, nos fóruns, nos grandes centros de compras, como os supermercados e *shopping centers*, acompanhados de servidores públicos que possam auxiliar no manuseio dos equipamentos, ampliando as possibilidades de acesso dos analfabetos digitais.

Apesar da ênfase que damos à informática, o telefone e a velha carta poderiam ser instrumentos essenciais para que a população pudesse fazer reivindicações, representações, sugestões e buscar informações de interesse público ou particular, inclusive requerendo certidões, as quais poderiam ser encaminhadas aos interessados, via correio, mediante carta simples ou registrada.

Os exemplos citados demonstram que a participação popular e o controle social dos atos da Administração Pública poderão se dar de diversas maneiras, por meio de uma vasta gama de mecanismos e instrumentos, de forma coletiva ou individual.

Os instrumentos eletrônicos que são utilizados como meio de promoção da participação popular e do controle social individual dos cidadãos sobre os atos da Administração Pública não causam prejuízos à participação política exercida coletivamente pela sociedade, uma vez que não substituem as reuniões, as audiências públicas, as assembléias e os debates onde as pessoas fisicamente presentes possam acarear umas as outras. Por isso, a eletrônica é um meio

moderno do avanço tecnológico que pode ser utilizado a serviço da cidadania, não em contradição, mas em complemento aos meios tradicionais.

## 6. As ouvidorias

Enquanto os *conselhos de políticas públicas* têm por finalidade precípua o planejamento, a elaboração e a fiscalização das políticas e dos serviços públicos, as ouvidorias foram instituídas para ouvir os reclamos da sociedade, analisar a veracidade destes reclamos e encaminhá-los aos órgãos competentes para as providências que se fizerem necessárias.

Um grande número de entes públicos e privados criou ouvidorias com a finalidade de servirem de meio de relação entre as entidades e a sociedade. Normalmente, o objeto de avaliação das ouvidorias é a qualidade dos serviços e dos produtos que são prestados ou oferecidos pelas entidades, como as condições de prestação destes serviços, os critérios éticos, as especificações dos produtos, o cumprimento da legislação.

As entidades privadas preocupam-se, especialmente, com a legislação do consumidor. Neste caso, as ouvidorias têm a função de acolher reclamações dos consumidores destas empresas, analisá-las e fazer recomendações aos setores competentes para solucionar a questão exposta pelos clientes. Por isso, as grandes redes de lojas e de supermercados instituíram ouvidorias.

O Poder Público instituiu ouvidorias em boa parte dos seus órgãos. Existem ouvidorias do Legislativo, do Judiciário, do Executivo. Internamente ao Executivo podemos ter ouvidoria geral, mas nada impede que cada Ministério ou Secretaria no âmbito estadual ou municipal constitua suas próprias ouvidorias, como de educação, saúde, transportes públicos, segurança pública.

As universidades públicas, as fundações, as autarquias, as empresas públicas poderão estabelecer ouvidorias.

Evidentemente, as entidades de direito privado constituem suas ouvidorias da forma que bem entenderem, desde que exerçam atividade lícita.

Já para as entidades de direito público as ouvidorias são instituídas por lei. Neste caso, poderão ser um misto de controle institucional com o controle social, ou um misto de controle institucional interno com o controle institucional externo, ou somente mais um órgão de controle institucional interno, sem autonomia e com indefinição de poderes ou atribuições. Tudo depende da lei que as institua, a qual dará a forma de sua organização, da escolha de

seus gestores, da autonomia orçamentária, do número de cargos disponíveis, das suas atribuições e forma de exercê-las.

As ouvidorias têm a função de fazer o controle externo dos atos que têm a competência para fiscalizar, quando o ouvidor tiver autonomia administrativa e funcional em relação ao órgão a ser fiscalizado.

Os instrumentos de autonomia administrativa e funcional estão na garantia de mandato do ouvidor por um determinado período, investidura no mandato através de eleição, quadro próprio de servidores, disponibilização de equipamentos necessários para o livre exercício das suas atribuições, orçamento próprio, publicidade e divulgação de suas recomendações.

A título de exemplo, citamos a Lei Complementar n. 826, de 20 de junho de 1997, do Estado de São Paulo, a qual criou, junto à Secretaria de Segurança Pública, a Ouvidoria da Polícia, cujas atribuições, especificadas pelo artigo 2º, são as seguintes:

*“A Ouvidoria da Polícia tem as seguintes atribuições:*

*I- Receber:*

- a. denúncias, reclamações e representações sobre atos considerados arbitrários, desonestos, indecorosos ou que violem os direitos humanos individuais ou coletivos praticados por servidores civis ou militares da Secretaria de Segurança Pública;*
- b. sugestões sobre o funcionamento dos serviços policiais;*
- c. sugestões de servidores civis e militares da Secretaria de Segurança Pública sobre o funcionamento dos serviços policiais, bem como denúncias a respeito de atos irregulares praticados na execução desses serviços, inclusive por superiores hierárquicos;”*

Segundo a Lei, a Ouvidoria de Polícia funciona como um ente intermediário entre o Estado e a sociedade, tendo em vista que sua função é a de verificar a pertinência das petições e encaminhá-las aos órgãos competentes para a instauração de sindicâncias, inquérito e, havendo suspeita ou indícios de crimes, representar ao Ministério Público.

A Ouvidoria de Polícia oferece à Secretaria de Segurança Pública sugestões para o aperfeiçoamento dos serviços prestados à população pelas polícias civil e militar. Realiza seminários, cursos e pesquisas versando sobre o assunto. Tem um arquivo de documentos organizado, faz publicar relatórios de suas atividades trimestralmente e tem capacidade jurídica para requisitar documentos, informações, certidões a qualquer órgão do Estado.

O ouvidor é nomeado pelo governador, por um período de dois anos, dentre os integrantes de lista tríplice elaborada pelo Conselho Estadual de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana.

O fato é que, no Estado de São Paulo, a Ouvidoria da Polícia tem credibilidade e visibilidade pública, mas sempre encontrou resistências das instituições a serem controladas. Conseguiu atingir os seus objetivos, em especial pelo apoio das entidades e movimentos sociais promotores dos direitos da pessoa humana.

Lamenta-se que a Secretaria de Segurança Pública do Estado procure sempre desqualificar as reclamações apresentadas pela ouvidoria e viva em constante conflito com o ouvidor, além de não promovê-la e restringir ao máximo sua estrutura, diminuindo, assim, a sua capacidade de controle da atividade policial.

O controle realizado pela ouvidoria de polícia do Estado de São Paulo, por exemplo, é uma mescla de controle institucional externo com o controle social. É controle institucional, na medida em que é um órgão estatal criado por lei. Mas, sem dúvida, é uma instituição que promove o controle social da atividade policial.

## **7. Os meios de comunicação social**

As emissoras de rádio e televisão, a rede mundial de computadores - Internet, o sistema telefônico, revistas, jornais são instrumentos importantíssimos de informação, de formação da opinião pública e de controle social das atividades do Estado.

A mídia contribuiu para cassação de mandatos de Deputados, Senadores, Juízes e até do Presidente da República, após denúncias de atos administrativos, legislativos e jurisdicionais escandalosos e ímprobos. A mídia forma a opinião pública, faz as denúncias e dá muito mais publicidade aos atos dos agentes públicos que o Diário Oficial, uma vez que este não é lido pela grande maioria do povo.

No entanto, é bom lembrar que os meios de comunicação social também precisam ser controlados, pois não raras vezes ajudam a eleger os candidatos que defendem seus interesses, denunciam desafetos e escondem irregularidades de seus aliados.

É verdade, ainda, que muitos meios de comunicação vivem às custas de publicidade ou propaganda pública; isto é, às custas do dinheiro do contribuinte. Tal fato poderá gerar distorções nas informações que veiculam, em especial aquelas de origem de quem patrocina a veiculação.

Outra questão relevante é o critério de distribuição dos canais de televisão e das emissoras de rádio. O critério existente leva à concentração da grande mídia nas mãos de poucas pessoas, geralmente muito favoráveis ao governo que faz as concessões.

Muitas vezes, a mídia é acusada de promover a violência, de banalizá-la e, portanto, de agir sem responsabilidade social. Outra acusação, especialmente aos canais de televisão, é de que acabam com a cultura local e regional, impondo um padrão nacional de cultura, fundamentado na visão do eixo Rio de Janeiro - São Paulo.

Todavia, apesar das mazelas, não existe controle social de fato sem liberdade de informação jornalística. Assim, os meios de comunicação social, bem ou mal, ajudam em muito no controle social dos atos da Administração Pública e poderiam ajudar muito mais se não fossem tão gananciosos por lucro fácil às custas da dignidade da pessoa humana.

O direito de antena, conforme dispõe o artigo 17, §3º da Constituição, é garantido apenas aos partidos políticos, na forma da lei. Tal garantia foi um grande avanço para o pluripartidarismo. Todavia, apesar da importância dos partidos políticos para a democracia, a pluralidade política expressa pela Constituição vai além dos partidos políticos. Portanto, seria de fundamental importância a garantia do direito de antena também para as organizações não governamentais exporem suas propostas, suas opiniões a respeito dos assuntos de interesse direto da sociedade com a finalidade de democratizar as ideologias e os pensamentos políticos a respeito dos diversos temas de interesse público. Somente assim teríamos a formação de uma opinião pública consciente de seus deveres cívicos e direitos subjetivos.

É importante frisar que a mídia é um dos fatores de controle social, no sentido de dominação. Daí a necessidade de termos controle social sobre ela, no sentido de fiscalização.

Uma das maneiras da sociedade exercer o controle social sobre os meios de comunicação é através da participação no Conselho de Comunicação Social, previsto no artigo 224 da Constituição para auxiliar os trabalhos dos congressistas.

Concluimos que os veículos de comunicação são importantes meios que simultaneamente promovem e geram demanda de controle social .

## CAPÍTULO X

### FATORES LIMITADORES DO CONTROLE SOCIAL DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA DO ESTADO

Existem diversos fatores políticos, culturais e jurídicos (abordarei esta questão em item próprio) que impedem ou dificultam a realização concreta do direito à participação popular e ao controle social das atividades do Estado. Entre eles, citamos: Clientelismo Político; Tráfico de Influências; Assistencialismo ou Paternalismo Político; as dificuldades de acesso ao Poder Judiciário; as dificuldades para acessar as informações públicas; a falta de cultura participativa e de fiscalização.

Esta cultura política desagrega a sociedade, facilita as desigualdades econômicas e a exclusão social, a inconsciência política, a violência, a corrupção e o crime organizado e fere o princípio republicano da igualdade, da responsabilização das autoridades, da prestação de contas.

Outro fator relevante destas práticas políticas é a desarticulação da cidadania, a não promoção da democracia e da dignidade da pessoa humana, cuja consequência é a não participação política do povo e o não exercício, de fato, do controle social das funções do Estado.

Estas práticas colocam a Administração e o cidadão numa relação de soberano e súdito, *“com todas as implicações, inclusive psicológicas e psicossociais, aí envolvidas”* (MELLO, C., 1994:67).

A subordinação, mesmo que de fato, da sociedade à Administração Pública é inconstitucional, pois é a Administração Pública que deve subordinar-se à sociedade, conforme as finalidades da ordem jurídica. Assim, esta prática colide com as regras e os princípios constitucionais, especialmente o republicano, o da cidadania, da legalidade, da publicidade e o da dignidade da pessoa humana.

#### 1. O clientelismo político

A maioria dos políticos brasileiros são clientelistas. Mas o que significa o vocábulo? *Clientelismo político* é a utilização dos órgãos da Administração Pública com a finalidade de

prestar serviços para alguns privilegiados em detrimento da grande maioria da população, através de intermediários. Estes intermediários podem ser prefeitos, vereadores, servidores públicos, deputados, secretários, ministros, superintendentes, diretores ou presidentes de autarquias, de fundações, de institutos, de empresas públicas, ou responsáveis por diversos outros órgãos da Administração Pública direta e indireta, responsáveis pelas concessionárias de serviços públicos ou mesmo pessoas estranhas ao Estado, mas influentes na Administração Pública.

Aqui o termo “*privilegiado*” não significa somente a pessoa pertencente à elite social, mas a minoria de um determinado núcleo social, podendo, assim, ser uma pessoa que está abaixo da linha de pobreza. Aliás, quanto mais miserável for o cidadão, mais facilmente tornar-se-á presa do clientelismo e do assistencialismo político, pois essas são as pessoas que mais necessitam dos serviços públicos. O privilégio, neste sentido, ocorre dentro do núcleo ou grupo social do qual a pessoa faz parte.

O *clientelismo* é uma prática inconstitucional, pois vai contra os princípios da Administração Pública ao ferir os princípios da isonomia e o da impessoalidade, conforme os artigos 5º e 37 da Constituição.

Vamos a alguns exemplos de clientelismo político:

Exemplo I - Área da educação - a demanda por vagas na educação infantil, especialmente nas chamadas “creches” de período integral, é muitas vezes maior que a oferta, isto é, não existem vagas para todas as crianças que necessitam de educação infantil pública. Porém, o Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 53, I, combinado com o artigo 206, I da Constituição Federal, garante igualdade de condições para o acesso e a permanência na escola, e o mesmo podemos extrair do caput do artigo 5º da Constituição Federal; isto é, todos são iguais sem distinção de qualquer natureza. Ainda, o artigo 54, IV do Estatuto da Criança e do Adolescente, combinado com o artigo 208, IV da Constituição Federal, garante que é dever do Estado assegurar creche à criança de 0 a 6 anos de idade. Portanto, todos os interessados têm o mesmo direito pela vaga existente. O que fazer? a) A pessoa informada de seus direitos faz a inscrição na chamada “lista de espera” e procura o promotor da infância e da juventude para garantir o seu direito constitucional e legal; b) Outro caminho é procurar um vereador na Câmara Municipal; c) Outra alternativa é ser amiga da diretora da creche ou achar alguém influente junto à Secretaria de Educação para dar um “jeitinho”.

O fato é que, na realidade, mesmo que alguém consiga uma vaga, as outras crianças que têm o mesmo direito de quem conseguiu fazer a matrícula permanecerão excluídas,

ficarão de fora, e as vagas necessárias não vão aparecer; então, o mais privilegiado ficará com a vaga. Assim, o preenchimento da vaga existente, sem algum critério justo previamente definido, configura favorecimento de uns em detrimento daqueles que não conseguiram a matrícula. Porém, sendo a vaga existente preenchida pelo critério sócio-econômico, por exemplo, deixa de ser clientelismo, mas os outros interessados continuarão com o direito não sendo exercido .

Para ser mais coerente com sua função, o vereador deveria informar à pessoa que o procurou que ela tem um direito à educação infantil, o qual deve ser garantido pelo Poder Público, conforme estabeleceu a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente e que, no caso da demanda ser maior que a oferta, as vagas devem ser preenchidas por algum critério justo, previamente estabelecido, como, por exemplo, o critério sócio-econômico, o qual privilegia positivamente os mais necessitados. Assim, o vereador não clientelista deve encaminhar o interessado ao Ministério Público, se o caso não for resolvido pela Secretaria de Educação. O parlamentar deve, por exemplo, fazer emenda ao orçamento público para aumentar o número de vagas nas creches, além de organizar e conscientizar a população para fazer pressão política junto ao Poder Executivo e, ainda, demonstrar os males que a Emenda 14 à Constituição Federal fez à educação infantil, pois retirou sessenta por cento do financiamento da educação infantil, sendo que, na realidade, o Poder Público , nas três esferas de governo, investe muito pouco em educação, especialmente a esfera Federal. Se o vereador agir da forma descrita, ele, de fato, atuará como um representante dos interesses daqueles que necessitam da educação infantil e estará cumprindo seu papel de propor políticas públicas para solucionar o problema. No entanto, se apenas enviar um ofício à secretaria de educação e resolver o problema de quem o procurou, sem a preocupação com o todo, seria clientelismo político. Portanto, às vezes, o clientelismo resolve o problema individual, privilegiando alguns em detrimento da maioria, porém, a situação geral continuará a mesma se não forem elaboradas políticas públicas para solução definitiva do problema.

O Promotor da Infância e da Juventude deveria garantir, através da ação mandamental competente, a matrícula da pessoa que o procurou e requerer informações da demanda junto ao Poder Executivo. Após as informações, deveria abrir um inquérito civil público e negociar políticas públicas junto às autoridades competentes para garantir a aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Constituição Federal ao caso concreto. Somente uma ação civil pública não bastaria para solucionar o problema, pois as vagas não surgiriam do nada. Neste caso deveria exigir um plano de educação da esfera de governo competente para a criação de novas vagas, dando um prazo limite.

Porém, enquanto as novas vagas não fossem criadas, como fazer para garantir os direitos das crianças que estão na fila de espera? Elas deveriam ser matriculadas em escolas particulares às expensas do Poder Público competente para garantir o ensino infantil, pois somente com esta medida radical no cumprimento da lei e da Constituição, o Poder Público encontraria novas alternativas para atender à demanda: por exemplo as “*mães crecheiras*”, parcerias com a sociedade civil, a luta para que as empresas cumpram a legislação trabalhista, a luta pela modificação da Emenda 14 à Constituição, a mobilização da sociedade em prol de fonte de financiamento para o ensino infantil, a preocupação com a orientação e o planejamento familiar, a demonstração da realidade dos municípios, a luta pela justa distribuição dos tributos entre os Municípios.

O fundamento constitucional para que o Ministério Público exija a matrícula de todas as crianças que estejam dentro de determinado critério sócio-econômico, por exemplo, são os seguintes: artigos 5º *caput* : (*igualdade [...] sem distinção de qualquer natureza [...]*), artigo 206, I (*igualdade de condições para o acesso e permanência na escola*), artigo 208 (*o dever do Estado para com a educação será efetivado mediante a garantia de: [...] inciso IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade* . Há, ainda, os artigos 53, I e 54, IV do Estatuto da Criança e do Adolescente, que preconizam as mesmas regras.

No entanto, a matrícula da criança de zero a seis anos de idade na *creche* ou *pré-escola* (termo ridículo, pois é uma escola, é educação, é ensino infantil!) não é um direito público subjetivo, como é o caso do ensino fundamental (artigo 208, I, combinado com o § 1º deste artigo da Constituição). Assim, para a matrícula no ensino fundamental do sistema público, não deve valer a existência de critério nenhum, além do constitucional, ou seja, basta a criança ter a idade apropriada e requerer a matrícula junto ao órgão competente. Portanto, a matrícula no ensino fundamental é um ato administrativo vinculado, não existindo a mínima possibilidade de discricionariedade do agente da Administração Pública.

A matrícula nas escolas públicas de educação infantil, de zero a seis anos de idade não é um direito público subjetivo de todas as crianças indistintamente. Neste caso, existe margem para a discricionariedade da Administração Pública, isto é, o Poder Executivo poderá criar critérios infra-constitucionais para regulamentar o artigo 208, IV da Constituição. Mas, uma vez feita a regulamentação, que é norma geral e abstrata, todos aqueles que estiverem dentro do critério previamente definido passam a ter um direito público subjetivo fundado nesta norma, pois ela é vinculante para a Administração Pública (artigos 5º *caput*, 206, I da C.F., artigos 53, I e 54, IV do ECA).

Fundamentamos, ainda, na doutrina do eminente constitucionalista SILVA:

*“São inconstitucionais as discriminações não autorizadas pela Constituição. O ato discricionário é inconstitucional. Há duas formas de cometer essa inconstitucionalidade. Uma consiste em outorgar benefício legítimo a pessoas ou grupos, discriminando-os favoravelmente em detrimento de outras pessoas ou grupos em igual situação. Neste caso, não se estendeu às pessoas ou grupos discriminados o mesmo tratamento dado aos outros. O ato é inconstitucional, sem dúvida, porque feriu o princípio da isonomia. Contudo, o ato é constitucional, é legítimo, ao outorgar o benefício a quem o fez. Declará-lo inconstitucional, eliminando-o da ordem jurídica, seria retirar direitos legitimamente conferidos, o que não é função dos tribunais. Como, então, resolver a inconstitucionalidade da discriminação? Precisamente estendendo o benefício aos discriminados que o solicitarem perante o Poder Judiciário, caso por caso. Tal ato é insuscetível de declaração genérica de inconstitucionalidade por via de ação direta.”.* (1990:202-203).

A Administração Pública deve ser imparcial em relação aos seus destinatários, não pode privilegiar um cidadão em detrimento de outro. O privilégio entre os cidadãos fere os objetivos da República Federativa do Brasil, conforme dispostos no artigo 3º, especialmente no inciso IV: [...] *promover o bem de todos[...] sem quaisquer outras formas de discriminação.*

Referindo-se ao artigo 266 da Constituição Portuguesa, que trata do princípio da imparcialidade da administração, CANOTILHO (1991:178) escreveu que :

*“[...] o princípio da imparcialidade da administração[...] é um princípio simultaneamente negativo e positivo: ao exigir-se imparcialidade proíbe-se o tratamento arbitrário e desigual dos cidadãos por parte dos agentes administrativos, mas, ao mesmo tempo, impõe-se a igualdade de tratamento dos direitos e interesses dos cidadãos através de um critério uniforme da ponderação dos interesses públicos”.*

Exemplo II- Área da Saúde - Um cidadão precisa fazer um exame de urgência recomendado por um médico. Todavia, como sempre ocorre no sistema público de saúde, o

exame é marcado para data distante, não atendendo a necessidade do paciente, colocando em risco sua vida ou impedindo que sua doença seja curada, ou ainda, transformando a doença simples em doença crônica. O paciente poderia seguir, praticamente, os mesmos caminhos do exemplo I, pois o artigo 196 e ss. da Constituição Federal e as Leis 8.080/90 e 8.142/90 também, garantem que a saúde é dever do Poder Público e direito do cidadão. Caso o doente seja criança ou adolescente, tem, ainda, a garantia do Estatuto da Criança e do Adolescente. Porém, como é sabido, não existe investimento suficiente em saúde pública, tanto em ação preventiva, como em equipamentos, bem como na administração racional e recursos humanos.

Assim, a demanda é sempre maior que a oferta. E o não exercício ao direito à saúde é pior que o não exercício ao direito à educação, pois a fila de espera na área da saúde pública, não raras vezes, significa a morte e não apenas perda de tempo ou a morte intelectual, como é o caso da educação. Logo, a saúde é um "prato cheio" para os clientelistas e demagogos de plantão, pois o desespero faz a família procurar ajuda para cortar a fila, para ter o *privilégio* de ser atendido na frente de outro paciente com os mesmos problemas e, às vezes, até mais graves. Prova disso é a fila dos transplantes de órgãos, cotidianamente noticiada pelos jornais no mundo todo. Neste caso, há políticos que possuem, irregularmente, até ambulâncias para fazer clientelismo, assistencialismo e serem eternamente lembrados pelas famílias dos pacientes. Quando, na realidade, estes políticos nunca fizeram nada para melhorar o sistema público de saúde, pois vivem e obtêm seus votos às custas da miséria dos seus eleitores e, ainda, muitas vezes recebem cargos do Poder Executivo em troca de não fazerem denúncias ou reivindicações para melhorar o sistema e garantir, assim, o direito de todos, universalmente, e não de apenas alguns *privilegiados*.

É óbvio que não devemos confundir *clientelismo* com solidariedade. A solidariedade é um gesto nobre, humano, cristão, que todos os indivíduos devem ter, especialmente aqueles que aspiram por um mundo melhor. Mas para ser solidário não é preciso ter cargo público. É ato feito pela alma, prestado às próprias custas e não em função do cargo. A solidariedade é prestada sem *marketing* ou propaganda política. A solidariedade é voluntária, pode ser material ou não; às vezes depende de apenas um gesto, um elogio, uma crítica construtiva, um sorriso, disponibilidade de parte do tempo.

O clientelismo é prestado às custas do Poder Público, com "*marketing*" político, propaganda enganosa, desvio de função de quem o pratica e em detrimento da grande maioria dos necessitados. Assim, o político em vez de legislar, propor políticas públicas e fiscalizar os atos da Administração Pública, faz demagogia com o clientelismo, usurpando a representação

política que lhe foi outorgada.

Os dois exemplos citados são emblemáticos. A não solução destes problemas decorre da existência da demagogia e do clientelismo político, que acabam substituindo e desviando a verdadeira atribuição das pessoas que ocupam funções públicas.

Aquilo que está na Constituição e na Lei é para ser cumprido. Precisamos mudar a cultura da lei que “pega” e da lei que “não pega”. Outra cultura que precisa ser mudada é aquela do “*governo bom é governo que faz obras de concreto*”. O correto é dizer o seguinte: governo bom é governo que faz obras nas áreas sociais, como educação e saúde, pois são condições básicas para o exercício de outros direitos e para a garantia do desenvolvimento e da soberania nacional. Talvez a maior obra de um governo seja a educação política do povo para o exercício pleno da cidadania ativa.

O clientelismo tem a finalidade de amarrar politicamente o beneficiado. Os intermediários de favores, prestados às custas dos cofres públicos, são os chamados “*despachantes de luxo*”. O grande objetivo dos intermediários é o voto do beneficiado.

Muitos cidadãos acreditam que somente trabalham a seu favor os parlamentares e outras autoridades que são verdadeiros “*despachantes de luxo*”, clientelistas. Estes cidadãos enxergam o parlamentar como uma autoridade que será capaz de arrumar-lhe um emprego na prefeitura ou encaminhá-lo para alguma empresa privada acompanhado de uma cartinha de recomendação, ou, ainda, dar-lhe passagem de transporte gratuitamente, para “quebrar galhos” junto aos órgãos públicos, para ajudá-lo a não cumprir a legislação.

Concluimos que os próprios cidadãos, pela necessidade, pressionam os parlamentares e outras autoridades a serem clientelistas. Aquilo que as pessoas deveriam ter enquanto direito de cidadania passa a ser um dádiva das autoridades, quando, na realidade, as autoridades deveriam estar trabalhando, planejando para que todos tivessem direitos e deveres iguais e se transformassem em cidadãos e cidadãs ativos, sujeitos de direitos e de obrigações.

O *clientelismo* é a porta aberta da corrupção política e o pai e a mãe das irregularidades no uso da máquina administrativa pública com finalidades perversas. Os prejudicados são a maioria dos cidadãos e cidadãs que cumprem com seus deveres.

O parlamentar que faz *clientelismo* não fiscaliza e tampouco contraria os interesses políticos do Poder Executivo. Para fazer *clientelismo*, é necessário bom relacionamento com o governo, pois quem presta os serviços públicos não é o Legislativo, mas a Administração direta, indireta ou entidades privadas no exercício de função pública. A não fiscalização pode levar a obras contra o interesse público, ausência de políticas públicas nas áreas sociais, como saúde e educação, permanência de irregularidades nos contratos públicos, compras e obras

superfaturadas, serviços públicos precários, entre outros males. A não fiscalização dos atos da Administração Pública poderá levar a prejuízos irreparáveis para a comunidade.

Os *clientelistas*, “*despachantes de luxo*”, do Executivo e do , não promovem a cidadania e a politização da comunidade, não promovem políticas públicas de inclusão social, não buscam a universalização dos serviços públicos e a participação cidadã nas decisões da Administração Pública. Na realidade, vivem às custas da miséria social, política, espiritual e intelectual da população. Para estas autoridades não interessa a organização da comunidade. Não interessa a eles a consciência de direitos e as garantias constitucionais. A eles interessa a *patuléia*, clamando por favores a seus pés e depois agradecendo as migalhas recebidas pois, assim, o *curral eleitoral* se perpetua, juntamente com as misérias humanas!

### **1.1. Propostas para combater o clientelismo político**

- a) Desburocratização da Administração Pública para evitar a venda de facilidades;
- b) Mecanismos de transparência dos atos da Administração Pública e facilitação de informações;
- c) Informações corretas aos cidadãos, como divulgação dos serviços públicos existentes e como ter acesso a eles;
- d) Critérios bem definidos e democráticos para a utilização dos espaços e serviços públicos, a fim de garantir a igualdade de condições ao acesso, especialmente quando a demanda for maior que a oferta. Citamos, como exemplo, critérios sócio-econômicos para matrículas em creches e para o uso de espaços públicos;
- e) Ter como prioridade da Administração Pública a prestação de serviços com qualidade aos cidadãos e cidadãs;

f) Qualificação e requalificação constante dos servidores públicos, mostrando que eles são servidores da comunidade e não apenas do governante de plantão;

g) Estruturação da *máquina administrativa pública*, como informatização, central de informações, telefone exclusivo para reclamações e reivindicações, racionalização administrativa, aumento da capacidade da *máquina administrativa* para a prestação dos serviços públicos com rapidez e qualidade, eliminando, assim, a burocracia;

h) Conscientização e organização da comunidade, através da abertura de canais de participação nas decisões, como a discussão do orçamento público, discussão das prioridades, do planejamento urbano participativo, como as leis de zoneamento, uso e ocupação do solo, posturas, código de obras;

i) Audiências Públicas de Prestação de Contas dos atos do Executivo e do Legislativo;

j) Aulas públicas de cidadania;

k) Cursos de qualificação para agentes comunitários, sobre os princípios constitucionais da Administração Pública;

l) Disponibilização das informações na *Internet* e *inclusão informática*;

m) Políticas públicas integradas de inclusão social;

n) Debates públicos sobre os problemas da comunidade nos Legislativos, como prática constante e continuada;

o) Instituir o *ouvidor público*, indicado pelas entidades representativas da comunidade, com estabilidade na função durante determinado período,

estrutura própria e poder de receber as reclamações e denúncias da sociedade sobre a qualidade dos serviços e sobre eventuais privilégios.

## 2. O tráfico de influências

Aqui já não falamos de clientelismo ou assistencialismo, mas do *tráfico de influências*, de corrupção, de “acordos políticos de cavalheiros”. O tráfico de influências assemelha-se em muito ao *lobby* de empresas ou de pessoas que desejam determinada regulamentação ou desregulamentação contrária ao interesse público, ao bem comum ou desejam prestar serviços para a Administração Pública ou ser concessionária de serviços públicos, através de *licitações dirigidas*.

O *tráfico de influências* pode ocorrer nos três poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário. Não vamos citar nomes, pois o intuito do nosso trabalho é genérico, mas podemos exemplificá-lo com os famosos casos Superintendência de Defesa da Amazônia - SUDAM e Superintendência de Defesa do Nordeste - SUDENE; a construção da sede do Tribunal Regional do Trabalho em São Paulo e diversos outros casos que estão sob suspeita e investigação no Congresso Nacional e Ministério Público. A imprensa é farta em notícias sobre tráfico de influências nos três poderes e nas três esferas de governo.

Enquanto, no *clientelismo*, os envolvidos geralmente são pessoas pobres que necessitam dos serviços públicos com mais constância, o tráfico de influências é feito às custas do Poder Público para beneficiar, normalmente, as pessoas mais ricas em detrimento da maioria da população e do interesse público.

O *tráfico de influências* existe para evitar fiscalizações referentes aos direitos trabalhistas, ao meio ambiente, a uma obra irregular, a produtos que coloquem em risco a saúde pública (medicamentos, produtos químicos para a agricultura, como os pesticidas), obras e tarifas superfaturadas; publicidades enganosas, para obtenção de informações privilegiadas do Poder Público (como as do Banco Central, quais áreas serão desapropriadas, qual o traçado de uma futura via, a questão das privatizações, os *pacotes econômicos*), entre outras dezenas de fatos que poderiam ser citados.

O *tráfico de influências* não é feito apenas por convicção política ou ideológica. Na maioria das vezes, é feito por dinheiro, para fins pessoais ou para as campanhas políticas. Ou se faz o *tráfico de influências* ou não se terá financiamento para a próxima campanha eleitoral ou mesmo para a garantia do *clientelismo* ou *assistencialismo político*. Uma autoridade, para

fazer clientelismo e assistencialismo, precisa de dinheiro. Este dinheiro poderá provir do *tráfico de influências* que ele faz para quem tem condições de financiá-lo. Fica comprometido, às vezes tem boas intenções, mas nada poderá fazer, pois fica amarrado e quando sai da linha é denunciado pelas próprias pessoas que se beneficiaram dos seus atos de influência, as quais passam as informações para seus opositores e logo arrumam outro traficante de influências, talvez mais competente, mais discreto, mais ousado, com menos escrúpulos e mais convicto. Com a história deste tipo de comprometimento muitos bons administradores públicos se perderam no meio do caminho.

O *clientelismo político* é perverso, pois acaba perpetuando o estado de miséria humana, a despolitização, a inconsciência dos direitos de cidadania e das garantias constitucionais. No entanto, neste caso, bem ou mal, acaba se beneficiando, em relação ao núcleo social a que pertence, alguém que já era titular de uma garantia constitucional de direito com ou sem o “jeitinho”. Na verdade, no caso do *clientelismo político*, a pessoa é enganada pelo agente do Legislativo ou do Executivo, sobre algo a que já teria direito.

No entanto, no caso do *tráfico de influências*, a pessoa ou o grupo de pessoas beneficiárias não são titulares de direito algum e fazem parte da elite social que vive às custas dos mais pobres, dos mais desvalidos, que pagam por estes serviços. Neste caso, não existe *marketing* e não há publicidade, pois todos os envolvidos desejam manter as aparências de estarem conforme os princípios constitucionais da Administração Pública.

### **Exemplo fictício ou hipotético de tráfico de influência: Concessão de Serviço Público de Transporte Coletivo:**

Um grande exemplo de tráfico de influências são as concessionárias de serviços públicos referentes ao transporte coletivo de passageiros. Com muitas e honrosas exceções, estas empresas concessionárias relacionam-se com autoridades e servidores públicos municipais, estaduais e federais do Poder Executivo, mandam e desmandam nos usuários, abusam, financiam campanhas políticas e pessoais, ganham muito dinheiro às custas de passageiros que não têm tempo para se organizarem pois trabalham longe, levantam cedo, chegam a suas casas cansados, utilizam-se de duas a seis conduções diariamente. Os *coletivos* estão sempre lotados e as passageiras são as mais desrespeitadas, uma vez que a cultura machista impera em nossa comunidade, não faltando abuso sexual dentro destes veículos.

O instrumento legal para a definição da tarifa pública das concessionárias de transporte coletivo é o Decreto ou Portaria do Poder Executivo Municipal, Estadual ou Federal (dependendo se a titularidade da linha do coletivo for de competência municipal, intermunicipal ou interestadual). O valor da tarifa é fundamentado numa planilha de custos, cujos itens são fornecidos pela Associação Nacional de Transportes Públicos.

Ocorre que existem dúvidas se os itens constantes destas planilhas são fundamentados na realidade dos fatos, tendo em vista que sobre eles raramente existem controle institucional ou social. Vamos a alguns itens:

a) O maior custo de uma tarifa é dado pelo item recursos humanos. Temos neste item encargos sociais, porém uma boa parte das empresas não recolhem os encargos sociais sobre horas-extras dos motoristas e cobradores, pois normalmente, esses trabalhadores preferem receber a remuneração extraordinária na *boca do caixa*; isto é, no final de cada expediente ou semanalmente, com a finalidade de gastar no *boteco* e em outros interesses particulares, sem a necessidade de prestar contas à esposa ou ex-esposa ( neste caso para efeitos de pensão alimentícia, já que nesta categoria existem muitos cidadãos com mais de uma família). Assim, a empresa ganha ao deixar de recolher encargos sociais sobre essa remuneração extraordinária. É lógico que o problema, neste caso, seria do Sindicato, do Ministério do Trabalho, da Previdência Social. No entanto, o Poder Executivo, ao editar o Decreto ou a Portaria de reajuste da tarifa poderia exigir o comprovante do recolhimento dos encargos sociais, pois todos devem defender o Estado Democrático de Direito, além de ser um item constante da planilha de custos que vai compor a tarifa pública.

b) Normalmente o número de veículos que deveriam ser colocados à disposição dos usuários, pelo contrato administrativo , é menor que o número citado na planilha. Assim, a empresa ganha novamente, pois dispõe de menos veículos, recursos humanos, insumos, combustível etc;

c) Frota-reserva, normalmente não existe e a quantia citada pelas planilhas e exigida pelo contrato administrativo não é cumprida;

d) Idade da frota, também tem influência na tarifa; neste caso, quase sempre é maior do que a citada ;

e) Número de passageiros - este é o mais difícil de controlar. Assim, geralmente é colocado na planilha um número menor do que o existente. A questão do número de passageiros é emblemática. Vamos aos cálculos hipotéticos: supondo que o número de passageiros mensal do sistema de transporte coletivo de um determinado local seja

de 5 milhões de pessoas, mas na planilha de custos foi colocado que era apenas de 4,5 milhões de passageiros/mês. Neste caso o sistema ganha 500 mil passagens por mês ou 6 milhões de passageiros anualmente. Supondo que a tarifa pública fosse de R\$1,40 e multiplicando este valor por seis milhões, teríamos um “caixa dois” de 8,4 milhões de reais anualmente, somente neste item. Lembramos que muitos Municípios da grande São Paulo têm este número de passageiros. Assim, é possível financiar muita campanha às custas dos usuários que andam espremidos nos ônibus! Dá para comprar muita influência para não ser fiscalizado ou aumentar muito o lucro.

f) Veículos, insumos, combustível são considerados, para efeito de tarifa, pelo valor de mercado, porém eles podem comprá-los por valor menor do que o colocado na planilha, uma vez que adquirem em grande quantidade. Até aí, digamos que é lucro pelo risco do negócio, é a capacidade de gerenciamento, esperteza admitida no sistema capitalista. Mas onde estão os expertos a favor dos usuários que andam espremidos nos *coletivos*, iguais a sardinhas enlatadas?

g) Outra questão é o chamado arredondamento de tarifa; neste caso nunca é para baixo; sempre é feito para beneficiar a concessionária. Exemplo: o valor hipotético da tarifa encontrado em decorrência da planilha é de R\$1,38, neste caso arruma-se a seguinte lógica: caso fosse R\$1,37 poderia ir para R\$1,35, mas para não criar confusão passamos para R\$1,40, como se não existisse moeda de R\$0,01. Nesta brincadeira de mau gosto para o usuário, as empresas faturam, na hipótese do número real de passageiros citados, mais R\$1,2 milhões. Aí poderia ter mais dinheiro para o “caixa dois” ou mais lucros para as empresas.

Os exemplos citados, obviamente, são hipotéticos; porém não tenho dúvidas de que eles podem ser verossímeis e realmente ocorram em diversos Estados e em diversos Municípios, porque existe *tráfego de influências* de servidores públicos e autoridades corruptas e pela ausência de transparência, de organização e participação dos usuários e de controle social sobre os sistemas de transporte público coletivo de passageiros.

É fato que uma parte dos empresários não concordam com este tipo de *esquema*. Por um lado, porque nem sempre ganham; às vezes ficam no prejuízo. Quando não fazem parte do *esquema*, ficam com as piores linhas, isto é, com menos passageiros e, ainda, são rigorosamente fiscalizados, com o sentido de devassa ou vingança, a pedido de seus próprios pares. Por outro lado, porque desejam viver tranquilos, sem compromissos políticos ou com *esquemas* que podem desmoronar, às vezes, em decorrência de disputas sindicais, por espaços políticos entre oposição e situação ou disputas entre os próprios empresários do setor.

O pior é que alguns Legislativos não fiscalizam o sistema e quando dizem que fiscalizam, com muitas honrosas exceções, é no sentido de criar dificuldades para as autoridades do Executivo e os empresários do setor e depois vender facilidades, através de chantagens. Infelizmente, existem alguns Legislativos, cuja parte de seus membros é controlada (tomando-se, aqui, o termo *controle* no sentido de *domínio*) pelas concessionárias de serviços públicos; isto é, estão nos seus *caixas dois*, recebendo uma *remuneração* extra mensal, muitas vezes maiores que suas remunerações legais!

A verdade é que muitas administrações procuram corrigir estes problemas, mas raramente conseguem, pois o *canto da sereia* do financiamento da campanha eleitoral é muito convincente. Ou se financia quem está no governo ou eles financiam a oposição para derrubar o governo. No entanto, acredito que exista alternativa, como o financiamento público das campanhas eleitorais.

O exemplo hipotético analisado é insignificante, é muito menos importante que os exemplos abaixo relacionados fictícios ou hipotéticos de outros possíveis *esquemas de tráfico de influências*:

a) Concessionárias das vias públicas estaduais, aquelas que recebem de presente rodovias bonitas e, apenas têm o trabalho de colocar as cabines de pedágios e quando chega o momento de fazer a manutenção e os investimentos necessários solicitam aumento de tarifas com base em planilhas duvidosas! É um caso que precisa de transparência, investigação, de fiscalização constante e de controle social.

b) Construção de casas populares . Existem mais de cem contratos irregulares, segundo o Tribunal de Contas do Estado , da Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo (CDHU). Outro problema é a forma de distribuição das casas populares aos necessitados. Aí poderá haver, além do tráfico de influências, o clientelismo político.

c) Serviços de coleta de lixo e varrição dos resíduos dos logradouros públicos e limpeza dos órgãos públicos;

d) Empresas de construção de obras públicas;

e) Empresas de vigilância dos próprios públicos;

f) Empresas de fornecimento de alimentação para os servidores públicos, aos presidiários e à FEBEM;

g) As concessionárias de serviços públicos de energia elétrica;

h) As concessionárias de serviços públicos de comunicação, como emissoras de Televisão, Rádios e serviços de telefonia móvel e fixa;

i) O tráfico de influências dos peritos judiciais, especialmente no caso dos chamados precatórios ambientais do Estado de São Paulo, em que o Poder Público, graças a muitos pilantras terá que arcar com indenizações bilionárias, dez, vinte ou até cem vezes mais que o valor justo da indenização.<sup>23</sup>

Todavia não faz parte do objeto desta monografia analisar todos os casos. Acredito que apenas um exemplo analisado basta para alertar a sociedade sobre o estrago que o tráfico de influências faz ao Estado Democrático de Direito e à República.

Apesar da maioria dos exemplos referir-se a questões hipotéticas, poderiam render uma boa fiscalização para os Legislativos Municipais, Estaduais e Federal, Associações de Usuários de Serviços Públicos, Ministério Público e Tribunais de Contas.

A fiscalização é imprescindível e necessária, pois não podem existir segredos na Administração Pública direta, indireta ou entidades privadas no exercício de função pública, a não ser aqueles determinados por lei. E, ainda, a fiscalização não pode depender da vontade de quem deve ser fiscalizado, mas da vontade política de quem deseja fiscalizar, seja o Legislativo, as autoridades que têm a função de controle interno no Executivo ou a sociedade, individualmente ou organizada em associações. É para isso que existe a Constituição que garante o Estado Democrático de Direito, onde os detentores do poder estão submetidos ao controle dos destinatários do poder, como lecionou LOEWENSTEIN (1986:54).

## **2.1. Propostas para controlar o sistema de transporte coletivo urbano de passageiros**

As propostas para combater o tráfico de influências, praticamente, são as mesmas para combater o clientelismo e o assistencialismo político. O essencial é a promoção da cidadania ativa e participativa, a educação de forma geral, especialmente a educação e a cultura da politização, da organização, do interesse público, do civismo, a exigência de transparência da Administração Pública e a luta pela aplicação da Constituição e pelo Estado Democrático de Direito. Mas vamos a algumas propostas, especialmente no exemplo analisado.

---

<sup>23</sup> Este exemplo, diferente dos demais, não é hipotético. As provas estão à disposição da comunidade na Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, as quais foram colhidas durante a Comissão Parlamentar de Inquérito e constam do relatório final da chamada “ C.P.I. da *Máfia das Indenizações Ambientais* ”.

- a) Colocar catracas eletrônicas lacradas, aferidas pelo INMETRO, sem a dispensa do cobrador, em todos os veículos de transporte coletivo; somente assim seria possível conhecer o número real de passageiros;
- b) Colocar o Sistema sob a supervisão de entidades de defesa dos interesses dos consumidores, como o PROCON, o IDEC e Associação dos Usuários;
- c) Conselho Democrático do Sistema de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros, com a participação dos usuários, trabalhadores, empresários e Administração Pública com a garantia de obterem qualquer informação sobre o sistema, sem burocracia;
- d) Expor em lugar visível, dentro dos veículos, a divulgação de formas de fiscalização do sistema, as datas, horários e locais das reuniões do Conselho de Transporte, a qual deve, sempre, ser realizada em local de fácil acesso e aberta a qualquer interessado;
- e) A fiscalização do sistema deve ser direito de todos os usuários, sem burocracia. Por exemplo, anotar todos os meses o número de passageiros transportados pelo veículo que, normalmente, utiliza.
- f) A definição das tarifas deve ser precedida de debates e Audiências Públicas, com ampla divulgação, no mínimo dentro dos próprios veículos, com antecedência razoável para que todos possam obter as informações que desejarem, através de certidões da Administração Pública.
- g) A realização anual de conferências de transporte público urbano de passageiros para discutir a qualidade do sistema, formas de fiscalização, de controle social, custos, etc;
- h) Concorrência pública para concessão das linhas;
- i) Caixa único de tarifas com a finalidade de fazer as linhas com grande superávit compensarem as linhas deficitárias;
- j) Com a finalidade de controlar o número de viagens e o cumprimento dos horários, devem ser colocados sensores em todos os veículos, para registro em pontos estratégicos das linhas. Tais sensores devem ser lacrados, aferidos pelo INMETRO e controlados pelas entidades de defesa dos consumidores.
- k) Convênio entre receita federal, estadual e municipal, e os órgãos da Previdência Social e Ministério do Trabalho com a finalidade de evitar fraudes fiscais e trabalhistas, além de facilitar o controle público e social do sistema, através de cruzamentos de dados;

l) Cópias de todos os documentos dos veículos (RENAVAN) devem ser colocados à disposição de qualquer interessado, na sede do Conselho, com a finalidade de controlar o número de veículos e a idade média da frota;

m) Todos os dados do sistema devem estar à disposição de qualquer interessado, tanto na sede do conselho, como na *INTERNET*, para análise, fiscalização e controle.

Muitos poderiam dizer que a aplicação destas propostas seria uma ingerência indevida no sistema, já que as empresas são privadas. Ledo engano, pois as empresas de transporte coletivo urbano de passageiros são concessionárias de serviço público, de caráter essencial, conforme o artigo 30º, V da Constituição. Assim, a titularidade é pública, o sistema é público e a operação é privada.

Logo, as concessionárias de serviços públicos estão submetidas aos mesmos princípios e regras da Administração Pública e, especialmente, à fiscalização, ao controle social de quem paga a tarifa, que são os destinatários (no caso, os usuários dos serviços de passageiros).

### **3. O assistencialismo e o paternalismo político**

O assistencialismo ou paternalismo, o clientelismo e o tráfico de influências caminham de mãos dadas para impedir a promoção da cidadania, da dignidade da pessoa humana, a politização e as políticas públicas de combate à pobreza e à ignorância.

O assistencialismo não encara o ser humano como um sujeito de direitos e obrigações, com dignidade, mas como um ser desprezível, que necessita somente de ajuda e de caridade de forma episódica e não continuada. Fazer assistencialismo e paternalismo é como dar o peixe, mas nunca ensinar a pescar. É dar a ajuda para o desencargo de consciência, porém não criar condições objetivas para que o ser humano possa sair da condição em que se encontra. O assistencialismo puro e simples não leva à inclusão social do ser humano e à aplicação das garantias constitucionais e à democracia plena, pois de que valem garantias constitucionais formais, democracia política aos excluídos? Eles vivem sob a ditadura da exclusão em todos os aspectos; isto é, são despossuídos de bens materiais, de formação e de informação. A eles não interessam os direitos fundamentais da primeira geração, de resistência ao Estado.

O assistencialismo puro e simples, geralmente, não é algo formalmente ilegal, talvez situe-se mais no campo da imoralidade ou da ética política. É uma questão polêmica, porque

depende muito do ponto de vista de cada pessoa. Porém, acredito que o assistencialismo pode levar as autoridades a cometerem ilegalidades para atingirem seus objetivos políticos. Senão vejamos:

Um parlamentar para manter uma ambulância em seu gabinete com o fito de prestar assistencialismo a seus eleitores, poderia ser encarado numa análise superficial e ingênua como um motivo nobre, de caridade, de solidariedade. Mas, numa análise mais aprofundada, podemos fazer os seguintes questionamentos : 1-Quanto custa uma ambulância e quem paga? 2-Quanto custa o salário do motorista e quem paga? 3-O parlamentar poderia, pela legislação, possuir uma ambulância? 4-Caso pudesse possuir uma ambulância , bastaria o motorista para dirigi-la? 5- Este parlamentar fiscaliza, propõe políticas públicas para o sistema de saúde, estuda o assunto, fez emendas ao orçamento público para melhorar as condições de saúde da população? 6-Este parlamentar informa a população de seus direitos constitucionais na área da saúde?

Com raras e honrosas exceções vamos chegar às seguintes conclusões: 1-Quem paga a ambulância e o salário do motorista é um terceiro, cujo parlamentar fez algum tráfico de influência junto ao Executivo ou defende seus interesses no Legislativo; 2- O motorista poderá ser funcionário do parlamento, caso em que se configura o desvio de finalidade, pois o funcionário é pago para exercer outras funções e não esta; 3-A legislação exige outros profissionais numa ambulância, além do motorista, como o paramédico; 4-Normalmente este parlamentar não fiscaliza o Executivo, não propõe políticas públicas para a área da saúde e não informa a população de seus direitos constitucionais.

Portanto, numa análise mais aprofundada, vamos perceber que os assistencialistas cometem diversas ilegalidades contra o interesse público, além de não promoverem a dignidade da pessoa humana e a cidadania, princípios que fundamentam a República.

Vejamos alguns exemplos de assistencialismo:

Assistencialismo é enviar cestas básicas para os famintos do Nordeste ou para o Vale do Ribeira no Estado de São Paulo, mas continuar promovendo o liberalismo econômico e financiando os políticos corruptos; aqueles que utilizam dinheiro público com a finalidade de fazer poços artesianos em suas fazendas e depois distribuem água para a comunidade e viram heróis que fazem doações e milagres às custas dos cofres públicos e da ignorância dos seus eleitores. Assistencialismo é dar moeda nos cruzamentos de trânsito para as crianças em situação de risco, por medo de ser assaltado, mas não promover os direitos e as garantias do Estatuto da Criança e do Adolescente, não se interessar pelo Conselho de Direitos, pelos Conselhos Tutelares, pela farsa chamada FEBEM, que não educa para a cidadania mas forma

para o crime e gasta cerca de R\$ 1.700,00 por mês para cada interno! O assistencialismo existe para eleger candidatos que nunca promoveram e nunca hão de promover a cidadania, pois a situação de miséria é uma forma de controle (no sentido de domínio) da sociedade, de alienação política, intelectual, religiosa, ideológica! O assistencialismo é levar enxovalzinho para bebê na favela, com o cartãozinho da política, da *primeira dama*, cuja finalidade é constranger a mãe do bebê e sua família a votarem no candidato da *primeira dama* nas próximas eleições; digo mãe, porque o pai normalmente desaparece ou foi assassinado na última chacina. Assistencialismo é parlamentar manter ambulância, de forma irregular, para transportar pacientes ao hospital público, quando este parlamentar deveria exigir, lutar, fazer propostas para que o sistema de saúde tenha ambulância à disposição de todos, conforme o artigo 196 da Constituição Federal. Assistencialismo é parlamentar manter advogado no gabinete, com a finalidade de garantir assistência judiciária para alguns *cabos eleitorais*, quando, na realidade, deveria utilizar seus assessores para fiscalizar os atos da Administração Pública, elaborar projetos de leis, propor políticas públicas e exigir a criação ou ampliação da Defensoria Pública com advogados suficientes para atender à demanda da população desvalida que não tem acesso ao Judiciário, por exemplo, em investigação de paternidade.

### **3.1. Algumas propostas para combater o assistencialismo e o paternalismo político**

a) Garantir assistência pública, com critérios bem definidos, para as famílias que estão abaixo da linha de pobreza, com cestas-básicas, calçados e roupas por um determinado período, renda mínima, porém combinada com políticas públicas integradas de inclusão social. Esta proposta parece contraditória. No entanto, não é, pois a assistência, neste caso, deixa de ser uma dádiva para ser um direito público subjetivo; isto é, suscetível de garantia jurídica. Assim, o cidadão necessitado não fica à mercê de uma autoridade boazinha, mas de um direito.

b) Políticas Públicas de Inclusão Social Integrada, nas três esferas de governo: bolsa escola mais renda mínima, alfabetização de jovens e adultos, programa de saúde da família, programa de internação domiciliar de pacientes;

c) Defensorias Públicas integradas entre Estados e Municípios, com a finalidade de garantir acesso ao Judiciário, informações jurídicas, investigação de paternidade, documentos pessoais completos às pessoas necessitadas;

- d) Cursos de formação profissional;
- e) Organização das comunidades carentes em cooperativas de trabalho e de produção;
- f) Divulgação e implementação das seguintes legislações federais: a) da LOAS - Lei Orgânica da Assistência Social ; b), da Lei n. 7.853/89 e Decreto n. 914/93 que tratam da Política Nacional das Pessoas Portadoras de Deficiência ou seja de dez por cento da população brasileira; c) das Leis Orgânicas da Saúde, Leis n. 8.080/90 e n. 8.142/90; d) Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA, Lei n. 8.069/90;
- g) Incentivo ao trabalho voluntário na área da Assistência Social;
- h) Parcerias entre o Poder Público e a iniciativa privada, incentivando a idéia da responsabilidade social das empresas;
- i) Reforma tributária com a finalidade de criar no país um sistema tributário justo:
- j) Tributação progressiva. Assim, quem tem mais paga mais, quem tem menos paga menos e quem tem menos do menos deveria ter um imposto negativo ou renda mínima;
- k) Tributar as grandes fortunas e as grandes heranças;
- l) Distribuição justa dos tributos entre os Estados e entre os Municípios. Assim, os impostos da União deveriam ser distribuídos aos Estados e Municípios mais pobres, com o fito de acabar com as desigualdades sociais e regionais (artigo 3º, III da C.F.) e os impostos dos Estados, especialmente a quota-parte do ICMS ,deve ir para os Municípios mais necessitados utilizando o critério populacional de distribuição e não o critério do valor agregado como é hoje, pois este critério beneficia os Municípios mais ricos em detrimento dos mais pobres, além de incentivar a *guerra fiscal*;
- m) Fim da *guerra fiscal* entre os Estados e entre os Municípios, pois a grande maioria perde e uma minoria ganha;
- n) Políticas públicas nas três esferas de governo para o desenvolvimento social e econômico sustentado e sustentável;
- o) Incentivos para que os Municípios ,que tenham identidades em comum consorciem-se nas áreas da saúde, aterros sanitários, bacias hidrográficas e na prestação de serviços públicos;
- p) Incentivo às culturas locais e regionais;
- q) Políticas de geração de emprego e renda integrada às três esferas de governo: federal, estadual, municipal.

As políticas públicas de combate à pobreza são uma obrigação constitucional da Administração Pública, conforme podemos extrair dos artigos 3º, III , 203 , 204 da Constituição Federal.

Dispõe o artigo 3º, III do citado diploma:

*“ Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:*

*[...]*

*III- erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” .*

Já o artigo 203, prescreve o seguinte:

*“Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:*

*I- a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;*

*III- o amparo às crianças e adolescentes carentes;*

*V- a promoção da integração ao mercado de trabalho;*

*VII- a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;*

*IX- a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei”.*

Ainda, cite-se o teor do artigo 204:

*“Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art.205, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:*

*I- descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social; (grifado)*

*III -participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis”(grifado)”*

Seguindo a doutrina CANOTILHO (1991:189) sobre o sistema interno de princípios e regras constitucionais, o artigo 3º, III, tem uma abstração relativa muito grande, por isso é um princípio constitucional estruturante, que vai ganhando concretização com o artigo 5º, direito à isonomia, que é uma regra constitucional geral, chegando aos artigos 204 e 205, que são uma mistura de princípios constitucionais especiais, com regras constitucionais, em decorrência da diminuição da abstração e aumento da densidade jurídica. Chega-se à unidade da Constituição sobre o direito à assistência social do cidadão, completado pela Lei Orgânica da Assistência Social :

*“O sentido histórico, político e jurídico da constituição escrita continua hoje válido: a constituição é a ordem jurídica fundamental de uma comunidade. Com os meios do direito ela estabelece os instrumentos de governo, garante direitos fundamentais, define fins e tarefas. As regras e princípios jurídicos utilizados para prosseguir estes objectivos são, como se viu atrás, de diversa natureza e densidade. Todavia, no seu conjunto, regras e princípios constitucionais valem como ‘lei’; o direito constitucional é direito positivo. Neste sentido se fala na ‘constituição como norma’ (GARCIA DE ENTERRIA, 1985) e na ‘força normativa da constituição’ (K. HESSE)”. CANOTILHO (1991:189).*

Assim, os administradores públicos, dos três poderes, de todas as esferas de governo, têm o dever de caminhar no sentido de fazer cumprir os objetivos da Constituição da República Federativa do Brasil. Os caminhos a serem seguidos podem ser diferentes de autoridade para autoridade, mas os objetivos são muito claros e obrigam a todas as autoridades da mesma maneira. Portanto, os caminhos podem estar dentro do campo da discricionariedade, porém os objetivos, não. Logo, nenhum projeto de governo poderá ser contrário aos objetivos da Constituição, não importando o partido, a ideologia, a religião, a cultura, a classe social do administrador público, dos legisladores e dos julgadores.

Deveria existir um grande projeto nacional em consenso entre os Municípios, Estados, União, pelos três poderes, para garantir, no Brasil, a inclusão social integrada dos cerca de trinta por cento de brasileiros e brasileiras que estão excluídos de renda, de educação, da alimentação básica, da saúde, da cultura. Este projeto deveria, ainda, ser aprovado por um grande plebiscito, após a realização de seminários e amplos debates. Somente desta forma aplicaríamos o artigo 3º da Constituição, pondo fim, de uma vez por todas, ao clientelismo e ao assistencialismo político, fatores que, sem dúvida, restringem a participação popular e o controle social dos atos da Administração Pública.

#### **4. As dificuldades de acesso efetivo ao Poder Judiciário**

O Judiciário é o Poder mais hermético do Estado e, por isso, o mais distante da sociedade. E isso, não obstante suas audiências e julgamentos serem públicos e não se trate de um Poder monolítico. Na primeira instância “*cada juiz é uma sentença*”, porém existe sempre a possibilidade de recurso às instâncias superiores, as quais são plurais.

O Poder Judiciário é visto por uma grande parcela da população como um aparelho voltado apenas para atender aos interesses de uma pequena elite.

É verdade que todos os cidadãos têm garantido, formalmente, o acesso ao Poder Judiciário, conforme podemos extrair do artigo 5º, XXXV da Constituição, denominado princípio da inafastabilidade da jurisdição, mas desde que contratem um advogado e arquem com as despesas e custas judiciais.

O acesso à jurisdição é mais que um direito público subjetivo. É a garantia do exercício dos direitos fundamentais da pessoa humana. Todavia, para muitos ou para a grande maioria da população é apenas uma formalidade, sem efetividade, sem eficácia social.

Agora ficou claro que o vocábulo *acesso* não significa o direito formal da inafastabilidade à função jurisdicional do Estado, mas o modo como as pessoas exercem efetivamente seus direitos subjetivos junto ao Judiciário; isto é, como as pessoas garantem este direito.

Para melhor explicitar o sentido que adotamos de acesso ao Judiciário, ilustramos o nosso trabalho com os ensinamentos de CAPPELLETTI & GARTH:

*“Embora o acesso efetivo à justiça venha crescentemente aceito como um direito social básico nas modernas sociedades, o conceito de ‘efetividade’ é, por si só, algo vago. A efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como completa ‘igualdade de armas’\_ a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos.” (1978:15)*

Mesmo assim, aos poucos, os cidadãos vão descobrindo o Judiciário para a garantia de direitos públicos subjetivos consagrados, por exemplo, no Estatuto da Criança e do Adolescente e para a garantia de interesses coletivos e difusos.

A Constituição Federal de 1988 deu abertura para a substituição processual, por meio do Ministério Público ou através de Associações, Sindicatos e, por isso, milhões de cidadãos e cidadãs começam a ter acesso à justiça. Um exemplo são as ações civis públicas referentes aos direitos dos consumidores, da criança e do adolescente, dos deficientes, mas, sobretudo, o caso da ação coletiva referente ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

Todavia, apesar dos avanços, as ações para a defesa do patrimônio público ou para a garantia de direitos às informações de interesse coletivo movidas individualmente, por cidadãos, são raras. Quem tem promovido essas ações, até por dever de ofício, é o Ministério Público.

Vamos a um exemplo de dificuldade de acesso ao Judiciário: um cidadão solicita uma informação com o intuito de fiscalizar a Administração Pública, em forma de certidão, conforme lhe é garantido pelo artigo 5º, XXXIII, XXXIV, *a e b*, da CF, de forma que o prazo previsto em lei para o recebimento da informação é de quinze dias. Neste caso, o cidadão vai encontrar a primeira dificuldade ao protocolar o requerimento e, mesmo conseguindo protocolá-lo, enfrenta dificuldades para receber a informação completa e correta. Assim, o

caminho a ser seguido é o Judiciário. Como tem um direito líquido e certo à informação junto ao órgão público, poderá impetrar Mandado de Segurança. Mas para isso, deverá contratar um advogado, além de arcar com outras despesas judiciais. Após a obtenção das informações poderá constatar alguma irregularidade ou prejuízo ao patrimônio público. Logo, poderá mover uma Ação Popular. Novamente terá a necessidade de contratar outro advogado e, assim, terá mais despesas judiciais. Desta forma, o direito de petição, de informação pública e a certidão ficam restringidos.

Ao se restringir estes direitos, está-se dificultando ou mesmo impedindo o controle social dos atos da Administração Pública, na prática. Assim, as restrições de acesso ao Judiciário tornam ineficazes os direitos fundamentais ao controle social do poder político.

#### **4.1. Alguns fatores que limitam o acesso ao Judiciário**

a) A necessidade da intervenção de advogado, conforme dispõe o artigo 133 da Constituição, é sem dúvida uma vantagem técnica para os litigantes, mas ao mesmo tempo é um problema, tendo em vista que o valor dos honorários advocatícios está acima das possibilidades financeiras da grande maioria da população;

b) O medo real ou fantasioso de sofrer represálias por parte da Administração Pública no caso de mover ações judiciais em face da mesma;

O pensamento aqui expressado é de lavra própria, como de resto quase todos os tópicos deste trabalho, mas se não poderia deixar de ilustrá-lo com as lições de MELLO, C. (1994:66-67):

*“Ainda persiste, anacronicamente \_ e de parte a parte \_ a relação súdito-soberano, com todas as implicações, inclusive psicológicas e psicossociais, aí envolvidas. Mesmo nos segmentos sociais mais evoluídos, raramente as pessoas se elevam a preocupações que transcendam os interesses de cada um. Finalmente, a sociedade civil, sobre desconhecer a amplitude dos meios disponíveis para controle do poder político estatal, não confia na eficácia factual daqueles meios que conhece e freqüentemente teme as retaliações que podem advir do uso deles.”(grifo nosso)*

c) A falta de controle social das atividades do Poder Judiciário, por exemplo, o não cumprimento de prazos, inclusive na distribuição de processos;

d) A questão cultural que faz distanciar a comunidade e os juízes. Neste caso, a maioria dos juízes se colocam acima da comunidade aumentando, ainda mais, o distanciamento. Uma parcela da comunidade enxerga o juiz como a autoridade que manda prender e manda soltar e que está acima do bem e do mal, inclusive da lei, e o pior, é que muitos juízes acham mesmo que estão!;

e) Uma grande parcela da comunidade acredita que o Judiciário existe para atender aos interesses da elite e não aos dos pobres;

f) As custas e despesas judiciais, a linguagem jurídica, a burocracia, a morosidade, os rituais desnecessários, o distanciamento, a falta de informatização, os espaços pouco funcionais e suntuosos, a distância da periferia, as férias forenses, a falta de funcionamento à noite, nos feriados e em finais de semana, a dificuldade de ser ouvido pelo juiz; os julgamentos diferenciados para casos semelhantes;

g) A não aplicação integral do artigo 134 da Constituição, que criou o Instituto da Defensoria Pública, sendo que, nos lugares onde ela foi criada, dificilmente esta instituição fornece defensores para o cidadão mover ações contra a Administração Pública.

As Defensorias Públicas deveriam ser prioridade de todos aqueles que promovem a cidadania, o princípio da isonomia e a República, pois as Defensorias Públicas representam a possibilidade de se garantir a assistência judiciária gratuita às pessoas que dela necessitam para defender, junto ao Poder Judiciário, interesses juridicamente protegidos.

As Defensorias Públicas poderiam, ademais, fornecer advogados para os cidadãos fiscalizarem a Administração Pública, mesmo que o cidadão não estivesse dentro dos atuais critérios estabelecidos para a assistência judiciária gratuita.

A utilização das Defensorias Públicas para a fiscalização dos atos da Administração Pública tornaria eficaz, na prática, o direito público subjetivo ao controle social do poder político, uma vez que por mais espírito cívico que tenha o cidadão, ele não tem a obrigação de gastar dinheiro do próprio bolso para custear uma ação que beneficiará o conjunto da sociedade, mesmo que tenha interesse próprio envolvido.

O custeio de uma ação para o benefício da coletividade deve ser sustentado pelo erário, uma vez que o objetivo do controle social em última instância é a proteção dos cofres públicos, os quais pertencem à coletividade.

Através da Defensoria Pública e da isenção de custas e outras despesas processuais, o cidadão estaria financeira e tecnicamente assistido para fazer o controle social dos atos da Administração Pública com efetividade. Assim, o direito fundamental ao controle social teria eficácia plena.

### **5. As dificuldades de acesso às informações públicas**

Embora as informações de interesse público sejam direitos públicos subjetivos de todos os cidadãos, existem dificuldades para os cidadãos obterem as informações junto aos órgãos públicos. Creio que tais dificuldades existem em decorrência da falta de cultura cívica, tanto da sociedade quanto dos servidores públicos, os quais, no geral, não gostam de dar informações, agindo como se todas as atividades da Administração Pública fossem segredos de Estado.

Não raras vezes, os agentes estatais esquecem que “*A actividade da Administração é uma actividade de subsumção dos factos da vida real às categorias legais*” (QUEIRÓ, 1989:103).

A grande maioria das repartições públicas sequer tem protocolo para receber petições, requerimentos, representações ou reclamações dos cidadãos.

Vemos, ainda, nas três esferas de governo e nos três poderes, a desconfiança do servidor em relação ao cidadão, a falta de espírito público, a falta de transparência e o despreparo da *máquina* administrativa, além da inexistência, na grande maioria das repartições públicas, de mecanismos ou canais de participação popular. Os agentes da administração acreditam que não devem satisfações à comunidade. Não raras vezes, observamos as famosas frases ameaçadoras: *ofender funcionário público dá cadeia*. E ofender cidadão? É lógico que ninguém pode ser ofendido, nem o cidadão, nem o servidor público que, também, é cidadão.

Os obstáculos para a obtenção de informações de interesse pessoal ou coletivo junto aos órgãos públicos limitam o direito público subjetivo ao controle social dos atos da função administrativa do Estado.

## 6. A falta de cultura participativa e de fiscalização

A maioria da sociedade acredita que para os cidadãos fiscalizarem os atos da Administração Pública é necessário *ser do contra*; isto é, a fiscalização é vista mais como um espírito de vingança que um direito de cidadania. Muitos acham que não ganham para isso, pois já existem os parlamentares, os Tribunais de Contas e o Ministério Público, os Conselhos, as Associações e os Sindicatos que podem exercer este papel.

A verdade é que, geralmente, as pessoas acham muito chato participar e têm medo dos interesses políticos e ideológicos envolvidos nas organizações públicas e privadas de interesse público; carecendo espírito público, cívico e de cidadania ativa, não sabem dos seus direitos; muitos acreditam que a corrupção é inerente à atividade política.

Também já analisamos outros fatores, como o clientelismo, o assistencialismo, o tráfico de influência e as dificuldades burocráticas impostas pelo próprio Estado e as financeiras dos cidadãos que desejam controlar o poder político.

Para ilustrar o nosso pensamento, citamos MELLO, C., referindo-se à falta de controle efetivo dos atos da Administração Pública:

*“A resposta não é tão difícil de ser encontrada. Simplesmente porque, de um lado, os órgãos encarregados de controlá-lo não têm vontade política de fazê-lo devidamente, ou até mesmo ignoram a cópia de recursos manejáveis para tanto; de outro lado, porque, inexistindo entre nós uma mediana consciência de cidadania \_ fruto, como já se disse, de nossas circunstâncias históricas e do crônico subdesenvolvimento econômico, social, político e cultura \_ os cidadãos fazem inconscientemente um desdobramento e uma contraposição absoluta entre o que é ‘do interesse do Estado’ e o que é do interesse de cada qual, como se inexistisse inter-relação entre ambos. Em suma: não consideram os assuntos do Estado, os bens do Estado, os interesses do Estado, como questões que lhes sejam verdadeiramente pertinentes, mas como coisas alheias \_ na melhor das hipóteses, como assunto dos políticos.” (1994:66-67)*

E, ainda, para corroborar o nosso pensamento, evocamos pesquisa realizada pelo IBOPE a pedido da organização não governamental *Ação Educativa*, veiculada pelo jornal

Folha de São Paulo<sup>24</sup>, , cujo título diz o seguinte: “*Maioria no Brasil não exerce o poder político, diz pesquisa. Estudo mostra que 56% não se interessam por influenciar políticas públicas.*”

A solução para esta questão é complexa. Não acredito que a concretização da participação popular e do controle social será resolvido por Decreto ou somente pela *vontade política* dos agentes da Administração Pública. É um processo que contém fases de curto, médio e longo prazos e que pressupõe o envolvimento das pessoas que desejam uma sociedade crítica e consciente dos seus direitos e deveres. Uma das funções dos agentes públicos é a abertura de canais de participação popular e a facilitação do acesso às informações, às técnicas de controle da execução orçamentária, por exemplo, e a manifestação da *vontade política* de partilhar o poder político estatal e a transparência dos seus atos, o que jamais deve ser uma dádiva da Administração Pública, mas uma conquista da cidadania.

---

<sup>24</sup> edição de 26 de novembro de 2003, página A9

## CAPÍTULO XI

### INSTRUMENTOS JURÍDICOS QUE GARANTEM O CONTROLE SOCIAL DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA DO ESTADO

#### 1. Introdução

O título “*instrumentos jurídicos que garantem[...]*” tem o objetivo de seguir o conceito abaixo exposto, uma vez que, na prática, foram mesclados os fundamentos jurídicos do controle social, chamado de *direito-principal* por José Afonso da Silva ou *disposições meramente declaratórias* (denominação de Ruy Barbosa) com os *direitos-instrumentais* ou *assecuratórios* dos direitos. Portanto, o título guarda relação, também, com a efetividade e com a eficácia das normas, princípios e regras, constitucionais ou não, que submetem os detentores das funções públicas ao controle da sociedade. Assim, os instrumentos jurídicos tangenciam tanto o fundamento jurídico ou o direito público subjetivo ao controle social, quanto às garantias destes direitos pela via judicial.

BARBOSA<sup>25</sup> (*apud* SILVA, 1990: 355) nos ensinou que

*“[...] as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito”.*

O eminente jurista SILVA (*op. cit.*) ensina que “*[...] as garantias constitucionais são também direitos, não como outorga de um bem e vantagem por si, mas direitos-instrumentais, porque destinados a tutelar um direito-principal*”.

---

<sup>25</sup> BARBOSA, Ruy. *República: Teoria e Prática*.

## 2. Os fundamentos jurídicos do controle social

O controle social do poder político do Estado é direito individual e coletivo dos cidadãos. Mesmo que estes direitos sejam vistos apenas como direitos de resistência, de liberdade.

Ninguém é obrigado a formar prova contra si mesmo, mas a Administração Pública o faz, tendo em vista a indisponibilidade do interesse público. O interesse público não é do administrador público, mas dos cidadãos em geral. Na realidade, a prova não se faz contra a administração em si, mas contra o agente ímprobo. Assim, em tese seria a favor da administração quando um agente que comete ilegalidades e imoralidades é descoberto e punido. Lembremos, ainda, que o poder pertence ao povo e, portanto, ele tem o direito de receber prestação de contas daqueles que governam em seu nome, especialmente na forma republicana de Estado.

O artigo 1º da Constituição dispõe que o Brasil é uma República Federativa e constitui-se em Estado Democrático de Direito e que um de seus fundamentos é o exercício da cidadania.

O parágrafo único deste artigo 1º determina que *“Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”*

Ou seja, o poder é sempre do povo e quando ele, o povo, não pode exercê-lo diretamente é feita uma espécie de procuração, através do voto, para que outros exerçam o poder prático em seu nome, numa espécie de relação entre advogado e cliente. Logo, o poder nunca é do agente público. Na prática, existe uma relação de comodato entre representante e representado, enquanto um tem a posse, o outro tem o domínio do poder.

Assim, sendo o povo o verdadeiro *proprietário* do poder, nos termos da Constituição, ele tem o direito de exigir, daqueles que exercem o poder político de fato, prestação de contas, partilha do poder político e de fazer o controle das atividades estatais com o intuito de aferir se os atos dos agentes públicos foram efetivados dentro dos parâmetros estabelecidos pelas normas do ordenamento jurídico.

Estado Democrático de Direito significa que aqueles que exercem o poder político o fazem dentro dos critérios estabelecidos pela ordem jurídica, respeitando os seus princípios e regras, com o objetivo de cumprir suas finalidades e que os detentores do poder estão submetidos ao controle dos destinatários do poder<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la constitución, p.54

“La clasificación de um sistema político como democrático constitucional depende de la existencia o carencia de instituciones efectivas por medio de las cuales el ejercicio del poder político esté distribuido entre los detentadores del poder, y por medio de las cuales los detentadores del poder estén sometidos al control de los destinatarios del poder, constituidos em detentadores supremos del poder. (LOEWENSTEIN, 1986:54):

Segundo nos informa SANTI ROMANO, *apud* ATALIBA (1985:120):

*“[...]insiste em que só é possível reconhecer Estado de Direito onde: a) o Estado se submete à jurisdição; b) a jurisdição deva aplicar a lei preexistente; c) a jurisdição seja exercida por uma magistratura imparcial (obviamente, independente), cercada de todas as garantias; d) o Estado a ela se submeta como qualquer pars, chamada a juízo em igualdade de condições com a outra pars.” E, ainda, “...Tal concepção corresponde ao princípio ‘rule of law’- governo da lei, e não dos homens- que inspirou o direito constitucional anglo-saxão na longa e árdua luta pela supremacia do Direito e superação do arbítrio.”*

Os princípios e regras da nossa Constituição, sem dúvida alguma, deram-nos os direitos e as garantias assecuratórias destes direitos para que a sociedade possa fazer o controle dos atos da Administração Pública.

Neste sentido podemos citar, como exemplo, os seguintes artigos da Constituição:

-Artigo 5º, II, desdobrado, também, no artigo 37, é uma das principais garantias do cidadão contra os agentes públicos, uma vez que lhe permite fazer apenas aquilo que a lei determina e lhe dá autonomia de ação, a qual somente pode ser restringida pela lei. Por outro lado, é uma garantia de controle das atividades públicas, uma vez que o agente estatal está amarrado pela lei, tanto para a ação quanto para a abstinência de seus atos. Assim, existindo lei determinando uma conduta, o agente público não pode se omitir, sob pena de incorrer em prevaricação e quando não há lei ele fica obrigado a se abster de determinadas práticas, sob pena de cometer ato de improbidade administrativa, conforme a Lei n. 8.429/92.

ATALIBA (1985:122) refere-se da seguinte maneira sobre o princípio da legalidade:

*“Se o povo é o titular da ‘res publica’ e se o governo, como mero administrador, há de realizar a vontade do povo, é preciso que esta seja clara, solene e inequivocamente expressada. Tal é a função da lei: elaborada pelos mandatários do povo, exprime a sua vontade. Quando o povo ou o governo obedecem à lei, estão: o primeiro obedecendo a si mesmo, e o segundo ao primeiro. O governo é servo do povo que exercita sua servidão fielmente ao curvar-se à sua vontade, expressa na lei.”*

-Artigo 5º, XXXIII, XXXIV, “a”, “b”. Este artigo, incisos e alíneas da Constituição declaram os direitos à informação dos órgãos públicos, de petição e de certidão. Ao lado do direito de petição e do direito de certidão, os quais são faces opostas de uma mesma moeda, o direito à informação junto aos órgãos públicos é uma das principais garantias do controle social dos atos da Administração Pública. É óbvio que se inclui no direito de petição o direito a resposta e em forma de certidão e que a solicitação de informações junto aos órgãos públicos é feita através de uma petição.

A Lei n. 9.051 de 18 de maio de 1995, dispõe que a expedição de certidões para a defesa de direitos e esclarecimentos de situações deverão ser feitos no prazo improrrogável de quinze dias.

-Artigo 5º, LIX. Através deste direito, o cidadão tem um instrumento jurídico para controlar as ações referentes aos crimes de ação pública e, no caso de omissão do Ministério Público, poderá propor ação privada.

-Artigo 5º, LXIV, dá ao preso o direito de identificar as pessoas responsáveis pela sua prisão e pelo seu interrogatório. Ao exercer este direito, o preso está fazendo o controle de possíveis abusos de autoridade ou se está, de fato, sendo preso por uma autoridade ou submetido a cárcere privado.

-Artigo 10º declara que os trabalhadores e os empregadores têm o direito de participar nos órgãos colegiados em que tenham interesses profissionais e previdenciários. Aqui, observamos participação popular e controle social ao mesmo tempo.

-Artigo 14, I, II, III, informa que a soberania popular é exercida através do plebiscito, referendo, voto e iniciativa popular de lei. Claramente são normas de direito político, de participação. Todavia não deixam de ser normas que, também, ajudam a garantir o controle social do poder estatal, especialmente o voto periódico e secreto.

-Artigo 31, §3º, obriga os Municípios a disponibilizarem suas contas anuais a todos os contribuintes para fiscalização e controle social, pelo prazo de sessenta dias, os quais poderão

questionar-lhes a legitimidade. Este direito constitucional mínimo foi ampliado pelo art.49 da Lei Complementar n.101/2000, a qual determina que as contas apresentadas pelo Executivo ficarão à disposição durante todo o exercício, tanto no Poder Legislativo, quanto no órgão técnico responsável pela sua elaboração.

-Artigo 37, do qual são extraídas as normas jurídicas básicas que devem ser observadas pelos administradores públicos, como os princípios da legalidade e o da publicidade ou da transparência, os quais são instrumentos jurídicos fundamentais para a proteção dos direitos individuais e, em especial, para o controle social dos atos da Administração Pública.

-Artigo 74, parágrafo 2º, garante a legitimidade para qualquer pessoa ou entidade ali especificada apresentar denúncias sobre irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas.

-Artigo 93, I, assegura a participação popular e o controle social, através da Ordem dos Advogados do Brasil, nos concursos da magistratura.

-Artigo 103, VII, IX, indica o rol das pessoas que podem fazer o controle social de constitucionalidade, por meio da ação direta de inconstitucionalidade.

-Artigo 129, parágrafo 3º, também garante a participação e o controle pela Ordem dos Advogados do Brasil nos concursos para o Ministério Público.

-Artigo 132, mais uma vez a Ordem dos Advogados do Brasil aparece como participante e controladora de concurso público, neste caso para os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal.

-Artigo 198, III, determina a participação da comunidade no Sistema Único de Saúde, mas na realidade esta participação é uma forma de controle social, tendo em vista, ainda, a regulamentação da Seção II, feita pelas Leis n. 8.080/90 e n. 8.142/90, as quais deixaram clara a denominação controle social.

-Artigo 204, II, determina a participação da população na formulação das políticas e no controle das ações da Assistência Social. Estas expressões deixam bem claro que existem diferenças entre participação popular e controle social. A participação está na partilha de poder para a elaboração das políticas públicas de assistência social e o controle está no acompanhamento da maneira de aplicação destas ações.

-Artigo 220, parágrafo 1º, trata da liberdade de informação jornalística ou liberdade de imprensa, e determina que as informações devem ser verdadeiras. Esta liberdade de imprensa é de fundamental importância para a formação de uma opinião pública livre, além de ser um dos pressupostos da democracia. Penso que sem liberdade de informação jornalística não é

possível existir participação da sociedade e nem o controle social das atividades estatais. Este artigo não trata diretamente do assunto, mas ele, indiretamente, é indispensável para que o controle social dos atos da Administração Pública tenha eficácia social ou ocorra na prática.

Os direitos de certidão, de petição e de informações públicas têm importância ímpar para o exercício do direito público subjetivo ao controle social do poder político do Estado. Por isso, vamos colocá-los em itens específicos com o intuito de aprofundá-los.

### **3. Direito de certidão**

O direito de certidão está expressamente garantido no texto do artigo 5º, inciso XXXIV, “b” da Constituição. Este direito é de suma importância para o controle dos atos da Administração Pública e para o direito de defesa, além de sua importância para o esclarecimento de situações de interesse particular.

Com o objetivo de assegurar este direito a todas as pessoas e tendo em vista sua importância para o exercício pleno da cidadania, já que é uma garantia constitucional, o constituinte isentou o seu requerimento do pagamento de taxas. Assim, pelo menos no direito à certidão, todas as pessoas igualam-se de direito e de fato, independentemente da condição econômica.

A parte ativa deste direito são, potencialmente, todas as pessoas e a parte passiva são, potencialmente, todos os órgãos ou repartições públicas, dos três poderes e das três esferas de governo, ou quem faça as suas vezes, como, por exemplo, um Cartório de Registro.

O direito de certidão serve tanto para defesa de interesses individuais, como para a defesa de interesses coletivos e difusos da sociedade. É um desdobramento do direito de informação, uma vez que as informações requeridas dos órgãos públicos, conforme assegurado pelo artigo 5º, XXXIII, devem ser respondidas em forma de certidão.

Entendo que o direito de certidão é individual, uma vez que limita o poder do Estado frente à liberdade do cidadão, mas pode também, ser utilizado para a tutela de interesses coletivos e difusos. Portanto, é direito individual e coletivo ao mesmo tempo.

É fato que a maioria dos requerimentos acabam no Judiciário, pela garantia do Mandado de Segurança, tendo em vista que, não raro, os órgãos e repartições públicas acabam negando esta garantia, expressamente ou por meio do silêncio.

Além do artigo 5º, XXXIV, “b” da Constituição, o direito de certidão encontra fundamento nos princípios da publicidade e republicano e não deixa de ser um desdobramento do direito à informação dos órgãos públicos.

*“O direito à certidão surge, em consequência, como uma garantia instrumental necessária e indispensável para a eficácia de outra garantia maior: a do controle da Administração em defesa de direito.”* (SUNDFELD, 1995:100).

A certidão é prova idônea e serve como instrumento do controle social dos atos administrativos do Estado.

#### 4. Direito de petição

O direito de petição literalmente expresso no texto do artigo 5º, inciso XXXIV, “a”, da Constituição é direito de amplo acesso ao Judiciário, como afirma Celso Ribeiro Bastos, mas entendo que não só ao Judiciário, mas também ao Legislativo e ao Executivo.

O direito de petição é o direito de pedir algo a alguém. A Constituição não definiu nenhuma forma para o exercício do direito de petição. Logo, a petição poderá ter a forma de requerimento, de ofício, carta etc. No entanto, cada órgão poderá regulamentar a forma para efeitos de praticidade, mas nunca com o intuito de restringir o direito.

O pedido poderá ter diversos conteúdos, como o requerimento de uma certidão, o requerimento de informações dos órgãos públicos, a investigação de uma denúncia de irregularidade ou ilegalidade pelo Tribunal de Contas, pelas Comissões dos Legislativos, pelo Judiciário, quando for o caso, às corregedorias das polícias, do Ministério Público, às ouvidorias etc.

Historicamente, o direito de petição foi uma luta da humanidade, cuja conquista maior foi o “Petition of Rights” de 1628, o qual, na realidade foi uma meio de transação entre o parlamento inglês e o rei da Inglaterra, tendo como objetivo o cumprimento dos direitos individuais expressos no artigo 39 da Magna Carta.

Hoje, no Brasil e na grande maioria dos Estados, qualquer pessoa poderá fazer o pedido ou petição às autoridades, dos três poderes e das três esferas de governo, ou a quem faça as suas vezes para o exercício de direitos públicos subjetivos.

O direito de petição é uma garantia constitucional para o exercício de direitos individuais ou coletivos, com eficácia plena, cujo objetivo é a defesa de direitos e a coibição de ilegalidades e abuso de poder.

O direito de petição em suas variadas manifestações é instrumento jurídico constitucional de participação política e de exercício da cidadania, tanto para a defesa de interesses individuais quanto para a defesa de interesses coletivos e difusos. Por isso, é um direito-garantia de suma importância para o controle social do poder político.

## **5. Direito de informação pública**

O direito de informação pública, previsto no artigo 5º, XXXIII, a exemplo dos direitos de petição e de certidão, é instrumento essencial para o controle social do Estado e para a garantia dos direitos individuais e de cidadania.

O princípio da publicidade disposto no artigo 37 da Constituição é extensão do direito à informação, pois fica claro o dever de transparência dos agentes estatais e que a Administração Pública não deve ter segredos, a não ser em relação as informações sigilosas que forem imprescindíveis à segurança do Estado e da sociedade.

Observamos, muitas vezes, os agentes públicos não darem respostas, por indeferimento, às informações solicitadas dos órgãos públicos com a alegação de tais informações serem sigilosas, utilizando-se de conveniência e oportunidade; isto é, de discricionariedade, como se o exercício da discricionariedade, também, não estivesse dentro dos parâmetros legais.

Entendo que não faz parte da discricionariedade dos agentes públicos dizerem se uma informação é ou não é sigilosa. O rol das informações sigilosas deve estar em lei.

Não raro, os agentes públicos nos dão respostas por meio do silêncio, fato que é mais grave ainda, pois sequer se importam com a petição dos cidadãos, num verdadeiro descaso e desrespeito à cidadania.

Por último, o direito à informação dos órgãos públicos acaba sendo exercido não pelo direito de petição, mas por meio do Mandado de Segurança, que é a garantia da garantia. No entanto, o exercício deste direito por meio do Mandado de Segurança gera prejuízos econômicos aos cidadãos e restrições ao controle social dos atos da Administração Pública.

## **6. As garantias assecuratórias do controle social**

### **6.1. As ações constitucionais (remédios constitucionais) como espécies das garantias individuais e coletivas**

Ao lado dos direitos individuais, a Constituição Federal consagra inúmeras garantias que são instrumentos assecuratórios dos direitos individuais e coletivos. Dentre as garantias individuais e coletivas destacam-se as ações constitucionais, também denominadas de remédios constitucionais. É importante notar que garantias constitucionais e remédios

constitucionais não são sinônimos, sendo que estes estão compreendidos nas garantias constitucionais, havendo outras normas assecuratórias que prevêm outras garantias que não se constituem em ações.

As ações constitucionais são instrumentos para defesa e eficácia dos direitos fundamentais. Dentre as garantias constitucionais encontram-se o mandado de segurança, o *habeas corpus*, o mandado de injunção e o *habeas data*, a ação popular, os quais serão abordados separadamente.

É inegável a relevante função desempenhada pelas garantias constitucionais, tendo-se em conta que:

*"os direitos fundamentais do homem, ao receberem posituação no Direito Constitucional, passam a desfrutar de uma posição de relevo, no que toca ao ordenamento jurídico interno. Mas a mera declaração ou reconhecimento de um direito não é suficiente, não bastando para sua plena eficácia, porque se torna necessário tutelar esse direito nas situações em que seja violado."* (TAVARES, 2002: 601)

Analisando o controle da constitucionalidade no Brasil, Keith Rosenn descreve o aparecimento dos instrumentos processuais aptos a proteger direitos constitucionais. Segundo o autor:

*"Historicamente, a proteção judicial dos direitos constitucionais no Brasil, assim como em outros países da América Latina, tem sido ineficaz por causa da ausência de mecanismos processuais rápidos e efetivos. As ações ordinárias normalmente demoram muitos anos, em parte por causa de um sistema de recursos contra decisões interlocutórias. Por isso os juristas, já há algum tempo, têm procurado remédios especiais para assegurar rápida proteção de certos direitos constitucionais. Durante o século XIX, os tribunais brasileiros expandiram o conceito da ordem de habeas corpus muito além da concepção original que o instituto tinha e tem entre os anglo-saxões. Durante o século XX, o Brasil desenvolveu uma variedade de mecanismos processuais, os quais têm facilitado o controle da constitucionalidade incidental e tornado a proteção judicial das garantias individuais mais efetiva."* (ROSENN, 2002:5)

A Constituição, ao reconhecer inúmeros direitos fundamentais criou, em contrapartida, instrumentos capazes de protegê-los. As ações constitucionais, adiante especificadas, são instrumentos hábeis a provocar o Poder Judiciário com o objetivo de impedir ou reparar violações a direitos e valores constitucionais de suma importância para o controle social dos atos da Administração Pública.

## 6.2. Mandado de segurança individual

O mandado de segurança é ação constitucional cabível para proteger direito líquido e certo, ameaçado ou lesado por ato ilegal ou cometido com abuso de poder por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. A Constituição Federal de 1988 estabelece ainda que tal ação só é cabível nas hipóteses em que o direito não seja amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*.

Buscando o significado legal da expressão *direito líquido e certo*, MELLO, C. (2002: 803-804) afirma: "*considera-se 'líquido e certo' o direito, 'independentemente de sua complexidade', quando os fatos a que se deva aplicá-lo sejam demonstráveis 'de plano'; é dizer, quando independam de instrução probatória (...).*"

Embora a Constituição estabeleça o cabimento do mandado de segurança na ocorrência de *ilegalidade ou abuso de poder*, a expressão ilegalidade deve ser entendida no seu sentido amplo, ou seja, deve-se admitir a referida ação nos casos em que o ato da autoridade pública for contrário à Lei ou à Constituição.

Conforme ensinamentos de BITTENCOURT<sup>27</sup> (1997:109), "*a ilegalidade a que se refere o texto constitucional há de ser entendida no seu mais amplo conceito, para que não seja frustrado o objetivo mesmo da garantia que a Constituição visou estabelecer.*"

A partir dessas considerações mostra-se evidente a importância do mandado de segurança no controle da constitucionalidade dos atos do Poder Público. A parte que sentir violado ou ameaçado seu direito individual assegurado pela Constituição e não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, poderá recorrer ao Judiciário para obter a respectiva proteção.

---

<sup>27</sup> BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da Constitucionalidade das leis*. 2. ed., Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

O mandado de segurança é instrumento apto para a proteção de inúmeros direitos individuais. Acrescente-se ainda que o interessado pode impetrar tal medida contra diversos atos do Poder Público considerados inconstitucionais, em sua maioria atos administrativos.

Aliás, em relação ao mandado de segurança, MEIRELLES (2003:40) afirma que seu objeto normal “é o ato administrativo específico, mas por exceção presta-se a atacar as leis e decretos de efeitos concretos, as deliberações legislativas e as decisões judiciais para as quais não haja recurso capaz de impedir a lesão ao direito subjetivo do impetrante.”

É preciso esclarecer ainda que, conforme já sumulado pelo Supremo Tribunal Federal (Súmula 266), não é cabível mandado de segurança contra lei em tese. Tal entendimento foi fixado com o intuito de impedir que esta ação fosse utilizada como instrumento do controle abstrato da constitucionalidade.

A este respeito assevera MEIRELLES (*op. cit.*) que não se pode atacar a lei em tese por meio do mandado de segurança porque a lei, por si só, não lesa direito individual. Apenas quando a norma abstrata é convertida em ato concreto, atingindo direito individual, é que o titular do direito poderá impetrar mandado de segurança.

Na verdade o impetrante ataca os efeitos concretos da lei que atinge seu direito. Não lhe interessa a declaração de inconstitucionalidade da norma, mas apenas afastar naquele caso concreto a sua aplicação, deixando intacto o seu direito.

É importante observar também que o mandado de segurança pode ter um caráter preventivo, quando impede lesão contra direitos subjetivos individuais, ou um caráter repressivo, quando corrige ilegalidades já cometidas..

Outra questão polêmica em torno do mandado de segurança refere-se à constitucionalidade do artigo 1º, da Lei n. 1.533/51, o qual estipula o prazo de 120 dias para a sua impetração. Embora a Constituição Federal não tenha previsto nenhum prazo para o exercício da ação, a jurisprudência tem entendido pela constitucionalidade do prazo, pois a parte lesada teria ainda, após decorrido o prazo legal, outros instrumentos a sua disposição.

Quanto à decisão proferida no mandado de segurança, destaca-se que esta surte efeitos apenas para aquele caso. Neste sentido brilhante a observação de MEIRELLES (2003:96) ao dizer que:

*“A Justiça Comum não dispõe do poder de fixar normas de conduta, nem lhe é permitido estender a casos futuros a decisão proferida no caso presente, ainda que ocorra a mesma razão de decidir em ambas as hipóteses. Embora se reitere a ilegalidade em casos idênticos, haverá sempre*

*necessidade de uma decisão para cada caso, sem que os efeitos da sentença anterior se convertam em regra para as situações futuras. E assim é porque a sentença concessiva da segurança apenas invalida o ato impugnado, deixando intacta a norma tida por ilegal ou inconstitucional até que outra norma de categoria igual ou superior a revogue, ou o Senado Federal suspenda sua execução em face da inconstitucionalidade declarada pelo STF.”*

Ressalta-se que o mandado de segurança tem se mostrado mecanismo eficiente de controle difuso da constitucionalidade, principalmente no que se refere aos atos administrativos. O cidadão, ao ter direito fundamental ameaçado ou violado por atos inconstitucionais de autoridade, recorre ao Poder Judiciário, exigindo a proteção dos seus direitos. O direito de petição para a obtenção de informações junto aos órgãos públicos e para o exercício do direito de certidão, não raras vezes, somente é exercido por meio do mandado de segurança, o qual passa a ser, assim, a garantia das garantias constitucionais.

### **6.3. Mandado de segurança coletivo**

O mandado de segurança coletivo é inovação trazida pela Constituição Brasileira de 1988, em seu art. 5º, inciso LXX.

Havendo silêncio na Carta quanto aos pressupostos do instituto, conclui-se que consistem nos mesmos estabelecidos para o mandado de segurança individual, isto é, ato de autoridade, ilegalidade ou abuso de poder e lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo.

Difere do mandado de segurança individual basicamente em seu objeto e na legitimação ativa.

Primeiramente, quanto ao objeto, o mandado de segurança coletivo destina-se à proteção de direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data* (campo residual), contra ato ou omissões ilegais ou com abuso de poder de autoridade, buscando a preservação (preventivo) ou reparação (repressivo) de interesses transindividuais, quais sejam, individuais homogêneos, coletivos e difusos (LENZA, 2003: 413)<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> Os interesses individuais homogêneos, nos termos do nosso Código de Defesa do Consumidor, são aqueles de grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, que compartilhem prejuízos divisíveis, de origem comum, normalmente oriundos das mesmas circunstâncias de fato. Já os interesses coletivos, conforme o mesmo diploma, consistem em interesses transindividuais indivisíveis de um grupo determinado ou determinável, reunido por uma relação jurídica básica comum, de forma que a lesão a tais interesses não advém

Trata-se de instituto voltado à defesa do interesse coletivo da categoria, ou seja, do interesse que pertence ao todo e que difere da mera soma de interesses particulares.

Tratando-se de uma ação de cunho coletivo, a coisa julgada do mandado de segurança coletivo possui efeito entre os integrantes do grupo e *ultra partes* quando se refere a interesses coletivos em sentido estrito; ou se estende a um número indeterminado de pessoas ligadas circunstancialmente entre si (*erga omnes*) quando atinente a interesse difuso (CORREIA, 1998: 33).

O rito utilizado seria o do mandado de segurança individual.

Já no tocante à legitimação ativa, nos termos do art. 5º, inciso LXX da Constituição Federal, tem-se que o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

*“a) partido político com representação no Congresso Nacional;*

*b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados”.*

As organizações sindicais, entidades de classe e associações devem obedecer a alguns requisitos constitucionais: a) estarem legalmente constituídas; b) funcionarem há pelo menos um ano; c) e atuarem na defesa dos interesses dos seus membros ou associados. Portanto, exige-se pertinência temática do objeto da ação coletiva com os objetivos institucionais do ente.

O que se opera em sede de mandado de segurança coletivo é, em verdade, verdadeira substituição processual (legitimação extraordinária). Desta feita, de um lado observa-se uma solução mais holística e coerente à controvérsia analisada sob o aspecto coletivo (que, tomada em termos estritamente individuais, poderia gerar um grande volume de demandas congestionando o Judiciário e tendentes a soluções fragmentárias e conflitantes entre si); de outro, observa-se o fortalecimento das organizações legitimadas a integrarem o pólo ativo destas ações.

---

da relação fática comum, mas da própria relação jurídica viciada. Por fim, os interesses difusos são interesses transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato das quais decorre a lesão comum, que guarda relação já mais remota com a relação jurídica subjacente.

#### 6.4. Mandado de injunção

O mandado de injunção é ação constitucional, introduzida pelo Poder Constituinte originário de 1988, utilizada no combate à inconstitucionalidade por omissão.

Está disciplinado no artigo 5º, inciso LXXI da Constituição Federal, o qual estabelece que será concedido *“mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.”*

Por meio da definição legal, é possível perceber que através do mandado de injunção o Poder Judiciário verifica, no caso concreto, se omissões do Poder Público estão atingindo direitos constitucionais.

Para que esta ação constitucional seja cabível, são necessárias as seguintes condições: a) que haja norma constitucional, de eficácia limitada, prevendo um direito, liberdade constitucional e prerrogativa inerente à nacionalidade, soberania e cidadania; b) e que tal direito não esteja sendo exercido em razão da falta de norma regulamentadora ( omissão do Poder Público). São estes os requisitos constitucionais para a utilização deste importante instrumento jurídico para o exercício da cidadania ativa.

O remédio constitucional sob análise, a exemplo da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, surge para socorrer normas constitucionais que, de imediato, não podem produzir todos os seus efeitos na falta de uma lei integrativa infraconstitucional e que se podem tratar tanto de normas de eficácia limitada declaratórias de princípios institutivos ou organizativos (que normalmente criam órgãos, como é observado nos artigos 91, 125, § 3º, 131), como de normas declaratórias de princípios programáticos (que veiculam programas a serem implementados pelo Estado, a exemplo dos artigos 196, 215, 218, caput) LENZA (2003:415).

Apesar das semelhanças, é preciso aclarar as distinções entre mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, como o fez DI PIETRO.

Quanto à legitimidade ativa, verifica-se que estando presentes os requisitos acima arrolados, qualquer pessoa pode ajuizar o mandado de injunção. O Supremo Tribunal Federal admitiu, inclusive, o mandado de injunção coletivo, em que, por analogia, são legitimadas as mesmas entidades do mandado de segurança coletivo, naquelas hipóteses em que a falta de norma regulamentadora inviabilize exercício de direito, liberdade ou prerrogativa dos membros da entidade ou associados como um todo.

Também merecem destaque entendimentos adotados pelo STF no que diz respeito ao pólo passivo do mandado de injunção. Segundo decisões analisadas por ARAÚJO & NUNES JÚNIOR (2003:168), o Supremo considerou inadmissível mandado de injunção contra pessoa privada, pois esta não tem competência para elaborar norma regulamentadora. Também em relação ao pólo passivo do mandado de injunção, entendeu o STF que quando a norma regulamentadora é de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, este é que deve integrar o pólo passivo da relação, e não o Congresso Nacional.

No tocante à competência para julgar o mandado de injunção, vale o disposto nos artigos 102, I, “q”, 102, II, “a”, 105, I, “h”, 121, § 4º, V e 125, § 1º da Constituição de 1988.

Assim, compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, mandado de injunção referente à falta de norma regulamentadora, cuja criação atribua-se ao Presidente da República, ao Congresso Nacional, à Câmara dos Deputados, Senado Federal, Mesas de uma dessas Casas Legislativas, Tribunal de Contas da União, Tribunais Superiores ou mesmo ao próprio STF. Ainda, cabe-lhe o processamento, o julgamento de recurso ordinário contra decisão denegatória de mandado de injunção proferida em única instância pelos Tribunais Superiores.

Quando se tratar de omissão de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta e indireta, a competência será do Superior Tribunal de Justiça, salvo hipóteses de competência do STF e dos órgãos da Justiça Militar, Justiça Eleitoral, Justiça do Trabalho e Justiça Federal.

Compete ao Tribunal Superior Eleitoral o julgamento, em grau de recurso, de mandado de injunção denegado pelos Tribunais Regionais Eleitorais.

Enfim, consoante o artigo 125, § 1º da Constituição, cabe aos Estados integrantes da Federação a organização de sua própria Justiça, com a previsão da competência de seus tribunais nas Constituições estaduais. No Estado de São Paulo, o mandado de injunção contra autoridades estaduais e municipais é processado e julgado, originariamente, pelo Tribunal de Justiça (LENZA, 2003:415).

O mandado de injunção, conforme já decidiu o próprio STF, é auto-aplicável, incorporando analogicamente, no que pertine, o rito do mandado de segurança, artigo 24, § único da Lei n. 8.038/90.

A controvérsia sobre a matéria instaura-se quando são questionados o objeto do mandado de injunção e a natureza e efeitos de sua decisão.

Sobre este tema, pondera BARROSO (2003:252) que a melhor interpretação seria considerar o mandado de injunção “*um instrumento de tutela efetiva de direitos que, por não*

*terem sido suficiente ou adequadamente regulamentados, careçam de um tratamento excepcional*". Para o autor, o Judiciário, para garantir o exercício do direito ou liberdade constitucional inviabilizados por falta de norma regulamentadora, deveria criar uma norma para o caso concreto, cujos efeitos restringir-se-iam às partes envolvidas no processo.

Em conformidade com este posicionamento está a lição de MELLO, C. (2002: 804-805), ao dizer que o mandado de injunção

*“é medida hábil para que o postulante obtenha, em um específico caso concreto (e estritamente para ele), mediante suprimento judicial, a disciplina necessária indispensável ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais ou das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, frustrados pela ausência de norma regulamentadora, cuja falta esteja a inviabilizar-lhes o exercício.”*

Acatado o posicionamento acima apresentado, a decisão do mandado de injunção teria natureza constitutiva, uma vez que o juiz criaria uma norma para tornar eficaz determinado direito constitucional.

Entretanto, esse não tem sido o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal. Relata TAVARES (2002: 716) que o Supremo Tribunal concedeu ao mandado de injunção contornos bastante limitados.

Conforme descreve o referido autor, o Supremo Tribunal Federal entendeu inicialmente que a decisão de procedência proferida em mandado de injunção teria o condão de permitir apenas uma comunicação ao Poder omissor, para que expedisse a regulamentação necessária. Percebe-se, portanto, que o mandado de injunção, neste sentido, foi equiparado à ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

De acordo com relatos de TAVARES, a Suprema Corte, recentemente, entendeu que, em alguns casos, o Poder Judiciário poderia dizer qual o Direito a ser aplicado no caso concreto ou, ainda, fixar prazo para que o Poder responsável pela omissão expedisse o ato necessário para tornar viável o exercício do direito e, não o fazendo, teria o interessado direito à indenização, por não lhe ter sido assegurado o exercício de direito ou liberdade constitucional.

Registre-se que, ao lado da posição não concretista adotada predominantemente pelo STF, as controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais compreendem outros entendimentos,

explicitados pela posição concretista geral, posição concretista individual direta e pela posição concretista individual intermediária.

Para a posição concretista geral, no mandado de injunção a decisão do STF para o caso concreto produz efeitos *erga omnes* até a sobrevivência da norma integrativa faltante. O segundo entendimento (posição concretista individual direta) preconiza que os efeitos da decisão permanecerão adstritos às partes, de forma que a implementação do direito aproveitará somente ao autor do mandado de injunção naquele caso concreto. Já a posição concretista individual intermediária aduz que, ao julgar procedente o mandado de injunção, o Judiciário fixa ao ente competente prazo para elaborar a norma regulamentadora. Findo o prazo, ante a inércia deste, o autor passa a ter assegurado o seu direito (LENZA, 2003:417).

Em razão da polêmica desenvolvida em torno do mandado de injunção, BARROSO (2003:270) entende que

*“mais simples, célere e prática se afigura a atribuição, ao juiz natural do caso, da competência para a integração da ordem jurídica, quando necessária para a efetivação de um direito subjetivo constitucional submetido à sua apreciação.”*

Assevere-se que as controvérsias atinentes ao instituto tangenciam inclusive a sua origem. Para alguns autores, o mandado de injunção teria nascido na Inglaterra do século XV, do Juízo da Equidade. Outros negam tal origem, aduzindo que não se pode identificar, no Direito comparado, uma fonte de inspiração do legislador constituinte na matéria em apreço. Como observa DI PIETRO (2000:619), a despeito do mandado de injunção pátrio servir, como os institutos semelhantes previstos nos ordenamentos jurídicos de outros países, para a proteção de liberdades públicas, seu alcance aqui é mais restrito. Assim, para a autora, o mandado de injunção do Direito comparado pode até ter servido de inspiração para o constituinte pátrio, mas não como modelo a ser por nós adotado.

Diante do exposto, constata-se que o mandado de injunção ingressou no ordenamento jurídico com um imenso potencial para a efetivação dos direitos e liberdades constitucionais, mas aos poucos teve sua atuação limitada, inclusive no que se refere ao combate direto à inconstitucionalidade por omissão.

Para finalizar o tema referente ao mandado de injunção, ressalta-se o relevante estudo elaborado por ARAÚJO a respeito da proteção das pessoas portadoras de deficiência. No desenvolvimento de seu trabalho, o autor realiza uma acurada análise procurando identificar

quais instrumentos processuais podem ser utilizados para a proteção judicial dos direitos das pessoas portadoras de deficiência, concluindo que o mandado de injunção é um importante instrumento na realização desta tarefa.

Conforme destacado pelo referido autor,

*“a Constituição Federal vigente cuidou de elencar várias normas de proteção às pessoas portadoras de deficiência. As normas, no entanto, salvo as regras isonômicas constantes do artigo 5º e do inciso XXXI do artigo 7º dependem de integração legislativa infraconstitucional.”* (2001)<sup>29</sup>.

Desta forma, é possível perceber que o mandado de injunção pode ser utilizado para tornar efetivos direitos constitucionais como a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo, permitindo o acesso das pessoas portadoras de deficiência (artigo 227, §2º e artigo 244 da CF). O mandado de injunção pode ser utilizado também para garantir um salário mínimo mensal ao portador de deficiência, conforme estabelece o artigo 203, V, da Lei Maior.

Por fim, o mandado de injunção serve mais como instrumento de controle social das omissões legislativas do Estado que para o controle da função administrativa.

*“Pode-se afirmar que o mandado de injunção é um meio de controle difuso de inconstitucionalidade por omissão, pois, por meio dele, num caso concreto, qualquer um pode despertar a atuação do Poder Judiciário para suprir a inércia do legislador infraconstitucional”* (ARAÚJO & NUNES JÚNIOR, 2003:165).

Dadas as análises, concluímos que sendo acatada a posição concretista geral, quando o instituto do Mandado de Injunção produz efeitos *erga omnes* até a edição de norma integradora da Constituição é um instrumento jurídico para garantir o controle social das omissões dos agentes estatais, nos aspectos referentes ao instituto, o qual serve para atender concomitantemente interesse particular e coletivo. Porém, sendo adotada a posição concretista individual direta ou intermediária, o instituto serve para atender apenas o interesse particular.

---

<sup>29</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência. 3. ed., disponível no site [www.mj.gov.br/sedh/dpdh/corde/protECAO\\_const.htm](http://www.mj.gov.br/sedh/dpdh/corde/protECAO_const.htm)

O instituto do Mandado de Injunção é uma garantia constitucional de fundamental importância para o controle social das omissões legislativas, por inconstitucionalidade, do Estado e ao mesmo tempo um instrumento jurídico de participação popular, tendo em vista que por meio desta norma constitucional qualquer pessoa poderá tomar a iniciativa de solicitar ao órgão jurisdicional competente a elaboração de norma integradora da Constituição para “*o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania*”.

Ao perceber a omissão legislativa referente ao instituto, o cidadão está fazendo o controle social e ao tomar a iniciativa da ação, o cidadão está no exercício da participação popular, uma vez que esta iniciativa é condição para a elaboração de norma jurídica, via o instituto do Mandado de Injunção.

### **6.5. Habeas corpus**

Entre todos os remédios constitucionais, o *habeas corpus* destaca-se por proteger um dos mais importantes direitos dos homens: a liberdade de locomoção.

Ensina o professor BASTOS (2002: 395) que

*"o habeas corpus é inegavelmente a mais destacada entre as medidas destinadas a garantir a liberdade pessoal. Protege esta no que ela tem de preliminar ao exercício de todos os demais direitos e liberdades. Defende-a na sua manifestação física, isto é, no direito de o indivíduo não poder sofrer constrição na sua liberdade de locomover-se em razão de violência ou coação ilegal."*

A origem deste instituto remete-se à Magna Carta de 1215, a qual protegia a liberdade de locomoção impondo a necessidade de um devido processo legal e do julgamento por órgão competente para que se pudesse prender qualquer cidadão. Sua consagração culminou na edição do Habeas Corpus Act, em 1679.

No Brasil, a primeira manifestação similar ocorreu em 1821, em alvará emitido por Dom Pedro I, assegurando a liberdade de locomoção. No entanto, verifica-se que a Constituição de 1824 não previu o instituto do *habeas corpus*, embora limitasse a possibilidade de prisão dos cidadãos. Enquanto vigorava esta Constituição, o Código de

Processo Criminal de 1832 consagrou e disciplinou o *habeas corpus*. Constata-se também que, já a partir da Constituição de 1891, esta ação recebeu tratamento constitucional, o que perdura até hoje.

Atualmente este remédio constitucional está previsto no artigo 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal, o qual prescreve que "*conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder*".

O dispositivo constitucional permite constatar a existência de duas espécies de *habeas corpus*: o *habeas corpus* preventivo e o *habeas corpus* liberatório. Será preventivo quando a violência ou coação à liberdade de locomoção não tiver se consumado, ou seja, quando houver apenas ameaça à liberdade de locomoção. Nesta hipótese, o juiz deverá expedir salvo-conduto em favor do paciente, com o intuito de evitar violência ou coação ilegal (art. 660, §4º, do Código de Processo Penal).

Por sua vez, o *habeas corpus* será liberatório quando a violação ou coação à liberdade de locomoção já tiver sido efetivada. Neste caso, o objetivo da medida será fazer cessar o ato ilegal ou abusivo de poder, concedendo liberdade ao paciente.

Em relação às partes envolvidas nesta ação constitucional, é possível identificar: o impetrante, o qual pede a expedição da ordem em benefício próprio ou de outrem; o impetrado, autoridade que atua ilegalmente ou com abuso de poder violando ou coagindo a liberdade de locomoção de outrem; e o paciente, pessoa física que tem sua liberdade de locomoção ameaçada ou violada.

Para que seja cabível a ação de *habeas corpus* é preciso que o ato lesivo à liberdade de locomoção seja emanado de autoridade pública, pois ato de particular constringendo o direito de ir e vir de outro cidadão caracteriza-se crime de cárcere privado, comportando atuação imediata da polícia.

Característica importante do *habeas corpus* é o fato de não exigir nenhuma formalidade processual ou instrumental para a sua impetração, tendo ainda sua gratuidade prevista pelo artigo 5º, LXXVII da Constituição.

Finalizando, é preciso apontar ainda as ressalvas constitucionais ao cabimento do *habeas corpus*. Estabelece a Constituição Federal de 1988 que a ordem não pode ser concedida durante o estado de sítio. Além disso, a Carta Magna prescreve ainda, em seu artigo 142 §2º, que "*não caberá habeas corpus em relação a punições disciplinares militares*".

Interpretando este dispositivo legal, MORAES (2002: 152) afirma que a Constituição Federal está a impedir *habeas corpus* para analisar o mérito das punições disciplinares militares, mas isso não significa que o Poder Judiciário não possa apreciar os pressupostos de legalidade do ato, como por exemplo, a existência de hierarquia entre a autoridade sancionadora e a sancionada, a existência de poder disciplinar, ou ainda se há relação entre o ato sancionado e a função.

É relevante o direito de qualquer pessoa ser parte legítima para propor a ação de *habeas corpus* para a defesa de interesse de terceiros, inclusive o Ministério Público, pessoa jurídica e o juiz, de ofício.

O *habeas corpus* é meio hábil para o exercício do controle social dos atos emanados das autoridades estatais, sejam atos jurisdicionais ou administrativos eivados de vícios jurídicos, referentes ao instituto.

Assim, quando uma pessoa física impetrar *habeas corpus* para a defesa de interesse próprio ou de terceiros ou uma pessoa jurídica propor a ação em defesa de interesse de terceiros, temos controle social do ato ilegal ou exercido com abuso de poder. Porém, quando a ação for impetrada por iniciativa do Ministério Público ou tomada por decisão de ofício de juiz, temos controle institucional do ato questionado.

### **6.6. *Habeas data***

Durante a vigência dos governos ditatoriais, informações a respeito da vida dos cidadãos eram coletadas e armazenadas secretamente, e muitas vezes eram utilizadas para fundamentar perseguições. Como reação a tais abusos, o atual texto constitucional contemplou a ação de *habeas data*.

Conforme previsão constitucional, a finalidade dessa ação é assegurar ao impetrante o direito de conhecer as informações que digam respeito à sua pessoa, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público. Outra finalidade que pode ser alcançada por meio desta ação é a retificação de dados.

A Lei n. 9.507/97, que disciplina a ação de *habeas data*, contempla em seu artigo 7º mais uma finalidade que consiste na “*anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro, mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável.*”

No que diz respeito às partes envolvidas na ação de *habeas data*, considera-se parte legítima para ajuizá-la qualquer pessoa física ou jurídica que tenha interesse no acesso, retificação ou complementação de informações que digam respeito à sua pessoa.

Por sua vez, são legitimados passivos os órgãos da Administração direta e indireta, as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos e as que prestam serviço ao público, ou seja, pessoas de direito privado que possuem informações a respeito dos indivíduos e as fornecem para terceiros. “Logo, o *habeas data* pode ser requerido para obtenção de informações constantes tanto de registros ou bancos de dados públicos como os de natureza privada, desde que tenham caráter público.” (BARROSO, 2003:277)

Frise-se que o artigo 1º, § único, da Lei n. 9.507/97, consigna ser de caráter público “todo registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou que possam ser transmitidas a terceiros ou que sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações” e que o Código de Defesa do Consumidor também considera “os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres” como entidades de caráter público.

A Lei n.º 9.507/97, recepcionando entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça, determina o cabimento de *habeas data* apenas quando o acesso às informações tiver sido recusado pelo órgão que as detêm, do contrário, inexistindo pretensão resistida, o autor será julgado carecedor da ação por falta de interesse processual.

Importante salientar a gratuidade assegurada à ação de *habeas data* e ao procedimento administrativo que objetive o acesso a informações, retificação de dados ou anotações de justificação, conforme preceituado pelo artigo 21 da lei do *habeas data* em conformidade com o artigo 5º, LXXVII da Constituição.

A lei infraconstitucional regula também os efeitos da sentença que julga procedente o *habeas data*. Se o objetivo do impetrante era ter acesso às informações a seu respeito, o juiz marcará data e horário para o coator apresentá-las ao impetrante. Se o objetivo era conseguir a retificação ou anotação em registro ou banco de dados, o juiz marcará data e horário para o coator apresentar em juízo prova da retificação ou anotação feita no cadastro do impetrante.

No que tange à competência para processar e julgar a ação de *habeas data*, recorre-se ao artigo 20 da Lei n. 9.507/97 e às previsões contidas na Carta Magna, em seus artigos 102, I, “d” e II, “a”, 105, I, “b”, 108, I, “c”, 109, VIII, 121, § 4º, V e 125, § 1º.

Em suma, por meio de *habeas data* o cidadão tem acesso às informações que lhe digam respeito, podendo requerer a sua retificação, quando incorretas, ou sua complementação. Esse instrumento garante ao cidadão a veracidade das informações que são

fornecidas a seu respeito, além de preservar a sua intimidade, uma vez que controla as informações constantes nos registros e bancos de dados.

Só se pode admitir que a Administração ou as pessoas jurídicas de direito privado possuam informações a respeito dos indivíduos quando estritamente necessário, caso contrário estará sendo lesionado o direito à intimidade.

Para a solicitação de informações, retificação ou complementação em registro de bancos de dados, nos casos previstos no instituto do *habeas data*, referente à pessoa interditada, é parte legítima o tutor ou o curador, na forma da lei. E no caso de pessoa já falecida, os sucessores ou as pessoas legitimadas para defender a memória do falecido, conforme a legislação pertinente.

O instituto do *habeas data* é um mecanismo idôneo para garantir o direito ao controle social dos bancos de dados públicos ou privados de caráter público para a defesa diretamente de interesse individual, mas indiretamente de interesse público, tendo em vista que se presume que todas as informações contidas nos bancos de dados de caráter público são verdadeiras. Assim, é direito público subjetivo de todas as pessoas obterem dos bancos de dados informações que não as levem a erros a respeito de terceiros, uma vez que informações erradas poderão lhes causar transtornos e conseqüências danosas a negócios, a relações pessoais, entre outras.

### **6.7. Ação popular**

O Instituto da Ação Popular foi expressamente acolhido pela Constituição de 1988, artigo 5º, LXXIII, com o intuito de proteger eventuais lesões ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Trata-se de um dos mais notáveis mecanismos previstos na Carta Magna com a finalidade de possibilitar o exercício constitucional da cidadania através dos instrumentos processuais.

A Ação Popular não é novidade no direito constitucional pátrio, tendo seu ingresso na Constituição de 1934, sendo suprimida em 1937 e resgatada pela Constituição de 1946.

Sua origem remonta ao direito romano em que qualquer pessoa do povo podia se valer da *actio popularis* com a finalidade de tutelar a *res publica* ou o patrimônio da coletividade.

Em nosso meio, foi regulamentada pela Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965, mesmo em pleno regime militar.

A Ação Popular tem por objeto a preservação de interesses difusos da probidade administrativa, da eficiência e da moralidade na gestão da coisa pública e bem assim, a tutela do meio ambiente e do patrimônio público em sentido amplo e tem por finalidade a desconstituição do ato lesivo e condenação dos responsáveis à reposição do *statu quo ante*, permitida a tutela cautelar, sem prejuízo das perdas e danos, conforme MANCUSO (1998:35). Assim, a Ação Popular, além de ser uma garantia constitucional, é também um direito subjetivo do cidadão à probidade e à moralidade administrativa.

A Ação Popular foi a primeira espécie de ação coletiva surgida no ordenamento jurídico pátrio, de forma que sua propositura dá-se sempre em defesa do interesse público e não do interesse pessoal do autor, segundo a maioria dos doutrinadores. “*Tem sido considerado como um direito de natureza política, já que implica controle do cidadão sobre os atos lesivos aos interesses que a Constituição quis proteger*” (DI PIETRO, 2000:641)

Têm legitimidade para propor ação popular todos os cidadãos que estão em dia com seus deveres e direitos políticos; isto é, todos os eleitores, inclusive os menores de dezoito anos e maiores de dezesseis que se alistarem, segundo o artigo 14, § 1º, II, “c” da Constituição. A prova da legitimação do autor é feita mediante apresentação do título de eleitor ou documento que a ele corresponda, conforme o artigo 1º, § 3º, da Lei n. 4.717/65

No pólo passivo, figuram o agente que praticou o ato lesivo, a entidade lesada e os beneficiários do ato ou do contrato lesivo ao patrimônio público, artigo 6º, da Lei n. 4.717/65. Ainda, com lastro no §3º do mesmo artigo, pode a pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato é objeto de impugnação, abster-se de contestar o pedido ou mesmo atuar ao lado do autor, uma vez que tal se afigure útil ao interesse público no juízo do respectivo representante legal ou dirigente. Observe-se que toda entidade, não obstante de natureza privada, em que o Estado participe é passível de controle por esta via.

A competência em sede de Ação Popular firma-se em conformidade com a origem do ato ou omissão impugnados.

Note-se, outrossim, que o autor da ação popular é isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência, exceto em casos de comprovada má-fé.

A Ação Popular pode ser tanto preventiva (quando visa evitar atos lesivos) quanto repressiva (quando busca o ressarcimento do dano, a anulação do ato, a recomposição do patrimônio lesado, indenização, etc.) e comporta concessão de liminar, desde que presentes os requisitos legais do *periculum in mora e fumus boni iuris* (LENZA, 2003:423)

Quanto à coisa julgada, importante mencionar que esta se opera *secundum eventum litis*, produzindo efeitos *erga omnes* se a ação for julgada procedente ou improcedente por ser

infundada. Por outro lado, se sua improcedência resultar de insuficiência de provas, haverá somente coisa julgada formal, de modo que qualquer cidadão ainda poderá propor outra ação com idêntico fundamento, desde que lastreada em nova prova.

O autor de Ação Popular não age como substituto processual para a defesa de interesse alheio. Ele age para a defesa de direito próprio, como membro da pólis, embora não seja esta a posição da maioria dos doutrinadores. Mas o fato é que junto com a garantia constitucional da ação popular, o cidadão tem o direito público subjetivo à probidade e à moralidade administrativa.

Buscamos na doutrina de MANCUSO (1998:133-134), o qual abeberou-se nos ensinamentos de José Afonso da Silva<sup>30</sup>:

*“a ação popular constitui um instituto de democracia direta, e o cidadão, que a intenta, falo em nome próprio, por direito próprio, na defesa de direito próprio, que é o de sua participação na vida política do Estado, fiscalizando a gestão do patrimônio público, a fim de que esta se conforme com os princípios da legalidade e da moralidade.”*

Ação Popular é instrumento jurídico que garante aos cidadãos a faculdade de fiscalizar os atos dos governantes que exercem o poder em nome da coletividade. Esta ação se enquadra dentro do princípio republicano, o qual visa, além da igualdade, à responsabilização dos agentes da administração e à prestação de contas em todos os aspectos, como meio de apropriação coletiva de bens comuns (GRINOVER, 1979:38).

Esta garantia constitucional dos direitos de cidadania é um dos instrumentos jurídicos essenciais para o controle social da função administrativa do Estado, uma vez que, através da Ação Popular, o cidadão tem o instrumento jurídico adequado para o exercício do direito público subjetivo de exigir a reparação dos danos ao patrimônio público, entendido de forma ampla. Assim, o instituto traduz-se num eficaz instrumento da cidadania na guarda e preservação do patrimônio público e no controle dos atos e omissões dos representantes por aqueles que estão aptos, através do exercício do voto, a escolhê-los (CORREIA, 1998:85).

Através da ação popular, é facultado ao cidadão o exercício direto do poder de fiscalizar, de controlar os atos da Administração Pública, conforme explicitado pelo § único

---

<sup>30</sup> Ação Popular Constitucional, p.95

do artigo 1º da Constituição. Logo, o cidadão, por meio desta ação, exerce funções de controle que são de obrigação institucional do Ministério Público e do Legislativo.

### **6.8. Ação civil pública**

A ação civil pública, como salientado por DI PIETRO (2001: 650), não constitui, a rigor, um meio voltado especificamente ao controle da Administração Pública. Trata-se de instrumento de tutela dos interesses difusos em geral, empregado em face de todo aquele que vier a lesioná-los ou ameaçá-los de lesão. Torna-se relevante meio de controle do Poder Público, entretanto, toda vez que este figurar como responsável por dano (ou ameaça de dano) a interesse difuso.

A ação civil pública é conceituada por SOUZA (2001: 19) como a ação não penal proposta pelos legitimados do art. 5º da Lei n. 7.347/85 (Ministério Público, União, Estados, Municípios e autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista ou associações que preencham os requisitos dos incisos I e II) com o fito de tutelar interesses coletivos ou difusos. Assim, independentemente do nome que receber da Constituição Federal, das leis processuais ou de normas extravagantes, se uma ação enquadrar-se a tais especificações, isto é, se for proposta por legitimado do art. 5º da LACP e tiver por objeto a tutela dos interesses difusos e coletivos, será, também, uma *ação civil pública*.

Neste passo, o mesmo autor pontua que a ação civil pública não consiste em processo específico e absolutamente autônomo em relação à sistemática procedimental comum, mas que, na defesa dos interesses difusos e coletivos, ela se aproveita dos ritos previstos no CPC e leis extravagantes, adaptando-os aos princípios consubstanciados na Lei n. 7.347/85 e no Código de Defesa do Consumidor. Em lugar de um rito processual específico, a ação civil pública assume formas variadas, como as de ações ordinárias, sumárias, de liquidação de sentença, de execução, cautelares e procedimentais especiais”. É, dentre outros casos, utilizada na tutela do meio ambiente, dos direitos do consumidor, do patrimônio histórico ou cultural, bem como na punição de atos de improbidade administrativa e na cobrança de políticas públicas de modo geral, alçando notória relevância no que é perene ao pleito dos direitos sociais.

A finalidade da ação civil pública, nos termos do art. 1º da Lei n. 7.347/85, é reparar danos morais e patrimoniais a interesses difusos e coletivos. SOUZA (2001: 26) elucida

serem três os objetivos do instituto: prevenir, reparar e ressarcir danos impingidos a interesses metaindividuais.

Salientamos que a ação civil pública é de origem constitucional, apesar de não constar do artigo 5º da Constituição, referente aos direitos e garantias individuais e coletivas, consta do inciso III, do seu artigo 129, dentre as funções institucionais do Ministério Público com a finalidade de proteger o patrimônio público e social, o meio ambiente e demais interesses difusos e coletivos.

## CAPÍTULO XII

### NORMAS CONSTITUCIONAIS LIMITADORAS DO CONTROLE SOCIAL DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA DO ESTADO

O primeiro limite é que controle social deve ser exercido dentro dos critérios estabelecidos pelas normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais, lembrando que o direito do cidadão às informações dos órgãos públicos não está acima das finalidades do ordenamento jurídico e, por isso, este direito de fazer o controle lhe impõe, também, deveres para com os demais cidadãos e com o próprio Estado. O dever significa que a finalidade do controle deve ser, a exemplo da atividade administrativa, o atendimento do interesse público, da finalidade do ordenamento jurídico e não de interesses particulares, mesquinhos, como, por exemplo, “*criar dificuldades para vender facilidades*”; isto é, fazer a fiscalização de má-fé apenas com o intuito de perseguir inimigos políticos e obter alguma vantagem pessoal.

O direito público subjetivo ao *Controle Social da Função Administrativa do Estado*, a exemplo de outros direitos, não é um direito absoluto, simplesmente porque não existe nenhum direito absoluto e nem garantia absoluta de direitos. Portanto, o controle social também encontra limitações explícitas e implícitas dentro das normas constitucionais, decorrentes de: 1. petições absurdas, abusivas ou de má-fé ;2. informações de caráter sigiloso imprescindíveis para a segurança do Estado e da sociedade; 3.colisão ou conflito de direitos de igual densidade jurídica.

Constatadas estas restrições ao direito de informação, o órgão público ao qual for dirigida a petição não poderá prestar as informações solicitadas, mas deverá justificar ao requerente por que não o faz, inclusive citando a legislação pertinente.

Qualquer que seja o motivo da decisão do órgão público, o peticionário deverá ser comunicado do seu resultado, tendo em vista que a resposta é inerente ao direito fundamental de petição.

O motivo apresentado pelo agente público fica vinculado à sua decisão de não prestar as informações solicitadas e, portanto, está sujeito à revisão por órgão administrativo superior ou através do Poder Judiciário, caso este seja provocado pela parte inconformada com a motivação que fundamentou a decisão.

Ressalte-se que da mesma maneira que o direito à informação pública não é absoluto, também não é absoluto o motivo ou a justificativa apresentada pelo órgão público para

fundamentar a não concessão das informações requeridas, mesmo que a motivação esteja objetivamente embasada na legislação, pois acima de tudo sempre deve prevalecer o interesse público.

A expressão *interesse público* é de sentido polissêmico, dando margem a diversas interpretações. Daí a possibilidade de recurso ao Judiciário para que este interprete definitivamente, dentro do caso concreto, qual a solução que melhor atenda o espírito das normas constitucionais.

### **1. Limitações decorrentes do abuso, do absurdo e da má-fé do requerente**

A má-fé é vedada pelo artigo 5º, LXXIII da nossa Carta Magna, que garante a ação popular, “...*salvo comprovada má-fé*..”. Todavia, a existência da má-fé não poderá ser presumida, a má-fé deverá ser demonstrada pela parte que fizer a alegação. Antes, sempre se presume que os cidadãos fiscalizam de boa-fé, pois se assim não fosse, a administração utilizaria deste artifício para tentar impedir o controle social das suas atividades.

O direito de obter informação junto aos órgãos públicos é um dos instrumentos jurídicos mais importantes colocados à disposição da cidadania para que esta possa proceder ao controle social da atividade administrativa do Estado. Porém, não é possível o requerimento de informações aleatórias ou genéricas; ou seja, sem a devida especificação do seu objeto. Também, não há que se confundir solicitação de informações com o sentido de devassa do órgão público ou pelo simples prazer de produzir requerimentos ou petições. Assim, não se admitem solicitações abusivas ou absurdas. Tudo é uma questão de bom senso e do atendimento do interesse público.

É difícil, abstratamente, dizer o que significa *bom senso, interesse público, abuso, absurdo* do ponto de vista do direito. Mas é possível dizer o significado desses termos no caso concreto ao analisar a realidade dos fatos postos em discussão.

A “*máquina administrativa*” deve ter um sistema de controle institucional interno suficientemente organizado para atender as demandas de controle externo, tanto o institucional, quanto o social. Entretanto, o bom senso nos diz que esta “*máquina administrativa*” não deve estar a serviço ou à disposição permanente de apenas um cidadão determinado, mas de todos igualmente e ao mesmo tempo. Assim, a administração não pode parar de atender a sociedade como um todo, de prestar serviços públicos essenciais para submeter-se aos caprichos de um único cidadão que, por ventura, faça algum tipo de

requerimento absurdo, abusivo ou de má-fé, alegando direito público subjetivo às informações requeridas.

O cidadão, via de regra, não precisa justificar o motivo da sua petição de informações, até porque tem o direito à curiosidade sobre as coisas públicas. Mas, a Administração Pública tem a obrigação de motivar porque não conseguiu responder à solicitação do cidadão. Assim, diante do caso concreto, a administração pode demonstrar o abuso, o absurdo, a má-fé do cidadão peticionário. Esta demonstração pode servir de justificação, de motivação para a administração não se submeter ao controle abusivo pretendido pelo cidadão de má-fé.

A demonstração da má-fé, do abuso ou absurdo da pretensão do requerente não é para atender a vontade, a subjetividade do agente estatal com o intuito de fugir à fiscalização e ao controle social. Por isso, a demonstração deve ser objetiva, cabal, comprovada diante da realidade dos fatos e do caso concreto e com o intuito somente e exclusivo do atendimento do interesse público determinado pelo ordenamento jurídico.

## **2. Limitações decorrentes de informações sigilosas**

Neste tópico, vamos nos referir especificamente às informações sigilosas que dizem respeito ao próprio Estado, decorrentes de suas omissões ou ações. Assim, não vamos tratar de outras formas de sigilos, como a inviolabilidade das comunicações telefônicas, de dados, correspondência; o sigilo fiscal, bancário, o segredo de justiça e os inerentes às profissões, confessionais, à intimidade e à privacidade, os quais são direitos individuais protegidos pela Constituição contra o próprio Estado, sendo que tais direitos somente podem ser restringidos pela autoridade competente, por período determinado, dentro de um caso concreto para atender outro interesse protegido de igual ou maior densidade jurídica, por meio de lei específica, conforme o artigo 5º, II da Lei Fundamental.

A principal norma limitadora ao direito à informação dos órgãos públicos decorre da segunda parte do texto do inciso XXXIII, do artigo 5º da Constituição: “[...]ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.”

Torna-se necessário interpretar o significado da expressão *cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado*. Parece-nos claro que a Constituição não se refere a qualquer informação sigilosa, mas somente àquelas que sejam imprescindíveis para a segurança do Estado e da sociedade. O problema, é que esta expressão é de conteúdo

jurídico impreciso ou indeterminado e, portanto, poderá gerar controvérsias sobre o seu significado jurídico.

O significado do termo sigilo não pode ficar a critério do órgão que deve fornecer a informação ou do órgão a ser submetido à fiscalização ou ao controle. Também, não é o caso de auto-regulamentação ou discricionariedade administrativa, em que a administração, utilizando-se do critério de eleição de conveniência e oportunidade, diz, conforme os seus próprios interesses, quais as informações que estão e as que não estão sob sigilo.

Deixar o “*carimbo de sigilo*” nas mãos de quem deve ser controlado ou fiscalizado seria o mesmo que deixar a “*raposa controlando o galinheiro*” ou acreditar que as pessoas que exercem o poder político tenham a capacidade de autolimitar-se. A autolimitação do poder político é uma realidade que a história não presenciou. Historicamente, o controle e a limitação do poder político foi uma conquista da humanidade às custas do sangue de muitos idealistas.

A única maneira possível de se estabelecer um critério jurídico objetivo para a classificação de informações em sigilosas e não sigilosas é por meio da lei, tendo em vista o princípio da legalidade expressado pelo artigo 37 da Constituição. Portanto, somente a lei é o instrumento adequado para determinar quais informações são imprescindíveis para a segurança do Estado e da sociedade. E, mesmo assim, apenas por prazo determinado, uma vez que o possível risco para a segurança do Estado e da sociedade não se perpetua para todo o sempre e em muito depende da conjuntura política, econômica, social etc, interna e externa. Como a conjuntura muda, a possibilidade de risco deverá ser presumida por determinado período. Assim, a lei que ignorar o objeto da ressalva posta pela Constituição, isto é, as informações que sejam imprescindíveis para a segurança do Estado e da sociedade, exagerando nos prazos, é inconstitucional, por extrapolar o objeto de regulação e à razoabilidade, além da regra ser a da transparência dos atos da Administração Pública e não o seu ocultamento, mesmo sob os auspícios da lei.

Todavia, o Presidente da República editou o Decreto n. 4553, de 27 de dezembro de 2002 que “*dispõe sobre a salvaguarda de dados, informações, documentos e materiais sigilosos de interesse da segurança da sociedade e do Estado, no âmbito da Administração Pública Federal, e dá outras providências*”.

Este Decreto tem 69 artigos, sendo que, no seu artigo 5º, classifica, segundo o teor e os elementos intrínsecos, os dados e as informações sigilosas em: “*ultra-secretos, secretos, confidenciais e reservados*”.

Já o artigo 7º do Decreto dispõe que os prazos de duração do sigilo serão os seguintes: “I- *ultra-secretos, máximo de cinquenta anos; II- secretos, máximo de trinta anos; III- confidencial, máximo de vinte anos; IV- reservado, máximo de dez anos*”.

Tal Decreto, evidentemente, é inconstitucional, pois além de exagerar nos prazos, é uma norma geral, impessoal e abstrata que inova no mundo jurídico, cuja competência para produzi-la não é do Presidente da República, mas do Poder Legislativo.

O artigo 84, IV, prevê como competência do Presidente da República “*sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução*”.

Jamais o Presidente da República poderia se utilizar de Decreto para inovar no mundo jurídico como o fez. O máximo que ele poderia fazer é expedir Decreto para a fiel execução da lei e não para criar lei.

Sendo a questão de relevância e urgência, o Presidente da República pode utilizar o instituto da Medida Provisória prevista no artigo 62 da Constituição.

Consoante GARCIA DE ENTERRIA & RAMON FERNANDEZ (1997:445): “*A discricionariedade é um caso típico de remissão legal*”, “[...] *não existe discricionariedade à margem da lei, mas em virtude da lei e na medida em que a lei tenha disposta*”. Esta constatação é de fundamental importância, pois fica claro que o Executivo não pode a seu bel prazer estabelecer os critérios para determinar o que é e o que não é segredo de Estado. A lei é quem deve dizer e não os administradores públicos, mas aceitar-se que o Decreto pode definir os critérios é o mesmo que dizer que os critérios serão elaborados pelo Executivo, sem remissão à lei, fato que seria uma aberração jurídica, pois o governo passaria a subjugar o Legislativo e o povo, ao fugir de qualquer controle ou fiscalização, em contraste com o princípio republicano. Neste sentido, é muito clara a assertiva clássica do direito inglês “*rule of law, not of men*”: o governo é da lei e não dos homens.

O Executivo pode, através de Decreto, regulamentar a lei e dizer quais informações são ou não segredos de Estado, desde que se submeta aos critérios legais; isto é, que o faça dentro da lei e pela forma que ela determinar.

Dadas as análises, não resta dúvida de que é possível restringir, com a lei, o direito à informação junto aos órgãos públicos com o objetivo de garantir a segurança do Estado e da sociedade, mas é importante frisar que esta restrição não é de caráter absoluto, tendo em vista as garantias individuais e coletivas e os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

### 3. Limitações decorrentes da colisão de direitos

As limitações ao direito à informação pública decorrentes de conflitos entre normas de direitos fundamentais devem ser analisadas dentro de cada caso concreto, tendo em vista a possibilidade de colisão de normas de igual densidade jurídica; isto é, a colisão de normas jurídicas da mesma hierarquia. Existindo colisão de direitos de igual hierarquia, é preciso encontrar uma solução dentro do próprio sistema, sem ferir nenhum dos direitos em jogo. A solução será encontrada dentro dos princípios de interpretação da Constituição, especialmente nos seguintes: 1- máxima efetividade dos direitos fundamentais; 2- combinação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Abordando o tema, os professores ARAÚJO & NUNES JÚNIOR (2003:90) assim se manifestaram:

*“Verificando o conflito e fixada a limitabilidade dos direitos fundamentais, resta estabelecer o mecanismo de equacionamento do conflito emergente.*

*Inexiste regra geral a ser observada. As colisões de direitos fundamentais, como dito, não estão situadas no plano normativo, mas no concreto, onde dois indivíduos, evocando direitos fundamentais distintos, verificam a colisão entre estes. Como, então, determinar o âmbito de cada um desses direitos?”*

Os ilustres constitucionalistas, CANOTILHO & MOREIRA<sup>31</sup> dão a solução para o problema:

*“No fundo, a problemática da restrição dos direitos fundamentais supõe sempre um conflito positivo de normas constitucionais, a saber, entre uma norma consagradora de certo direito fundamental e outra norma consagradora de outro direito ou de diferente interesse constitucional. A regra de solução do conflito é da máxima observância dos direitos fundamentais envolvidos e da sua mínima restrição compatível com a*

---

<sup>31</sup> MOREIRA, Vital, CANOTILHO, J. J. Gomes. Fundamentos da Constituição. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 134.

*salvaguada adequada de outro direito fundamental ou outro interesse constitucional em causa.*” (apud ARAÚJO & NUNES JÚNIOR, 2003:90).

As restrições, em virtude de sigilo, ao direito de informação junto aos órgãos públicos determinadas pelos critérios legais não podem ser de caráter absoluto, pois se a segurança do Estado e da sociedade não podem ser colocada em risco, a pessoa individualmente também deve ter garantidos os seus direitos individuais protegidos pela Constituição, pelo menos em abstrato.

Citamos um caso concreto de antinomia entre a exceção ao direito à informação posta pelo inciso XXXIII do artigo 5º em decorrência de sigilo e as garantias individuais prescritas pelos incisos LV e o XXXIV, “a”.

O inciso XXXIV, “b” da Constituição “*assegura a todos a obtenção de certidões em repartições públicas, para a defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal*”, sendo que o inciso LV afirma que “*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*”. Combinando estas garantias constitucionais, extraímos que a lei não pode restringir o direito à ampla defesa do acusado em processo judicial ou administrativo, pois se a lei assim o determinar, a lei é inconstitucional.

Como resolver este caso concreto estando diante de normas constitucionais de igual densidade jurídica? Estamos diante de uma antinomia aparente ou real de normas constitucionais?

A jurista Maria Helena Diniz, em brilhante estudo sobre o tema, lecionou que as normas jurídicas, em virtude da falta de coerência lógica do direito, mas não do sistema jurídico, podem ser conflitantes umas com as outras. O conflito entre as normas é denominado pelos juristas de antinomia jurídica. A antinomia entre as normas poderá ser aparente ou real.

Consideram-se antinômicas as normas que tenham juridicidade conflitante; *vigência e pertença das normas antitéticas a um mesmo ordenamento jurídico; emissão dessas normas por autoridades competentes num mesmo âmbito normativo, prescrevendo ordens ao mesmo sujeito; existência, nessas normas, de operadores opostos, pois seus conteúdos devem ser a negação interna um do outro; posição insustentável do sujeito a quem se dirigem as normas inconsistentes. Em suma, para haver antinomia real será preciso: incompatibilidade, indecidibilidade e necessidade de decisão.*

A antinomia aparente poderá ser solucionada pelos critérios estabelecidos pela ciência do direito: a) hierárquico: *lex superior derogat legi inferiori*; b) cronológico: *lex posterior*

*derogat legi priori*; c) especialidade: *lex specialis derogat legi generali*. Mas poderá haver antinomia entre os próprios critérios; aí temos antinomia de segundo grau, que será solucionada pelos meta-critérios: 1-hierárquico e cronológico: *lex posterior inferiori non derogat priori superiori*; 2- de especialidade e cronológico: *lex posteriori generalis non derogat priori speciali*; 3-hierárquico e de especialidade: não tem regra fixa, opta-se pela norma justa, diante do caso concreto.

Quando existir lacuna de critérios para a solução dos conflitos normativos temos antinomia real. Não existe regra fixa para solucionar colisão real de normas jurídicas. Neste caso, apela-se para os valores da justiça, equidade, sob o prisma da lógica do razoável, diante do caso *sub judice* (DINIZ, 1998:91-94).

Observamos, assim, que existe uma real colisão entre as restrições determinadas pelo inciso XXXIII e os direitos garantidos pelos incisos LV e XXXIV, “b”, do artigo 5º da Constituição, que a autoridade competente precisa encontrar o argumento adequado para solucionar a questão. Assim, uma das duas normas precisa ser desconsiderada diante da questão *sub judice*, mas sem revogá-la, uma vez que a autoridade que decide não tem competência para tal e, ainda, ambas estão sob a proteção de cláusulas pétreas, artigo 60º, § 4º, IV da Constituição.

A informação sob sigilo pode conter a prova necessária para absolver o acusado inocente ou pode estar protegendo um criminoso, um agente público ímprobo ou o crime organizado. Nestes casos, é evidente que a negação da informação não atende ao interesse público e nem aos direitos fundamentais, mas a interesses escusos. No entanto, no mundo da lógica, não é possível demonstrar cabalmente que determinada informação contenha provas suficientes para absolver um inocente ou provar que alguém cometeu um crime. A única solução é raciocinar no campo dos indícios e das circunstâncias, da verossimilhança.

O risco para a segurança do Estado e da sociedade ocorre com a publicidade ou a divulgação da informação e não com a utilização de informações sigilosas que forem imprescindíveis para a garantia do contraditório ou da ampla defesa em processo administrativo ou judicial que tramitam em segredo administrativo ou de justiça, inclusive em ação popular.

Diante do caso concreto, uma vez demonstrado que a informação sigilosa do órgão público é imprescindível para a garantia da ampla defesa do acusado, ele tem o direito de receber esta informação em forma de certidão, levando-se em consideração o princípio da máxima proteção dos direitos fundamentais. No entanto, tendo em vista os princípios da razoabilidade e o da proporcionalidade, a certidão portadora das informações deverá ser

encaminhada diretamente para a juntada no processo administrativo ou judicial, os quais devem tramitar em sigredo administrativo ou judicial para evitar a quebra do sigilo da informação.

Pode-se extrair deste exemplo que não existe sigilo absoluto, mas que é possível, simultaneamente, proteger as informações que sejam imprescindíveis para a segurança do Estado e da sociedade e os direitos individuais e coletivos.

A regra é que, em situações normais, os órgãos públicos devem fornecer as informações solicitadas pelos interessados sem quaisquer restrições, mas em se tratando de informações de caráter sigiloso, a decisão de fornecer ou não fornecer a informação deverá ser analisada diante de cada caso concreto, levando-se em consideração a demonstração da necessidade de proteção da segurança do Estado e da sociedade e os direitos e as garantias individuais dos requerentes, sob a luz do princípio da máxima garantia dos direitos individuais e coletivos e dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

## CONCLUSÕES

a) A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe de normas necessárias para os cidadãos, individualmente, em grupo ou por meio de pessoas jurídicas, submeterem a função administrativa do Estado ao controle social, não importando se esta função é exercida pelo Legislativo, Executivo ou Judiciário.

b) O vocábulo *controle* é de origem estrangeira, sendo utilizado em diversos significados, como o de fiscalização, na França; regulação, na Alemanha e dominação e poder, na Inglaterra. Os diversos sentidos do termo são utilizados pela doutrina pátria, gerando confusão semântica. Pactuamos, para efeitos deste trabalho, a utilização do termo controle, predominantemente, no sentido de fiscalização e o conceituamos como o ato de vigiar, vistoriar, inspecionar, examinar, guiar, fiscalizar, restringir algo, velar por algo ou a seu respeito, inquirir e colher informações.

c) O controle foi classificado em controle social e em controle institucional. Sendo que o controle institucional tem duas subespécies: controle institucional interno e controle institucional externo.

d) Controle social é o controle realizado de fora para dentro do Estado pelos cidadãos, individualmente, em grupo ou através de alguma entidade juridicamente constituída.

e) Controle institucional é aquele realizado por agentes públicos no exercício da função pública. É o controle realizado dentro do próprio Estado. O controle institucional interno é uma forma de auto-controle dos próprios órgãos competentes pela aplicação das normas jurídicas. É efetivado através das auditorias, corregedorias, conselhos fiscais. Já o controle institucional externo é aquele realizado por órgãos estatais estranhos àqueles que foram competentes pela emissão do ato a ser controlado. Esta forma de controle é exercida, fundamentalmente, pelo Ministério Público, pelo Poder Legislativo e pelo Tribunal de Contas.

f) Os “*direitos principais*”<sup>32</sup> elencados na Constituição, à disposição dos cidadãos, para fazer o controle social da atividade administrativa do Estado são os direitos de petição, de informação, de certidão e o princípio republicano, o qual traz em si, os princípios

---

<sup>32</sup> O eminente jurista SILVA (*op. cit.*) ensina que “[...]as garantias constitucionais são também direitos, não como outorga de um bem e vantagem por si, mas direitos-instrumentais, porque destinados a tutelar um direito-principal”.

da igualdade, da legalidade, da responsabilização dos mandatários, da prestação de contas, da moralidade, do controle e da publicidade ou transparência das atividades do Estado.

g) Os *remédios* constitucionais ou “*direitos instrumentais*” mais importantes à disposição da cidadania para o *controle social da função administrativa do Estado* são: a Ação Popular e o Mandado de Segurança, individual e coletivo, mas não podemos desprezar o *Habeas Data*, o *Habeas Corpus*, o Mandado de Injunção e a Ação Civil Pública. Porém estas garantias acabam ficando limitadas devido às dificuldades de acesso ao Judiciário, a exemplo das custas e das despesas processuais.

h) O princípio da inafastabilidade da jurisdição não é sinônimo de controle institucional externo realizado pelo Judiciário. O Poder Judiciário, no exercício de sua função jurisdicional, não faz controle, pois não tem a prerrogativa de fiscalizar a atividade administrativa do Estado, porém a de resolver conflitos de interesse jurídico, quando provocado por terceiros. Neste caso, os atos da Administração Pública são passíveis de revisão judicial, mas não de fiscalização.

i) O Judiciário, no exercício da função jurisdicional, realiza controle na seguinte hipótese: quando o juiz decide de ofício, ele faz controle institucional externo e julga simultaneamente.

j) A possibilidade dos cidadãos poderem fazer representação de denúncias de irregularidades ou ilegalidades aos órgãos da Administração Pública, ao Ministério Público, ao Tribunal de Contas, ao Legislativo é de fundamental importância para o *controle social da função administrativa do Estado*, mas esta possibilidade somente tem importância se combinada com o direito de informação, sendo esta garantida pelo direito de petição, certidão e vistas aos processos administrativos, com fundamento no princípio da publicidade ou da transparência.

k) O direito ao *controle social* da função administrativa do Estado encontra os seguintes limites explícitos e implícitos no conteúdo das normas constitucionais: 1. quando se tratar de informações, documentos ou dados de caráter sigiloso, assim definidas segundo os critérios determinados por lei, por um certo período, que tornadas públicas possam colocar em risco a segurança do Estado e da sociedade; 2. em caso de colisão ou conflito de direitos de igual densidade jurídica; 3. existência de má-fé, abuso ou absurdo nas solicitações de informações ou certidões junto aos órgãos públicos.

m) As limitações decorrentes de má-fé, abuso, absurdos ou de colisão de direitos deverão ser solucionadas dentro da realidade do caso concreto por meio dos princípios da razoabilidade e o da proporcionalidade.

- n) Além das limitações jurídicas, temos limitações impostas pela nossa cultura política, como o *clientelismo*, o *assistencialismo*, o *tráfico de influência* e as dificuldades de acessibilidade à função jurisdicional do Estado.
- o) Os fatores extrajurídicos que podem facilitar o controle social da função administrativa do Estado são os canais, instrumentos ou meios de participação nos negócios estatais colocados à disposição da cidadania, como o *orçamento participativo*, o *planejamento participativo*, as *organizações não governamentais*, os *meios de comunicação social*, os *conselhos de políticas públicas e as ouvidorias*.
- p) Uma das maneiras de garantir a acessibilidade ao Judiciário é através das Defensorias Públicas, pois estas poderiam dar assistência judiciária integralmente gratuita para os cidadãos fazerem o controle social da função administrativa do Estado, quando necessário o intermédio da via judicial.
- q) A participação popular é irmã siamesa do controle social, sendo ambos direitos humanos fundamentais. Assim, onde não houver a garantia do direito ao controle social, também não existirá participação popular efetiva, sendo aquele, direito público subjetivo à fiscalização do Estado e esta partilha de poder político para a elaboração de normas jurídicas.
- r) Enfim, concluímos que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 contém os fundamentos jurídicos essenciais (e alguns até detalhados) colocados à disposição da cidadania para controlar a função administrativa do Estado, mas além das limitações constitucionais à fiscalização, torna-se necessário a mudança de cultura e de mentalidade dos magistrados, dos parlamentares, dos agentes da Administração Pública e do nosso povo com a finalidade destas normas constitucionais se efetivarem, pois não basta a eficácia jurídica, é preciso dar a elas, a eficácia social. Para isso, o Brasil tem a necessidade de investimentos em educação e, primordialmente, em educação política, em formação e em informação para que possamos ter uma opinião pública consciente de seus deveres e de seus direitos de cidadania, disponíveis no conteúdo dos princípios e regras da Constituição de 1988 e, assim, vivenciar estes direitos e garantias na plenitude.

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle Social de Serviços Públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David, NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A Proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência*. 3. ed.. Brasília: Ministério da Justiça-Secretaria de Estado dos Direitos Humanos-Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência-CORDE, 2001.
- ARISTÓTELES. *A Política*. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1991.
- ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar: aplicados ao regime dos servidores públicos civis*. Curitiba, 1997, 391 p. Tese (doutorado). Universidade Federal do Paraná, 1997.
- BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed.. São Paulo: Saraiva, 1990.
- BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. 2. ed.. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.
- BOBBIO, Norberto, MATEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 7ª ed.. Tradução Carmen C. Varriale. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. Controle Social.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed.. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRITTO, Carlos Ayres. *Distinção entre “Controle Social do Poder” e “Participação Popular”*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 189, p. 114-122, jul./set. 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed.. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Direito Processual Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1982.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 20. ed.. São Paulo: Saraiva, 1998.

DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus Efeitos*. 4. ed.. São Paulo: Saraiva, 1998.

\_\_\_\_\_. *Conflito de Normas*. 3. ed.. São Paulo: Saraiva, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14. ed.. São Paulo: Atlas, 2002.

\_\_\_\_\_. *Participação da comunidade em órgãos da administração pública*. Revista de Direito Sanitário. São Paulo: LTr, v. I, n.1, p.36-48, nov., 2000.

DIAZ BORDENAVE, Juan E.. *O que é Participação*. 7. ed.. São Paulo: Brasiliense, 1992.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 4. ed.. Rio de Janeiro: José Konfino-Editor, 1968.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986. Controle, p. 469, Fiscalizar, p. 782, Sindicar, p. 1590.

FERREIRA, Luiz Pinto. *Dicionário de Sociologia*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1977. Controle Social, p. 75.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *La Constitución y el Tribunal Constitucional*. Madri: Civitas, 1985.

\_\_\_\_\_. *La Lucha contra las Inmunidades del Poder*. 3. ed.. Madrid: Civitas, 1995.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, RAMON FERNANDEZ, Tomás. *Curso de Derecho Administrativo*. 4. ed.. Madri: Civitas, 1983.

GORDILLO, Agustín A. *Princípios Gerais de Direito Público*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977.

\_\_\_\_\_. *La Administración Paralela*. Madri: Civitas, 1982.

\_\_\_\_\_. *Problemas del Control de la Administración Pública en América Latina*. Madrid: Civitas, 1981.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A tutela jurisdiccional dos interesses difusos*. Revista de Processo. São Paulo, n.14-15. abr/set., 1979.

\_\_\_\_\_. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada: Conflitos entre Direitos da Personalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LEBRUN, Gerard. *O que é Poder*. Tradução Renato Janine Ribeiro e Silvia Lara Ribeiro. São Paulo: Abril Cultural/ Brasiliense, 1984.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 6. ed. São Paulo: Editora Método, 2003.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1986.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Os Conselhos de Participação Popular. Validade jurídica de suas decisões*. Revista de Direito Sanitário. São Paulo: LTr, v.I, n.1, p.23-35, nov. 2000.

LUFT, Celso Pedro. *Minidicionário Luft*. 20. ed.. São Paulo: Editora Ática, 2000. Controle, p. 196.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular*. 3. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 21. ed.. São Paulo: Malheiros, 1996.

\_\_\_\_\_. *Mandado de segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, "Habeas data", Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. 25. ed.. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 14. ed.. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. *Controles do Poder Político*. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo, n.11, p.59-67, 1995.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1978 (v. I).

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 12ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2002.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei n. 9.784/99*. São Paulo: Malheiros, 2000

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Publicidade Comercial- Proteção e Limites na Constituição de 1988*. São Paulo: Juarez de Oliveira Ltda., 2001.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los Derechos Fundamentales*. Madri: Tecnos,1998.

PESTANA, Flávio Bonfim (coord.). *Dicionário Completo da Língua Portuguesa*. São Paulo, Folha da Tarde -Ft- Melhoramentos,1994, Controle.

PONTUAL, Pedro. *Forum Nacional de Participação Popular nas Administrações Municipais. Balanço das experiências de orçamento participativo nos governos locais*. Instituto Polis. N.4, 1999, p.47-50.

QUEIRO, Afonso Rodrigues. *A Teoria do “Desvio de Poder” em Direito Administrativo*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, vol.VI, p.52-80, jan./mar., 1947.

\_\_\_\_\_. *Estudos de Direito Público. Vol I- Dissertações*. Acta Universitatis Conimbrigenses. Coimbra.Universidade de Coimbra, 1989.

ROSENN, Keith. *O controle da constitucionalidade no Brasil: desenvolvimentos recentes*, in Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 227, p. 1-30, jan./mar. 2002.

SANTOS, Washington dos. *Vocabulário de Sociologia*. Rio de Janeiro: Editora Rio-Sociedade Cultural Ltda., 1978. Controle Social, p. 71-72.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 6. ed.. São Paulo: Malheiros, 1990.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 16. ed.. São Paulo: Malheiros, 1994.

SOUZA, Motauri Ciocchetti de. *Ação Civil Pública e Inquérito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. *As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais. Constituição, Cidadania, Violência. A Lei 9.296 e seus reflexos penais e processuais*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Princípios da Publicidade Administrativa (direito de certidão, vista e intimação)*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 99, p. 97-110, jan/mar, 1995.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2001.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação Civil Pública e Tutela Jurisdicional Coletiva: Instrumentalidade do Processo e os Principais Problemas da Ação Coletiva*. São Paulo, tese (mestrado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1998.

WATANABE, Kazuo. *Controle Jurisdicional (Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro) e Mandado de Segurança contra Atos Judiciais*. São Paulo: São Paulo, 1980.