

FÁBIO MARTINS RIBAS

O CONTROLE SOCIAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, área de concentração em Direito do Estado, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Romeu Felipe Bacellar Filho

CURITIBA

2008

TERMO DE APROVAÇÃO

FÁBIO MARTINS RIBAS

O CONTROLE SOCIAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL

Dissertação aprovada, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito, no Programa de Pós-Graduação em Direito, área de concentração em Direito do Estado, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela comissão formada pelos professores:

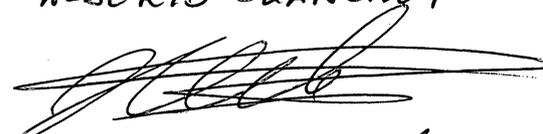


Orientador: Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho

Universidade Federal do Paraná



LUIZ ALBERTO BLANCHET



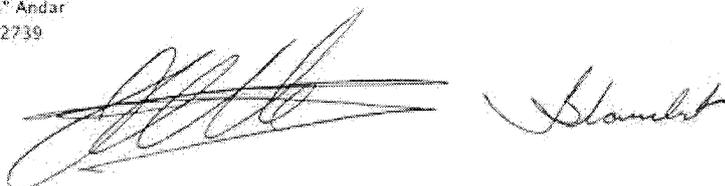
LUIZ VERGILIO DALKE

Curitiba, de 2008

Dedico este trabalho à Emanuela, que com amor e compreensão soube entender minhas angústias neste processo produtivo, sempre colaborando, responsável pelo que de bom existe nesta dissertação.

Ata da reunião da Comissão Julgadora da Dissertação apresentada pelo mestrando **Fábio Martins Ribas**, realizada no dia quatorze de outubro de dois mil e oito, às nove horas.

No dia quatorze de outubro do ano de dois mil e oito, às nove horas, nas dependências do Programa de Pós-graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da UFPR – 3.º andar, em sessão pública, reuniu-se a Comissão Julgadora da Dissertação apresentada pelo mestrando **Fábio Martins Ribas**, sob o título "**O CONTROLE SOCIAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL**". Comissão esta constituída pelos Professores Doutores Luiz Alberto Blanchet (PUC/PR), Romeu Felipe Bacellar Filho (Orientador-Presidente/UFPR) e Luiz Vergílio Dalla-Rosa (FCR) respectivos Membros, nos termos da decisão do Colegiado deste Programa. Abrindo a sessão, declarou o Senhor Presidente que o exame inicia-se com a exposição sumária pelo mestrando, no prazo máximo de sessenta minutos, sobre o conteúdo de sua Dissertação, em seguida cada examinador arguirá o mestrando, no prazo máximo de trinta minutos, devendo a arguição ser respondida em igual prazo ou sessenta minutos quando haja diálogo na argumentação. Assim sendo, após a exposição oral, o mestrando foi argüido sucessivamente pelos Professores Doutores Luiz Alberto Blanchet, Romeu Felipe Bacellar Filho e Luiz Vergílio Dalla-Rosa. Em seguida, o Senhor Presidente suspendeu a sessão por dez minutos, passando a Comissão Julgadora, em sessão reservada, ao julgamento da Dissertação, atribuindo cada examinador a sua nota de zero a dez (equivalente de D a A). Reabrindo a sessão, foi, pelo Senhor Presidente, anunciado o resultado do julgamento, declarando ter sido aprovada a Dissertação, por unanimidade de votos, sendo-lhe atribuídas as seguintes notas: Luiz Alberto Blanchet, 9,50 (nove inteiros e cinquenta centésimos), Romeu Felipe Bacellar Filho, 9,50 (nove inteiros e cinquenta centésimos), Luiz Vergílio Dalla-Rosa, 9,50 (nove inteiros e cinquenta centésimos), resultando a média 9,50 (nove inteiros e cinquenta centésimos), equivalente ao conceito A. A seguir, emitiu a Comissão seu Parecer em separado, sendo a sessão encerrada pelo Senhor Presidente, o qual agradeceu a presença de todos. Do que para constar, eu, Sandra Mara Pinheiro Maciel, Assistente em Administração, lavrei a presente ata que segue assinada pelos Senhores Membros da Comissão Julgadora.





PARECER

A Comissão Julgadora da Dissertação apresentada pelo mestrando **Fábio Martins Ribas**, sob o título "**O CONTROLE SOCIAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL**", após arguir o candidato e ouvir suas respostas e esclarecimentos, deliberou aprová-lo por unanimidade de votos, com base nas seguintes notas atribuídas pelos Membros:


Prof. Dr. Luiz Alberto Blanchet - 9,50 (nove inteiros e cinquenta centésimos)


Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho - 9,50 (nove inteiros e cinquenta centésimos)


Prof. Dr. Luiz Vergílio Dalla-Rosa - 9,50 (nove inteiros e cinquenta centésimos)

Em face da aprovação, deliberou, ainda, a Comissão Julgadora, na forma regimental, opinar pela **concessão do título de Mestre em Direito ao candidato Fábio Martins Ribas**.

A Comissão Julgadora, do mesmo modo, delibera recomendar ao Colegiado do Programa a dispensa de vinte e três créditos em favor do candidato por ocasião do Doutorado.

É o parecer.

Curitiba, 14 de outubro de 2008.

AGRADECIMENTOS

À minha família, pelo apoio e carinho absoluto nos momentos mais difíceis e pela compreensão de minha ausência.

Ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho, pela imensa generosidade na partilha do seu saber, exemplo de conduta ética e humildade; Aos Professores Ângela Cássia Costaldello e Luiz Vergílio Dala-Rosa, pela compreensão e estímulo.

À Luiz Fernando Ribas Carli, meu grande amigo, desde sempre, pela oportunidade, aprendizado e apoio incondicional, minha sincera gratidão.

Rosi Kaminski, Rodrigo Barbosa e Silva e Marcel Fracaro, pela revisão cuidadosa, pela competente editoração, apoio na pesquisa e estímulo.

Aos colegas de trabalho da Prefeitura Municipal de Guarapuava, que souberam compreender meus momentos de ausência, pelo incentivo e carinho sincero.

RESUMO

Devido à importância do tema para a sociedade em geral, o trabalho aborda o controle social da administração pública, especificamente em âmbito municipal. No período de desenvolvimento da dissertação, os estudos e pesquisas realizadas, buscaram compreender as formas, incidência e os mecanismos do controle social na atividade administrativa do Poder Público Local, após o advento da Constituição Federal de 1988. No que se refere à participação popular e controle social, verifica-se que não se confundem, pois, enquanto o primeiro tem características de engajamento e participação do cidadão, o outro funda-se na fiscalização do poder público. Além disso, constatou-se que as normas constitucionais e infraconstitucionais permitem a incidência de instrumentos e mecanismos capazes de auxiliar e ampliar a atuação da fiscalização da sociedade civil na atividade administrativa do Estado. Também se verifica que o envolvimento da população na gestão pública, através da participação e do controle, são fundamentais para a formação da administração pública co-participativa. Na esfera municipal, os pressupostos necessários para efetividade do controle social são mais facilmente constatados, pois as oportunidades para o desenvolvimento dessa democracia participativa e atuante estão abertas e necessitam da atenção de toda a sociedade.

ABSTRACT

The work approaches the control social of the public administration, specifically in municipal scope, due the importance of the subject for the society. It searched understanding forms, incidence and mechanisms of the social control in the administrative activity of the local public power after the advent of the 1988 Federal Constitution. As for the popular participation and social control, it was verified that they do not confuse because while the first one has characteristics of enrollment and participation of the citizen, the other is established in the fiscalization of the public power. The constitutional and infraconstitutional ruleses had allowed to the incidence of instruments and mechanisms capable to assist and to extend the performance of fiscalization of the civil society in the administrative activity of the State. The involvement of the population in the public administration through the participation and of the control is basic for the formation of the coparticipative public administration. In the municipal sphere, the base necessary for effectiveness of the social control are more easily evidenced, such situation demonstrates that the chances for the development of this participative and operating democracy are opened and need the attention of all society.

SUMÁRIO

RESUMO	V
INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA SOCIEDADE E O ESTADO DE DIREITO	5
Seção I – Sociedade, Estado, Moral e Ética.	5
a) Evolução Histórica da Sociedade e do Estado	5
b) Sociedade, Moral e Ética	19
c) Ética e Moral na Administração Pública	23
Seção II – O Sistema Federativo Brasileiro e o Controle Social	29
a) A Constituição Federal de 1988 e os municípios brasileiros;	29
b) A Constituição Federal e a Autonomia Municipal	37
c) O Controle Social no Direito Constitucional Brasileiro	44
CAPÍTULO II –A FUNÇÃO ADMINISTRATIVA MUNICIPAL E AS POSSIBILIDADES DE CONTROLE SOCIAL	49
Seção I - Princípios Constitucionais da Administração e Controle Social	49
a) Aspectos gerais	49
b) Princípio da Legalidade	50
c) Princípio da impessoalidade	51
d) Princípio da Moralidade	53
e) Princípio da Publicidade	56
f) Princípio da Eficiência	58
Seção II – Controle Social	60
a) Modalidades de Controle	60
b) Incidência do Controle Social e seu Papel junto ao Poder Local	64
c) Improbidade administrativa e a Lei 8.429 de 1992	69
d) O Processo Administrativo e a Lei Federal 9.784 de 1.999	75
CAPÍTULO III – INSTRUMENTOS E AGENTES REGULADORES DO CONTROLE SOCIAL	84
Seção I – Instrumentos de Controle Social	85
a) Direito de Petição	85
b) Ação Popular	87
c) Habeas Corpus	90
d) Mandado de Injunção	91
e) Mandado de Segurança	95

Seção II – Responsabilidade Fiscal, Ministério Público, Tribunal de Contas, Acesso as Informações Públicas e a Efetividade do Controle Social	97
a) A Lei de Responsabilidade Fiscal	97
b) O Ministério Público e Controle Social em âmbito municipal	102
c) O Controle Externo do Tribunal de Contas nos Municípios	107
d) Orçamento Participativo e Audiência Pública	115
e) O Papel da Tecnologia no Controle Social da Administração Pública Municipal	118
CONCLUSÃO	122
BIBLIOGRAFIA	127

INTRODUÇÃO

A evolução histórica da sociedade deságua no contexto contemporâneo em um complexo relacionamento entre Estado e Sociedade Civil. Nesse contexto, o Estado, após atravessar turbulento conflito entre Esquerda e Direita, Capitalismo e Socialismo, sente necessidade de realinhar seu rumo, pois se vê um tanto perdido na atual estrutura geopolítica globalizada. A Sociedade Civil, por seu turno, sofre com o reflexo dessas mudanças que afetam diretamente o desenvolvimento econômico, social, político, cultural e a própria relação entre as nações globalizadas.

Nesse contexto de efervescente transformação, o avanço tecnológico somado ao uso generalizado da informática e da *Internet* têm se apresentado como mecanismos propulsores dessa nova ordem mundial, na qual a influência de uma nação sobre outra ocorre de maneira muito rápida. Se antes a informação já não respeitava qualquer espécie de fronteira nacional, atualmente o que se vê é a distribuição quase que imediata do modelo político-econômico do fenômeno Globalização, determinando a influência desmedida de uma Nação sobre as demais. A *performance* obedecida é o desenvolvimento econômico a qualquer custo e a única regra a ser respeitada é a do Mercado, de modo que, o Estado diminui sua atividade dando lugar para iniciativa privada.

Essa reestruturação mundial atingiu o Brasil, logo após a promulgação da Ordem Constitucional de 1988, trazendo para a nação o avanço econômico e a abertura de novos mercados. Todavia, o Estado brasileiro - que dava seus primeiros passos no caminho da responsabilidade social - embarcou nessa revolução silenciosa, sem antes resolver seus problemas internos, passando a retirar-se de determinadas áreas de atuação com o objetivo precípuo de acelerar a modernidade e ingressar no rol dos países desenvolvidos.

Dessa forma, a nação brasileira passa a conviver com um Estado cada vez menos presente, preocupado muito mais com *superávit* primário do que com os problemas internos básicos da população e os investimentos em saúde, educação, transporte e moradia paulatinamente substituídos pelo pagamento da dívida externa, o aumento do saldo na balança comercial e a ampliação das reservas cambiais. Afinal, a crise não é mais nacional,

é global, a economia mundial está entrelaçada de tal forma que o erro ou a dificuldade financeira de um país poderá afetar quase a totalidade dos demais países.

Internamente, a população brasileira sofre não apenas com o reflexo da atividade econômica globalizada, mas também pela forma como a política pública do Poder Central abandonou os governos estaduais e municipais, transferindo responsabilidades que antes cabiam àquele Poder para os demais entes federativos, sem, contudo, oportunizar recursos financeiros para que estes possam suprir as necessidades básicas da população local. Os mais graves problemas do cidadão, nas áreas de saúde e educação, foram transferidos para a responsabilidade dos governos locais ou passaram a ser atendidos pela iniciativa privada, através de planos de saúde, escolas e universidades particulares.

Assim, a forte influência das economias externas e a ausência interna do Estado, no que tange às funções básicas de atendimento, somaram-se aos flagelos da vida pública nacional, tais como a corrupção, o desvio de verbas públicas, o super faturamento de obras públicas e outras práticas contrárias ao interesse da população, conduzindo o país a uma crise moral e ética antes jamais vista.

Constatada essa crise vivenciada pelo Estado brasileiro, que já não consegue suprir suas atribuições frente à enorme necessidade da população, surgem como tema para discussão da sociedade questões sobre como devem ser geridos os recursos públicos, quais as formas de participação da comunidade na atividade administrativa do Estado e, principalmente, a criação de mecanismos de aproximação da Sociedade Civil e Governo para promoção de atividades que gerem a oportunidade de interação entre **administrador** e **administrados**, visando a construção da gestão co-participativa para realizar não mais o que o Gestor deseja (satisfação pessoal), mas sim para efetivar aquilo que a comunidade mais precisa (assegurar suas necessidades básicas).

Nesse sentido, a presente dissertação vai discutir a possibilidade de formação dessa relação entre Sociedade Civil e Poder Público, especialmente em âmbito municipal, focando a gestão pública co-participativa como mecanismo de efetivo controle da atividade administrativa dos entes públicos municipais e, conseqüentemente, o desenvolvimento da democracia participativa, que apresenta como condição ímpar o poder de fiscalização da sociedade.

As linhas gerais deste trabalho procuram descrever as condições favoráveis apresentadas pela população que vive nos municípios, ante a proximidade daquela com o administrador municipal, analisando essa situação e as possibilidades de formação de uma administração pública municipal eficiente, ética e eficaz, como consequência desse elo entre o indivíduo comum e o Poder Municipal.

Considerando-se a análise proposta, esta dissertação encontra-se estruturada em três capítulos, cada um composto de duas seções. O Primeiro Capítulo centra-se na evolução histórica da sociedade, descrevendo a necessidade que o homem tem de viver em comunidade e o papel dos Municípios após o surgimento do Estado de Direito. A Seção I aborda as transformações sofridas pela Sociedade e a evolução desta até o nascimento do Estado de Direito, tendo como enfoque a incidência da ética na vida em comunidade e no papel desempenhado pelos preceitos morais na atividade pública. Na Seção II, descreve-se a estrutura do Sistema Federativo Brasileiro, principalmente após a Constituição de 1988, apresentando a nova tendência de fortalecimento do papel desenvolvido pelos municípios (autonomia municipal) e a presença da possibilidade do exercício do Controle Social frente à Ordem Constitucional.

No Segundo Capítulo, o estudo analisa a função administrativa dos municípios e as possibilidades de incidência do Controle Social, diante da atual estrutura da administração pública local. Na Seção I, desse capítulo, a dissertação procura descrever a importância dos princípios constitucionais na atividade administrativa do Estado, asseverando o papel dos mesmos como vetores da função administrativa, bem como a condição de inviolabilidade da norma fundamental como garantia de respeito a todo ordenamento jurídico. Já na Seção II do mesmo capítulo, aborda-se a atividade de Controle Social propriamente dita, inicialmente destacando a tênue participação popular, para em seguida analisar a importância que as novas normas moralizadoras proporcionaram para o fortalecimento da atividade de fiscalização por parte da Sociedade e das Instituições criadas com esse fim.

E, num último momento (Capítulo III), a partir da condição normativa apresentada, descrevem-se quais seriam os mecanismos colocados à disposição da população na busca da efetividade do controle social da administração pública municipal. Na Seção I, os argumentos apresentados relatam a existência e a aplicação dos instrumentos colocados à

disposição do controle social, indagando quanto à eficiência dos mecanismos no combate a malversação dos recursos públicos, a corrupção e as demais formas de lesão ao erário. Nesse sentido, a Seção II descreve a incidência da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal e seu cunho moralizante, indicando a função exercida pelo Ministério Público e Tribunal de Contas como órgãos fortalecedores do poder de fiscalização da Sociedade Civil, quando atua em conjunto com esta. Na mesma seção,, analisa-se ainda a transformação sofrida pela gestão pública com o acesso imperioso da informática pelo cidadão comum em seu dia-a-dia.

A presente dissertação estuda os mecanismos colocados à disposição da sociedade brasileira para possibilitar a formação de um Estado Democrático, Participativo e Controlado e indica o núcleo federativo representado pelos municípios como contexto que apresenta, atualmente, todas as condições legais para o desenvolvimento dessa relação de co-participação da gestão pública, ficando a cargo da sociedade a responsabilidade pelo engajamento efetivo no processo de fiscalização da atividade administrativa municipal, a fim de que esta se dê de forma responsável e capaz de realizar ações que visem o interesse público, garantindo-se a qualidade, a eficácia, a ética e a eficiência da gestão pública participativa.

Capítulo I – Evolução Histórica da Sociedade e o Estado de Direito

Seção I – Sociedade, Estado, Moral e Ética.

a) Evolução Histórica da Sociedade e do Estado

O homem não existe para viver sozinho. Esta parece ser a concepção que forjou todo contexto histórico da vida do indivíduo em sociedade, desde os momentos mais remotos da antiguidade até a era da informática .

Desde o período do Homem das Cavernas, constata-se a busca do indivíduo por segurança e proteção. A procura por condições mais favoráveis à sobrevivência e a fuga das intempéries da natureza fizeram com que o homem pré-histórico buscasse proteção nas cavernas, ambientes que, através do convívio com os demais, asseguravam-lhe melhores condições de defesa e proteção.

Desta interpretação retira-se o pensamento daqueles que acreditam que foi a necessidade de convívio do homem em pequenos agrupamentos, visando garantir sua proteção e sobrevivência, que assegurou o surgimento das condições iniciais para formação, ainda que primária, da vida em comunidade. Na concepção de Hobbes¹, o Estado Natural era contextualizado pela luta permanente entre os indivíduos que conviviam amontoados casualmente, aproximados pelo instinto animal de sobrevivência, pela necessidade de trocar ajuda, e mantinha-se assim pelo constante estado de guerra.

No período da idade da pedra, considerado como a fase inicial da evolução do Homem à convivência com os demais, o agrupamento ocorria pela necessidade de ajuda para sobrevivência, conforme informa Nicola Malatesta², que diz: “esses homens, desde os primórdios da sua vida, eram ligados por vínculos de simpatia e de ajuda mútua, não se pode olvidar”.

Dessa forma é possível considerar que o início do desenvolvimento da coletividade ocorreu pela luta constante do homem pela vida, pelo conflito de todos contra todos e pela necessidade de ajuda mútua.

¹ HOBBS, T. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2004.

² MALATESTA. N.F.D. *A Sociedade e o Estado*. Campinas: LZN, 2003.

A idéia inicial de luta pela vida foi apresentada pelo Darwinismo³ por intermédio da concepção da seleção natural, a sobrevivência do mais forte. Entretanto, é com a evolução da sociedade e a busca pela paz, descrita por Hobbes⁴ como lei fundamental da natureza, que surge a percepção da sociedade moderna, fundada na necessidade de limitação das liberdades individuais para garantia da vida em sociedade.

A análise desta evolução inicial conduz a uma interpretação de que o homem não existe para viver de forma separada, sendo que esta condição pode ocorrer apenas em situação ímpar, conforme bem salienta Malatesta: “Em suma, em todo o reino animal a vida isolada é exceção, e a vida em sociedade, com base na simpatia e na ajuda mútua é a regra...”⁵.

Dessa forma, denota-se que foi a indispensável necessidade de conviver com o outro que fez com que o indivíduo construísse as bases para formação da sociedade moderna, ainda mais calcada na coletividade. Esta evolução social transcorreu acompanhada de diferentes mutações sócio-políticas que conduziram à formação do Estado Moderno passando por diferentes períodos da história.

O Estado grego, considerado um dos berços da formação dos conceitos da vida em sociedade, apresentava como base de sustentação da coletividade a igualdade de todos os cidadãos atenienses perante a lei, ausência de títulos e funções hereditárias, possibilitando o livre acesso a todos os cidadãos atenienses às funções públicas e o direito à livre expressão, à palavra e à argumentação pública sobre as atividades do governo.

Em tal momento histórico o Estado era a *Polis*, ou cidade-estado-grega, territórios de menores extensões, que não ultrapassavam os limites da cidade, sendo jurídica e politicamente organizada e constituída de cidadãos livres, estrangeiros e escravos, sendo que a cidadania não era reconhecida, aos dois últimos.

Todavia, em que pesem os pilares da democracia advirem daquele Estado, verifica-se que a democracia ateniense apresentava padrão diferente do ocorrido na atualidade, isto

³ O Darwinismo, como ficou conhecido, é uma teoria elaborada pelo naturalista inglês Charles Darwin (1809 – 1882), publicada em 1859 no livro *On the origino of species* (A origem das espécies), explicando a evolução dos seres vivos por meio da seleção natural.

⁴ HOBBS, T. *Op. Cit.*

⁵ MALATESTA. N.F.D. *Op.Cit.*, p.42

é o Estado Grego, embora seja apontado como a fonte da democracia, na acepção do direito público moderno não chegaria a ser um estado democrático, as peculiaridades de sua constituição social não condiriam com os atuais preceitos da democracia, pois apenas uma classe política possuía intensa participação nas decisões de Estado, a respeito dos assuntos de interesse público. Porém, a base de entendimento de Estado lá se encontra e na evolução da idéia de Estado durante a Grécia Antiga, destacam-se duas linhas claras: a sistematizada por Platão, em **A República**, que considera o Estado justo como ideal, segundo a qual o poder estava nas mãos dos filósofos, incumbidos de dirigir, a proteção da sociedade era responsabilidade dos guerreiros e aos trabalhadores cabia obedecer.

Outra linha na continuidade evolutiva do Estado Grego é apontada por Aristóteles, em sua obra **A Política**, que defendia o ser humano como um ser eminentemente político, com tendência inata para a vida em sociedade, e encara o Estado como instituição natural, necessária, decorrente da própria natureza humana. Pelos princípios aristotélicos, a finalidade primeira do Estado seria a segurança da vida social, a regulamentação da convivência entre os homens e, em seguida, a promoção do bem-estar coletivo. Uma forte característica do Estado Grego era a separação entre a religião e apolítica

Outro momento importante surge com o Estado Romano, no qual o conceito de Estado era bem próximo do conceito moderno; “Nação politicamente organizada por leis próprias”, ou ainda, “conjunto de poderes políticos de uma nação, governo”⁶, sendo utilizado por tal termo a terminologia *status reipublicae* ou ordem permanente da coisa pública.

O Estado Romano se caracterizava pela vasta extensão territorial, e entre seus hábitos sociais estavam presentes o culto aos antepassados, a valorização da família e determinada organização jurídica. Existia uma separação entre poder público e o poder privado, sendo que a incidência do poder político era muito mais ampla, fazendo parte deste o *imperium* (autoridade), a *potestas* (poder organizacional) e *majestas* (enaltecimento do poder). Não se pode esquecer que naquele período a reverência do povo romano em relação ao governo era muito relevante, sendo o Estado muito forte por exercer vasta influência na vida de cada indivíduo.

⁶ MICHAELIS. **Dicionário da Língua Portuguesa**. p 507.

Outro momento histórico da evolução da sociedade que merece destaque é a Idade Média, cuja sociedade se organizou desprovida de coesão do poder estatal, havendo uma concepção patrimonial e fragmentária do poder. Esta concepção era resultado do estreito envolvimento da Igreja com o Estado, reflexo da forte influência do cristianismo naquela sociedade, aliança essa que oportunizou a ocorrência de um Estado com poderes divididos e sob ingerências constantes da Igreja, a qual se fortaleceu e ajudou a comandar os desígnios de vários Estados. Este momento histórico é compreendido antes do final do século XVIII e início do século XIX, e como aduzido, era caracterizado pelo princípio egocentrista do absolutismo, que tinha como expressão máxima *L'Etat c'est moi* (o Estado sou eu), ou seja, todo poder se concentrava nas mãos do monarca.

O regime absolutista que vigorou durante o século XVI, até mais da metade do século XVIII, compreendendo a denominada era Moderna, caracterizava-se pela centralização do poder estatal nas mãos do monarca. Esse processo de centralização e absolutismo do poder, que se verificou no regime político dos séculos XVI e XVIII, teve suas bases lançadas na Idade Média, quando ainda vigorava o regime feudal, cujos reis já não mediam esforços para se destacarem dos vassallos, seguindo-se então, do século XV ao XVI, a fase moderna, que se identificou pela tentativa dos reis em criarem suas próprias instituições (conselhos, corpo de funcionários, exércitos), para, finalmente, consolidarem-se nesse poder, nos séculos XVI a XVIII, nos quais a racionalização e a burocratização atingiram o seu ápice e definiram a forma moderna do Estado.

Nessa época, havia três camadas sociais: o clero, dotado de seus próprios representantes, tribunais e assembléias, sustentado pelos dízimos da população, contando ainda com a isenção de impostos; a nobreza que, além de gozar de privilégios fiscais, detinha ainda uma justiça especial, com cargos na magistratura (togada), tirando seu sustento do direito que possuíam de exigir obrigações feudais dos camponeses, bem como cargos e pensões que lhes eram concedidos pelo rei, ou até mesmo dos vantajosos casamentos no seio da alta burguesia; e o denominado terceiro estado, que reunia a maioria da população, dividida em burgueses (alta burguesia; - Industriais e comerciantes e baixa burguesia - oficiais ligados à administração e à burocracia, advogados, médicos, escrivãos) e artesãos e camponeses, estando estas últimas duas classes, somadas à baixa burguesia, sujeita a longas jornadas de trabalho e a uma elevada carga tributária.

Tal situação criava inúmeros conflitos entre as classes sociais, os quais acabaram sendo condição fundamental para a consolidação do poder absoluto⁷. Tais conflitos, inclusive, eram incentivados pelo próprio rei, o qual protegia e defendia todas as classes, atuando como maestro da disputa de interesses.

À alta burguesia eram concedidos monopólios comerciais e industriais, visando a arrecadação de impostos, sendo esta apoiada face ao clero e nobreza. Em contrapartida, havia a concessão de privilégios ao alto clero e à nobreza, sendo esta última atraída aos palácios reais por meio de cargos e pensões. Também restavam protegidas as corporações dos artesãos contra os grandes capitalistas, assegurando-lhes direitos, ao mesmo tempo em que defendia artesãos e capitalistas contra os assalariados e assegurava aos camponeses direitos de posse e propriedade adquiridos pelo costume.

Em outras palavras, o poder real descansava sobre o conflito generalizado que tendia a equilibrar as forças sociais, demandando, essa situação de conflito latente, um forte aparelho burocrático para governar, de modo que o rei era responsável pela edição das leis, organização da justiça, cobrança de impostos, manutenção de exércitos, nomeação de funcionários, tudo em nome do Estado que representava⁸.

Em suma, no regime absolutista as leis eram elaboradas conforme a vontade do monarca, o que evidentemente permitia verdadeiros abusos e atrocidades, de modo que aqueles conflitos, antes fomentados pelo Estado, acabaram fugindo do controle deste, proporcionando a crise do regime absolutista.

Ante o descontrole do Estado sobre o conflito entre as classes (clero, nobreza e burguesia), completado pelo surgimento do capitalismo e a ascensão da classe burguesa, a

⁷ Thomas Hobbes, em *Leviatã*, considerava que a sociedade inicialmente tinha vivido em anarquia e que os indivíduos formaram o Estado Civil para se proteger da violência; daí teria resultado o poder ilimitado do Estado, fruto do consentimento espontâneo dos súditos, que por isso assumia as proporções de um verdadeiro monstro. (HOBBS, T. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução Alex Marins. São Paulo: Martins Claret, 2004)

⁸ Nos primórdios da civilização humana, contudo e como nos esclarece OVIDIO BAPTISTA DA SILVA, a situação era diferente, pois “o direito, antes de ser monopólio do Estado, era uma manifestação das leis de Deus, apenas conhecidas e reveladas pelos sacerdotes. O Estado não produzia sob forma de normas abstratas reguladoras da conduta humana”, sendo “a organização social e política uma “atividade desenvolvida pelos pontífices” e que “não pode ser equiparada à função nitidamente jurisdicional”, que só passa a existir “a partir do momento em que o Estado assumiu uma posição de maior independência, desvinculando-o dos valores estritamente religiosos e passando a exercer um poder mais acentuado de controle social.” (BAPTISTA, O. *Curso de Processo Civil*, 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.000, p. 23/24).

qual passa a exercer forte influência em diferentes segmentos da sociedade, o regime absolutista entrou em declínio, não mais se sustentando a concepção, herdada da Idade Média, de que o Rei teria seu poder outorgado por Deus, de quem seria um representante na terra.

A ruptura do poder estatal com a igreja conduziu a formação do chamado Estado Moderno que passou a apresentar uma nova roupagem ao conceito de Estado, se destacando pela presença de um único governante, com poder político forte e concentrado, para determinar as questões estatais.

Outro fator que contribui, sobremaneira, para a decadência do absolutismo foi o movimento iluminista, o qual forneceu importante contribuição aos questionamentos acerca da origem divina do poder exercido pelos monarcas, demonstrando, através do método peculiar de tentar explicar os fenômenos à luz da razão, que obviamente a concessão do poder ao Monarca por Deus não se sustentava.

Através dos ideais iluministas, não só o poder do monarca foi questionado, mas também todas as ciências foram influenciadas, sendo tal movimento responsável, juntamente com tensão política da época, por desencadear a Revolução Francesa, por intermédio da qual os monarcas foram depostos e foi definitivamente alterado o paradigma político até então vigente.

Desta forma, constata-se que o nascimento do Estado Moderno se deu a partir de diversas transformações ocorridas na sociedade, dentre as quais merecem destaque, além da já mencionada ruptura entre Igreja e Estado e do Iluminismo, as mudanças ocorridas na área da economia, do direito e no poder estatal.

Georg Jellinek, em sua obra intitulada **Teoria General Del Estado**⁹, destaca a formação e caracterização de dois momentos da evolução histórica da sociedade, inseridos no contexto do Estado Moderno: Estado Absoluto, cujas características principais eram a ocorrência da monarquia absoluta (concentração do poder nas mãos do Rei) e, no que tange

⁹ JELLINEK, G **Teoria General Del Estado**. Trad. de Fernando de Los Rios, Buenos Aires: Albatros, 1978.

aos aspectos jurídicos, as regras formadoras dos limites do homem, que eram baseadas apenas no Direito Natural, tendo surgido, no denominado Estado de Direito, a idéia de soberania popular, o nascimento das constituições escritas, reconhecimento dos direitos fundamentais e separação entre os poderes.

Com isso derogou-se, no direito, a concepção Jusnaturalista, que então vigia, cujo caráter metafísico bem se amoldava ao regime monarquista e a sua defendida outorga divina dos poderes ao monarca, surgindo então a escola positivista, caracterizada pela afirmação social das ciências experimentais e afastamento da teologia ou metafísica, apanágios esses que até aquele momento justificavam os poderes do monarca.

Em outras palavras, as idéias racionalistas que se instauraram, as quais inicialmente se ocuparam em explicar os fenômenos da natureza não mais como acontecimentos divinos, como se acreditava na Idade Média, além de questionarem as crenças religiosas e o regime político da época, também acarretaram profundas mudanças no direito, o qual passou a ser concebido como uma ciência lógica, racional, causal, advindo, por conseguinte, o positivismo jurídico.

O Positivismo jurídico caracteriza-se por considerar que somente é direito aquilo que é posto pelo Estado, ou seja, o direito constitui-se em produto da ação e vontade humana (direito posto, direito positivo) e não da imposição de Deus ou da natureza, como afirmava o Jusnaturalismo.

Os positivistas, influenciados pelo racionalismo/iluminismo, acreditavam que todo o fato (ser) tinha uma conseqüência que, sob a ótica jurídica, implicava na incidência da norma (dever-ser), o que fez com que o princípio da legalidade fosse elevado a dogma.

E essa concepção positivista ganhou força com a situação política da época, posto que se vivesse num regime pós-absolutista, em que a lei não só se coadunava à concepção racionalista vigente, bem como servia de instrumento para a limitação dos poderes do Estado¹⁰, que então só poderia agir conforme as prescrições legais, enquanto os particulares

¹⁰ Sobre o nascimento do Estado de Direito como limitador da arbitrariedade estatal, NICOLÒ TROCKER esclarece que: "Lo Stato di diritto – formalmente, uno Stato che agisce secondo diritto e non secondo arbitrio – nasce dalla lotta della borghesia liberale contro lo Stato autoritario di stampo assolutistico del VIII secolo, e trova la sua espressione qualificante nel riconoscimento della posizione di "sovrantà" dell'individuo attraverso la solenne proclamazione dei diritti fondamentali di libertà. L'obiettivo di fondo è quello di

podiam agir livremente, desde que suas condutas não fossem vedadas por lei. Assim é que, visando limitar o poder desses monarcas, institui-se o Estado de Direito¹¹, que se fundamentava precipuamente no princípio da legalidade.

O surgimento do Estado de Direito ocorreu, em suma, a partir da segunda metade do século XIX e, conforme avalia Carré de Malberg, o Estado de Direito se deve entender um Estado que, em suas relações com seus súditos e para a garantia do estatuto individual destas, submete-se ele mesmo a um regime de direito, porquanto encadeia sua ação com respeito aos cidadãos em um conjunto de regras, das quais algumas determinam os direitos outorgados aos cidadãos e outras estabelecem previamente as vias e os meios que poderão se empregar com o objetivo de realizar os fins estatais: duas classes de regras que tem por efeito comum limitar o poder do Estado, subordinando-o à ordem jurídica que consagram.

Um dos sinais característicos do regime de Estado de direito consiste na premissa de que, com respeito aos administrados, a autoridade administrativa somente pode empregar meio autorizado pela ordem jurídica vigente, especialmente pelas leis. Isto implica duas coisas: Por uma parte, quando entra em relação com os administrados, a autoridade administrativa não pode ir contra as leis existentes, nem tampouco se separar das mesmas - ela está obrigada a respeitar a lei; Por outra parte, no Estado de direito, que tenha alcançado seu completo desenvolvimento, a autoridade administrativa não pode impor nada aos administrados, exceto em virtude de lei, e não pode aplicar, com respeito a eles, senão

proteggere il singolo dalle temute ingerenze autoritarie.” (TROCKER, N .*Processo Civile e Costituzione – Problemi di Diritto Tedesco e Italino*, Dott. A. Milano: Giuffrè Editore, 1974, p. 96)

¹¹ Sobre o Estado de Direito, Ronald Dworkin esclarece que há acerca do mesmo duas concepções muito diferentes: a primeira consiste na concepção “centrada no texto legal”, a qual defende que o poder do Estado nunca deve ser exercido contra os cidadãos individuais, a não ser em conformidade com regras explicitamente especificadas num conjunto de normas públicas à disposição de todos, de modo que tanto o governo, quanto os cidadãos comuns, devem agir segundo essas regras; a segunda é a “centrada nos direitos”, que pressupõe que os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado como um todo, os quais devem ser reconhecidos pelo direito positivo, para que possam ser impostos quando da exigência de cidadãos individuais por meio de tribunais e outras instituições judiciais. O doutrinador americano, porém, critica ambas as concepções. A primeira porque, ao ser “centrada no texto legal”, enfatiza que sejam quais forem as regras colocadas no “livro de regras”, elas devem ser seguidas até serem modificadas, sendo que a preocupação com o conteúdo dessas normas, embora exista nessa concepção (centrada no texto legal), seria uma questão de justiça substantiva, cujo ideal seria diverso do Estado de Direito. Por outro lado, a concepção centrada nos direitos não faz distinção quanto ao ideal da justiça substantiva e o do Estado de Direito, de forma que este (ideal do Estado de Direito) se identifica com uma concepção pública dos direitos individuais o que, na opinião do autor, além de ser complexo, pode ensejar o fracasso do Estado quanto ao reconhecimento da exatidão desses direitos. (DWORKIN, R. *Uma questão de princípios*. São Paulo: Martins Fontes, 2.005, p. 6-8).

aquelas medidas previstas explicitamente pelas leis ou ao menos implicitamente autorizadas por elas.

O regime do Estado de Direito se estabelece, portanto, no interesse dos cidadãos e tem por fim especial preservá-los e defendê-los contra a arbitrariedade das autoridades estatais.

Neste regime, o princípio da legalidade, inicialmente suporte para limitação dos poderes do monarca, assumiu função vital, sendo utilizado de forma exacerbada, haja vista que sua aplicabilidade não estava associada, obrigatoriamente, à justiça, sendo apenas necessário que emanasse de autoridade competente.

Instaura-se, desta feita, a supremacia da Lei, por intermédio da qual os poderes dos monarcas restaram mitigados, o Estado de Direito se fomentou, as fontes do direito, antes oriundas também da jurisprudência e tese dos doutores, defensores das mais diversas e concorrentes instituições (império, igreja, etc.) foram reduzidas, bem como, o Poder Legislativo assumiu posição privilegiada, tendo maior relevância em detrimento dos demais Poderes (Executivo e Judiciário).

No Estado Legalista, os poderes Executivo e Judiciário exerciam papéis secundários em relação ao Poder Legislativo, que era responsável (exclusivo) pela criação das leis, cabendo àqueles poderes, respectivamente, agir apenas conforme a lei (Executivo) ou meramente aplicá-la (Judiciário), sequer sendo facultado a este último interpretá-la.

Isto fez com que a função jurisdicional, à época, se resumisse à mera determinação da norma que se deveria aplicar ao fato levado ao conhecimento do Judiciário, não cabendo a este qualquer questionamento, nem tampouco comprometimento com a justiça, o que inclusive levou Cappelletti a questionar se a obra de Montesquieu, no afã de limitar o poder do monarca e evitar os abusos do antigo regime, mediante a separação dos poderes, não teria instituído a “tirania do legislativo”¹².

Em outros termos, à medida que só cabia ao Legislativo a criação das leis, enquanto ao Executivo só cabia agir conforme esta e ao Judiciário aplicá-la, questionava o mestre

¹² MARINONI, L. G. **Teoria Geral do Processo**: Curso de Direito Processual Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.006, v.I, p. 26.

italiano se esse regime, na verdade, não teria apenas transferido ao parlamento o poder absoluto antes exercido exclusivamente pelo monarca¹³.

Assim é que se passou a defender a submissão à lei não só dos cidadãos e dos poderes Executivo e Judiciário, mas do próprio Poder Legislativo, instituindo-se, por derradeiro, um verdadeiro império da lei. Porém, a submissão do próprio legislador à lei pressupôs a consideração de algumas propriedades desta, dentre as quais se destacam a generalidade e a abstração, a fim de que a liberdade e a igualdade entre os cidadãos fossem formalmente asseguradas¹⁴.

Nesse contexto, também ganhou força o princípio da liberdade, o que acabou dando ensejo a um Estado Mínimo, Liberal, isto é, não intervencionista, que se limitava a agir conforme a lei, não interferindo nas relações entre os particulares, já que se acreditava que desta forma estaria assegurando a plena liberdade dos cidadãos.

Assim, ao Estado competia apenas garantir a aplicação da lei, indistintamente, inclusive como limitação do poder daquele, acreditando-se que com isso estaria protegida não só a liberdade dos cidadãos, mas a igualdade entre os mesmos.

Observa-se que neste cenário a igualdade entre os cidadãos era meramente formal, não se tendo qualquer preocupação com a igualdade substancial (na lei) entre aqueles, sendo desconsideradas as diferentes necessidades sociais existentes.

Destarte, o Estado Liberal considerava garantida a liberdade e a igualdade entre seus cidadãos através apenas da não intervenção daquele nas relações privadas, que eram regidas pela lei, sendo que qualquer tratamento distinto desta – ainda que visando garantir a igualdade material – era repudiado sob o argumento de que seria discriminatório e conseqüentemente violador do Princípio da Isonomia.

¹³ A esse respeito, Ovídio Baptista da Silva observa que: “A teoria da separação de poderes, atribuída a MONTESQUIEU, na verdade é mais um mito do que uma realidade. O celebre filósofo francês não a defendeu como geralmente se supõe, nem considerou o judiciário um autêntico poder, de vez que, ao referir-se ao poder judicial (*suissance de juger*) num Estado democrático, Montesquieu (*L’esprit des lois*, p. 60) afirma ser tal poder “invisível e nulo” (sobre isto, Louis Althusser, *Montesquieu, a política e a história*, p. 133), pois “os juizes não são senão (...) a boca que pronuncia as palavras da lei”.” (BAPTISTA, O. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 5 ed., 2.000, p. 24).

¹⁴ MARINONI, L. G. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo : Revista dos Tribunais., 2.006, p. 27.

Essas idéias mostravam-se também bastante convenientes à política econômica da época, que defendia que ao Estado cabia apenas assegurar uma economia livre, cujo determinante fundamental era a liberdade de todos os participantes, onde a máxima *laissez faire* vigorava de forma extremada, sendo o Estado um mero espectador, esperando que as coisas se modificassem naturalmente, sem sua intervenção, visto que as liberdades individuais deviam ser respeitadas para que tudo se acomodasse de forma comum e simples.

Essa situação, no entanto, deu ensejo à concentração e centralização nas mãos de poucos, os oligopólios, o que desencadeou inúmeros desajustes sociais. Carecia-se, então, de uma outra concepção política, realmente capaz de assegurar a igualdade e liberdade no plano concreto, já que a simples não ingerência do Estado nas relações privadas, ainda que totalmente conveniente ao regime econômico capitalista que se instaurava, não se mostrava suficiente ao atendimento das mazelas sociais que acometiam a população.

Desta forma, entra em decadência o Estado Liberal, dando lugar à ascensão de uma nova concepção política, caracterizada por demandar do Estado uma maior participação na vida dos particulares, a fim de assegurar os direitos básicos àqueles correspondentes, haja vista que a despreocupação do liberalismo, com a igualdade substancial de seus administrados, não mais satisfazia as reais necessidades da época.

Assim é que surgiu, no final do século XIX, o chamado *Well-fair State*, ou seja, o Estado do Bem-Estar Social, que ao invés de simplesmente se limitar a não se imiscuir nas relações particulares, a fim de garantir a liberdade entre seus súditos, bem como a igualdade entre estes, através de uma aplicação cega da lei, passou a desenvolver políticas destinadas a garantir a efetiva equidade entre os cidadãos, considerando-se as diferenças existentes entre os mesmos¹⁵.

¹⁵ A esse respeito Trocker assevera que, no final do século o Estado “si vide costretto ad uscire dalla sua tradizionale posizione di passività per intervenire in varia misura con provvedimenti e misure regolatrici della vita econômica e sociale del paese. Accanto all’obiettivo della “protezione” o della “conservazione”(Sicherungsgedanken), tipico dello Stato di diritto liberale, si pone ora l’idea del benessere sociale (Wohlfahrtsgedanken)”. E mais adiante conclui que, nesta época, “la concezione astratta dell’individuo sovrano, libero e attivo, cara alla ideologia liberale, viene sostituita da una visione più realistica e concreta.” (TROCKER, N. **Processo Civile e Costituzione** – Problemi di Diritto Tedesco e Italino, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, , 1974, p. 45)

Com isso, o Estado de Direito passou a ser um Estado Democrático de Direito, isto é, não só preocupado com a aplicação fria e distanciada da lei, mas com a aplicação desta de forma igualitária, visando atingir efetivamente a igualdade entre os a ela subordinados.

Instaura-se então o pós-positivismo, marco filosófico dessa nova forma de organização política, apregoando que ao Estado não cabe apenas a aplicação da lei, mas a distribuição de justiça, sem fugir ao direito posto (positivismo) e nem tampouco valer-se de categorias metafísicas (jusnaturalismo)¹⁶.

Assim, o Estado passa de mero expectador a detentor de um importante papel na solução de conflitos, o que trouxe reflexos à atuação do Estado-juiz, passando-se a se entender que o mesmo, ao proibir (já muito antes) a autotutela, assumiu o ônus de conferir ao cidadão o mesmo resultado que se verificaria caso o agir privado não estivesse proibido¹⁷.

Tais reflexos não só se verificaram no papel do Estado, mas também da própria lei, que deixou de ser vista como mero limitador da atuação estatal para ser utilizada como importante mecanismo de atuação política.

A esse respeito observa Ovídio Baptista que, ante “o crescimento extraordinário da demanda por tutela jurisdicional”, a impressão que se tem é que a “evolução das instituições políticas no chamado Estado de Direito, orientou-se no sentido de “juridicização” (ou jurisdicionalização) do político, reduzindo-se o campo da atividade reservada ao administrador público, fazendo com que as expectativas, controvérsias e exigências surgidas no campo da atividade pública tornem-se questões judiciais”. Entretanto, salienta o mestre gaúcho, o que ocorreu com o Estado de Direito foi o inverso, ou seja, o que se verificou foi a “politização do fenômeno jurídico”, de modo que a lei, de norma geral e abstrata, destinada a orientar e colocar limites à ação humana, sem perder a

¹⁶ BARROSO, L.R.. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado*, Bahia, n. 9, p. 4, mar/abr/maio 2.007. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>.

¹⁷ MARINONI, L. G. e ARENHART, S. C. *Manual do Processo de Conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais., 2.001, p. 46.

natureza de uma norma genérica e pretensamente neutra quanto a fins, tornou-se “um fato político”¹⁸.

Para explicar esse fenômeno, o autor vale-se dos ensinamentos de Castanheira Neves, o qual observa que a lei passa a ser um instrumento de governo, do qual o “poder político lança mão para realizar sua política”, de modo que a racionalidade - “racionalidade político-tecnológica”, na expressão de Castanheira Neves - que se supunha fundadora da lei torna-se puramente instrumental. Ou seja, observa o mestre português que “a tentativa iluminista de reduzir o político ao jurídico, foi substituída pela juridicização do político”, o que fora o propósito do Estado de Direito¹⁹.

Com essa atribuição da condição de instrumento de atuação política à lei ocorre, por conseguinte, uma mudança de paradigma no direito, especialmente o constitucional, onde se passa a atribuir força normativa aos princípios, definem-se as relações destes com valores e regras, restabelecem-se a razão prática e a argumentação jurídica, formando-se uma nova hermenêutica constitucional, baseada no desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana²⁰.

Como principal referência desse novo paradigma do direito constitucional teve-se a Lei Fundamental de Bonn (Alemanha, 1949)²¹ e a criação de um tribunal federal constitucional (1.951), o que fez com que o direito constitucional tivesse uma ascensão nos países de tradição romano-germânica, ganhando ainda mais destaque com a constituição

¹⁸ BAPTISTA, O.. **Curso de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 5 ed., , 2.000.

¹⁹ Idem

²⁰ BARROSO, L.R. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado**, Bahia, n. 9, p. 5, mar/abr/maio 2.007 Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>.

²¹ Acerca da Constituição Fundamental de Bonn, em comparação à Constituição republicana italiana, Trocker observa que “Non diversamente dalla nostra Costituzione repubblicana, la Legge fondamentale di Bonn è sorta in un momento storico in cui il “costituzionalismo” raggiunge una impressionante diffusione geografica in tutto il mondo. Non meno di cinquanta Stati provvedono a darsi nuove Costituzioni nel periodo immediatamente successivo alla fine del secondo conflitto mondiale e tutte queste Costituzioni presentano sorprendenti analogie sotto il profilo della struttura e del contenuto. L’accoglimento del principio della separazione dei poteri o delle funzioni statali e il riconoscimento di diritti fondamentali che, oltre alle libertà tradizionali, affermano ideali di giustizia sociale, sono i due temi di fondo più ricorrenti.” (TROCKER, N. **Processo Civile e Costituzione – Problemi di Diritto Tedesco e Italino**, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1974, p. 92).

italiana (1947) e subsequente instalação da Corte Constitucional (1956), aliada à redemocratização e reconstitucionalização de Portugal (1976) e Espanha (1978)²².

Nesse contexto, surgem os direitos sociais e trabalhistas, agora constitucionalmente previstos, ganhando a Constituição ainda mais força, apoiada pela concepção de Lassale no sentido de que a mesma seria um “papel” contendo normas, cuja observância depende essencialmente da atuação política, o que evidentemente atribuiu maiores deveres ao Estado, sendo essa, em linhas gerais, a política instituída pelo Estado Democrático de Direito²³.

Esse fenômeno também se passa na seara legiferante, com o constante alargamento do âmbito de direitos sociais de natureza prestacional, que conclama do Estado um correlato dever de atuar comissivamente no sentido de efetivá-los²⁴

Não se pode esquecer ainda a contribuição de Konrad Hessel, que inclusive para alguns doutrinadores superou a de Lassale, ao enfatizar que a interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (*gebote optimaler verwirklichung der norm*)²⁵, da qual se extrai a sua força normativa. Ou seja, a incidência da norma se amplia para alcançar não só aquelas posições jurídicas tipicamente de primeira geração, com função de defesa, como os direitos de liberdade negativa, dirigidos contra a intervenção do Estado, mas inclui também direitos sociais que decorrem do sistema e dos princípios por ela adotados, de modo que a ação estatal e legislativa são informadas pelo princípio do bem-estar social.

Instauram-se então as bases para o atual paradigma constitucional, no qual se atribui à Constituição o *status* de norma jurídica, superando-se o entendimento lassaliano de que o texto constitucional seria apenas um documento político cuja atuação de suas propostas ficaria ao alvedrio da liberdade de conformação do legislador e atuação discricionária do administrador, onde não se reconhecia ao Judiciário qualquer papel relevante na

²² BARROSO, L.R., *op. Cit.*

²³ LASSALE, F. *A Essência da Constituição*. Rio de Janeiro : Liber Juris, 1985. p.68.

²⁴ Acerca da mudança nesse papel do estado TROCKER observa que: “La “non interferenza” dell’organo giudicante incomincia a cedere il posto alla “funzione assistenziale” del giudice, e il requisito della “previdibiliá” processuale viene ad essere coordinato sai con l’interesse pubblico alla rapida definizione delle controversie, sai com le esigenze di elasticità e di adattabilità dei procedimenti.” (TROCKER, N. Op. Cit. .

²⁵ HESSE, K.. *A Força Normativa da Constituição*. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 22.

concretização dos direitos previstos na Lei Maior, passando-se então a reconhecer ao mesmo não só o poder, mas o dever de concretizar tais direitos.²⁶

b) Sociedade, Moral e Ética

Moral e Ética, conceitos que remontam ao período da filosofia Grega, mostram-se, indissociáveis dos fundamentos da sociedade contemporânea, haja vista que continuam a provocar discussões e estudos quanto à sua aplicabilidade, bem como observação pelos agentes que formam a coletividade.

Diante de tal realidade, torna-se indispensável, inicialmente, alguns comentários acerca da etimologia de tais palavras. A palavra Ética advém do grego *ethos* e significa hábito, enquanto Moral tem origem no latim *moris* e significa costumes.

Em análise superficial, chega-se a conclusão de que, aparentemente, entre as duas palavras não deva existir distinção. Entretanto, além de possuírem diferenças, a conceituação de tais palavras na sociedade serviu de material de pesquisa para muitos estudiosos, os quais descreveram desde o comportamento moral, como sendo algo interno do homem que vive em sociedade, até as transformações históricas sofridas pelo conceito do que seria moral.

Por outro lado, a discussão, no que tange à formação do conceito da ética, pode ser considerada como a responsável pelo estudo da própria moral, isto é, a ética advém da moral, sendo ainda que, para alguns autores, a ética seria uma ciência autônoma que apresenta um espaço privilegiado para discussão de temas como justiça, moral, certo e errado, bem e mal.

Aristóteles descrevia o conceito de moral com base no racionalismo. Para ele o indivíduo apresentaria como essência a razão, sendo esta inerente a sua natureza, devendo cada homem viver conscientemente desta condição. Já a ética não seria formada simplesmente pela razão, deveria ser a aplicação da razão somada aos demais aspectos do conhecimento e saber do homem, do meio ambiente e do cosmos.

Sendo assim, a moral estaria presente no Estado e seria fundamental no auxílio da formação da moral de cada homem, estando, desta forma, a Política muito próxima da

²⁶ BARROSO, L. R. op.cit. .

moral, sendo separada pelo fato de tratar dos interesses da sociedade (conjunto de indivíduos), enquanto a moral seria fundada na essência de cada homem, servindo de base para formação da doutrina da ética.

Assim, Aristóteles descreveu a ética como sendo parte da ciência política, auxiliando na formação inicial do contexto desta ciência, sendo que enquanto a ética trataria da moral individual, a política cuidaria da moral de toda coletividade.

Em *Ética a Nicômacos*²⁷, o citado autor afirma que “os verdadeiros prazeres do homem são as ações conforme a virtude”, centrando a idéia de virtude na concepção de felicidade, tendo em vista que o homem somente seria feliz através da virtude e esta somente ocorreria se tivesse base na razão, pois seria o conhecimento racional que permitiria ao indivíduo realizar uma ação consciente, sempre considerando os demais aspectos do saber do meio ambiente e do universo.

Com a evolução da sociedade, a concepção do papel da ética apresentaria outros moldes, sendo descrita por Kant, na idade moderna, como o princípio máximo da moralidade.

A filosofia Kantiana identifica a moral como idéia de racionalismo e independência, sendo a razão a base para formação da moralidade. Nesta toada, o homem deveria atuar de maneira racional, procurando realizar para os demais indivíduos somente aquilo que gostaria que fosse realizado para si. Assim, se cada homem agisse de forma responsável, ter-se-ia uma espécie de lei geral baseada no comportamento recíproco de respeitabilidade fundada na moralidade.²⁸

Ao tratar da moral, Kant trabalha com a idéia de que não basta ao homem apenas o conhecimento, era preciso saber o que fazer e como tratar os demais indivíduos para alcançar a felicidade, ou seja, a forma de como o comportamento do homem em sociedade afeta outros indivíduos passa a ser considerado fator relevante para o convívio da coletividade.

Na teoria da moral Kantiana o ser humano é prestigiado, sendo este o principal elemento para formação da razão universal, rompendo, assim, com a idéia da razão divina.

²⁷ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. 3. ed, Brasília: UNB, 1.999.

²⁸ KANT, I. *Crítica da Razão Pura*. p.72 ss.

Neste contexto, o homem seria um ser racional e deveria pautar suas ações na razão, vontade, liberdade e moralidade. É esse comportamento racional e ético que formaria a lei geral capaz de regular a convivência com os demais indivíduos em sociedade, tornando cada homem digno da felicidade, conforme afirma o autor "...intitulo moral (lei da moralidade) aquela lei, se é que existe, que nada mais possui como motivação do que o merecimento de ser feliz".²⁹

Em suma, o autor descreve que a moral seria o entendimento íntimo natural a cada homem e que seria este sentimento interior do **bem** que faria com que o indivíduo praticasse boas ações.³⁰

Com o surgimento da teoria de Hans Kelsen - **Teoria Pura do Direito**-, considerada uma das que maior influência exerceu no desenvolvimento do pensamento jurídico do século XX, a discussão conjunta de moral e direito em um mesmo ramo científico não mais se sustenta.

Ao tratar da ética, o jurista rompe com a idéia permanente de que a questão moral seria também uma discussão interna do direito. Segundo Kelsen, a discussão quanto aos aspectos do que deva ser moral ou imoral faz parte do campo de estudos da Ciência Ética, não devendo ser tratado dentro da esfera jurídica pura.

Deste modo, a Ética deveria cuidar do debate do que é certo ou errado, justo ou injusto, moral ou imoral, em um momento precedente à criação da norma fundamental, em campo próprio de discussão daquela ciência, não na área de atuação da norma jurídica, não na seara do direito puro.

Assim sendo, o direito positivo seria responsável pela base e ordem de graduação da norma jurídica, enquanto caberia à Ciência Ética discutir sobre as questões de justiça, moral e do que é certo ou errado.

O pensamento proposto por Kelsen abre uma pequena rachadura no tratamento dispensado quanto ao momento e local adequado para discussão da Moral defendida até então. Para o autor, o teor contido no direito positivo nada tem haver com a questão de justiça e moralidade, isso deveria ser discutido de forma precedente à criação da norma,

²⁹ KANT, I. Op. Cit.

especificamente no campo da Ética. “A norma fundamental determina tão só o fundamento de validade, não o conteúdo de validade do direito positivo”.³¹

Esse pensamento assegurou fortalecimento da **Teoria Pura do Direito**, separando direito e moral, convalidando a idéia de que ainda que a ordem jurídica contrarie os fundamentos da moral, sua aplicação será válida.

Ao afastar a discussão de justiça e moral da sua Teoria Pura do Direito, Kelsen procurou prestigiar e fortalecer o direito positivo, valorizando a segurança jurídica e o respeito à norma fundamental. Contudo, esta posição não significa que o autor desconsidera a discussão da moralidade, apenas procura descrever que a melhor oportunidade para debater essas questões não seria o campo do direito puro, sendo a Ciência Ética autônoma responsável para examinar os aspectos de justiça, certeza e moralidade.

Cotejando os pensamentos descritos através dos diferentes períodos da história, parece razoavelmente aceitável a idéia de que, muito embora as conceituações dos termos ética e moral sejam bastante semelhantes e muito próximos, estes não possuem os mesmos sentidos e significados, pois enquanto a moral é reconhecida por pertencer ao íntimo de cada homem, a ética, por outra via, aparece nas relações das pessoas com a sociedade.

Desta contextualização e considerando a ocorrência de coincidências conceptuais e ainda a forte relação entre ética e moral, observa-se que tais conceitos são inconfundíveis, tendo em vista que enquanto o campo de atuação desta ocupa maior amplitude (moral), aquela (ética) tem como foco principal a relação de determinado conjunto de indivíduos com a sociedade. Ademais, é possível ainda observar que, a moral apresenta como eixo central de nascimento e atuação, o interior do indivíduo, sendo que suas regras não podem ser imediatamente identificadas com a norma do direito, podem, contudo, até coexistir em determinado momento, mas não são a mesma coisa, muito embora ambas possam retratar-se no mundo jurídico.

Outro possível fator a ser considerado é a influência que a ética e a moral exerceram na formação da sociedade contemporânea, com destaque especial para o campo da política e da administração pública.

³¹ HANS, K., *A Justiça e o Direito Natural*. Tradução de João Baptista Machado, Coimbra: Almedina, 2001

A ética enfrenta toda evolução histórica da sociedade, no que concerne à moral, observando as práticas e o conteúdo formador desta moralidade temporal, apresentando como consequência não apenas a proteção do conceito Moral, mas o envolvimento desta com a sociedade, sua origem e avaliação, bem como, procurando garantir os interesses da coletividade, sobrepondo-se aos individuais.

Observa-se que tanto a ética quanto a moral passaram a influenciar também o mundo jurídico, identificando-se com o direito positivo e possibilitando a criação de normas e sanções que visam garantir o respeito e a observação daqueles princípios.

É esse contexto histórico, somado a estreita relação entre ética, moral e direito, que influenciaram a sociedade contemporânea na formação dos atuais juízos de valores e justiça.

c) Ética e Moral na Administração Pública

Avaliada a questão da formação da ciência ética e entendendo-a como uma espécie de teoria sobre a prática do que seja moral, torna-se possível iniciar o enfrentamento dos aspectos referentes à atuação desta junto à administração pública e as consequências, no setor público, da ausência de moralidade.

Conforme já explicitado anteriormente, moral advém da idéia de costumes, que podem ser entendidos como regras originadas no âmbito da comunidade, pactuadas após a análise dos comportamentos bons e maus dos indivíduos. Com a evolução da sociedade e a permanente aplicação repetida de determinado costume, apresenta-se como consequência a necessidade de entendê-lo como regra e condição para criação da norma no campo jurídico. Em outras palavras, a sociedade, através da interpretação reiterada de determinada regra moral, reforça e fortalece a atuação deste comportamento, o qual nasce no interior da comunidade e contextualiza-se de dentro para fora, ao encontro do Estado, possibilitando a formação de certa regra jurídica que limitará o comportamento, conforme o anseio manifestado, anteriormente, pela comunidade.

Neste diapasão tem-se a criação da Lei como um comando externo ao homem, isto é, muitos indivíduos não apresentam a lei dentro de si, por entenderem que aquela regra não representa sua vontade expressa ou pela ausência de crença naquela norma. Assim sendo, a norma, por vezes, é entendida apenas como uma sanção a ser aplicada por desrespeito a

determinado comportamento e, somando-se ao fato de que sua produção advém do meio Estatal, ou seja, originário de um órgão do Estado, na maioria das oportunidades do Poder Legislativo, torna-se cada vez mais distante da relação com a Sociedade Civil, em especial das classes sociais menos favorecidas, constatando-se, destarte, a perda de valores da Sociedade Organizada, a qual já não mais consegue observar o reflexo do direito no Estado.

Parece possível considerar que a falta de identidade da Sociedade Civil para com o Estado seja fruto da quase completa ausência dos princípios éticos e morais, quando analisados no âmbito da administração pública. A discussão acerca do sentido da ética na esfera pública deve passar pela condição principiológica do termo, residindo, a questão essencial, na interpretação da ética como princípio, valor ou orientação do *modus* de vida do homem em sociedade que, somado ao valor da moral como parte do íntimo do indivíduo, deveria orientar a conduta de todos aqueles que vivem em comunidade, em especial aos agentes públicos responsáveis pela condução concreta de políticas públicas, as quais deveriam objetivar o bem comum da coletividade.

Desta forma, a conduta que norteia os atos dos administradores públicos deveria ser pautada em elementos fundamentais e imprescindíveis à sociedade, tais como: visar o interesse coletivo e não o particular ou próprio, forjar seus atos na fundamentação legal e na transparência, controlar os gastos públicos, evitar os excessos e as obras desnecessárias, não aceitar suborno ou propina, enfim, valorizar os pressupostos discutidos na ciência ética, antes mesmo do nascimento do próprio ato administrativo.

A conduta imoral e a ausência de ética no trato com a coisa pública têm fomentado a atuação daqueles que procuram subterfúgios e lacunas para, permanentemente, lesar o erário, pautando-se na idéia de que a ausência de tais pressupostos no ente Estatal, o qual não fornece exemplo de conduta a ser seguida, autorizaria o indivíduo a agir de forma equivalente. Em outras palavras, se o Estado, responsável por modelar as condutas de seus cidadãos, não atua neste sentido, então, “por que devo fazer?”, afinal o poder é passageiro e “se estiver no poder aproveite ou outro o fará”.

Assim sendo, percebe-se que enquanto o Estado não for o reflexo da conduta moral e ética, pressupostos fundamentais, formadores das regras de convivência da sociedade contemporânea, não se vislumbrará cenário mundial diverso do hodiernamente encontrado.

O agente público precisa sempre considerar que o patrimônio, os bens da administração pública, pertencem à coletividade e devem estar à serviço do bem comum, não podendo ser utilizados para atender aos interesses daqueles que ocupam, momentaneamente, a função pública, nem tampouco servirem à determinados interesses de grupos privilegiados.

No exercício da função pública, o agente precisa assegurar o respeito aos interesses da coletividade, fundamentar suas decisões na legalidade, publicidade e, indissociavelmente, apresentar conduta fundada nos valores precedentes a todos os atos administrativos, quais sejam, ética e moral.

Ademais, como sabiamente assevera Jesus Gonzalez Perez³², a ética deve ser a mesma, tanto para o homem e a mulher público, quanto para todos os homens e mulheres da sociedade. Prescrevendo assim, a necessidade de que a ética pública não pode ficar restrita à conduta dos agentes públicos, devendo atingir a todo aquele que se relacione com a Administração Pública.

Neste contexto, torna-se fundamental o fortalecimento da participação popular nas decisões da administração pública, bem como uma maior fiscalização dos atos praticados pelos agentes públicos, mecanismos estes que auxiliam na formação do Estado contemporâneo, na medida em que a democracia direta e a transparência das decisões estarão inseridas no cotidiano dessa administração.

Marcus Vinicius Bittencourt³³ alerta para o problema da definição do campo de atuação da moralidade, que por vezes é considerada abrangida pelo princípio da legalidade, aduzindo o autor que esta imprecisão acaba por comprometer o aproveitamento do princípio da moralidade, quando observado no campo da liberdade do administrador ao tomar uma decisão ou emitir um ato, além de dar ensejo na indeterminação do conceito jurídico de moralidade e, via de consequência, ocasiona influência direta no modo de interpretação do princípio pelos agentes públicos.

³² PEREZ, J. G.. *La ética la Administración Pública*, Madrid: 2000, p.40

³³ BITTENCOURT, M.V.C.. *Estudos em Memória ao Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, Moralidade Administrativa: Evolução e Conteúdo*. Belo Horizonte: Fórum, 2004 “Vale dizer, que a discricionariedade do agente administrativo e a moralidade com que deve pautar sua conduta medeia estreito campo. Assim, qualquer ato, muitas vezes, poderá vir a ser discricionário e ao mesmo tempo não ser moralmente adequado, bem como poderá o agente entender correto o seu agir pensando estar dentro do círculo que delimita a discricionariedade.”

Nesta mesma linha de pensamento, Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁴ observa que muitos costumes pertencentes ao campo da moralidade acabaram sendo absorvidos por normas jurídicas ou por outros princípios jurídicos, o que ocasionou maior dificuldade quando da interpretação da moralidade pública.

Muito embora ainda exista muita resistência quanto à observação do princípio da moralidade, o fato relevante é que cada dia mais se vislumbra a cobrança da sociedade para que os agentes públicos fundamentem suas decisões respeitando os conceitos éticos e morais.

Ensina Oswaldo Aranha Bandeira de Mello³⁵ que a moralidade pública passou a ser considerada, em virtude da teoria do Desvio de Poder, apenas no final da primeira metade do século XIX (1840) na França e depois em outros países da Europa. Relata o autor que essa teoria passou a limitar o poder discricionário dos agentes públicos, prescrevendo que estes deveriam pautar suas decisões no interesse da coletividade, não permitido que interesses particulares ou fundamentos diferentes daqueles apregoados ao correto exercício da função servissem para conduzir ao desvio da finalidade dos atos administrativos.

Atualmente o debate acerca do relevante papel desempenhado pelo princípio da moralidade pública reproduz os mesmos ensaios referendados pelo Conselho de Estado Francês do século XIX, e ainda, as indissolúveis interpretações realizadas pelos filósofos gregos Aristóteles e Platão, conforme coadunam-se as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, de acordo com o que preceitua o princípio da moralidade administrativa, “a administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los, implicará violação ao próprio direito, configurando ilicitude que sujeita a conduta viciada à invalidação...”³⁶. Assenta o autor, a necessidade inegociável da Administração Pública em observar a moralidade pública, como condição basilar de respeito não apenas aos princípios éticos e morais, mas subverte a obrigatoriedade aplicativo da ética pública para possibilitar a validade da conduta praticada pelo agente público.

³⁴ DI PIETRO, M. S. Z. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. p. 106

“Grande parte da resistência do reconhecimento da moralidade como princípio norteador da atividade administrativa resulta da própria imprecisão do seu conceito e do fato de muitas regras morais terem sido absorvidas por regras legais ou por terem assumido a forma de princípios gerais de direito”.

³⁵ MELLO, O.A.B.de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2007, v 1. p. 430

³⁶ MELLO, C.A.B. de. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 109

Nesta mesma seara Manoel de Oliveira Franco Sobrinho ensina que a conduta do agente público deve obedecer aos preceitos morais e legais, devendo ainda, “na tarefa de interpretação da lei não há sequer resquícios de discricionariedade, mas vinculação ao dever de boa administração, ou então, relevância da conduta do agente administrativo orientada na intenção moral dessa conduta, e por conseguinte, nos limites da moralidade”.³⁷

Dessa forma, o bom administrador deve ser aquele que visa o interesse da coletividade, respeita os princípios éticos e morais, bem como atenta para os elementos jurídicos da legalidade do ato administrativo, conforme bem ilustram as palavras de Marcus Vinicius Bittencourt:

“o administrador público não deve contentar-se em apenas verificar a adequação do seu agir com a hipótese legal, mas deve atuar concomitantemente com a noção do que deve ser moralmente bom em sua atividade e ainda buscar realizar o máximo de eficiência com os instrumentos legais colocados pelo Poder Legislativo à sua disposição, sempre, contudo, imbuído da noção do honestum no trato da coisa pública”.

José Afonso da Silva alerta que a moralidade pública a ser considerada pelo agente administrador é a moralidade jurídica, entretanto, “essa consideração não significa que todo ato legal seja honesto” e, citando Maurice Hauriou, complementa “a moralidade administrativa consiste no conjunto de regras tiradas na disciplina interior da administração.”³⁸ Essa descrição pode ser considerada como um forte mecanismo na interpretação do conceito da moral institucional frente aos atos praticados pelos agentes públicos na condução da correta e boa atividade administrativa.

Nesta esteira Romeu Felipe Bacellar³⁹ aduz que o princípio da moralidade, sobreposto na esfera da administração pública, ao receber conteúdo ético, recai acertadamente no âmbito nuclear da certeza e segurança jurídica, mediante a garantia da lealdade e boa-fé tanto do Poder Público que recebe os pedidos, instrui e decide, quanto dos destinatários de seus atos. Assim, o autor identifica que no campo desta relação, boa-fé e lealdade podem servir como instrumentos para garantir a moralidade pública, através de métodos e formas práticas de comportamento administrativo.

³⁷ FRANCO SOBRINHO, M. de O. **O Controle da Moralidade Administrativa**. p. 12

³⁸ SILVA, J.A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.. p. 652

³⁹ BACELLAR, R. F. **Profissionalização da Função Pública**, São Paulo: 2006.

Ao tratar desta questão Jesus González Perez descreve a íntima relação do valor ético da confiança com a segurança jurídica e a validação do ato praticado pelo agente público:

Confianza, legítima confianza de que no se le va a imponer una prestación cuando solo superado dificultades extraordinarias podrá ser cumplida. Ni em um lugar en que, razonablemente, no cabia esperar. Ni antes de que lo exijan los intereses públicos ni cuando ya no era concedible el ejercicio de la potestad administrativa. Confianza, en fin, en que el procedimiento para dictar el acto que dará lugar a las relaciones entre Administración y administrado, no va adoptar una conducta confusa y equívoca que más tarde permita eludir o tergiversar sus obligaciones. Y en que los actos van a ser respetados en tanto no exijan su anulación los intereses públicos.⁴⁰

Neste contexto, boa-fé, lealdade e confiança podem ser entendidos como valores éticos que estão compreendidos no campo do princípio da moralidade da Administração Pública, e que devem servir de fundamento para formação de regras e condutas praticadas pelos agentes públicos e por todos aqueles que se relacionem com o Poder Público.

Todavía, os agentes públicos nacionais parecem desconsiderar esta indispensável fundamentação, quando da tomada de suas decisões, em especial aqueles agentes públicos inseridos no âmbito municipal (Prefeitos, Vereadores, Secretários e demais ativistas) que de forma contumaz insistem em tirar proveito da discricionariedade administrativa para benefício próprio ou de interesses particulares, desconsiderando, quase que por completo, os preceitos jurídicos constitucionais, éticos e morais.

Cotejando os ensinamentos doutrinários acima aduzidos, destaque-se o papel exemplar a ser cumprido pelo Estado e por outro lado a importante relação ética a ser desenvolvida entre Sociedade e Poder Público. Dê um lado cabe ao Estado a elaboração de normas e regras pautadas nos valores éticos e morais, prescrevendo sanções capazes de inibir a conduta reprovável de seus agentes ou daqueles que colaborarem para prática de atos contrários ao princípio da moralidade pública, assim como, deve zelar pelo cumprimento destas prescrições que apregoa, evitando com isso o descrédito nas instituições públicas e o aumento da idéia de impunidade. Por outro lado, a sociedade precisa efetivamente praticar as condutas éticas e os preceitos morais, como forma de relação não apenas no envolvimento com a Administração Pública, mas de maneira geral,

⁴⁰ GONZÁLEZ, J. P.. *La ética la Administración Pública*, Madrid: 2000, p.59

no convívio social dos homens, mulheres e de seus semelhantes, para assegurar o fortalecimento do respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Respeitar os princípios éticos e promover o engajamento efetivo da sociedade na fiscalização da administração pública parecem ser os novos desafios do Estado contemporâneo, no qual torna-se indissociável a preservação da moralidade pública como forma de assegurar o cumprimento da ordem Constitucional de 1988.

Seção II – O Sistema Federativo Brasileiro e o Controle Social

a) A Constituição Federal de 1988 e os municípios brasileiros;

O Município brasileiro é uma entidade política autônoma, ao passo que é também uma unidade territorial do Estado-Membro, sua formação e diretrizes são fundadas nos princípios estabelecidos na Constituição Federal, Constituição Estadual e na sua própria Lei Orgânica.

É na Constituição Federal que se localiza a fonte do poder constituinte delegado aos Estados-Membros e aos Municípios. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 25, outorgou aos Estados-Membros o direito de se organizarem pelas constituições e leis que adotarem, respeitados os princípios da Carta Magna. Dessa forma, os Estados-Membros não possuem plena capacidade jurídica de se auto-determinar, haja vista que seu poder decorre da repartição do poder estatal, delegado pelo constituinte.

De igual forma, a Carta Federal delegou, através das disposições contidas no bojo de seu artigo 29, poderes aos municípios para se regerem, sem a tutela do Estado-Membro, numa hierarquia secundária, através de Lei Orgânica, podendo, no uso de sua própria autonomia, estabelecer seus interesses, desde que respeitados os princípios da Constituição Federal e os preceitos estabelecidos pelas Constituições Estaduais, atuando, desta forma, sob o pálio do poder constituinte delegado.

Sendo assim, a Constituição do Estado-Membro não pode inovar naquilo que fere os princípios e normas contidas na Constituição Federal, todavia pode repeti-los textualmente. Já o Município, em sua Lei Orgânica, não pode inovar no que modifique o definido na Constituição Federal e na Estadual, mas, a seu turno, pode criar, no que concerne aos seus

particulares interesses, atuando, na via indireta, como constituinte, posto que quem cria, constitui.

Hodiernamente, o município é considerado a célula-*mater* da Nação. Nele habita e trabalha o povo. Vive-se. Constrói-se o País.

Esta contextualização pode ser compreendida quando da análise do sistema federativo brasileiro, já que, diante dos pilares do federalismo e das premissas do conceito de Estado-membro, define-se a importância da representatividade como exercício máximo da democracia.

O federalismo tem sua origem na constituição Norte-Americana em 1787, a qual se refere à forma de Estado como sendo Estado Federal ou de Federação, e caracteriza-se pela submissão das unidades à uma Constituição. Essas unidades mantêm autonomia político-administrativa, mas abdicam da soberania em favor da União. Cada uma tem sua esfera de competência própria, estabelecida na constituição, não havendo, assim, hierarquia entre a União e as unidades federadas.

A formação do atual Estado brasileiro é entendida como Federal e foi introduzida com a proclamação da República em 1889, sendo mantida nas constituições posteriores, embora de forma apenas nominal.

Hoje tem-se a República Federativa do Brasil composta pelo País (o qual se define pelo território ocupado, ou seja, pela unidade geográfica) e pelos Estados (que na definição de “Balladore Pallieri”, citado na obra de José Afonso da Silva⁴¹, “constitui uma ordenação que tem por fim específico e essencial a regulamentação global das relações sociais entre os membros de uma dada população sobre um dado território, na qual a palavra ordenação expressa a idéia de poder soberano, institucionalizado”).

Em outra vertente, Regina Ferrari⁴² define o Estado Federal como sendo “uma forma de Estado na qual se encontra a União de comunidades públicas dotadas de autonomia tanto constitucional como política, tem a competência dos entes jurídicos parciais que o formam, decorrentes de previsão constitucional.”

⁴¹ SILVA, J. A. da, **Op. Cit.** p.99/100

⁴² FERRARI, R.M.M.N. **Direito Municipal.** 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.48

Tal forma de organização estatal restou expressa na Carta Magna de 1988⁴³, na qual o princípio do federalismo apresenta-se no artigo 1º, configurando o Brasil como “República Federativa, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal”. Neste sentido, temos que a forma do Estado brasileiro é a federal e em outros artigos da Constituição encontram-se a composição de sua estrutura, organização, princípios e delimitações de competências.

A Federação Brasileira e os Municípios gozam de autonomia e competência próprias e são reconhecidos, por disposição constitucional, como entes políticos equiparados à União e aos Estados-Membros. Assim, a competência da União é taxativa e é prevista na Constituição, enquanto a competência do Município é fixada pelo interesse local, restando ao Estado-Membro a competência residual.

André Luiz Borges Neto⁴⁴, em sua obra intitulada *Competência Legislativa dos Estado Membros*, definiu as principais características desses entes:

Os Estados-membros são as unidades autônomas integrantes da organização político-administrativa da República Federativa do Brasil, sendo pessoas jurídicas de direito público interno, o que significa dizer que podem fazer parte de relações jurídico-processuais, no pólo ativo ou no passivo, revelando-se, ainda, como autênticas pessoas políticas, de onde decorre sua capacidade para legislar, julgar e administrar, de acordo com as previsões normativas existentes.

Nas palavras de Raul Machado Horta⁴⁵, a Autonomia deve ser entendida como “a revelação de capacidade para expedir as normas que organizam, preenchem e desenvolvem o ordenamento jurídico dos entes públicos”.

Por outro lado, Regina Ferrari, ao tratar da autonomia dos Estados Membros e dos Municípios, reforça a idéia de que esta concepção “pressupõe uma repartição constitucional de competências que não pode ser alterada pelos entes jurídicos que compõem a Federação, só havendo tal possibilidade através da mudança da própria Constituição Federação”⁴⁶.

Ser capaz politicamente é, em síntese, ter capacidade legislativa. A descentralização política significa que várias pessoas (entendidas como centros de imputação de direitos e

⁴³BRASIL *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 31ª ed, 2003. Atualizada até a emenda constitucional nº 39 de 19-12-2002;

⁴⁴ BORGES NETTO, A. L. *Competências legislativas dos estados-membros*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.p. 65

⁴⁵ HORTA, R.M.. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995., p. 426

⁴⁶ FERRARI, R. M. M. N.. *Op. Cit.*. p.49

deveres) são investidas da função de dizer, por meio de regras gerais e abstratas decorrentes de sua competência, o que importa à uma coletividade. Em outros termos, os comandos reguladores da atividade de uma pessoa não vêm de fora dela, mas dela própria.

Esta forma descentralizada de exercício de poder acaba por refletir o modo de ser do Estado Federal. Considerando-se o aspecto interno, os entes da federação – União, Estados-membros, Municípios e Distrito Federal – são dotados de autonomia, que se reflete na possibilidade de criar seus próprios ordenamentos jurídicos.

Desta forma, com o advento do Estado Federal nascem dois ordenamentos jurídicos distintos, o central – representado pela União – e os periféricos – representados pelos Estados-membros, que são unidades componentes do pacto federativo. Esses dois ordenamentos são originariamente autônomos e necessitam coexistir dentro do Estado federal.

Neste contexto, a autonomia dentro do Estado federal é resguardada por intermédio da repartição de competências, mecanismo que evita a subordinação entre os entes federativos, bem como através da capacidade legislativa, a qual decorre da descentralização administrativa e política e permite que tais entes possam se auto-gerir, dentro dos seus territórios.

Esse também é o raciocínio do jurista ANDRÉ LUIZ BORGES NETTO, abaixo transcrito:

As competências administrativas e legislativas que possuem as entidades federadas (Estados-membros) é um sinal revelador da autonomia que ostentam o regime federativo, que se traduz, ainda, na capacidade de auto-governo (escolha de seus governantes e dos membros do Poder Legislativo local) e de auto-administração (administração própria dos negócios internos), que se dá principalmente através da edição de Constituições próprias, locais ou estaduais.⁴⁷

Imperioso destacar que para que os Estados-membros tenham efetivas condições de exercer as autonomias legislativa e administrativa, mister se faz, também, a autonomia financeira. Os Estados-membros devem ser dotados de receitas próprias a fim de cumprirem as disposições constitucionais e infralegais, bem como atuarem positivamente dentro do Estado Federal. Por isso há a previsão legal da cobrança de diversas espécies

⁴⁷ BORGES NETTO, A.L.. **Competências legislativas dos estados-membros**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.p. 66

deveres) são investidas da função de dizer, por meio de regras gerais e abstratas decorrentes de sua competência, o que importa à uma coletividade. Em outros termos, os comandos reguladores da atividade de uma pessoa não vêm de fora dela, mas dela própria.

Esta forma descentralizada de exercício de poder acaba por refletir o modo de ser do Estado Federal. Considerando-se o aspecto interno, os entes da federação – União, Estados-membros, Municípios e Distrito Federal – são dotados de autonomia, que se reflete na possibilidade de criar seus próprios ordenamentos jurídicos.

Desta forma, com o advento do Estado Federal nascem dois ordenamentos jurídicos distintos, o central – representado pela União – e os periféricos – representados pelos Estados-membros, que são unidades componentes do pacto federativo. Esses dois ordenamentos são originariamente autônomos e necessitam coexistir dentro do Estado federal.

Neste contexto, a autonomia dentro do Estado federal é resguardada por intermédio da repartição de competências, mecanismo que evita a subordinação entre os entes federativos, bem como através da capacidade legislativa, a qual decorre da descentralização administrativa e política e permite que tais entes possam se auto-gerir, dentro dos seus territórios.

Esse também é o raciocínio do jurista ANDRÉ LUIZ BORGES NETTO, abaixo transcrito:

As competências administrativas e legislativas que possuem as entidades federadas (Estados-membros) é um sinal revelador da autonomia que ostentam o regime federativo, que se traduz, ainda, na capacidade de auto-governo (escolha de seus governantes e dos membros do Poder Legislativo local) e de auto-administração (administração própria dos negócios internos), que se dá principalmente através da edição de Constituições próprias, locais ou estaduais.⁴⁷

Imperioso destacar que para que os Estados-membros tenham efetivas condições de exercer as autonomias legislativa e administrativa, mister se faz, também, a autonomia financeira. Os Estados-membros devem ser dotados de receitas próprias a fim de cumprirem as disposições constitucionais e infralegais, bem como atuarem positivamente dentro do Estado Federal. Por isso há a previsão legal da cobrança de diversas espécies

⁴⁷ BORGES NETTO, A.L.. **Competências legislativas dos estados-membros**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.p. 66

tributárias a favor dos Estados-membros, mecanismo do qual eles poderão fazer uso para complementar suas receitas.

Na intenção de assegurar aos Estados-membros o cumprimento de suas funções e atividades legais, a Constituição Federal determina que a União reforce o caixa financeiro daqueles entes, mediante o repasse de parte das receitas tributárias arrecadadas pelo governo central.

Através da construção deste Estado federativo, a participação dos demais entes federados na construção do que seria a vontade nacional restou reforçada. A intenção do legislador constituinte parece ter sido a de compartilhar do exercício da soberania, que, pelo pacto federativo, deferia-se tão-só à União. Elaborou-se, então, um sistema bicameral, que estabeleceu que o Poder Legislativo da União seria exercido por um órgão – o Congresso Nacional – composto de duas Câmaras: a Câmara dos Representantes (composta pelos deputados federais) e o Senado da República (formado pelos senadores, representantes de um dos estados- membros).

No Brasil, a Constituição de 1891, ao considerar o modelo norte-americano, trouxe o princípio do federalismo homogêneo, em que cada Estado, independentemente de sua importância econômica, de sua densidade demográfica, se representaria no Senado com o mesmo número de delegados.

No entanto, nem todas as federações adotaram a representação igualitária. Acreditando que a representação heterogênea fere o princípio fundamental da própria federação: o da autonomia dos Estados-membros.

Segundo Pedro Salvetti Netto⁴⁸,

o tratamento desigual para entidades políticas que se dizem autônomas fere o pacto federativo, pois o bicameralismo surgiu para que cada Estado federal se representasse na formação da vontade nacional e que essa representação se desse de maneira igualitária, em nome do equilíbrio dessas unidades políticas.

Destaca-se que a representatividade e a bicameralidade possibilitam que a tomada de decisões atenda tanto às exigências do povo como às dos Estados-membros e, em virtude disso, essa representatividade, juntamente com o pacto federativo, foi sofrendo

⁴⁸ SALVETTI NETTO, P.. **Curso de teoria do estado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.,p.70;

mudanças através dos tempos, o que possibilita uma análise dessa transformação ocorrida no Brasil.

A evolução histórica da federação brasileira apresenta como um dos seus momentos mais críticos a crise política ocorrida na segunda metade do ano de 1968, a qual culminou com a promulgação do Ato Institucional nº 5, em 13 de dezembro de 1968, fato este que ocasionou a total extinção da federação no Brasil, assim considerada em termos jurídico-constitucionais.

Transcorrido aquele triste período da história política brasileira, surge a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, a qual promoveu a reconstrução do federalismo brasileiro, estabelecendo a relação entre a Federação e os princípios e regras que individualizam essa forma de Estado no conjunto das formas políticas.

Não obstante, insta respaldar que, conforme determinação do art. 60, parágrafo 4º, inciso I, a forma federativa de Estado é permanente e não poderá ser abolida em deliberação de proposta de emenda, figurando, pois, como cláusula pétrea. Pelo exposto, uma eventual queda do modelo federativo só pode ser concebida com a ruptura da Constituição e da atual ordem jurídica estabelecida.

Conforme mencionado anteriormente, a preservação do Pacto Federativo é assegurada pela manutenção da autonomia dos Estados-membros (art. 25 CF), com a edição de normas próprias (leis estaduais) e com a formulação das Constituições Estaduais, ambas matérias de competência exclusiva dos Estados-membros, devendo respeitar e conservar os princípios da Constituição Federal.

Os municípios também são autônomos e receberam o direito de auto-organização, bem como a possibilidade de elaboração da Lei Orgânica (art. 29 CF).

Por essa razão, embora tenha sofrido importantes influências do modelo federativo norte-americano, adotando-o em sua essência, o Estado Federal brasileiro, diferentemente daquele, nasceu da imposição do governo central, que criou os Estados-membros e reconheceu-lhes autonomia.

Todavia, em que pese o relevante papel cumprido pelos municípios no sistema federativo brasileiro, esta concepção de uma Federação formada por municípios é contestada por alguns doutrinadores que fundamentam seus pensamentos na idéia clássica de federalismo, os quais consideram como entes federativos apenas a União e os Estados Membros.

Nesta seara, José Afonso da Silva descreve que, muito embora a Constituição de 1988 tenha elevado o Município à categoria de entidade autônoma da Federação, esse tratamento seria um erro, conforme apregoa:

Foi equívoco do constituinte incluir os municípios como entes da federação. Município é divisão política do Estado Membro. E agora temos uma federação de Municípios e Estados, ou uma federação de Estados? (...) A solução é: o município é um componente da federação, mas não entidade federativa⁴⁹.

Reforçando as fileiras desse pensamento, José Nilo de Castro⁵⁰ alerta para o fato de que os municípios tanto não fazem parte da federação que comprovadamente não participam da formação do Estado Federal, bem como, não participam da formação da ordem jurídica nacional, pois os municípios “não são representados no Senado Federal”, que é o órgão onde a representação é igualitária para todos os entes da Federação, e ainda, prende-se o autor ao fato de que os municípios não teriam competência para propositura de Emendas à Constituição, conforme preceitua o art. 60 da CF, e tampouco possuem Poder Judiciário próprio.

Em outra vertente, André Ramos Tavares defende a inclusão dos municípios como entes da Federação brasileira, afirmando que não se pode olvidar que com o advento da Constituição de 1988, no Brasil “Há, agora, três esferas de governo diversas, compartilhando o mesmo território e povo: a federal, estadual e a municipal”⁵¹

A Constitucionalista Regina Ferrari também defende a idéia de que os municípios fazem parte da federação, por entender que não seria correto atribuir apenas ao fator de divisão equânime de competência, o requisito indispensável, para se avaliar a participação ou não daquele ente no sistema federativo. A autora descreve ainda que, não seria razoável aceitar a idéia de que as federações devam ser totalmente iguais, sendo imperioso observar

⁴⁹ SILVA, J.A. da. O.Cit., p.103

⁵⁰ CASTRO, J.N. de. **Direito Municipal Positivo**. 6.^a edição, Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

⁵¹ TAVARES, A.T.. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002. p.743

a variação temporal e a posição do constituinte ao possibilitar a convivência entre entes diferentes com competências não igualitárias em uma mesma Federação, contudo, sem desvirtuar a idéia de Federalismo.

A autora reforça a concepção de que, em se tratando de Estados Federativos, seria possível aceitar-se a idéia de várias diferenças entre estes, devendo, entretanto, considerar-se a condição de afinidade ou analogia entre os sistemas federativos. Em suma, conclui:

pode-se afirmar que, estando a Federação em processo de constante evolução e considerando o município como entidade jurídica de direito público interno, dotado de autonomia constitucional e política, como nos termos de nossa Constituição Federal é possível chegar, em nome desse desenvolvimento e de nossa realidade concreta, a uma federação de municípios.⁵²

Nesta seara, alguns dispositivos Constitucionais conferem aos municípios competência para atender aos interesses da coletividade local, artigo 182 da CF (trata da execução de políticas urbanas), artigo 211, parágrafo 2 da CF (trata da responsabilidade dos municípios no ensino fundamental), assim como, reforça o papel daqueles entes federativos na participação conjunta entre União e Estados, artigo 23 da CF (trata da competência comum) na prestação de serviços à sociedade. Além disso, é possível contatar-se que a cada dia aumenta as responsabilidades transferidas aos municípios por parte dos outros entes federados, o tratamento dispensados à educação e a saúde pelos municípios, são exemplos de que a participação e responsabilidade destes cresce a cada dia, enquanto os demais entes afastam-se cada vez mais dos problemas locais.

Dessa forma, parece salutar aceitar-se a idéia de que os municípios fazem parte ativamente da Federação, muito embora alguns doutrinadores ainda resistam em atribuir esta condição ao ente local, justifica-se esta concepção, quando se observa o movimento prático ocasionado pela recente redemocratização do Brasil, onde o município passa a ser considerado como parte da federação pela sua presença fundamental no atendimento primário as necessidades básicas da coletividade.

⁵² FERRARI, R.M. M. N.. Op. Cit.. p.56 e 57

b) A Constituição Federal e a Autonomia Municipal

A análise do problema da autonomia municipal no atual sistema federativo brasileiro conduz à avaliação de duas condições fundamentais: o princípio da autonomia dos entes federativos e a participação destes entes na condução da vontade e nas decisões dos órgãos federais.⁵³ Destaca-se ainda, que a idéia de autonomia, composta pelos aspectos político, administrativo e financeiro, está intimamente relacionada com a condição de organização e ação.

A avaliação histórica das constituições assevera que a Constituição Federal de 1988 tornou-se um marco para a autonomia do município, ao passo que cuidou de estabelecer ou expressar a forma com que os municípios brasileiros deveriam exercer a sua autonomia, bem como a capacidade constitucional de gerir a sua vida política, administrativa e social. Face à tal auto governo, tornou-se imprescindível a eleição do prefeito e dos vereadores às respectivas câmaras, restando rechaçada, para sempre, a idéia do prefeito nomeado.

Nas palavras de Hely Lopes Meirelles⁵⁴ “a autonomia propriamente dita é prerrogativa política outorgada pela Constituição a entidades estatais internas (Estados-membros, Distrito Federal e Municípios), para compor o seu governo e prover a sua administração segundo o ordenamento jurídico vigente (CF, art.18). É a administração própria daquilo que lhe é próprio. Daí porque a Constituição assegura a autonomia do Município pela composição de seu governo e pela administração própria no que concerne ao seu interesse local (art. 30, I)”.

Neste contexto, a Autonomia Municipal recebeu considerável destaque constitucional, sendo elevada à categoria de princípio, ultrapassando o conceito de mera norma constitucional, restando insculpida no bojo da Constituição Federal em seu artigo 34, inciso VII, alínea “c” e vislumbrando ainda, no caso de sua inobservância por parte dos Estados, a possibilidade de intervenção federal.

No entendimento de Celso Bandeira de Melo⁵⁵, os princípios constitucionais têm supremacia sobre as normas ordinárias ou até mesmo constitucionais, não se podendo

⁵³ FERRARI, R.M. M. N. Op. Cit.. p. 85

⁵⁴ MEIRELLES, H.L.. *Curso de Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p.85

⁵⁵ MELLO, C.A.B. de. *Elementos do Direito Administrativo*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991., p.50;

entender corretamente uma norma constitucional sem atenção aos princípios que a mesma Constituição consagra:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua mestra.

Nesse entendimento, verifica-se que a norma deve ser interpretada em absoluta harmonia com o princípio, e nunca de forma dissociada.

Para melhor compreensão da questão da autonomia política frente ao sistema federativo brasileiro, faz-se necessária a análise desta através da condição eletiva dos mandatários políticos do Município – Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores, representantes escolhidos livremente pelo voto popular, mediante pleito direto e secreto, realizado simultaneamente em todos os municípios do país.

Na avaliação de Regina Ferrari, seria dentro da autonomia política municipal “que se encontra a capacidade de organizar e constituir o seu próprio governo, isto é, a capacidade de estruturar os Poderes Legislativo e Executivo, bem como seu inter-relacionamento”.⁵⁶

A edição de normas restritivas, tais como a Lei Complementar nº 101, de 19 de outubro de 2000, e a Lei de Licitações Públicas nº 8.666, de 21 de junho de 1993, entre outras modificações no texto constitucional, como a emenda nº 19/1998, acabaram subordinando toda a administração pública aos preceitos da Constituição Federal modificada. Ao mesmo tempo em que foram criadas com o objetivo precípuo de se adequarem às necessidades do país e auxiliarem no ordenamento administrativo, acabam por bitolar, limitar e restringir a propalada autonomia.

Clémerson Merlin Cleve⁵⁷, em sua obra, lembra a sentença de Marx no sentido de que a própria constituição, no mesmo momento que em alguns artigos delega direitos, em outros limita estes próprios direitos delegados.

Um simples perpassar de olhos sobre o texto constitucional de 1988 lembrará a sentença de Marx a respeito das declarações burguesas de direitos humanos: cada

⁵⁶ FERRARI, R.M.M.N Op. Cit. p. 85

⁵⁷ CLEVE, C. M. . **Temas de Direito Constitucional**, São Paulo: Acadêmica, 1993, p.56-57;

direito expresso ou reconhecido por um artigo é desmentido, logo a seguir, por outro. Assim é com a Carta Constitucional brasileira no que se refere a Federação. Cada afirmação da autonomia do Estado-Membro implica outra que a limita, a restringe, a desmente.

Jair Eduardo Santana⁵⁸ vai mais além, ao afirmar que “a federação brasileira sofre de um mal crônico, que chama de desequilíbrio federativo”. Sua avaliação é baseada em três ordens diversas de poder: União, Estado e Município todos autônomos o que, segundo ele, tem uma implícita e curiosa contradição. Isto porque, enquanto a União e os Estados formam ou integram “um todo”, como entes políticos, o município é pessoa política autônoma, gerando-se, desta feita, um paradoxo, uma vez que, na concepção de Santana, sendo o município a célula mais adequada para a formação de uma federação sadia, de nada adianta delegar-lhe atribuições constitucionais se ao mesmo tempo lhes são tirados ou negados os meios ou aparatos necessários ao exercício dessas atribuições.

A análise deste pensamento conduz a idéia de que se tem o prefeito eleito pelo povo, que em seguida passa a ser um simples administrador, sem nenhum poder político. Ora, se o município é autônomo perante a Constituição Federal e perante o Sistema Republicano, o agente político eleito por este sistema republicano não tem nenhuma autonomia para governar o município e, na verdade, passa a ser um mero administrador face às leis do ordenamento administrativo. Nessa ótica, as leis do ordenamento administrativo podem ser vistas como verdadeiros obstáculos à autonomia político-administrativa do município.

Esta discussão induz à percepção de que a administração municipal não está para o município e o sistema na ordem direta do conceito de Autonomia, mas sim na ordem inversa, uma vez que é determinada pelas restrições. Assim sendo, o sistema existe, entretanto, não convive com a realidade na prática, porque está a indicar que a pessoa escolhida ou eleita para governar o município, que é autônomo, perde o seu status político, impingida que é à condição de simples administrador.

Ao assumir o mandato político e popular, o prefeito se depara com a lei orçamentária do município já em pleno vigor e o programa de governo a ser seguido, os quais não contêm as suas idéias, as suas metas, os seus planos e projetos de governo para

⁵⁸ SANTANA, J.E.. **Câmara Municipal**. Perspectivas e Temas Relevantes Legislatura 1997/2000. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, v 1, p. 18

uma realização administrativa de cunho pessoal. Tudo está enquadrado: LDO-Lei de Diretrizes Orçamentárias aprovada, seis a oito meses antes, no governo de seu antecessor; LOM-Lei Orçamentária Municipal, oriunda e em consonância com a primeira; e ainda o Orçamento Plurianual, planejado para quatro anos e que nada tem a ver com a realidade do município, falsos programas de governo que são elaborados quase sempre de forma aleatória e sem o devido respaldo de um planejamento técnico, sério, verdadeiro e competente. São poucos os municípios brasileiros que possuem esse planejamento, evidenciado em um Plano Diretor de Desenvolvimento Integrado.

Sendo assim, para administrar, o prefeito tem que se despir, despojar-se de todo o poder político, transformando-se num Servidor Municipal, quem sabe o mais graduado de todos, um gerente municipal, vigiado, monitorado, preso a uma engrenagem que o obriga a se assessorar técnica e juridicamente, para não praticar, no exercício do cargo, nenhum ato que venha a contrariar as leis normativas ou de restrição.

Em um segundo momento, considera-se a avaliação do que seja a autonomia municipal sob o prisma administrativo, entendendo-a como aquela que permite ao Município instituir, organizar e prestar os serviços submetidos à sua responsabilidade, isto é, confere ao Município a faculdade de organizar e prover seus serviços públicos locais, para a satisfação das necessidades coletivas e pleno atendimento dos munícipes, no exercício dos direitos individuais e no desempenho das atividades de cada cidadão. Essa autonomia abrange a prerrogativa de escolha das obras e serviços a serem realizados pelo Município, bem como do modo e forma de sua execução, ou de sua prestação aos usuários.

Neste tocante, também se observam as restrições constitucionais impostas aos Municípios, ao passo que o poder político administrativo, na prática, não se configura como um poder autônomo e independente, pois até a soberania das Câmaras de Vereadores não se expressa de forma inequívoca, dentro dos limites constitucionais. O poder de administrar é o “dever-fazer”, e isto é conflitante com o poder político, porque a administração não pode ser feita de forma autônoma, tendo em vista que está sob a dependência do cumprimento de leis, normas e regulamentos extra constitucionais, que impõem deveres e obrigações muito maiores que o direito político adquirido, o que de certa forma engessa, enquadra e padroniza a administração.

Outro aspecto importante dentro do contexto da autonomia municipal diz respeito à autonomia financeira, que se constitui na possibilidade, conferida aos municípios pela Carta Magna, dele próprio instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas sem interferência das demais entidades federativas, respeitadas, evidentemente, as matérias que a União e o Estado tenham competência para legislar, prestando contas e publicando balancetes nos prazos fixados em lei (art. 30 da CF).

No artigo 158 da Constituição Federal estão relacionados os tributos que pertencem aos municípios, cabendo-lhes ainda a participação nos demais impostos arrecadados pela União (art. 153, parágrafo 5º, 158, I e II e 159, I, b) e pelo Estado-Membro (art. 158, III e IV, e 159, parágrafo 3º).

José Cretella Júnior avalia a questão da autonomia financeira municipal como algo fundamental no que concerne à necessidade que devem ser supridas pelos municípios, ao afirmar que “bem pouco poderia fazer o município que tivesse autonomia política e administrativa, e, por outro lado, não dispusesse da respectiva autonomia financeira, que lhe possibilitasse a realização de obras, de trabalhos públicos, bem como a organização, execução, funcionamento e manutenção dos serviços públicos locais.”⁵⁹

Tal autonomia, entretanto, vem sendo paulatinamente restringida pela União, visto que esta tem transferindo responsabilidades de gestão aos municípios, não se preocupando com o aumento da participação desses no “bolo” tributário nacional, um contra-senso que está gerando o impasse e a falência, colocando em risco todo o sistema federativo, ante ao desequilíbrio mencionado por Santana.

A apreciação deste contexto à luz dos gravíssimos problemas sociais enfrentados pelos municípios, conduz à interpretação de que o que verdadeiramente ocorre não é a repartição de poderes entre os três entes federativos, mas sim uma pseudo divisão de competências, a qual conduz à transferência de responsabilidade da União e Estados para os Municípios, aumentando apenas as incumbências e os encargos deste, sem que a União e os Estados promovam a devida contrapartida financeira e tributária, tal como ocorre nas searas da saúde, segurança e ensino.

⁵⁹ CRETELLA JÚNIOR, J.. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.93

Pesando ainda, como argumento ou entrave à autonomia administrativa e financeira, estão as inúmeras leis de restrição, editadas ao longo dos anos, que apesar de necessárias como fator de normatização e orientação nas ações administrativas, têm caráter casuístico e circunstancial, que à guisa da moralização do serviço público e da coibição da provável improbidade administrativa, não raro, exageram nesse mister, transformando o homem público, investido de um mandato, num desonesto e potencial infrator. Ao contrário dos países desenvolvidos, onde a confiança nos eleitos é quase irrestrita, no Brasil, acontece o inverso, a desconfiança vem em primeiro plano, e por isso as leis cuidam de prevenir essa tendência à improbidade. Basta analisar a lei de licitação pública e a de responsabilidade fiscal para se concluir que no Brasil, até prova em contrário, todo administrador público é desonesto.

Cotejando a discussão apresentada, parece razoável se aceitar a idéia de que a Constituição Federal de 1988 veio consolidar a importância do município como unidade político-administrativa do sistema de união federativa, ampliando-lhe a autonomia, no aspecto político, administrativo e financeiro, dando-lhe inclusive, o direito de elaborar sua própria Lei Orgânica. Mas, por outro lado, verifica-se também a preocupação dos legisladores em colocar no caminho dessa autonomia alguns mecanismos ou entraves, de cunho externo, a permitir uma fiscalização de fora para dentro, o que, no campo administrativo, fere o princípio da autonomia e limita a independência e a competência do município em gerir os seus assuntos internos.

Tal raciocínio fica evidente através do exame das alterações promovidas na Carta Magna de 1988, a qual fixa a competência municipal no terreno dos “assuntos de interesse local”, em lugar de outra expressão tradicional que vinha sendo adotada, que era a do “peculiar interesse”.

A substituição apontada não ocorreu por acaso, pois, embora pareçam iguais, essas expressões não têm o mesmo sentido. Se já era difícil definir e delimitar o que era “peculiar interesse”, semelhante dificuldade é identificar o que são “assuntos de interesse local”. A competência privativa do município, outorgada pela constituição de 1988 (art. 30, I), convive com outras competências concorrentes da União, dos Estados e do Distrito Federal, com relação às matérias especificadas no seu artigo 23. Assim, o interesse local ou o

peculiar interesse, que varia de município para município, perde, nesse caso, a peculiaridade, confundindo-se com os interesses estaduais e federais e vice-versa, permitindo que o sistema funcione verticalmente, de cima para baixo, pressionando, limitando e desconsiderando a autonomia municipal.

Assim ocorre com as políticas nacionais, as quais correspondem à planejamento de nível federal, quase sempre divorciado dos reais interesses estaduais e municipais. Os municípios, que são a base de uma pirâmide federativa, são impedidos de editar suas normas livremente, ou ao menos, inspirar as chamadas políticas (econômica, tributária, previdenciária, educacional, de saúde, de trânsito, de segurança, a política desenvolvimentista e outras), ficando sua autonomia restrita à simples suplementação de normas já editadas, sujeitando-se à uma regra de compatibilização ou, numa atitude de dependência, simplesmente adotando o regime federado.

Dessa forma, as Câmaras Municipais deveriam conhecer a fundo essas limitações impostas ao município, advindas das políticas nacionais, as quais não foram inspiradas nem tiveram a contribuição municipal para sua edição. O desconhecimento destas políticas e do limite municipal de aplicá-las faz com que o exercício da propalada autonomia gere ou provoque o confronto com o planejamento nacional.

Outro aspecto relevante consiste no fato de que os municípios não apresentam qualquer representação no conselho de contribuintes de nenhuma outra esfera da federação (União e Estado), condição esta que impossibilita aquele ente de fiscalizar e discutir o aumento ou queda de arrecadação de determinado tributo recolhidos pelos outros entes federativos. Essa condição tem como conseqüência, via de regra, o repasse distorcido dos valores correspondentes à parte dos municípios, que acabam recebendo valores menores do que lhes compete.

Desta feita, o poder político constitucional, fartamente demonstrado, concede ao município todo o direito de se constituir, se estruturar e de gerir os seus assuntos de interesse interno, ou ainda, como diz o texto constitucional, os assuntos de interesse local. É o poder do “poder-fazer”, direito constitucional previsto, mas nem sempre assegurado, pelas razões já expostas, que restringem o livre exercício dessa autonomia.

Esta discussão alerta para o problema atualmente enfrentado pela maioria dos administradores municipais, pois, quando avaliados os aspectos Constitucionais e as demais garantias de autonomia municipal, parecem não ser suficientes para impedir que, na prática, na hora de exercer o poder, o mandato popular direito, intransferível e inalienável de administrar, vários mecanismos cuidem de se interpor, restringindo a atuação daquele agente público que deveria executar suas funções na conformidade dos preceitos constitucionais aduzidos.

c) O Controle Social no Direito Constitucional Brasileiro

A idéia de controle dos atos do Estado é perseguida pela sociedade há muitos anos, todavia, somente na idade média surgem as primeiras contribuições para formação das declarações de direitos, que efetivamente ocorreram apenas no século XVII, na Inglaterra, com o surgimento da monarquia constitucional inglesa, a qual consagrou o *Bill of Rights*, que acabou servindo como modelo para formação das democracias liberais na Europa e na América, nos séculos XVIII e XIX.

No Brasil, segundo parte da doutrina especializada, a noção de controle teria sido introduzida por Seara Fagundes, em 1941, ao escrever sua obra **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**⁶⁰. Entretanto, Montesquieu já descrevia, em sua teoria do sistema de freios e contrapesos, a idéia geral do controle dos atos do Estado, fundada na separação e independência dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Dessa forma, parece possível se aceitar o entendimento de que o controle do Estado não é algo muito recente no ordenamento jurídico brasileiro, pois está presente desde o início da formação do sistema Republicano Nacional, com a concepção da divisão dos poderes.

No entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a idéia de controle da administração pública apresenta como finalidade essencial o respeito aos princípios constitucionais do ordenamento jurídico brasileiro, asseverando que este controle é, na verdade, “o poder de fiscalização e correção que sobre ela exercem os órgãos dos poderes

⁶⁰ MEIRELLES, H.L.. Op. Cit.. p. 572

Judiciário, Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhes são impostos pelo ordenamento jurídico”.⁶¹

Nesta seara, observa-se que o fundamento do controle dos atos da administração pública repousa no respeito aos princípios constitucionais que devem nortear os atos praticados pelos agentes públicos, em especial aos princípios da legalidade, interesse público, publicidade, moralidade, motivação, finalidade, impessoalidade e eficiência.

Todavia, quando se observam os aspectos atinentes ao controle social da administração pública, constata-se que, após a diminuição da concentração das atividades estatais, surge como consequência a necessidade do aumento da participação da sociedade no controle dos atos públicos. Esse fato poderia conduzir ao entendimento de que o controle social teria maior conotação sociológica do que jurídica, argumento esse que pode servir de mecanismo de avaliação no que tange à pequena atenção dispensada pela doutrina especializada quando da discussão da análise do papel do controle social da administração pública brasileira.

A Constituição Federal de 1988 trás em seu bojo princípios e institutos democráticos que somente encontram justificativas de existência quando relacionados conjuntamente com a participação efetiva da sociedade no processo de controle da administração pública. Essa tendência já se reflete nas disposições contidas no *caput* de seu artigo 1º, que aduz “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos, ou **diretamente**, nos termos desta Constituição”. Esta fundamentação Constitucional traduz o ideal do Estado Democrático de Direito almejado pela população nacional durante todo o processo de elaboração da Magna Carta.

Segundo Juarez Freitas, “... a participação fiscalizatória direta é direito fundamental, cuja concretização tende a melhor tutelar a ação do Estado, simultaneamente em termos éticos e de eficiência, qualificando o espaço dominado pela democracia meramente formal”⁶². Neste aspecto o autor fortalece as fileiras daqueles que identificam a participação popular no controle da administração pública como avanço significativo para assegurar o

⁶¹ DI PIETRO, M.S.Z.. **Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed, São Paulo: Atlas, 2007 p. 479

⁶² FREITAS, J.. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed. São Paulo, Malheiros, 2004. p. 89

Estado Democrático de Direito e, ainda, privilegiar as necessidades fundamentais da coletividade.

O pensamento auxilia no exame do verdadeiro potencial da participação social na fiscalização das atividades executadas pelo Estado, já que a democracia representativa tem-se caracterizado pelo formalismo exacerbado, contexto este, que acaba sendo um dos fatores impeditivos para execução correta das prioridades sociais. Dessa forma, parece razoável aceitar-se a idéia da necessidade de complementação entre os dois mecanismos, democracia direta e representativa, para a construção de uma sociedade mais próxima de atender suas necessidades prioritárias, ou seja, nas palavras do autor, “A democracia representativa é vital. A direta também. Bem por isso, eis um dos mais complexos e fascinantes desafios em matéria de controle: fazer complementares os instrumentos da democracia direta e os da democracia representativa”⁶³.

Não se pode olvidar que o controle da administração pública recebeu tratamento especial pela Constituição Cidadã, a qual em vários artigos trata de especificar a possibilidade de execução do citado controle quando o ente a ser fiscalizado é o Município, conforme se vislumbra nos artigos 31, 49 inciso V, IX e X, 50, 51 inciso II e ainda, 70, 71, 72, 73, 74 e 75.

Neste diapasão, o artigo 31, em seu parágrafo 3º, assevera a possibilidade do controle social da administração pública, quando garante a qualquer contribuinte a oportunidade de verificar as contas públicas do Município e questioná-las quanto a sua regularidade. “As contas dos municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei”.

Este prestigiamento constitucional ampliou o controle da administração pública, o qual era antes exercido com maior ênfase pelo Poder Legislativo, possibilitando que o cidadão comum fiscalize a gestão pública e ainda, nas palavras de Hely Lopes Meirelles, assegurando ao contribuinte “um direito subjetivo ao governo honesto”.

Na mesma toada, o autor reforça o importante papel do controle social garantido pela Constituição, ao asseverar que “A moralidade pública e a probidade administrativa dos

⁶³ Idem, p.49

agentes do poder são um direito do povo, daí a razão porque o controle de legalidade da administração foi ampliado até o mais simples cidadão (CF, artigo 5, LXXIII)⁶⁴.

Existem ainda, na Constituição Federal, diferentes artigos que foram incluídos com o condão de assegurar maior possibilidade do controle social e fiscalização dos gastos dos recursos públicos, merecendo destaque, nesta seara, as disposições presentes no artigo 37, parágrafo 3º da CF:

“A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

I - As reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;

II - o acesso dos usuários aos registros administrativos e a informação sobre os atos de governo, observado o disposto no artigo 5º, X e XXXIII;

III- a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.”

Os artigos constitucionais aduzidos até aqui certamente não esgotam as garantias asseveradas pela Magna Carta para o cumprimento da participação da coletividade no controle da administração, mas somam-se a tantos outros mais dispositivos, princípios e normas que auxiliam na instrumentalização dos procedimentos que visam assegurar a efetiva ocorrência do controle social da gestão pública.

Consta-se esta situação quando da análise dos dispositivos constitucionais que asseguram o acesso à informação (art.5º, XXXIII), a garantia do devido processo legal, o acesso à justiça, a gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania, o respeito ao princípio da transparência, que obriga ao ente público o dever de publicar seus atos, a propositura de ação popular (art. 5º, LXXIII), a realização de plebiscito (art.14, I e art.18 §3º e §4º), a realização de referendo (art. 14, II), a participação em colegiados de órgãos públicos (art. 10), a participação por meio de entidades representativas no planejamento do orçamento municipal (art. 29, XII), a participação na gestão administrativa da seguridade social (art.194, parágrafo único, VII).

Nesse sentido, denota-se que a Constituição Cidadã propiciou substancial avanço dos direitos e garantias sociais, ao implementar o mecanismo de controle e participação

⁶⁴ MEIRELLES, H. L.. **Op.Cit.**. p. 612

popular na fiscalização e na gestão cooperativa da administração pública. Além disso, a instrumentalização de outros mecanismos conduziram ao fortalecimento dessa participação social, seja através dos conselhos comunitários, audiências públicas, ouvidorias ou, até mesmo, através da representatividade de classe, sendo a Magna Carta de 1988 responsável por propiciar, no que tange aos atos praticados pela administração, muitas oportunidades de expressão dos pensamentos do cidadão.

CAPÍTULO II –A Função Administrativa Municipal e as Possibilidades de Controle Social

Seção I - Princípios Constitucionais da Administração e Controle Social

a) Aspectos gerais

Inserido no contexto do Estado Democrático de Direito, de maneira indissociável, estão os princípios constitucionais da Administração Pública, descritos, em sua grande maioria, no artigo 37 da Constituição Federal, o qual contempla:

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 e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Depreende-se da simples análise do contido no fragmento de texto normativo supracitado que todas as esferas da Administração Pública, tanto direta como indireta, deverão obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, todavia, a Carta Constitucional não contempla, no bojo do artigo citado, a definição precisa do termo “princípio”.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello⁶⁵ princípio é: “A disposição expressa ou implícita, de natureza categorial em um sistema, pelo que conforma o sentido das normas implantadas em uma ordenação jurídico-positiva”.

Nesta toada, observa-se que os princípios têm como escopo nortear toda a atividade da Administração Pública, direcionando e sustentando todo o ordenamento implantado.

Sendo assim, a não observância aos princípios gera falta grave e insanável, haja vista que não se trata apenas do descumprimento de um requisito legal, mas desobediência à todo um complexo jurídico orientador, desnaturando a essência do direito em seu todo, ou nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello: “Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos”.

Ao descrever a importância do respeito aos princípios, certamente o ilustre autor não pretendia deixar transparecer a interpretação de que princípio não seja também uma norma, aduz apenas quanto à imperiosa necessidade de atenção ao “princípio-norma” como

⁶⁵ MELLO, C.A.B. de. **Curso de direito administrativo**. 4.^a ed. São Paulo: Malheiros, 1993.p.43.

forma de alerta e proteção da base fundamental do sistema jurídico. Ou seja, princípio é sim norma, mas uma norma fundamental que ao ser violada tem o condão de causar prejuízos não apenas aquele regramento específico, mas a todo ordenamento jurídico ao qual pertença.

b) Princípio da Legalidade

Do rol descrito no artigo 37 da Constituição Federal merece grande destaque o princípio da legalidade o qual além de pulverizar efeitos sobre todos os atos da Administração Pública, firmando entendimento de que ao Administrador Público é somente permitido realizar aquilo que expressamente estiver previsto em Lei ainda desempenhou salutar papel na evolução histórica do Estado, posto que iniciou um processo de restrição ao poder exercido pelos soberanos, combatendo assim o absolutismo, bem como por promover a igualdade, obrigando que todos cumpram com os ditames legais, sendo ferramenta indispensável no Estado de Direito, conforme descreve Celso Antônio Bandeira de Mello⁶⁶:

o da legalidade (princípio) é específico do Estado de Direito, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá identidade própria. Por isso mesmo é o princípio basilar do regime jurídico-administrativo, já que o Direito Administrativo (pelo menos aquilo que como tal se concebe) nasce com o Estado de Direito: é uma consequência dele. É o fruto da submissão do Estado à lei. É, em suma: a consagração da idéia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei.

Odete Medauar, por sua vez, enaltece o caráter histórico de tal princípio, conforme termos abaixo:

Uma das decorrências da caracterização de um Estado como de Direito encontra-se no princípio da legalidade que informa as atividades da Administração Pública. Na sua concepção originária esse princípio vinculou-se a separação de poderes e ao conjunto de idéias que historicamente significaram oposição às práticas do período absolutista. No conjunto dos poderes do Estado traduzia a supremacia do poder legislativo em relação ao poder executivo; no âmbito das atuações, exprimia a supremacia da lei sobre os atos e medidas administrativas. Mediante a submissão da Administração à lei, o poder torna-se objetivado; obedecer à Administração era o mesmo que obedecer à lei, não a vontade instável da autoridade. Daí o sentido de garantia, certeza jurídica e limitação do poder contido nessa concepção do princípio da legalidade administrativa.⁶⁷

Não obstante servir de mecanismo no combate ao absolutismo, ao princípio da legalidade é atribuído o sucesso da implantação de uma nova abordagem na seara do

⁶⁶ MELLO, C.A.B.. *Op. Cit.* p.91.

⁶⁷ MEDAUAR. O.. *Direito Administrativo Moderno*. 10.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 123.

Direito Administrativo. Por força do princípio da legalidade, a interpretação da máxima em vigor na esfera privada “tudo que não é proibido está permitido” sofre inversão copérnica, ao passo que ao administrador público somente é permitido realizar aquilo que legalmente estiver previsto com tal, impedindo, desta feita, que atos e decisões da administração sejam realizados com discricionariedade e subjetivismo.

O princípio em comento tem como escopo justamente delimitar a atuação da Administração Pública, ficando esta restrita aos contornos normativos previamente fixados, como bem observa Kelsen “O princípio da legalidade que, por definição, domina qualquer ato executivo, exclui qualquer influência política sobre a execução da leis.”⁶⁸

Destarte, a Administração Pública deve atuar sobre o arrimo da lei “jamais poderá agir *contra legem* ou *praeter legem*, mas apenas *secundum legem*, de modo que a amplitude e o alcance desse princípio fazem da atividade administrativa do agente (público) uma estrita submissão à manifestação volitiva do legislador.”⁶⁹

Destarte, o princípio da legalidade criou cipoal que limitou, consideravelmente, a discricionariedade da administração, gerando, desta feita, uma significativa redução às arbitrariedades, injustiças e privilegiamentos, contribuindo para que os administrados fossem tratados com igualdade, fortalecendo, neste aspecto, o princípio da impessoalidade.

c) Princípio da impessoalidade

O *caput* do artigo 5.º da Constituição Cidadã contempla que todos são iguais perante a lei, sem qualquer distinção, enraizando no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da igualdade/isonomia.

Nesta toada seguiram os ditames constitucionais voltados especificamente para a Administração Pública, restando inserido no artigo 37 o princípio da impessoalidade.

Diante de tais previsões, ao se analisar o princípio da impessoalidade dentro da Administração Pública torna-se praticamente impossível mencionar seus apanágios sem fazer menção à outros princípios que lhe são conexos, advindo do mesmo entroncamento,

⁶⁸ KELSEN. H. **A democracia**. Trad. Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1993. cit. , p. 84.

⁶⁹ BACELLAR FILHO. R. F.. **Direito Administrativo**. 2.ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2005. – (Coleção curso & concurso/ coordenador Edilson Mougenot Bonfim). p. 45.

tais como o princípio da igualdade e isonomia, conforme bem observam os estudos de Romeu Felipe Bacellar Filho:

Além disso, a atividade administrativa deve ser prestada de maneira igualitária e indistintamente, na medida de suas desigualdades, como se infere do princípio da equidade, implicitamente presente na Constituição.⁷⁰

Sendo assim, o princípio da impessoalidade, no contexto da Administração Pública, nada mais é do que a expressão de outro princípio constitucional aplicado a todos os cidadãos, qual seja, igualdade, conforme entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello: “O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia. Está consagrado explicitamente no art. 37, *caput*, da Constituição. Além disso, assim como “todos são iguais perante a lei” (art. 5.º *caput*), *a fortiori* teriam de sê-lo perante a Administração.”⁷¹

Transposta a etapa de comparações e correlacionamentos, faz-se mister a definição do princípio em pauta, nas palavras de Odete Medauar⁷²:

Com o princípio da impessoalidade a Constituição visa obstaculizar atuações geradas por antipatias, simpatias, objetivos de vingança, represálias, nepotismo, favorecimentos diversos, muito comum em licitações, concursos públicos, exercício do poder de polícia. Busca, desse modo, que predomine o sentido da função, isto é, a idéia de que os poderes atribuídos finalizam-se ao interesse de toda a coletividade, portanto a resultados desconexos de razões pessoais.

Nesta abordagem, verifica-se que o princípio da impessoalidade, não obstante ser importante mecanismo hábil a rechaçar o velho brocardo “ aos amigos as benesses da lei e aos inimigos a rigor desta”, ainda tem o condão de despersonalizar a Administração Pública, fazendo com que esta atue pautando-se por critérios objetivos, sendo tratado de maneira igualitária todos aqueles que se encontrem em igualdade de situações, evitando privilegiamentos e represálias, conforme bem ensina Celso Antônio Bandeira de Mello

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

⁷⁰ BACELLAR FILHO. Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 2.ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2005. – (Coleção curso & concurso/ coordenador Edílson Mougenot Bonfim). p. 45.

⁷¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 16.ª ed. São Paulo, Malheiros, 2003. p.104.

⁷² MEDAUAR. Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 10.ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 126.

administrativa em muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie.⁷³

A tão proclamada impessoalidade na esfera da Administração Pública, elevada à categoria de princípio, além de derivar e manter íntima relação com o princípio constitucional de igualdade/isonomia, não teria aplicabilidade se dissociado do princípio da legalidade, o qual serve de parâmetro para a aplicação da impessoalidade, devendo ser impedidos subjetivismos, prevalecendo sempre os critérios impessoais e gerais definidos em lei.

Assim se manifesta ATALIBA⁷⁴:

(...) íntima e indissociável relação entre legalidade e isonomia. Esta se assegura por meio daquela. A lei é instrumento de isonomia. Na sua aplicação, por outro lado, os órgãos executivos e judiciais considerarão as exigências do princípio.

Nesta toada, observa-se uma simbiose principiológica, na qual a impessoalidade somente poder ser aplicada se atrelada à legalidade, a qual lhe confere contornos e parâmetros a serem seguidos.

Em que pese a união acima descrita, a atuação da administração pública ainda deve ater-se a moralidade, pois nada adiantaria a aplicação impessoal e fiel da legislação se seus efeitos fossem desvirtuados, atingindo interesses próprios e/ou prejudicando terceiros.

d) Princípio da Moralidade

Na seara de validade dos atos administrativos ganha fôlego, no contexto fiscalizatório exercido sobre a administração pública, o princípio da moralidade.

Por moralidade deve-se entender a condição de validade do ato que extrapola os trâmites legais, recaindo sobre conceitos mais amplos, que visam desvendar os efeitos gerados pelos atos administrativos, sendo verificada, caso a caso, através da interpretação dos fatos e conseqüências geradas.

Todavia, para saber se determinado ato administrativo é dotado de moralidade não se deve apenas buscar suas conseqüências, tendo em vista que a moral administrativa

⁷³ MELLO, C.A.B. de. Op. Cit. p.104.

⁷⁴ ATALIBA, G. **República e Constituição**. 2. ed. (atualizada por Rosalea Miranda FOLGOSI). São Paulo: Malheiros, 1998. p. 159.

encontra ancoradouro também na motivação, conforme bem observa Manoel de Oliveira Franco Sobrinho⁷⁵:

Um ato perfeito, pode ser um ato ilícito, quando chega privilegiando alguns. Entra aqui o **valor do fato** passível de apreciação crítica. Uma análise capaz de nulificar a motivação. Motivos, conflitantes com fatos, distorcem colocações legais, criam situações anômalas, falseiam a ordem jurídica, parcializam critérios de ação.

Assim, a motivação de determinado ato administrativo, em descompasso com o princípio da moralidade, constitui viciosa e enseja sua nulidade, mesmo que esteja de acordo com os demais princípios constitucionais.

A moralidade, dentro do contexto da administração pública, constitui importante ferramenta no combate ao tráfico de influências e favorecimentos políticos, tendo em vista que muito embora determinados atos sejam realizados em conformidade com a legislação pertinente, estes acabam por gerar privilégios e apadrinhamentos, devendo, nestes casos, serem desconstituídos em nome da moral, não se eximindo das punições pertinentes aqueles que obtêm benefícios através do maquiamento das etapas legais.

A licitude, não aceita que a lei ou a norma, sejam aplicadas inadequadamente, sirvam para clandestinizar a vontade administrativa, para esconder intenções lesivas do interesse público e mesmo da ordem jurídica. *Ex-facto/jus oritur*. A aparência de legalidade é uma premissa avaliável e não uma solução evidente de justa causa.⁷⁶

Visando inibir tais condutas ardilosas é que Hauriou criou as bases da moralidade administrativa, conforme narra MANCUSO⁷⁷ (1993, *apud* ARAÚJO & NUNES JÚNIOR, 2003: 292):

“Atribui-se a Hauriou – ‘esse fecundo e operoso agitador de idéias’, como lhe qualifica Antônio 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 disciplinas suscitadas,

⁷⁵ FRANCO SOBRINHO, M.O.. **O princípio constitucional da moralidade administrativa**. 2.^a ed. Curitiba: Gênese, 1993. p. 20.

⁷⁶ *Idem* p. 22.

⁷⁷ MANCUSO, R.C.. **Ação Popular**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

não só pela distinção entre o bem e o mal, mas também pela idéia geral de administração e pela idéia de função administrativa.

Diante dos ensinamentos contidos no fragmento de texto acima, constata-se que a moralidade administrativa existe de maneira independente e diferenciada da moralidade comum, afeta a todos as pessoas, indo aquela mais além, constituindo mecanismo orientador de toda a administração, sendo sua constatação verificada a partir da comparação da vontade impulsionadora da ação com os resultados obtidos, restando despida de variações individuais, tal como ocorre com a moralidade comum, na qual o conceito de bem e mal pode ser alvo de interpretações distintas, devendo ser considerada, neste sentido, como fechada e de resultados, dotada de caráter institucional, conforme entendimento de Antônio José Brandão, o que segue a trilha de Hauriou:

A subordinação do poder público a esta função possui caráter institucional; por sua vez, a atividade daqueles, que servem à administração, denota caráter funcional: o poder público encontra-se ao serviço da idéia mãe, dela retirando o programa da ação a desenvolver; as atividades dos administradores, se utilizam meios jurídicos e técnicos, destinam-se, por sua vez a lograr, como resultado, a prestação de um serviço de interesse geral e, por isso, realizam uma função enquanto concretizam a idéia diretriz.⁷⁸

Neste mesmo sentido convergem os estudos de Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁷⁹, ao tratar da moral administrativa:

(...) trata-se de um sistema de moral fechada, próprio da Administração Pública, que exige de seus agentes absoluta fidelidade à produção de resultados que sejam adequados à satisfação dos interesses públicos, assim por lei caracterizados e a ela cometidos

Sendo assim, observa-se que a moralidade administrativa serve à uma instituição (Administração Pública), orientando a atividade dos administradores, sendo as ações realizadas por estes declaradas morais quando obtidos resultados satisfatórios, isto é, quando os resultados estejam em compasso com ação inicial e gerem como resultado benefícios voltados à coletividade, restando cumprindo, desta feita, o ônus público que lhes incumbem.

Enfim, a moralidade administrativa deve ser entendida como o princípio que visa traçar elo entre a motivação dos atos administrativos e os resultados por ele obtidos,

⁷⁸ BRANDÃO, A.J. . Moralidade Administrativa. In **Revista de Direito Administrativo**. Vol. 25, Rio de Janeiro: Renovar, 1951. p. 458.

⁷⁹ MOREIRA NETO, D.F.. **Legitimidade e Discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade**. 3.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 190.

verificando se existe consonância entre ambos, utilizando com parâmetro os interesses coletivos, atividade precípua da administração, consistindo, desta forma, não apenas em um mecanismo verificador da aplicação da lei, mas sim um avaliador de ações e resultados.

e) Princípio da Publicidade

Dentro do contexto do Estado Democrático de Direito, no qual o poder emana do povo e é por ele exercido, através do sistema representativo, é de suma importância que os verdadeiros detentores do poder tenham plena ciência dos atos praticados pelos representantes eleitos.

Frente a tal premissa ganha relevância, na seara da Administração Pública, o princípio da publicidade, o qual tem como escopo dar ciência ao público, população de um modo geral, dos atos administrativos realizados, conforme bem salienta Celso Antônio Bandeira de Mello⁸⁰:

Consagra-se nisto o dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos. Não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1.º, parágrafo único, da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida.

Neste mesmo sentido seguem também os estudos de Celso Lafer, citado por Odete Medauar⁸¹:

Numa democracia a visibilidade e a publicidade do poder são ingredientes básicos, posto que permitem um importante mecanismo de controle ex parte populi da conduta dos governantes. (...). Numa democracia a publicidade é regra básica do poder e o segredo, a exceção, o que significa que é extremamente limitado o espaço dos segredos de Estado

Assim, o princípio da publicidade é aquele que obriga o administrador público a dar plena transparência aos procedimentos por ele realizados, possibilitando que todos os administrados tenham acesso às informações públicas, ou nas palavras de Cardozo⁸²:

Entende-se princípio da publicidade, assim, aquele que exige, nas formas admitidas em Direito, e dentro dos limites constitucionalmente estabelecidos, a obrigatória divulgação dos atos da Administração Pública, com o objetivo de

⁸⁰ MELLO, C.A.B. de. Op. Cit..p.104.

⁸¹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 10.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 128.

⁸² CARDOZO, J.E.M.. Princípios Constitucionais da Administração Pública (de acordo com a Emenda Constitucional n.º 19/98).In MORAES, A. **Os 10 anos da Constituição Federal**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 159.

permitir seu conhecimento e controle pelos órgãos estatais competentes e por toda a sociedade.

Já para Juarez Freitas⁸³, tal princípio significa:

No que concerne ao princípio da publicidade ou da máxima transparência, que este que a Administração Pública aja de modo a nada ocultar, suscitando a participação fiscalizatória da cidadania, na certeza de que nada há, com raras exceções constitucionais, que não deva vir a público.

Com fulcro nos conceitos supracitados, observa-se que a publicação dos atos não consiste em mera formalidade, podendo ser dispensada, muito ao contrário, é *conditio sine qua non* para que o ato administrativo seja provido de validade, conforme bem observa Juarez Freitas⁸⁴:

Em suma, traduz-se o princípio da publicidade na exigência de comunicação transparente à sociedade dos atos, contratos e procedimentos da Administração Pública, e funciona, no mais das vezes, como requisito para a geração de efeitos jurídicos. É requisito de eficácia e, de modo indisputável, associa-se à moralidade, embora se admita o sigilo em casos extremos de segurança, ou em situação em que a divulgação prévia poderia inviabilizar medidas defensáveis.

Além de condição de eficácia dos atos e procedimentos administrativos, o princípio da publicidade serve de principal mecanismo do qual dispõe a população para fiscalizar o Poder Público. Somente a partir da publicação dos atos administrativos é que o cidadão, na grande maioria das vezes, passa a ter conhecimento de determinadas ações, tendo possibilidade, desta feita, de buscar maiores subsídios e informações para concretamente exercer seu direito de cobrança.

No âmbito dos grandes centros, o princípio da publicidade necessita ser empregado de maneira mais contundente e diferenciada, haja vista que a simples publicação dos atos administrativos em Boletins Oficiais, ou afixação em murais presentes nos átrios dos paços municipais, são medidas insuficientes para informar toda a população, fazendo-se necessário lançar uso de ferramentas de divulgação em massa, tal como a internet, tendo em vista que, ao contrário do que se ocorre em Municipalidades com número reduzido de habitantes, a discussão em ruas e praças dos temas concernentes ao Poder Público não se

⁸³ FREITAS, J.. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p.56.

⁸⁴ Idem

fazem presentes, quase inexistindo, portanto, a divulgação “boca a boca” dos atos políticos mais marcantes.

Nesta toada, importa destacar que o mecanismo pelo qual se confere publicidade aos atos, contratos e procedimentos administrativos pouco importa, desde que o objetivo final, ciência da população, seja alcançado, reforçando-se, desta feita, os pilares da democracia nacional, os preceitos constitucionais de que todo o poder emana do povo e a fiscalização dos administrados.

f) Princípio da Eficiência

O Princípio da Eficiência foi inserido, de forma explícita, no rol descrito no artigo 37 da Constituição Federal através da Emenda Constitucional n.º 19, de 1998, possuindo diferenças singulares quando comparado aos demais princípios do elenco descrito, visto que é o único que se reveste de conotação econômica, ao contrário dos demais que são dotados de critérios puramente jurídicos.

A conotação econômica afeta ao Princípio da Eficiência decorre do dever de zelar pelo patrimônio coletivo que incumbe ao administrador público, sendo esse obrigado à promover investimentos que visem a melhor aplicabilidade dos recursos públicos com os menores gastos, preservando o erário.

Neste sentido, constata-se que com o advento da Emenda Constitucional n.º 19 a seara administrativa passa a dever funcionar de forma eficaz, estando o gestor público incumbido de ir ao encontro dos melhores resultados, empregando para tal os menores custos possíveis, ou nas palavras de Romeu Felipe Bacellar Filho⁸⁵:

Neste sentido, a eficiência que significa realiza mais e melhor com menos, ou seja, prover os serviços públicos necessários para toda a população, de maneira satisfatória e com qualidade, utilizando o mínimo necessário de suporte financeiro.

No conceito de Cardozo⁸⁶, tal princípio consiste em:

Desse modo, pode-se definir esse princípio como sendo aquele que determina aos órgãos e pessoas da Administração Direta e Indireta que, na busca das finalidades

⁸⁵ BACELLAR FILHO, R.F.. **Direito Administrativo**. 2.^a ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2005. – (Coleção curso & concurso/ coordenador Edílson Mougenot Bonfim). p. 48.

⁸⁶ CARDOZO, J.E.M.. Princípios Constitucionais da Administração Pública (de acordo com a Emenda Constitucional n.º 19/98). in MORAES, A.. **Os 10 anos da Constituição Federal**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 166 e 167.

estabelecidas pela ordem jurídica, tenham uma ação instrumental adequada, constituída pelo aproveitamento maximizado e racional dos recursos humanos, materiais, técnicos e financeiros disponíveis, de modo que possa alcançar o melhor resultado quantitativo e qualitativo possível, em face das necessidades públicas existentes.

É através do princípio da eficiência que o papel do gestor público assume de forma mais acentuada a faceta do administrador, sendo esse avaliado pelo seu desempenho, verificando-se os resultados obtidos através dos mecanismos legais postos à sua disposição, tendo o mesmo “o compromisso indeclinável de encontrar a solução mais adequada economicamente ao gerir a coisa pública”⁸⁷.

Os principais mecanismos dos quais dispõem os administradores públicos são o Concurso e a Licitação, conforme bem observa Romeu Felipe Bacellar Filho:

Podem-se citar a licitação e o concurso público como os dois principais instrumentos de garantia de eficiência na atividade administrativa. Ambos os certames destinam-se à seleção de agentes qualificados, do ponto de vista técnico, para o desempenho de atividades inerentes à Administração Pública.

Ambos os instrumentos citados estabelecem normas, diretrizes e procedimentos a serem seguidos para que os recursos públicos sejam aplicados de forma maximizada, aumentando-se a gama de benefícios destinados à coletividade.

Todavia, a aplicação do princípio da eficiência deve sempre se operar de forma atrelada ao da legalidade, pois certas formalidades legais não podem ser suprimidas em nome da máxima eficácia dos recursos públicos. Neste sentido, o correto seria administrar a aplicabilidade dos recursos públicos dentro da raia da legalidade, conforme bem salienta Odete Medauar⁸⁸:

O princípio da eficiência vem suscitando entendimento errôneo no sentido de que, em nome da eficiência, a legalidade será sacrificada. Os dois princípios constitucionais da Administração devem conciliar-se, buscando esta atuar com eficiência, dentro da legalidade.

No que tange ao controle social dos atos administrativos, verifica-se que a Emenda Constitucional n.º 19 inseriu na Administração Pública princípio que auxilia na fiscalização popular, visto que além do gestor público estar obrigado à obedecer a legislação pertinente, aplicando-a de maneira impessoal, buscando resultados moralmente corretos e dando publicidade aos atos praticados, ainda recai sobre esse o peso de ser avaliado

⁸⁷ FREITAS, J. Op. Cit. . p.73 e 74.

⁸⁸ MEDAUAR. O..**Direito Administrativo Moderno**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 130.

administrativamente, sendo seu sucesso mensurado por intermédio de parâmetros objetivos, levando-se em consideração sempre o binômio maior benefício/menor custo, podendo os mesmos serem alvo de punições quando da ineficácia na aplicação dos recursos públicos. Tal medida, além de louvável pelo caráter gerenciador dos escassos recursos públicos, acaba ainda por valorizar o tão aclamado regime democrático, visto a população tem a possibilidade de contestar, pelo prisma da eficiência, os resultados obtidos pelas políticas públicas implantadas.

Seção II – Controle Social

a) Modalidades de Controle

Na expectativa de melhor compreender o campo de atuação e os aspectos condicionantes do controle social frente à administração pública municipal, faz-se indispensável a análise preliminar da idéia do que seja controle, em especial o controle da administração pública em âmbito geral.

Nesta esteira verifica-se que o dicionário Michaelis define controle como: “Ato de dirigir qualquer serviço, fiscalizando-o e orientando-o do modo mais conveniente”⁸⁹. Assim, parece possível aceitar-se que a identidade do Controle está intimamente ligada à concepção de fiscalização, orientação e conveniência de determinado ato.

Essa noção do que seja o Controle, recebe reforço significativo quando aduzido no campo da atividade administrativa, pois a expressão passa a representar a imperiosa necessidade de limitação do poder exercido pelo agente político. Montesquieu, ao tratar da questão do Poder, sabiamente já apregoava que

é tão-só nos governos moderados que se encontra a liberdade política, entretanto, ela nem sempre existe nos Estados moderados; ela só existe neles quando não se abusa do poder; porém, a experiência eterna nos mostra que todo homem que tem poder é sempre tentado a abusar dele; e assim irá seguindo até que encontre limites⁹⁰.

⁸⁹ MICHAELIS: **Pequeno dicionário da língua portuguesa**, São Paulo, Companhia Melhoramentos, p.311, 1998.

⁹⁰ MOTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Tradução de: Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2003. p.164

No direito brasileiro a noção da expressão controle apareceu no século passado, na década de 40, através da obra de Seabra Fagundes, denominada “Controle dos atos administrativos pelo poder judiciário”, por intermédio da qual o autor já associava a idéia de controle com a fiscalização e limitação de poder, prescrita por Montesquieu.

A doutrina contemporânea do direito administrativo tem aceitado quase que de forma uníssona o sentido de redução do Poder, gerado pelo processo de controle dos atos dos agentes públicos. Marçal Justen, ao descrever o significado da expressão controle, prestigia os ensinamentos do professor Fábio Comparato, que descreve a atividade de Controle como mecanismo de fiscalização da conduta de outrem, o procedimento realizado e o resultado atingido, ou ainda, a ocorrência do denominado controle-orientação que, segundo o autor, poderão definir os passos, a forma e o resultado a ser alcançado por outrem.⁹¹

Para Hely Lopes Meirelles a expressão Controle, quando referida à administração pública, é “a faculdade de vigilância, orientação e correção que um poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro.”⁹²

Neste contexto, cotejando os aspectos gerais do termo Controle, constata-se que do gênero derivam diferentes espécies, as quais, segundo parte da doutrina brasileira, podem ser reconhecidas através das previsões constitucionais, ou ainda, através da análise de diferentes critérios.

Para Marçal Justen⁹³ existem três diferentes critérios que devem ser considerados para sistematização do controle da atividade administrativa: sendo que o primeiro se refere à natureza da atividade estatal a ser controlada, ou seja, conforme a natureza da atividade estatal é possível à ocorrência do controle administrativo, controle judiciário e controle legislativo; o segundo deriva da análise do sujeito que tem competência para realização do controle estatal, assim, é possível considerar que conforme a descrição legal à competência

⁹¹ JUSTEN FILHO, M. **Curso de Direito Administrativo**, São Paulo: Saraiva, 2005. p.732 “Como ensina Fábio Konder Comparato, o vocábulo controle comporta dois sentidos diversos. Pode-se falar em controle-fiscalização para indicar a tarefa de acompanhar e fiscalizar a conduta alheia, verificando o cumprimento dos requisitos necessários e a realização dos fins adequados. Mas também pode haver controle-orientação, o que significa a possibilidade de determinar a conduta alheia, escolhendo os fins que o terceiro realizará e o modo pelo qual se desenvolverá”.

⁹² MEIRELLES, H. L. Op. Cit. p. 624.

⁹³ JUSTEN FILHO, M. Op. Cit. p.736

estatal para controlar determinada atividade poderá ser exercida pelo Poder Executivo, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, alerta ainda o autor que o Tribunal de Contas e o Ministério Público deverão ter tratamento diferenciado, haja vista a autonomia institucional; o terceiro critério aludido por Marçal seria o denominado controle estatal segundo à natureza jurídica dos atos de controle, ou seja, o controle poderia ser exercido através da atividade inerente a cada um dos Poderes, atividades legiferante, jurisdicional e administrativa. Para sistematizar e melhor compreender esta classificação seria adequado, na visão do autor, que a ocorrência dos três critérios se operasse de maneira conjugada, assim, o Poder Legislativo pode exercer controle sobre as atividades legislativa, jurisdicional e administrativa, por outro turno, o Poder Judiciário pode exercer controle sobre as atividades legislativa, jurisdicional e administrativa e o Poder Executivo pode exercer o controle fundamentalmente sobre a atividade administrativa, realizada por ele próprio ou qualquer dos outros poderes. Contudo, adverte Marçal, o tipo de controle e a natureza das competências não são obrigatoriamente as mesmas.

Evandro Martins Guerra oferta outra forma de divisão sistemática do controle da atividade administrativa, considerando as espécies derivadas do gênero Controle segundo os seguintes critérios:

Quanto ao órgão que exerce o controle - assim tem-se o Controle Administrativo, aquele que é exercido pela própria administração pública para averiguação de seus atos; Controle Legislativo, aquele exercido pelos mandatários políticos; e Controle Judiciário, que é exercido apenas pelo Poder Judiciário, especialmente para atender a legalidade dos atos praticados pelos demais entes estatais.

Quanto à localização do controlador – de tal entroncamento surge o controle interno, o qual advém da estrutura interna do próprio órgão fiscalizador e pode pertencer aos órgãos e entidades dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, também denominado de autocontrole; e o controle externo, exercido por um Poder distinto àquele que está sendo fiscalizado, ganhando destaque nesta seara o papel exercido pelo Poder Judiciário, o qual, segundo o administrativista em cotejo, seria um espécie de controle *latu sensu*, enquanto no *stricto sensu* ganha respaldo o controle exercido pelo Poder Legislativo e o exercido pelo Tribunal de Contas sobre as atividades dos outros poderes.

Controle social – tal controle é definido como sendo aquele realizado pelo próprio cidadão na fiscalização dos atos da atividade administrativa e, desta forma, diferencia-se das demais espécies de controle, devendo, por isso, receber atenção especial na criação de programas voltados à formação do cidadão;

Quanto ao momento em que se realiza o controle da atividade administrativa - em tal forma de classificação o autor descreve o controle Prévio, quando é exercido antes da prática do ato administrativo (controle preventivo); o controle concomitante, quando é exercido no mesmo momento em que o ato é praticado (busca regularizar o ato imediatamente); e o controle posterior, aquele exercido após a prática do ato (visa à correção do ato);

Quanto à sua extensão – nesta forma de controle Evandro Guerra divide o controle em de Legalidade, o qual cuida do respeito do ato à legalidade; e o de Mérito, que tem como escopo cuidar da investigação dos atos praticados pela administração pública e do resultado alcançado por estes, ou, nas palavras do próprio autor: “Visa verificar a harmonia entre o objeto pretendido e o efeito atingido, buscando garantir a boa gestão da coisa pública, sob os aspectos da economicidade, eficácia e eficiência do ato”⁹⁴.

Para efeito de controle dos atos da administração pública a doutrina pátria apresenta relevantes estudos dos papéis exercidos pelos denominados Controles Externo e Interno. Nesta linha Benjamin Zymler⁹⁵ destaca que o controle externo “é aquele exercido por órgãos alheios ao Poder Executivo”, podendo ser exercido também pelos poderes judiciário e legislativo. Já o controle interno seria formado pelo controle administrativo e o controle interno descrito no art. 74 da Constituição Federal, sendo que o primeiro teria por finalidade averiguar a oportunidade e o mérito do ato administrativo, bem como fiscalizar o custo benefício da atividade realizada e a eficácia das soluções propostas.

Destarte, o autor descreve o controle interno como sendo aquele poder dever de autotutela da administração fundado nos preceitos evocados na Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal, que assim prescreve “A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou

⁹⁴ GUERRA, E.M.. **Os controles externo e interno da administração pública**, Belo Horizonte: Fórum, 2005p.90-98

⁹⁵ ZYMLER, B. **Direito Administrativo e Controle**, Belo Horizonte: Fórum, 2006, p.261-264

revogá-los, por motivos de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”⁹⁶.

Dentro dessas modalidades de controle a que mais interessa para o presente trabalho reside no denominado controle social, do qual se passa a fazer uma abordagem mais aprofundada no tópico seguinte.

b) Incidência do Controle Social e seu Papel junto ao Poder Local

Analisadas as possibilidades de Controle dos atos da administração pública, faz-se indispensável adentrar no foco principal deste trabalho, visando discutir o papel do Controle Social da administração pública, em especial quanto à ocorrência desta fiscalização em âmbito municipal.

Inicialmente é preciso esclarecer que o conceito de controle social não pode ser confundido com a simples idéia de participação popular, pois, enquanto esta apresenta como objetivo primário à atuação da sociedade no debate das decisões que serão tomadas pelos administradores públicos, aquele se caracteriza fundamentalmente pela fiscalização da sociedade quanto aos atos praticados pelos agentes públicos.

Sendo assim, é possível considerar que a identidade do controle social está intimamente ligada à noção de fiscalização, controle e acompanhamento, por parte da coletividade, das ações promovidas pelo ente público. Por outro lado, a participação popular pode ser entendida como toda atividade realizada por parte da sociedade ou através de determinados representantes da coletividade, associações de classe, sindicatos, associação de moradores e outros, para colaborar com a administração pública na tomada de certas decisões.

O orçamento participativo e as audiências públicas servem de exemplos para ilustrar a possibilidade de participação popular na gestão pública, ou seja, representam situações nas quais a sociedade tem a possibilidade de participar diretamente da escolha de determinados assuntos que acabam atingindo a população de certo bairro ou região. Dessa forma o cidadão, juntamente com o Poder Público, procura tomar medidas e soluções que visem atender aos anseios da maioria das pessoas de dada comunidade, representando

⁹⁶ Idem, p.261

assim um dos novos pilares da democracia contemporânea, qual seja: a participação popular na administração pública.

Atente-se que neste aspecto orçamento participativo e a realização de audiência pública têm o condão de colaborar para uma maior proximidade entre a Sociedade e o Estado na gestão administrativa, tendo em vista que a própria comunidade participa do procedimento para escolha de soluções mais próximas da sua realidade. Todavia, ambas as possibilidades não representam uma forma de controle social que caracterizasse efetivamente pela fiscalização da administração pública, muito embora a incidência daqueles dois mecanismos auxilie na construção de uma gestão pública participativa e eficiente.

O texto Constitucional de 1988 trouxe a possibilidade de controle social dos atos dos agentes públicos, oportunizando que no atual Estado Direito seja aplicada uma das formas mais democráticas de fiscalização da administração pública, ou seja, a própria população pode acompanhar, fiscalizar e ajudar a corrigir distorções das políticas públicas.

Exemplo indiscutível desse posicionamento são as disposições contidas no bojo do § 3 do art. 31 da CF, as quais determinam que as contas dos municípios fiquem à disposição de qualquer contribuinte, anualmente, durante um período de sessenta dias, numa demonstração clara do legislador constituinte de propiciar a sociedade o direito de fiscalizar as contas públicas, especialmente os gastos do Poder Local.

Essa preocupação assistida na Magna Carta condiz com os ensinamentos propostos pela doutrina administrativista - atenta aos desmandos dos administradores públicos contemporâneos - representada aqui por Roberto Dromi, conforme ensinamentos presentes na obra *Derecho Administrativo*: “governo e controle parece ser a fórmula orgânica futura de poder, para que aos que mandem não lhes falte poder e para aos que obedecem não lhes falte à liberdade, resguardada por controle idôneos que lhes assegurem qualidade e eficácia”.⁹⁷

A doutrina contemporânea procurou conceituar o controle social, sendo para Franco Garelli “o conjunto de meio de intervenções, quer positivos quer negativos, acionados por cada sociedade ou grupo social a fim de induzir os próprios membros a se conformarem às

⁹⁷ FERRARI, R.M.M.N. *Direito Municipal*. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.228

normas que a caracterizam, de impedir e desestimular os comportamentos contrários às mencionadas normas, de estabelecer condições de conformação, também em relação a uma mudança do sistema normativo.”⁹⁸

O controle social apresenta como principal característica o envolvimento de qualquer cidadão, diretamente ou através de determinadas entidades não governamentais, na fiscalização dos atos da administração pública, ou seja, a sociedade atua no controle das decisões governamentais para constatar o respeito às normas e princípios constitucionais, bem como as demais normas infraconstitucionais reguladoras da administração pública. Essa atuação do cidadão poderá ocorrer através das organizações não governamentais, ou ainda através de entidades representantes da sociedade com características publicistas, como a OAB e os Conselhos Municipais de Segurança, Saúde, Meio Ambiente e Educação, entre outros.

Nesta toada, a participação social no controle da administração pública poderia ser aceita como um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, tendo como característica marcante a diminuição da distância entre a sociedade e o Estado.⁹⁹

Diante do exposto, é possível concordar com a idéia de que o cidadão passa a exercer a condição de controlador, tornando-se aquele que efetivamente poderá acompanhar e fiscalizar os atos praticados pelos agentes no exercício da função pública. Dessa forma, o Estado de Direito parece retornar a sua condição natural, na qual a participação do cidadão é fundamental para assegurar a democracia, a eficiência e a moralidade da gestão pública.

A necessidade de participação popular e controle dos atos públicos pela sociedade passaram a ser reconhecida como essenciais, principalmente, devido à crise moral que atingiu as instituições políticas e governamentais e pelo fracasso do Estado Social no que tange à sua capacidade de atender às necessidades e garantias decorrentes do contrato social, tais como: direito à saúde, educação, segurança, habitação, alimentação, diminuição da desigualdade social e respeito à dignidade humana. Essa incapacidade de cumprir com as políticas públicas basilares do Estado Social reforçou a descrença nas instituições

⁹⁸ CASTRO, R.P.A. de, **Sistema de Controle Interno**, Belo Horizonte: Fórum, 2007, p.135

⁹⁹ DI PIETRO, M.S.Z., Participação popular na Administração Pública. **Revista trimestral de Direito Público**, São Paulo: Malheiros, n 1, 1993, p. 138.

públicas e nos políticos, tornando essencial o incremento da participação popular e do controle social como mecanismos indispensáveis para viabilidade da democracia contemporânea.

Tal incrementação se operou a partir da Constituição Federal de 1988, a qual abriu a possibilidade de novos canais de interlocução entre a Sociedade Civil e o Poder Público, sendo fruto dessa abertura a participação popular, exercidas através dos plebiscitos, orçamento participativo e audiências públicas; e o controle social, uma das espécies de controle externo, conforme classificação descrita na seção anterior, o qual pode ser exercido tanto de forma individual quanto coletiva bem como de forma direta ou indireta através dos mecanismos previstos no texto constitucional e de outros instrumentos facilitadores, tais como: Mandado de Segurança, Ação Popular, Mandado de Injunção, Hábeas Data, ou ainda, por intermédio de entes especiais de controle, como Tribunal de Contas e Ministério Público.

Merece respaldo, no atual contexto de transformação do papel a ser exercida pela sociedade civil e pelo administrador público a possibilidade de participação popular e fiscalização, que parece encontrar maior oportunidade para desenvolvimento quando inserida no âmbito municipal, tendo em vista que o espaço local facilita o debate da população junto ao Poder Público acerca dos problemas e dificuldades enfrentados por esta, sendo a execução acompanhada pela sociedade civil do início do procedimento até o final da problemática.

Em sua teoria do discurso, Habermas¹⁰⁰ defende a participação da comunidade na gestão pública, asseverando que a mobilização da sociedade civil atuando em conjunto com o Poder Público possibilitam as modificações capazes de transformar os destinos da daquela comunidade. Afirmar ainda que: “quando tomarmos consciência da imagem difusa da esfera pública veiculada pela sociologia da comunicação de massa, que aparece submetida ao poder e a dominação dos meios de comunicação de massa, cresce o nosso ceticismo com relação às chances de a sociedade civil vir a exercer influência sobre o

¹⁰⁰ HABERMAS, J.. **Direito e Democracia**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997 v. 1, p.145-147 “somente serão válidas leis e atos administrativos capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros, num processo jurídico decisório discursivo, com o reconhecimento mútuo dos participantes do discurso como membros iguais e livres de uma associação estabelecida livremente, garantida em seus pressupostos comunicativos.”

sistema político. Todavia, tal avaliação vale para uma esfera pública em repouso. Pois, a partir do momento em que acontece uma mobilização, a estrutura sobre a qual se apóia a autoridade de um público que toma posição começa a vibrar. E as relações de forças entre a sociedade civil e o sistema político podem sofrer modificações”.¹⁰¹

Dessa forma, Habermas descreve a insofismável necessidade de participação da sociedade civil para transformação do paradigma atualmente vigente, alicerçado na alienação e no distanciamento do cidadão, que hoje permanece fora da discussão de questões que envolvem decisões importantíssimas que invariavelmente acabam por atingir a toda comunidade. O autor aduz ainda, quanto à necessidade de engajamento da sociedade como forma de ruptura do estado de inércia em que se encontram determinados homens e mulheres, alertando para possibilidade de modificações produzidas através da utilização desta mobilização para o direcionamento da administração pública, de acordo com as necessidades daquela comunidade.

Neste mesmo sentido, Agustín Gordillo descreve como fundamental o envolvimento da comunidade no que tange à tomada de decisões por parte da administração pública, devendo o administrador possibilitar aos administrados o acesso à informação e o conhecimento sobre o funcionamento da estrutura administrativa, asseverando que “Dar información es compartir el poder, es desnudarse frente a la crítica...”¹⁰². Assim, a participação da sociedade no debate e na fiscalização da administração formam uma gestão pública mais transparente e descentralizada, contribuindo para formação de uma gestão conjunta entre administrados e administrador público. Essa participação, segundo o autor, traz como reflexo a tomada de decisões conjunta, que invariavelmente acabam por aproximar os desejos da população e o resultado ofertado pelas decisões.¹⁰³

Destarte, cotejando o texto em epígrafe, pode-se aduzir que, muito embora não tenham o mesmo fundamento doutrinário, a participação popular e o controle social cumprem uma função essencial no atual Estado Democrático de Direito, tornando-se

¹⁰¹ Idem, v.2, op. cit., p.302

¹⁰² GORDILLO, A.. **Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio**. Buenos Aires: Ediciones Macchi, 1973. p. 207

¹⁰³ Idem. P. 212

aliados quase incontestes para a formação de uma gestão pública responsável, participativa e eficiente.

Nesta toada, o Poder local cumpre importante função, não apenas como mecanismo facilitador para desenvolvimento de políticas que propiciem a co-gestão entre administrador e administrados, mas fundamentalmente por ser no espaço local que os problemas acontecem, que as pessoas trabalham, estudam, moram, convivem, comungam das mesmas necessidades e frustrações, enfim vivem. É no Município que tudo acontece, e é neste âmbito que as mudanças podem e devem ocorrer, através da participação e do controle popular na praticidade de uma gestão pública conjunta.

c) Improbidade administrativa e a Lei 8.429 de 1992

Os atos irregulares praticados pelos agentes públicos passaram a receber tratamento diferenciado com o advento da Lei 8.429/92, que em seu corpo dispõe acerca das sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional.

Popularmente conhecida como a Lei da Improbidade Administrativa, a lei 8.429/92 apresentou como conseqüência de sua promulgação várias polêmicas envolvendo desde a discussão de sua constitucionalidade até a forma de aplicação de suas medidas cautelares.

Inicialmente discutir-se-á a constitucionalidade da referida lei federal que, ainda como projeto de lei, ao ser analisada no Congresso Nacional, já apresentou falhas nos procedimentos legislativos, posto que a Câmara dos Deputados encaminhou o projeto de lei para sanção presidencial sem que o mesmo tivesse passado pela aprovação do Senado Federal. Esse vício teria o condão suficiente para acarretar a inconstitucionalidade (formal) da referida norma, por desrespeito ao art.65 da Constituição Federal, o qual identifica o sistema legislativo brasileiro como sendo bicameral. Assim, a inconstitucionalidade da referida Lei Federal estaria latente porque o Senado Federal teria apresentado um projeto de lei substitutivo ao projeto de lei 1446/91 (que foi rejeitado anteriormente pelo Senado) e este, ao retornar à Câmara Federal, teve novamente alguns dispositivos alterados e, após votação e aprovação desta nova redação, a Câmara de Deputados encaminhou o projeto diretamente para sanção presidencial, sem que o mesmo tivesse passado por votação no

Senado. Ou seja, nenhum dos dois projetos de lei, quer o 1446/91, quer o projeto substitutivo ofertado pelo Senado, foram regularmente discutidos em uma Casa de Leis (Iniciadora) e revisto pela outra Casa (Revisora) e tudo isto teria como consequência ofensa ao art. 65 da Constituição Federal.

Cotejando este breve levantamento histórico do procedimento legislativo aplicado à Lei 8.429/92, parece possível aceitar-se a idéia de que tais fatos descrevem, em princípio, a irregularidade formal quando da elaboração da norma, situação esta que, embora já tenha se passado mais de 10 anos, ainda não foi discutida nos Tribunais Superiores, nem em controle difuso nem em controle concentrado de constitucionalidade.

Celso Ribeiro Bastos, ao tratar da forma de elaboração das normas no Congresso Nacional, deixa patente a necessidade de votação nas duas Casas de Lei, Câmara e Senado, para que somente depois de cumprida esta determinação constitucional seja o projeto encaminhado para sanção presidencial.¹⁰⁴

Assim, enquanto o Supremo Tribunal Federal não decidir a questão quanto à constitucionalidade da lei 8.429/92, a aplicação da norma permanece nos moldes em que foi sancionada pelo Presidente da República.

Outra questão fortemente debatida diz respeito à abrangente conceituação dos agentes, sujeitos ativos e passivos descritos pela lei de improbidade. Segundo Volnei Ivo Carlin, o sujeito ativo nas ações de improbidade poderá ser aquele agente público entendido no sentido *lato sensu* do termo, ou seja, “todo servidor da administração direta ou indireta,

¹⁰⁴ BASTOS, C.R.. **Curso de Direito Constitucional**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, P.315. “Se o projeto decorre de iniciativa do Presidente da República, dos Tribunais, ou de Deputados, ou da iniciativa popular, a discussão se inicia na Câmara dos Deputados. Sendo de iniciativa do Senado, a discussão tem início na Câmara Alta. A primeira Câmara que examina o projeto é a chamada Casa Iniciadora. A segunda, de Casa Revisora (arts. 61, § 2º, e 64). Casa Iniciadora – na Casa Iniciadora, o projeto passa primeiro pelo crivo das comissões permanentes e, posteriormente, é levado à discussão e votação em plenário. Poderá ser discutido e votado, nas próprias comissões, dispensando, destarte, a competência em plenário, respeitando, no entanto, o regimento, e salvo a hipótese de haver recurso de um décimo dos membros da Casa (art. 58, §2, I). As comissões permanentes examinam o projeto no seu aspecto material e formal. Aspecto material – conteúdo, interesse público. Aspecto formal – observância da forma prevista na Constituição. Passado pelas comissões, o projeto de lei é discutido e votado em plenário, sendo aprovado se obtiver maioria de votos, estando presente a maioria dos membros da Casa. Casa Revisora – enviado à Casa Revisora, esta, de acordo com o disposto no art. 65, poderá: a) Aprovar o projeto. Neste caso será enviado para sanção e promulgação do Presidente da República. b) Emendar o projeto. Neste caso deverá devolvê-lo à Câmara Iniciadora para que aprecie a emenda. c) Rejeitar o projeto. Será arquivado. Como se vê, a aprovação de um projeto de lei se dá pela conjugação da vontade das duas Casas Legislativas”

com ou sem remuneração, contratado ou agenciado por qualquer outra forma de investidura ou vínculo, bem como aquele que induzir à prática do ato de improbidade ou com ele concorrer para auferir qualquer vantagem”¹⁰⁵.

Neste sentido, verifica-se que o espírito inspirador do legislador o levou a conceber o autor do ato de improbidade administrativa como sendo qualquer pessoa física que esteja, de alguma forma, vinculada funcionalmente à Administração pública e contra ela agindo, enquanto que o sujeito ativo seria o Estado e as outras pessoas jurídicas autorizadas pelo art. 1º da Lei 8.429/92, que efetivamente tenham sido atingidas pelo ato lesivo.

Ressalte-se que a referida norma não excluiu a responsabilidade de terceiros na prática da improbidade, conforme preconiza seu artigo 3º¹⁰⁶, e tampouco considerou o tempo de exercício na atividade daquele que praticou o ato de improbidade, ou seja, o agente pode ter tido vínculo funcional transitório ou permanente. A Lei abrange os agentes públicos não eleitos pelo povo, ou ainda, aqueles cujo vínculo seja oriundo de eleição, nomeação, designação, contratação, dentre outras formas.

Dessa feita, constata-se que o comando normativo em tela, com toda sua amplitude, tem origem na regra contida no artigo 37 parágrafo 4.º da Constituição Federal, inserido no capítulo que trata "da administração pública", onde se vêem normas disciplinadoras dos três poderes, sem exceção, sendo o artigo 37, XII bem ilustrativo. Sendo assim, na própria Constituição Federal é possível identificar a figura da repressão à improbidade administrativa, correlacionada a eventuais atos viciados executados por agentes públicos integrantes de qualquer dos três poderes da República, Federal, Estadual e Municipal.

A prática de atos de improbidade administrativa enseja, para o agente público e para os terceiros referidos que comentam atos ímprobos, dependendo do nível de gravidade do ilícito administrativo, conseqüências jurídicas gravosas. Algumas delas são consideradas sanções administrativas, infligíveis exclusivamente após o transcurso completo do processo judicial, com trânsito em julgado da decisão que reconheça a ocorrência da conduta. Já outras impõem o ressarcimento de danos e perda de acréscimos indevidos ao patrimônio,

¹⁰⁵ CARLIN, V.I.. **Manual de Direito Administrativo**, 4.ed Florianópolis: Conceito Editorial, . p.429

¹⁰⁶ BRASIL Lei 8.429/92. D.O.U. de 3 de junho de 1992. Disponível no sítio http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htmart 3º "As disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta”.

multa civil, suspensão de direitos políticos e perda da função pública, consoante disposições previstas no art. 12 da lei de improbidade.

Em outros tópicos da Lei são previstas consequências sancionatórias de natureza acautelatória, dentre as quais se destaca a indisponibilidade dos bens do agente público, assim como a possibilidade eventual do beneficiário do ato ímprobo também ser atingido, e ainda, o seqüestro e bloqueio destes, bem como de suas contas e aplicações financeiras e o afastamento do agente público do exercício do cargo, determinado pela autoridade judicial ou administrativa, conforme preceituam os artigos 7º, 16 e 20 parágrafo único da lei 8.429/92.

As providências acautelatórias descritas no diploma legal em cartaz apresentam como finalidade precípua garantir o Juízo, no sentido de impedir que atos ruinosos em face do erário fiquem impunes pela ação nefanda do tempo e da esperteza dos desonestos. Já para a indisponibilidade, a Lei exige que o ato ímprobo, em tese, cause lesão ao patrimônio público ou enseje enriquecimento ilícito (artigo 7.º), enquanto para o seqüestro ou bloqueio a regra exige fundados indícios de responsabilidade (artigo 16 *caput*). No que tange ao afastamento cautelar do agente público, verifica-se que tal medida reveste-se de grande impacto político e sancionador, sendo prescindida da necessária instrução processual, conforme disciplina o artigo 20 do diploma.

Cotejando as disposições trazidas pela lei de improbidade, urge discutir seus efeitos quanto ao foco principal deste trabalho, o Poder Local, em especial quanto aos cargos de Prefeito e Vereador, valendo-se da premissa de que os titulares de mandatos obtidos mediante eleição popular (Prefeitos e Vereadores) podem ser alvo da Lei de Improbidade, experimentando as sanções definidas no artigo 12 e sendo ainda objeto de providências acautelatórias.

O Prefeito, no exercício de chefe do Poder Executivo Municipal, é naturalmente mais suscetível, em tese, a ser enquadrado como incurso na Lei em questão. Isto porque ao gerenciar dinheiro público assume a responsabilidade decorrente de tal atividade. Ao chefe do executivo municipal impõe-se o zelo pela observância rigorosa da Lei bem como pelos princípios da Administração, sendo ele responsável pela contratação de servidores, aquisição de serviços e pelos gastos em geral, mostrando-se imperioso velar pela realização

dos concursos públicos, licitações, entre tantas outras regras administrativas delimitadoras de sua atividade de gestor da administração pública.

Neste sentido, ao menos em tese, o Vereador parece ser muito menos suscetível de enquadramento nos delitos de improbidade, quer porque sua atividade fundamental não seja administrar o dinheiro do povo, quer porque a prova do ilícito se torna muito mais difícil, muito embora esse possa ser sujeito ativo na edição do ato de improbidade, em qualquer momento do exercício de seu mandato, conforme disposição legal neste sentido, inclusive se contribuir consciente e dolosamente para a aprovação de Lei Municipal atentatória ao erário municipal, tal como ocorreu recentemente no Município de Londrina-Paraná, em que alguns Vereadores foram acusados de receber propina para aprovação de projetos de lei que beneficiariam empresários daquela cidade¹⁰⁷.

Já os Prefeitos são sujeitos ativos corriqueiros nos atos de improbidade cometidos por todo o país, sendo que em muitas situações as irregularidades vêm à tona quando assume o poder um novo Prefeito, especialmente se é seu opositor político. Nestes casos, não haveria a necessidade de afastamento cautelar do cargo, já que não mais o deterá o ex-mandatário, porém, poderia ainda sofrer as sanções patrimoniais, a suspensão de direitos políticos, a indisponibilidade, bloqueio ou seqüestro de bens.

Todavia, quando os desvios funcionais ímprobos surgem durante o exercício do mandato, este pode ser perdido através de sanção administrativa, podendo ainda ocorrer o afastamento cautelar do cargo eletivo.

Nestes casos, entretanto, não parece razoável que todo e qualquer ato de improbidade, objeto de persecução civil, acarrete o afastamento do Prefeito do exercício do cargo. Esse tem sido o entendimento da maioria dos membros do Poder Judiciário, no sentido de que tal postulação acautelatória deva ser recepcionada em caráter excepcional. Assim, torna-se fundamental que os requerentes do afastamento do Prefeito de seu cargo apresentem motivos sólidos e justificado substrato fático que justifiquem o pedido. Ressalte-se que é intuitivo e natural que a figura de um mandatário do povo, eleito diretamente por este, não pode ser vulnerável ao extremo, sendo necessário que se presuma,

¹⁰⁷ KOHLBACH, K. *Gazeta do Povo*, 06 de março de 2008, Disponível no sítio <http://portal.rpc.com.br/gazetadopovo/vidaecidadania/conteudo>

a princípio, sua inocência, assegurando-lhe o direito de defesa, sob pena de colocar em risco o próprio regime democrático.

No entanto, sempre que as circunstâncias apontarem para situação que exija, para a preservação da tranquilidade e neutralidade da instrução processual, o afastamento do Prefeito do cargo que ocupa, tal pedido pode ser feito na defesa do interesse público e, aparentemente, não se mostra razoável desacolhê-lo.

A polêmica aduzida reside principalmente no fato de que a lei não prevê com exatidão quais seriam tais circunstâncias, descreve apenas que o afastamento é cogitável quando a medida se fizer necessária à instrução processual. Entretanto, na prática constata-se que muitas são as hipóteses possíveis, sendo razoável aceitar-se o afastamento sempre que a permanência do Prefeito no cargo puder gerar situação que, de alguma maneira, possa perturbar a livre e equilibrada instrução do processo judicial.

Waldo Fazzio Júnior, em sua obra *Improbidade Administrativa*, defende a idéia de que o afastamento cautelar se justifica sempre que for "indispensável para garantir a efetividade dos princípios constitucionais da Administração Pública, por certo mais privilegiado que o direito individual que restringe."¹⁰⁸

Frente a esse cenário, é preciso destacar que os benefícios advindos com a lei de improbidade administrativa, além de incontestes, mostram-se em consonância com texto constitucional, o qual já previa, em seu artigo 37, § 4.º, a responsabilização dos agentes pelos atos de improbidade administrativa, nos seguintes termos: "Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstos em lei, sem prejuízo da ação penal cabível."

Destarte, é preciso destacar que a norma em discussão traz em seu bojo um conteúdo ético e de valores morais que devem servir para nortear os agentes do Poder Judiciário e do Ministério Público na persecução dos atos praticados pelos ímprobos, bem como deverá servir especialmente aos agentes públicos municipais como condão de orientação e acompanhamento constante. Enfim, o princípio da moralidade administrativa impõe ao administrador público obediência à lei, reservando especial atenção àquelas

¹⁰⁸ FAZZIO JÚNIOR, W.. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Atlas., 1996 p.181

normas que descrevem as condutas, regras e sanções apregoadas aos que trabalham com o patrimônio público.

d) O Processo Administrativo e a Lei Federal 9.784 de 1.999

Durante muitos anos não existia no Brasil legislação que tratasse do procedimento administrativo e que regulasse os atos produzidos no âmbito da Administração Pública Federal, Estadual e Municipal.

Com o advento da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que passou a regular o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, e que ainda, prescreveu em seu texto os preceitos basilares para o processo administrativo na esfera da Administração Pública Federal, direta e indireta, com o objetivo de proteger os direitos dos administrados e a eficiência dos serviços e demais atos praticados pela Administração Pública.

Inicialmente se faz necessário discutir a interpretação doutrinária quanto à ocorrência do “processo” ou “procedimento” administrativo, pois com o advento da norma federal 9.784/99, o legislador nacional procurou criar novo paradigma para regular a forma de garantir o acesso às informações públicas e assegurar os direitos dos administrados nos conflitos com o poder público.

A polêmica discussão sobre a existência ou não de um processo administrativo, passa pela análise do termo processo que, nas palavras de Pontes de Miranda, é:

“Processo, de *procedere*, ir dali para frente, é fato em seguimento, em que não há referência necessária a fim, porque há processos, químicos e biológicos, em que o fim não aparece. Pode haver apenas alcance ou objetivo. No sentido jurídico, nele há série de ações humanas, que entre si se prendem, para se atingir determinado fim, que é a prestação jurisdicional, ou administrativa, ou legislativa, pelo Estado, ou – mais largamente – por entidade jurídica”.

Desta conceituada definição é possível compreender que a utilização do termo processo indica a condição de (avanço-mover-caminhar)¹⁰⁹, e, neste sentido, quando analisado na esfera do direito administrativo, o termo encontra o mesmo respaldo. Assim,

¹⁰⁹ MIRANDA, P.de. **Comentário ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974, tomo I, p.205

enquanto o processo representa o sentido de movimento, o termo procedimento pode ser entendido como a forma ou maneira que este movimento é externado, ou ainda, como explica Cândido Rangel Dinamarco “o procedimento é, nesse quadro, apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo; é a manifestação extrínseca deste, a sua realidade fenomenológica perceptível. (...) A noção de procedimento é puramente formal, não passando da coordenação de atos que se sucedem. Conclui-se, portanto, que o procedimento (aspecto formal do processo) é o meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo”.¹¹⁰

Aduzida esta noção preliminar do termo processo, cumpre esclarecer o seu alcance na esfera do direito administrativo. Egon B. Moreira, ao discorrer sobre o tema processo administrativo em âmbito licitatório, alerta para relação existente entre o poder público e o particular como sendo uma relação fundada em normas e regras formais, originadas do texto constitucional ou baseadas em princípios constitucionais, ou seja, para o autor essa ligação não é meramente informal, mas algo ritualístico que depende das regras e costumes do direito administrativo. Ao contrário, o vínculo entre poder público e particular no campo de uma licitação é fundado em normas e princípios constitucionais, daí que conclui o autor “que (...) há um feixe de normas que disciplina o exercício do poder público, visando a prática de uma decisão final. Trata-se do chamado processo administrativo.”¹¹¹.

Já o sentido atribuído ao termo procedimento é diverso, pois, segundo o doutrinador a palavra “procedimento designa exclusivamente as praxes, o rito, a seqüência predefinida na qual se desdobra tal relacionamento jurídico. Não designa, ou, melhor, jamais se prestou a designar uma relação jurídica. Inexiste, para Ciência do Direito, relação jurídica que denomine ‘procedimento’. E o Direito Administrativo não adota solução diversa”¹¹². Essa definição procura justificar o entendimento de que o termo mais adequado seria processo administrativo, sendo que para isso, o autor atribui ao termo procedimento quando se quer aludir ao rito, e desconsidera a existência de relação jurídica capaz de ser identificado pelo termo processo.

¹¹⁰ DINAMARCO, C.R.. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 8 edição, 1991, p.278

¹¹¹ MOREIRA, E.B.. O processo de licitação, a lei 9.782/99 e o princípio da legalidade. *Revista Diálogo Jurídico*,. Disponível em www.direitopublico.com.br, acesso em 13/07/2008

¹¹² Idem “quando se pretende se aduzir a uma relação jurídica toda própria, o termo científico é ‘processo’. Quando se pretende aludir ao rito, o termo científico é ‘procedimento’.”

Todavia, essa definição diverge de parte da doutrina administrativista internacional, para Eduardo J. Couture¹¹³ o procedimento constitui sucessão de atos, no processo esta sucessão orienta-se ao fim da coisa julgada. Ou seja, para o autor, na esfera do direito administrativo o que existe é procedimento, pois o termo processo está restrito a função jurisdicional.

Nesta mesma linha a descrição de Juan Carlos Cassagne¹¹⁴ corrobora a interpretação segundo a qual o processo está ligado à função jurisdicional e o procedimento é a forma correspondente à atividade da função administrativa. Nesta esteira Roberto Dromi¹¹⁵, também reforça o entendimento de que processo reserva-se apenas à esfera judicial.

O italiano Elio Fazzalari¹¹⁶, discorda da interpretação restritiva ao campo judicial atribuída ao processo, aduzindo que o processo identifica uma seqüência ordenada de atos conduzidos a um ato final, com a presença de todos os que forem alcançados no campo jurídico pela eficácia do ato, descreve ainda que a atividade do processo ocorre também no campo administrativo e não apenas na órbita judicial. Aduz também, que procedimento deve ser entendido como gênero, enquanto processo é uma espécie daquele, sendo que a distinção ocorre apenas pelo fato de que somente no processo ocorre a participação das partes.

Esse entendimento é compartilhado por vários doutrinadores nacionais, dentre os quais Cândido Rangel Dinamarco, Odete Medauar, Luiz Guilherme Marinone, Paulo Celso Bergstrom Bonilha e Álvaro Ricardo de Souza, ou seja, de forma geral todos estes doutrinadores entendem que processo não é termo exclusivo da esfera judicial. “Processo é uma espécie de procedimento no qual se garante o contraditório e a simétrica participação das partes.”¹¹⁷Essas considerações embora confirmem uma tendência já exposta na década

¹¹³ BACELLAR FILHO, R.F.. **Processo Administrativo Disciplinar**, 2.e. São Paulo: Max Limonad,, p.39.

¹¹⁴ Idem, p.41: Quanto ao termo procedimento deve ser entendido como: “[...] secuencia de actos que se ejecutan progresivamente dentro de la poliforme actividad Del Estado, pero que se resuelve mediante acto administrativo (resolución); no pretendiendo componer el derecho, sino aportar solución programática y pronta, obviamente de naturaleza provisional. El procedimiento es, pues, un discurrir tranquilo, sin los altibajos de la contienda, operando dentro de una inspiración ejecutiva (administrativa) y no de composición de litis”. Neste sentido, deixa claro o autor que o procedimento administrativo está ligado a função administrativa do Estado, enquanto o processo relaciona-se com a função jurisdicional, vinculada obrigatoriamente ao Poder Judiciário.

¹¹⁵ Idem p.42

¹¹⁶ Idem, p.45

¹¹⁷ Idem, p.46

de 70 pelo professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho¹¹⁸, ainda não foram suficientes para romper com as resistências ao uso do termo processo administrativo.

Romeu Felipe Bacellar¹¹⁹ ao descrever os pensamentos jurídicos aduzidos por parte da doutrina supra citada, considera que algumas argumentações podem ser retiradas, dentre as quais a de que: “todo processo é procedimento, mas a recíproca não é verdadeira”; “a relação entre procedimento e processo é a de gênero e espécie”; “o processo não está restrito a função jurisdicional”; “A idéia de um núcleo constitucional comum de processualidade”. Ou seja, a primeira argumentação de que processo é sempre procedimento, o autor observa os ensinamentos trazidos por Fazzalari, no qual o processo é entendido como a realização de atos ordenados, com a participação efetiva das partes (contraditório), todavia nem sempre o procedimento é processo, pois existem situações nas quais não incidem o contraditório e desta forma não há como ocorrer processo; A segunda, também fundada na concepção de Fazzalari, formada pelo entendimento de que procedimento é substanciado pela seqüência de atos ordenados, entretanto, somente será processo se ocorre à participação das partes, logo processo é espécie, cujo gênero é o procedimento; A terceira, reside na idéia de ruptura da tradicional interpretação restritiva do processo apenas com função judicial, noção combatida por diferentes doutrinadores no intuito de ampliar o conceito de processo para além das fronteiras do campo da jurisdição, permitindo a interpretação da ocorrência de processo sempre que existir a participação das partes, ou seja, o contraditório; A quarta, descreve a possibilidade de formação de um núcleo comum de processualidade que acabaria por aproximar o processo administrativo e o judicial, utilizando-se do aparato teórico deste último como forma de assegurar os mecanismos constitucionais do processo, entretanto esta possibilidade é temida por alguns estudiosos que tem medo de que o Estado acabe por se aproveitar desta situação para substituir o processo judicial pelo administrativo.

Por fim, arremata Romeu Felipe: “Com efeito, nem o procedimento é sinônimo de função administrativa, nem o processo, de função jurisdicional. Com isto, quer evidenciar-se a importância da distinção (e não do distanciamento) entre as noções de procedimento e

¹¹⁸ Idem, p.44 “por sua própria natureza e forma, o processo administrativo é categoria especial do gênero processo, alcançando autonomia diante do Direito Processual, aparecendo como típico e inconfundível, porque marcado por ritos e fins que o singularizam.”

¹¹⁹ Idem, p.51-58

processo, adquirindo noções próprias compatíveis com a competência a ser exteriorizada (administrativa, judicial ou legislativa)”.¹²⁰ Assim, constata-se que a intenção do autor é prestigiar o debate no que concerne à utilização da expressão conforme o seu campo de atuação, porém sem deixar de observar os preceitos constitucionais que asseguram a incidência da jurisdição administrativa, contudo, separadamente da esfera judicial.

Essa interpretação leva em consideração todo histórico do direito administrativo brasileiro, consagrado quase que exclusivamente na esfera da expressão ato administrativo, situação que perdurou por vários anos e que com o advento da lei 9.782/99 passou a ser considerada também no aspecto processual. A maneira como são elaborados os provimentos administrativos passaram a ter maior relevância, na medida em que se destaca a relação jurídica entre particular e o poder público.

Avaliada a questão do termo processo administrativo, é preciso considerar a importância da Lei Federal 9.784/99, denominada Lei Geral do Processo Administrativo, seus objetivos de proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da administração pública.¹²¹

O texto federal teve como inspiração a lei espanhola da administração pública e procedimento administrativo (lei 30/92, alterada pelas leis 4/1999 e 1/2000) e, embora ainda sofra críticas de por parte da doutrina, a norma nacional é considerada pela maioria dos estudiosos digna de elogios.

O principal objetivo da Lei Geral do Processo Administrativo era unificar as regras do processo em âmbito nacional visando, assim, facilitar a defesa dos direitos e interesses dos cidadãos. Todavia, em seu artigo 69, a lei excluiu de sua área de abrangência as normas especiais que tratam de outros assuntos do processo administrativo (processo executivo – Lei 6.830/80), fazendo com que alguns doutrinadores entendessem que neste aspecto unificador a norma geral tenha perdido seu foco central. Mas, mesmo assim, continua cumprindo o seu papel de norma geral do processo administrativo em âmbito federal, vez que, muito embora o art. 69 do diploma diga que “processos administrativos específicos

¹²⁰ Idem p.58

¹²¹ BRASIL Lei 9.784/99, D.O.U. de 1.2.1999 e retificado no D.O.U de 11.3.1999 “Art. 1º. Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.” Disponível no sítio http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm

continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta lei,”em nada desmerece a norma geral que continuará a descrever o caminho a ser percorrido com o auxílio da norma específica.

O texto normativo em discussão aparentemente vem cumprindo com sua função de regime geral do processo administrativo na esfera federal, pois apresenta em seu bojo a orientação principiológica destinada a nortear o campo de atuação das condutas e ações do poder público no trato como particular, bem como tem servido para orientar as demais normas do processo administrativo, trazendo ainda, uma certa sistematização ao antes abandonado regime do processo administrativo.

No aspecto dos princípios da administração pública, a lei federal elenca em seu corpo uma gama importantíssima de princípios dentre os quais legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência, descritos como princípios vetores da administração pública que devem obrigatoriamente conduzir os atos do administrador e a relação deste para com os administrados.

Em que pese a importância da norma federal que regula o processo administrativo naquela esfera da federação, para efeitos deste trabalho, cumpre-se destacar a função modelar da Lei 9.784/99, que serve como parâmetro para os demais entes da federação quando da elaboração de normas processuais administrativas específicas, ou aquelas que tenham caráter geral de normatividade no âmbito de competência dos Estados e especialmente dos Municípios.

A questão da competência legiferante para dispor da matéria processual apresenta-se quando da análise do texto constitucional, nos art. 22 I e 24 XI C.F., preceituando o primeiro artigo que compete privativamente a União legislar sobre direito processual, enquanto que o segundo artigo atribui competência concorrente quando a matéria a ser legislada for procedimento processual.

O destaque atribuído ao debate é enriquecido quando se faz a interpretação dos artigos constitucionais supra mencionados, pois, caso o entendimento seja que o processo administrativo é disciplina de direito processual, Estados e Municípios não podem legislar sobre o tema. Isso abriria a oportunidade de elaboração de uma nova norma geral de

processo administrativo em âmbito nacional que englobaria e disciplinaria o processo administrativo em todas as esferas da federação.

Essa idéia já foi defendida anteriormente por Odete Medauar, que apregoava pela necessidade de uma lei geral que abarcasse toda legislação do processo administrativo, em todas as esferas da federação. Segundo a autora, esse pensamento refletia defesas anteriores de Themístocles Brandão Cavalcanti, autor de um projeto de lei do Código de Processo Administrativo e Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, ambos defensores da necessidade de uma norma geral de processo administrativo. O pensamento da autora baseava-se na previsão constitucional da disciplina do processo administrativo, e uma norma geral acabaria por colaborar para melhor exposição dos princípios constitucionais, bem como, serviria para orientação das demais normas específicas.

Em que pese a balizada interpretação doutrinária, o fato é que a idéia de uma lei geral de processo administrativo que englobasse todas as esferas de entes da federação acabaria por conflitar com o princípio constitucional do federalismo, conforme o entendimento da maioria dos doutrinadores nacionais. Hely Lopes Meirelles, enfrentou o tema demonstrando a impossibilidade do caráter geral do processo administrativo sem que o princípio federativo não fosse violado, pois para o autor atribuir privativamente à União a possibilidade de regular o processo administrativo acabaria por impedir a autonomia constitucional dos Estados e Municípios.¹²²

Neste diapasão, destaca-se a importantíssima descrição de José Afonso da Silva ao aduzir que: "A estrutura administrativa dos Estados-membros é por eles fixada livremente, no exercício de sua autonomia constitucional de auto-administração, sujeitando-se a certos princípios que são inerentes à administração em geral (...) que se impõem a todas as esferas governamentais"¹²³. Assim, a idéia de unificação do processo administrativo esbarraria na autonomia constitucional de Estados e Municípios regularem a matéria no âmbito de suas competências, bem como essa condição unificadora poderia contribuir para fragilizar a democracia nacional, caso fosse permitido a União legislar com exclusividade sobre

¹²² MEIRELLES, H.L.. O. Cit. p.274

¹²³ SILVA, J.A. da. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo:: Malheiros, 19 edição, 2001, p.605

matéria que a própria constituição indica como sendo de competência comum entre todos os membros da federação.

Cotejando o texto constitucional percebe-se que o legislador constituinte previu a competência comum para tratar da disciplina do processo administrativo e dessa forma assegurar a todos os entes da federação capacidade para legislar sobre a matéria processo administrativo, no âmbito da competência apregoada pela constituição federal.

Assim, é possível constatar que o principal foco discutido na esfera da lei 9.782/99, atinente ao tema do controle social da administração pública local, reside na análise do texto normativo e na possibilidade de que o mesmo venha a servir como modelo para elaboração de novas normas de direito processual administrativo, em âmbito municipal. Essa possibilidade conduz a uma expectativa de que os legisladores locais elaborem normas processuais na esfera administrativa que abarquem condições favoráveis à aplicabilidade dos princípios constitucionais norteadores do processo administrativo e, dessa forma, sirvam para auxiliar na condução dos atos praticados pelos agentes condutores da administração municipal, assim como, sejam “normas garantias” para assegurar os direitos de toda sociedade local.

Nesta esteira a Lei 9.784/99, trás em seu bojo uma regra modelo que deveria ser seguido por todos os demais entes federativos, no art. 2º, § único, inciso IV, impõe a todos uma “atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé”. Essa imposição de comportamento ético precisa ser entendida como um “dever” de toda sociedade, não apenas do administrador público, mas também de todos aqueles que se relacionam com o Poder Público. Esse dispositivo traduz o anseio da grande maioria da população que já não suporta mais o comportamento antiético dos administradores públicos que transformaram os princípios éticos apenas constante em suas plataforma de governo para alcançar o poder. O comportamento ético deixou de ser regra geral, comum a todos, para transformar-se em conduta quase singular de determinados agentes públicos, a ética virou sinônimo de qualidade.

Assim, no intuito de ampliar a necessidade de atitudes pautadas na probidade, decoro e boa-fé este dispositivo apresentado pela Lei Federal deveria ser aproveitado como exemplo para construção de outros regramentos em âmbito municipal, assim como as

demais regras já aduzidas que impões penalidades adequadas aos infratores destes dispositivos de balizamento ético e moral.

Destacada esta possibilidade reforça-se a oportunidade para construção da participação efetiva da sociedade na fiscalização da administração pública municipal, visando à diminuição da distância entre administrador e os denominados “administrados”, conceito considerado por alguns como já ultrapassado, por não representar o ideal de democracia almejado pela sociedade contemporânea. Essa situação poderá oportunizar a participação da coletividade e a formação de uma nova relação, diferentemente da anterior, voltada para participação efetiva da sociedade na gestão e na fiscalização da administração pública municipal.

CAPÍTULO III – INSTRUMENTOS E AGENTES REGULADORES DO CONTROLE SOCIAL

Neste capítulo serão abordados os principais mecanismos dos quais dispõem os cidadãos para efetivamente fiscalizarem os atos da Administração Pública. Tais direitos (individuais e coletivos) de fiscalização, somados aos ditos remédios constitucionais, visam assegurar a estabilidade do Estado Democrático de Direito, indo ao encontro de um de seus pilares de sustentação, qual seja, que o poder emana do povo, conforme determinação contida no artigo 1.º da Carta Magna.

Desta feita, nada mais coerente, tendo em vista que o poder pertence ao povo (cidadãos), de que sejam conferidos a este meios para que possa intervir, diretamente ou com auxílio do Poder Judiciário, na atuação da Administração Pública, defendendo os interesses coletivos através da cobrança de contas daqueles que exercem o poder e, fiscalizando se a atuação dos administradores estão em consonância com as normas, princípios e regulamentações definidos no ordenamento jurídico em vigência.

Neste toada seguem os estudos de Karl Loewenstein, conforme transcrição abaixo:

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 distribuído 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.¹²⁴

Verifica-se que o constituinte, no que tange à previsão de mecanismos de controle social sobre os atos administrativos, cumpriu com o seu mister, haja vista que seria insustentável que após ter definido, no preâmbulo da Constituição Federal, que os representantes da Assembléia Nacional Constituinte estavam reunidos com o fito de instituir um Estado Democrático de Direito, através do sistema representativo, que o povo não detivesse ferramentas legais para fiscalizar o Poder Público.

¹²⁴ LOEWENSTEIN, K.. **Teoría de la Constitución**. Tradução Alfredo Gallego Anabitarte Barcelona: Editorial Ariel, 1986. 54

Tal forma de pensamento justifica-se também pelo momento histórico, uma vez que após o período da ditadura militar, fase em que a maioria dos direitos e liberdades individuais foram cerceados através de vários Atos Institucionais, o clamor social por mudanças e abertura política, visando a participação e fiscalização efetiva da população nas decisões e atos do Poder Público, receberam enorme destaque, assumindo a condição de cláusulas indispensáveis do novo sistema político.

Assim, quando da elaboração da Constituição de 1988, a qual recebeu a alcunha de Constituição Cidadã, grande parte dos dispositivos legais foram voltados justamente aos cidadãos, ao povo, tendo o constituinte grande preocupação em inibir as práticas abusivas e restritivas implantadas pelo regime militar, bem como, fortalecer a democracia, por intermédio da implantação de mecanismos, expressamente insculpidos no corpo constitucional, que possibilitassem a participação e fiscalização popular, instaurando o controle social.

Tal evolução histórica e cultural fica evidente quando se analisam as disposições da Carta Constitucional, dentre as quais se destacam o Direito de Petição (artigo 5.º, inciso XXXIV, alínea “a”), Direito de Certidão (artigo 5.º, inciso XXXIV, alínea “b”), Mandado de Segurança (artigo 5.º, inciso LXIX), Mandado de Injunção (artigo 5.º, inciso LXXI), *Habeas Corpus* (artigo 5.º, inciso LXVIII), *Habeas Data* (artigo 5.º, inciso LXXII), Ação Popular (artigo 5.º, inciso LXXIII), Ação Civil Pública (artigo 129, inciso III), dentro outros.

Seção I – Instrumentos de Controle Social

a) Direito de Petição

O direito de petição tem suas origens cravadas no Direito Britânico, quando ainda durante a Idade Média teve nascimento, sendo denominado *Right of Petition* e consolidando-se na Revolução de 1689, através do *Bill of Rights*.

No ordenamento jurídico pátrio, o Direito de Petição encontra-se grafado no artigo 5.º, inciso XXXIV, alínea “a”, da Constituição Federal, sendo uma das principais vias de comunicação entre a população e as autoridades legalmente investidas. O direito de petição garante que todo e qualquer pessoa, tanto física quanto jurídica, de maneira individual ou

em grupos, requeiram informações, prestem denúncias acerca de irregularidades ou ilegalidades, bem como solicitem documentos, certidões e demais documentos.

Vale ressaltar que a área de exercício de tal direito é bastante vasta, incluindo todo e qualquer órgão, entidade ou departamento que integre tanto a Administração Pública Direta quanto Indireta de todas as esferas da República (União, Estados e Municípios), englobando tanto o Poder Executivo quanto Legislativo e Judiciário.

Com o intuito de inibir qualquer restrição econômica para o gozo do direito de petição, o constituinte, de maneira sábia e tendo consciência de que grande parte da população brasileira dispõe de reduzidos recursos financeiros, previu que tal direito seria assegurado a todos de maneira gratuita, sem o pagamento de qualquer numerário à título de taxa.

Outro importante aspecto que merece consideração, e logicamente deve ser aplicado no contexto ora abordado, é a obrigatoriedade das autoridades apresentarem resposta, devidamente fundamentada, aos pedidos a elas endereçados. Tal aspecto, mesmo não constando de maneira explícita no corpo do texto constitucional, reveste-se de pressuposto lógico de existência do direito de petição, uma vez que ineficientes seriam as previsões constitucionais, descritas no artigo 5.º, inciso XXXIV, alínea “a”, se prevalecesse o entendimento de as respostas das autoridades fossem facultativas.

Nesta toada manifesta-se José Afonso da Silva¹²⁵:

É importante frisar que o direito de petição não pode ser destituído de eficácia. Não pode a autoridade a quem é dirigido escusar pronunciar-se sobre a petição, que para acolhê-la quer para desacolhê-la com a devida motivação. Algumas constituições contemplam explicitamente o dever de responder (Colômbia, Venezuela, Equador).

Embora a falta de resposta das autoridades não gere qualquer sanção direta, visto que não existe dispositivo expresso que às obrigue a tal conduta, a ausência de resposta pode ser alvo de mandado de segurança, para que a omissão seja suprida, sendo neste caso, após proferida a sentença, a autoridade obrigada a apresentar resposta, sob pena de incorrer em crime de desobediência.

¹²⁵ SILVA, J.A.da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20.ª ed. rev. e atual. Malheiros Editores. São Paulo, 2002. p. 442.

Diante dos apanágios descritos, constata-se que tal direito é peça de suma importância dentro do contexto do controle social face à Administração Pública Municipal, âmbito no qual as mazelas políticas são mais sensíveis, em decorrência da proximidade entre administradores e administrados, fator que define com maior facilidade os aliados e adversários políticos. Em tal seara observa-se a presença marcante de certos fatos lastimáveis, tais como o patrocínio de interesses particulares e o apadrinhamento de aliados, situações estas que podem ser combatidas por intermédio do exercício do direito de petição, para que informações sejam prestadas, bem como sejam apuradas eventuais irregularidades e ilegalidades cometidas.

b) Ação Popular

O instituto da ação popular é o que mais guarda relação com o controle social afeto à satisfação dos interesses coletivos, visto que seu objeto já destinado à promoção da proteção do patrimônio público.

Tal Ação é dotada de enorme relevância na esfera da administração pública municipal, visto que a reduzida área de abrangência do Município facilita a visualização do emprego dos recursos públicos, tendo a população maiores condições de obter informações acerca da forma pela qual tais fomentos estão sendo aplicados.

Todavia, tal ação constitucional, descrita no artigo 5.º, inciso LXXIII, da Carta Magna, não prevê apenas a proteção ao patrimônio público, preocupando-se também com a moralidade administrativa, o meio ambiente e o patrimônio histórico e cultural, sendo a fiscalização de tais ramos facilmente realizada pela população local pois, nada melhor que os próprios munícipes para conhecerem como está sendo preservado o meio ambiente e as raízes de sua história, a salvaguarda da flora, fauna e bens de caráter histórico e cultural, visto que tais bens fazem parte da trajetória de vida de cada pessoa, estando presente na memória de todos os cidadãos.

Tal forma de controle social é fruto do renascimento da administração pública, a qual evolui da burocratização extrema, da ineficiência e do descaso com os administrados, para a tentativa de tornar-se ágil, eficiente, moral e administrativamente correta, recebendo nessa jornada o auxílio da população, através da participação marcante na proteção de assuntos que tenham como cerne os interesses coletivos.

Neste contexto, a ação popular:

é um importante instrumento com o qual o cidadão pode controlar a atividade do administrador da coisa pública. Constitui-se num remédio jurídico-processual de índole constitucional, previsto no inciso LXXIII, do art. 5.º da Carta Magna e regulamentado pela Lei Específica n. 4.717, de 29/6/1965.

Esse instituto processual representa, na teoria e na prática, a verdadeira ferramenta transformadora colocada à disposição do cidadão, que poderá provocar o Poder Judiciário a fim de que se efetive o controle da legalidade e lesividade dos atos dos administradores que comprometam o patrimônio público, desobedecendo, inclusive, os princípios da razoabilidade de conduta, ilegalidade e da moralidade, ocasionando danos à coletividade.¹²⁶

A Ação Popular tem como fito a anulação de atos lesivos ao patrimônio público de um modo geral, punindo o agente público que incorre na prática de ato nocivo, bem como os terceiros que obtenham benefícios de tal conduta, em outros termos:

A ação popular tem como finalidade anular os atos lesivos, comissivos ou omissivos, à coisa pública, isto é, a invalidação daquilo que se faz, causando lesão, prejuízo, dano ou ofensa: a) ao patrimônio público; b) ao patrimônio de entidade de que o Estado participe; c) à moralidade administrativa; d) ao meio ambiente; e) ao patrimônio histórico e cultural)¹²⁷.

Dentre os pressupostos de admissibilidade figuram, de forma concomitante, a lesividade, a ilegalidade e a condição de eleitor do impetrante, conforme esclarece Hely Lopes Meirreles¹²⁸: “Sem estes três requisitos – condição de eleitor, ilegalidade e lesividade, que constituem os pressupostos da demanda, não se viabiliza a ação popular.” Com fulcro nos requisitos descritos, observa-se que tal remédio constitucional é destinado à quase totalidade da população, podendo ser utilizado em larga escala na defesa dos interesses coletivos, bastando apenas ao interessado a comprovação de que é eleitor, além de demonstrar a lesão e ilegalidade do ato. Visando tornar ainda mais atrativa a participação popular na fiscalização da coisa pública, estabeleceu-se que o autor da ação popular fica isento do pagamento de custas judiciais e ônus de sucumbência, salvo quando comprovada a má-fé.

Embora o caminho de acesso ao Poder Judiciário reste facilitado, tal instrumento de controle não vem sendo utilizado em larga escala pela população, muito embora a mídia

¹²⁶ CARLIN, V.I.. **Manual de Direito Administrativo: doutrina e jurisprudência**. 4.ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 459-460.

¹²⁷ Idem p. 461.

¹²⁸ MEIRELLES, H.L.. **Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data, Ação Direita de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. 23.ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 121.

divulgue, quase que diariamente, inúmeros casos de imoralidade, ilegalidade e atos lesivos ao erário público.

No entendimento de Volnei Ivo Carlin, tal fato se deve:

a conhecida inércia forense e despreparo dos magistrados em geral são fatores preponderantes que desestimulam aqueles que pensam em buscar a prolata moralidade administrativa. Além de escassamente empregada, ela é mal estudada e utilizada por razões políticas, de efeitos eleitorais, o que é lamentável¹²⁹.

Observa-se nos estudos do jurista em foco a preocupação com despreparo do Poder Judiciário no trato com a ação popular, bem como, o desvirtuamento dos fins propostos por tal ação constitucional, a qual passa de mecanismo de preservação dos interesses difusos de probidade administrativa, da moralidade no âmbito público, da defesa do meio ambiente e do patrimônio coletivo, para servir de ferramenta para satisfação de interesses políticos e ataques pessoais.

No contexto da Administração Pública Municipal, tal desregramento no exercício dos direitos assegurados pela ação popular ficam mais evidentes, visto que as disputas pelo poder são mais acirradas e pessoais, sendo tal ferramenta utilizada com certa frequência para gerar publicidade negativa e impacto na gestão administrada pelos adversários políticos.

Entretanto, embora tal conduta lamentável esteja sendo utilizada em larga escala, merecem elogios aqueles cidadãos que, de forma individual ou através de entidades como sindicatos, conselhos e associações, buscam defender os interesses dos administrados, fazendo uso adequado do instituto jurídico constitucional posto à sua disposição para tal mister, merecendo destaque a atuação significativa realizada na administração pública municipal, onde o acompanhamento dos atos administrativos realizados e o acesso às informações são facilitadas, ante ao menor volume da atividade administrativa, em comparação com os Estados, Distrito Federal e União.

Destarte, a ação popular, à guisa de arremate, é uma via de participação popular na fiscalização do poder público, servindo de mecanismo complementar a fiscalização exercida pelo Poder Legislativo e Ministério Público, sendo uma brecha no sistema representativo, visto que os detentores diretos do poder, a população, mesmo elegendo

¹²⁹ CARLIN. V.I. Op. Cit p. 460.

representantes para tal mister ainda conservam o direito de pessoalmente, por intermédio do Poder Judiciário, fiscalizar, cobrar e combater as irregularidades e imoralidades cometidas em detrimento da coletividade.

c) Habeas Corpus

Dentre todos os remédios constitucionais, o *habeas corpus* é aquele que protege o direito mais precioso do cidadão, posto que muito embora a defesa de interesses, obtenção de informações e certidões sejam relevantes, não se compararam à defesa do direito à liberdade de locomoção, do livre acesso do ir, vir e permanecer.

Todavia, nos seus primórdios na Inglaterra, antes mesmo da promulgação da Magna Carta, conforme entendimento de José Afonso da Silva¹³⁰, sua aplicabilidade guardava maior relação com o devido processo legal (*due process of law*), sendo o suposto infrator da lei coagido a apresentar-se perante as autoridades, daí o termo em latim *habeas corpus ad subjiciendum* - Que tenhas o teu corpo - para que fosse devidamente julgado, pouco importando se a infração cometida era afeta ao ramo do Direito Penal ou Civil, o que de fato garantia-se era que o acusado seria julgado em conformidade com o devido processo legal, sendo permitida a sua defesa e inibidas, de um modo geral, as arbitrariedades.

Somente a partir de 1679 é que tal instituto restringiu-se à aplicação no âmbito penal, visando a proteção do direito de locomoção, conforme informam os estudos de José Afonso da Silva: “O *Habeas Corpus Amendment Act*, de 1679 é que o configurou, com mais precisão, como um remédio destinado a assegurar a liberdade dos súditos e prevenir os encarceramentos em ultramar.”¹³¹

Hodiernamente, o ordenamento jurídico pátrio contempla o instituto do *habeas corpus* no bojo do artigo 5.º, inciso LXVIII, da Constituição Federal, o qual apregoa: “LXVIII - 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;”

¹³⁰ “Foi o primeiro remédio a integrar as conquistas liberais. Denota-se sua presença na Inglaterra antes mesmo da Magna Carta de 1215. Mas foi esta que lhe deu a primeira formulação escrita.” (SILVA, 2002: p. 443)

¹³¹ SILVA, J.A da Op. Cit.. 443.

Para a doutrina, representada neste momento por Celso Ribeiro Bastos¹³², o conceito do remédio em análise é:

"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."

Da interpretação do texto constitucional desprende-se que o *habeas corpus* pode ser utilizado para combater abusos ou ilegalidades que afetem a liberdade de locomoção ou estejam por ameaçá-la, podendo tal remédio, portanto, ser aplicado tanto na forma preventiva quanto liberatória.

No que tange às partes processuais dessa ação constitucional, três podem ser mencionadas: O impetrante, aquele que solicita judicialmente a sua liberação ou de outrem (defesa de direito de terceiro), ou o salvo conduto, no caso de *habeas corpus* preventivo; A autoridade coatora, aquela que com abuso de poder ou por meio de ato ilegal coage ou ameaça a liberdade de locomoção de alguém e; O paciente, pessoa física que se encontra com a sua liberdade de locomoção cerceada ou ameaçada.

d) Mandado de Injunção

O Mandado de Injunção é considerado uma ação constitucional, prevista no artigo 5.º, inciso LXXI, da Carta Magna, tendo como objeto assegurar o efetivo exercício de qualquer direito e/ou liberdade constitucional, bem como de prerrogativas afetas à nacionalidade, soberania e cidadania.

Tal instituto foi criado na Inglaterra, durante o século XVI, para promover a equidade, passando os magistrados a decidirem as demandas, nos casos de ausência de norma legal concreta ou proteção insuficiente do *Common Law*, através do senso natural de justiça, orientando-se por valores jurídicos existentes na sociedade, sendo, todavia, impedidos de assumir a função legiferante, restando vedadas, dessa maneira, a criação de normas de forma discricionária, conforme também ocorre no ordenamento jurídico pátrio.

¹³² BASTOS, C.R.. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed..São Paulo: Saraiva, 1990. p. 395.

A finalidade primordial do Mandado de Injunção é conferir imediata aplicabilidade aos preceitos constitucionais que versem sobre direitos e prerrogativas, os quais se encontram em estado de latência em virtude da ausência de regulamentação específica.

A ação em comento é o principal remédio constitucional criado para promover a aplicabilidade concreta das previsões constitucionais narradas no § 1.º do artigo 5.º (§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.), pois constitui ferramenta hábil a tornar realidade as intenções do constituinte nacional, fazendo com que de fato os direitos e garantias fundamentais sejam aplicados de forma imediata, independentemente de regulamentação.

Assim, o mandado de injunção tem como função:

(...) realizar concretamente em favor do impetrante o direito, liberdade ou prerrogativa, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o seu exercício. Não visa obter a regulamentação prevista na norma constitucional. Não é a função do mandado de injunção pedir a expedição da norma regulamentadora, pois ele não é sucedâneo da ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2.º). É equivocada, portanto, dada venia, a tese daqueles que acham que o julgamento do mandado de injunção visa a expedição da norma regulamentadora do dispositivo constitucional dependente de regulamentação, dando a esse remédio o mesmo objeto da ação de inconstitucionalidade por omissão.¹³³

Com fulcro nos ensinamento do renomado jurista José Afonso da Silva, observa-se que em momento algum a função de legislar, pertencente ao Poder Legislativo, é usurpada e passa, na sua omissão, a ser exercida de forma subsidiária pelo Poder Judiciário, tendo em vista que, conforme já salientado, não cabe aos magistrados a criação de normas e regulamentações, mas sim a garantia de que os cidadãos não sejam furtados do direito de exercer suas garantias constitucionais.

Tal posicionamento confirma-se quando se analisam os efeitos da sentença proferida nos autos de mandado de injunção, os quais aplicam-se unicamente *inter partes*, não possuindo, tal como ocorre com as normas, efeito *erga omnes*.

Assim também ensina Celso Antônio Bandeira de Mello¹³⁴, ao comentar que o mandado de injunção:

¹³³ SILVA, J. A. da Op. Cit... p. 448.

¹³⁴ MELLO, C.A.B.de. Op.Cit. p. 804-805.

(...) 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.

Em que pese os esforços dos mais doutos juristas nacionais no sentido de delimitar o conceito do mandado de injunção, considerando-o como ferramenta importante na aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais, promovendo o controle social sobre o Legislativo e preocupando-se, ainda, com a divisão harmônica entre os Poderes, a aplicabilidade de tal remédio constitucional é interpretada de maneira mais restrita pelo órgão de cúpula no Poder Judiciário Brasileiro.

Na visão do Supremo Tribunal Federal, três correntes de pensamento ganham destaque, conforme se passe a demonstrar.

A primeira corrente, tida como majoritária e defendida pelo Ministro Celso de Mello, apregoa que o mandado de injunção seria apenas responsável por estabelecer via de cobrança da sociedade com o Poder Legislativo, sendo este informado, através do Judiciário, da inexistência de norma regulamentadora em determinado caso, sendo solicitado ao Poder omissor que cumpra com o seu mister, expedindo a regulamentação devida.

Tal posicionamento fica evidente na decisão proferida por Mello no Mandado de Injunção 288-6, Diário da Justiça, Seção I – 3.05.95, transcrito em parte, abaixo:

...O mandado de injunção nem autoriza o Judiciário a suprir a omissão do Legislativo ou regulamentar, editando ato normativo omitido, nem menos ainda lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado: mas, no pedido, posto que de atendimento impossível, para que o Tribunal o faça, se contém o pedido de atendimento possível para declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que supra....

A segunda corrente, defendida pelos Ministros Carlos Veloso e Marco Aurélio, estabelece que, uma vez cumpridos os requisitos legais, a omissão do poder legiferante deve ser declarada, assegurando-se, de forma imediata, o exercício do direito almejado pelo impetrante, recebendo a sentença efeito apenas *inter partes*, até que o órgão competente supra essa lacuna.

Tal posicionamento resta presente no Mandado de Injunção nº 107, no qual o Ministro Marco Aurélio profere que:

...sob minha ótica, o mandado de injunção tem, no tocante ao provimento judicial, efeitos concretos, beneficiando apenas a parte envolvida, a impetrante. No caso, a prevalecer o precedente da Corte, quanto à mera comunicação do Congresso Nacional, vindo a baila um diploma legal provocado pela nossa decisão, haverá um alcance ilimitado quanto às partes envolvidas no Mandado de Injunção.

Por último, temos a tese sustentada pelos Ministros Neri da Silveira e Moreira Alves, os quais firmam entendimento de que o Poder Judiciário deve informar o órgão legiferante da situação de omissão, concedendo-lhe prazo adequado para que se manifeste, expedindo norma regulamentadora pertinente. Caso tal medida não seja adotada no prazo concedido no mandado de injunção, cabe ao Poder Judiciário suprir a falta, estabelecendo, no caso concreto, as diretrizes pelas quais os direitos e liberdades constitucionais, bem como as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania possam ser efetivamente asseguradas.

Observa-se que os posicionamentos no Supremo Tribunal Federal assumem facetas bem diversas, encontrando-se o órgão de cúpula do Poder Judiciário dividido, sendo a corrente majoritária responsável pelo engessamento do remédio constitucional em apreço, uma vez que o torna praticamente ineficaz, desconsiderando todo o esforço da Assembléia Nacional Constituinte que visou dar aplicabilidade imediata aos direitos e garantias fundamentais, conforme previsões expressas no § 1.º do artigo 5.º da Carta Magna.

Todavia, com o entendimento defendido pelo Ministro Celso de Mello, parece impossível que as intenções do constituinte consigam livrar-se das páginas frias da Constituição Federal para torna-se uma realidade, uma vez que o Judiciário, em nome da defesa da divisão entre os poderes, deixa de promover a justiça, praticamente relegando à extinção um dos mecanismos de luta pelos direitos coletivos, passando a assumir a função de mero informante das omissões legislativas.

Destarte, muito embora o instituto do Mandado de Injunção seja uma importante ferramenta no controle social das omissões legislativas, tendo sido criado para fazer com que os cidadãos possam exercer seu direito de cobrança sobre a inatividade do Poder Legislativo, desempenhando assim, ativamente, sua cidadania, tal ação constitucional, quando interpretada pela corrente majoritária do STF, mitiga a participação popular,

desvirtuando os preceitos constitucionais, frustrando a garantia dos interesses coletivos, bem como, indo ao encontro das disposições presentes no artigo 5.º, inciso XXXV da Carta Magna, que prevê: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

e) Mandado de Segurança

O remédio constitucional em comento tem como foco, na forma individual, assegurar o exercício de todo e qualquer direito, líquido e certo, obstado por autoridade pública através de ilegalidade ou abuso de poder, não passível de obtenção via *habeas data* e *habeas corpus*, ou conforme as letras do artigo 5.º, inciso LXIX da Constituição Federal:

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

No que tange ao Mandado de Segurança coletivo, previsto no artigo 5.º, inciso LXX, da Constituição Federal, muito embora a constituição tenha silenciado a respeito de seus pressupostos, deduz-se que são os mesmos estabelecidos para o mandado de segurança individual, diferindo apenas em relação ao objetivos, que na forma coletiva é a proteção dos interesses transindividuais, ou seja, “*aquele cujo titular é uma pessoa indeterminada ligada a um grupo ou classe*”¹³⁵, e em relação a legitimação ativa, a qual passe a ser exercida pelos partidos políticos, organizações sindicais, entidades de classe e associações.

Por líquido e certo Celso Antônio Bandeira de Mello¹³⁶ entende:

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 independem de instrução probatória.

Tal ação constitucional constitui instrumento de controle social de vasta aplicabilidade, uma vez que tem como escopo rechaçar todo e qualquer ato ilegal ou abusivo cometido por qualquer espécie de autoridade pública, incluindo aquelas vinculadas à fundações, autarquias, entidades paraestatais, pessoas físicas ou jurídicas que atuam em ramos de caráter publicista, bem como à todos os entes que compõem a administração pública direta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

¹³⁵ DINIZ, M.H.. **Dicionário Jurídico**. Vol. 2. 2.ª ed. São Paulo: Saraiva. p.212.

¹³⁶ MELLO, C.A.B. Op. Cit.03-804.

Dentro da Administração Pública Municipal, o mandado de segurança individual auxilia no controle social de forma intensa, posto que serve de meio de defesa contra todos os atos eivados de ilegalidade ou abusivos cometidos pelo Chefe do Executivo, Secretários Municipais, Diretores de Departamento, Pregoeiros, Presidentes das Comissões Permanentes de Licitações, dentre outros. Sendo assim, sua utilização é corriqueira, visto que, infelizmente, inúmeros são os favorecimentos políticos, especialmente na seara licitatória, na qual várias arbitrariedades são cometidas em razão dos interesses políticos, bem como por inexperiência e imperícia dos operadores públicos, os quais, à grande maioria das vezes, não recebem treinamento adequado para atuarem em tal segmento.

O grande número de mandados de segurança individuais impetrados tendo como objeto querelas licitatórias justifica-se também pelo grande número de agentes que, simultaneamente, têm conhecimento dos atos administrativos praticados, uma vez que não é difícil ter-se procedimentos nos quais mais de dez empresas participem do certame, através de seus representantes.

Sendo assim, o número de “fiscais” da lei é majorado, sendo ampliada a possibilidade de controle social. Não obstante tal fator, também gera impacto considerável nesse meio de controle o aspecto econômico pois, como se tratam de contratações/aquisições sempre estão em jogo os interesses empresariais, torna-se ainda mais ávida a busca pela retidão, legalidade e moralidade nos atos administrativos praticados.

Neste aspecto, verifica-se que ante a abrangência de seu objeto e a vasta gama de autoridades que podem assumir o pólo Impetrado nos mandados de segurança, tanto nos individuais quanto coletivos, fazem de tal remédio constitucional uma das mais difundidas vias de combate aos abusos de poder e ilegalidades, sendo mecanismo de controle social hábil a combater o super faturamento, as lesões aos cofres públicos, bem como toda e qualquer ação ou omissão que afronte os princípios da administração pública e os interesses coletivos.

Seção II – Responsabilidade Fiscal, Ministério Público, Tribunal de Contas, Acesso as Informações Públicas e a Efetividade do Controle Social

a) A Lei de Responsabilidade Fiscal

A Lei Complementar 101 de 04 de maio de 2000, popularmente conhecida com Lei de Responsabilidade Fiscal, foi elaborada com o objetivo de instituir um mecanismo que possibilitasse o controle social na gestão pública, através dos limites fiscais introduzidos pela nova norma e pela obrigatoriedade da publicidade dos atos contábeis da administração pública.

A LRF nasceu em um momento de transformação da relação existente entre Estado e Administrado, surgindo num período no qual a sociedade já não mais suportava a quase total ausência de informação no que tange aos gastos públicos realizados pelos gestores, em especial os Prefeitos Municipais.

A lei nova trouxe em seu bojo o caráter moralizante da administração pública, seja porque estabeleceu limites fiscais à atuação antes discricionária do administrador, seja porque determinou a publicidade dos atos contábeis da administração, inclusive através dos meios eletrônicos, especialmente a *Internet*. Esse contexto, somado ao cenário produzido pela ordem constitucional de 1988, buscou objetivamente a moralização da administração pública, fixando novos paradigmas para a gestão de recursos públicos, através do planejamento, da limitação fiscal, da publicidade e transparência dos atos públicos e da obrigatoriedade da prestação de contas por todos aqueles que movimentam recursos públicos.

Assim, a lei de responsabilidade fiscal oportunizou a incidência do controle social quando prescreveu, em seus artigos 48 e 49, formas e condições que propiciam a participação popular na fiscalização da atividade administrativa do poder público, apresentando os seguintes instrumentos aptos a conceder maior acesso de informações e clareza na gestão pública: a elaboração e publicação da lei de diretrizes orçamentárias, a lei anual do orçamento, os planos plurianuais, a prestação de contas quadrimestral realizadas nas Câmaras Municipais (Poder Legislativo), e ainda, os relatórios de gestão fiscal e de execução orçamentária. Destaque-se que a norma preceitua que todas essas informações devem ser disponibilizadas para a sociedade através de todos os meios de comunicação disponíveis, inclusive a *Internet*. Todavia, críticas têm recaído sobre a forma como são

disponibilizada essas informações que, quase em sua totalidade, são descritas em formatos extremamente técnicos e em linguagem inacessível à maioria da população perdendo, desta forma, parte do seu objetivo precípua de transparência e participação efetiva da sociedade no controle e fiscalização dos atos públicos.

Como já aduzido no capítulo anterior, o controle social, muito embora distinto, caminha junto com a participação popular, sendo essa influência efetiva da sociedade na gestão pública que pode produzir condições favoráveis à busca da eficiência e eficácia da administração pública.

Assim, a lei de responsabilidade fiscal ao preceituar, em seu art. 48, parágrafo único, a forma como deve ser propiciada à coletividade a participação efetiva no processo de condução dos atos públicos, prescreve subliminarmente a necessidade de uma nova forma de gestão pública, pautada na relação não mais de Administrador e Administrados, mas na co-participação entre Estado e Sociedade, especialmente se considerado a estreita relação entre Município e Comunidade, condição na qual se encontra campo fértil para desenvolver e promover as mudanças necessárias ao desenvolvimento da gestão pública eficiente.¹³⁷

Ao descrever a necessidade de realização de audiências públicas como forma de garantir a transparência da gestão pública, a LRF homologa um fortíssimo instrumento de controle social, criando uma pré-fiscalização dos atos que serão praticados pelo gestor e oportunizando à comunidade debater o planejamento que deverá ser executado visando atender às reais necessidades da sociedade. Essa questão, quando analisada na esfera local, serve para demonstrar os valiosos argumentos daqueles que acreditam na importância da transformação da gestão pública em âmbito municipal, não apenas pela facilidade da proximidade da relação que envolve o prefeito e a comunidade, mas principalmente pelo fato de que toda base dos problemas que envolvem as necessidades e as relações entre os homens pode ser melhor identificada quando observada em um núcleo menor, como é o caso do município.

¹³⁷ BRASIL. **Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000**. Brasília: Imprensa Oficial, D.O.U. de 5 de maio de 2000. art. 48, parágrafo único: “A transparência será assegurada também mediante incentivo a participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e de discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos.” Disponível no sítio <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/Leis/LCP/lcp101.htm>

Nilton de Aquino assevera que a transparência das contas públicas, não apenas serve para propiciar o debate sobre os recursos públicos, mas também é uma maneira de assegurar a legitimidade dos atos praticados pelo governo.

A transparência das contas públicas é um dos pilares da Lei de Responsabilidade Fiscal e um dos indicadores da gestão responsável. Conforme disposto na legislação vigente, a sociedade deve desempenhar papel relevante nas discussões e na elaboração dos planos de governo, cabendo a este fomentar o processo e informar periodicamente à população, em audiências públicas e também por meio eletrônico, o andamento dos negócios públicos. Dessa forma, temos que a transparência, além de permitir o debate sobre os negócios públicos, é também uma forma de garantir a legitimidade das ações governamentais.¹³⁸

Nesse contexto, percebe-se que a transparência na gestão pública tornou-se o principal instrumento para a efetividade do controle social, haja vista que, com o advento da Lei 101/2000, à sociedade civil assegurou-se à possibilidade de realizar um controle muito mais efetivo na atividade administrativa do Estado. Essa ampliação rompeu com a condição que antes era quase exclusiva do Poder Legislativo, permitindo uma participação maior dos Tribunais de Contas na função de fiscalizar, orientar e alertar aos gestores municipais quanto à incidência de possíveis irregularidades que venham a comprometer o equilíbrio fiscal dos municípios.¹³⁹

A LRF trouxe em seu corpo inúmeras inovações jurídicas que possibilitam a busca por uma administração pública eficaz, pautada nos princípios constitucionais da razoabilidade, eficiência, moralidade, probidade, publicidade e transparência, sendo que duas dessas inovações trazidas pela norma moralizante vêm demonstrando excelentes resultados. A primeira é a adoção de medidas que visaram fixar o limite de gastos com pessoal que, no caso dos municípios, foi fixado em 6% para o legislativo e 54% para o executivo, medida essa que acabou sendo efficientíssima por impedir que os prefeitos

¹³⁸ ANDRADE, N. De A.. **Contabilidade Pública na Gestão Municipal**. São Paulo: Atlas, 2002, p.46

¹³⁹ JUSTEN FILHO, M.. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo:Saraiva, 2005, p.736. Defende a idéia de autonomia e independência das Cortes de Contas e do Ministério Público, “Considerando o Poder Estatal ao qual é atribuída a competência para o controle, é possível aludir a controle pelo Poder Executivo, controle pelo Poder Judiciário e Controle pelo Poder Legislativo. Mais ainda, de haver diferenciação quanto ao controle exercitado pelo Tribunal de Contas e pelo Ministério Público, considerando a autonomia institucional de seus desempenhos”. Nesta esteira Marçal descreve que as atividades desenvolvidas pelas duas instituições fiscalizadoras são próprias desses órgãos, não fazendo parte de nenhum dos três Poderes, assim, arremata o autor: “Mais ainda, esta obra sustenta a existência de uma função própria e autônoma de controle, atribuída ao Tribunal de Contas e ao Ministério Público, que não seria enquadrável propriamente em nenhuma das outras três”. Ou seja, ao defender essa idéia o autor identifica que a atividade do controle pode ser exercida com maior propriedade através dos órgãos especializados, sem, contudo, desprezar a atividade de controle desenvolvida por cada uma dos Poderes (legiferante, jurisdicional e administrativa).

concedessem aumentos salariais sem que houvesse recursos financeiros capazes de suportar tais medidas, o que na maioria das vezes pautava-se apenas em aspirações eleitorais. A segunda foi a medida que limitou as dívidas públicas, estabelecendo percentuais para o endividamento fundado na capacidade de receita do ente federado. O art. 29 da lei LRF preceitua as formas e condições para o endividamento público, obrigando o gestor público a respeitar os limites de capacidade de pagamento para permitir o endividamento, ou seja, o prefeito de um município não poderá realizar uma dívida comprometendo as finanças do município, deixando o problema “dívidas” para o sucessor, situação esta que era corrente no Brasil. A norma passou a impedir o descontrole das finanças públicas, delimitando condutas que visavam exclusivamente à proteção de interesses políticos dos gestores públicos de plantão, estabelecendo um padrão moral para administrar as finanças públicas.

Nesta esteira, a lei 101/2000 trouxe ainda a proibição quanto à assunção de dívidas que não possam ser saldadas antes do término do mandato eletivo evitando, assim, que no último ano do mandato os prefeitos municipais gastem muito mais que a capacidade de pagamento das prefeituras, situação que quase sempre era motivada pela tentativa de manter-se no poder ou para ajudar um grupo de apoio político na permanência do poder local. Essa situação foi prontamente combatida pela norma moralizante, ao descrever que somente é possível ao gestor público deixar débitos para pagamento no ano seguinte quando existirem fundos disponíveis no caixa público.

Todavia, é possível compreender que somente a previsão de limites não seria suficiente para assegurar o cumprimento da Lei 101/2000, daí que, para evitar o descaso daqueles que atuam na esfera administrativa das finanças públicas, a norma estabeleceu penalidades que vão desde a perda do cargo até mesmo a pena de prisão em casos de ilícitos graves contra a administração pública, demonstrando desta forma o caráter moralizador da lei.

Cotejando o texto em epígrafe é possível constatar que lei de responsabilidade fiscal somada à participação da sociedade no controle da administração pública, conduz a nação a uma evolução político-administrativa singular, rompendo com uma malfadada tradição de ausência de planejamento e irresponsabilidade fiscal dos administradores públicos nacionais.

Diogo Figueiredo assim descreveu os ensinamentos trazidos pela LRF: “Inaugura-se um novo conceito de gestão fiscal, em que o equilíbrio das contas públicas erige-se em dever do administrador público que, para cumpri-lo cabalmente, além de sua sujeição à legalidade precisa ainda submeter-se a legitimidade, inclusive no exercício da prudência fiscal.”¹⁴⁰

Nota-se que a lei 101/2000 foi além do respeito à publicidade dos atos da administração pública, proferindo uma determinação pautada no verdadeiro espírito do texto constitucional, quando indica a necessidade fundamental de uma conduta transparente por parte do administrador público, combinado com a participação efetiva da sociedade no debate e nas decisões das questões orçamentárias, visando uma gestão co-participativa entre poder público e sociedade para desenvolvimento de uma administração eficiente e responsável.

Dessa forma, a lei de responsabilidade fiscal não apenas representou o progresso de novas formas e mecanismos das administrações públicas, voltadas para gestão fiscal responsável e transparente. Avançou muito mais, criando um novo paradigma de regras capazes de orientar, limitar e até penalizar aqueles que não respeitam os limites impostos pela ordem moralizante. Propiciou ainda, a ampla participação popular no processo de gestão dos recursos públicos, desde a discussão para elaboração das peças orçamentárias até a efetiva fiscalização na prestação das contas.

Destaque-se também que o princípio da transparência aduzido pela norma em debate permite que a administração seja posta à prova perante toda sociedade, situação esta que durante vários anos foi descrita como necessidade fundamental para construção da sociedade democrática pautada no controle social. A atenção dispensada à transparência pela lei de responsabilidade fiscal serve como fio indutor para aumentar a participação social no processo de gestão pública co-participativa, especialmente em âmbito municipal, possibilidade que encurta caminhos e auxilia na formação do efetivo controle social e do aumento das garantias dos direitos do indivíduo.

Neste sentido, constata-se que a condição de participação popular foi assegurada pela Constituição Federal e também pela Lei de Responsabilidade Fiscal, todavia, é

¹⁴⁰ MOREIRA NETO, D.F. *Mutações do Direito Administrativo*. 2.ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.p.290

imperioso destacar a necessidade de engajamento da coletividade na operacionalização dos procedimentos propiciados pelos textos legais, objetivando, assim, o efetivo comprometimento da sociedade no controle da administração pública, sob pena de que tais instrumentos e mecanismos sirvam apenas como garantias teóricas e formais.

Diante disso, parece possível aceitar-se a idéia de que é muito mais fácil assegurar a participação popular no controle da atividade governamental, diretamente ou através de entidades civis, quando o campo de atuação permeia a esfera municipal. É fundamental analisar a possibilidade de desenvolvimento de um trabalho em conjunto entre o prefeito, vereadores e a comunidade, seja por causa do menor espaço que os aproxima ou pelo fato de que os problemas vivenciados são comuns. A importância reside na condição proporcionada pela conjuntura textualizada na composição de excelentes regras moralizantes que permitem o desenvolvimento de políticas públicas equilibradas e a efetiva participação social nas decisões e no controle destas políticas em âmbito municipal.

b) O Ministério Público e Controle Social em âmbito municipal

A idéia de controle da atividade administrativa do município está necessariamente ligada à fiscalização dos atos praticados por seus agentes e por todos aqueles que se relacionam com o Poder Local. Neste contexto a Constituição Federal de 1988¹⁴¹ delegou ao Ministério Público importantíssimo papel de fiscalizar a atividade da administração pública, realizando o trabalho de controle externo junto aos Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário, em todas as esferas da federação e também nos Tribunais de Contas.

O texto constitucional assegurou ao Ministério Público condições para que pudesse desenvolver seu trabalho com absoluta independência, garantindo-lhe autonomia orçamentária, independência funcional e administrativa, C.F. art. 127, §2 e 3. Assim, o legislador constituinte ofertou condições de trabalho e prescreveu a função a ser desenvolvida pelos promotores e procuradores de justiça, dentre as quais destaca-se a fiscalização da atividade da administração pública e de todos os que se relacionam com o poder público, tanto no cumprimento da lei quanto na aplicação dos recursos públicos.

¹⁴¹ BRASIL **Constituição Federal**, art 127 “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

O exame do controle realizado pelo Ministério Público envolve o estudo dos instrumentos processuais por meio dos quais os membros do órgão promovem a fiscalização, assim como, a cooperação existente entre sociedade civil e a instituição.

Existem diferentes normas infraconstitucionais que regulam a atividades dos membros do Ministério Público, a Lei 8.625/1983 denominada Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e a Lei Complementar n.75/1993, chamada de Lei Orgânica do Ministério Público Federal regulam a atividade, sendo que na esfera Estadual a competência é ditada através de leis orgânicas estaduais, conforme previsão constitucional art.24, § 3 e art.128, § 5. A esses textos legais ora descritos soma-se a Lei Maior e identificam como princípios da instituição do Ministério Público a independência funcional, a unidade e a indivisibilidade do órgão.

Cotejando o estudo apresentado na seção anterior, verifica-se que um dos principais instrumentos processuais que auxiliam o Ministério Público na tentativa de zelar pelo patrimônio público e o respeito aos princípios éticos e morais na atividade administrativa, é a Ação Civil Pública. Assim, constata-se que este instrumento processual tem o condão de proteção do patrimônio público e social, ou seja, é uma ação de natureza civil e, para sua propositura a legitimidade não é exclusiva do Ministério Público (entidade estatal ou associação privada)¹⁴², que para isso deve utilizar-se dos meios assegurados pela Constituição, não havendo qualquer prejuízo da ação penal cabível ao caso concreto.

Nesta esteira, o art. 129, inciso III da Constituição Federal¹⁴³, assegurou também ao Ministério Público a legitimidade para promover o inquérito civil público, no qual o promotor de justiça poderá realizar a colheita de provas, requisitar informações e realizar diligências para averiguar a legalidade do ato praticado pelo agente público, ou ainda, constatar improbidade administrativa cometida pelo agente. Ou seja, o inquérito civil

¹⁴² A legitimidade para propor Ação Civil Pública está descrita no art. 5 da Lei 7.347.1985, dentre os quais o Ministério Público esta relacionado.

¹⁴³ BRASIL **Constituição Federal**, art. 129, III descreve como sendo função institucional do MP: “promover o inquérito civil e ação civil pública, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”, ou seja, o texto constitucional acabou reforçando a atividade desenvolvida pelo Ministério Público, atribuindo-lhe a capacidade de propositura da ação civil pública, condição esta que por tratar de interesses que envolvem a defesa da sociedade, insofismavelmente, deve ser interpretada como um **poder dever** do promotor de justiça promover a defesa e proteção do patrimônio público. Refere-se a reforço, tendo em vista que conforme já aduzido, a Lei da Ação Civil Pública precede a Constituição Federal, lei n. 7.347/85 de 1985.

caracteriza-se por ser um procedimento administrativo investigatório, de cunho inquisitório, presidido pelo Ministério Público com o fim precípua de arrecadar informações e provas que possam servir como fundamento para propositura notadamente da Ação Civil Pública, todavia sua realização não é obrigatória para proposição da demanda judicial.

Desta forma, verifica-se que a Magna Carta procurou garantir mecanismos que possibilitassem ao Ministério Público a fiscalização e a investigação dos atos praticados pelos agentes públicos ou por terceiros que tenham lesionado o Poder Público, visando a punição na esfera civil e criminal de forma independente.

Com o advento deste novo contexto apresentado após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público passou a desenvolver um veemente trabalho no combate a corrupção nos órgãos da administração pública, investigando e demandando contra atos de improbidade administrativa, fiscalizando o poder público e assumindo a função de defensor dos direitos da sociedade na esfera jurisdicional.

Cármem Lúcia Antunes Rocha¹⁴⁴ define o papel do Ministério Público como: “advogado dos direitos da sociedade, focado em sua condição de instituição legitimada a situar-se, judicialmente, como parte ativa na defesa da sociedade, de seus direitos ou dos direitos de segmentos que a compõe”. Ou seja, na definição da autora identifica-se a condição precípua do Ministério Público de defensor da sociedade, situação está que tem oportunizado duas interpretações do trabalho realizado pela instituição.

A primeira descreve a atividade do órgão ministerial de forma independente e contumaz na defesa da sociedade e do patrimônio público, ou seja, soma-se ao papel de “fiscal da lei”, a importantíssima missão de fiscalizar a atividade administrativa do poder público de forma singular, ou ainda, em co-participação com a sociedade.

Neste sentido, parece inegável a contribuição trazida pelo Ministério Público que, no exercício de suas funções, tem realizado relevante trabalho no combate a improbidade administrativa e a falta de responsabilidade fiscal apresentada por alguns administradores públicos.

¹⁴⁴ ROCHA, C.L.A.. O Ministério Público, os movimentos sociais e os poderes públicos na construção de uma sociedade democrática. **Boletim de Direito Administrativo**. São Paulo: LDC, 1998, p.501

Esse serviço tem apresentado excelentes resultados na esfera municipal, onde se constata que a população tem utilizado o acesso aos promotores públicos locais para denunciar atos de improbidade administrativa, má utilização dos recursos públicos, falta de atendimento em serviços públicos essenciais, não cumprimento de metas orçamentárias obrigatórias e outras diferentes espécie de desmandos e desvios de recursos ou condutas praticados pelos agentes públicos municipais, sejam eles: Prefeito, vereadores, secretários, servidores e demais indivíduos ou empresas que se relacionam com o Poder Público Local.

É nesta condição que se verifica o efetivo exercício de controle social realizado pela parceria entre Sociedade Civil e Ministério Público, ou seja, enquanto este está qualificado constitucionalmente para defender os interesses da sociedade e proteger o patrimônio público, aquela se utiliza dessa capacidade institucional para desenvolver através desta relação à fiscalização da atividade da administração pública. Assim, é possível constatar que o Ministério Público se transformou em um instrumento legítimo de acesso da sociedade civil para fiscalizar e controlar o gestor público.

Essa situação torna-se muito mais evidente quando analisada na esfera municipal, pois é neste núcleo no qual o cidadão está mais próximo dos problemas reais da comunidade que se verifica a possibilidade de co-participação na fiscalização das atividades do Poder Local, o indivíduo encontra na pequena distância material, a condição necessária para transformar o Ministério Público em um porto seguro para apresentar reclamações e denúncias que envolvam autoridades, funcionários públicos e até mesmo empresários da cidade. Se for verdade que é nas cidades que os problemas acontecem e se é nelas que a população vivencia essa situação, parece aceitável a consideração de que será também neste local o espaço mais adequado para busca de soluções. Assim, a condição de proximidade da Comunidade e Ministério Público acaba cumprindo papel essencial no controle da atividade administrativa exercido nesta esfera de governo, é essa soma de esforços que poderá fazer a diferença na fiscalização dos gestores públicos e na construção de uma administração pública mais eficiente e ética.

A segunda discussão, sobre o trabalho realizado pelo Ministério Público reside nas críticas ofertadas em desfavor da instituição pelos acessos cometidos por alguns de seus membros durante investigações realizadas com o objetivo de obter elementos probatórios

capazes de assegurar a convicção necessária para propositura da Ação Civil Pública. É notório que em alguns episódios o Ministério Público tenha se excedido, principalmente quando promotores e procuradores esquecem os limites legais estabelecidos para investigação e passam a se preocupar com os holofotes da mídia “justiça”.

Nestas situações a atuação do Poder Judiciário passa a ser essencial para coibir os abusos e os excessos praticados pela instituição ministerial, além disso, quando deixa de observar a preservação da autonomia da administração pública o Ministério Público fere a Constituição Federal. Marçal Justen¹⁴⁵ aduz que o controle externo realizado por um órgão em outro poder “(...) não significa a supressão de Poderes nem importa a redução da autonomia no exercício de competências próprias. Isso significa a vedação a que, a pretexto de exercitar controle-fiscalização, um órgão pretenda assumir o exercício de competências reservadas a outrem pela Constituição ou pela lei”. Assim, é possível identificar nos ensinamentos do autor que o controle externo deve respeitar a autonomia de cada ente investigado e que o próprio Ministério Público não poderá jamais infringir essa condição, devendo ainda, agir no âmbito de sua competência para avaliar o controle da legalidade e, não o mérito, quando a atividade realizada estiver dentro dos parâmetros da discricionariedade permitida ao agente público.

Portanto, avaliada a atividade exercida pelo Ministério Público como advogado da sociedade civil, é possível observar que através do trabalho realizado por seus agentes a instituição alcançou um papel importantíssimo na garantia e proteção do patrimônio público. Essa condição proporcionou a aproximação do cidadão comum com a entidade defensora dos direitos da sociedade, transformação a relação em um fortíssimo mecanismo de controle da atividade administrativa do Poder Público.

Nesta seara, o Ministério Público atuando em conjunto com Sociedade Civil pode assumir a função de agente transformador da sociedade, servindo de instrumento para defesa dos direitos de toda população, assim como, reforçar a parceria indispensável com o cidadão na luta contra improbidade administrativa e o desrespeito aos princípios éticos e morais.

¹⁴⁵ JUSTEN FILHO, M. Op. Cit. p.745

É através de medidas como essa que o controle social poderá ser ampliado e fortalecido, o engajamento da sociedade na fiscalização da atividade do Poder Público precisa contar com o apoio das instituições que foram criadas para realizar efetivamente trabalho de controle-fiscalização do Estado, assim, o Ministério Público tem desenvolvido seu papel como parceiro da sociedade civil, resta agora analisar mais adiante a contribuição dos Tribunais de Contas.

c) O Controle Externo do Tribunal de Contas nos Municípios

O Estado brasileiro, muito embora forjado na teoria da tripartição dos poderes de Montesquieu, apresenta na sua concepção contemporânea a necessidade da participação de órgãos especializados e capacitados para exercer de maneira autônoma e independente a função de fiscalização dos três poderes descritos pelo autor em comendo em sua obra O Espírito das Leis.

O Ministério Público e os Tribunais de Contas desempenham essa função no atual Estado Democrático de Direito, todavia, em ambos o que se verifica é a existência de um órgão com características marcantes de independência e autonomia sem, contudo, constituir um poder paralelo. Nos dois casos constata-se a existência de um órgão especializado, que tanto pode não fazer parte de um dos Poderes da nos quais se funda a teoria tripartite (Ministério Público), quanto pode estar vinculado a um desses Poderes (Tribunal de Contas), sendo que neste último caso tal vinculação presta-se apenas a posicioná-lo junto ao Poder característico (Tribunal de Contas em relação ao Poder Legislativo), porém sem que isso represente qualquer forma de subordinação ou dependência.

Nesta esteira, Ulisses Jacoby¹⁴⁶ descreve o Tribunal de Contas como sendo uma instituição localizada entre os Poderes, com a função de fiscalizá-los. “Constitui organismo autônomo não sujeito à hierarquia, decorrendo daí que a natureza de algumas de suas funções não pode enquadrar-se, à força, no âmbito da ortodoxa tripartição. Pela Constituição, fiscaliza, aprecia e julga, possuindo competência privativa”. Ou seja, é possível considerar que os Tribunais de Contas, embora não pertençam à clássica definição da teoria de Separação dos Poderes, sua autonomia e independência não parecem representar uma ruptura com o pensamento de Montesquieu, cuja teoria visou à formação

¹⁴⁶ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência**, Belo Horizonte: Fórum. 2003, p.209

de um Estado esculpido no equilíbrio entre os poderes (checks and balances), na moralidade e na ética pública.

A Constituição Federal de 1988 atribuiu a responsabilidade primária para o exercício do controle externo ao Poder Legislativo, que deverá exercê-lo com o auxílio dos Tribunais de Contas sem, contudo, que isso represente qualquer espécie de subordinação destes para com aquele.

Atualmente, no Brasil, a incidência das Cortes de Contas abrange todas as esferas da federação, União, Estados e alguns Municípios. No que concerne ao Poder Central, a Magna Carta, em seu art. 71, enfatiza a competência do Poder Legislativo para exercer o controle externo, contudo, deve fazê-lo com o auxílio do Tribunal de Contas da União. Em relação aos Estados, existem hoje 22 Tribunais de Contas, enquanto na esfera municipal somente 11 municípios contam a incidência da Cortes de Contas. Esse pequeno número de Tribunais de Contas nos municípios brasileiros é justificado pela vedação imposta pelo texto constitucional, o qual proibiu a criação de novas Cortes de Contas em âmbito municipal, permitindo tão somente a manutenção daquelas já existentes há época da promulgação da Ordem Constitucional de 1988.¹⁴⁷

Os Tribunais de Contas dos Estados abrangem uma área de atuação muito extensa, pois acabam por fiscalizar, além das contas públicas dos Poderes Estaduais, Executivo, Legislativo e Judiciário, as contas do Ministério Público e também de todos os municípios pertencentes àquela unidade da federação. A competência dos Tribunais de Contas dos Estados e dos Municípios está descrita na Carta Maior, nos artigos 70 a 75, sendo que no parágrafo único deste último, a Lei Máxima fixou o limite do número de Conselheiros que devem compor a Corte, qual seja: sete membros.

O texto constitucional descreve o Tribunal de Contas como sendo um órgão auxiliar do Poder Legislativo, responsável pela fiscalização das contas da administração público (C.F. art.34, VII, d) , tornando-o, ao lado Ministério Público, um defensor do patrimônio público, da moralidade administrativa, da legalidade, da razoabilidade e da eficiência do Poder Público.

¹⁴⁷BRASIL. Constituição Federal art. 31, § 1º

Neste sentido, o Tribunal de Contas deve ser entendido com um órgão auxiliar do Poder Legislativo, que deve realizar seus trabalhos de forma independente e autônoma, tendo como atividade precípua a fiscalização de todos os demais órgãos públicos, assim como daqueles que se relacionam com o Poder Público, ou ainda os que de alguma forma manipulam recursos públicos.

Assim, o papel da Corte de Contas vem se alargando com o decorrer dos anos, conforme ensina Coelho Motta¹⁴⁸: “A atuação pelo Tribunal de Contas abrange o controle das despesas realizadas de acordo com os vetores constitucionais, com os vetores de todo o ordenamento e de todo o planejamento da Administração direta e indireta, porquanto envolve o controle de toda gestão patrimonial”. Desta forma, constata-se que o exercício da função fiscalizadora do Tribunal de Contas ultrapassou a simples análise da legalidade dos atos praticados pelos agentes públicos, devendo a instituição cumprir com suas atribuições aduzidas nos artigos 70 e 72 da Constituição Federal.

Na análise do papel desempenhado pelos Tribunais de Contas, dois aspectos são merecedores destaque pela polêmica que causam na doutrina nacional. O primeiro se refere aos critérios adotados para nomeação dos conselheiros e o segundo trata dos limites de atuação da Corte de Contas.

Inicialmente é preciso destacar que os critérios para escolha da composição, organização e atribuições dos Tribunais de Contas estaduais devem obedecer ao modelo prescrito na Constituição Federal, art. 75, ou seja, os conselheiros devem ser escolhidos entre os brasileiros de idoneidade moral e reputação ilibada, de notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de Administração Pública. Possuindo ainda, as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Desembargadores dos Tribunais de Justiça.

Todavia, a crítica acirrada que a sociedade civil vem fazendo quanto ao formato exposto reside muito mais no fato da inobservância dos critérios durante o processo de

¹⁴⁸ MOTTAC.P.C... **Curso Prático de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, 2 edição, p. 5 M. Op. Cit. p.745

¹⁴⁸ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência**, Belo Horizonte: Fórum. 2003, p.209

¹⁴⁸ BRASIL. Constituição Federal art. 31, § 1º

¹⁴⁸ MOTTAC.P.C... 91

escolhas dos novos membros, do que propriamente quanto aos critérios utilizados para seleção.

Nessa linha, vem merecendo destaque negativo em âmbito nacional a forma colonial com que são escolhidos os novos membros do Tribunal de Contas do Estado do Paraná. O processo de seleção tem desatendido o critério de ordem cíclica de indicação (Poder Executivo, Poder Legislativo, Ministério Público do Tribunal de Contas e Auditores) e, principalmente os vetores constitucionais indicativos de idoneidade moral, reputação ilibada, **conhecimento jurídicos, contábeis, econômicos, financeiros** ou de Administração Pública. A nomeação realizada pelo Ex-Governador (nomeou o cunhado) e pelo atual ocupante do cargo (nomeou o irmão), demonstram indiscutivelmente que, no Estado do Paraná os critérios para ascender ao posto de Conselheiro da Corte de Contas transcendem os princípios da moralidade e da ética pública.¹⁴⁹

Cotejando a composição do demais Tribunais de Contas de outros membros da federação, constata-se que o Estado do Paraná infelizmente não é uma exceção, mas ao contrario faz parte da regra geral do quadro de formação das Cortes de Contas. Essa situação produz um contra-senso absurdo, caracterizado pelo envolvimento na militância política da ampla maioria dos Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Paraná, ou seja, no lugar de técnicos preparados para controlar e fiscalizar a atividades da administração pública, a ampla maioria das vagas estão atualmente ocupadas por agentes políticos, que não se pode olvidar, apresentam interesses políticos regionais que comprometem qualquer avaliação, fiscalização e auditoria realizada nos órgãos Estatais ou nos municípios.

¹⁴⁹ Em 1996, o então Governador Jaime Lerner, indicou para o cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Paraná, seu cunhado Henrique Naigeboren. Em julho de 2008, o atual Governador do Estado Roberto Requião, indicou para mesma função seu irmão Maurício Requião. A Atual composição do quadro de Conselheiros do Tribunal é formada pelo Conselheiro Artagão de Mattos Leão (ex-Deputado Estadual foi indicado pela Assembléia Legislativa, atualmente seu filho Artagão de Mattos Leão Júnior ocupa uma das cadeiras da Assembléia Legislativa, sendo que ainda, permanece nos quadros de funcionários do TC); Nestor Baptista (ex-Deputado Estadual, foi indicado pela Assembléia Legislativa); Caio Marcio Nogueira Soares (auditor nomeado); Heinz Georg Herwig (ex-Deputado Estadual, foi indicado pela Assembléia Legislativa); Hermas Eurides Brandão (ex-Deputado Estadual, foi indicado pela Assembléia Legislativa); Fernando Augusto Mello Guimarães (Procurador junto ao Tribunal de Contas, indicado pelo quadro de carreira). Informações retiradas no endereço: http://www.tce.pr.gov.br/servicos_relacaoservidores.aspx Acesso em: 07/08/2008. Endereço: <http://www.sindicontaspr.org.br/index.php> Acesso em 07/08/2008

Neste aspecto, insta destacar que uma instituição cuja primazia reside na fiscalização da atividade da Administração Pública, especialmente no que tange a análise e julgamento das contas pública e no controle da legalidade destas contas, não poderá jamais, ser passível de influências político partidárias, ou ainda, ser colocada a serviço de qualquer um de seus membros, com objetivos pessoais, visando à eleição de familiares de Conselheiros da Corte de Contas. Aos Conselheiros do Tribunal de Contas, não cabe apenas assegurar-se das garantias e prerrogativas constitucionais para o exercício da função, mais do que isso precisasse respeitar à moralidade e a ética pública. Indisputável, é essencial que os Conselheiros adotem a noção servir ao público e jamais se servir do Poder Público.

É preciso que os próprios Tribunais de Contas primem pela conduta ética de seus membros sob pena de que se venham a por em dúvida a própria moralidade da instituição, neste aspecto o respeito aos princípios constitucionais que devem nortear a administração pública passam a fazer parte de verdadeira condicionante para sobrevivência da Corte de Contas.

Outra situação controvertida reside no limite de atuação do Tribunal de Contas quanto a suas decisões, situação que tem gerado acalorado debate na doutrina brasileira na tentativa de se estabelecer os limites das decisões da Corte de Contas. Assim, Luís Roberto Barroso entende que: “(...) Não é razoável supor, à vista da partilha constitucional de competências vigentes no direito brasileiro, que o Tribunal de Contas possa, sobrepondo o seu próprio juízo ao do administrador e ao órgão ao qual presta auxílio, sustar aquilo que o Executivo e o Legislativo entendem ser válido. É preciso não esquecer: a fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial é exercida, mediante controle externo, pelo Congresso Nacional, com o ‘auxílio do Tribunal de Contas’. Por evidente, a última palavra é do órgão Legislativo e não do Tribunal de Contas”.¹⁵⁰ Ou seja, na interpretação do autor os Tribunais de Contas não podem extrapolar os limites legais para fiscalização impostos pela Constituição, devendo permanecer dentro daquela circunscrição legal de atuação, não sendo possível que sob o pretexto de controlar os atos do Administrador a Corte de Contas

¹⁵⁰ BARROSO, L.R. . Tribunais de Contas: algumas incompetências. *Revista de Direito Administrativo*, n.96, 1996, p. 131-140

queira investigar o mérito dos atos administrativos, devendo ater sua decisão a legalidade do contrato e da despesa, para enfim julgar as contas do gestor.

Em sentido diverso, Marçal Justen descreve que a Constituição brasileira anterior a 1988, reservava ao Tribunal de Contas no que concerne ao controle externo, competência apenas para o exame da legalidade dos atos praticados pelo administrador. Todavia, segundo o autor, a nova ordem constitucional referiu-se em seu art. 70 à fiscalização da “legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas. Essa redação não conduz à criação de competências para rever o mérito dos atos administrativos ou de invadir o âmbito de liberdade que incumbia à autoridade que praticou o ato.”. Assim, aduz o autor que o papel atribuído pelo Constituinte ao Tribunal de Contas mereceu abrangência maior, rompendo com a idéia tradicional de simples análise da legalidade ou não do ato administrativo, contudo, sem que isso significasse a transferência de qualquer poder excepcional à Corte de Contas que permitisse a substituição por parte desta no que concerne a titularidade da competência da discricionariedade para prática de determinados atos.

Carlos Roberto Siqueira de Castro, reforça a posição da importância da função exercida pelo Tribunal de Contas expondo que: “(...) Neste ponto, meu entendimento afina-se com o ilustre e estimado colega de São Paulo, Celso Bandeira de Mello, para quem a decisão e as providências da Corte de Contas assumirão, em tal conjectura, caráter autônomo e definitivo. A não ser assim, estar-se-ia fazendo letra morta daquele comando constitucional e esvaziando por completo o permissivo da intervenção subsidiária do órgão constitucional de controle externo para suprimento da inércia dos Poderes em causa”.¹⁵¹Essa interpretação procura valorizar a atividade da instituição de contas, atribuindo-lhe capacidade de fiscalização e decisão no julgamento das contas do administrador, entretanto, não permite que essa condição conduza a interpretação de que ao Tribunal de Contas seja possível atuar na área de competência de outros Poderes. Ao que parece, o autor apenas defende a idéia de fortalecimento da decisão proferida pelo Tribunal de Contas, a fim de se evitar a inocuidade da prestação do controle de fiscalização da administração pública.

¹⁵¹ CASTRO, C.R.S.. *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 38, 1997 p.40

Cotejando os pensamentos acerca da competência das decisões dos tribunais de Contas, parece possível aceitar-se a idéia de que com o advento do texto Constitucional de 1988 altera-se a noção de controle apenas da legalidade do ato administrativo, para o entendimento de que cabe a Corte de Contas analisar os resultados, considerando a economicidade, eficiência e eficácia da atividade administrativa do gestor público.

Após, avaliar algumas das principais divergências quanto à atuação dos Tribunais de Contas se faz necessário descrever as principais atribuições da instituição. Dentre as quais se destacam: Controlar a receita e a despesa do Estado e dos Municípios; Acompanhar a legalidade dos atos de contratação de pessoal, das aposentadorias reformas e pensões; Analisar e julgar a legalidade da prestação de contas dos Poderes Judiciário, Legislativo, Ministério Público e todos os demais órgãos públicos; Emitir Parecer Prévio nas contas do Governador do Estado e dos Prefeitos, para posterior julgamento do Poder Legislativo Estadual e ou Municipal; Apreciar e julgar as denúncias sobre irregularidades ou ilegalidades praticadas por administradores públicos; Prestar orientação nas ações administrativas, através de respostas às Consultas formuladas;

Nesta linha se constata que o Tribunal de Contas é um órgão que presta valiosos serviços à sociedade, tendo como foco a fiscalização da administração pública no que se refere à correta aplicação dos impostos e taxas arrecadadas visando à prestação de serviços de qualidade a toda comunidade. Assim, a atuação da Corte de Contas acaba por exercer indiscutível influência sobre o gestor público municipal, por vezes atuando de forma preventiva e evitando que erros ou lesões ao patrimônio ocorram, bem como, fiscalizando a aplicação dos recursos públicos e também as denúncias de irregularidades ou ilegalidades formuladas ao Tribunal.

É neste sentido que vêm se desenvolvendo uma nova parceria entre Sociedade Civil e Tribunal de Contas, além de sua atuação institucional assegurada pela Constituição Federal a Corte de Contas passou a encontrar no cidadão comum um fortíssimo aliado no controle da atividade administrativa do Estado. Dentre os mecanismos criados para aproximação da comunidade com a instituição está o acesso através do *site* dos Tribunais na Internet que permitem a qualquer individuo verificar a situação de seu município perante a Corte de Contas e ainda encaminhar denúncias através do correio eletrônico “*e-mail*”,

contato por telefone, correspondência via correio, contato pessoal, para posterior averiguação por parte da corregedoria (ouvidoria) da instituição. Destaque-se que em nenhum destes meios de informação prestada por parte do cidadão torna-se obrigatório à identificação, é possível a manutenção do anonimato sem que isso implique no arquivamento da “denúncia”.

Essa tentativa de somar esforços junto a Sociedade Civil visando o maior desenvolvimento do controle social da administração pública, ajuda a contribuir para a melhoria da qualidade dos serviços públicos e também potencializa a capacidade dos órgãos técnicos de controle externo da Corte de Contas.

A transparência administrativa é condição importantíssima para o incremento da parceria entre a Sociedade Civil e o Tribunal de Contas, todavia, esse acesso as informações deverá obedecer a capacidade interpretativa do cidadão comum, ou seja, não basta apenas oportunizar ao indivíduo o acesso a informação, é indispensável que a linguagem adotada para divulgação permita facilmente o entendimento da matéria em exposição, sob pena de que esta incompreensão da comunidade se torne obstáculo para o controle social.

Dessa forma, o sucesso do engajamento da sociedade no controle social depende primordialmente da atuação e formação de parcerias com as instituições responsáveis pelo controle externo da atividade administrativa do Estado, Ministério Público e Tribunal de Contas, sendo que cabe as essas instituições desenvolverem mecanismos capazes de simplificar as questões técnicas atinentes à gestão pública, possibilitando desta maneira o despertar da Sociedade Civil para o efetivo controle social da administração pública.

Nesta esteira, surgem outros mecanismos capazes de motivar a participação popular na gestão pública, possibilitando o envolvimento da comunidade em um processo muito mais amplo, relacionando participação popular e fiscalização. Porém, este será o tema da próxima discussão.

d) Orçamento Participativo e Audiência Pública

No presente tópico serão abordadas duas formas de participação efetiva da população nas decisões tomadas pelo Poder Público, sendo ambas mecanismos que enaltecem o Estado Democrático de Direito, indo ao encontro da previsão constitucional de que “todo o poder emana no povo” e deve, assim, por ele ser conduzido.

Destaca-se que tanto as audiências públicas quanto o orçamento participativo não são formas de controle social, isto é, não se prestam a promover a fiscalização dos atos administrativos, tendo em vista que sua incidência ocorre em etapa preliminar, servindo de guia para que os administradores, com base nas idéias e anseios da população, possam planejar a atuação estatal.

Em que pese serem desprovidos de caráter fiscalizatório, tanto as audiências públicas quanto o orçamento participativo contribuem, na via indireta, para que a população exerça, de maneira mais ativa, seu direito de controle e fiscalização, haja vista que ao participar do planejamento da administração pública, expondo opiniões e idéias em audiências públicas e manifestando em quais áreas os recursos públicos devem ser aplicados, através da elaboração do orçamento participativo, parece natural que brote no seio da comunidade, especialmente daqueles que participam das etapas descritas, que após terem sido traçadas a metas a serem cumpridas, seja também verificado se os objetivos propostos foram realmente alcançados.

Neste sentido, quanto mais a população participa das decisões e auxilia na definição de metas a ser cumprida pela administração pública, maior será a fiscalização, o controle social exercido sobre essa, em decorrência do fortalecimento do interesse popular em checar se o plano de trabalho traçado obteve os resultados previstos.

O ideal do orçamento participativo surge da necessidade perene de planejamento afeto à seara pública. Seria praticamente impossível obter êxito nas políticas públicas se os meios necessários para que determinado resultado fosse obtido não restasse devidamente planejado, de maneira racional.

Todavia, a elaboração do planejamento de maneira independente pelo ente Estatal se mostra incompatível com o sistema democrático, conforme observa Moreira Neto: “o planejamento é um instrumento absolutamente indispensável para racionalizar a ação do

Estado, mas absolutamente inútil e perigoso para tentar racionalizar a ação de uma sociedade livre¹⁵².

Diante de tal contexto e visando inibir atitudes autoritaristas, tais como as verificadas nos regimes nazista e fascista, a Constituição Cidadã, procurou fortalecer o regime democrático, estabeleceu a possibilidade da população participar diretamente no planejamento da gestão orçamentária, composta pelo Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual, sendo os cidadãos responsáveis por, de acordo com os recursos disponíveis, estabelecer metas de aplicação e decidir a área de emprego do dinheiro público, conforme suas necessidades e pretensões.

Desta forma, o orçamento participativo é dotado de indiscutível destaque, uma vez que pulveriza efeitos, na prática, sobre as diretrizes orçamentárias descritas no Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual, pois estabelece, previamente, uma série de atos atinentes a delimitar as reais necessidades da população, bem como os mecanismos dos quais dispõe a Administração Pública para satisfação de tais anseios.

Esse aspecto expressa o caráter político inerente ao orçamento público, conforme bem observa Marcelo Arno Nerling, citado por Marcelo Mingheli¹⁵³:

Ao identificar o orçamento com seu aspecto político, utilizaremos uma metáfora: um escudo em defesa dos contribuintes. O orçamento presta-se na atualidade não a uma mera aferição de receitas e despesas, mas, assume sua real função política como instrumental de aplicação dos planos de governo.

Tal forma de participação popular, cominada com a edição da Lei de Responsabilidade Fiscal, proporcionou um maior controle social sobre os atos do Poder Público, tendo em vista que a partir de tal norma o gestor público que não cumpre com a legislação e as metas estabelecidas pode vir a sofrer as sanções institucionais e pessoais previstas, sendo cobrado, efetivamente, para que proceda à correta execução do planejamento firmado, conforme os objetivos delimitados.

Nesta toada, constata-se que o orçamento participativo é um processo de gestão compartilhada entre Poder Público e Sociedade Civil, por intermédio do qual a

¹⁵² MOREIRA NETO, D.F. Op. Cit., p.87

¹⁵³ MINGHELLI, M.O. **Orçamento Participativo: Uma Leitura Jurídico-Política**. Canoas: Ed. Ulbra, 2005. p. 49.

Administração Pública fixa seu orçamento em consonância com as decisões proferidas pela própria comunidade, permitindo que o sistema democrático seja fortalecido, enaltecendo-se a participação de conselhos, sindicatos, associações de moradores, pastorais e entidades sociais, bem como inibindo a aplicação indiscriminada dos recursos públicos e despertando o interesse da população em fazer valer seu direito de fiscalização.

No que tange às audiências públicas, merece respaldo o fato de que se fazem presentes em diversas áreas de atuação da Administração Pública, possibilitando que a população manifeste sua opinião nas questões que envolvam processos licitatórios de grande vulto (artigo 39, *caput* da Lei Federal n.º 8.666/93), nas questões ambientais (Resolução n.º 009/1987 do Conama), nas concessões e permissões de serviços públicos (Lei Federal n.º 8.987/1995), nas querelas que envolvam o Estatuto das Cidades (Lei Federal n.º 10.257/2001), dentre outras.

Frente às disposições citadas, salta aos olhos que em diversos ramos da Administração Pública houve a preocupação do legislador em possibilitar aos cidadãos a participação e o acesso à informação, criando para tal a figura das audiências públicas, por intermédio das quais o particular pode estabelecer canal de comunicação com o administrador, exercendo assim sua cidadania e debatendo temas relevantes para a comunidade, bem como fornecendo subsídios para que os representantes do ente público tomem suas decisões.

Não obstante a relevante função democrática, vale ressaltar que em determinados casos a prévia realização de audiência pública não se presta apenas a estabelecer oportunidade para a troca de informações, sendo também condição de validade do ato administrativo, assumindo, pois, o caráter de requisito legal, tal como ocorre nas contratações de grande vulto e nas concessões e permissões de serviços públicos.

A indispensabilidade da realização de prévia audiência pública, como condição de validade do ato administrativo, está presente em diversas Leis Orgânicas Municipais, as quais, no compasso dos princípios da publicidade e transparência, adotaram tal prática como requisito legal, em assuntos que envolvam, à guisa de exemplo, concessões e permissões de serviços públicos, enaltecendo assim a participação popular na seara administrativa municipal.

Não obstante a importância da realização das audiências públicas em determinados aspectos, a opinião popular expressada em tais sessões não tem caráter vinculativo, porém, as questões debatidas e as dúvidas argüidas devem ser analisadas pelos representantes do Poder Público, sendo esses investidos no dever de resposta aos questionamentos, expondo suas razões e defendendo o posicionamento tomado pela Administração.

Assim, frente ao contexto abordado, constata-se que a participação popular, através de mecanismos como as audiências públicas e do orçamento participativo, contribui para que as políticas públicas sejam aprimoradas, ficando a relação entre administradores e administrados mais íntima, restando facilitada à satisfação dos interesses públicos e fortalecida a democracia, conforme bem salienta Romeu Felipe Bacellar Filho:

Destarte, o direito de participação permite, neste contexto, o aperfeiçoamento da esfera administrativa, no sentido de sua democratização. Como consequência, possibilita a flexibilização do regime burocrático, implicando a leitura de seus principais institutos pelo viés dos valores democráticos.

Desta feita, embora os dispositivos de participação popular em cartaz não se prestem, diretamente, a promover o controle social, sua utilização solidifica o regime democrático e o exercício da cidadania, sendo responsáveis por despertar o interesse dos cidadãos sobre os assuntos relativos ao Poder Público, contribuindo, desta forma, ainda que indiretamente, para o aumento da fiscalização sobre a Administração Pública, posto que existindo a participação direta dos particulares no estabelecimento de metas e no debate das questões que envolvem os interesses coletivos, através das audiências públicas e do orçamento participativo, o anseio por verificar os resultados obtidos surge como corolário.

e) O Papel da Tecnologia no Controle Social da Administração Pública Municipal

Tecnologias recentemente incorporadas ao cotidiano de pessoas e empresas permitiram ao setor público formas inovadoras de informar cidadãos e antes dos atos administrativos e da publicidade oficial. Por um lado, sistemas de apoio a decisões são usados cada vez mais por administradores públicos preocupados em avaliar todas as variáveis que afetam determinado problema, afinal a complexidade, o número de decisões e de relacionamentos do Poder Público cresce a cada dia. Em outro campo, a internet permite que atos oficiais sejam levados ao conhecimento dos interessados instantaneamente, permitindo que o controle social seja potencializado e viável para grande parte da população.

O atual administrador está envolto de siglas que seriam de difícil compreensão há apenas alguns anos, como G2G (*government to government*, para as relações intra ou inter governos), G2B (*government to business*, ou seja, a relação do governo com fornecedores) e, principalmente, G2C (*government to citizen*, ou governo para cidadão). Tais grandezas tecnológicas aplicadas à realidade de administrações municipais são meios de oportunizar a transparência tão almejada historicamente por movimentos organizados e pela população em geral.

No âmbito municipal, vemos aplicações de controle da administração em várias vertentes verificáveis na internet. O primeiro exemplo é do Sistemas de Informações Municipais – SIM – do Tribunal de Contas do Estado do Paraná. Ferramenta G2G, visa:

dar agilidade ao processo de preparação dos dados e de sistematização na coleta de informações necessárias ao exercício do controle externo na área municipal. (...) A implementação do SIM estimula as administrações municipais para que exerçam suas atividades de forma racional, ordenada, honesta, equilibrada e regular sob a égide dos princípios constitucionais da legalidade, legitimidade e razoabilidade, constituindo-se, ainda, em eficiente mecanismo auxiliar às atividades de Controle Interno¹⁵⁴.

O SIM é composto pelos sistemas Acompanhamento Mensal (SIM AC), Prestação de Contas Anuais (SIM PCA) e Atos de Pessoal (SIM AP). O primeiro permite, entre outras funcionalidades, o acompanhamento da execução da despesa, anotações relativas a licitações (participantes e vencedores, despesas), e dos contratos celebrados em função das licitações. O SIM PCA controla a aquisição de bens móveis e imóveis, remuneração de agentes públicos, informações sobre o sistema previdenciário e planejamento orçamentário anual. O SIM AP permite o acompanhamento de cadastros básicos dos servidores, os pagamentos para ativos e inativos e os atos inerentes ao desempenho de cargos públicos, como movimentações e formas de contratação.

Em relações com fornecedores, G2B, as prefeituras têm à disposição ferramentas para compras governamentais vantajosas ao Erário. Cita-se especificamente o exemplo do Portal de Licitações do Banco do Brasil que, atualmente, congrega centenas de entidades públicas de todos os níveis em um único endereço eletrônico que objetiva “facilitar a participação da comunidade em licitações de caráter público”¹⁵⁵. Tal ferramenta permite o

¹⁵⁴ Disponível em http://www.tce.pr.gov.br/servicos_sim_oquee.aspx, acesso no dia 13/07/2008.

¹⁵⁵ Disponível em: http://www.licitacoes-e.com.br/aop/lct/help/pt_br/site_intro/intro_licit_1.htm. Acessado em 13/07/2008.

cadastro de empresas e a participação em processos de compras em qualquer localidade do território nacional diretamente do computador do fornecedor, eliminando a necessidade de deslocamentos físicos para a participação de licitações e o trabalho de produzir documentos a inúmeros órgãos. O processo de compra é rápido e simplificado tanto para o governo comprador quanto para a empresa fornecedora.

Finalmente, acerca das relações entre governo e cidadão (G2C), o Tribunal de Contas do Paraná oferece o Portal do Controle Social (<http://www.controlesocial.pr.gov.br>) e o Governo Federal disponibiliza informações de repasses no Portal da Transparência (<http://www.portaltransparencia.gov.br>). No caso do portal do TCE, o controle social pode ser exercido a partir do conhecimento de atos de contratação de qualquer prefeitura do Estado, bastando selecionar o município e verificar todas as contratações informadas ao Tribunal. O Portal da Transparência, do Governo Federal, é mais resumido porque aponta somente os valores globais repassados às mais diversas entidades que recebem verba pública. Com as duas iniciativas, comprova-se que qualquer cidadão com acesso à internet tem condições de acompanhar a execução do orçamento, entretanto a participação ainda é restrita.

Nos portais pesquisados, nota-se que há necessidade de conhecimentos abrangentes para compreensão dos itens expostos. Por exemplo, o acompanhamento da execução orçamentária não é um assunto trivial para leigos no assunto. Na mesma seara, o entendimento dos valores de cada repasse constitucional ou voluntário do governo Federal para uma Prefeitura, por exemplo, demanda conhecimento de vasta legislação. A questão principal, à primeira vista, foi proporcionar ao cidadão interessado o acesso aos atos de contratação, entretanto carecem oportunidades de atuação efetiva do público no uso e destino dos recursos financeiros. O acompanhamento dos gastos é uma atividade de conhecimento pretérito, ou seja, permite tomar juízo do que já foi feito pela administração local. Assim, ainda é necessário conceber e disponibilizar formas de que o cidadão consiga efetivamente participar do planejamento do gasto público, demandando e acompanhando a execução de ações de interesse social.

Mesmo com o excessivo uso de linguagem contábil ou jurídica presente nos sites de controle e participação social, é louvável o esforço na área. O sucesso em divulgar as ações

municipais deve estimular o estudo de ferramentas que permitam não só a visualização dos atos já passados, mas também de uma efetiva participação no planejamento dos rumos administrativos. Tal participação será possível com o contínuo aprimoramento jurídico-institucional das prefeituras, aliado a uma estrutura tecnológica adequada e à educação digital da população.

CONCLUSÃO

O Estado Democrático de Direito serviu de base para o desenvolvimento do contexto político contemporâneo, embora neste o *status* atribuído à Democracia não tenha sido suficiente para assegurar os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos.

Não se pode negar o importantíssimo desenvolvimento político e social conquistado através dos ideais democráticos, no entanto, o modelo de um Estado Democrático Representativo já não se mostra suficiente para atender às necessidades dos cidadãos, tampouco consegue garantir que as decisões tomadas pelos representantes sejam o reflexo dos anseios da coletividade. Essa complexidade no relacionamento entre Estado e cidadãos, administrador e administrados, expõe as dificuldades que o atual sistema político vem enfrentando, uma vez que se encontra totalmente afastado da idéia de democracia apregoada pelos Gregos em sua *Polis* (participação do povo no poder). Nesse sentido é que se pode afirmar que a democracia tem servido muito mais para fortalecimento do Estado como ente Representante da vontade popular, do que propriamente da participação efetiva do cidadão. Assim, os indivíduos passaram a considerar o Estado como mentor de toda a responsabilidade pela garantia de igualdade formal entre os todos os membros da coletividade. Ou seja, o simples fato do cidadão votar em eleições livres e diretas para escolha daqueles que iriam gerir a atividade administrativa do Estado, bastaria para que fossem cumpridas todas as prerrogativas asseguradas no texto constitucional - direito à saúde, moradia, educação, segurança, transporte e até mesmos à dignidade da pessoa humana - estariam protegidos pela expressão político-democrática fundamental, qual seja: o voto. Contudo, o desenvolvimento histórico dessa relação forjada no simples endosso da sociedade para assegurar ao Estado a aplicabilidade de sua política de plantão demonstra-se insuficiente para atender a demanda de responsabilidade social existente no quadro atual.

Nessa esteira, no Brasil, a política central se desenvolve nas últimas décadas cercada por dificuldades ainda maiores, gerando um descrédito muito grande das Administrações Públicas e originadas nas seguintes situações: a malversação dos recursos públicos; a corrupção institucionalizada na administração pública; a falta de responsabilidade fiscal dos gestores públicos durante suas administrações; o distanciamento entre a atividade administrativa do Poder Público e a Sociedade Civil. Ou seja, a efetiva

participação do cidadão durante o processo de decisão da administração pública é ainda muito pequena e, além disso, o controle social da atividade administrativa do Poder Público é incipiente.

Em que pese a existência dos mecanismos de controle social do Poder Público, os mesmos, por vezes, demonstram-se inacessíveis ao cidadão comum, devido à linguagem (extremamente técnica) utilizada para divulgação das informações atinentes aos atos da administração pública.

Não se pode esquecer que uma maior participação da sociedade civil na gestão da coisa pública é essencial para o próprio fortalecimento da administração pública que, através dessa participação social, estará mais capacitada para desenvolver resultados mais próximos das reais necessidades da coletividade.

Foi nessa linha de pensamento que a presente dissertação procurou abordar a complexa relação contemporânea entre o Estado e a Sociedade Civil, descrevendo inicialmente a forma com que a democracia representativa afastou o poder decisório do Poder Público da realidade dos problemas vivenciados pelos cidadãos. Em seguida, aborda-se a mudança de tratamento recebida pelos municípios, após o advento da Constituição Federal de 1988, na qual os entes locais passaram a receber atenção especial, sendo considerada sua condição de autonomia administrativa e financeira. Todavia, tal Carta, ao descentralizar os poderes da União, transferindo mais responsabilidades aos municípios, deixou de conceder-lhes o respectivo suporte financeiro, capaz de assegurar a execução de atividades fundamentais para sociedade, principalmente nas áreas de educação e saúde.

Essa incapacidade de respostas às necessidades da sociedade civil, somada ao desrespeito, por parte dos gestores públicos, aos princípios constitucionais norteadores da atividade administrativa do Estado (transparência, eficiência, publicidade e especialmente no que se refere à moralidade pública), colocou em descrédito a atuação do Poder Público perante toda sociedade brasileira.

Nesse sentido, este trabalho procurou apresentar a importância da participação da sociedade para melhoria na qualidade da gestão pública, destacando, entretanto, que a participação popular não se confunde com controle social, muito embora ambos sejam direitos fundamentais e apresentem uma relação muito próxima, quase que complementar.

Ou seja, não parece ser possível haver efetivamente controle social sem que ocorra a participação da coletividade, o envolvimento desta coletividade na fiscalização da atividade administrativa do Poder Público.

Decorre daí a necessidade de instrumentos capazes de ofertar aos cidadãos condições para o exercício dessa fiscalização do Estado, assim, o texto constitucional e as normas infraconstitucionais disponibilizaram à sociedade civil mecanismos que possibilitam o controle da atividade administrativa do Poder Público, tais como: Ação Popular, Mandado de Segurança, individual coletivo, *Habeas Data*, *Habeas Corpus*, Mandado de Injunção e a Ação Civil Pública. Contudo, é preciso considerar que tais instrumentos, na prática, não estão à disposição da grande maioria da população, já que o acesso à justiça é hoje fator impeditivo, seja pelo altíssimo custo financeiro para obtenção da prestação jurisdicional ou pela necessidade da contratação de um profissional especializado (advogado).

Por outro lado, instituições especializadas no controle da função administrativa do Estado, como o Ministério Público e o Tribunal de Contas, desenvolvem suas atividades exercendo o controle externo nos demais entes públicos da federação brasileira, sendo que esta função vem se fortalecendo com a participação popular que, utiliza-se dessas instituições para denunciar casos de corrupção, desvio de verbas públicas, malversação de recursos, não cumprimento de metas orçamentárias e outras situações que envolvam prejuízos ao erário e por consequência à sociedade.

Além destes, existem outros fatores que contribuem para o desenvolvimento do controle social da função administrativa do Estado, dentre os quais o orçamento participativo e as audiências públicas têm servido como instrumentos de participação popular especialmente na esfera municipal, auxiliando na gestão administrativa e no engajamento do cidadão. Desta forma, ampliando o interesse da coletividade no acompanhamento da atividade administrativa do Poder Público e por consequência fiscalizando os atos praticados durante o desenrolar dos procedimentos administrativos até a tomada de decisão do gestor público. É essa oportunidade de participação na discussão orçamentária e nas reuniões públicas que acabam contribuindo para o exercício de acompanhamento da atividade estatal, ou seja, a comunidade acaba tendo a oportunidade de

discutir os problemas reais do dia-a-dia e aproveita para familiarizar-se com a linguagem específica da função administrativa, encurta-se à distância entre Poder Público e Sociedade Civil.

A tecnologia tornou-se fortíssimo aliado do controle social da administração pública, principalmente em âmbito municipal, neste aspecto a *Internet* apresenta-se como a ferramenta mais eficaz para facilitar o acesso às informações, assim como, vem servindo como instrumento de comunicação capaz de permitir a qualquer cidadão usuário utilizá-la para acompanhamento das atividades administrativas do Poder Local e inclusive para encaminhar denúncias a instituições especializadas no controle externo dos municípios. Neste sentido, os *sites* de acompanhamento da gestão pública tornaram-se um excelente canal de divulgação das informações dos órgãos públicos e vêm contribuindo substancialmente para o incremento do número de usuários que utilizam-se desta ferramenta para fiscalizar a administração pública. Assim, a *Internet* propícia o desenvolvimento de uma atividade social inclusiva, capaz de conduzir a sociedade civil para mais perto da função administrativa do Poder Público. O *site* www.portaldodocontrolesocial.com.br, constitui-se em um dos exemplo mais relevantes para acompanhamento das atividades da administração pública, por apresentar inúmeras informações de diferentes órgãos públicos. Serve como desafio aos gestores públicos e produtores de tecnologia a disponibilização do passo seguinte à publicidade e transparência, ou seja, meios de propiciar a participação no planejamento e controle das atividades da administração pública.

De acordo com os apontamentos e considerações tecidas, é possível conceber que o processo de democratização do Poder possibilitou uma maior eficiência e retidão na atuação da Administração Pública.

Destarte, embora a participação popular nas decisões que envolvam os interesses coletivos, por intermédio dos debates promovidos em audiências públicas e na gestão orçamentária (orçamento participativo), e do exercício do direito de fiscalização, via instrumentos constitucionais disponíveis, ainda seja tímida, observa-se que a estrutura ofertada pela Constituição Federal de 1988 é incentivadora e condizente com o Estado Democrático de Direito, no qual os cidadãos devem possuir o direito de exercer, na

qualidade de detentores do poder, o controle social sobre o Poder Público, inibindo ilegalidades através do constante vigiar dos atos praticados.

Destaque-se que para se possam melhorar as condutas da administração pública é preciso se investigar os erros, suas causas e propor soluções que considerem a participação efetiva da Sociedade Civil como condição essencial para o desenvolvimento de qualquer solução. É cristalino que a Democracia contemporânea exige a participação do cidadão durante toda atividade administrativa do Poder Público, assim, o controle social torna-se fator indispensável para o fortalecimento desse Estado Democrático de Direito. Se de um lado a cobrança recai sobre o gestor público que é quem deve oferecer condições concretas de participação e controle da sociedade civil na atividade da administração pública, por certo, a contrapartida da sociedade precisa ser o engajamento no processo de fiscalização e acompanhamento da atividade Estatal.

É neste sentido que o presente trabalho procurou demonstrar que o controle social pode e deve ocorrer com maior amplitude e, que para isso é preciso romper com a forma histórico-cultural de inércia da população nacional, insta reafirmar a necessidade de que para que se operem os efeitos da democracia participativa é fundamental a execução de políticas de ação afirmativa da sociedade no controle social da administração pública.

No fim, parece razoável acreditar que os mecanismos, as instituições especializadas e as normas necessárias para o exercício do controle social já existem no campo formal, assim, é preciso que o cidadão coloque em prática o uso destas ferramentas visando a construção da gestão pública co-participativa, forjada nos princípios constitucionais da eficiência, moralidade, transparência e ética.

BIBLIOGRAFIA

AGUILLAR, F.H.. **Controle Social de Serviços Públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1.999.

ANDRADA, A.C.D. de . **O Município na Federação Brasileira, uma proposta**. Belo Horizonte: Rona Editora, 2003.

ANDRADE, N.A.. **Contabilidade Pública na Gestão Municipal**. São Paulo: Atlas, 2002.

ARAÚJO, F.D.. **Motivação e Controle do Ato Administrativo**. 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. 3. ed, Brasília: UNB, 1.999.

ATALIBA, G.. **República e Constituição**. 2. ed. (atualizada por Rosalea Miranda Folgosi). São Paulo: Malheiros, 1998.

BACELLAR FILHO, R.F.. **Profissionalização da Função Pública**. São Paulo, 2006.

_____. **Direito Administrativo**. 2.^a ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Processo Administrativo Disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 2 ed., 2003.

BAPTISTA, O.. **Curso de Processo Civil**. 5 ed São Paulo Revista dos Tribunais, 2.000.

BASTOS, C.R.. **Curso de Direito Constitucional**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BARROSO, L.R. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado**, Bahia, n. 9, , p. 4, mar/abr/maio 2.007 –, disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>

_____. **Tribunais de Contas: algumas incompetências**. São Paulo: Revista de Direito Administrativo, n.96, 1996.

BERTONCINI, M.E.S.N.. **Princípios de Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo; Malheiros, 2002.

BITTENCOURT, M.V.C.. **Estudos em Memória ao Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, Moralidade Administrativa: Evolução e Conteúdo**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

BONAVIDES, P.. **Curso de Direito Constitucional**. 9.^a ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

BORGES NETTO, A.L. . **Competências Legislativas dos Estados-Membros**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BRANDÃO, A.J.. Moralidade Administrativa. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1951, vol 25.

BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. D.O.U. de 25 de julho de 1985. Brasília, DF.

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. D.O.U. de 3 de junho de 1992. Brasília, DF

BRASIL. **Lei Complementar nº 9784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal D.O.U. de 1.2.1999 e retificado no D.O.U de 11.de março de 1999. Brasília, DF.

BRASIL. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. D.O.U de 5 de maio de 2000. Brasília, DF

CANOTILHO, J.J.G. **Direito Constitucional e a Teoria da Constituição**. 4. ed.d. Coimbra: Almedina, 2000.

CARDOZO, J.E.M.. Princípios Constitucionais da Administração Pública (de acordo com a Emenda Constitucional n.º 19/98). I MORAES, Alexandre. **Os 10 anos da Constituição Federal**. São Paulo: Atlas, 1999.

CASTRO, C.R.S.. **Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, n. 38, 1997.

CASTRO, J.N. de. **Direito Municipal Positivo**. 6.^a edição, Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CASTRO, R.P.A. de, **Sistema de Controle Interno, uma perspectiva do modelo de gestão pública gerencial**, Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CARLIN, V.I.. **Manual de Direito Administrativo**. 4 edição, Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

CARVALHO FILHO, J.S.. **Processo Administrativo Federal**. Comentários à Lei 9.784/1999 Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

CLEVE, C.M.. **Temas de Direito Constitucional**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

_____. **Atividade Legislativa do Poder Executivo.** 2.ed São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CUNHA, P. F.. **Propedêutica Jurídica. Uma perspectiva jusnaturalista.** Campinas:Millennium, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** 31.ed. São Paulo:Saraiva, 2003, atualizada até a emenda constitucional nº 39 de 19-12-2002.

CRETELLA JÚNIOR, J.. **Curso de Direito Administrativo.** 17. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DI PIETRO. M.S.Z.. **Discricionabilidade Administrativa na Constituição de 1988.** 2. ed, São Paulo: Atlas, 2007.

_____, **Participação popular na Administração Pública. Revista trimestral de Direito Público.** São Paulo: Malheiros, n 1, 1993.

DINAMARCO, C.R.. **Teoria Geral do Processo.** 8. ed São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

DINIZ. m.h.. **Dicionário Jurídico.** Vol. 2, 2.^a ed. São Paulo: Saraiva.

DWORKIN, R. **Uma questão de princípios.** Tradução Luís Carlos Borges, São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FAZZIO JÚNIOR, W.. **Improbidade Administrativa.** 1.ed. São Paulo: Atlas, 1996.

FERNANDES, J.U.J.. **Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência.** Belo Horizonte: Fórum. 2003.

FERRARI, R.M.M.N. **Direito Municipal.** 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Controle da Constitucionalidade das Leis Municipais** 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

FERREIRA, W.J.. **Princípios da Administração Pública, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, art. 37 da Constituição Federal.** Bauru: Edipro, 1995.

FIGUEIREDO, L.V.. **Curso de Direito Administrativo.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Devido Processo Legal na Administração Pública.** São Paulo: Max Limonad, 2001.

FRANCO SOBRINHO, M.O.. **O Controle da Moralidade Administrativa.** São Paulo : Saraiva, 1974.

_____. **O princípio constitucional da moralidade administrativa.** 2. ed. Curitiba: Gênese, 1993.

FREITAS, J.. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais.** 3. ed. São Paulo, Malheiros, 2004.

GABARDO, E.. **Princípios Constitucionais da Eficiência Administrativa,** São Paulo: Dialética, 2002.

GORDILLO, A.. **Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio.** Buenos Aires: Ediciones Macchi, 1973.

GUERRA, E.M.. **Os controles externo e interno da administração pública.** 2 ed., Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005.

GUIMARÃES, E.. **Controle das Licitações Públicas.** São Paulo: Dialética, 2002.

KOHLBAC, K. **Gazeta do Povo.** Curitiba, 06 de março de 2008, Disponível no sítio: <http://portal.rpc.com.br/gazetadopovo/vidaecidadania/conteudo>.

JUSTEN FILHO, M. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

HABERMAS, J. **Direito e Democracia.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997 v. 1.

HANS, K.. **A democracia.** Trad. Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

_____. **A Justiça e o Direito Natural.** Tradução de João Baptista Machado, Coimbra: Almedina, 2001

_____. **Teoria Pura do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1993.

HARGER, M.. **Princípios Constitucionais do Processo Administrativo.** Rio de Janeiro: Forense, 2001.

HESSE, K.. **A Força Normativa da Constituição.** 1 ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

HOBBS, T.. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil.** Tradução Alex Marins. São Paulo: Martins Claret, 2004.

HORTA, R.M.. **Estudos de direito constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

JELLINEK, G. **Teoría General Del Estado.** Tradução de Fernando de Los Rios, Buenos Aires: Albatros, 1978.

KANT, I. **Metafísicas da Ética**. 1797. São Paulo: Abril Cultural, Coleção Os Pensadores, 1989.

_____. **Crítica da Razão Pura**. Tradução de Valério Rohden e Udo Baldur Moosburger, São Paulo: Nova Cultural, 1999.

_____. **Obras Incompletas**. Tradução de Valério Rohden e Udo Baldur Moosburger, São Paulo: Nova Cultural, 1991.

LASSALE, F.. **A Essência da Constituição**. Rio de Janeiro : Liber Juris, 1985.

LEITE, E.de O. . **Monografia Jurídica**. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

LIMA, R.C.. **Princípios de Direito Administrativo**. 7 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

LOEWENSTEIN, K. **Teoría de la Constitución**. Tradução Alfredo Gallego Anabitarte Barcelona: Editorial Ariel, 1986.

LYNCH, C.E.C.. **Democracia, Direito e Política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Muller**. Florianópolis: Conceito , 2006.

MALATESTA. N.F.D.. **A Sociedade e o Estado, Introdução Sociológica ao Estudo do Direito Público**. Campinas: LZN Editora, 2003.

MAQUIAVEL, N.. **O Príncipe**. São Paulo: Martins Claret, 2001.

MANCUSO, R.C.. **Ação Popular**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MARINELA, F.. **Direito Administrativo**, 3.^a ed. Salvador: Editora Podium, 2007, v. I.

MARINONI, L.G.. **Teoria Geral do Processo - Curso de Direito Processual Civil**, v I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.006.

MARINONI, L.G. e ARENHART, S.C.. **Manual do Processo de Conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.001.

MARTINS JÚNIOR, W.P.. **Transparência Administrativa, Publicidade, motivação e participação popular**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MEDAUAR. O.. **Direito Administrativo Moderno**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELLES, H.L.. **Curso de Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MEIRELLES, H.L.. **Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data, Ação Direita de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

MELLO, C.A.B. de. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Elementos do Direito Administrativo**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

_____. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MELLO, O.A.B. de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2007, v 1..

MICHAELIS. **Pequeno dicionário da língua portuguesa**. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1998.

MINGHELLI, M.. **Orçamento Participativo: Uma Leitura Jurídico-Política**. Canoas: Ulbra, 2005.

MIRANDA, P. de. **Comentário ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974, tomo I.

MOTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Tradução Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2003.

MOREIRA, E.B.. O processo de licitação, a lei 9.782/99 e o princípio da legalidade. **Revista Diálogo Jurídico**, disponível em www.direitopublico.com.br

_____. **Processo Administrativo, Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/99**. São Paulo: Malheiros, 2000.

MOREIRA NETO, D.F.. **Legitimidade e Discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade**. 3.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. **Mutações do Direito Administrativo**. 2.ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Direito da Participação Política**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

MOTTA, C.P.C.. **Curso Prático de Direito Administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004..

MOTTA, C.P.C e FERNANDES, J.U.J. **Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar 101 de 4/5/2000**, 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PEREIRA JUNIOR, J.T.. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994

PEREZ, J.G.. **La ética la Administración Pública**, Madrid, 2000.

_____. **La Dignidad de La Persona Y El Derecho Administrativo in II Congreso Ibero Americano de Direito Administrativo**. Curitiba: Juruá, 2007.

ROCHA, C.L.A.. O Ministério Público, os movimentos sociais e os poderes públicos na construção de uma sociedade democrática. **Boletim de Direito Administrativo**. São Paulo: LDC editora, 1998.

SANTANA, J.E.. **Câmara Municipal**. Perspectivas e Temas Relevantes Legislatura 1997/2000. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, v 1.

SALVETTI NETTO, P.. **Curso de Teoria do Estado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

SILVA, J.A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

SUNDFELD, C.A. e MUÑOZ, G.A.. **As Leis de Processo Administrativo, Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

TAVARES, A.T.. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

TROCKER, N. **Processo Civile e Costituzione** – Problemi di Diritto Tedesco e Italino. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1974.

ZYMLER, B.. **Direito Administrativo e Controle**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.