

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE FILOSOFIA, LETRAS E CIÊNCIAS HUMANAS
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIA POLÍTICA**

***ACCOUNTABILITY* NO BRASIL: OS CIDADÃOS E SEUS
MEIOS INSTITUCIONAIS DE CONTROLE DOS
REPRESENTANTES**

Ana Carolina Yoshida Hirano de Andrade Mota

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, para obtenção do título de Doutor em Ciência Política.

ORIENTADORA: Profa. Dra. MARIA D`ALVA GIL KINZO

São Paulo

ANO 2006

AGRADECIMENTOS

O apoio de muitas pessoas e instituições foi imprescindível para a realização deste trabalho. Agradeço:

À CAPES pelo auxílio financeiro.

À minha querida orientadora Professora Dra. Maria D'Alva Gil Kinzo pelo incentivo, pelas observações argutas e pela paciência imprescindíveis para a realização desta tese. Foi através do seu exemplo pude superar, algumas, de minhas próprias limitações.

Aos professores doutores Maria Tereza Sadek e Gildo Marçal Brandão pelas sugestões importantes dadas no Exame de Qualificação.

Ao Departamento de Ciência Política: a todos os professores pelo convívio acadêmico profícuo e aos funcionários pelo apoio prestimoso e competente: Rai, Márcia, Ana, Leo, Vivian.

Ao grupo de estudos da professora Maria D'Alva pelas reuniões proveitosas de três anos de convivência, em especial, à Maria do Socorro Souza Braga, Tiago Borges, Jairo Tadeu Pimentel, Paulo Sérgio, Ludmila, Sérgio Praça e José Paulo, presentes em importantes etapas de discussão do trabalho.

Aos meus valiosos amigos pela solidariedade prestada, em especial, ao Jaime Wada, Daniela Wernecke Padovani e Maria Selma A. Mota.

Às pessoas queridas de meu convívio familiar: Ana, Helena, Afonso e Míriam por terem meio estimulado a prosseguir. À Paula e ao Aaron pela colaboração e ao Luiz Felipe pelas palavras de encorajamento e conversas estimulantes. Também agradeço a Yá, por tudo.

Aos diletos Sedi, por servir como referência de determinação, e intensidade em tudo que faz e Tô, pelos cuidados e dedicação de uma vida.

Finalmente, agradeço ao Fernando de Andrade Mota, pela serenidade, por todo o suporte necessário e pelos diálogos inteligentes com os quais pude contar na gestação deste trabalho. Seu humor e ternura tornaram o trabalho mais ameno.

Resumo

Este trabalho tem como objetivo, em um primeiro momento, discutir o conceito de *accountability*, entender e identificar suas dimensões essenciais, diferenciar este mecanismo de controle dos *checks and balances*. Em um segundo momento, destacadas as dimensões essenciais do conceito, identifica a existência de mecanismos institucionais de controle da Administração Pública à disposição dos cidadãos no ordenamento jurídico do Brasil. Em um terceiro momento, verifica a eficácia e a efetividade de um mecanismo de *accountability* na realidade brasileira: o estudo da jurisprudência no tocante a Ação Popular, dos anos de 2000 a 2005.

Abstract

This work has the objective, in the first place, of discussing the concept of accountability, understanding and identifying its essential dimensions, differentiating this control mechanism from checks and balances. Second, having highlighted the essential dimensions of the concept, it goes on to identify the existence of Public Administration mechanisms of institutional control at the disposal of citizens in the juridical order of Brazil. Third, it verifies the efficacy and the effectiveness of a mechanism of accountability in the Brazilian reality: the study of jurisprudence with regard to the Popular Action of the years from 2000 to 2005.

Resumen

Este trabajo tiene como objetivo, en primer lugar, discutir el concepto de *accountability*, entender e identificar sus dimensiones esenciales, diferenciar este mecanismo de control de los checks and balances. En segundo lugar, destacadas las dimensiones esenciales del concepto, se intenta identificar la existencia de mecanismos institucionales de control de la Administración Pública a disposición de los ciudadanos en el ordenamiento jurídico de Brasil. En tercer lugar, se verifica la eficacia y la efectividad de un mecanismo de *accountability* em la realidad brasileña: el estudio de la jurisprudencia em relación a Acción Popular, en los años de 2000 a 2005.

ÍNDICE

PRIMEIRA PARTE

<u>INTRODUÇÃO</u>	1
<u>CAPÍTULO 1. ACCOUNTABILITY E REPRESENTAÇÃO</u>	12
<u>1.1. A accountability: concepções de representantes e representados</u>	13
<u>1.2. Accountability: independência do representante</u>	17
<u>CAPÍTULO 2. DEFINIÇÃO DE ACCOUNTABILITY</u>	26
<u>2.1. A palavra</u>	33
<u>2.2. O conceito de O'Donnell: accountability horizontal e accountability vertical</u>	36
<u>2.3. Críticas de Schedler ao conceito de O'Donnell</u>	37
<u>2.3.1. A Metáfora Espacial do Poder e Assimetria de Poder</u>	37
<u>2.3.2. Igualdade de Poder e Impossibilidade de Mensuração de Poder</u>	39
<u>2.4. Críticas de Mainwaring ao conceito de O'Donnell</u>	41
<u>2.5. As dimensões do conceito segundo Schedler</u>	43
<u>2.6. A definição de Mainwaring</u>	47
<u>2.7. Considerações sobre o conceito de accountability</u>	51
<u>Quadro 1. Elementos dos conceitos de responsabilidade e accountability</u>	54
<u>CAPÍTULO 3. ACCOUNTABILITY E CHECKS AND BALANCES</u>	57
<u>3.1. A doutrina dos checks and balances</u>	59
<u>3.2. A posição dos anti-federalistas</u>	65
<u>3.3. A falta de opção</u>	69
<u>3.4. Forças sociais versus funções sociais</u>	70
<u>3.5. Forças sociais e potências</u>	73
<u>3.6. Algumas considerações</u>	77
<u>CAPÍTULO 4. ACCOUNTABILITY E BUROCRACIA</u>	83

SEGUNDA PARTE: ANÁLISE DA CONSTITUIÇÃO E DA LEGISLAÇÃO DA AÇÃO POPULAR

<u>CAPÍTULO 5. ANÁLISE DA CONSTITUIÇÃO</u>	103
<u>5.1. Judicialização da Política?</u>	106
<u>5.2. Mecanismos de <i>checks and balances</i> na Constituição Federal</u>	116
<u>5.2.1. Fixação de subsídios</u>	117
<u>5.2.2. Autorizações do Legislativo para atos do Executivo</u>	118
<u>5.2.3. Poder de veto e interferência na elaboração legislativa</u>	119
<u>5.2.4. Nomeação pelo Presidente da República e aprovação pelo Senado</u>	121
<u>5.2.5. Fiscalização pelos Tribunais de Contas</u>	122
<u>5.2.6. Conselho Nacional de Justiça</u>	126
<u>5.3. Dimensões do controle: controle federativo</u>	128
<u>5.4. Mecanismos de <i>accountability</i> na Constituição Federal</u>	130
<u>Quadro 2. Disposições de <i>accountability</i> na CF88</u>	131

<u>CAPÍTULO 6. AÇÃO POPULAR: mecanismo de <i>accountability</i></u>	135
<u>Quadro 3. Ação Popular, Ação Civil Pública e Mandando de Segurança</u>	138
<u>6.1. Por que foram escolhidas as Ações Populares?</u>	140
<u>6.2. Ação popular e o controle permanente</u>	141
<u>6.3. Ação Popular: origens</u>	142
<u>6.4. Ações populares no Brasil</u>	150
<u>6.5.1. Ação Popular no Brasil: disposições legais</u>	152
<u>Quadro 4. Ação Popular e disposições legislativas no Brasil</u>	153
<u>6.5.2. Requisitos da ação popular</u>	154
<u>6.5.2.1. Condição de eleitor</u>	154
<u>6.5.2.2. Interesse</u>	158

TERCEIRA PARTE: ANÁLISE DE CASOS.....

<u>Capítulo 7. ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA E COMPETÊNCIA</u>	161
<u>7.1. O Superior Tribunal de Justiça e o porquê da escolha de sua jurisprudência</u> ..	163

<u>7.2. Critério de Seleção dos julgados</u>	165
<u>Capítulo 8 . CASOS JULGADOS ENTRE 2000 E 2005</u>	169
<u>8.1. ANO: 2000 – Caso de anulação de compra de veículos</u>	169
<u>8.2. ANO: 2001 – Suspensão de remuneração</u>	173
<u>8.3. ANO: 2001 – Aumento de remuneração para a mesma legislatura</u>	175
<u>8.4. ANO: 2002 – Pagamento a servidores contratados sem concurso</u>	178
<u>8.5. ANO: 2003 – Memorial da América Latina: ausência de licitação</u>	181
<u>8.6. ANO: 2004 – Caso de desvio de repasse de verbas públicas</u>	185
<u>8.7. ANO: 2005 – Caso de anulação de acordo judicial</u>	189
<u>8.8. ANO: 2005 – Nulidade de licitação promovida por prefeitura municipal</u>	192
<u>8.9. ANO: 2005 – Caso de anulação de resolução municipal</u>	195
<u>8.10. ANO: 2005 – Nulidade de contrato: PETROBRÁS e PAULIPETRO</u>	198
<u>CONSIDERAÇÕES FINAIS</u>	214
<u>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</u>	221

PRIMEIRA PARTE

INTRODUÇÃO

É comum a constatação de que as novas democracias estão contaminadas pelas práticas do clientelismo, da corrupção e da arbitrariedade devido à grande concentração de poder nos vários aparatos do Estado e, portanto, são necessários novos instrumentos de controle do poder.

Afirma-se que as eleições, mecanismos de escolha dos representantes, são, por excelência, os instrumentos de uma democracia representativa bem sucedida ou de uma poliarquia. Entretanto, não são suficientes para que se tenha uma “boa” democracia, mesmo que esta seja entendida enquanto procedimento. Isto porque a democracia necessita, além do procedimento das eleições, de um sistema de controle efetivo dos representantes. Isto é, os agentes de um governo democrático precisam ser transparentes em relação aos eleitores, prontos para prestar esclarecimentos quanto às suas ações e precisam ser supervisionados por outras agências públicas.

Conforme observa Mainwaring¹, o tema da *accountability* é um dos mais debatidos atualmente na agenda política mundial. Questões como a da existência de formas não eleitorais de *accountability*; de quais seriam as maiores falhas na *accountability* democrática; de como tais defeitos podem ser pensados e resolvidos e quais as inovações a fim de melhorar a *accountability* democrática são discutidas de diversas maneiras: procura-se tanto refinar o conceito quanto verificar quais as relações de interação entre as instituições e a *accountability*.

¹ MAINWARING, Scott. “Introduction: Democratic Accountability in Latin America” pp.3-33 in Mainwaring, Scott; Welna, Christopher. *Democratic Accountability in Latin America*. Oxford University Press, New York, 2003, p.4.

Neste debate, há autores que não conceituam a *accountability*, apenas fazem referência a ela ou se contentam em classificá-la, e, analisando os autores que propõem um conceito, nota-se que não há consenso.

Pergunta-se, então, como é possível afirmar que os instrumentos assecuratórios da *accountability* são insuficientes ou inexistentes se o próprio conceito permanece ambíguo?

Somente após a clara conceituação do que constitui *accountability* hoje será possível analisar a sua existência ou suficiência, bem como eleger o parâmetro para aferir tais questões. Mesmo porque, não obstante as afirmações de suas deficiências, há muita confusão em relação ao seu significado: ora há afirmações de que são mecanismos que asseguram o sistema de controle de *checks and balances*, ora afirmações que os *checks and balances* são formas de controle ultrapassadas.

Percebe-se então que inicialmente é necessário realizar uma discussão sobre o conceito de *accountability*. Somente após a conceituação será possível verificar a procedência da hipótese de que não existem mecanismos institucionais de *accountability* e que, por conta disto, são necessárias reformas que os criem para a continuidade da estabilidade democrática.

O tema está circunscrito ao debate dos instrumentos de controle dos agentes públicos: como mecanismo de controle dos atos do poder público, como forma de monitoramento de desmandos e de malversação do patrimônio público.²

² GRAU, Nuria Cunill. *Repensando o público através da sociedade: novas formas de gestão pública e representação social*. Rio de Janeiro, Revan, 1998. A autora tem uma série de propostas reformistas, pois acredita que o “núcleo da publicização da administração pública está no desenho de mecanismos que a tornem socialmente responsável. Cada um dos princípios de reforma aqui postulados pode contribuir para este propósito, aliado à institucionalização de representação e participação social que viabilizem a influência direta e indireta sobre o aparelho do Estado. A noção da *accountability* – aqui traduzida como responsabilidade da administração – sintetiza o propósito de uma esfera pública reforçada.”, p. 270.

A abordagem dessa questão envolve um mapeamento dos instrumentos que possam assegurar o exercício da *accountability*, por meio do qual será possível verificar se aquela afirmação tem sustentação tanto teórica, quanto analítica e empírica.

Adotamos a premissa de que existem mecanismos institucionais que garantem a prática da *accountability* no Brasil e que não coincidem com os mecanismos de *checks and balances*.

Constatada a existência de tais mecanismos, cumpre verificar se eles garantem uma efetiva *accountability*. Mais do que isso, se é possível dimensionar analítica e empiricamente a existência ou não de *accountability*, bem como a eficácia destes mecanismos. Esta a hipótese a ser trabalhada.

Se há mecanismos para a *accountability* e, apesar disso, ainda são procedentes os prognósticos de falta de *accountability*, cabe verificar a procedência da afirmação de falta de mecanismos, ou se o *déficit* de *accountability* deve-se a outros fatores.

Não se tem como objetivo solucionar o problema da teoria contemporânea, mas realizar uma análise conceitual e sistemática deste mecanismo de controle atual, a fim de que possamos verificar qual a sua utilidade e se sua implementação e/ou aprimoramento pode nos aproximar da democracia desejada com a maior eficácia da representação.

Contexto da discussão na literatura

A literatura brasileira e internacional, em sua maior parte, afirma ser a prática da *accountability* em países com democracias recentes ora

inexistente, ora insuficiente. Um dos artigos mais importantes sobre o tema, de Guillermo O'Donnell, autor que cunhou os termos *accountability* horizontal e vertical, tem o seguinte início:

"My interest in horizontal accountability stems from its absence. Many countries, in Latin America and elsewhere, have recently become political democracies, or to borrow Robert A. Dahl's term, "polyarchies," satisfying the criteria of fair and free political competition that Dahl stipulates. This is no mean feat; even some countries that regularly hold elections fail to meet these criteria. My focus here, however, is on countries that do qualify as polyarchies, but have weak or intermittent horizontal accountability."³ (grifei).

Para o autor, nos países latino-americanos ocorre o controle realizado pelas eleições livres e justas, que constitui o controle efetuado pela *accountability* vertical, mas não o controle entre os órgãos da administração, que considera inexistente, fraco ou intermitente.

Neste mesmo sentido, temos a afirmação de Offe:

"À medida que o número de democracias cresce, sua qualidade parece decrescer, dando origem a reclamações bem fundadas de que as novas democracias parecem ter se degenerado em democracias meramente "eleitorais" ou "delegadas", ou mesmo democracias defeituosas com "domínios reservados", controlados como privilégio por elites não submetidas a nenhuma forma de *accountability*."⁴

³ O'DONNELL, Guillermo. "Horizontal Accountability in New Democracies" in *Journal of Democracy*, Volume 9, Number 3, July, 1998.

⁴ OFFE, Claus. "A Atual Transição da História e Algumas Opções Básicas para as Instituições da Sociedade", pp. 119-145. In Pereira, Luiz Carlos Bresser; Wilhelm, Jorge; Sola, Lourdes. *Sociedade e Estado em Transformação*, São Paulo, Editora UNESP, 1999, p.123.

Há, ainda, autores que relacionam o *déficit de accountability* horizontal com o fato de se atribuir muitos poderes ao Poder Executivo:

“No Brasil, como se verá nos próximos capítulos, parte da estabilidade alcançada o foi à custa de uma significativa concentração de poderes nas mãos do Executivo e dos líderes partidários no interior do Congresso, concentração que tem feito com que o sistema político opere com um evidente *déficit* em termos de *accountability* horizontal.”⁵

Há ainda aqueles que vaticinam um futuro bastante nebuloso para o Brasil. É o caso de Mainwaring, ao dizer que, se a falta de *accountability* não for prontamente pensada e enfrentada, a instabilidade política pode voltar a ser um problema, pois, no mínimo, as eleições viabilizariam a ocupação do poder por líderes anti-partidos e meios extra-institucionais⁶.

Por outro lado, há autores brasileiros que descrevem mecanismos de *accountability* em pleno funcionamento:

Há estudos que se destinam a analisar instituições específicas, tais como os de Maria Tereza Sadek sobre a atuação do Ministério Público, os quais comprovam que, ao menos essa instituição tem a importante função de implementar a *accountability* horizontal:

“As atuações de vários Procuradores da República na apuração de atos de improbidade e na defesa do patrimônio público têm alcançado grande repercussão política e judicial. Bastaria lembrar as investigações sobre o

⁵ ANASTASIA, Fatima; MELO, Carlos Ranulfo e SANTOS, Fabiano. *Governabilidade e representação política na América do Sul*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer; [São Paulo]: Fundação Editora da UNESP, 2004, p.51.

ex-deputado federal pelo Acre, Hildebrando Pascoal; sobre o ex-ministro do Esporte e Turismo, Rafael Greca; sobre o ex-senador Luiz Estevão; sobre doze ministros de estado que teriam se utilizado de aviões da FAB para fins privados; sobre o ex-presidente do Banco Central, Francisco Lopes; sobre o juiz Nicolau dos Santos Neto; sobre o ex-secretário geral da Presidência, Eduardo Jorge Caldas Pereira (...) Efetivamente, o controle da administração pública tem se transformado em uma atividade praticamente geral do Ministério Público, sendo difícil distinguir, deste ponto de vista, as diferentes instituições estaduais. Mesmo em estados menores e habitualmente com menor impacto na mídia e na vida nacional, tem sido possível observar o trabalho do Ministério Público. No Acre, por exemplo, segundo informações publicadas na imprensa (Jornal *Folha de São Paulo*, 24/8/2000), dos 16 prefeitos que postularam a reeleição em 2000, 15 estão sendo investigados pelo Ministério Público daquele Estado, por irregularidades nas administrações municipais”.⁷

Vê-se, portanto, que no país há mecanismos que possibilitam o exercício efetivo de *accountability* horizontal, e que não é de todo ausente a sua prática. É claro que podemos questionar se eles são incipientes ou suficientes, mas certamente não são inexistentes. Neste mesmo sentido, podemos destacar a existência de outros mecanismos previstos:

“Agindo de acordo com as prescrições legais, as Ouvidorias de polícia vêm ganhando espaço junto aos meios de comunicação e parecem estar se consolidando como um canal de acesso para que o cidadão possa conhecer o trabalho da polícia e, quando necessário, denunciar os abusos e fazer sugestões sobre o desempenho destes servidores públicos. Se a

⁶ MAINWARING, Scott. *Op. Cit.*, pp.3-33.

⁷ SADEK, Maria Tereza. “Cidadania e Ministério Público” in Sadek, Maria Tereza (org.). *Justiça e Cidadania no Brasil*. Editora Sumaré/Idesp, São Paulo, 2000, pp. 20 e 21.

atuação dos policiais vem ganhando visibilidade na mídia, muito se deve ao trabalho da Ouvidoria de polícia”.⁸

Nota-se que há possibilidade de diálogo entre os cidadãos e as instituições prestadoras de serviços públicos: é claro que a eficiência pode não ser a que se almeja, mas devemos então traçar critérios de eficiência e desempenho desejáveis: mais uma vez deve-se lembrar que somente aí podemos dizer que os mecanismos existentes são suficientes ou insuficientes, fortes ou fracos. Ainda sobre a existência ou inexistência de *accountability* horizontal, podemos citar Przeworski, que entende existir *accountability* horizontal nas democracias latino-americanas. Cita como exemplo:

“(...) penso que o argumento de O’Donnell (1994, 1997a), de que as democracias na América Latina são distintas das bem estabelecidas porque elas sofrem da ausência de *accountability* horizontal, está de fato incorreto. Essa é apenas uma impressão, mas vejo, em muitos países da América Latina, instituições, tais como legislativos, cortes, agência de fiscalização, *Ombudsman Institutions* (tal como a Promotoria Pública no Brasil), partidos políticos, imprensa independente etc., que não são fracas ao exercerem *checks and balances* sobre o executivo, bem como umas nas outras, quando comparadas com a Inglaterra, a Itália, França, ou mesmo os Estados Unidos.”⁹

Da análise dos argumentos acima, adota-se como hipótese que, não obstante a afirmação de ausência da prática de *accountability* no país; existem mecanismos institucionais previstos no nosso ordenamento, muitos dos quais em pleno exercício.

⁸ CUNHA, Luciana Gross. “Ouvidoria de Polícia de São Paulo” in Sadek, Maria Tereza (org.). *Justiça e Cidadania no Brasil*. Editora Sumaré/Idesp, São Paulo, 2000, p. 302.

⁹ PRZEWORSKI, Adam. “O Estado e o Cidadão” pp. 323-145. In Pereira, Luiz Carlos Bresser; Wilhelm, Jorge; Sola, Lourdes. *Sociedade e Estado em Transformação*, São Paulo, Editora UNESP, 1999, p.347.

O exame do acerto ou não dessa afirmação de falta de *accountability* pressupõe a definição do que exatamente seja a *accountability*, sobretudo, porque a palavra é empregada em diversos sentidos. É possível notar que algumas idéias e expressões são sempre recorrentes: responsabilidade, prestação de contas, moralidade administrativa, poder, abuso de poder, controle de poder, mecanismos de freios e contrapesos.

Daí a relevância de nos debruçarmos, inicialmente, sobre o seu significado. Somente a partir da identificação de seus elementos essenciais será possível analisar a construção do conceito e tirar algum proveito instrumental analítico para a nossa realidade política atual.

A abordagem será diferente da realizada por O'Donnell e Mainwaring, alguns dos autores centrais na atualidade que abordaram o tema sob a perspectiva latino-americana, porque o enfoque será dado em como as dimensões que formam o conceito apareceram na discussão dos mecanismos de controle do poder por autores clássicos da ciência política, tais como em Montesquieu e pelos Federalistas. Ao situar historicamente as dimensões do conceito, o presente trabalho também se diferencia do de Schedler, autor que isolou as dimensões da *accountability* tornado-as mais visíveis.

Observamos, ainda, a partir da análise da bibliografia estudada, que, na maioria das vezes, quando se faz referências à necessidade de *accountability*, faz-se menção a mecanismos de controle entre instituições: seriam os mecanismos de controle "horizontais". Tal expressão é utilizada tanto para os controles exercidos entre os diferentes poderes quanto para as diferentes agências do poder público. Daí a recorrente afirmação de que a *accountability* consiste em atributo ou mecanismo de exercício dos *checks and balances* :

"Neste sentido torna-se necessário repensar os mecanismos para a *accountability* horizontal, de maneira que as diferentes ramificações do

poder público estatal possam controlar-se melhor umas às outras. Além disso, é possível que seja necessário ampliar os âmbitos e os tópicos de escolha dos cidadãos. Entretanto, um problema que ainda está pendente refere-se à eleição de seus representantes políticos e, por sua vez, se apenas pode atuar como sujeito mediado por estes”.¹⁰

Adotamos, entretanto, a hipótese de que a *accountability* não coincide com o instituto dos *checks and balances*, não constituindo nem um atributo, nem um mecanismo deste.

Desta maneira, acredita-se ser necessário distinguir o instituto da *accountability* do dos *checks and balances*, porque se referem a controles diferentes: tanto no que diz respeito aos agentes que o exercem ativamente, quanto aos que sofrem este controle. Disto decorre a seguinte afirmação: há mecanismos institucionais que asseguram o exercício dos *checks and balances* e os que asseguram a *accountability*: como não se confundem, devem ser diferenciados, a fim de se detectar como os cidadãos podem influenciar no poder político exercido.

Nota-se que, embora os termos “controle”, *checks and balance* e *accountability* sejam evocados expressamente em *Os Federalistas* ou em *O Espírito das Leis* de Montesquieu, será demonstrado no decorrer do trabalho que são controles diversos e que a demanda mais substancial por *accountability* entra em cena somente a partir da adoção do sufrágio universal nos governos modernos e contemporâneos.

É possível identificar nos autores clássicos referências a controles, que são exercidos, na maior parte, a partir de *checks and balances* e eleições periódicas, livres e justas, mas não há abordagem teórica sobre o conceito

¹⁰ GRAU, Nuria Cunill. “Situando algumas das condições de um novo contrato social: a ruptura de mitos para a reconstrução e desenvolvimento de seus negociadores”. In Pereira, Luiz Carlos Bresser; Wilhelm, Jorge; Sola, Lourdes. *Sociedade e Estado em Transformação*, São Paulo, Editora UNESP, 1999, p. 235.

de *accountability*. Daí partir do diálogo entre os conceitos de representação e *accountability* e de *checks and balances* e *accountability*.

Este trabalho está desenvolvido em três partes: a primeira analisa o conceito de *accountability* e outros conceitos correlatos; a segunda analisa a existência deste mecanismo na realidade legal brasileira e a terceira estuda alguns casos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça dos anos de 2000 a 2005, tomando-se como instrumento de análise a ação popular enquanto instrumento de *accountability*.

No primeiro capítulo, estuda-se a *accountability* e a sua relação com o conceito de representação, a fim de se entender de que modo as concepções do que é ser representante estão ligadas à necessidade de um controle do tipo da *accountability*.

No segundo capítulo, procura-se realizar uma análise crítica do conceito *accountability*, intentando-se limpar o terreno conceitual para a obtenção de um conceito instrumental para a análise de sua existência. O enfoque é dado nas dimensões que podem ser apreendidas dos conceitos apresentados contemporaneamente por O'Donnell, Mainwaring e Schedler, com o fito de se obter um parâmetro mínimo para identificar as previsões legais deste tipo de controle no ordenamento jurídico do Brasil.

No terceiro capítulo, tendo-se identificado que muitas vezes o conceito de *accountability*, na sua modalidade "horizontal" (a que se dá no âmbito intra-institucional estatal), vem concebida ou relacionada com o sistema de controle dos *checks and balances*, parte-se para o estudo comparativo destes controles, tomando-se como hipótese que não seriam conceitos equivalentes.

No quarto capítulo, indaga-se de que maneira o surgimento da burocracia tornou importante a criação de algum mecanismo de controle para assegurar que ela atue nos interesses da coletividade, considerando-se o seu aumento gradual de poder e a impossibilidade de controle somente pela via eleitoral.

Na segunda parte, estuda-se a realidade legal brasileira a fim de verificar a existência de mecanismos institucionais de controle da atuação dos agentes públicos.

No quinto capítulo, parte-se da análise da Constituição Federal de 1988, identificando-se os mecanismos que viabilizam a *accountability*. Neste momento, supõe-se que a ação popular é o mecanismo de *accountability* por excelência na realidade jurídica brasileira. Em seguida, toca-se apenas tangencialmente no tema da Judicialização da política, por ser uma questão que surge em consequência da manifestação jurisprudencial de temas políticos. Em seguida, analisa-se alguns mecanismos de *checks and balances* e de *accountability* previstos constitucionalmente.

No sexto capítulo, inicia-se a análise das ações populares, o motivo de sua escolha, o exame de suas origens, e os seus requisitos.

No sétimo capítulo, descreve-se sucintamente a organização judiciária e a competência com o fim de preparar o terreno para o entendimento da análise jurisprudencial justificando-se a escolha dos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça.

No oitavo capítulo, são analisados casos julgados entre 2000 e 2005, todos relativos à ação popular demonstrado-se que a ação popular é o instrumento primordial de *accountability* na realidade política brasileira.

Por fim teceremos as considerações finais.

CAPÍTULO 1. ACCOUNTABILITY E REPRESENTAÇÃO

A necessidade de que os agentes públicos, entendidos no sentido amplo da palavra, prestem contas de seus atos aos cidadãos só surge e faz sentido no contexto de uma democracia representativa contemporânea, ou melhor, em uma república pautada pelo princípio da igualdade intrínseca¹¹.

Isto porque, para que os agentes públicos prestem contas de suas atividades aos cidadãos, é necessário que representantes e representados sejam idealmente considerados como possuidores de um patamar mínimo de igualdade no nível do conhecimento e da informação. Deste modo, será provável que o representante considere a opinião dos cidadãos. Nota-se, também, que é através da utilização do instrumento da representação que a sociedade civil participa da orientação do poder político institucionalizado, pautando-se pelo pressuposto de que todos os cidadãos são iguais.

O procedimento de escolha institucionalizado já existe em suas linhas gerais, há mais de dois séculos e não é contestado, salvo algumas questões específicas sobre os sistemas eleitorais. No entanto, a natureza da representação nunca foi objeto de consenso. Dependendo da concepção, ter-se-á diferentes tipos de relação entre o representante e o representado.

Além disso, é preciso observar que somente a partir do momento em que nasce um tipo de cidadão, que é o que efetivamente pode participar da coisa pública, é que serão formuladas demandas por *accountability*. Se considerarmos a *accountability* como um instrumento de controle da soberania popular sobre os atos dos representantes eleitos e dos agentes públicos em geral,

¹¹ Dahl, Robert A. *Sobre a Democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Universidade de Brasília. Brasília. 2001, pp.75-81.

algumas concepções do conceito de representação não serão compatíveis com o exercício da *accountability*.

Hannah Pitkin¹², ao discorrer sobre o conceito de representação, já alertou para que se diferenciasssem os sentidos da palavra: há diferentes visões de representação, cada qual com seus pressupostos.

1.1. A *accountability* e as concepções de representantes e cidadãos representados

Pitkin toma como pressuposto que o representante sempre age no interesse dos representados: deste modo, quando há conflitos entre a ação do representante e a vontade dos representados, os representantes precisarão explicar por quais motivos os interesses destes não coincidem com os seus desejos¹³. Em outras palavras, para esta autora, é possível que os representantes ajam no interesse dos eleitores mas contra a vontade destes. Neste caso, deverão explicar suas ações dando seus motivos e justificando-as¹⁴.

Esta necessidade de responder e fornecer a motivação dos atos praticados aos representados somente pode ter lugar quando se concebe a

¹² PITKIN, Hannah Fenichel. *The Concept of Representation*. University of California Press: Berkley, 1972.

¹³ Para Pitkin o *interesse* é diferente da *vontade* ou dos *desejos*. Quando o agente público age em nome do interesse dos cidadãos ele age no real benefício deste. Isto porque pode ocorrer que os cidadãos tenham vontades ou desejos impetuosos que não correspondam aos seus interesses. Por exemplo, os cidadãos podem desejar a construção de uma ponte que una dois pontos da cidade, mas esta ponte pode prejudicar todo o meio ambiente e a longo prazo o desenvolvimento não será sustentado. O *interesse* é o que realmente beneficiará o cidadão, os desejos podem constituir vontades particulares impetuosas. Segundo esta concepção *interesse* é o que os representantes entendem como o melhor para o bem comum; a *vontade* é o que o eleitor vê como sendo melhor. Neste sentido, a definição de Pitkin coloca o representante como um ser superior, que pode perceber o que é mais vantajoso para o bem comum, em detrimento do particular.

¹⁴ *Id.*, *Ibid*, pp.209/210 "And, despite the resulting potential for conflict between representative and represented about what is to be done, that conflict must not normally take place. The representative must act in such a way that there is no conflict, or if it occurs an explanation is called for. He must not be found persistently at odds with the wishes of the represented without good reason in terms of their interest, without a good explanation of their wishes are not in accord with their interest."

representação de uma determinada maneira. Como a própria autora salienta, representar pode ter diversos significados dependendo da maneira como se entende o que são interesses (se aferíveis individualmente ou se coletivos, se individuais ou se supra-individuais) ou do modo em que o representante e o representado são determinados.

Para existir a necessidade de dar os motivos e as razões de suas ações, o representado precisa ser concebido enquanto indivíduo capaz de ação independente e de discernimento, e não como uma pessoa a ser tutelada.

Há, basicamente, três maneiras de entender esta relação. Se o representante for definido como membro de uma elite com conhecimento e sabedoria superior, como Burke o fazia, menos sentido fará consultar os eleitores. Por outro lado, se representantes e representados são considerados em um patamar de igualdade no nível do conhecimento e da informação, é provável que os primeiros considerem a opinião dos seus eleitores e que estes possam avaliar e fiscalizar as ações daqueles. Por fim, se o representante for um homem comum e não possuir conhecimento especial algum, é impensável que não ouça seus eleitores.

Quando os assuntos políticos são pensados como questões de conhecimento, para as quais é possível encontrar respostas corretas e válidas, o representante é tido como um *expert*, passando a ser irrelevante a opinião dos eleitores. Quando as questões políticas são tidas como escolhas a serem feitas no calor do momento, sem parâmetros racionais, tais como a escolha de uma cor, não necessitam de justificativas e motivações, portanto, o representante tende a consultar mais a opinião de seus eleitores e a agir de modo menos independente. Nos dois extremos a representação desaparece.

Assim, a representação pode ser considerada um mecanismo no qual não há necessidade de se consultar os representados: esta é, no limite, a concepção burkeana de representação. Neste tipo de concepção de representação,

não faz sentido que uma pessoa, com conhecimentos técnicos e habilidades superiores preste contas de seus atos aos cidadãos, pessoas não tão bem preparadas quanto ele.

Entretanto, conforme Pitkin observou, os assuntos políticos geralmente podem ser situados em um lugar intermediário em que as questões políticas não são tão arbitrárias quanto optar por uma dentre duas comidas; mas também não são questões de conhecimento que um *expert* possa fornecer a resposta correta. É neste contexto que a representação política surge enquanto uma atividade substantiva e é relevante: quando a racionalidade, no campo da política, não é garantia de concordância ou quando as escolhas não são decisões meramente arbitrárias.¹⁵ E podemos observar que este é justamente o campo da discricionariedade segundo a qual o representante atua.

O representante, uma vez incorporado no organismo estatal, exerce funções típicas da administração pública, dispondo de poderes que lhe possibilitam agir com supremacia sobre o particular, tendo em vista, que persegue interesse público. Tais poderes devem ser praticados de acordo com rígidos parâmetros legais para evitar tanto o abuso de poder quanto o desvio de finalidades públicas, de modo que o poder não seja exercido arbitrariamente.

No caso em que a lei determina como a administração pública deve agir sem deixar opções, ou seja, determina como a administração pública deve agir em todos os aspectos na hipótese prevista, diz-se que o ato é vinculado. Há casos, entretanto, em que a lei não regula todos os aspectos e todas as possibilidades de ação da administração pública. Neste caso, o administrador público pode optar entre varias soluções, diz-se então que o poder da administração é discricionário:

“Em outras hipóteses, o regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa; a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre varias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Nesses casos o poder da Administração é discricionário, porque a

adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador. Mesmo aí, entretanto, o poder de ação administrativa, embora discricionário, não é totalmente livre, porque, sob alguns aspectos, em especial a competência, a forma e a finalidade, a lei impõe limitações. Daí porque se diz que a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei; se a Administração ultrapassa esses limites, a sua decisão passa a ser arbitrária, ou seja, contrária à lei.¹⁶

Será no campo da discricionariedade, em que é possível maior elasticidade na ação e a escolha tem como base critérios com um traço de subjetividade que a ação política terá que ser mais controlada.

A possível obscuridade trazida com o poder discricionário terá que ser iluminada por instrumentos de controle, que conduzam as ações ao campo da transparência, da publicidade, das motivações para as opções políticas, pois como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, a liberdade que o poder discricionário confere ao agente público é relativa “no sentido de que a liberdade deferida por lei só existe na *extensão, medida ou modalidade* que dela resultem”¹⁷.

Tais instrumentos também poderão trazer em seu bojo a prontidão para sancionar eventuais abusos e arbitrariedades. Para tanto são necessários os mecanismos de controle cidadão, tal como a ação popular, que pode ser utilizada por qualquer cidadão contra ilegalidades ou imoralidades praticadas pelo Poder Público ou entidades de que ele participe a fim de evitar ou anular atos lesivos ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico cultural.

¹⁵ PITKIN, Hannah, *Op. cit.*, p. 212.

¹⁶ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17ª edição, São Paulo, Atlas, 2004. p. 205.

¹⁷ Bandeira de Mello, Celso Antônio. “‘Relatividade’ da competência discricionária” in *Revista de Direito Administrativo*, Abril/Junho, 1998, vol 212, pp. 49/56. Renovar, Fgv, p. 53.

1.2. *Accountability* e independência do representante

Devido a esta percepção do lugar das questões políticas em um *locus* intermediário, não pautado pela estrita racionalidade e muito menos pelas vontades e paixões, mas sim mesclado por todas essas características, é que o conceito de representação de Pitkin significa agir independentemente no interesse dos representados, mas respondendo a eles. Como acima afirmamos, isto está relacionado ao grau de liberdade de ação e ao âmbito da discricionariedade do agente público ou representante.

O que significa “agir independentemente”? Pitkin entende que que o representante pautará suas ações segundo seus próprios critérios e julgamento. Decidirá segundo seu juízo, mas de modo consentâneo com o que entende ser a vontade dos representados. É claro que poderão ocorrer eventuais conflitos entre a ação do representante e os desejos dos representados mas, em regra, o representado deverá agir de modo a não suscitar conflitos. Quando os conflitos ocorrerem, o que é perfeitamente esperado, explicações precisam ser prestadas, pois neste momento, o representante deverá tornar claro aos representados os motivos pelos quais os seus desejos divergem de seus interesses.¹⁸

Há uma margem de discricionariedade, colocada à disposição dos agentes públicos, justamente para garantir a independência necessária para a ação de representar. Não obstante, esta liberdade discricionária vem acompanhada de parâmetros limitantes, tais como a obrigação de motivação e publicidade dos atos

¹⁸ *Id., Ibid*, p. 208. “The formulation of the view we have arrived at runs roughly like this: representing here means acting in the interest of the represented, in a manner responsive to them. The representative must act independently; his action must involve discretion and judgement; he must be

praticados. No Brasil, por exemplo, os princípios da publicidade e da motivação dos atos administrativos têm previsão constitucional.

Neste sentido, são pertinentes as observações de Manin acerca dos princípios do governo representativo. Manin, em *The Principles of Representative Government*, afirma que o governo democrático reúne características não democráticas e contrapesos democráticos. Por exemplo, nos governos representativos são ausentes os mandatos imperativos. Esta ausência confere um grande grau de independência de ação dos representantes em relação aos eleitores, de modo que os eleitores, a bem da verdade, não têm suas vontades atendidas e não formulam políticas públicas. Sob este ângulo, a afirmação shumpeteriana de que as eleições são um arranjo institucional, segundo o qual o povo seleciona aqueles que tomarão decisões políticas, tem sua razão de ser.

Mas isto tudo depende de como os representantes são considerados. Esta é uma concepção formalista da representação, tal como entendida por Pitkin, que a subdivide em duas: a da autorização e a da *accountability*.

Para a referida autora, a característica básica da teoria formalista representativa da autorização é a seguinte: o representante é alguém autorizado a agir; a ele foi atribuído o direito de agir e os representados são responsáveis pelas ações praticadas como se eles a tivessem realizado. Tal visão é distorcida em favor do representante, que passa a ter mais direitos e menos responsabilidades. A representação é concebida como uma autorização dada em branco (Voegelin, Hobbes, Weber). O representante é autorizado a agir em nome de outros, ele delibera e decide pelos outros, sendo que o critério crucial são as eleições que transferem a autorização necessária para agir. Neste sentido, as eleições são atos de “vestimenta de autoridade”.¹⁹

the one who acts. The represented must also be (conceived as) capable of independent action and judgement, not merely being taken care of.”

¹⁹ PITKIN, Hannah, *Op. cit.*, pp. 42/43.

A teoria formalista representativa da *accountability* define o representante como alguém que deve ser sempre mantido sob controle, que terá sempre que responder aos outros pelo que faz. O representante terá que responder àqueles que ele representa. Segundo Carl Friedrich, “se A representa B, presume-se que ele é responsável por aquilo que ele diz e faz”. Esta visão é oposta à visão da teoria representativa da autorização, que liberta o representante de responsabilidade pelas suas ações, imputando-a aos representados. No caso da teoria representativa da *accountability*, ser um representante significa ter obrigações novas e especiais.²⁰

Mas a questão que decorre de tais fatos é a seguinte: se os mandatos não são imperativos e as promessas feitas durante as campanhas não vinculam, como as instituições representativas estabelecem alguma ligação entre a decisão dos que governam e os interesses políticos dos cidadãos?²¹

É claro que quebrar promessas tem uma carga negativa com possíveis sanções morais, porém a expectativa de que os cidadãos punam moralmente os agentes públicos não é suficiente para que estes produzam políticas consentâneas com os *interesses* daqueles.

Neste ponto, pode ser destacada a importância do papel da *accountability* para assegurar tal conexão. Ela fornecerá o contrapeso democrático atuante com força contrária à independência dos representantes. Mas é importante notar que a *accountability* é um instrumento de soberania popular dentro do contexto do governo representativo, ela não é um mecanismo de ação do “governo do povo pelo povo”. Ela é um instrumento do povo para que os representantes do povo ajam segundo os seus interesses. Ora, se existisse um governo do povo, pelo povo, se fosse possível existir tal tipo de governo atualmente (uma democracia direta), os institutos representativos não teriam serventia.

²⁰ *Id., Ibid*, p.55.

²¹ MANIN, Bernard. *The Principles of Representative Government*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997, p.161.

Nota-se, ainda, que não são apenas os agentes públicos eleitos que devem ser controlados: uma gama maior de agentes que ocupam cargos não eletivos deve ser controlada. Há uma série de cargos burocráticos ocupados por agentes que também devem representar os interesses públicos, agindo em nome do bem comum e devem ter, de algum modo, seus atos examinados.

Segundo Di Pietro, “agente público é toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta”. Vê-se, que o termo agente público é amplo. A autora o subdivide em quatro categorias: agentes políticos; servidores públicos; militares e particulares em colaboração com o Poder Público.²²

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a expressão agentes públicos é “a mais ampla que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente”.

Prossegue o autor:

“Quem quer que desempenhe funções estatais, enquanto as exercita, é um agente público. Por isto, a noção abarca tanto o Chefe do Poder Executivo (em quaisquer esferas) como os senadores, deputados e vereadores, os ocupantes de cargos ou empregos públicos da Administração direta dos três Poderes, os servidores das autarquias, das fundações governamentais, das empresas públicas e sociedades de economia mista nas distintas órbitas de governo, os concessionários e permissionários do serviço público, os delegados de função ou ofício publico, os requisitados, os contratados sob locação civil de serviços e gestores de negócios públicos.”²³

²² Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Op. Cit. P. 431 a 433,

²³ Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª edição. Malheiros, São Paulo. Pp. 219 e 220.

Para o referido autor, os agentes políticos são “os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, isto é, são os ocupantes dos cargos que compõem o arcabouço constitucional do Estado e, portanto, o esquema fundamental do poder. Sua função é a de formadores da vontade superior do Estado.” Para ele, são agentes políticos apenas o Presidente da República, os Governadores, os Prefeitos e respectivos auxiliares imediatos (Ministros e Secretários das diversas pastas), os Senadores, os Deputados e os Vereadores.

Observa-se, então, que os agentes políticos tal como classificado acima apenas englobam os agentes eleitos. Mas há uma gama muito maior de agentes públicos, não eleitos, que também devem representar os interesses públicos quando atuam. Daí a importância de um controle não só dos agentes políticos, durante as eleições, mas dos agentes públicos em sentido amplo, durante todo o tempo.

Como a própria Pitkin já analisou e expôs detalhadamente, representar é, de algum modo, tornar presente algo ausente. Por isso, o que diferencia o governo representativo são alguns elementos centrais, como a delegação do governo a um número limitado de cidadãos e a independência parcial dos representantes. Para Manin, esta última constitui a característica central da forma representativa de governo. Mas como assegurar que os “presentes” irão atuar no interesse dos “ausentes”?

A grande margem de liberdade de atuação dos representantes em relação aos representados é controlada, como Manin observa, por um contrapeso democrático: a liberdade de associação e de opinião dos eleitores. Estes contrapesos formam, indiretamente, uma das dimensões principais da *accountability*: a de transparência dos atos de gestão pública. A liberdade de opinião política depende de dois requisitos principais: acesso à informação política e liberdade de expressão de opiniões políticas a qualquer tempo. A transparência das motivações

dos atos praticados é importante por constituir o material possível para a apreciação crítica dos cidadãos.

O acesso à informação política é imprescindível para que os cidadãos formem sua própria opinião política e, para isso, as decisões governamentais devem ser públicas. Foi a partir desta demanda que os debates parlamentares tornaram-se públicos na Grã-Bretanha do século XVIII.²⁴

A liberdade de expressão de opiniões políticas a qualquer tempo é um contrapeso à ausência do direito de instrução. Os cidadãos não podem instruir o voto de seus representantes, mas podem tornar a sua vontade conhecida por aqueles que tomam as decisões finais. Na realidade, a liberdade de expressão também possibilita que os governados conheçam as opiniões de seus pares e possam se agrupar, viabilizando a capacidade de organização, ação e pressão em relação ao governo.

Manin observa que todos estes contrapesos democráticos a elementos considerados não democráticos do governo representativo existem para fazer frente ao alto grau de independência dos representantes eleitos: as plataformas políticas de campanha não vinculam e as promessas feitas durante as campanhas podem ser quebradas. E a justificativa para tais características do modelo representativo é a de que o mandato imperativo pressupõe que o governo saiba de antemão as situações a serem enfrentadas durante o mandato, o que é impossível.

Portanto, considerando-se que o povo não governa através de seus representantes (porque vedados os mandatos imperativos e as plataformas de campanha não são vinculantes), e que muito pelo contrário, estes possuem alto grau de independência para decidir, são necessários mecanismos institucionais que garantam que os representantes agirão segundo os interesses dos representados.

²⁴ MANIN, Bernard. *Op. cit.*, p. 167.

Em última instância, o único desejo do povo que vincula é o voto mas, mesmo assim, não garante a ação dos agentes políticos segundo os seus interesses. O único incentivo para que o façam reside na característica recorrente das eleições, que possibilitaria a *accountability* eleitoral, retrospectiva.

Algumas das teorias normativas da democracia, como a de Dahl, salientam a importância das eleições periódicas com o fim de manter os governantes *accountable*, mas nenhuma indica precisamente o mecanismo através do qual a renovação de seus votos através das eleições periódicas afetam as decisões públicas.²⁵

Em sua concepção final de representação, Pitkin²⁶ adota parte da teoria representativa da *accountability*, segundo a qual o representante deve ser sempre mantido sob controle e terá sempre que responder àqueles que ele representa. Para a autora, um governo é representativo demonstrando que os seus cidadãos têm controle sobre o que ele faz. Todas as ações do governo são distribuídas pelas suas competências, legalmente determinadas. Porém, em um governo representativo, a atribuição tem um conteúdo substantivo: o povo realmente age através de seu governo, não é recipiente passivo de suas ações. As eleições não são apenas uma “vestimenta de autoridade” que transfere a autorização necessária para agir, não são mera formalidade.

Vê-se, portanto, que para a representação enquanto atividade substantiva ocorrer, são necessários mecanismos para que os representados expressem seus interesses e suas opiniões, bem como canais de comunicação para que os representantes prestem esclarecimentos sobre suas decisões. Não precisam prestar contas o tempo inteiro, mas precisam estar em condições permanentes para responder quaisquer questões: devem ter prontidão para responder.

²⁵ MANIN, Bernard. *Op. cit.*, p. 167.

²⁶ PITKIN, Hannah, *Op. cit.*, p.43.

O governo representativo não é definido por ações particulares em um momento particular, mas por arranjos sistemáticos de longa duração – por instituições e pelo modo como elas funcionam²⁷. O problema aqui é procurar mecanismos institucionais que garantam explicações, respostas e motivações sistemáticas.

Pitkin elenca poucos pré-requisitos para caracterizar o governo representativo:

- 1) Eleições genuínas e livres;
- 2) Corpo representativo colegiado com capacidade decisória e não meramente opinativa;
- 3) Descentralização de poder;
- 4) Possibilidade de expressão da minoria.

A noção de governo representativo de Pitkin incorpora elementos gerais, abstratos e metafóricos, bem como elementos concretos, práticos e histórico-institucionais. Sua noção tem componentes substantivos e formais, que revelam a tensão entre finalidades e institucionalização: os homens têm objetivos e finalidades em suas mentes e desejam atingi-los materialmente e é com este fito que estabelecem instituições – leis escritas, estabelecem corpos administrativos, montam programas de treinamento, dentre outras. Porém, as instituições desenvolvem-se em seu próprio ritmo e não funcionam sempre como desejado, às vezes não produzindo o resultado para o qual foram arquitetadas. Entretanto, o esforço deve ser direcionado a tentar aproximar o mais próximo possível do resultado desejado.²⁸

²⁷ *Id, Ibid.* pp.233 e 234.

²⁸ PITKIN, Hannah, *Op. cit.*,p. 236.

Observamos que, mais do que fornecer uma concepção taxativa do conteúdo do conceito, Pitkin defende a necessidade de uma concepção ideal do que é representação, mas que ao mesmo tempo não desconsidere a realidade política²⁹.

Em suma, considerando-se que na realidade os cidadãos não governam através de seus representantes (dimensão fática), mas que os representantes, quando atuam, devem fazê-lo segundo o interesse público (dimensão normativa), é necessário existir imposições legais institucionais para assegurar tal conexão.

Este elemento-chave consiste na *accountability* (instrumento de adequação fática) expressa em todos os mecanismos institucionais previstos que pretendem estabelecer tal ligação, possibilitando que os cidadãos requisitem dos representantes esclarecimentos sobre as decisões discricionárias, com previsões sancionatórias para o caso de não fazê-lo (sanção estrito senso), caso seja apurado algum dano (responsabilidade).

Neste sentido, a *accountability* reafirma o princípio da igualdade, ao colocar em um mesmo patamar cidadãos e agentes públicos e possibilitar que os cidadãos, se não podem governar, ao menos possam controlar a execução dos atos de gestão dentro dos limites legais e critérios de proporcionalidade e razoabilidade.

Como vimos anteriormente, os agentes públicos em sentido amplo compreendem não apenas os agentes políticos, mas uma gama maior de agentes que atuam em nome do estado e o devem fazer de acordo com o interesse público. Deste modo, considerando-se que as eleições somente constituem mecanismos de controle realizados em intervalos consideravelmente longos e que

²⁹ *Id., Ibid.*, p. 240. "The concept of representation thus is a continuing tension between ideal and achievement. This tension should lead us neither to abandon the ideal, retreating to an operational definition that accepts whatever those usually designates what representatives do; nor to abandon its institutionalization and withdraw from political reality."

controlam apenas os representantes eleitos, percebe-se que não são mecanismos de controle da gestão dos atos públicos cotidianos, mesmo porque apenas controlam retrospectivamente e há uma gama de atos de agentes públicos não eleitos que devem ser controlados. Portanto, há que se verificar outros meios que não as eleições para saber se há controle da gestão pública e se este mecanismo de controle é eficaz.

Além disso, a eleição é, sobretudo, um mecanismo de escolha de representantes e conseqüentemente de escolha de orientação política. Exerce a função preponderante de selecionar os representantes que devem agir no interesse dos cidadãos.

A *accountability*, por sua vez, constitui mecanismo de implementação da ação no interesse público. Por isso, é que somente no momento da reeleição de um candidato já eleito é que as eleições podem ser consideradas mecanismos de *accountability*, porque elas, quando recorrentes, terão a função de punir ou premiar os candidatos que tiveram bom ou mau desempenho na gestão exercida.

CAPÍTULO 2. DEFINIÇÃO DE ACCOUNTABILITY

“Em incidente de há pouco o secretário do Tesouro norte-americano fez referência descortês à América Latina. Segundo ele, um dos obstáculos a maior e mais rápida ajuda dos organismos internacionais a alguns países latino-americanos, entre eles, nomeadamente, o Brasil, seria a incerteza sobre o destino dos recursos destinados para nosso país. Explicitamente, disse ele que, por conta de incontrolada, ou incontrolável, corrupção, temia

que a ajuda financeira terminasse por se hospedar em sigilosas contas bancárias na Suíça.”³⁰

“Cientistas políticos gostam muito de falar em *accountability*. O conceito é bonito: *accountability* é a prestação de contas dos governantes com responsabilização diante de irregularidades. Mas isso não vai funcionar enquanto não mudarmos nossa maneira de fazer política. O governo está sendo cobrado, mas a participação do povo nesse processo ainda é reduzida. Políticos, em geral, têm medo que se pelam de fazer consultas populares. Veja o que acontece com a reforma política: o povo sabe que os parlamentares têm vantagens, gostam de mordomias e trabalham pouco. Exceções à parte, esta é uma verdade.”³¹

Pode-se acusar alguém que invoque em seu texto uma citação de jornal de ser leviano, ou se mais benevolente o leitor, de um casuismo superficial. Entretanto, ambos os trechos acima evocados exprimem uma preocupação que aparece, tanto em jornais cotidianos, quanto em artigos acadêmicos: como aplicar o conceito de *accountability* à realidade brasileira?

A fundamentação pragmática e explícita de tal preocupação é o acesso a recursos e investimentos internacionais, tais como os do tesouro norte-americano: precisamos aplicar o conceito porque a falta dele desperta a desconfiança sobre como a administração pública brasileira gerencia os recursos, não se sabendo se eles serão destinados aos seus devidos fins. Esta preocupação leva em consideração um elemento exógeno, os recursos internacionais.

Mas há também a preocupação no tocante ao gerenciamento dos recursos nacionais advindos da arrecadação pública. A inquietação interna pode ser apreendida do argumento, recorrente, de que a alta carga tributária

³⁰ SANTOS, Wanderley Guilherme. “A universalização da democracia”, pp. 33-43 in BENEVIDES, Maria Victoria; KERCHE, Fábio e VANNUCHI, Paulo (org.) *Reforma Política e Cidadania*. Editora Fundação Perseu Abramo, 2003 (1ª edição).

³¹ BENEVIDES, Maria Victoria em entrevista concedida ao jornal *O Estado de São Paulo* em 27 de março de 2005.

cobrada pelo Estado nem sempre tem como fim a destinação previamente estipulada, tendo-se em vista a malversação do dinheiro público.

O problema implícito e que deve ser analisado com mais cuidado é se há meios para saber se as pessoas responsáveis por gerir haveres públicos efetivamente agem no melhor interesse público na democracia brasileira e se há demanda interna neste sentido.

Anna Maria Campos, no Brasil, tratou especificamente do significado do termo. Em seu artigo “*Accountability*: quando poderemos traduzi-la para o português?”³², comparou aspectos políticos e culturais da sociedade brasileira com os da sociedade americana, salientando alguns limites sócio-culturais do contexto brasileiro para o surgimento dos elementos estruturais da *accountability*. As limitações consistiam na falta de consciência popular e do sentimento de comunidade, responsáveis pela participação mais efetiva da sociedade civil no monitoramento dos atos da burocracia estatal.

A análise não teve como foco os instrumentos institucionais à disposição dos cidadãos e também não considerou as diferenças estruturais de sistemas administrativos, pois não traçou as diferenças do contexto institucional da *accountability*. Mas esta análise foi realizada em 1990, apenas dois anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que trouxe diferentes instrumentos de controle dos agentes públicos, seja de competência do Ministério Público, seja à disposição dos cidadãos considerados individualmente e que podem ser exercidos diretamente.

Observa-se, também, que, desta análise até o momento, vivemos uma história de democracia ininterrupta de mais de dezessete anos, com a ocorrência de cinco eleições presidenciais, com todos os requisitos que se pode

³² Campos, Anna Maria. P. “*Accountability*: quando poderemos traduzi-la para o português?” em *Revista de Administração Pública*, Fev./Abr. 1990, Vol. 24 , nº 2, Rio de Janeiro, editora da Fundação Getúlio Vargas, pp. 30-49. p.37.

observar nas democracias mais consolidadas: alternância de poder, imprevisibilidade dos resultados, debates públicos e possibilidade de oposição.

Mecanismos de controle dos agentes públicos na realidade brasileira sempre estiveram presentes. É claro que em determinados momentos foram mais ou menos utilizados e atenderam a diferentes propósitos.

É possível que em épocas de autoritarismo haja até maior controle da burocracia submetida ao órgão ditatorial, tendo em vista a centralização do poder: um controle não interessado em esclarecer a cidadania, um controle exercido arbitrariamente. Mas o órgão ditatorial, por sua vez, não está sujeito ao controle cidadão. Observa-se assim, que o mero controle dos agentes públicos não se confunde com o controle dos agentes públicos a fim de informar a cidadania, a serviço da cidadania.

No Brasil, por exemplo, a ação popular, está prevista constitucionalmente desde 1934, possibilitando a qualquer cidadão o pleito à declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos ao patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios. Esta garantia constitucional é claramente um mecanismo de controle dos atos praticados por agentes públicos e reúne todos os elementos presentes no conceito da *accountability*, embora não tenha a mesma denominação. É um controle que pode ser exercido por qualquer cidadão, possibilitando a transparência da gestão pública, a motivação e justificação dos atos praticados e cominando uma sanção para os atos lesivos ao patrimônio público.

É lógico, portanto, que é possível existir instrumentos que reúnam as mesmas dimensões do conceito de origem anglo-saxão e que façam as vezes deste tipo de controle, cabe pesquisar e destacar quais são eles.

Faz-se necessário, também, salientar o tipo de sistema jurídico em que repousa o conceito: o termo surge no sistema da *common law*, direito não escrito de um país, baseado no costume, no uso e nas decisões das Cortes de

Justiça. Este sistema é diferente do brasileiro, que tal como o francês, o italiano e o alemão, estão filiados ao sistema de base romanística, que tem como fonte principal o direito legislado.

Assim sendo, não pode ser ignorado o fato de que o conteúdo do Direito Administrativo na Inglaterra e nos Estados Unidos é bem menos amplo que nos países que adotam o regime jurídico administrativo. Naqueles países, a relação da Administração e de seus funcionários rege-se pelo direito comum, sendo que a matéria relativa à organização administrativa é tratada pela Ciência da Administração como ramo da Ciência Política.³³

Considerando-se as diferenças de sistema jurídico adotado, pode-se notar que o único modo de tratar deste conceito de nomenclatura alienígena, será destacando as suas dimensões e identificando-as em nosso sistema.

As origens da palavra, como veremos a seguir, são remotas e o termo já foi discutido conjuntamente com a abordagem de outros conceitos, tal como o de representação, por Pitkin. Mas o debate atual da *accountability* tem lugar a partir da década de noventa, após a Terceira Onda de democratização e as divagações teóricas acerca da consolidação democrática.

Na América Latina, depois de décadas sob o domínio de governos autoritários, muitos países passaram a atender o requisito mais evidente de uma democracia, consistente em eleições livres e competitivas. Os países passaram a se preocupar em consolidar instituições representativas estáveis nas recém formadas democracias, por entenderem que em um mundo marcado pela crise institucional, esta democracia, asseguraria um desenvolvimento mais integral das faculdades humanas. Daí a necessidade de se conhecer os modos concretos de efetivação da democracia: a extensão do voto; a extensão da participação; a relação

³³ Di Pietro, Maria Sylvia. Op.cit. 38.

entre o Estado e a sociedade civil; a relação entre a sociedade civil e as utopias e o equilíbrio constitucional do poder.³⁴

Na década de 90, após o sentimento de desencantamento que tomou conta do pensamento latino-americano na década precedente e que lamentava a “década perdida”, surgiram novas correntes teóricas buscando analisar a dinâmica das interações entre a sociedade civil e o Estado, enfocando a participação cidadã e iniciando uma nova agenda de estudos.

Examinam-se os mecanismos de que os cidadãos dispõem para participar, mais diretamente, da orientação do poder político institucionalizado e como as demandas por transparência e informação dos negócios públicos são ampliadas. É neste contexto que se situa a discussão contemporânea da *accountability*.

Um dos autores mais citados é Guillermo O’Donnell, que estabeleceu a distinção entre dois tipos de *accountability*: a horizontal e a vertical. Quando o autor cunhou os termos, o fez em um contexto teórico amplo, segundo o qual as atuais poliarquias constituiriam a síntese, complexa e instável, de três tradições teóricas, democrática, liberal e republicana, somadas ao Estado. Seu ponto de partida era o de que estas tradições não eram mutuamente exclusivas, mas que convergiram nas instituições e práticas das modernas poliarquias³⁵.

Para O’Donnell, o direito dos cidadãos escolherem quem os governa e de expressar suas opiniões e demandas consubstanciam os componentes *democráticos* principais. A idéia de que há direitos que não podem ser usurpados por nenhum poder, incluindo o Estado, constitui o componente *liberal*. O componente *republicano* está contido na idéia de que o exercício do serviço público

³⁴ Di Tella, Torquato S.. *Hacia una estrategia de la Social democracia en la Argentina*, Buenos Aires, Puntosur, 1989.

³⁵ O’Donnell, Guillermo. “Horizontal Accountability in New Democracies” in SCHEDLER, Andreas; DIAMOND, Larry Diamond and PLATTNER, Marc F. (eds). *The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*, Boulder and London: Lynne Rienner Publishers, 1999.. In Schedler, 1999, p.31.

é uma atividade enobrecedora que implica na sujeição à lei e no serviço devotado ao interesse público, ainda que às expensas de sacrifícios de interesses privados dos agentes públicos.

O'Donnell observou que o elemento democrático das poliarquias já era assegurado por intermédio das eleições realizadas, mas identificou graus fracos dos componentes liberal e republicano. Como a *accountability* vertical seria implementada, em sua maior parte, através das eleições, o problema apontado seria o de falta de *accountability* horizontal, ou seja, mecanismos de controle intra-estatais, a fim de se implementar e aprofundar o exercício dos componentes liberal e republicano e melhorar o componente democrático, que não se esgota na realização das eleições.

Quando se critica as classificações conceituais de O'Donnell, não se pode ignorar este panorama, sob pena de não atingir as questões importantes e problemáticas: o conceito de *accountability* horizontal existe em função da crença da necessidade de efetivação dos ideais liberais e republicanos nas poliarquias modernas.

O'Donnell crê na necessidade de serem assegurados direitos mínimos aos cidadãos e de que todos os agentes públicos se submetam ao império da lei. É com este fim que o instrumental teórico consubstanciado nas expressões *accountability* horizontal e vertical existe. A sua preocupação é com a qualidade das poliarquias atuais: neste sentido, acaba por estabelecer uma teoria normativa das poliarquias, ao prescrever que os elementos liberais e republicanos devem ser implementados em sua plenitude.

Entretanto, ao criar este aparato teórico, aproximou a sua definição de *accountability* horizontal do mecanismo de *checks and balances*. E é neste ponto que consiste a sua imprecisão, na medida em que não são conceitos equivalentes. Portanto, mostrar a diferença entre *accountability* horizontal e *checks and balances* será essencial para identificar a suficiência e a existência dos

mecanismos de *accountability*. Por este motivo, um dos escopos principais do presente estudo é o de traçar a diferença teórica entre ambos os conceitos.

Iniciamos o texto com a discussão contemporânea do conceito a fim de examinar as críticas feitas às definições de O'Donnell para demonstrar onde reside a sua real imprecisão. Por fim, destacaremos as dimensões do conceito de *accountability* para termos um instrumento teórico apto a examinar a realidade brasileira.

2.1. A palavra

No dicionário Oxford³⁶, a definição de *accountability*, um substantivo, vem através de outro termo: como a qualidade ou estado de ser *accountable*, um adjetivo:

Accountability. The quality of being accountable; liability to give account³⁷ of, and answer for, discharge of duties or conduct; responsibility, amenableness = Accountableness.

Alguém é *accountable* por alguma coisa: pelos atos ou decisões tomadas. A definição do dicionário é importante, embora seja apenas o primeiro passo, pois ao dicionário cabe registrar todos os sentidos em que a palavra é utilizada: contábil, político, comercial, legal. Por isso, o dicionário emprega uma definição ampla, abrangendo as várias acepções.

A definição da palavra *accountability* no Dicionário Oxford de Inglês desapontou Elster, pois apresenta termos praticamente sinônimos: *accountability*, *responsibility* e *answerability*. Este depreendeu, então, que os conceitos teriam uma estrutura formal triádica: um agente A é *accountable* em

³⁶ *The Oxford English Dictionary*, Volume I, A-B. Oxford at the Clarendon Press, 1933 e *The new Oxford American dictionary*, Second Edition, 2005.

³⁷ A palavra *account*³⁷ tem como sinônimos *reckon* e *bill*. *Account* é palavra composta por *ad* e *count*, que significa contar a uma pessoa. *Account* significa a coisa contada. *Reckoning* vem do verbo *reckon*, significa a coisa calculada em sua totalidade. *Bill*, deriva do latim baixo *billa* e do latim *bull*. Donde deriva a "bula papal", por exemplo. *Account* é a forma genérica; *reckon* e *bill* são termos específicos. *Reckoning* e *bill* são formas de *account*. *Account* define os detalhes, a soma total do que foi enumerado, contado. *Reckoning* implica o registro e a anotação das coisas calculadas em sua totalidade; *bill* denota os detalhes, com seus encargos. *Account*, do uso extensivo do termo, é aplicável a tudo o que é anotado, as particularidades do que é considerado que vale a pena ser noticiado, individualmente ou coletivamente. Retirado de *Crabb's English Synonyms* de autoria de George Crabb. Routledge & Kegan Paul. London, Boston, Melbourne and Henley. 1982.

relação a um superior Y por uma ação X.³⁸ Mas esta conclusão a que Elster chegou extrapola o registrado no dicionário, pois este, em nenhum momento, indicou a superioridade de uma das partes ou consignou o grau de hierarquia da relação, que é objeto de divergência entre outros autores que tratam do tema, como será visto a seguir.

Uma pessoa *accountable* é aquela que tem atribuições e está sujeita a prestar contas do que faz. E é *accountable* em relação a alguém; a relação hierárquica não é especificada e nem sequer afirmada pela definição do dicionário que não diz se a pessoa a quem se presta esclarecimentos é hierarquicamente superior ou inferior ou, ainda, de igual hierarquia.

Os autores que abordam o tema da perspectiva da ciência política ainda não entraram em consenso sobre qual definição utilizar em suas análises. Tal indefinição deixa o debate obscuro quando o conceito é introduzido em discussões na seara política. Muitos autores já se referiram a este problema, mas nenhum ofereceu um conceito amplamente aceito. É por isso que a palavra aparece sempre adjetivada: horizontal, vertical, social, societal, econômica, política. Se, por um lado, há autores que adotam uma definição que não possui elementos fundamentais permanentes, há outros que restringem a sua amplitude em benefício da sua instrumentalidade. Diante disto, cabe questionar: quais os elementos constitutivos permanentes do conceito? Quais os elementos sempre presentes quando utilizamos o conceito de *accountability* política?

Há os que afirmam que a palavra não possa ser traduzida diretamente para o idioma português³⁹. Por certo, isto ocorre. No entanto, é possível

³⁸ ELSTER, Jon. "Accountability in Athenian Politics" in *Democracy, Accountability, and Representation* In MANIN, Bernard; PRZEWORSKI, Adam and STOKES, Susan, eds. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p.253.

³⁹ Segundo nota do tradutor: "Neste e em outros momentos do texto, a autora utiliza a palavra inglesa *accountability*, que não apresenta tradução direta na língua portuguesa. Trata-se de uma característica do sistema político que implica transparência dos atos dos governantes e a capacidade de sanção destes pelos governados, que têm instrumentos para acompanhar o comportamento dos primeiros e responsabilizá-los por seus atos. A noção de *accountability* horizontal está delineada no

traduzir o conceito, ainda que não por apenas uma palavra e mesmo que ele não venha a ser aplicado na realidade brasileira.

A seguir, expomos os conceitos propostos por autores contemporâneos centrais que trataram do tema no âmbito latino-americano: Schedler, Mainwaring e O'Donnell. Optou-se por estes autores porque tratam dos elementos dimensionais do conceito, o que é relevante para se obter uma concepção mínima de *accountability*. A maior parte dos outros autores, ao empreender suas análises, já o fazem examinando determinados meios institucionais, questionando se consistem ou não em mecanismos de *accountability*. É o caso, por exemplo, dos autores presentes no livro *Democracy, Accountability, and Representation* de Manin, Przeworski e Stokes⁴⁰, que analisa, em sua maior parte, a *accountability* eleitoral.

Após abordar o conceito proposto por O'Donnell e as críticas a ele formuladas por Schedler e Mainwaring, analisamos o conceito destes dois últimos autores, até chegar ao conceito mínimo com o qual trabalharemos em seguida. A exposição sistemática dos argumentos será importante para se chegar a um conceito mínimo próprio de *accountability*.

texto de Adam Przeworski que também faz parte deste livro". In BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes. *Sociedade e Estado em Transformação*, São Paulo, Editora UNESP, 1999, p. 235. (grifos nossos).

⁴⁰ MANIN, Bernard; PRZEWORSKI, Adam and STOKES, Susan C. "Elections and Representation". pp. 29/51 In Manin, Bernard; Przeworski, Adam and Stokes, Susan, eds. *Democracy, Accountability, and Representation* Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

2.2. O conceito de O'Donnell: *accountability* horizontal e *accountability* vertical

Guillermo O'Donnell, em seu artigo *Delegative Democracy*⁴¹, foi um dos pioneiros em estabelecer distinções entre tipos de *accountability*. Ele cunhou duas expressões extremamente utilizadas no debate atual: *accountability* horizontal e *accountability* vertical.

Por *accountability* vertical denominou os mecanismos institucionais que possibilitariam aos cidadãos e à sociedade civil exigir a prestação de contas pelos agentes públicos, sendo as eleições livres e justas o principal.

Mas a noção de *accountability* vertical também inclui as ações da sociedade civil e dos meios de comunicação praticadas com o fim de expor os atos aparentemente contrários ao interesse público perpetrados pelas autoridades públicas, daí a necessidade da manutenção de um conjunto de liberdades à disposição da cidadania: liberdade de opinião e associação, bem como de acesso a fontes variadas de informação, que permitem a articulação de demandas e a formulação de denúncias destes atos praticados por autoridades públicas. A existência deste tipo de *accountability* pressupõe que as poliarquias são democráticas, ou seja, que os cidadãos exercem seu direito de participação, escolhendo os governantes de tempos em tempos, expressando suas opiniões em demandas.⁴²

A *accountability* horizontal, por sua vez, consiste na existência de órgãos do Estado com poder e capacidade, legal e de fato, para realizar ações,

⁴¹ O'DONNELL, Guillermo. "Delegative Democracy". *Journal of Democracy* 5/1, January 1994, 55-69.

⁴² O'DONNELL, Guillermo. "Horizontal Accountability in New Democracies" in SCHEDLER, Andreas; DIAMOND, Larry Diamond and PLATTNER, Marc F. (eds). *The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*, Boulder and London: Lynne Rienner Publishers, 1999, p.29.

tanto de monitoramento de rotina quanto de imposição de sanções criminais ou de *impeachment*, em relação a ações ou omissões ilegais exercidas por outros órgãos ou agentes do Estado⁴³. Assim, seria exercida por instâncias institucionais de controle e avaliação (*checks and balances*) mútuos entre os diferentes níveis de governo, e incluiria também outros tipos de controle exercidos por outros órgãos do Estado, tais como tribunais de contas, ouvidorias, dentre outros. E seria este tipo de *accountability* o inexistente ou frágil nas democracias recentes latino-americanas.

Nota-se, desde já, que O'Donnell toma por sinônimas as expressões *checks and balances* e *accountability* horizontal, imprecisão que acreditamos ser de real importância e será investigada neste trabalho.

A distinção elaborada por O'Donnell estabeleceu a agenda dos debates contemporâneos sobre as formas de *accountability* e, conseqüentemente, foi alvo de análises e várias críticas de autores subseqüentes que, ou apontaram as inconsistências de seus conceitos, ou apenas sugeriram restringi-los ou ampliá-los.

2.3. Críticas de Schedler ao conceito de O'Donnell

2.3.1. A Metáfora Espacial do Poder e Assimetria de Poder

Schedler⁴⁴, ao criticar O'Donnell, observa que as noções de verticalidade e de horizontalidade partem da metáfora espacial convencional do poder, da imagem clássica da hierarquia piramidal em que a altura é correlacionada

⁴³ O'DONNELL, G. *Op. Cit.*, 1999, p.38.

⁴⁴ SCHEDLER, A. "Conceptualizing Accountability" in SCHEDLER, Andreas; DIAMOND, Larry Diamond and PLATTNER, Marc F. (eds). *The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*, Boulder and London: Lynne Rienner Publishers, 1999, pp.. 23/25.

a recursos: estar acima significa ter mais poder e estar abaixo significa ter menos poder. Neste sentido, a *accountability* vertical descreveria uma relação entre desiguais, na qual um superior poderoso manteria alguém menos poderoso submetido à *accountability*, ou vice-versa.

E é exatamente no tocante a este vice-versa que reside a crítica formulada por Schedler ao conceito de *accountability* vertical: o conceito seria indeterminado no aspecto crucial de sua direção, deixando em aberto se a *accountability* é exercida de cima para baixo ou inversamente; se é parte do exercício normal do poder ou se implica uma inversão das relações de poder usuais, porque a clássica instância do exercício normal do poder seria a da *accountability* burocrática, na qual agentes públicos de escalão mais alto (*principals*) tentam controlar seus subordinados de escalão hierárquico mais baixo (*agents*). Nas democracias representativas, no entendimento de Schedler, ocorreria a inversão das relações de poder comuns quando há a *accountability* eleitoral, na qual os cidadãos (que ocupariam o lugar dos *principals*) julgam seus representantes (*agents*) através de eleições periódicas.

Observa-se, entretanto, que esta crítica de Schedler confunde *accountability* burocrática com o mero poder hierárquico disciplinar que os agentes públicos estabelecem entre si. Ora, há que se distinguir, aplicando o exemplo a casos concretos. Quando há hierarquia na administração pública, o poder disciplinar esgota a questão, sendo irrelevante a perspectiva da *accountability*, pois, neste caso, a relação é similar com a empregatícia, na qual o poder disciplinar tem como correspondente o poder de direção do empregador. Neste tipo de relação, há deveres e direitos de ambas as partes, sendo que o empregado é subordinado do empregador, de quem recebe ordens e a quem deve prestar contas de seu trabalho. Todavia, o que está se abordando aqui não é a mera relação de subordinação situada no âmbito estatal, mas relações políticas independentes, onde o liame é mais tênue: entre representantes e representados; entre cidadãos consumidores dos serviços públicos e agentes públicos ora eleitos, ora designados para exercer um múnus publico. A relação não se esgota no âmbito administrativo: são esferas

autônomas que se inter-relacionam: os cidadãos de um lado e os agentes públicos, amplamente considerados, de outro.

2.3.2. Igualdade de Poder e Impossibilidade de Mensuração de Poder

Uma outra crítica formulada por Schedler em relação ao conceito de O'Donnell diz respeito à *accountability* horizontal. Schedler⁴⁵ diz que a *accountability horizontal*, se interpretada literalmente, descreve relação entre iguais, em que ambos os sujeitos têm poderes equivalentes, e afirma que este conceito não é feliz porque evoca a relação entre pessoas com o mesmo nível de poder, e, segundo seu ponto de vista, medir instâncias de poder político no mundo real é provavelmente uma missão impossível. Assim, este critério da igualdade entre poderes previsto no conceito da *accountability* horizontal seria impossível de aferição, já que o poder é uma propriedade relacional obscura de mensuração intrincada:

“By contrast, horizontal accountability, taken literally, describes a relationship between equals: it refers to somebody holding someone else of roughly equal power accountable. In democratic theory, the division of power – the executive, legislative and judiciary constraining each other through the classic ‘checks and balances’ – represents its prototypical expression. Yet demanding a ‘rough quality’ of power for horizontal relations of accountability establishes a tough criterion, an overly tough one. Power is a (relational) property that is hard to measure, and trying to identify

⁴⁵ SCHEDLER, A. 1999. *Op.cit.*, pp.23-25.

instances of roughly equal political power in the real world of democratic politics is probably an impossible mission.”⁴⁶

Esta crítica é improcedente, em primeiro lugar, porque não tem sentido interpretar uma metáfora literalmente; em segundo lugar, porque em nenhum momento O’Donnell afirmou a igualdade de poder entre os agentes de *accountability*.

Em seguida, Schedler, deixando de lado a questão da imensurabilidade do poder, critica o conceito de O’Donnell no que tange à questão da simetria de poder dos sujeitos da relação de *accountability*. Schedler observa que o sujeito ativo da *accountability* não poderia estar em pé de igualdade com o agente passivo, ao menos no momento do exercício desta sua competência, cujo pressuposto é que o agente ativo tenha mais poder.

Na realidade, Schedler cria um paradoxo inexistente no conceito original: 1) afirma que o conceito de *accountability* horizontal de O’Donnell, pressupõe igualdade de poder; 2) afirma que aferir a quantidade de poder é extremamente difícil, sendo quase impossível medir se duas instâncias institucionais desfrutam de porção similar de poder; 3) afirma que no exercício de *accountability* não pode existir igualdade de poder.

Entretanto, em nenhum momento o conceito de *accountability* horizontal traz ínsita a idéia literal de igualdade: trata-se de uma metáfora. Esta metáfora de horizontalidade e verticalidade não tem como preocupação aferir

⁴⁶ *Id., Ibid.*, p 23. Nesta mesma passagem Schedler, toma como sinônimos os conceitos de *accountability* e *checks and balances*, como se dissessem respeito ao mesmo tipo de controle; tal conclusão, consentânea com a de O’Donnell, será objeto de estudo em capítulo específico.

quantidade de poder, mas, simplesmente, precisar a qualidade dos agentes da *accountability* de serem estatais ou não estatais.

Nota-se que o próprio Schedler, mesmo levantando todas estas críticas, acaba dando uma definição que lhe parece mais adequada para o conceito de *accountability* horizontal, substituindo apenas a noção de horizontalidade pela de autonomia e justificando tal substituição com o fato de que não é possível mensurar a igualdade de poder. A autonomia significa que não há relação de hierarquia, mas não implica na igualdade de recursos de poder.

2.4. Críticas de Mainwaring ao conceito de O'Donnell

Mainwaring⁴⁷ afirma que a terminologia de O'Donnell tem dois problemas: o primeiro diz respeito à metáfora física invocada através da noção da *accountability* vertical, que expressaria a imagem de assimetria de poder das relações hierárquicas⁴⁸; o segundo é que a distinção de O'Donnell une dois tópicos importantes que não deveriam ser unidos: a metáfora física, que comunica imagens de independência (horizontalidade) e de hierarquia (verticalidade) e a locação do agente da *accountability* (Estado *versus* atores da sociedade, respectivamente).

⁴⁷ MAINWARING, Scott. "Introduction: Democratic Accountability in Latin America" pp.3-33 in Mainwaring, Scott; Welna, Christopher. *Democratic Accountability in Latin America*. Oxford University Press, New York, 2003.

⁴⁸ Para Mainwaring, a metáfora física criada através da noção da *accountability* vertical é enganosa, exceto no tocante as relações estabelecidas entre *principal-agent*.

Para Mainwaring a metáfora vertical pode ser estendida para todas as relações entre representantes e representados, mesmo que o representado seja, em algum aspecto, bem mais fraco que o representante, como no exemplo dado por Moreno et al.⁴⁹, segundo o qual, se tomarmos os eleitores como os representados e os políticos eleitos como representantes, aqueles serão mais fracos que estes.

Esta crítica também já foi apresentada por Schedler, ao afirmar a falta da determinação da direção do controle: se feito de cima para baixo ou de baixo para cima. Portanto, cabe a ele a mesma observação: a metáfora espacial de O'Donnell, a rigor, não expressa assimetria de poder.

No nosso entendimento, é a qualidade do poder ser estatal ou não ser estatal que está contida nas expressões horizontal e vertical. Quando O'Donnell refere-se à *accountability* horizontal apenas diz ser esta a estabelecida entre agentes estatais, com a conseqüente qualidade de possuírem o poder institucionalizado e estarem encarregados, formalmente, pela imposição de sanções. A *accountability* vertical, por sua vez, é a que se dá quando agentes não estatais relacionam-se com agentes estatais. Em nenhum momento precisou a direção do poder ou mesmo a quantidade deste, porque isto não tem importância nenhuma, tendo em vista que o seu escopo teórico não é de encaixar o conceito de *accountability* neste tipo de relação *principal-agent*, como veremos a seguir.

O segundo problema apontado por Mainwaring, em relação ao conceito de O'Donnell, reside na suposta confusão entre hierarquia, independência e qualidade do agente da *accountability*. Mainwaring cita exemplos em que atores estatais devem responder a outros agentes estatais (*accountability* horizontal) em que, ao mesmo tempo, estaria configurada a relação vertical. Seria o caso do gabinete que segue as disposições da Assembléia no regime presidencialista, caso de *accountability* intra-estatal e também de relação entre *representante-*

⁴⁹ MAINWARING, Scott. *Op. Cit.*, p 22.

representado. Para Mainwaring há, em tais casos, relação vertical (fundamentada na hierarquia) e igualmente horizontal (fundamentada na intra-estatalidade).

Em suma, Mainwaring argumenta que há algumas relações intra-estatais que também são verticais, ao menos em termos formais. Por esta razão, aponta ser problemático equacionar *accountability* intra-estatal como *accountability* horizontal, bem como combinar a distinção entre *accountability* horizontal/vertical com a distinção baseada no lugar que o agente da *accountability* ocupa (sociedade *versus* Estado). O autor propõe dois tipos de *accountability*: *accountability* eleitoral e a *accountability* intraestatal. Assim, a distinção não mistura o agente (Estado *versus* sociedade) da *accountability* com a natureza da relação (horizontal/vertical).

Como já pontuamos anteriormente, na realidade, a distinção realizada pelos conceitos de O'Donnell é feita entre ter a qualidade estatal e não ter a qualidade estatal. Em nenhum momento há ênfase à assimetria de poder, apenas que a *accountability* vertical refere-se aos eleitores e às organizações da sociedade, enquanto que *accountability* horizontal refere-se ao Estado e aos órgãos estatais.

O'Donnell, quando trata de *accountability* nas suas vertentes horizontal e vertical, contextualiza ambos os conceitos em um quadro teórico mais amplo do que o sempre invocado (*principal-agent*) por seus analistas e críticos⁵⁰: descreve traços presentes no ideário republicano, liberal e democrático, que deveriam estar presentes nas poliarquias atuais. Portanto, a ênfase dada por O'Donnell é outra: o arcabouço teórico da perspectiva descritiva *principal-agent* nada tem a ver com a natureza normativo-prescritiva de seu texto. É por isso que para ele é irrelevante a direção da verticalidade, ou precisar quem é *principal* ou quem é *agent*: são todos agentes públicos que ocupam cargos em burocracias. São

⁵⁰ Esta relação *principal-agent* cabe na análise de relações de *accountability* burocrática: consiste na relação de controle que os burocratas de nível hierárquico mais alto (*principals*) exercem sobre os de nível hierárquico mais baixo (*agents*). Explicação extraída de Schedler, Andreas. "Conceptualizing Accountability" in SCHEDLER, Andreas; DIAMOND, Larry Diamond and PLATTNER, Marc F. (eds). *The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*, Boulder and London: Lynne Rienner Publishers, 1999, p.23.

agentes estatais controlando agentes estatais, para melhor atender aos princípios do ideário republicano e liberal, que deveriam estar presentes em uma poliarquia. Neste caso, não é importante determinar quem tem mais poder, mas quem possui mecanismo institucionalizado para o monitoramento e a imposição de sanção. Mesmo porque, como bem observou Schedler, o poder é uma propriedade relacional de difícil mensuração.

2.5. As dimensões do conceito segundo Schedler

Schedler, ao tratar do conceito *accountability* política, está menos interessado em classificá-la como horizontal ou vertical, e sim em identificar suas dimensões. Sua preocupação é com a precisão conceitual.

Para este autor, a *accountability* política é, antes de tudo, uma forma de controle do poder. Observando-se o título do livro organizado por ele, *The Self Restraining State*, já se pode perceber que o conceito de *accountability* tem lugar em um Estado que se impõe restrições e controles. Ou seja, os termos iniciais da discussão estão limitados à seguinte questão: como desenvolver uma definição de *accountability* operacional para restringir e controlar o poder estatal? Segundo o que sugere o nome do livro, é o próprio Estado que impõe os mecanismos de auto-controle. Neste tipo de abordagem o poder já está outorgado e as análises não enfatizam o momento eleitoral, por exemplo. Nisto, o enfoque é diferente de outros autores, tais como os presentes no livro de Manin, Przeworski e Stokes, *Democracy, Accountability and Representation*, que abordam as eleições enquanto mecanismos de exercício de *accountability*.

Andreas Schedler observa que as discussões que mencionam a *accountability* baseiam-se, geralmente, no pressuposto de que há um entendimento implícito do conceito, sem que se recorra a uma definição explícita

dele. É o que também observamos nas análises realizadas; muitos autores associam a “accountability” à “answerability” ou à “responsibility”, tratando-as como sinônimos, e contentam-se com esta definição.

Para ele, a complexidade do conceito deriva de sua abrangência: não é um conceito unidimensional. Schedler afirma que o conceito é radial, pois nas experiências de *accountability*, estão quase sempre presentes três dimensões: informação, justificação e punição⁵¹, as quais, antes de denotar uma técnica específica para domesticar o poder, constituem três maneiras diferentes de evitar e corrigir o abuso do poder político: a) obrigando que seu exercício seja transparente; b) obrigando que os atos praticados sejam justificados e c) sujeitando o poder à ameaça de sofrer sanções⁵². Deste modo, o conceito envolve o dever do agente passivo da *accountability* de responder às questões formuladas, fornecendo *informações* sobre as decisões tomadas ou *explicações* sobre elas; com fatos críveis para a tomada de decisão (daí a dimensão informacional da *accountability*) ou razões válidas (dimensão argumentativa da *accountability*).

No início de seu argumento, Schedler afirma que o conceito é radial porque nas experiências de *accountability* estão *quase sempre* presentes três dimensões: informação, justificação e punição. Em seguida, agrupa as dimensões informação e justificação como atributos da *answerability* e apresenta um conceito bi-dimensional de *accountability*, cujas dimensões são a *answerability* e o *enforcement*²⁸. Por fim, afirma que o conceito é modesto, pois é potencialmente unidimensional:

“Political accountability may be a broad and comprehensive concept. But it is also a modest concept. In part, its modesty stems from its potential one-dimensionality. As argued above, certain instances of accountability do not include aspects of answerability, while others go without elements of enforcement.”⁵³

⁵¹ SCHEDLER, Andreas. *Op. cit.*, pp.13-28 i (ênfases nossas).

⁵² *Id.*, *Ibid.*, p.14-27.

⁵³ Schedler, A. *Op. cit.*, p.18.

Schedler afirma que nas experiências de *accountability* política ambos os aspectos estão *quase sempre presentes*. E neste ponto seu conceito é problemático: ele afirma que tais dimensões estão *quase sempre* presentes, não formando um cerne de características definicionais existentes em todas as instâncias que descrevem exercícios de *accountability*. Justifica a ausência de um núcleo de dimensões permanentes com o fato das dimensões de seu conceito constituírem variáveis contínuas, que surgem em diferentes graus, com variadas ênfases. Assim sendo, para Schedler, é possível que existam atos de *accountability* sem que aquelas três dimensões estejam presentes.⁵⁴

Mas esta indefinição é problemática: se as dimensões são facetas do mesmo conceito que se mostra poliédrico, então as dimensões devem ser um conjunto de características definicionais, sob pena de continuar abrangendo mais ou menos situações fáticas do que deveria. Se, ao definir o seu conceito destaca as dimensões essenciais informação, justificação e punição, como pode prescindir delas e depois afirmar que pode haver *accountability* sem sanção, sem necessidade de informação e sem resposta justificada?

Esta é uma fragilidade de seu conceito: a indefinição quanto aos seus elementos. Se o autor afirma que o conceito é radial porque presentes determinadas dimensões, como prescindir destas dimensões em uma situação ou outra? Assim, a definição de Schedler mostra-se muito aberta e de difícil operacionalização, tendo que ser adaptada para cada circunstância e impossível de ser utilizada.

⁵⁴ Como exemplo de exercício de *accountability* sem a necessidade de *answerability*, cita o caso dos estudantes da Indonésia que pediram a destituição do General Suharto em 1998, sem pedir quaisquer outras informações ou ouvir quaisquer esclarecimentos. Observa-se que, ao exemplificar o exercício da *accountability* com o pedido de destituição do General Suharto, sem a requisição de quaisquer outras informações ou ouvir quaisquer esclarecimentos, Schedler, na realidade, elencou um ato de simples manifestação de cunho político, a expressão de opinião pública, sem nenhum dos elementos informação, justificação e punição, fugindo completamente dos amplos limites de seu conceito "radial".

Porém, seu equívoco mais grave consiste em não situar e não relacionar o conceito a partir de alguns contextos da história de pensamento:

“This chapter does not set out to relate the concept of accountability to the history of thought. (...) The pretense of this chapter is more limited. It aims at reconstructing the meaning of the concept as we currently use.”⁵⁵

Como pode o autor “reconstruir o significado do conceito”, como o utilizamos atualmente, sem relacioná-lo à história do pensamento político? A compreensão do conceito somente é possível a partir da identificação das demandas que o criaram.

É justamente por este motivo que Schedler chega a algumas conclusões tais como a de que é por sua relativa novidade que o conceito é evasivo, com limites vagos e com uma estrutura interna confusa, incorrendo no mesmo erro de O’Donnell que confunde “*accountability* horizontal” com os *checks and balances*:

“By contrast, horizontal accountability, taken literally, describes a relationship between equals: it refers to somebody holding someone else of roughly equal power accountable. In democratic theory, the division of power — the executive, legislative, and judiciary constraining each other through the classic ‘*checks and balances*’ — represents its prototypical expression.”⁵⁶

2.6. A definição de Mainwaring

⁵⁵ Schedler, A. *Op. cit.*, p. 13.

⁵⁶ *Id.*, *Ibid.*, p. 33.

Mainwaring também analisa a estrutura formal da *accountability* política. Para este autor, a *accountability* política⁵⁷ consiste em uma relação formal na qual os agentes públicos têm os seus atos controlados e eventualmente sancionados por outros atores:

“(…) Em uma relação de *accountability* política, o agente público presta contas do desempenho de suas atribuições públicas para atores que formalmente (em virtude de lei) têm a capacidade de demandar tais esclarecimentos e/ou impor sanções. Portanto, o meu entendimento de *accountability* política tem como ponto crítico o fato do ator estar formalmente atribuído do direito de demandar as explicações do agente público ou burocrata. Quando o monitoramento das autoridades públicas fica fora de um enquadramento institucional, no qual os agentes têm o dever legal de agir, não ocorre o que entendo por *accountability*”⁵⁸ (Traduzi).

Os atos praticados pelos agentes políticos com o fito de realizar políticas públicas passam pelo exame e controle de atores que possuem o atributo formal (legal) de demandar uma resposta. Seu entendimento de *accountability* política tem como ponto crítico a atribuição formal do direito de demandar as explicações do agente público. Quando o monitoramento das autoridades públicas fica a cargo de instituições não estatais, que não têm o dever legal de agir, não ocorre a *accountability*.

⁵⁷MAINWARING, Scott. *Op. cit.*, p. 7: “Political accountability is thus a formalized relationship of oversight and/or sanctions of public officials by other actors.”.

⁵⁸ MAINWARING, Scott. *Op. cit.*, p.7 “(…) In a relationship of political accountability, a public official gives a reckoning of the discharge of her public duties to actors that formally (via public law) have the capacity to demand such an accounting and/or to impose sanctions on the official. Thus, my understanding of political accountability hinges on whether an actor is formally ascribed the right to demand answerability of a public official or bureaucracy. When monitoring of public authorities takes

Sua definição exclui a mídia e as organizações da sociedade civil que investigam e denunciam abusos e desvios de condutas de agentes públicos, cujas interações Smulovitz e Peruzzotti chamam de *accountability* societal⁵⁹, pois acredita que a inclusão de todas as formas de monitoramento público tornaria o conceito demasiadamente elástico e inútil.

O autor admite que algumas organizações não governamentais e a imprensa exercem importantes atividades de monitoramento viabilizando a efetivação da transparência das funções de controle. Ele as exclui de sua definição porque não podem impor sanções legalmente previstas. Isto porque sua preocupação primeira é a de demarcação conceitual: ele mesmo afirma não considerar aquelas relações menos importantes do que as desenvolvidas dentro deste limite.

Tal forma de demarcação conceitual reflete no elemento sanção: para que ocorra a *accountability* o sujeito passivo também tem o dever legal de responder, institucionalizado no direito do agente ativo da *accountability* de impor sanções aos agentes públicos. Portanto, segundo a concepção de Mainwaring, somente dois tipos de atores podem exercer a *accountability* política: os eleitores, quando reelegem seus candidatos, exercendo a *accountability* eleitoral; e os órgãos estatais, quando formalmente encarregados de monitorar e sancionar os agentes públicos e as burocracias, exercendo a *accountability* intra-estatal. Os exemplos dados desta última são os comitês legislativos que investigam possíveis comportamentos desonestos de políticos ou as assembléias, em um governo parlamentar, quando julgam politicamente a remoção de um ministro.

A crítica que se pode formular ao conceito de Mainwaring é a de que os cidadãos, segundo o seu conceito, somente exercem a *accountability* no

place outside an institutionalized framework in which agents are formally charged with responsibility, it falls outside the scope of my understanding of accountability”.

⁵⁹ SMULOVITZ, Catalina e PERUZZOTTI, Enrique. “Societal and Horizontal Controls: Two Cases of a Fruitful Relationship”, pp. 309-331 in MAINWARING, Scott e WELNA, Christopher. *Democratic Accountability in Latin America*. Oxford University Press, New York, 2003.

momento das eleições, já que a *accountability* intra-estatal será exercida no âmbito burocrático, no qual os agentes ativo e passivo da *accountability* são agentes do Estado (investidos do múnus público) e não os cidadãos.

Que as eleições constituem um dos principais mecanismos de *accountability* não há dúvidas, sendo este o campo em que os autores sobre o tema mais têm reflexões pertinentes⁶⁰. Entretanto, as eleições são exercidas em intervalos de tempos relativamente longos. Enquanto isso, atos de agentes públicos, não somente os eleitos via partidária, são executados e precisam passar pelo controle exercido pela soberania popular para garantir a representação no interesse dos cidadãos. Isto porque, além dos agentes públicos eleitos via partidária, há muitos outros agentes públicos eleitos via não partidária ou simplesmente nomeados para o exercício da função pública. Portanto, vê-se que tal controle, inicialmente suficiente, torna-se insuficiente através dos tempos, mais exatamente a partir da expansão do corpo burocrático e da concepção de igualdade entre representantes e representados.

Além disso, existem outros tipos de *accountability* que não a eleitoral e a intra-estatal. Este conceito, por exemplo, não pode ser aplicado à realidade brasileira, em que é possível que agentes não burocratizados, tais como entidades civis, sejam agentes ativos de *accountability* em outro momento que não o das eleições.

Pelo menos no Brasil, os cidadãos individualmente considerados e as associações civis são sujeitos ativos para provocar a prestação de esclarecimentos em relação aos agentes do poder público através de ações não meramente eleitorais.

⁶⁰ Por exemplo, o livro de POWELL JR, *Elections as instruments of democracy*, trata deste tema e o de Manin, Przeworski e Stokes, *Democracy, Accountability, and Representation*, também trata, sobretudo, das eleições enquanto mecanismos de *accountability*.

Um exemplo a ser dado são as ações populares, no Brasil, previstas constitucionalmente⁶¹:

Artigo 5º, LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;⁶²

Vimos, então, que o conceito de Mainwaring tem o mérito de ressaltar o elemento sanção como componente imprescindível do conceito, uma vez que os agentes ativos da relação são agentes públicos, que têm poder de coação *a priori*. Ao contrário dos outros autores, Mainwaring explicita o elemento crucial de seu conceito: as sanções impostas pela Justiça e pelos sistemas penais aos atos impróprios dos agentes públicos. Para ele, a deficiência da *accountability* reside em haver sanções frágeis no tocante a *accountability* eleitoral, que não estabelecem mecanismos adequados de *accountability* entre os votantes e os representantes eleitos.

Embora o conceito apresentado por Mainwaring, que limita a *accountability* em dois tipos, eleitoral e intra-estatal, seja insuficiente, concordamos com a centralidade que o elemento sanção ocupa em sua definição, embora também o conceito de sanção deva ser mais analisado.

A imprecisão de Mainwaring consiste em afirmar que a relação de *accountability* ocorre no campo dos mecanismos institucionalizados, deixando

⁶¹ As ações populares serão analisadas mais adiante.

fora de seu conceito os agentes sociais que não atuam no âmbito estatal. Isto porque, não é necessário que o agente ativo da *accountability* seja um burocrata. O exemplo dado neste momento é o da ação popular prevista no ordenamento brasileiro, mecanismo constitucionalmente previsto que qualquer cidadão pode utilizar, mesmo não investido de cargo burocrático.

2.7. Considerações sobre o conceito de *accountability*

Até o momento vimos que não há um consenso em relação a vários pontos do conceito: se os agentes passivo e ativo da *accountability* são restritos a agentes estatais ou não; se as relações envolvem sempre sanção ou se pressupõem hierarquia.

Analisando as propostas de autores que tiveram a preocupação de esmiuçar as dimensões do conceito e demarcá-lo, podemos chegar a um conceito mínimo de *accountability*.

O'Donnell ao cunhar as expressões *accountability* horizontal e *accountability* vertical destacou o conjunto de atividades que cada uma envolveria e também os sujeitos da relação de *accountability*: na *accountability* vertical os sujeitos ativos são pessoas, físicas ou jurídicas, não pertencentes ao corpo estatal e os sujeitos passivos os agentes públicos entendidos em sentido amplo. Depois dessa distinção feita por ele, quase todas as discussões sobre o tema trazem à tona a diferença.

⁶² Brasil. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 11ª edição atualizada até 02.01.2006. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo.

Uma questão que surge sobre esta distinção: uma definição mínima, instrumental, precisa ter esta adjetivação (horizontal/vertical)?

Quais são os elementos estruturais, as dimensões do conceito? Quais são os elementos-cerne da definição? Não é possível que um conceito seja “radial”, “bi-dimensional” e “potencialmente unidimensional” ao mesmo tempo, tal como Schedler argumenta.

Schedler contribuiu para explicitar as dimensões do conceito, mas não as tornou definicionais: afirmou a possibilidade da existência da *accountability* mesmo quando ausentes algumas de suas dimensões, que ele mesmo destacou como essenciais. Dentre estas dimensões, a mais controversa diz respeito ao elemento sanção.

A sanção enquanto dimensão constitutiva do conceito é o item mais polêmico: a confusão é feita porque não há a distinção entre sanção em sentido amplo e em sentido estrito. A sanção em sentido amplo pode ser moral ou legal. Será moral, quando resultar de desaprovação que envolve valores éticos. Será legal, quando acarretar punição institucionalizada. Alguns dos autores apenas fazem referência à sanção: quando em seu sentido estrito, que comina punição legal, referem-se à sanção institucionalizada. Quando não há sanção estrito senso, afirmam a desnecessidade de sanção (sanção meramente no campo da moral, tal como a reprovação da opinião pública). A questão em debate é se a sanção, no tocante ao conceito *accountability*, deve ser em seu sentido estrito: deve acarretar punição institucionalizada?

Schedler é confuso no tocante a este item: embora diga que é dimensão do conceito, não a tem como indispensável. A sanção estrito senso, para ele, é dispensável. Como exemplo, cita os meios de comunicação e as associações civis como agentes ativos de *accountability*, quando nem sempre o resultado negativo será uma sanção legal, mas desaprovação do público, ou seja, uma sanção moral.

A dimensão sanção é, de fato, uma das mais relevantes a ser considerada, pois imputa responsabilidade de um ato praticado por um agente. Uma pessoa *accountable* é aquela responsável por suas decisões ou ações. Ser responsável por alguma ação significa ter de explicá-las quando questionadas por alguém sob pena de ser “responsabilizado”: precisamos, então, analisar a relação que gera a responsabilidade.

A noção da responsabilidade tem sua origem da palavra *respondere*, responder a alguma coisa no sentido de que alguém deverá sofrer os efeitos de seus atos. Conforme Zanobini, o termo responsabilidade serve para indicar a situação especial daquele que, por qualquer título, deve arcar com as conseqüências de um ato danoso. Ela pode ser moral ou legal e tem natureza obrigacional de contraprestação ou de garantia. Se a ação seguir a forma indicada pelos cânones, será supérfluo indagar da responsabilidade decorrente, o que interessa é pensar na violação da norma ou obrigação diante da qual o agente se encontra. Quando pensamos a responsabilidade no campo jurídico, surge a necessidade de reparar, o dever de reparar o prejuízo.⁶³

No que tange à *accountability*, vimos que ela tem algo em comum com a noção de responsabilidade, mas não todos os elementos. Pelo que vimos, para que esta seja exigível, basta que seja praticado algum ato, por agente imbuído de múnus público, com certo grau de discricionariedade. Por exemplo: se há ação com margem para julgamento de conveniência e oportunidade, poderão ser exigidas as motivações. O simples ato emanado por agente com múnus público que dependa de mínima discricionariedade poderá ser objeto de *accountability*. Se forem prestados esclarecimentos e for apurada alguma malversação, desvio de finalidade ou prejuízo, o dano deverá ser apurado e a sanção imposta. Quem é agente passivo da *accountability* deve prestar esclarecimentos de seus atos e será, porventura,

⁶³ Nesta parte sobre a responsabilidade civil foi consultado Rui Stoco, *Tratado de Responsabilidade Civil: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial*, São Paulo, Editora RT, 5ª edição, 2001. pp.89/ 90.

punido. “Porventura”, porque só será punido se apurado desvio de conduta ou de finalidade.

Disto decorre a concepção aqui adotada: a sanção é potencial, ou seja, a potencialidade da imputação de uma sanção é permanente, pois ela permanece o tempo inteiro. Mas há a possibilidade do agente passivo sofrer a ação da *accountability*, ser *accountable*, explicar publicamente seus atos e, posteriormente, ser apurado que não cometeu nenhum ilícito. Daí, não sofrerá nenhuma sanção, não será responsabilizado, mas terá sido agente passivo de *accountability*:

Quadro 1. Elementos dos conceitos de responsabilidade e *accountability*

Conceitos	Elementos constitutivos	Elementos constitutivos	Elementos constitutivos
Responsabilidade	Nexo de causalidade	Prejuízo/dano	Dever de reparar
<i>Accountability</i>	<p>Quem exerce múnus público deve, sempre, prestar esclarecimentos.</p> <p>(Responsabilidade objetiva)</p> <p>(<i>responsiveness = answerability</i>)</p> <p>responsividade = responder motivando</p> <p>Dimensões da responsividade: transparência (publicidade) e explicar justificando (motivação)</p>	<p>Prejuízo/dano</p> <p>(<i>responsibility</i>)</p> <p>Resultado danoso</p> <p>Resultado não danoso</p>	<p>Dever de reparar</p> <p>(<i>enforcement</i>)</p> <p>Sanção</p> <p>Não há sanção</p>

Diante da limitação do conceito de responsabilidade surge o conceito de reponsividade: a responsividade consiste na explicação motivada dos fatos perquiridos. Ela não diz respeito à responsabilidade. A responsividade não implica a idéia de responsabilidade: esta para ser gerada, necessário que ocorra um prejuízo pela culpa de alguém para que este recomponha a situação tal como antes de causado o dano.

Ser responsivo significa responder às questões formuladas, prestar esclarecimentos. Quem só expõe fatos quando provocado por perguntas não está correndo risco de sofrer qualquer sanção. Daí porque a noção de responsividade não coincide com a *accountability*, ela é um dos elementos componentes do conceito de *accountability*.

A noção de *accountability* diz respeito a estas duas dimensões: explicação motivada e responsabilidade, mas não se confunde nem com

a *responsibility* nem com a *answerability*: estas duas são dimensões delas. A *accountability* é a soma de ambas.

Entendemos que a *accountability* consiste na relação obrigacional que determina que quem recebeu um múnus de alguém deve prestar esclarecimentos de seus atos, motivando-os, e, se apurada alguma irregularidade estará sujeito à sanção. Trata-se de uma relação obrigacional extra-contratual⁶⁴, porque decorrente de lei, quando pública e contratual quando privada.

Assim, o conceito mínimo de *accountability* política a que chegamos é o seguinte: trata-se de um mecanismo de controle do poder com a natureza jurídica de uma relação obrigacional objetiva extra-contratual (isto é, legal) que coage os agentes encarregados da administração de interesses públicos (basta que o agente tenha múnus público) a explicar seus atos discricionários, tornando públicas as suas motivações, quando provocados institucionalmente, sob pena de punição legal (previsão de punição = sanção em estado potencial).

Nesta definição a sanção deixa de ser presente ou ausente: ela é presente em estado permanente de potência. Se for apurado algum abuso de poder ou desvio de finalidade será aplicada.

Percebe-se, assim, que não importa se o agente é público ou não: geralmente será, mas o que realmente determina se o sujeito está ou não submetido à necessidade de prestar contas de seus atos é se *administra interesses públicos*. O mesmo raciocínio pode ser aplicado no quesito agente ativo da *accountability*: será agente ativo não necessariamente o burocrata, mas aquele que possui autorização legal para tal, aquele que se pode valer de mecanismos institucionalizados. Assim, o agente passivo da *accountability* política é aquele que administra interesses públicos e o agente ativo o que possui autorização legal para exigir esclarecimentos do agente ativo.

⁶⁴ Extra-contratual significa legal, imposta por lei. É idéia contraposta à noção de contrato, que somente gera obrigações entre as partes contratantes. A lei, ao contrário, a todos se impõe, indistintamente.

Destaca-se, assim algumas dimensões da *accountability* política: motivação; publicidade (transparência); sanção em estado potencial.

A relevância de seu estudo reside em identificar os mecanismos de controle daqueles que zelam pelos interesses públicos, não apenas dos agentes eleitos. Em uma democracia representativa, os mecanismos representativos que viabilizam a ação segundo o melhor interesse público são, segundo os estudos já realizados até então, por excelência, os partidos. A abordagem aqui será outra: a análise enfoca os mecanismos institucionais representativos não partidários.

Isto porque se entende que as eleições dizem respeito ao problema da representação no que tange à forma de seleção dos representantes: constitui mecanismo de controle por via reflexa e não em sua essência. Neste sentido, ela acaba por explicitar a força política entre os partidos, ou seja, ilustra as forças políticas entre as elites e não a força política da sociedade civil em relação ao Estado.

Tendo identificado as dimensões essenciais do conceito de *accountability* e chegado a uma definição mínima do conceito faremos uma análise do contexto em que surgiram os mecanismos de controle dos *checks and balances* a fim de distingui-lo da *accountability*.

Procederemos, então, à análise mais detalhada do surgimento das demandas das dimensões do conceito: a publicidade dos atos políticos, relacionada com o nascimento do conceito de esfera pública, opinião pública e sujeição dos agentes políticos ao controle da cidadania.

Por fim, chegaremos a um conceito de *accountability* instrumental apto a analisar o caso brasileiro à luz da Constituição Federal de 1988, que tem como objeto o estudo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no julgamento das ações populares de 2000 a 2005.

CAPÍTULO 3. ACCOUNTABILITY E CHECKS AND BALANCES

A partir da análise da bibliografia estudada, observou-se que, na maioria das vezes, quando se faz referências à *accountability* na sua modalidade “horizontal”, ela é equiparada ao mecanismo de controle dos *checks and balances*.

Accountability horizontal é utilizada tanto para os controles exercidos entre os diferentes Poderes (entre Executivo, Legislativo e Judiciário mutuamente) quanto para os diferentes órgãos do poder público (*accountability* intra-estatal). Daí a recorrente afirmação de que a *accountability* consiste em atributo ou mecanismo de exercício dos *checks and balances*:

Przeworski:

“(...) penso que o argumento de O’Donnell (1994, 1997a), de que as democracias na América Latina são distintas das bem estabelecidas porque elas sofrem da ausência de *accountability* horizontal, está de fato incorreto. Essa é apenas uma impressão, mas vejo, em muitos países da América Latina, instituições, tais como legislativos, cortes, agência de fiscalização, *Ombudsman Institutions* (tal como a Promotoria Pública no Brasil), partidos políticos, imprensa independente etc., que não são fracas ao exercerem *checks and balances* sobre o executivo, bem como umas nas outras, quando comparadas com a Inglaterra, a Itália, França, ou mesmo os Estados Unidos.”⁶⁵

⁶⁵ PRZEWORSKI, Adam. “O Estado e o Cidadão”, pp. 323-357. In Pereira, Luiz Carlos Bresser; Wilhelm, Jorge; Sola, Lourdes. *Sociedade e Estado em Transformação*, São Paulo, Editora UNESP, 1999, p.347.

Entretanto, a *accountability* não coincide com o instituto dos *checks and balances*, não constituindo nem um atributo, nem um mecanismo deste. Os institutos não podem ser confundidos porque surgem em épocas distintas, com sujeitos ativos diferentes e com objetos igualmente distintos: o que ambos possuem em comum é que constituem mecanismos de controle.

Para ilustrar o raciocínio, partiremos da análise dos *Federalists Papers*, que defendem a necessidade de inclusão de mecanismos de controle dos *checks and balances*. Em seguida, abordaremos a visão dos anti-federalistas e os contra-argumentos levantados contra o sistema dos *checks and balances*. Por fim, analisaremos os argumentos contidos em Montesquieu, por terem sido utilizados por ambos os grupos.

Sabe-se que *Os Federalistas* fizeram menção expressa a Montesquieu, chamando-o de “oráculo”, embora há quem acredite mais na referência enquanto sarcasmo⁶⁶ e não deferência. Mas o que pode ser notado é que ambos os grupos mencionaram Montesquieu e sua teoria da separação dos poderes, citando, inclusive, a mesma passagem, que afirma que a união dos três Poderes no mesmo corpo institucional suprimiria a liberdade, pois seriam feitas leis tirânicas a serem executadas de modo igualmente tirânico:

“Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

“Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário,

⁶⁶ MANIN, Bernard. “Checks, balances and boundaries” in FONTANA, Biancamaria. *The Invention of the Modern Republic*. Cambridge University Press, 1994, p.27.

pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

“Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos.”⁶⁷

3.1. A doutrina dos *checks and balances*

A doutrina dos *checks and balances*, tal como apresentada pelos Federalistas, propunha, em linhas gerais, que a administração política fosse dividida em três corpos governamentais distintos, de modo que cada um estaria apto a controlar-se e a controlar o outro.

A afirmação de que o poder político deve ser distribuído entre os vários corpos governamentais, de modo a impedir que um poder encampe o poder de outro, evitando o abuso de um poder, tem como inspiração não só o livro de Montesquieu, mas uma tradição constitucional recorrente na teoria política: da teoria do governo misto, cujas origens foram traçadas por Aristóteles e Políbio.

Aristóteles formulou em *Política* a teoria clássica das seis formas de governo (monarquia, aristocracia, *politia*, tirania, oligarquia e democracia) com o emprego de dois critérios fundamentais para criá-las: quem governa e como governa. Desde esta formulação clássica, há a preocupação com a degeneração e corrupção destas formas de governo. Cada forma de governo poderia ser

⁶⁷ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. *O espírito das leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1982, p. 185.

considerada um gênero ou diferenciada em vários gêneros de modo a se transmutar em alguma outra forma, seja degenerando, seja se refinando⁶⁸.

A *politia* resultaria da união de duas formas de governo: da oligarquia e da democracia, formas categorizadas por Aristóteles como corrompidas, mas que, fundidas, originariam uma forma boa. Porque sendo a oligarquia o governo dos ricos e nobres e a democracia o governo dos homens livres e pobres, a *politia*, fruto da união destes dois regimes de governo, teria a capacidade de amainar a tensão existente entre os possuidores e os não possuidores de riquezas, existente em todas as sociedades de todos os tempos.

“na maioria das cidades se proclama em altos brados a ‘politia’, procurando-se realizar a única união possível dos ricos e dos pobres, da riqueza e da pobreza” (1294 a).⁶⁹

Daí adviria o ideal ético da mediana, sugerindo a forma intermediária como a menos propensa a instabilidade e revoluções. Aristóteles afirma, inclusive, que onde a classe média é mais numerosa o perigo de instabilidade se reduz:

“Está claro que a melhor comunidade política é a que se baseia na classe média, e que as cidades que têm essa condição podem ser bem governadas – aquelas onde a classe média é mais numerosa e tem mais poder do que as duas classes extremas, ou pelo menos uma delas. Com efeito, aliando-se a uma ou a outra, fará com que a balança penda para o

⁶⁸ Bobbio, Norberto. *Teoria das formas de governo*. Editora UnB, Brasília, 8ª edição, 1995, p.61

⁶⁹ *Apud*, Bobbio, Norberto. *Op. Cit.*, p.61.

seu lado, impedindo assim que um dos extremos que se opõem ganhe poder excessivo” (1295 b)⁷⁰.

Sendo a *politia* uma mistura de duas formas de governo, ela acaba por ser a gênese do tema do “governo misto”, idéia de que o bom governo reúne elementos de diferentes formas de governo, recolhendo-se o melhor delas em um conceito ideal.

Políbio também afirma que existem seis formas de governo, sendo três boas (monarquia, aristocracia e democracia) e três más (tirania, oligarquia e oclocracia). Estas seis formas de governo suceder-se-iam umas às outras ciclicamente. Algumas diferenças marcantes podem ser apontadas em relação às classificações anteriores. A primeira delas diz respeito à conotação negativa de “democracia”, que passa a ser positiva, pois a “democracia” de Políbio é a “*politia*” de Aristóteles.

Com relação à sucessão cíclica das formas de governo, para Platão, as formas de governo teriam um ciclo contínuo de degeneração, para Aristóteles, elas passariam por um ciclo alternado de degeneração. Segundo o ciclo polibiano constituições boas e más sucedem-se no tempo da seguinte forma: monarquia, tirania, aristocracia, oligarquia, democracia e oclocracia.

Políbio, assim, mais inspirado em Platão do que em Aristóteles, desenvolve a teoria do governo misto, que reúne características das três formas clássicas de governo: monarquia, aristocracia e democracia. Para a excelência da constituição, ela deveria prever mecanismos a fim de possibilitar a forma de governo estável através do controle recíproco, prevenindo a degeneração dos governos simples. Os princípios monárquico, aristocrático e democrático seriam combinados em uma nova forma de governo, que impediria a oposição radical causadora de mudanças abruptas. O mecanismo de equilíbrio entre os poderes fora

⁷⁰ Apud, Bobbio, Norberto. *Op. Cit*, p.62.

inspirado na constituição romana, que reunia mecanismos de neutralização recíproca⁷¹. Nota-se então que nesta época já se concebia a estabilidade enquanto um atributo positivo do governo e havia a repulsa às mudanças súbitas do *status quo*.

Os teóricos clássicos da constituição mista pregavam que os vários corpos governamentais deveriam controlar-se mutuamente, de modo a contrabalançar o exercício do poder com o fito mais de contenção social do que institucional: a degeneração seria causada mais pelo acesso e controle do poder popular do que pelo abuso do poder político. A estabilidade desejada era a que não possibilitasse o acesso ao poder pela plebe, vista como ente propenso ao tumulto e à confusão.

Os *Federalistas* introduziram o princípio dos *checks and balances* na constituição proposta porque a crise que se seguiu à revolução de 1776 os convenceu de que o princípio puro da separação de poderes era insuficiente. Na onda de independência, o princípio, em sua forma pura, foi exaltado como uma precaução essencial em favor da liberdade e foi consagrado em muitas constituições estatais. Entretanto, as assembleias estatais interferiam em todos os tipos de negócios governamentais, incluindo aqueles reservados ao judiciário. Ainda mais, algumas legislaturas criavam leis tidas como arbitrárias e injustas.

Em 1787, era possível argumentar que a separação de poderes pura havia demonstrado, em prática, sua inabilidade para limitar os poderes das legislaturas. Os federalistas podiam facilmente argumentar que precauções adicionais deveriam ser tomadas para manter todos os ramos do governo, principalmente o Legislativo, dentro de certos limites bem traçados.⁷²

Os *Federalistas* argumentavam que os Poderes não deveriam ser totalmente separados e distintos uns dos outros: ou seja, as competências de

⁷¹ Bobbio, Norberto. *Op. Cit.*, p. 71.

⁷² Segundo a visão de VILE, in MANIN, Bernard *Op. Cit.*, p 30.

cada um poderiam ser preponderantes, mas não exclusivas, sendo isto o que observavam na Constituição inglesa:

“On the slightest view of the British Constitution, we must perceive that the legislative, executive, and judiciary departments are by no means totally separate and distinct from each other. The executive magistrate forms an integral part of the legislative authority. He alone has the prerogative of making treaties with foreign sovereigns, which, when made, have, under certain limitations, the force of legislative acts. All the members of the judiciary department are appointed by him, can be removed by him on the address of the two Houses of Parliament, and form, when he pleases to consult them, one of his constitutional councils.”⁷³

Ao pensar que as funções de confeccionar a lei, de executá-las e de adjudicá-las seriam feitas por poderes diferentes, pensava-se não só na separação, mas também na composição de poderes, de forma a balanceá-los. E isto estava presente na doutrina de Locke e Montesquieu, referências explícitas dos Federalistas.

Deste modo, o sistema de limitação do poder seria endógeno, presente na própria estrutura do governo. Não dependeria, por exemplo, de um controle externo. Cada estrutura interna do governo seria controlada por uma outra de mesmo nível constitucional.

O esquema previsto pelos *checks and balances* era útil por um outro motivo invariavelmente presente entre aqueles que exercem o poder: tinha como fim conter a “natureza expansível” do poder:

⁷³ MADISON, James; HAMILTON, Alexander and JAY, John. *The Federalists Papers*. Penguin Classics, 1987, p. 63.

“But the great security against a gradual concentration of the several powers in the same department, consists in giving to those who administer each department the necessary constitutional means and personal motives to resist encroachments of the others. The provision for defense must in this, as in all other cases, be made commensurate to the danger of attack. Ambition must be made to counteract ambition. (...) But what is government itself, but the greatest of all reflections on human nature? If men were angels, no government would be necessary. If angels were to govern men, neither external nor internal controls on government would be necessary. In framing a government which is to be administered by men over men, the great difficulty lies in this: you must first enable the government to control the governed; and in the next place oblige it to control itself.”⁷⁴

Segundo o argumento de Madison, nenhum ator estaria animado a cumprir a constituição por sua própria vontade, pois seria próprio da natureza dos homens desejar reter e expandir seu próprio poder. Cada departamento, sendo autorizado a exercer parte da função atribuída principalmente ao outro, poderia infligir uma perda parcial de poder designada ao outro se este não ficasse em seu devido lugar. Assumindo que todos os ramos do governo tenham o desejo de reter e expandir seu poder, cada um seria desencorajado a se expandir adentrando no campo de competência do outro pelo medo da retaliação e pelos custos de tal ação. O equilíbrio seria auto-executável.

Mas para que se obtivesse o equilíbrio, cada ramo do governo não teria o mesmo peso:

“But it is not possible to give to each department an equal power of self-defense. In republican government, the legislative authority necessarily predominates. The remedy for this inconveniency is to divide the legislature into different branches; and to render them, by different modes of election

⁷⁴ *Id., Ibid.*, pp. 319 e 320.

and different principles of action, as little connected with each other as the nature of their common functions and their common dependence on the society will admit. It may even be necessary to guard against dangerous encroachments by still further precautions. As the weight of the legislative authority requires that it should be thus divided, the weakness of the executive may require, on the other hand, that it should be fortified.”⁷⁵

Para Madison, a Câmara baixa era a mais forte, pois teria o povo a seu lado. Esta seria eleita em intervalos de tempo mais curtos e diretamente; enquanto que o senado seria eleito para mandatos mais longos e indiretamente. Nota-se, nesta passagem, nas entrelinhas, que embora fosse pregada a divisão funcional do poder, havia sim uma preocupação relacionada à força social que cada poder representava.

O que o arranjo dos *checks and balances* pretendia era alcançar a estabilidade, no sentido de que as forças reativas do sistema fariam com que os arranjos voltassem ao estado inicial tal como posto, não importa o quão desigual o poder havia sido distribuído inicialmente: a força do sistema pregado consistia na sua resiliência. Dava-se ao governo meios de solucionar situações não previstas. Mas o equilíbrio não equivalia à distribuição de força igual entre os poderes. A igualdade entre eles era insustentável e ilusória.

Se a doutrina tradicional do governo balanceado prescrevia que os diferentes ramos do governo representavam distintas forças sociais, a concepção moderna dos *checks and balances* não manteve este último aspecto, de que os diferente ramos do governo representavam diferentes forças sociais, aproveitando da doutrina clássica apenas o modelo formal dos freios e contrapesos ativos: cada ramo do governo pode ser autorizado a exercer alguma influência ativa

⁷⁵ MADISON, James; HAMILTON, Alexander and JAY, John. *Op. Cit.*, p. 320.

em relação ao outro, com o fim de resistir e prevenir as investidas de outros poderes.

Ao contrário da teórica clássica do governo misto, a doutrina dos *checks and balances* trabalhava com a idéia, inovadora, que os ramos do governo eram emanações do povo como um todo, a diferença dentre os ramos existia apenas no tocante ao exercício funcional da administração dos Poderes. A preocupação de conter determinadas forças sociais, ainda que presente, não era manifestada expressamente, na realidade o discurso era outro.

A forma de se pensar a composição do governo de maneira distinta da concepção da sociedade foi uma das maiores mudanças do processo histórico de 1787⁷⁶.

3.2. A posição dos anti-federalistas

Para entender o debate e o pano de fundo da construção institucional dos *checks and balances* que permanece até hoje em muitas constituições, a análise de Manin é importante por abordar não apenas a concepção federalista do princípio da separação de poderes e dos *checks and balances*, mas também uma faceta das discussões não tão difundida: os desígnios dos anti-federalistas. Ao fazê-lo, descobre-se também a parte oculta das pretensões dos federalistas. Esta recuperação histórica será feita neste trabalho por colaborar na construção do entendimento de como surgiu a demanda por *accountability*, tal como entendemos na atualidade.

Quando se pensa o debate sobre a Constituinte norte-americana de 1787, remetemo-nos aos argumentos e à posição dos federalistas. A

posição anti-federalista não é muito conhecida, mesmo porque o amplo grupo rotulado com esta denominação não deixou publicações que pudessem ser compiladas e organizadas, tal como os *Federalists Papers*. É difícil caracterizar a posição de um grupo que pudesse ser intitulado anti-federalista, porque não formavam um grupo homogêneo e não possuíam uma liderança unificada.

Entretanto, em sua análise sobre a posição anti-federalista sobre os *checks and balances*, Manin observa que, embora a visão constitucional anti-federalista não tenha encontrado expressão coerente e articulada como a de *Os Federalistas*, os historiadores conseguiram identificar com fidelidade a maior parte de seus argumentos, tais como o tamanho adequado de um governo republicano, a importância do *bill of rights* e os requisitos característicos de uma boa representação.

Em relação à opinião anti-federalista sobre a separação de poderes e o princípio dos *checks and balances*, as análises históricas tiveram menos sucesso. Entretanto, a recuperação do debate acerca deste tema pode colaborar muito para o entendimento da *accountability*, porque, como veremos a seguir, os argumentos anti-federalistas tinham como uma de suas maiores preocupações assegurar a *accountability* do exercício do poder pelos cidadãos.

O que pode desde o início ser assinalado é que os anti-federalistas foram forçados a desenvolver os debates nos termos propostos pelos federalistas. A teoria da separação dos poderes, tal como pensada por Montesquieu, naquela época, já era parte da linguagem constitucional dos debates.

Segundo o que Manin pôde recuperar, com base em Vile e Storing, os anti-federalistas aceitavam integralmente a teoria da separação de poderes e os federalistas defendiam os *checks and balances*.

⁷⁶ Manin, Bernard. *Op. Cit.*, p. 28.

Os anti-federalistas defendiam a teoria da separação de poderes em sua “forma pura”, denominada funcional, que, em linhas gerais, afirmava:

a) em primeiro lugar, que o governo deveria ser dividido em três ramos executando funções legislativas, executivas e judiciárias;

b) em segundo lugar, que cada ramo deveria ser confinado ao exercício de sua própria função, não sendo permitido que ultrapassasse os limites de sua competência, encampando a competência de outros ramos;

c) por fim, que as pessoas componentes dos três ramos deveriam ser distintas, de modo que nenhuma pessoa pudesse integrar mais que um ramo.

Nesta perspectiva, a teoria da separação de poderes poderia ser caracterizada como uma teoria da separação funcional e da especialização. Esta concepção, segundo a qual cada ramo do governo é expressão de diferentes forças sociais, traz a crença de que cada ramo irá refrear o outro, na medida em que expressam diferentes interesses sociais.

Os anti-federalistas invocavam Montesquieu em suas objeções ao senado, que reunia funções legislativas, executivas e judiciárias. Nomeava embaixadores, firmava tratados e também tinha funções judiciais, tais como o *impeachment*.

Com relação aos *checks and balances*, não havia consenso entre os anti-federalistas (Centinel versus John Adams), mas todos eram contra os super-poderes do senado. Também viam o senado como a parte aristocrática do governo, que deveria se aproximar mais do povo.

Quando invocavam Montesquieu, tinham em mente o princípio de que nenhum ramo deveria exercer mais do que uma das três funções do

governo. Se a teoria da separação de poderes fosse adotada, o Poder Legislativo estaria sempre na supremacia, pois o Executivo colocaria em prática as leis feitas pelo Legislativo e o Judiciário aplicaria em um caso concreto as leis criadas pelo Legislativo. Sem o veto do executivo e sem a revisão judicial, o Executivo e o Judiciário estariam sempre subordinados ao Legislativo.

Mas a supremacia do Legislativo seria limitada por dois modos:

- 1) a divisão da legislatura em dois ramos tinha a intenção de evitar leis arbitrárias: as duas câmaras teriam a função de controlar uma à outra;
- 2) o congresso estaria limitado a produzir leis gerais.

Os anti-federalistas lutavam por uma constituição clara e com limites fixos com os seguintes argumentos: a) os limites colocados às ações das autoridades públicas deveriam ser precisos para serem fortes e efetivos; b) a precisão é garantia contra conflitos e c) a constituição deveria ser inteligível, possível de ser compreendida pelo cidadão comum e o complexo sistema dos *checks and balances* tornava o exercício do poder opaco ao povo. Argumentavam, em suma, que o governo “simples” não significava um governo popular ilimitado, mas cujo funcionamento fosse compreensível⁷⁷.

“(…) the opponents of the constitution felt that delineating exactly in the constitution the functions of the several levels and branches of the government would have fostered democratic *accountability*⁷⁸”.

⁷⁷ Manin, Bernard. *Op. Cit.*, p. 45

⁷⁸ *Id.*, *Ibid.*, p. 45.

Assim, para os anti-federalistas, a idéia de separação de poderes é contrária à idéia de *checks and balances*.

3.3. A falta de opção

Contra o ideário federalista dos *checks and balances*, os anti-federalistas argumentavam que o mecanismo tornava o sistema constitucional muito complexo, o que obstruiria a *accountability* democrática, pois o povo teria dificuldade para identificar a fonte da má administração ou do abuso.⁷⁹

Esta é uma crítica muito importante que até agora não foi solucionada. A preocupação com a *accountability* dos governantes já foi levantada pelos anti-federalistas há muito tempo:

“First, he argues, the Anti-Federalists opposed the balanced system provided by the constitution on the ground of its complexity. In their opinion, such a complex government hindered democratic *accountability*: the people would never be able to locate precisely the source of mismanagement or abuse.”⁸⁰

Entretanto, embora não concordassem com o arranjo dos *checks and balances*, os anti-federalistas não possuíam modelo para substituí-lo.

⁷⁹ *Id., Ibid.*, p. 34.

⁸⁰ MANIN, Bernard. *Op. Cit.*, p.32.

Dessa forma, os federalistas afirmavam que o princípio dos *checks and balances* era a única opção, conforme pode ser conferido nesta passagem do *Federalist Paper* nº 51, que conclui o argumento iniciado no *Federalist* 47:

“TO what expedient, then, shall we finally resort, for maintaining in practice the necessary partition of power among the several departments, as laid down in the Constitution? The only answer that can be given is, that as all these exterior provisions are found to be inadequate, the defect must be supplied, by so contriving the interior structure of the government as that its several constituent parts may, by their mutual relations, be the means of keeping each other in their proper places.”⁸¹

A proposta era que cada ramo do governo deveria exercer controle sobre o outro, conectados por uma rede recíproca de meios de influência. A influência de um ramo sobre o outro não seria uma exceção, mas regra geral. Tal proposição combinava o axioma de Montesquieu com a necessidade de influência recíproca. Este princípio era incompatível com a demanda anti-federalista, que prezava os limites funcionais rígidos entre as várias autoridades públicas.⁸²

Enquanto o princípio geral defendido pelos anti-federalistas era o da separação de poderes, sendo que o exercício de uma outra função seria admitida apenas excepcionalmente, o princípio geral pregado pelos federalistas era o de que cada ramo do governo deveria participar parcialmente da função primordialmente exercida pelo outro. A diferença residia no que se passava a adotar enquanto regra geral.

3.4. Forças sociais versus funções sociais

⁸¹ MADISON, James; HAMILTON, Alexander and JAY, John. *Op. Cit.*, p.318.

⁸² MANIN, Bernard. *Id.*, *Ibid.*, p. 56.

A interpretação de Manin com base em Wood⁸³ o autoriza a concluir que a grande inovação realizada pelos Federalistas foi a de separar a visão tradicional, que via os diferentes poderes como representantes de diferentes forças sociais.

Segundo Wood, uma das mais notáveis novidades introduzidas pelos Federalistas foi sua forma peculiar e nova de conceber o poder governamental. Os Federalistas abandonaram a clássica doutrina *whig*, de que o ramo popular da legislatura, a câmara baixa, era representante privilegiado ou exclusivo do povo. Para eles, todos os ramos do governo eram considerados agentes do povo. Adotando tal visão podiam argumentar que a diferença principal entre os distintos ramos do governo deveria residir nas funções por eles exercidas, tal como postulado pela teoria da separação de poderes. A aceitação dessa visão igualitária de cada ramo do governo permitia a defesa da necessidade da proteção equânime de cada Poder em relação à interferência dos outros.⁸⁴

É possível que o discurso empregado pelos Federalistas objetivasse demonstrar que as categorias institucionais não mais se relacionavam às sociais. Se as teorias clássicas do governo misto associavam a cada poder uma força social diversa, a teoria dos *checks and balances* modificava tal discurso pela “neutralidade”, pela divisão racional e funcional do poder: todos os ramos do poder representavam o povo, o que diferia era a função exercida.

Mas, a partir da análise dos *Federalists Papers*, é possível uma interpretação diversa, qual seja, com o mecanismo de *checks and balances* institucionalizou-se a dificuldade para que o poder popular fosse exercido soberanamente.

⁸³ WOOD, Gordon apud Manin, Bernard. *Op. Cit.*, p. 28

⁸⁴ MANIN, Bernard. *Op. Cit.*, p. 56.

O sistema instituído dos *checks and balances* era uma proteção contra os riscos da prevalência popular. Tinha como fim primordial manter a separação e refrear e restringir o poder popular. Isto pode ser notado através da leitura do Federalista nº 63, em que Madison argumenta a importância do controle exercido pelo senado, a fim de refrear as paixões da Câmara baixa:

“(…) As the cool and deliberate sense of the community ought, in all governments, and actually will, in all free governments, ultimately prevail over the views of its rulers; so there are particular moments in public affairs when the people, stimulated by some irregular passion, or some illicit advantage, or misled by the artful misrepresentations of interested men, may call for measures which they themselves will afterwards be the most ready to lament and condemn. In these critical moments, how salutary will be the interference of some temperate and respectable body of citizens, in order to check the misguided career, and to suspend the blow meditated by the people against themselves, until reason, justice, and truth can regain their authority over the public mind?”⁸⁵ (grifei).

No federalista nº 78, Hamilton argumenta a necessidade de rejeitar uma lei aprovada pela legislatura pela sua inconstitucionalidade:

“There is no position which depends on clearer principles, than that every act of a delegated authority, contrary to the tenor of the commission under which it is exercised, is void. No legislative act, therefore, contrary to the Constitution, can be valid.

(…)

But in regard to the interfering acts of a superior and subordinate authority, of an original and derivative power, the nature and reason of the thing indicate the converse of that rule as proper to be followed.

⁸⁵ MADISON, James; HAMILTON, Alexander and JAY, John. *Op. Cit.*, p.371.

They teach us that the prior act of a superior ought to be preferred to the subsequent act of an inferior and subordinate authority; and that accordingly, whenever a particular statute contravenes the Constitution, it will be the duty of the judicial tribunals to adhere to the latter and disregard the former.”⁸⁶

Tanto a defesa do senado feita por Madison quanto a revisão judicial defendida por Hamilton não tinham como refrear a ação popular. Constituíam obstáculos que poderiam ser superados pela insistência da vontade popular. Se o desejo popular pudesse prevalecer ao final, a soberania popular prevaleceria. Assim, os *checks and balances* consistiriam em uma proteção para o risco de prevalência dos interesses da câmara baixa.

Não pairam dúvidas, portanto, de que a divisão de poder entre autoridades capazes de se manter sob controle mutuamente também servia para um objetivo maior que o da divisão funcional de poder: o de refrear o poder do povo.

Os *checks and balances* seriam obstáculos para os desejos impetuosos, adiando a ação praticada no calor do momento. Em um sistema de linhas rígidas, ninguém poderia ultrapassar as barreiras estabelecidas. No sistema de *checks and balances*, se o povo persistentemente desejasse alguma coisa, incluindo uma mudança na constituição federal, ao final, faria prevalecer sua vontade. Percebe-se, então, que na concepção federalista não era qualquer desejo popular que deveria prevalecer, mas apenas os amainados e bem sopesados. O sistema de *checks and balances* fora desenhado com este propósito. Os desejos transitórios seriam filtrados e seriam implementados somente após alguma insistência. As paixões seriam resfriadas com o passar do tempo: os caprichos e os desejos irracionais não passariam no teste do tempo.

⁸⁶ *Id.*, *Ibid.* pp.438/440.

3.5. Forças sociais e potências

Quando Montesquieu concebeu a teoria da separação dos poderes tinha em mente três potências, que não eram as divididas segundo a função exercida tal como hoje conhecemos: Poder Executivo, Legislativo e Judiciário. As potências eram relativas às ordens sociais, aos estamentos da época. Os poderes, por sua vez, diziam respeito às funções, mas estas eram todas exercidas pelo monarca:

“Há, em cada Estado, três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o executivo que depende do direito civil.

Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos. Chamaremos este último o poder de julgar e, o outro, simplesmente o poder executivo do Estado.”⁸⁷

Montesquieu descrevia três potências oriundas de estratos sociais diversos: o monarca (o rei), a câmara alta (representava a nobreza) e a câmara baixa (representava a burguesia). Tinha como objetivo combinar estas três potências, de modo que cada uma exerceria uma função preponderante. O problema era político e não jurídico.

O Judiciário, para Montesquieu, não era considerado nem um poder em sentido próprio, era considerado invisível, nulo:

“Dos três poderes dos quais falamos, o de julgar é, de algum modo, nulo. Restam apenas dois e, como esses poderes têm necessidade de um poder regulador para moderá-los, a parte do corpo legislativo que é composta de nobres é bastante capaz de produzir este efeito.”⁸⁸

“Porém, os juizes de uma nação não são, como dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor. É portanto, a parte do corpo legislativo, que noutra ocasião dissemos ser um tribunal necessário, que aqui também é necessária: cabe à sua autoridade superema moderar a lei em favor dela própria, pronunciando-a menos rigorosamente do que ela.”⁸⁹

Tal como observou Althusser, os julgamentos políticos não eram realizados pelo judiciário. E sendo o judiciário um poder nulo, havia, na concepção de Montesquieu, apenas dois poderes: o executivo e o legislativo. Dois poderes, mas três potências, conforme palavras do próprio Montesquieu: o rei, a câmara alta e a câmara baixa, ou seja, o rei, a nobreza e o “povo”.⁹⁰

Estas três potências eram representativas de forças sociais diversas naquele momento histórico e o que Montesquieu imaginava era a combinação dessas forças sociais, de modo a obter um governo moderado: portanto, não se tratava de um problema jurídico de limitação de competências, mas sim de um problema político com o fim de combinar, de limitar as pretensões de cada força social.⁹¹

Quando Althusser sugere questionar a verdadeira relação das forças históricas, surge a questão: em benefício de quem se operou a divisão?

⁸⁷ Montesquieu, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. *Op. Cit.*, p.187.

⁸⁸ *Id.*, *Ibid.* p.190.

⁸⁹ *Id.*, *Ibid.* p. 193.

⁹⁰ Althusser, Louis. *Montesquieu: La Politique et l'`Histoire*, Presses Universitaires de France, Boulevard Saint-Germain, Paris, 1959, p. 133.

⁹¹ *Id.*, *Ibid.*, p. 134.

“...a nobreza ganha com seu projecto duas vantagens consideráveis: enquanto classe, torna-se uma força política reconhecida na câmara alta; torna-se também, não só pela cláusula que exclui do poder real o exercício da actividade jurisdicional, como pela que reserva este poder à câmara alta, quando os nobres estão em causa, uma classe cujo futuro pessoal, a posição social, os privilégios e as distinções são garantidas contra as violências do rei e do povo. Desta forma, na sua vida, nas suas famílias e nos seus bens, os nobres estarão ao abrigo tanto do rei como do povo. Não se poderia garantir melhor as condições de perenidade de uma classe decadente a quem a história arrancava e disputava já as suas antigas prerrogativas.”⁹²

Percebe-se, então, que na concepção de Montesquieu, o controle possibilitado pelo sistema da divisão entre os poderes não tinha como fim o exercício do controle dos poderes funcionais pela cidadania, mesmo porque ainda não havia tido lugar a extensão do sufrágio universal. O controle era mais no sentido de se contrabalançar os interesses das forças sociais.

Na realidade, o cuidado era justamente oposto: evitar que o povo tivesse acesso a qualquer parcela de poder. Isto porque o povo é guiado pelas paixões, não tendo capacidade para governar a si próprio:

“Tal como a maioria dos cidadãos que possuem suficiente capacidade para eleger mas não a possuem para ser eleitos, igualmente o povo, que possui suficiente capacidade para julgar da gestão dos outros, não está apto para governar por si próprio.”⁹³

O povo, portanto, estaria apto a escolher representantes, mas não poderia controlá-los:

“O povo é admirável para escolher aqueles a quem deve confiar parte de sua autoridade. Só pode decidir-se por coisas que não pode ignorar e por fatos que estão ao alcance de seus sentidos. Sabe muito bem que determinado homem esteve muitas vezes em guerra e que obteve tais êxitos; é, então, capaz de eleger um general. Sabe que um juiz é assíduo, que muita gente sai de seu tribunal satisfeita com ele, que não se pode corrompê-lo: isso é suficiente para que eleja um pretor. Se esta impressionado com a magnificência ou com as riquezas de um cidadão, isso é suficiente para que possa escolher um edil. Todas essas coisas são fatos que o povo aprende melhor na praça pública do que um monarca em seu palácio. Entretanto, saberá o povo dirigir um negócio, conhecer os lugares, as ocasiões, os momentos e aproveitá-los? Não: não saberá.”⁹⁴

Se o autor de *O Espírito das Leis* afirma que “mesmo no governo popular, o poder não deve cair nas mãos da plebe”⁹⁵, vê-se que não é possível associar o controle assegurado pela divisão dos poderes com um controle a fim de proporcionar qualquer garantia aos que não pertencem à elite componente das potências relativas às forças sociais correspondentes (rei, nobreza e burguesia).

A concepção de Montesquieu tem em seu cerne o debate ideológico entre estas forças sociais da monarquia. Quando não se tem um regime político monárquico, não será possível pensar nos mesmos termos, mas em função de facções: facções políticas. Caberá verificar se cada facção política representa, embora não as mesmas categorias históricas (tal como rei, nobreza e burguesia), forças sociais que revelam a composição social do contexto a ser abordado.

⁹² *Id., Ibid*, p. 138.

⁹³ Montesquieu, Charles. *Op. Cit.*, p. 49.

3.6. Algumas considerações

O mecanismo dos *checks and balances* surgiu, tal como empregamos atualmente, numa época em que muito se pensava e debatia a engenharia institucional para a criação dos Estados. Era a época precedente à Revolução Industrial, em que havia um encantamento especial pela máquina do mundo, momento em que era necessário encontrar soluções de “engenharia institucional” para adequar as nações aos seus fins. Iniciava-se e iniciou-se a utilização da idéia de *sistema*: o sistema é fechado em si, ou seja, é perfeito em seu conjunto na medida em que prevê soluções para os todos os seus problemas. Daí perceber que o sistema, enquanto espaço delimitado, mesmo que no plano meta-sensível, previa a resolução de suas antinomias.

Era neste panorama histórico que se debatiam questões como as virtudes necessárias em uma república e como poderiam ser previstas, no sistema, as soluções necessárias para cuidar dos desvios que porventura viessem a ser cometidos. A questão permanece presente até hoje: se os homens que ocupam o poder podem, embora virtuosos, se corromper, as instituições deverão conter mecanismos de monitoramento de seus atos. Ou seja, mesmo que fosse eleito o mais virtuoso dos homens, haveria a possibilidade desse homem, ao exercer o poder, vir a corromper-se: conseqüentemente, as instituições devem ter mecanismos de controle do exercício do poder. Isto significa que a sobrevida de um sistema político, a longo prazo, deveria ser garantida por meio da qualidade de suas instituições, leia-se, capacidade de prever mecanismos de monitoramento e controle de seus agentes públicos.

⁹⁴ *Id., Ibid*, p. 48.

A discussão era centrada no plano do indivíduo, mas ela também deslocava-se para a questão dos grupos que dominavam cada um dos poderes institucionais em si, na medida em que cada um representava um “estado” ou uma facção dominante. Quando os idealizadores da estrutura político-institucional de um Estado elucubravam acerca dos mecanismos de controles de um Poder sobre o outro, uma das questões de fundo mais relevante consistia na necessidade de contenção dos ímpetos de uma classe ou facção sobre a outra, já que sempre se teve o conhecimento da natureza expansível do poder: daí a necessidade de “domesticá-lo”.

Para os anti-federalistas, a idéia de separação de poderes é contrária à idéia de *checks and balances*, tal como argumentaram Benjamin Franklin e Elbridge Gerry. Era necessário ter um sistema político com um poder legislativo máximo e um poder executivo mínimo. O valor a ser protegido era o da liberdade. No entanto, a Constituição enfraqueceu o Poder Legislativo, dando mais poderes ao Executivo e ao Judiciário e dividindo a legislatura em duas Câmaras, em nome do princípio da separação de poderes.

Na realidade, não se tratava apenas de determinar funções do Poder a fim de dividi-lo, mas de calibrar diferentes forças sociais que exerciam o Poder. Se as forças sociais da comunidade estivessem contrabalançadas, seria muito mais difícil chegar a extremismos.

O princípio da separação de poderes tal como foi concebido já trazia a idéia de uma separação não absoluta, não estanque, trazendo em seu bojo a idéia de mistura: os poderes exercem funções típicas, mas não exclusivas. Desde a sua origem o Poder Executivo tem poderes legislativos e vice-versa. Daí a necessidade de *checks and balances*: um poder será freado e fiscalizado por outro, que poderá exercer atividades não típicas quando da fiscalização dos atos do outro poder (por exemplo: o Executivo tem o poder de veto em relação às iniciativas do Poder Legislativo). Isto porque cada poder era visto como representativo de um

⁹⁵ *Id., Ibid.*, p. 283.

estado: o que havia era uma teoria política abstrata, que definia tirania e liberdade em função da separação de poderes em mãos diferentes e uma teoria social concreta que ligava um governo moderado e não-extremista com um sistema que possuía a mistura e o contrapeso de diferentes grupos sociais da comunidade.

Se determinadas arenas do governo são mais propensas a serem dominadas por determinadas forças sociais, a separação e a independência destas funções dependia de ações de um poder que pudessem ser contrapostas às de outro, através do compartilhamento de alguns poderes. A separação dos poderes está ligada à tentativa de se evitar a tirania; isto está explícito em O Federalista nº 47:

“From these facts, by which Montesquieu was guided, it may clearly be inferred that, in saying "There can be no liberty where the legislative and executive powers are united in the same person, or body of magistrates," or, "if the power of judging be not separated from the legislative and executive powers," he did not mean that these departments ought to have no PARTIAL AGENCY in, or no CONTROL over, the acts of each other. His meaning, as his own words import, and still more conclusively as illustrated by the example in his eye, can amount to no more than this, that where the WHOLE power of one department is exercised by the same hands which possess the WHOLE power of another department, the fundamental principles of a free constitution are subverted.(...)”⁹⁶.

Entretanto, por detrás da necessidade da separação de poderes a fim de evitar a tirania e o extremismo, sempre ficou evidente que Os Federalistas temiam a ausência de freios em relação aos poderes do Legislativo.

Eles acreditavam que, na origem, havia sido o Legislativo que tinha usurpado poderes do Executivo e do Judiciário. Assim, o que se pode notar é que a divisão de poderes tal como concebida acabou se encarregando de atribuir

⁹⁶ MADISON, James; HAMILTON, Alexander and JAY, John. *Op. Cit.*, p. 78.

poderes legislativos aos outros poderes: se em outros momentos e lugares as ameaças à separação de poderes, segundo Madison, teriam vindo da Monarquia e do Poder Executivo, naquele momento, os esforços deveriam ser concentrados em combater o poder exorbitante advindo do Poder Legislativo.

“The legislative department is everywhere extending the sphere of its activity, and drawing all power into its impetuous vortex.(...) They (os fundadores) seem never to have recollected the danger from legislative usurpations, which, by assembling all power in the same hands, must lead to the same tyranny as is threatened by executive usurpations.(...)”

“A great number of laws had been passed, violating, without any apparent necessity, the rule requiring that all bills of a public nature shall be previously printed for the consideration of the people; although this is one of the precautions chiefly relied on by the constitution against improper acts of legislature. The constitutional trial by jury had been violated, and powers assumed which had not been delegated by the constitution. Executive powers had been usurped. The salaries of the judges, which the constitution expressly requires to be fixed, had been occasionally varied; and cases belonging to the judiciary department frequently drawn within legislative cognizance and determination.”⁹⁷

Observa-se, assim, que o mecanismo dos *checks and balances* refere-se mais à contenção social (*balancing social forces*), ou seja, reduzir o radicalismo e o extremismo que poderia advir dos *commons* ou do Executivo, do que à divisão institucional de forças dentro da estrutura do governo.

O extremismo e o radicalismo social são evitados com instrumentos institucionais: divide-se a Câmara em alta e baixa, de modo que o

⁹⁷ MADISON, James; HAMILTON, Alexander and JAY, John. *Op. Cit.*, p. 309.

Senado seja um vetor de contrapeso do próprio poder Legislativo. Os senadores, por sua vez, são indicados e vitalícios: não dependem de base social.

Segundo este raciocínio, ao combater as objeções quanto ao Senado funcionar como o julgador dos *impeachments*, já se contra-argumentava que, ao dar ao Senado poderes legislativos e típicos do Judiciário, não se estaria atentando para a máxima de que deveria existir diferentes departamentos de poder; pois um amálgama dos diferentes poderes deveria existir para fins especiais, preservando-os em sua maior parte distintos e não conectados. A mistura parcial seria necessária para que houvesse a defesa mútua dos membros do governo:

“The convention might with propriety have meditated the punishment of the Executive, for a deviation from the instructions of the Senate, or a want of integrity in the conduct of the negotiations committed to him; they might also have had in view the punishment of a few leading individuals in the Senate, who should have prostituted their influence in that body as the mercenary instruments of foreign corruption: but they could not, with more or with equal propriety, have contemplated the impeachment and punishment of two thirds of the Senate, consenting to an improper treaty, than of a majority of that or of the other branch of the national legislature, consenting to a pernicious or unconstitutional law, a principle which, I believe, has never been admitted into any government. How, in fact, could a majority in the House of Representatives impeach themselves? Not better, it is evident, than two thirds of the Senate might try themselves. And yet what reason is there, that a majority of the House of Representatives, sacrificing the interests of the society by an unjust and tyrannical act of legislation, should escape with impunity, more than two thirds of the Senate, sacrificing the same interests in an injurious treaty with a foreign power?

É interessante observar a atualidade das observações feitas nestes *Papers*. Todavia, devemos prestar atenção ao fato de que os *checks and balances*, tal como surgiram, têm as seguintes características:

- 1) Surgem como meio para temperar a separação estanque das funções típicas dos Poderes;
- 2) Os sujeitos ativos e passivos do exercício dos *checks and balances* são os próprios Poderes enquanto instituições também portadoras de poder;
- 3) A assimetria de poder não é presumida;
- 4) Surge como uma forma de mesclar orientações de diferentes grupos sociais que preponderavam em determinados poderes;
- 5) Surge quando o conceito de cidadania não era estendido em seu patamar máximo;
- 6) Surge para assegurar o equilíbrio do poder distribuído entre as elites institucionais;
- 7) Como questão substancial protege a minoria da tirania da maioria: tem como fim evitar o acesso de extratos sociais desprivilegiados a recursos institucionais de poder;
- 8) Não tem como fim preponderante evitar descaminhos da gestão da coisa pública, mas sim, evitar a usurpação de poderes entre os próprios poderes.

CAPÍTULO 4. ACCOUNTABILITY E BUROCRACIA

A afirmação de que a *accountability* é meio de controlar atos da Administração Pública implica o questionamento e a identificação daqueles que praticam tais atos.

Neste trabalho, como já anteriormente afirmado, estão sob o crivo do controle da *accountability* os atos dos agentes públicos, considerados em sentido amplo. O sentido da expressão, como mencionamos, é o mesmo de Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo o qual o termo agentes públicos é “a mais ampla que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente”⁹⁸.

Os textos sobre a *accountability* preferem referir-se a atos de burocratas. “Agentes públicos” é a expressão utilizada no direito administrativo. Não adentraremos profundamente no tema do estudo da burocracia, pois não temos aqui este objetivo. Porém, tendo-se em vista que os atos dos burocratas públicos é que são os analisados neste trabalho, cabe examinar quem são e como surgiram enquanto agentes a terem seus atos controlados.

Segundo duas das definições principais do dicionário Houaiss⁹⁹, burocracia é:

⁹⁸ Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Direito Administrativo*. Malheiros, São Paulo, 14 ed., 2001, p. 219.

⁹⁹ Houaiss, Antonio e Villar, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro, Editora Objetiva, 2001. p. 532.

- a) No seu primeiro sentido: um sistema de execução da atividade pública, especialmente da administração, por meio de um corpo complexo de funcionários lotados em órgãos, secretarias, departamentos, etc., com cargos bem definidos, selecionados e treinados com base em qualificações técnicas e profissionais, os quais se pautam por um regulamento fixo, determinada rotina e uma hierarquia com linhas de autoridade e responsabilidade bem demarcadas, gozando de estabilidade no emprego.

- b) No seu sentido pejorativo: um sistema ou tal corpo de funcionários enquanto estrutura ineficiente, inoperante, morosa na solução de questões, falta de iniciativa e flexibilidade, indiferente às necessidades das pessoas e opinião pública, tendente a complicar trâmites e a ampliar sua área de influência e seu poder, com conseqüente emperramento ou asfixia das funções organizacionais que são sua razão mesma de ser. Exemplo dado: quanto menos burocracia melhor.

Vimos então que o próprio dicionário já se encarregou de elencar o sentido pejorativo do termo, que é comumente empregado para referir-se ao conjunto de funcionários que exerce múnus público.

A burocracia pode ser tanto privada quanto pública, mas aqui trataremos apenas da pública. É importante estudarmos esta categoria por ser ela que exerce os atos de gestão do poder no cotidiano.

É possível verificar que a burocracia existe desde a Antigüidade, sendo a egípcia uma das mais citadas enquanto modelo. Entretanto, o modelo moderno de burocracia somente foi consolidado com as transformações posteriores à Revolução Francesa.

A partir de então, ocorreram grandes modificações na formação da organização burocrática e militar. O surgimento das organizações burocráticas modernas adveio com a monarquia absoluta e o declínio do feudalismo. Os privilégios senhoriais dos proprietários de terras foram transformados em

atributos do poder estatal, resultado da centralização do poder que demandava criação de agentes públicos e o aperfeiçoando da máquina burocrática estatal:

“Esse Poder Executivo, com sua monstruosa organização burocrática e militar, com sua maquinaria estatal engenhosa e multifacetária, um exército de funcionários de meio milhão ao lado de um exército de outro meio milhão, esse tremendo corpo de parasitas que se enrola, como uma rede-pele [Netzhaut], em torno do corpo da sociedade francesa e obstrui todos os seus poros, surgiu na época da monarquia absoluta, com o declínio (que ele ajudou a apressar) do ente feudal. Os privilégios senhoriais dos proprietários de terras e cidades transformaram-se em outros tantos atributos do poder estatal, os dignatários feudais em funcionários pagos e o colorido cardápio dos antagônicos poderes medievais absolutos no plano regulamentado de um poder estatal, cujo trabalho é dividido e centralizado como numa fábrica.”¹⁰⁰

Os burocratas desta época eram vistos como parasitas, como classe de animais que vive às custas do sangue de outros, que se sustentavam através de privilégios concedidos. Teriam sido originados da acomodação da casta da nobreza feudal decadente, que tentava se enquadrar no novo sistema, procurando uma nova forma de viabilizar institucionalmente a continuidade de sua existência.

Esta burocracia, desde então, somente aumentou em contingente e força. A Revolução Francesa aumentou o corpo burocrático, através da criação de instrumentos aptos a operacionalizar o exercício do poder centralizado:

¹⁰⁰ MARX, Karl. *O 18 de Brumário de Luís Bonaparte*. Em Fernandes, Florestan. *História Coleção Grandes Cientistas Sociais*, 36, ano , p. 280.

“A primeira revolução francesa, com sua tarefa de quebrar todos os especiais poderes locais, territoriais, urbanos e provinciais para estabelecer a unidade burguesa da nação, tinha de desenvolver o que a monarquia absoluta havia começado: a centralização, mas, ao mesmo tempo, o âmbito, os atributos e os agentes do poder governamental. Napoleão aperfeiçoou essa maquinaria estatal. A Monarquia Legítima e a Monarquia de Julho nada acrescentaram, senão uma maior divisão do trabalho, que crescia na mesma proporção que a divisão de trabalho dentro da sociedade civil criava novos grupo de interesses, portanto novo material para a administração do Estado.”¹⁰¹

O processo de centralização política foi realizado com o acúmulo de atividades no âmbito estatal. A máquina estatal inchava-se, controlando e se imiscuindo nas mais variadas atividades, antes afetas à comunidade:

“Todo interesse **comunitário** foi logo cortado da sociedade, foi-lhe contraposto um interesse mais elevado, mais **universal**, arrancado da atividade autônoma dos membros da sociedade e transformado em objeto da atividade do governo, desde a ponte, o prédio da escola e a propriedade comunal de uma associação de aldeia, até as ferrovias, o tesouro nacional e a universidade da França. Finalmente, a República parlamentar viu-se, em sua luta contra a revolução, obrigada a reforçar, com as medidas repressivas, os recursos e centralização do poder governamental. Todas as revoluções aperfeiçoaram essa máquina, ao invés de destruí-la. Os partidos, que se rinhavam alternadamente em torno da hegemonia, encaravam a tomada de posse desse monstruoso edifício estatal como o principal espólio do vencedor.”¹⁰²

¹⁰¹ MARX, Karl. *Op. cit.*, p. 280.

¹⁰² WEBER, Max. *Ensaio de Sociologia*. Organização e Introdução: H.H. Gerth e C. Wright Mills, Tradução: Waltensir Dutra, Revisão Técnica: Prof. Fernando Henrique Cardoso, 5ª edição, LTC Editora, Rio de Janeiro, 1982, p. 150.

Esta burocracia, conseqüência da acomodação da nobreza e da aristocracia aos privilégios perdidos durante o fim do feudalismo, passou a desfrutar, com o passar do tempo e da Revolução Industrial, do pressuposto da superioridade técnica e da especialização:

“A burocratização oferece, acima de tudo, a possibilidade ótima de colocar-se em prática o princípio de especialização das funções administrativas, de acordo com considerações exclusivamente objetivas. Tarefas individuais são atribuídas a funcionários que têm treinamento especializado e que, pela prática constante, aprendem cada vez mais. O cumprimento ‘objetivo’ das tarefas significa, primordialmente um cumprimento de tarefas segundo **regras calculáveis** e ‘sem relação com pessoas”.¹⁰³

Os elementos modernos consistiam na presença de regras calculáveis e na ausência de relação com pessoas: na impessoalidade. A burocracia moderna atribui importância destacada para a previsão de resultados, bem como para a desvinculação da atividade a ser realizada da emoção: para cumprir o objetivo proposto através das tarefas a serem efetuadas, será necessário desvincular-se de elementos pessoais. A virtude buscada é a da neutralidade e do tecnicismo advindo da forma de organização e da especialidade burocrática. As características necessárias de um bom burocrata deixam de se basear em virtudes pessoais e passam para qualificações técnicas: a função é mais importante do que a pessoa do agente. Destes elementos surge a figura do perito:

“Quanto mais complicada e especializada se torna a cultura moderna, tanto mais seu aparato de apoio externo exige o **perito** despersonalizado e

rigorosamente “objetivo”, em lugar do mestre das velhas estruturas sociais, que era movido pela simpatia e preferência pessoais, pela graça e gratidão. (...) Em geral, somente a burocracia estabeleceu as bases da administração de um Direito racional conceptualmente sistematizado, tendo como fundamento as leis que o período final do Império Romano criou com Grande perfeição técnica. Durante a Idade Média, esse Direito foi recebido, juntamente com a burocratização da administração legal, ou seja, com o afastamento dos velhos processos de julgamento que estavam ligados à tradição ou pressupostos irracionais, pelo perito racionalmente treinado e especializado.(...)” .¹⁰⁴

A partir da prerrogativa da técnica e da especialidade, ou seja, da assimetria de saber, o poder da burocracia tende a crescer. Como Weber já havia assinalado, este poder burocrático parece aumentar de uma forma que não se pode prever qual o nível a se chegar:

“Em toda parte, o Estado moderno está sofrendo a burocratização. Mas se o **poder** da burocracia dentro da estrutura política está crescendo universalmente é uma questão que deve continuar aberta.

O fato de que a organização burocrática seja tecnicamente o meio de poder mais altamente desenvolvido nas mãos do homem que o controla não determina o peso que a burocracia, como tal, é capaz de ter em uma estrutura social particular. (...) Se a “indispensabilidade” fosse decisiva, então onde predominasse o trabalho escravo e onde os homens livres habitualmente abominassem o trabalho como uma desonra, os escravos “indispensáveis” deveriam ter ocupado as posições de poder, pois eram pelo menos tão indispensáveis quanto os funcionários e proletários de hoje.”¹⁰⁵

¹⁰³ WEBER, Max. Op. cit., p. 151.

¹⁰⁴ WEBER, Max. Id. Ibid., p. 151.

¹⁰⁵ WEBER, Max. Op. Cit., p. 162.

Afirma-se que o poder da burocracia cresce. Mas, qual exatamente o “poder” da burocracia? Como saber se ela efetivamente tem poder? Porque pode ocorrer que ela seja numerosa em quadros, mas desprovida de poder, considerando-se que há outros grupos que interferem na vida da burocracia. Os burocratas-peritos, técnicos que desfrutam de um *status* diferenciado advindo da especialização, têm um poder passível de interferência de outros grupos, não técnicos, não especializados.

E por mais necessários que os burocratas sejam, a indispensabilidade em si não é fator para se aferir a medida de seu real poder. Neste ponto o exemplo de Weber é extremamente feliz: se o critério da indispensabilidade fosse crucial, num regime escravocrata os escravos “indispensáveis” teriam ocupado cargos de poder. Sabemos que não foi isso que ocorreu e, da mesma forma, os burocratas podem ser indispensáveis, mas não ocupar cargos de poder:

“Não se pode decidir **a priori** por essas razões, se o poder da burocracia como tal aumenta. A interferência de grupos de interesse econômico, ou outros peritos não-funcionários, ou a interferência de representantes leigos não-especializados, o estabelecimento de órgãos parlamentares locais, interlocais ou centrais, ou outros órgãos representativos, ou de associações ocupacionais - esses elementos parecem pesar diretamente contra a tendência burocrática.”¹⁰⁶

Mas fato é que esta burocracia adquire poder, advindo de sua condição de *expert*, de capacitada a praticar os atos de gestão do dia a dia da administração pública. Desta feita, mesmo que ela tenha um “senhor político”, que

¹⁰⁶ WEBER, Max. *Op. Cit.*, p.162.

tanto pode ser um conjunto de cidadãos como um monarca esclarecido, o corpo burocrático fica em condição de superioridade:

“Em condições normais, a posição de poder de uma burocracia plenamente desenvolvida é sempre predominante. O “senhor político” encontra-se na posição do “dileitante” que se opõe ao “perito”, enfrentando o funcionário treinado que se coloca dentro da direção da administração. Isso é válido, quer o “senhor” no qual a burocracia serve seja um “povo” equipado com as armas da “iniciativa legislativa”, o “referendo”, e o direito de afastar funcionários, ou um parlamento eleito em base mais aristocrática ou mais “democrática” e equipado com o direito de votar a falta de confiança, ou com a autoridade real de votá-la. É válido quer o senhor seja um órgão aristocrático, colegiado, baseado legal ou praticamente no auto-recrutamento, quer seja um presidente eleito pelo povo, um monarca hereditário e “absoluto” ou “constitucional”.¹⁰⁷

Nesta abordagem, quem tem maior poder é o burocrata e não o seu chefe. Vê-se que diante desta perspectiva, a “direção” do controle será diferente da teoria que utiliza o instrumental analítico do tipo *principal-agent*, considerando-se aqui que a parte mais fraca é justamente o “senhor político”, no caso, a cidadania.

A partir da transição para o governo constitucional, a burocracia passa a obedecer a um chefe central: o primeiro ministro passa a reunir todas as informações da burocracia e é incumbido de transmiti-las ao monarca:

“Com a transição para o Governo constitucional, a concentração do poder da burocracia central num chefe tornou-se inevitável. O funcionalismo foi

¹⁰⁷WEBER, Max. *Op. Cit.*, p.163.

colocado sob um chefe monocrático, o primeiro-ministro, através de cujas mãos tudo tinha de passar, antes de chegar ao monarca. Isso colocava o rei, em grande parte, sob a tutela do chefe da burocracia. Guilherme II, em seu conhecido conflito com Bismarck, combateu esse princípio, mas teve de recuar sem demora. Sob o domínio do conhecimento especializado, a influência prática do monarca só pode conseguir firmeza através de uma comunicação contínua com os chefes burocráticos; esse relacionamento deve ser planejado metodicamente e dirigido pelo chefe da burocracia”.¹⁰⁸

De fato, o poder político da burocracia sofre as interferências de outros poderes políticos e pode ocorrer que burocratas indispensáveis não desfrutem de tanto poder.

Não obstante, para além da qualidade de possuir conhecimento especializado, certo é que o exercício do poder é efetivado a partir de atos praticados nas várias instâncias: para que um burocrata-chefe feche um contrato de compra e venda com uma empresa particular, deve: abrir o edital da licitação, recolher as propostas, analisá-las, optar pela melhor segundo parâmetros de legalidade, razoabilidade e eficiência. Cada ação é realizada por diversos atores do corpo burocrático e a decisão política é concretizada através de inúmeros atos praticados no cotidiano burocrático, de modo que cada instância tem sua parcela de poder e de responsabilidade. Neste sentido, como Weber observa, é a burocracia quem governa:

“Num Estado moderno necessária e inevitavelmente a burocracia realmente governa, pois o poder não é exercido por discursos parlamentares nem por proclamações monárquicas, mas através da rotina da administração. Isto é exato tanto com referência ao funcionalismo militar

¹⁰⁸ WEBER, Max. *Op. Cit.*, p.164.

quanto civil. Mesmo o moderno oficial de patente superior trava batalhas de seu gabinete.”¹⁰⁹

Embora os agentes políticos tenham o poder de tomar decisões políticas, no dia a dia podem vir a não possuir o domínio da burocracia a eles submetida, tendo-se em vista que o corpo burocrático aumenta a cada dia, ao mesmo passo que a modernização do Estado e o crescente domínio público na esfera econômica¹¹⁰:

”Tal como o assim chamado progresso em relação ao capitalismo tem sido o inequívoco critério para a modernização da economia, desde épocas medievais, assim também o progresso em relação ao funcionalismo burocrático caracterizado pelo formalismo de emprego, salário, pensão, promoção, treinamento especializado e divisão funcional do trabalho, áreas bem definidas de jurisdição, processos documentários, sub e super-ordenação hierárquicas têm sido o igualmente inconfundível padrão para a modernização do Estado, quer monárquico, quer democrático, pelo menos no que se refere a um Estado composto de grandes massas de povo, e não a um pequeno cantão com administração rotativa. O Estado democrático, assim como o Estado absoluto, elimina a administração feudal, patrimonial, patricia, ou de outros dignatários que exercem o poder de forma honorária ou hereditária, e a substitui por funcionários civis.”¹¹¹

O corpo burocrático já existia antes do surgimento da burocracia moderna, desenvolvida segundo estes preceitos “racionais”. A burocracia pré-moderna, entretanto, administrava sem a organização do trabalho racional, com

¹⁰⁹ Weber, Max. *Ensaio de Sociologia e Outros Escritos*. Seleção de Maurício Tragtenberg, Coleção Os Pensadores, Abril Cultural, São Paulo, 1ª edição, 1974. p. 22.

¹¹⁰ WEBER, Max. Op. Cit. 1974, p.23.

¹¹¹ WEBER, Max. Opinião. Cit. 1974, p.22.

capital fixo e cálculos precisos. Esta fase da racionalidade burocrática coincide com as necessidades do capitalismo moderno e com o crescente domínio público na esfera econômica:

“(..) Contudo, as características específicas do capitalismo moderno, isto é, a organização do trabalho rigorosamente racional implantada na tecnologia racional, em contraste com as formas antigas de aquisição capitalista, não se desenvolveram em nenhum desses Estados irracionalmente edificados e nunca poderiam ter neles aparecido, (...)”.¹¹²

Mas se o corpo burocrático aumenta com a intervenção do Estado no setor econômico, este aumento já havia sido precedido pelo aumento da centralização do Estado: tanto militar quanto tributária. Isto porque a elevação do poderio militar do Estado implica na necessidade de uma fonte de financiamento para tal poder. Em paralelo a este processo de centralização, surgem as Constituições dos Estados modernos que prescreviam a defesa comum e a liberdade como valores mais importantes.

Será a partir deste marco histórico, que a burocracia se expande e que os partidos passam a desempenhar o papel de “senhores políticos” da burocracia.

Neste contexto, o parlamento acaba por se transformar num mercado de acordos entre interesses econômicos sem orientação política para os interesses gerais. Para a burocracia, isto aumenta a oportunidade de reunir interesses econômicos divergentes e de expandir o sistema de ajuda política mútua com concessão de cargos e contratos, a fim de preservar seu próprio poder.

¹¹² WEBER, Max. Op. cit. 1974, p.24.

“(…) O fato de que os partidos operam no princípio de livre recrutamento impede sua regulamentação pelo Estado; (...). Nos Estados modernos, os partidos políticos podem basear-se fundamentalmente em dois princípios distintos. Podem os partidos ser essencialmente organizações para concessão de cargo, como o têm sido nos Estados Unidos desde o fim das grandes controvérsias sobre a interpretação da Constituição. Neste caso estão os partidos meramente interessados em colocar o seu líder na posição máxima, a fim de que este possa transferir cargos estatais aos seus seguidores, ou seja, aos membros dos staffs ativos e de campanha do partido.(…) A crescente necessidade de substituir o protegido inexperiente do partido e ex-funcionário pelo funcionário de carreira tecnicamente treinado reduz progressivamente os benefícios do partido e resulta inevitavelmente numa burocracia de tipo europeu.

O segundo tipo de partido é fundamentalmente ideológico (Weltanschauungspartei) e destinado a conseguir a concretização de ideais políticos explícitos. De forma relativamente pura, este tipo era representado na Alemanha pelo Partido Católico de Centro da década de 1870 e pelos sociais-democratas antes de se burocratarem. De maneira geral, os partidos combinam ambos os tipos. Eles têm objetivos explícitos que são determinados pela tradição, por isso esses objetivos são modificáveis apenas pouco a pouco, mas eles (os partidos) também querem controlar a concessão de cargos. Em primeiro lugar, objetivam colocar seus líderes nos principais postos políticos. (...)”¹¹³

Mas, deve-se observar que esta burocracia partidária, inicialmente “senhor político” da burocracia estatal emergente, passa a perder sua influência, seu domínio, com o aumento das atribuições que o Estado passa a tomar para si.

A burocracia cresce e passa a incorporar não só o poder das informações privilegiadas da prática burocrática, mas também a ser a memória do seu funcionamento. Esta burocracia especializada, técnica, dona de conhecimento

¹¹³ WEBER, Max. Op. cit. 1974, p.27.

de informações práticas e privilegiadas, ganha um poder que não é controlado nem pelo seu próprio chefe burocrático e nem pela via partidária, que se mostra eficiente, mas insuficiente.

O treinamento e a disciplina dos funcionários de carreira que compõem “o núcleo do mecanismo” são pré-condições absolutas do “êxito”. Este “êxito”, obtido através da eficiência da organização racional, funcional e especializada, refere-se ao “êxito” da burocracia como forma de dominação, da fábrica ao exército e à administração pública¹¹⁴.

Observa-se que este conhecimento e especialização podem não ser utilizados em favor dos cidadãos: pode ocorrer de serem utilizados não impessoalmente, mas patrimonialmente, de modo a privilegiar grupos eleitos e venais.

Weber discorre sobre a “burocratização universal” que se encontra por trás das chamadas “idéias alemãs de 1914”, ou seja, por trás do que se denominou o “Socialismo do futuro”, por trás dos termos “sociedade organizada”, “economia cooperativa”, e de todas as frases contemporâneas semelhantes.¹¹⁵

Afirma que o futuro pertence à burocratização, à burocratização “racional” e não à “patrimonial”, pois esta é “à prova de fuga”:

“(…) O futuro pertence à burocratização, e é evidente que neste particular os literati obedecem a seu chamado de proporcionar uma salva de palmas às potências promissoras, da mesma maneira que o fizeram na época do *laissez-faire*, em ambas as vezes com a mesma ingenuidade.

“A burocracia distingue-se das outras influências históricas do moderno sistema racional de vida, (...) é muito mais persistente e “à prova de fuga”.

¹¹⁴ WEBER, Max. Op. cit. 1974, p.29.

¹¹⁵ WEBER, Max. Op. cit. 1974, p.30.

A História nos mostra que onde quer que a burocracia tenha triunfado, como na China, no Egito, e em menor grau no Império Romano posterior e em Bizâncio, ela não desapareceu mais, a não ser ao fim do colapso total da cultura dominante.

“Contudo, estas eram ainda, relativamente falando, formas de burocracia altamente irracionais: “burocracias patrimoniais”. Em contraste com estas formas mais velhas, a burocracia moderna tem uma característica que torna sua natureza (de) “à prova de fuga”, muito mais explícita: especialização e treinamento racionais.

“O mandarim chinês não era um especialista, mas um “gentil-homem” dotado de educação literária e humanística.(...); suas atitudes eram em parte presas à tradição, (...). O funcionário moderno recebe um treinamento profissional que inevitavelmente aumenta em correlação com a tecnologia racional da vida moderna.(...).¹¹⁶

Se o treinamento profissional, a especialização, ou seja, a formação do técnico consistiria no escudo protetor contra a corrupção, ela também poderia revelar-se fonte de opressão e dominação:

(...) mas a falta de treinamento profissional, constituiu-se na fonte da corrupção, que é tão estranha ao funcionalismo público com instrução universitária ora emergente como é estranha à moderna burocracia inglesa, a qual cada vez mais substitui o autogoverno de dignitários (“gentis-homens”).¹¹⁷

“(...) Isto poderia ocorrer se uma administração tecnicamente superior devesse ser o valor supremo e único na organização dos afazeres dos homens, o que significa: uma administração burocrática racional com a

¹¹⁶ WEBER, Max. Op. cit. 1974, p.31.

¹¹⁷ WEBER, Max. Op. cit. 1974, p.31.

correspondente beneficência social, pois esta burocracia pode operar muito melhor do que qualquer outra estrutura de dominação.(...)”.¹¹⁸

Esta máquina burocrática defendida em prol da “verdadeira liberdade” combatendo a anarquia na produção econômica e as “maquinações partidárias” dos parlamentos acabaria por revelar-se o próprio verdugo:

“Quem não riria, então, do temor (...) de que o desenvolvimento político e social poderia nos trazer em demasia ‘individualismo’ ou ‘democracia’ , (...), e quem não riria também de sua antevisão de que a “verdadeira liberdade” só se manifestará quando a atual “anarquia” da produção econômica e as “maquinações partidárias” de nossos parlamentos forem abolidas em favor do pacifismo da impotência social e “estratificação orgânica” - isto é, em favor do pacifismo da impotência social sob a tutela do único poder realmente a que não se pode escapar: a burocracia no Estado e na economia.(...)”.¹¹⁹

Weber colocava algumas questões quanto ao futuro da burocracia: qual o impacto da estrutura burocrática nas formas futuras de organização da política? Com a crescente indispensabilidade da burocracia estatal e sua correspondente ampliação do poder, como poderá haver qualquer garantia de que existirão forças para conter e controlar eficazmente a tremenda influência desta camada?

A força do funcionalismo burocrático advém de sua posição: o funcionário está acima dos partidos, não entra na disputa pelo poder; já o político

¹¹⁸ Id. Ibidem, p.31.

¹¹⁹ Id. Ibidem, p.31.

luta pelo poder e pela responsabilidade pessoal, desvincula-se, assim, o político do burocrata em geral:

“Como diz Bismark: “Ou obtenho de vós a autorização que agora necessito, ou renuncio”, ele será um miserável Kleber (indivíduo que não abandona a sua posição) - como denominou Bismark este tipo - e não um líder. “Estar acima dos partidos” - de fato, permanecer fora da esfera da luta pelo poder - é o papel do funcionário, enquanto esta luta pelo poder pessoal e a responsabilidade pessoal resultante são o princípio essencial do político assim como do empresário.

“Desde a renúncia do príncipe Bismark, a Alemanha tem sido governada por “burocratas”, resultado de sua eliminação de todo talento político.(...)”.¹²⁰

Como o próprio Weber já havia assinalado, o poder de todos os burocratas passa a residir em dois tipos de reconhecimento:

- 1) primeiro, **Know-how** técnico no sentido mais amplo do termo, adquirido através de treinamento especializado;
- 2) em segundo lugar, a burocracia tem o poder de transformar as informações oficiais em material sigiloso através do conceito notório do “serviço secreto”, o burocrata tem informações oficiais que só são conseguidas através de canais administrativos e que lhe fornecem os fatos nos quais ele pode fundamentar suas ações.¹²¹

¹²⁰ WEBER, Max. Op. cit. 1974, p.33.

¹²¹ WEBER, Max. Op. cit. 1974, p.45.

Ou seja, o burocrata desfruta da posição de perito, *expert*, que tem maior conhecimento técnico sobre um assunto e mais: possui informação privilegiada que só o convívio nos bastidores pode lhe proporcionar.

Não obstante, este burocrata que se encontra em uma posição privilegiada, encontra freios diante de mecanismos institucionalizados, tais como o direito parlamentar de inquérito. Para Weber o direito parlamentar de inquérito funciona como um chicote, para coagir os chefes administrativos a responsabilizarem-se por seus atos:

“O direito parlamentar de inquérito deveria ser um meio auxiliar e, de resto, um chicote, cuja mera existência coagirá os chefes administrativos a responsabilizarem-se por seus atos de tal forma que o uso do dito chicote não se faça necessário. As melhores realizações do parlamento britânico devem-se ao uso judicioso desse direito. A integridade do funcionalismo britânico e o alto nível da sofisticação do público são grandemente baseados nele; tem sido freqüentemente salientado que o melhor indicador da maturidade política está na maneira pela qual os trâmites das comissões são acompanhados pela imprensa britânica e seus leitores.”

O trabalho das comissões parlamentares de inquérito, desde esta época relatada por Weber, tem grande importância como meio de coagir os burocratas a se responsabilizarem por seus atos. Nota-se que este instrumento de controle funciona como meio poderoso de propagação de informações por intermédio da imprensa, que acompanha o andamento dos trabalhos e dá conhecimento ao público. Até hoje, conforme podemos observar, o trabalho das Comissões Parlamentares de Inquérito é um dos que mais dão publicidade aos atos de investigação e às motivações dadas pelos envolvidos nos processos.

Segundo Weber, o modo como os trabalhos se desenrolam neste processo de publicização (transparência), de motivação das ações praticadas e a possível punição, exprimiriam a maturidade do sistema político:

“Esta maturidade reflete-se não em votos de não-confiança, nem em acusações de ministros e semelhantes espetáculos de desorganizado parlamentarismo franco-italiano, mas no fato de que a nação se mantém informada da conduta de seus negócios pela burocracia, e a supervisiona continuamente. Só as comissões de um parlamento poderoso podem ser o veículo para o exercício desta salutar influência pedagógica. Em última análise, a burocracia só pode lucrar com esse desenvolvimento. O relacionamento público com a burocracia raramente mostrou tanta falta de compreensão como na Alemanha, pelo menos em comparação com países que possuem tradições parlamentares. (...)”.¹²²

Este “chicote” mantenedor dos chefes administrativos a serviço do público e indutor da responsabilidade seria um dos fatores garantidores da integridade não apenas do funcionalismo, mas também da democracia, tendo-se em vista que explicitaria a dimensão informativa, da publicização dos atos dos burocratas:

“(…) Em contraste, para a supervisão da burocracia durante a época de paz, comissões mistas especializadas, seguindo as pegadas do **Hauptausschuss**, poderiam revelar-se apropriadas, desde que o público seja mantido informado e desde que medidas eficazes sejam criadas, as quais possam preservar a uniformidade diante do assunto especializado

¹²² WEBER, Max. Op. cit. 1974, p.49.

tratado nas várias subcomissões; estas se comporiam de representantes do **Budesrat** e dos ministérios. (...).¹²³

É claro que em oposição a estes mecanismos de supervisão e coação, sempre houve o desejo da burocracia não estar submetida a quaisquer controles:

“(...) Os interesses de **status** da burocracia, ou mais declaradamente suas vaidades e seu desejo de perpetuar a ausência de controles, são os únicos obstáculos no caminho desta exigência – a qual, além do mais, nem mesmo subentende a introdução de governo parlamentar, mas simplesmente uma das pré-condições técnicas deste. (...).¹²⁴

Verifica-se, então, que tal como exposto por Weber, a burocracia existe desde os tempos da Antigüidade, sendo que o exemplo mais citado como um corpo burocrático avançado é o do Egito antigo. Entretanto, esta burocracia, cunhada por Weber como “patrimonial” ou “pré-racional”, ainda não era caracterizada pela racionalidade-funcional. Esta burocracia, que traz os delineamentos da moderna burocracia “racional” começa a surgir com a queda do ente feudal e com a transformação dos privilégios feudais em atributos do poder estatal, tal como citado por Marx.

Será a partir do aumento da interferência estatal na ordem econômica e com a centralização e inchamento do Estado, com a conseqüente expansão do aparato militar e da instauração de um sistema tributário uno, que o Estado passa a avocar atividades antes típicas da comunidade. Neste momento, a burocracia cresce, se especializa em escala geométrica, e passa a servir de

¹²³ Id. Ibid., p.50.

instrumento para o projeto capitalista e a atuar segundo o sentido de eficiência e racionalidade.

Nesta época, o sistema representativo já estava delineado, e o principal meio de controle da burocracia é feito na arena parlamentar, tanto por meio das comissões parlamentares de inquérito, como pela distribuição dos cargos burocráticos entre os vencedores na arena eleitoral.

Entretanto, diante do gigantismo das funções hoje atribuídas ao Estado, vimos que a arena eleitoral é apenas uma das formas de controle dos burocratas, mas não a única; e mais importante, ela é insuficiente, diante do amplo lapso temporal e por abranger apenas a categoria dos agentes públicos políticos.

Observa-se que a atuação parlamentar, tal como a das Comissões Parlamentares de Inquérito, é um controle indireto dos agentes públicos, na medida em que são os representantes eleitos pelos cidadãos que questionam e controlam os atos investigados. Neste sentido, é um mecanismo de *accountability* indireta.

Porém, contemporaneamente, há outras formas de controle desta burocracia, não eleitorais. Tais formas reúnem as dimensões da publicidade, motivação e potencialidade de sanção dos atos praticados por agentes que exercem *múnus publico* e, desta forma, são meios de *accountability* direta, pois acionadas diretamente pelos cidadãos, tais como as ações populares.

Com o desenvolvimento da burocracia e a ampliação do leque de atividades exercidas pelo Estado, o burocrata não é mais visto como um *expert*, um perito a ser respeitado pela sua especialização e temido por suas informações privilegiadas. A cidadania é exercida mais ativamente e a burocracia deve ser transparente, prestar esclarecimentos: as informações do Estado passam a ser divulgadas ao público. As decisões e os atos praticados pelos burocratas passam

¹²⁴ Id. *Ibid.*, p.51.

pelo debate aberto à cidadania e pelo crivo da opinião pública: os cidadãos, considerados em pé de igualdade com os burocratas, também podem ter seus pontos de vista e criticar quaisquer assuntos. Portanto, é necessário existir um meio de controle tal como o da *accountability* direta, fruto da necessidade da cidadania controlar os atos de gestão dos burocratas que não podem ser somente controlados pelos mecanismos de controle cidadão clássicos e tradicionais, os partidos políticos.

Vimos então, que a *accountability*, tal como conceito instrumental da prática política atual é diferente do controle dos *checks and balances*:

- 1) Surge como meio de controle dos cidadãos em relação aos agentes públicos que receberam um encargo (múnus), não importa se via eleição ou não;
- 2) Os sujeitos ativos da *accountability* direta são os cidadãos individualmente considerados e os agentes passivos são os agentes públicos que exercem o encargo público;
- 3) Os sujeitos ativos da *accountability* indireta são os representantes eleitos pelos cidadãos e outras instituições revestidas de poderes para tanto, tal como os Tribunais de Contas e o Ministério Público em algumas de suas atividades;
- 4) Os agentes passivos são os agentes públicos que exercem o encargo público;
- 5) A assimetria de poder é presumida;
- 6) Pode servir a grupos sociais distintos, mas não se refere a classes sociais distintas;

7) Surge quando o conceito de cidadania está estendido em seu grau máximo.

**SEGUNDA PARTE: ANÁLISE DA CONSTITUIÇÃO E
DA LEGISLAÇÃO DA AÇÃO POPULAR**

*“reipublicae interest quam
plurimus ad defendam suam causa”*

aforisma de Paulo invocado por José Frederico Marques

CAPÍTULO 5. ANÁLISE DA CONSTITUIÇÃO

Para verificar se a afirmação de que no Brasil não há controle do tipo *accountability* (que não seja a eleitoral), ou que este tipo de controle é insuficiente ou ineficiente, partimos para a verificação empírica da existência de controles à disposição dos cidadãos que possibilitam o questionamento e a punição de atos políticos dos agentes públicos.

Inicialmente foram identificadas as dimensões essenciais do que se denomina *accountability*, quais sejam: a publicidade, a motivação justificada dos atos e a potencialidade de punição. A partir do exame da legislação brasileira, é possível afirmar que existem, no Brasil, mecanismos institucionais que reúnem os elementos essenciais e fazem as vezes deste tipo de controle.

Também é possível dizer, a partir da análise da jurisprudência, que tais controles são efetivamente utilizados e que conduzem ao controle real de atos políticos.

Como um dos pontos de argumentação gira em torno do fato de que, neste trabalho, entende-se que o controle efetuado pela *accountability* é diverso do exercido pelos *checks and balances*, pois diferentes os sujeitos ativo e passivo e igualmente diferentes os objetos do controle. Verificaremos também quais as situações, na realidade política brasileira, que correspondem a qual controle.

Utilizou-se como base de análise para identificar tais mecanismos de controle institucionalizados a Constituição Federal brasileira de 1988. Assim sendo, os indicadores empíricos constitucionalmente estabelecidos demonstrarão a existência de disposições legais que reúnem as dimensões essenciais da *accountability*. Um destes mecanismos institucionais que possibilitam o amplo controle das atividades públicas é a ação popular. A partir da análise jurisprudencial das ações populares, será possível demonstrar se este mecanismo de controle é efetivamente utilizado ou não, como os vários atores políticos são controlados e podem exercer ativamente o controle.

A questão colocada neste momento é a seguinte: quais os instrumentos de controle dos atos do poder colocados à disposição dos cidadãos? Mais especificamente, quais tipos de mecanismos institucionais reúnem os elementos do controle do tipo *accountability* no panorama político brasileiro?

O marco institucional para o debate atual é a Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 1º, afirma que o Brasil é uma República Federativa consubstanciada em Estado Democrático de Direito. Optou-se por estabelecer uma democracia participativa ao atribuir o exercício do poder a representantes do povo ou ao próprio povo diretamente:

Artigo 1º, parágrafo único - Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

O Poder, neste caso, pode ser entendido como orientação do poder político ou como gestão e fiscalização da coisa pública. Através dos representantes eleitos, os cidadãos participam da orientação das decisões das políticas públicas; mas também podem fazer uso de mecanismos diretos de exercício do poder.

Ao controlar a execução do poder político, os cidadãos exercem o seu poder político-cidadão direto. É um controle diferente do exercido pela *accountability* eleitoral - feita através do voto, instrumento crucial em uma democracia representativa -, realizado através do ajuizamento de ações disponíveis no ordenamento jurídico brasileiro que servem para questionar os atos dos agentes públicos em concreto, tanto daqueles eleitos diretamente quanto dos demais agentes que compõem os quadros dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e também daqueles que, sem pertencer a qualquer destes poderes, compõem os quadros da burocracia pública.

Assim sendo, tais instrumentos servem para questionar atos não apenas de agentes eleitos, mas também de funcionários de empresas de economia mista e autarquias. É importante ressaltar a amplitude deste controle,

porque estes burocratas são escolhidos pelos representantes dos Poderes Públicos (ou são admitidos por concurso público) e tomam decisões importantes, não só de cunho patrimonial, mas que afetam o modo de vida dos cidadãos em geral.

Este controle exercido somente terá uma certa eficácia caso tenha a potencialidade de uma sanção em seu bojo.

Observa-se que nem sempre a punição será uma restrição de direito, ela pode se constituir em um julgamento moral, como é o caso de uma execução pública, o juízo negativo da opinião pública.

Entretanto, ressalta-se que, em um Estado Democrático de Direito, uma característica fundamental consiste na existência do *princípio da ubiqüidade da jurisdição*: ou seja, qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito será passível de apreciação pelo Poder Judiciário. Este é o princípio contido no artigo 5º, inciso XXV, da Constituição Federal de 1988: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Ou seja, os cidadãos, ao se sentirem lesados ou ameaçados, poderão recorrer ao Judiciário. Esta é uma das formas diretas mais eficazes de realização de pacificação social, mesmo porque o Judiciário tem o condão de modificar a realidade fática com seus mandamentos de adequação: o Judiciário consegue efetivamente impor sanções e as fazer cumprir.

Não se afirma aqui que outras formas de punição não sejam importantes, tais como a publicidade que os meios de comunicação trazem para a formação da convicção pública e o conseqüente juízo formado pelos cidadãos, constituindo sanção positiva ou negativa no campo moral; no entanto, a potencialidade de punição, para eventuais descaminhos na condução das coisas públicas, sempre passará pelo crivo do Poder Judiciário.

5.1. Judicialização da Política?

Neste ponto, surge o tema da Judicialização da política: tema do qual não trataremos em profundidade neste trabalho.

Os argumentos do debate em torno da judicialização da política apontam para o fato de existir uma intromissão do Poder Judiciário em assuntos que caberiam mais aos outros Poderes, Legislativo e Executivo, de modo que o Judiciário, ao julgar ações que demandam uma posição política, estaria se imiscuindo em assuntos não lhe pertencentes.

Esta visão está ligada à concepção do sistema da separação de poderes originária, segundo a qual o Poder Judiciário seria, praticamente, inerte, conforme concebido por Montesquieu.

A corrente atuação dos tribunais em assuntos políticos, segundo os que afirmam a judicialização da política teria transformado a separação de poderes em uma questão problemática, além de inaugurar um novo espaço público, sem relação com as instituições político-representativas clássicas. Um exemplo dessa visão pode ser depreendido da seguinte passagem de Cittadino:

“O protagonismo recente dos tribunais constitucionais e cortes supremas não apenas transforma em questões problemáticas os princípios da separação dos poderes e da neutralidade política do Poder Judiciário, como inaugura um tipo inédito de espaço público, desvinculando das clássicas instituições político-representativas.”¹²⁵

¹²⁵ Cittadino, Gisele. “Judicialização na Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes” pp. 17-42, em Vianna, Luiz Werneck (org.) *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*, Belo Horizonte. Editora UFMG, Rio de Janeiro, 2002.

Observa-se, porém, que o sistema dos *checks and balances* já previa que os poderes se contrabalançariam, de modo que o exercício de funções atípicas estava previsto como regra e não como exceção.

Por outro lado, não se pode deixar de observar que o aumento das atribuições do Poder Judiciário decorre menos de uma iniciativa deste Poder ou dos demais, correspondendo na realidade a uma resposta à própria transformação ocorrida nos Poderes Executivo e Legislativo, e que pode ser atribuída à mudança do modelo de Estado. A intervenção crescente do Estado na economia a partir da década de 30¹²⁶ e o aumento da complexidade das demandas sociais dificultam o estabelecimento prévio, em lei, dos limites de atuação do Poder Executivo¹²⁷.

A maior oposição quanto a referida mudança surge inicialmente por parte do próprio Poder Judiciário. Mauro Cappelletti, após mencionar “o gigantismo do Poder legislativo, chamado a intervir ou a ‘interferir’ em esferas sempre maiores de assuntos e de atividade” e o conseqüente “gigantismo do ramo administrativo”, trata da necessidade de controle desse Estado gigante e da relutância quanto a assunção de tal responsabilidade:

¹²⁶ Para uma análise mais detalhada veja-se FURTADO, Celso, *Formação econômica do Brasil*, 27 ed., Companhia Editora Nacional: Publifolha, 2000, fls. 191-253.

¹²⁷ Cf. Podval, Maria Fernanda de Toledo Rodovalho. A alteração no julgamento das ações populares no período de 1948 a 1991 e a mudança do papel do Judiciário. Dissertação de Mestrado defendida em 1994, pp. 116/117:

“O aumento e diversificação das demandas sociais, que já não encontram respostas nos instrumentos tradicionais de representação, exige um novo tipo de legitimação das decisões do Governo. Antes, a aceitação se fazia pela obediência a critérios formais. A partir do momento em que o Executivo deve dar solução a demandas sempre mutáveis, não é possível que essa solução seja pré-determinada em lei. O Executivo, que precisa de uma certa ‘elasticidade’ (que lei não lhe dá, mesmo porque a diversidade de demandas não é controlável nem previsível) para a pronta resolução dos problemas que se lhe apresentam, opera uma descentralização do processo decisório, para órgãos. A aceitação das decisões obtidas se faz não pela observância de critérios formais, mas pela crença que se tem de que os objetivos sociais serão atingidos. Nota-se, portanto, a substituição dos requisitos formais como requisitos de legitimidade pelo critério do convencimento de que a finalidade almejada pelo Estado deve ser atingida.

“O que explica e justifica a alteração na forma de legitimação dos atos do Governo é a crescente complexidade das demandas sociais. Para atendê-las, o Estado necessita de uma ‘ordem em branco’. A atuação do Estado se legitima por antecipação, na medida em que se propõe a resolver as exigências da sociedade. “

“Na verdade, talvez com a só exceção dos Estados Unidos, os tribunais judiciários mostraram-se geralmente relutantes em assumir essas novas e pesadas responsabilidades. Mas a dura realidade da história demonstrou que os tribunais – tanto que confrontados pelas duas formas acima mencionadas do gigantismo estatal, o legislativo e o administrativo – não podem fugir de uma inflexível alternativa. Eles devem de fato escolher uma das duas possibilidades seguintes: a) permanecer fiéis, com pertinácia, à concepção tradicional, tipicamente do século XIX, dos limites da função jurisdicional, ou b) elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se, enfim, o *terceiro gigante*, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador.”¹²⁸

A referência aos tribunais dos Estados Unidos como exceção à relutância do Poder Judiciário em assumir o que seria um novo papel pode ser atribuído ao sistema jurídico ali adotado, da *common law*, que admite maior espaço à criação jurisprudencial e, conseqüentemente, as decisões judiciais têm uma influência política maior que no sistema continental. Neste último, a criação de um “direito judicial” decorreria dos novos textos constitucionais, que teriam possibilitado interpretações construtivas pela jurisdição constitucional, como defende Cittadino:

“Se nos países da *common law* este ativismo judicial é mais favorecido em face das práticas de criação jurisprudencial do direito e da influência política do juiz (Werneck Vianna, 1996:274), nos países de sistema continental, os novos textos constitucionais, ao incorporarem princípios, configurarem Estados Democráticos de Direito, estabeleceram objetivos e fundamentos do Estado, asseguram o espaço necessário para interpretações construtivistas por parte da jurisdição constitucional, já

¹²⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, pp. 46/47.

sendo possível falar em um ‘direito judicial’ em contraposição a um ‘direito legal’.¹²⁹

O fato é que há uma certa confusão: as decisões do Judiciário têm, por óbvio, efeitos políticos. Assim podem ser considerados os efeitos, por exemplo, de qualquer decisão judicial proferida em ações nas quais estejam em jogo interesses que extrapolem os interesses meramente individuais:

“Ademais, num outro prisma, mas igualmente válido, José Carlos Baptista Puoli afirma que qualquer decisão judicial em ações envolvendo interesses metaindividuais – como é o caso da ação popular – tem “conotação política por influenciar, direta ou indiretamente, a vida de inúmeros componentes da sociedade. Vale dizer, a repercussão sobre elevado número de jurisdicionados terá influência imediata no espectro político do país, o que demonstra, sem sombra de dúvida, que as decisões judiciais desse tipo de processo guardam fortíssimo componente político.”¹³⁰

O componente político dessas decisões não permite, todavia, concluir que o Poder Judiciário esteja efetivamente tomando decisões políticas¹³¹.

¹²⁹ CITTADINO, Gisele. “Judicialização na Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes” pp. 17-42, em Vianna, Luiz Werneck (org.) *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*, Belo Horizonte. Editora UFMG, Rio de Janeiro, 2002.

¹³⁰ Dinamarco, Pedro da Silva. Art. 1º (Legitimidade e Direito à Informação). pp. 30-66 In Costa, Susana Henriques da (coordenação). *Comentários à Lei de Ação Civil Pública e Lei de Ação Popular*. São Paulo, Quartier Latin, 2006, p. 40/41.

¹³¹ Podval, Maria Fernanda de Toledo Rodovalho. *Op. Cit.*, p. 116:

O que se poderia concluir a partir do texto de Podval, quando, após tratar da questão da intervenção crescente do Estado na Economia, aponta para uma substancial mudança dos poderes do Estado e para a decisão de questões políticas – ainda que travestidas, em suas palavras, em demandas privadas – pelo Poder Judiciário:

“O Estado, a partir da década de 30, passou a intervir na economia cada vez mais.

“Embora os objetivos tenham variado, a intervenção é sensível. Já não se pode pensar que os poderes do Estado sejam redutíveis ao modelo clássico.

“Observa-se, assim, que a intervenção do Estado na economia, setor privado, não é a única deformação na clássica divisão entre público e privado. Progressivamente, o Judiciário passa a

Isto não significa, de maneira alguma, que o Poder Judiciário seja um poder de natureza política.

Ao Judiciário não é dado o poder de optar por uma política A ou B; o Judiciário não executa política A ou B; o Judiciário não determina por si só a lei que vai ditar as condutas dos cidadãos. Quem o faz é o Poder Executivo ou o Poder Legislativo, pois eles contam com os agentes com poder político para isto. É claro que estas opções políticas dos agentes públicos pertencentes ao Executivo e ao Legislativo são feitas tendo como parâmetros o princípio da legalidade e todos aqueles princípios que regem o Direito Público e a administração pública. Então, se algum cidadão sentir que algum ato, emanado de agente público, foi lesivo tanto em relação a ele quanto em relação ao patrimônio público, poderá levar esta questão ao exame do Poder Judiciário.

O que se demonstra é que o controle realizado pelos cidadãos dos atos dos agentes públicos, em um Estado Democrático de Direito, sempre passará pelo crivo do Judiciário. Isto não significa que o controle é realizado como mecanismo de *checks and balances* em relação aos outros Poderes. A Constituição Federal de 1988 possibilita este tipo de controle

Esta questão esbarra em temas polêmicos como o da amplitude do controle jurisdicional sobre atos políticos. Não se entende que o Judiciário esteja adentrando na seara de exercício dos outros Poderes ao emitir seu juízo em relação aos temas que lhe são trazidos: ele, nestes casos, verifica se os atos questionados pelos cidadãos estão em conformidade com a Constituição Federal e as leis, aquela elaborada pelo Poder Constituinte, estas elaboradas por procedimento que envolve os Poderes Executivo e Legislativo.

decidir sobre questões políticas travestidas em demandas privadas. O Judiciário passa, portanto, a servir como parte do mecanismo de resolução e de representação política. Dessa forma, não é só a divisão entre público e privado que se vê corroída com as mudanças sócio-econômicas, senão também a divisão entre funções do Estado.”

Neste caso, o Judiciário traduz (ou, ao menos, deve traduzir) uma consciência coletiva que subsiste para além da consciência individual de cada cidadão: daí a questão do atendimento da moralidade pública.

A moralidade pública é sem dúvida um conceito de difícil definição, como observa, após citar diversos autores, Odete Medauar. A autora, após afirmar que “o *princípio da moralidade administrativa* é de difícil expressão verbal”, cita algumas definições:

“Na doutrina pátria, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, que dedicou obra específica à moralidade administrativa, tece as seguintes considerações: ‘Muito embora não se cometam faltas legais, a ordem jurídica não justifica no excesso, no desvio, no arbítrio, motivações outras que não encontram garantia no interesse geral, público e necessário;... o que se quer defender é a lisura ou a exação nas práticas administrativas;... a presunção de fim legal equivale à presunção de moralidade’ (*O controle da moralidade administrativa*, 1974, p. 18, 19, 22, 186). Vê-se então, que o referido autor ligou moralidade administrativa a exação, lisura e fins de interesse público. Hely Lopes Meirelles, que sempre incluiu a moralidade entre os princípios da Administração, afirma que ‘ao legal deve se juntar o honesto e o conveniente aos interesses gerais’; e vincula a moralidade administrativa ao conceito de ‘bom administrador’ (op. Cit., p. 79 e 80). Por sua vez, José Afonso da Silva parece aceitar a concepção de Hariou que vê a moralidade como o conjunto de regras de conduta extraídas da disciplina geral da Administração; menciona, como exemplo, o cumprimento imoral da lei, no caso de ser executada com intuito de prejudicar ou favorecer deliberadamente alguém (op. cit., p. 571).”¹³².

¹³² Medauar, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, 8ª ed. rev. e atual. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2004, pp. 147/148.

Diante de tais definições, a autora opta pela última, com vistas à sua operacionalização, que entende depender sua percepção do enfoque contextual¹³³.

No entanto, é particularmente relevante o início da previsão do dever de observância da moralidade administrativa e a evolução de seu entendimento. A relação entre o direito e a moral tem sido ponderada desde o direito romano, como indica a máxima pauliana “*non omne quod licet hostenum est*”, de acordo com a qual nem tudo que é legal é moral, embora ao mesmo tempo o direito fosse considerado como tendo fundamento ético; a maior ou menor identidade entre direito e moral tem variado com resultados diversos ao longo dos tempos, de modo que efeitos indesejáveis podem ser identificados tanto na eticização excessiva do direito (que permitiu a previsão de crimes de heresia) quanto separação rigorosa entre moral e direito (que abre espaço para um Estado com total liberdade na elaboração e imposição de leis e, em prol de temas como a defesa social, pratique abusos que levaram a uma nova associação entre direito e moral, especialmente a partir do final da Segunda Guerra Mundial)¹³⁴.

Esse movimento entre direito e moral se verifica também no que se refere à moralidade administrativa: alguns autores identificariam a moralidade administrativa com a legalidade, entendendo que aquela se reduziria a esta¹³⁵. Contudo, a evolução legislativa envolvendo a moralidade administrativa revela uma

¹³³ “Para configurar o *princípio da moralidade administrativa* e operacionalizá-lo parece melhor adotar o último entendimento [moralidade administrativa como conjunto de regras de conduta extraídas da disciplina geral da Administração]. O princípio da moralidade é de difícil tradução verbal talvez porque seja impossível enquadrar em um ou dois vocábulos a ampla gama de condutas e práticas desvirtuadoras das verdadeiras finalidades da Administração Pública. Em geral, a percepção da imoralidade administrativa ocorre no enfoque contextual; ou melhor, ao se considerar o contexto em que a decisão foi ou será tomada. A decisão, de regra, destoa do contexto, e do conjunto de regras de conduta extraídas da disciplina geral norteadora da Administração. Exemplo: em um momento de crise financeira, numa época de redução de mordomias, num período de agravamento de problemas sociais, configura imoralidade efetuar gastos com aquisição de automóveis de luxo para ‘servir’ autoridades, mesmo que tal aquisição revista-se de legalidade.” (Medauar, Odete. *Op. Cit.*, p. 148).

¹³⁴ Uma exposição sucinta da relação entre direito e moral na história pode ser encontrada em TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, pp. 8/10.

¹³⁵ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 78.

mudança desse entendimento, que será melhor analisada quando do exame da Constituição Federal de 1988.

De qualquer maneira, pode-se afirmar que a obrigação de respeito à moralidade pública é um dos fins da *accountability* e que, portanto, sua previsão e seu controle pelo Poder Judiciário funcionam como mecanismos de *accountability*.

Pode-se questionar que tais mecanismos seriam os de controle do Poder Judiciário em relação aos outros poderes. Mas não, já que o Poder Judiciário não tem iniciativa própria para tais ações.

O Judiciário, em princípio¹³⁶, não presta tutela jurisdicional quando não provocado. Na realidade, ele sempre atuará mediante provocação. Este é a regra geral que rege a função jurisdicional, o princípio da inércia ou dispositivo¹³⁷: *ne procedat judex ex officio*. Observa-se também que a tutela jurisdicional estará limitada ao pedido pelo autor da ação: decidirá o juiz de acordo com o que foi pedido, não podendo julgar além (*ultra petita*) nem aquém (*citra petita*) do pedido. A inércia do Poder Judiciário é considerada inerente à sua própria índole, pois, uma vez que sua função precípua é a pacificação social, se possuísse como regra iniciativa para propor ações, geraria mais conflitos, o que prejudicaria a pacificação¹³⁸.

¹³⁶ Este o princípio que rege a atividade jurisdicional. Mas há poucos casos em que o juiz pode iniciar um procedimento: inventário, exibição de testamento, arrecadação de bens de herança jacente, arrecadação de bens de ausente, suscitar conflito de competência e incidente de uniformização jurisprudencial. No processo trabalhista o juiz pode iniciar a execução da sentença.

¹³⁷ A título de exemplo, o princípio dispositivo consta do artigo 2º do Código de Processo Civil:

“Artigo 2º Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou interessado a requerer, nos casos e formas legais.”

¹³⁸ Cf. Cintra, Antonio Carlos de Araújo; Grinover, Ada Pellegrini e Dinamarco, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 10ª edição. Malheiros, São Paulo, 1993, pp. 128-129. “Outra característica da jurisdição decorre do ato de que os órgãos jurisdicionais são, por sua própria índole, inertes (*nemo judex sine actore; ne procedat judex ex officio*). O exercício espontâneo da atividade jurisdicional acabaria sendo contraproducente, pois a finalidade que informa toda a atividade jurídica do Estado é a pacificação social e isso viria em muitos casos a fomentar conflitos e discórdias, lançando desavenças onde elas não existiam antes. Há outros métodos reconhecidos pelo Estado para a solução dos conflitos (conciliação endo ou extraprocessual, autocomposição e, excepcionalíssimamente, autotutela – sobre os meios alternativos para a eliminação de conflitos, v.

Outro motivo pelo qual é estabelecida a inércia do Poder Judiciário é a garantia da imparcialidade do julgador, que restaria comprometida caso a ele coubesse também a iniciativa da ação: se ele julgasse procedente uma demanda que ele mesmo iniciou seria fonte de desconfiança para outros poderes e para os cidadãos, por outro lado, se julgasse improcedente uma demanda que ele mesmo iniciou seria tido como desprovido de discernimento¹³⁹. Em vista da ausência de iniciativa do Poder Judiciário, não cabe falar em controle dos outros Poderes, senão indiretamente.

Como a Constituição Federal prevê que nenhuma lesão ou ameaça de lesão deixará de ser apreciada pelo Poder Judiciário, sempre se manifestará quando for provocado a se pronunciar sobre todos os conflitos que lhe forem trazidos sob pena de negar prestação jurisdicional¹⁴⁰.

Não cabe, por isso, falar em uma invasão do Poder Judiciário na Política, ou em crise da separação de poderes. Ainda que se reconheça certa mudança no papel do Poder Judiciário, esta representa menos uma mudança significativa do papel deste Poder do que uma adaptação para que ele mantenha sua função, sem contrariar, mas sim observando a doutrina da separação de poderes e dos *checks and balances*.

Observou-se a necessidade de ampliação do conceito de representação, em vista notadamente do desenvolvimento da burocracia estatal,

supra, n. 5) e o melhor é deixar que o Estado só intervenha, mediante o exercício da jurisdição, quando tais métodos não tiverem surtido efeitos.”

¹³⁹ Cf. Cintra, Antonio Carlos de Araújo; Grinover, Ada Pellegrini e Dinamarco, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 10ª edição. Malheiros, São Paulo, 1993, p. 129:

“Além disso, a experiência ensina que quando o próprio juiz toma a iniciativa do processo ele se liga psicologicamente de tal maneira à idéia contida no ato de iniciativa, que dificilmente teria condições de julgar imparcialmente. Por isso, fica geralmente ao critério do próprio interessado a provocação do Estado-juiz ao exercício da função jurisdicional: assim como os direitos subjetivos são em princípio disponíveis, podendo ser exercidos ou não, também o acesso a órgãos da jurisdição fica entregue ao poder dispositivo do interessado (mas mesmo no tocante aos direitos indisponíveis a regra da inércia jurisdicional prevalece: v.g., o *jus punitiois* do Estado).”

¹⁴⁰ Artigo 5º, Constituição Federal de 1988, inciso XXXV – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

sendo que a ampliação da representação corria paralelamente à pluralização da soberania¹⁴¹:

“Paralelamente, verifica-se que a pluralização da soberania tem coincidido com a ampliação dos níveis de representação, que passam a compreender, além dos representantes do povo por designação eleitoral, os que falam, agem e decidem em seu nome, como a magistratura e as diversas instâncias legitimadas pela lei a fim de exercer funções de regulação. Pode-se, portanto, falar com Rosanvallon em uma dupla representatividade: a funcional, derivada das leis, sobretudo da Constituição; e a procedural, emanada diretamente do corpo eleitoral, a única reconhecida pela visão monista do político” .¹⁴²

O mesmo autor identifica em tal processo uma expansão da participação da sociedade no processo político:

“A soberania complexa, ao combinar essas duas formas de representação, expande, e não contrai, a participação e a influência da sociedade no processo político, e no contexto da modernidade, se tem afirmado, em um processo que parece não admitir retorno, no sentido de favorecer a auto-

¹⁴¹ Cf. Vianna, Luiz Werneck e Burgos, Marcelo. “Revolução Processual do Direito e Democracia Progressiva” pp. 337-482, em Vianna, Luiz Werneck (org.) *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*, Belo Horizonte. Editora UFMG, Rio de Janeiro, 2002, pp. 370/371:

“A *soberania complexa* encaminharia para uma resposta o problema não resolvido em 1789, quando a vontade geral e a Liberdade dos Modernos se afirmaram como pólos contrapostos, tal como se faz presente na perspectiva contemporânea a convergência entre as duas Revoluções. Nas sociedades atuais, essa complexidade se faria presente pelo fenômeno emergente da pluralidade das formas expressivas da soberania, como atestam os processos de afirmação da democracia deliberativa, da democracia participativa e das organizações não governamentais, significando que, ao lado da cidadania política formalmente vinculada aos ritos eleitorais, tem feito presença uma ‘cidadania social’.”

¹⁴² Vianna, Luiz Werneck e Burgos, Marcelo. “Revolução Processual do Direito e Democracia Progressiva” pp. 337-482, em Vianna, Luiz Werneck (org.) *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*, Belo Horizonte. Editora UFMG, Rio de Janeiro, 2002, pp. 370/371, p. 406.

instituição do social pelas vias institucionalmente disponíveis, entre as quais, decerto, as da democracia representativa.”¹⁴³

E termina negando a existência da alegada migração do lugar da democracia para o da Justiça:

“Não se trata, pois, de uma “migração” do lugar da democracia para o da Justiça, mas da sua ampliação pela generalização da representação, que pode ser ativada tanto pela cidadania política nas instituições clássicas da soberania quanto pela ‘cidadania social’. O caso brasileiro, por exemplo, admite a provocação, no que se refere ao controle da constitucionalidade das leis, além da dos partidos, de instituições da vida sindical. Por natureza, a ‘cidadania social’ não se deixa recortar por duros sistemas identitários nem se exprime a partir de ontologias privilegiadas que possam ser entendidas como derivações de qualidades essenciais intrínsecas a grupos sociais.(...) Nesse sentido, se a cidadania política dá as condições ao homem comum de participar dos procedimento democráticos que levam à produção da lei, a cidadania social lhe dá acesso à procedimentalização na aplicação da lei por meio de múltiplas formas, individuais ou coletivas, de um simples requerimento a uma ação pública, proporcionando uma outra forma de participação na vida pública.”¹⁴⁴

Certamente, as decisões propriamente políticas não são transferidas para o Poder Judiciário que, além de ser inerte, está restrito à aplicação da lei. O Judiciário não substitui escolhas políticas, e mesmo em um caso que se pudesse considerar haver decisão política, como no que se refere à destinação de

¹⁴³ Vianna, Luiz Werneck e Burgos, Marcelo. “Revolução Processual do Direito e Democracia Progressiva” pp. 337-482, em Vianna, Luiz Werneck (org.) *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*, Belo Horizonte. Editora UFMG, Rio de Janeiro, 2002, pp. 371.

verbas públicas para tal ou qual finalidade, se o Judiciário determinar a aplicação de determinado percentual para, por exemplo, a educação, estará apenas aplicando uma previsão anterior do ordenamento jurídico, inserida pelo Poder Constituinte ou pelo Poder Legislativo.

5.2. Mecanismos de *checks and balances* na Constituição Federal

A análise da Constituição Federal permite identificar diversos artigos que estabelecem mecanismos (ou de alguma forma viabilizam o exercício) de *checks and balances* ou de *accountability*. Veremos a seguir algumas dessas disposições e se devem ser consideradas como relacionadas a uma ou outra forma de controle.

5.2.1. Fixação de subsídios

Os subsídios de determinados integrantes do Poder Executivo Federal, Estadual e Municipal são fixados pelo Poder Legislativo correspondente. A Constituição Federal dispõe em seu art. 49, VII¹⁴⁵, que o Congresso Nacional fixará os subsídios do Presidente e do Vice-Presidente da República e dos Ministros de Estado; no art. 28, §2º¹⁴⁶, que a Assembléia Legislativa fixará os subsídios do

¹⁴⁴ Vianna, Luiz Werneck e Burgos, Marcelo. “Revolução Processual do Direito e Democracia Progressiva” pp. 337-482, em Vianna, Luiz Werneck (org.) *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*, Belo Horizonte. Editora UFMG, Rio de Janeiro, 2002, pp. 371/372.

¹⁴⁵ Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

(...)

VIII - fixar os subsídios do Presidente e do Vice-Presidente da República e dos Ministros de Estado, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I;

¹⁴⁶ Art. 28 (...)

Governador, do Vice-Governador e dos Secretários de Estado e o art. 29, V¹⁴⁷, que os subsídios do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos Secretários Municipais serão fixados por lei de iniciativa da Câmara Municipal.

De forma semelhante, compete ao Poder Legislativo a fixação da remuneração de membros do Poder Judiciário. Dispõe o art. 48, XV¹⁴⁸, da Constituição Federal, que a remuneração dos Ministros do Supremo Tribunal Federal será fixada pelo Congresso Nacional; o 37, §12¹⁴⁹, faculta aos Estados e ao Distrito Federal fixar o subsídio mensal dos Desembargadores do respectivo Tribunal de Justiça, mediante emenda às respectivas Constituições e Lei Orgânica.

Tais previsões são como *checks and balances* do Poder Executivo e do Poder Judiciário pelo Poder Legislativo, na medida em que uma das características da separação dos poderes é justamente a auto-organização. Em um cenário de separação absoluta, sem *checks and balances*, os chefes de cada Poder fixariam os seus próprios subsídios.

Observa-se que os subsídios dos Senadores e Deputados Federais, ao contrário do de integrantes dos outros Poderes, não se encontram sob controle destes outros Poderes. Contudo, os subsídios dos membros do Poder Legislativo Estadual e Municipal são limitados com base nestes (conforme dispõem

§ 2º - Os subsídios do Governador, do Vice-Governador e dos Secretários de Estado serão fixados por lei de iniciativa da Assembléia Legislativa, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.

¹⁴⁷ Art. 29. (...)

V - subsídios do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos Secretários Municipais fixados por lei de iniciativa da Câmara Municipal, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I;

¹⁴⁸ Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

(...)

XV - fixação do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, observado o que dispõem os arts. 39, § 4º; 150, II; 153, III; e 153, § 2º, I.

¹⁴⁹ Art. 37 (...)

§ 12. Para os fins do disposto no inciso XI do caput deste artigo, fica facultado aos Estados e ao Distrito Federal fixar, em seu âmbito, mediante emenda às respectivas Constituições e Lei Orgânica, como limite único, o subsídio mensal dos Desembargadores do respectivo Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, não se aplicando o disposto neste parágrafo aos subsídios dos Deputados Estaduais e Distritais e dos Vereadores.

os arts. 27, §2º¹⁵⁰, e 29, VI¹⁵¹, da Constituição Federal). No caso de subsídios que atentem contra a moralidade administrativa, o único instrumento que resta é o da Ação Popular, como será visto adiante.

5.2.2. Autorizações do Legislativo para atos do Executivo

Uma hipótese em que há, claramente, *checks and balances*, e que não pode ser confundido com *accountability*, consiste na exigência, pela Constituição Federal, de autorização legislativa para a prática de determinados atos pelo Poder Executivo.

O art. 49¹⁵² da Constituição Federal menciona diversas hipóteses desta espécie, como a autorização para o Presidente declarar guerra ou

¹⁵⁰ Art. 27. (...)

§ 2º O subsídio dos Deputados Estaduais será fixado por lei de iniciativa da Assembléia Legislativa, na razão de, no máximo, setenta e cinco por cento daquele estabelecido, em espécie, para os Deputados Federais, observado o que dispõem os arts. 39, § 4º, 57, § 7º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.

¹⁵¹ Art. 29 (...)

VI - o subsídio dos Vereadores será fixado pelas respectivas Câmaras Municipais em cada legislatura para a subsequente, observado o que dispõe esta Constituição, observados os critérios estabelecidos na respectiva Lei Orgânica e os seguintes limites máximos:(...)

¹⁵² "Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

II - autorizar o Presidente da República a declarar guerra, a celebrar a paz, a permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente, ressalvados os casos previstos em lei complementar;

III - autorizar o Presidente e o Vice-Presidente da República a se ausentarem do País, quando a ausência exceder a quinze dias;

IV - aprovar o estado de defesa e a intervenção federal, autorizar o estado de sítio, ou suspender qualquer uma dessas medidas;

V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;

VIII - fixar os subsídios do Presidente e do Vice-Presidente da República e dos Ministros de Estado, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I;

IX - julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo;

X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta;

celebrar a paz, bem como para permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional, autorizem sua ausência ou do Vice-Presidente do país por mais de quinze dias, atos que são típicos do Poder Executivo e que não tem relação com a função legislativa. Seria difícil, por outro lado, enquadrar estas autorizações no conceito de *accountability*.

5.2.3. Poder de veto e interferência na elaboração legislativa

Um exemplo clássico de *checks and balances* consiste no poder de veto do Presidente da República, previsto no art. 66¹⁵³ da Constituição Federal, envolvendo a participação do Chefe do Poder Executivo Federal na elaboração das leis, que é função típica do Poder Legislativo.

A solicitação de urgência, pelo Presidente da República, para a apreciação de projetos de sua iniciativa, prevista no art. 64¹⁵⁴ da Constituição

XII - apreciar os atos de concessão e renovação de concessão de emissoras de rádio e televisão;

XIV - aprovar iniciativas do Poder Executivo referentes a atividades nucleares;

XV - autorizar referendo e convocar plebiscito;

XVI - autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais;

XVII - aprovar, previamente, a alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares.”

¹⁵³ Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.

§ 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

(...)

§ 4º - O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores, em escrutínio secreto.

§ 5º - Se o veto não for mantido, será o projeto enviado, para promulgação, ao Presidente da República.

(...)

§ 7º - Se a lei não for promulgada dentro de quarenta e oito horas pelo Presidente da República, nos casos dos § 3º e § 5º, o Presidente do Senado a promulgará, e, se este não o fizer em igual prazo, caberá ao Vice-Presidente do Senado fazê-lo.

¹⁵⁴ Art. 64. A discussão e votação dos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores terão início na Câmara dos Deputados.

§ 1º - O Presidente da República poderá solicitar urgência para apreciação de projetos de sua iniciativa.

Federal também pode ser vista como um mecanismo de *checks and balance*: interfere no poder de agenda das questões apreciadas, o que também ocorre com a medida provisória.

A medida provisória reflete bem o caso de *checks and balances* em ação: o Congresso Nacional posteriormente limitou através da Emenda Constitucional nº 32, de 2001, os poderes exorbitantes advindos desta medida inserida na Constituição Federal de 1988, segundo José Afonso da Silva, sorratamenteiramente.

A faculdade de iniciativa de leis ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e ao Procurador-Geral da República, prevista no art. 61¹⁵⁵, também pode ser vista como elemento de *checks and balances*, particularmente no que se refere às leis de iniciativa privativa do Presidente da República: são leis que somente ele pode propor. Estas leis são em sua maior parte referentes à organização do próprio Poder Executivo, mas há também as que envolvem a organização judiciária (art. 61, §1º, II, “b”).

5.2.4. Nomeação pelo Presidente da República e aprovação pelo Senado

§ 2º Se, no caso do § 1º, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestarem sobre a proposição, cada qual sucessivamente, em até quarenta e cinco dias, sobrestar-se-ão todas as demais deliberações legislativas da respectiva Casa, com exceção das que tenham prazo constitucional determinado, até que se ultime a votação.

(...)
¹⁵⁵ Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º - São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

I - fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas;

II - disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;

b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios;

c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;

d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;

e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI;

Outro exemplo de *checks and balances* é a nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal pelo Presidente da República, submetida à aprovação pelo Senado Federal (art. 101¹⁵⁶). Trata-se da interferência tanto do Poder Executivo quanto do Poder Legislativo no Poder Judiciário, que não envolve propriamente a fiscalização de qualquer conduta, não podendo tampouco ser considerada a recusa a algum candidato como sanção por qualquer comportamento.

Também é caso de *checks and balances* a aprovação pelo Legislativo de nomeações pelo Presidente da República de integrantes do próprio Poder Executivo, como no caso da nomeação do Presidente e dos Diretores do Banco Central (art. 52, III¹⁵⁷).

5.2.5. Fiscalização pelos Tribunais de Contas

Uma figura interessante para a distinção entre *checks and balances* e *accountability* é a dos Tribunais de Contas.

Como situar esta instituição na estrutura organizacional do Estado? Segundo Mileski, a maioria dos doutrinadores o situa como pertencente à estrutura do Poder Legislativo, mas sem manter subordinação a ele. Isto porque,

f) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva.

¹⁵⁶ Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

¹⁵⁷ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

(...)

III - aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de:

- a) Magistrados, nos casos estabelecidos nesta Constituição;
- b) Ministros do Tribunal de Contas da União indicados pelo Presidente da República;
- c) Governador de Território;
- d) Presidente e diretores do banco central;
- e) Procurador-Geral da República;
- f) titulares de outros cargos que a lei determinar;

(...)

embora “a expressão com o ‘auxílio do Tribunal de Contas’ contida no art. 71 da Constituição, muitas vezes seja motivo para equivocadas interpretações, o seu conteúdo não possibilita qualquer idéia de subordinação. Entre órgão autônomo que presta auxílio, como é o caso do Tribunal de Contas, e órgão auxiliar, subordinado hierarquicamente ao Poder, vai uma distância muito grande.”¹⁵⁸

O Tribunal de Contas da União está previsto na Constituição Federal no art. 70¹⁵⁹, que dispõe que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União será exercida mediante controle interno de cada poder e, mediante controle externo, pelo Congresso Nacional.

No cenário de uma divisão rigorosa entre poderes, existiria apenas o controle interno de cada poder. A previsão de controle externo pelo Congresso Nacional pode, assim, ser interpretada, em vista da intromissão na organização dos outros Poderes, como *checks and balances* do Poder Legislativo em relação a outros Poderes. O parágrafo único do art. 70¹⁶⁰ dispõe sobre a prestação de contas por quem, em sentido amplo, administre bens públicos. Esse atributo da prestação de contas, por sua vez, pode ser considerado um elemento de *accountability*.

O controle externo exercido pelo Congresso Nacional é realizado com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete, dentre outras atribuições previstas no art. 71¹⁶¹ da Constituição Federal, julgar as contas

¹⁵⁸ MILESKI, Hélio Saul. *O controle da gestão pública*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 204.

¹⁵⁹ Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

¹⁶⁰ Art. 70. (...)

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.

¹⁶¹ Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

dos administradores e demais responsáveis pelos bens públicos, com a possibilidade de aplicar multas.

Embora em grande parte a atuação do Tribunal de Contas possa ser vista como controle de contas rotineira, o art. 72, §2º¹⁶², permite que sejam denunciadas irregularidades ou ilegalidades por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato.

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

§ 1º - No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

§ 2º - Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.

§ 3º - As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

§ 4º - O Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades.

¹⁶² Art. 74. (...)

§ 2º - Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.

Pode-se, portanto, vislumbrar em sua atuação um misto de atividade administrativa e judicial-administrativa, na medida em que pratica ato relacionado ao controle da administração dos bens públicos, sem se confundir com as funções típicas do Poder Executivo. Judicial, pois julga as contas prestadas, emitindo um juízo de valor acerca de sua regularidade.

Entretanto, sua função de julgar contas é apenas superficial, pois as decisões do Tribunal de Contas não são definitivas, estão sujeitas ao controle jurisdicional.

Na realidade, o Tribunal de Contas da União é um verdadeiro órgão de controle externo que, nos termos da Constituição Federal, sequer integra o Poder Legislativo, uma vez que esta, em seu art. 44¹⁶³, o exclui da composição do Poder Legislativo, ao dispor que o referido Poder é exercido pelo Congresso Nacional, composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, sem fazer referência ao Tribunal de Contas da União¹⁶⁴.

No entanto, a forma de sua composição já nos indica a sua natureza de instituição de controle mista: a sua composição reúne membros indicados pelo Poder Executivo e pelo Legislativo. Um terço é nomeado pelo Presidente da República, dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, com aprovação do Senado Federal e dois terços pelo Congresso Nacional (art. 73, §2º, I e II¹⁶⁵, da Constituição Federal).

¹⁶³ Art. 44. O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Parágrafo único. Cada legislatura terá a duração de quatro anos.

¹⁶⁴ Nesse sentido Britto, Carlos Ayres. "O regime constitucional dos Tribunais de Contas" em *Administração pública: direitos administrativo, financeiro e gestão pública: prática, inovações e polêmicas*. Org. Figueiredo, Carlos Maurício e Nóbrega, Marcos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 98.

¹⁶⁵ Art. 73. O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96.

§ 2º - Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão escolhidos:

I - um terço pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, sendo dois alternadamente dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista tríplice pelo Tribunal, segundo os critérios de antigüidade e merecimento;

Mas mesmo que se afirme que o Tribunal de Contas da União é parte do Poder Legislativo – assim como os funcionários do Senado, ainda que estes não exerçam a função legislativa – ele guarda certa independência em relação ao Congresso Nacional, não o auxiliando de forma subalterna.¹⁶⁶

Seria difícil classificar o Tribunal de Contas da União como mecanismo exclusivamente de *checks and balances* ou de *accountability*.

No que se refere ao seu surgimento, cabe observar que – embora a primeira tentativa de sua instituição tenha sido em 1826¹⁶⁷ – foi previsto somente na Constituição de 1891 (art. 89¹⁶⁸), de forma muito mais sucinta do que na Constituição atual. No entanto, o simples fato de ter sido previsto nesta data não indica por si ser um mecanismo de *accountability* ou de *checks and balances*.

O fato de sua atividade de fiscalização não se enquadrar tipicamente em nenhuma das funções (legislativa, administrativa ou jurisdicional) indica que não pode ser enquadrado numa concepção restrita de *checks and balances*. Por outro lado, o fato de algumas atividades serem exercidas independentemente de qualquer iniciativa popular afasta a identificação imediata com a *accountability* tal como conceituada neste trabalho.

II - dois terços pelo Congresso Nacional.”

¹⁶⁶ Nesse sentido Britto, Carlos Ayres. “O regime constitucional dos Tribunais de Contas” em *Administração pública: direitos administrativo, financeiro e gestão pública: prática, inovações e polêmicas*. Org. Figueiredo, Carlos Maurício e Nóbrega, Marcos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 100:

“(…) Não sendo órgão do Poder Legislativo, nenhum Tribunal de Contas opera no campo da subalterna auxiliaridade. Tanto assim que parte das competências que a Magna Lei confere ao Tribunal de Contas da União nem passa pelo crivo do Congresso Nacional ou de qualquer das Casas Legislativas Federais (bastando citar os incisos, III, VI e IX do art. 71). O TCU se posta é como órgão da pessoa jurídica da União, *diretamente*, sem pertencer a nenhum dos três Poderes Federais. Exatamente como sucede com o Ministério Público, na legenda do art. 128 da Constituição, incisos I e II.”

¹⁶⁷ Silva, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 729.

¹⁶⁸ Art 89 - É instituído um Tribunal de Contas para liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso. Os membros deste Tribunal serão nomeados pelo Presidente da República com aprovação do Senado, e somente perderão os seus lugares por sentença.

No entanto, destacando algumas de suas atividades, podemos vislumbrar nos Tribunal de Contas da União uma função mais clara de um ou outro mecanismo de controle.

Desta forma, quando o Tribunal de Contas aprecia as contas apresentadas pelo Presidente da República, que serão posteriormente julgadas pelo Congresso Nacional (art. 49, IX¹⁶⁹, da Constituição Federal), dando um parecer sobre elas (art. 71, I, da Constituição Federal), identifica-se um aspecto preponderante de *checks and balances*: neste caso o Tribunal de Contas da União atua como auxiliar do Poder Legislativo na apreciação de ato do Poder Executivo.

No entanto, quando recebe denúncias dos cidadãos, que participam diretamente do controle da coisa pública, parece claro que o Tribunal de Contas da União serve como instrumento de *accountability*. Portanto, é possível verificar claramente uma dimensão de *accountability*.

Dessa forma, considerando-se todas as suas características, é possível classificar o Tribunal de Contas como uma instituição de *accountability* indireta, na medida em que o controle das contas públicas é exercido no interesse dos cidadãos, através de sua atuação.

5.2.6. Conselho Nacional de Justiça

Diferentemente do que ocorre em relação ao Tribunal de Contas da União, o Conselho Nacional de Justiça é mencionado expressamente como órgão integrante do Poder Judiciário (art. 92¹⁷⁰). Embora seja órgão do Poder Judiciário, e fiscalize o próprio Poder Judiciário, cabe notar que seus integrantes são

¹⁶⁹ Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

IX - julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo;

¹⁷⁰ Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:

(...)

I-A o Conselho Nacional de Justiça

indicados não apenas por órgãos deste Poder, mas também por associação da sociedade civil (Ordem dos Advogados do Brasil) e pelo Senado Federal.

A escolha dos seus integrantes é aprovada pelo Senado Federal e a nomeação é feita pelo Presidente da República (art. 103-B¹⁷¹).

¹⁷¹ Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de quinze membros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e seis anos de idade, com mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo:

- I - um Ministro do Supremo Tribunal Federal, indicado pelo respectivo tribunal;
- II - um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal;
- III - um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal;
- IV - um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal;
- V - um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal;
- VI - um juiz de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;
- VII - um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;
- VIII - um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho;
- IX - um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho;
- X - um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República;
- XI - um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual;
- XII - dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- XIII - dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

§ 1º O Conselho será presidido pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, que votará em caso de empate, ficando excluído da distribuição de processos naquele tribunal.

§ 2º Os membros do Conselho serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

§ 3º Não efetuadas, no prazo legal, as indicações previstas neste artigo, caberá a escolha ao Supremo Tribunal Federal.

§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juizes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;

III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

IV - representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade;

V - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juizes e membros de tribunais julgados há menos de um ano;

VI - elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário;

VII - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do

A nomeação de membros de outros Poderes para a composição do Conselho Nacional de Justiça é um mecanismo de *checks and balances*. Por outro lado, como compete a esse conselho receber denúncias e reclamações, e compõem sua estrutura também pessoas indicadas por determinado segmento da sociedade civil (a ordem dos advogados), pode ser reconhecido também um elemento de *accountability* em sua atuação.

5.3. Dimensões do controle: controle federativo

Observa-se que além da dimensão intra-institucional dos três Poderes, do controle dos *checks and balances* exercido entre as burocracias dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, com as competências já definidas constitucionalmente, em vista dos interesses políticos que cada um possa encampar, também há a dimensão federativa do controle entre as unidades federadas.

Na Constituição Federal de 1988, Capítulo VI, que versa sobre a Intervenção, há previsões de controle a serem exercidos por unidades Federadas em relação a outras unidades Federadas: a União pode intervir nos Estados e no

Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa.

§ 5º O Ministro do Superior Tribunal de Justiça exercerá a função de Ministro-Corregedor e ficará excluído da distribuição de processos no Tribunal, competindo-lhe, além das atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura, as seguintes:

I receber as reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos magistrados e aos serviços judiciários;

II exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e de correição geral;

III requisitar e designar magistrados, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de juízos ou tribunais, inclusive nos Estados, Distrito Federal e Territórios.

§ 6º Junto ao Conselho oficialão o Procurador-Geral da República e o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 7º A União, inclusive no Distrito Federal e nos Territórios, criará ouvidorias de justiça, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, ou contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional de Justiça.

Distrito Federal para, por exemplo, assegurar a observância dos princípios constitucionais da prestação de contas da administração pública, direta e indireta e da aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde, conforme previsto no artigo 34, VII, *d e e*.

Há hipóteses de previsão de intervenção tanto da União nos Estados, Distrito Federal ou Municípios localizados em Territórios federal e também dos Estados nos Municípios. Este tipo de controle, um dos mais radicais, não é do tipo de *checks and balances*, mas conforme a definição de alguns autores poderia ser considerada *accountability*, pois reúne as dimensões deste tipo de controle: a dimensão informacional e a punitiva. A dimensão informacional seria a publicidade dos atos, seja da prestação de contas da administração pública, direta e indireta, como da aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. A dimensão punitiva consiste na intervenção federal ou estadual para assegurar que tais princípios sejam cumpridos.

É possível afirmar então que a intervenção federal pode ser uma forma de *accountability* federativa, em que as unidades federadas se controlam: neste caso, não mutuamente, mas de forma em que a mais abrangente pune a menos abrangente. Não analisaremos este tipo de *accountability* neste momento, mas constitui hipótese interessante para próximos trabalhos.

5.4. Mecanismos de *accountability* na Constituição Federal

Para este trabalho, o que importam são os mecanismos de controle da administração pública disponíveis para o exercício do controle cidadão, que possam ser classificados como *accountability*.

Sendo a *accountability* um mecanismo de controle típico da soberania popular, que reúne os elementos da informação, resposta aos questionamentos públicos e sujeito à sanção, em caso de averiguação de ilicitude, poderemos identificar alguns mecanismos institucionais no ordenamento brasileiro que possibilitam este tipo de controle.

Para que o controle possibilitado pela *accountability* seja exercido em sua plenitude há que se observar o cumprimento de vários outros direitos e garantias que poderíamos denominar “viabilizadores ou facilitadores” para este fim. Neste sentido, são garantias instrumentais para a *accountability*: na maior parte dos casos vários institutos se compõem para este fim. Por exemplo, nos casos de corrupção, há vários elementos que possibilitam, conjuntamente, o exercício da *accountability*: o direito de liberdade de expressão possibilita que os cidadãos possam manifestar suas opiniões nos vários canais de exposição pública; o direito de liberdade de imprensa possibilita a publicidade das apurações de irregularidades; há também o direito a investigar e colher provas dos atos considerados suspeitos: para isto existe o direito à investigação, que pode ser exercido tanto pelas Comissões de Inquérito Parlamentar, como em sede de ações como a Ação Civil Pública e a Ação Popular. Não se pode esquecer que sempre existirá o direito ao contraditório, ou seja, de responder a tais acusações, consubstanciado no direito de defesa.

Ao analisar a Constituição Federal brasileira foram identificados vários dispositivos constitucionais que possibilitam o controle do tipo da *accountability*:

Quadro 2. Mecanismos viabilizadores e de *accountability* na Constituição Federal de 1988

Artigos fomentadores do controle do tipo <i>accountability</i>	Comentários
Art. 1º, Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.	Este artigo confere legitimidade para a participação política efetiva dos cidadãos: não apenas através do voto, ao elegerem representantes, mas também através de meios diretos de participação do exercício do poder.
Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: IV - <u>é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;</u>	Viabiliza a crítica e a participação do cidadão; este pode manifestar idéias opostas aos atos praticados pelos agentes públicos. Como se vê, este artigo tem uma amplitude grande e serve para qualquer tipo de manifestação, mas sua especificidade em relação ao tema da <i>accountability</i> é a de viabilizar a crítica e a oposição de atos dos agentes públicos. Exige-se, apenas, que a autoria não seja apócrifa.
Art. 5º, XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de <u>interesse coletivo ou geral</u> , que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;	Possibilita a transparência de informações de interesse particular e geral, ressaltando a dimensão da publicidade do conceito da <i>accountability</i> .
Art. 5º, XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;	Possibilita que não haja restrição de custo econômico ao exercício de direitos: aqueles em desvantagem econômica também podem efetivamente questionar atos públicos que entendam ilegais ou abusivos e também podem obter certidões, sem pagar taxas. Ressalta a dimensão da publicidade do conceito da <i>accountability</i> .
Art. 5º, LXX - <u>o mandado de segurança coletivo</u> pode ser impetrado por: a) partido político com representação no	É um caso de <i>accountability</i> indireta: o controle é exercido por uma pessoa jurídica, uma entidade da sociedade civil, ente coletivo que

<p>Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;</p>	<p>representa interesses de uma coletividade de cidadãos.</p>
<p>Art. 5º, LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;</p>	<p>Possibilita que o cidadão individualmente considerado questione todo e qualquer ato que acredite ser lesivo ao patrimônio público.</p>
<p>Art. 5º, LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;</p>	<p>Possibilita que não haja restrição de cunho econômico ao exercício de direitos, aqueles em desvantagem econômica também podem acionar o Judiciário.</p>
<p>Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.</p>	<p>Permite que, em caso de improbidade administrativa, haja a cassação de direitos políticos: evidencia a dimensão sanção do conceito de <i>accountability</i>.</p>
<p>Art. 29-A. O total da despesa do Poder Legislativo Municipal, incluídos os subsídios dos Vereadores e excluídos os gastos com inativos, não poderá ultrapassar os seguintes percentuais, relativos ao somatório da receita tributária e das transferências previstas no § 5º do art. 153 e nos arts. 158 e 159, efetivamente realizado no exercício anterior:</p>	<p>Esta disposição, na medida em fixa limites objetivos para a aplicação de receita, pode servir como viabilizador da <i>accountability</i>, pois a violação desses parâmetros fixados na Constituição Federal pode ser auferida de modo concreto e punida.</p>
<p>Art. 30. Compete aos Municípios: III - instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei;</p>	<p>Evidencia a dimensão da publicidade da <i>accountability</i>: impõe aos Municípios a obrigação de prestar contas e publicar balancetes, tornando públicos, e portanto sujeitos a apreciação crítica, sua arrecadação e seus gastos.</p>
<p>Art. 31, § 3º - 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.</p>	<p>Este artigo trata de caso típico de <i>accountability</i>, determinando que as contas dos Municípios sejam disponibilizadas aos contribuintes, que poderão questionar sua legitimidade. Como o exame e questionamento ficam a cargo do contribuinte e não a cargo de algum outro Poder, esta disposição não é um caso de <i>checks and balances</i> nem de <i>accountability</i> horizontal, aquela que se dá intraestatalmente. A <i>accountability</i> facultada aqui não se confunde com a exercida por meio das eleições, porque, sendo facultada a qualquer contribuinte, pode ser feita mesmo por contribuinte que não vote no município questionado.*</p>

<p>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: (...)</p>	<p>Os princípios a questão estão sujeitos a administração pública viabilizam, em maior ou menor grau, o exercício da <i>accountability</i>, particularmente o princípio da publicidade.</p>
<p>Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação. (...) § 2º - às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe: III - convocar Ministros de Estado para prestar informações sobre assuntos inerentes a suas atribuições; IV - receber petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas; V - solicitar depoimento de qualquer autoridade ou cidadão; § 3º - As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.</p>	<p>O inciso IV deste artigo, ao dispor que compete às comissões, em razão da matéria de sua competência, receber petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas, estabelece um instrumento de <i>accountability</i>, extremamente amplo no que se refere à legitimação para a manifestação, já que faz referência a “qualquer pessoa”, enquanto em outros casos a legitimação é restrita, por exemplo, ao contribuinte ou ao cidadão.</p>
<p>Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. § 6º - A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade.</p>	<p>Este dispositivo possibilita a efetividade da dimensão publicidade da <i>accountability</i>. A liberdade de expressão, que já havia sido garantida como direito fundamental no art. 5º da Constituição, é reafirmada neste artigo, em termos mais detalhados, que garantem inclusive a possibilidade de difusão da expressão.</p>
<p>Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: § 4º - Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei.</p>	<p>A previsão de proteção do patrimônio cultural pelo Poder Público com a colaboração da comunidade pode viabilizar casos de <i>accountability</i>.</p>

* Há quem entenda, no entanto, que esta norma não seria auto-aplicável, dependendo de regulamentação em lei. Vale ainda notar que tramita atualmente a Proposta de Emenda à Constituição nº 44 de 2005, de autoria do Senador Pedro Simon, na qual propõe-se a revogação do §3º do art. 31 da Constituição Federal, e a inclusão de um art. 75-A, prevendo a disponibilização não só das contas dos Municípios, mas também dos estados, da União, do Distrito Federal e dos territórios, ressalvados os casos sigilosos previstos na legislação, a qualquer cidadão (e não mais ao contribuinte), por tempo indeterminado, com a possibilidade de questionamento da legitimidade junto aos órgãos de controle e fiscalização competentes.

Como pode ser depreendido da tabela acima, há vários dispositivos instrumentais para o exercício do controle dos atos dos agentes públicos. Alguns possibilitam a publicidade, a transparência dos atos públicos. Outros viabilizam o questionamento em si dos atos e trazem a potencialidade de sanção. Há também aquelas disposições que permitem a livre circulação de idéias, possibilitando o debate e a contraposição de idéias em público.

Há uma gama de direitos que conferem ao cidadão a possibilidade de exigir uma conduta ativa do Estado, denominados “direitos subjetivos públicos”. Estes direitos têm o condão de obrigar que o Estado, por exemplo, garanta o livre acesso à Justiça (artigo. 5º, inc. XXXV); atue através de uma administração pública proba e eficiente (inc. LXXIII e art. 37); e mantenha o meio ambiente ecologicamente equilibrado (inc. LXXIII, c/c o art. 225). Segundo o que ensina Mancuso, quando lesados, esses direitos subjetivos públicos e essas liberdades públicas ensejam o acesso à Justiça, através dos instrumentos processuais de índole coletiva: ação popular, ação civil pública, mandado de segurança coletivo, argüição de inconstitucionalidade, ações coletivas do Código de defesa do Consumidor, mandado de injunção em modo coletivo.¹⁷² Em alguns casos os direitos são individuais e poderão ser protegidos também por meio de ações individuais (caso do mandado de segurança, pelo qual o cidadão pode opor-se a ato de autoridade que viole direito líquido e certo seu).

¹⁷² Mancuso, Rodolfo de Camargo. *Ação popular: proteção ao erário público, do patrimônio cultural e do meio ambiente*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003, pp. 30 e 33.

CAPÍTULO 6. AÇÃO POPULAR: mecanismo de *accountability*

Todos os artigos acima elencados da Constituição Federal de 1988 brasileira viabilizam a *accountability*. Não são hipóteses em que um Poder controla o outro, mas de prestação de contas que podem ser exigidas pelo cidadão. O instrumento por excelência de *accountability*, por reunir todas as suas dimensões essenciais, é a ação popular. Ela viabiliza a defesa dos interesses públicos e coloca em evidência a possibilidade do cidadão comum atuar em prol do bem coletivo.

A ação popular está prevista no artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal brasileira:

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

Algumas características podem ser destacadas da simples definição legal constitucional: qualquer cidadão brasileiro pode tomar para si a iniciativa de questionar atos que entenda nocivos ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, atos imorais na seara administrativa ou atos lesivos ao patrimônio histórico e cultural.

O que chama a atenção é que o interesse a ser protegido pode não ter conexão direta e imediata com o cidadão que toma para si esta

iniciativa: este cidadão parte para a defesa do bem comum, sem que tenha, necessariamente, um interesse diretamente ligado a esta iniciativa.

Neste sentido, o cidadão controla atos praticados na gestão pública que entenda lesivos ao interesse público. Ele, ao intentar esta ação, exige que os atos tidos como lesivos sejam anulados: em regra, que o erário público retorne à situação, se possível for, de antes de praticado o ato danoso. No decorrer deste processo, o Poder Público terá a oportunidade de prestar contas ao cidadão e, por consequência, à sociedade, explicitando os motivos que o levaram a atuar daquela maneira. Caso seja configurada a lesão ao interesse público, será punido.

É por este motivo que a Ação Popular é um instrumento de soberania popular por excelência e um instrumento de controle típico de *accountability*.

Poder-se-ia argumentar que, na realidade, quem impõe a sanção é o Poder Judiciário, na medida em que prolatará a sentença julgando o caso. Mas, a partir de uma interpretação sistemática, resta claro que em um Estado Democrático de Direito, somente este poderia ser o desfecho possível, na medida em que, conforme o artigo 5º, inciso XXXV, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

A ação popular faz parte de um conjunto de dispositivos de proteção que autorizam e ressaltam a necessidade da atuação dos cidadãos no controle dos atos administrativos, denominado “microssistema de tutela de interesses difusos” e instituído com o fim de garantir a probidade administrativa. Reúnem os elementos viabilizadores da transparência administrativa, requerem a prestação de contas com a devida informação sobre a razoabilidade e a eficiência das decisões tomadas e ensejam anulação dos atos lesivos ao patrimônio coletivo, constituindo, portanto, importantes mecanismos de *accountability*:

“É que a Carta de 1988, evidenciando a importância da cidadania no controle dos atos da administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37 como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microsistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a ação popular, a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos (...). É indubitável que, a partir da Constituição de 1988, tornou-se possível a propositura da ação popular com o escopo de anular, não só atos lesivos ao patrimônio econômico do Estado, como também ao patrimônio histórico, cultural, ambiental e moral e aqueles que se limitam a afrontar a moralidade administrativa.” STJ – RECURSO ESPECIAL Nº 552.691 – MG – Relator Min. Luiz Fux – 1ª Turma – j. 03/05/05 DJ 30/05/2005.

Estas ações coletivas constituem instrumentos diversos que possibilitam a diferentes sujeitos o exercício do questionamento e do controle dos atos da administração pública. Os objetos do controle também são diversos, embora também possam coincidir.

A fim de diferenciar os diferentes instrumentos viabilizadores das ações coletivas, trazemos abaixo o quadro sinóptico elaborado a partir de Mancuso¹⁷³, bastante elucidativo, pois possibilita a visualização do *objeto* e da *finalidade* de certas “ações coletivas”:

¹⁷³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular: proteção ao erário público, do patrimônio cultural e do meio ambiente*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003, pp. 33-34.

Quadro 3. Ação Popular, Ação Civil Pública e Mandado de Segurança

	Objeto	Finalidade	Legitimidade
Ação popular	Interesse difuso à preservação da probidade, eficiência e moralidade na gestão da coisa pública e bem assim a tutela do meio ambiente e do patrimônio público em sentido amplo (CF, arts. 5º, LXXIII; 37 e 170, VI; LAP, arts. 1º e 4º). Possível, também, a tutela do interesse <i>difuso</i> dos consumidores (CDC, art. 81, parágrafo, I; Lei 7.347/85, art. 1º, <i>caput</i>).	Desconstituição do ato lesivo e condenação dos responsáveis ao <i>statu quo ante</i> , permitindo a tutela cautelar (Lei 4.717/65, arts. 1º, 5º, § 4º, 11 e 12). Sem prejuízo das perdas e danos.	Cidadão
Ação civil pública	Interesse difuso ou coletivo à proteção do patrimônio público (cultural e natural), meio ambiente e consumidores (CF, arts. 129, III, e 170, V e VI; Lei Lei 7.347/85). Para os individuais homogêneos, v. arts. 81, III, e 91 e s. Lei 8.078/90, c/c o art. 117).	Desconstituição do ato lesivo e condenação dos responsáveis à reparação do interesse lesado, preferencialmente com o cumprimento específico da condenação (Lei 7.347/85, arts. 3º, 11 e 13, c/cos arts. 83 e 117 do CDC, e artigo. 461 e parágrafos do CPC).	Ministério Público; as pessoas jurídicas estatais, autárquicas e paraestatais; associações formadas com o intuito de proteger o meio ambiente ou o consumidor,
Mandado de segurança coletivo	Interesse concernente a filiados a partidos, sindicatos, entidades de classe e associações, em sua dimensão coletiva e desde que concernente ao objeto estatutário (CF, arts. 5º, LXX, <i>a e b</i> , c/c o inc. XXI; CPC, art. 6º).	Defesa, em dimensão coletiva, dos interesses dos filiados a partidos políticos ou a sindicatos, entidades de classe e associações, excetuada a tutela em nível de interesse meramente individual dos aderentes.	Sindicatos, entidades de classe, partidos políticos e associações

Destes três instrumentos viabilizadores das ações coletivas, o que possibilita a qualquer cidadão, sem exclusão de nenhuma categoria, com legitimidade ampla e irrestrita para questionar atos lesivos ao patrimônio público, patrimonial e moral, é a Ação Popular.

O Mandado de Segurança Coletivo requer entidade coletivamente considerada: partidos políticos, sindicatos, entidades de classe e associações. Além da restrição quanto à legitimidade, cabe observar que o Mandado de Segurança, coletivo ou individual, está restrito à proteção de direito líquido e certo, que consiste no direito (ou mais precisamente nos fatos em que se funda o direito) que possa ser provado quando da impetração do Mandado de Segurança, não exigindo prova posterior¹⁷⁴. Além disso, pode servir para a proteção de direito individual ou coletivo, mas não de direito difuso.

A Ação Civil Pública por sua vez, coloca em um rol taxativo os legitimados para utilizá-la: o Ministério Público; as pessoas jurídicas estatais, autárquicas e paraestatais; as associações formadas com o intuito de proteger o meio ambiente ou o consumidor.

¹⁷⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. Malheiros Editores. São Paulo. 29ª edição. 2006, p. 37.

6.1. Por que foram escolhidas as Ações Populares?

As ações populares foram escolhidas, em primeiro lugar, pela amplitude da legitimidade ativa: qualquer cidadão pode fazer uso dela. Em segundo lugar pelo seu objeto: é o instrumento apto a questionar a gestão, a administração da coisa pública. Em terceiro lugar, pela amplitude do seu sujeito passivo: todos os agentes públicos, entendidos em sentido amplo, que administram a coisa pública são passíveis de serem questionados por intermédio da ação popular.

Os agentes públicos que ocupam cargos do Poder Executivo, tais como Prefeitos, Governadores e até o Presidente (e respectivos vices) podem ser sujeitos passivos. Os do Poder Legislativo também: os vereadores, os deputados estaduais e federais podem ser sujeitos passivos, bem como o ente coletivo a que pertencem, por exemplo, a Câmara Municipal ou a Assembléia Legislativa. Mas não só os agentes públicos eleitos podem ser partes passivas da ação popular: os agentes públicos administrativos poderão ser questionados. Através da análise das ações populares, percebe-se que diretores de autarquias, de sociedades de economia mista, de empresas públicas podem ser controlados pelas suas decisões.

Como visto, a ação popular reúne os elementos: publicidade, motivação e potencialidade de sanção da *accountability*. Ela é uma ação que não se desenvolve com segredo de justiça, o que garante que qualquer um possa consultar os autos. Além disso, ao ser objeto de uma ação processual o ato praticado ganha projeção nos meios de comunicação, divulgando tanto o ato questionado quanto as motivações dadas pelo agente público cujo ato se questiona. Finalmente, observa-se que a potencialidade da sanção está presente o tempo inteiro: se for verificada a lesividade ao patrimônio público, o agente será punido e o dano deverá ser reparado.

6.2. Ação popular e o controle permanente

A ação popular é um mecanismo de controle importante que pode ser exercido em qualquer momento pelo cidadão que é portador de seus direitos políticos: possibilita o exercício do controle em qualquer tempo e não apenas no momento das eleições.

Também é importante denotar que não é um mecanismo de controle entre poderes, do tipo dos *checks and balances*: não são mecanismos institucionais de controle de um poder sobre o outro, mas sim, à disposição dos cidadãos, individualmente ou coletivamente considerados, a fim de controlar as atuações de agentes públicos. Por isso, é considerada como efetivo instrumento de participação democrática:

“Como está na lição de Cândido Rangel Dinamarco, ‘democracia é participação e não só pela via política do voto ou ocupação eletiva de cargos públicos a participação pode ter lugar. Todas as formas de *influência* sobre os centros de poder são participativas, no sentido que representam algum peso para a tomada de decisões; conferir ou conquistar a capacidade de influir é praticar democracia. Tem-se participação democrática, portanto e bastante significativa, na ação popular, onde se vê o cidadão contribuindo para a fiscalização da moralidade administrativa’. Aliás, a própria atividade jurisdicional em geral também se caracteriza por seus objetivos de natureza política – e não só jurídica.”¹⁷⁵

¹⁷⁵ Dinamarco, Pedro da Silva. *Op. Cit.*, p. 40.

A opção pela ação popular como objeto de análise empírica deu-se, inicialmente, por ela reunir todas as dimensões do conceito a que chegamos na primeira parte: publicidade, motivação e potencialidade de sanção.

Em segundo lugar, porque a pessoa legitimada a mover a ação popular é o eleitor: percebe-se então, que além do voto, o constituinte previu um outro instrumento de controle político dos representantes, além do exercido por ocasião das eleições.

Em terceiro lugar, porque visa a controlar atos lesivos praticados por qualquer agente revestido de caráter estatal que seja lesivo ao patrimônio público, tanto os eleitos quanto os não eleitos. Ambos os agentes devem representar os interesses dos cidadãos e caso não o façam, agindo de maneira diversa, a ação popular prevê a possibilidade de anular o ato praticado e determina a indenização pelos danos sofridos ou impõe a recomposição da situação tal como antes de lesado o bem público.

Estes foram os motivos iniciais que indicaram que a ação popular seria o melhor objeto de análise para comprovar a importante atuação deste mecanismo de controle.

Em seguida, partiremos para uma breve recapitulação das origens do instituto; então, analisaremos os primórdios da ação popular na realidade brasileira a fim de entender o instituto em si. Posteriormente, analisaremos alguns julgados verificando, na prática, se o controle existe, quem são os agentes públicos sujeitos passivos do controle e qual o objeto a ser controlado.

6.3. Ação Popular: origens

A ação popular, em sua acepção remota, teve como fundamento a proteção da comunidade indivisa do direito. Esta comunidade dizia respeito não a cada popular individualmente considerado, mas à coletividade e à qualidade de pertencer à comunidade. Neste contexto, o popular tinha legitimidade para agir não somente em razão de seu interesse direto e particular, mas em benefício de algo que se entendia indiviso, comum a todos, tal como o direito de ter acesso a uma via pública desobstruída, livre de dejetos.¹⁷⁶

Muitos dos autores pátrios, ao abordar as ações populares, realizaram uma reconstituição histórica precisa, remontando às origens romanas do instituto. Dentre os estudos mais completos perfila-se o de José Afonso da Silva. Remetendo-nos aos estudos de Jhering, José Afonso da Silva afirma a notabilidade deste fenômeno, “não apenas do ponto de vista do direito público moderno, mas também do ponto de vista do direito público romano que manteve, com extremo rigor, o princípio da legitimidade *ad causam* do autor em todos os demais casos, e, no entanto outorga-lhe ações que não lhe oferecem, pelo menos aparentemente, o menor interesse pessoal.”¹⁷⁷

As ações populares romanas se referiam aos assuntos de interesse geral: havia, por exemplo, a ação “*de albo corrupto*”, por meio da qual se impunha uma multa de quinhentos áureos a quem dolosamente alterasse o *album*, isto é, o edito com que o pretor, ao assumir o cargo, declarava de que modo faria observar a lei e administraria a justiça; também havia a ação “*de posititis et suspensis*”, cabível contra quem mantivesse objetos na sacada ou na aba do telhado, sem tomar as necessárias cautelas para evitar que caíssem em lugar freqüentado.¹⁷⁸ Situações que colocavam em risco a coletividade eram punidas.

O que pode chamar atenção de um leitor moderno é a amplitude do escopo da ação, tal como Seabra Fagundes já havia observado:

¹⁷⁶ Segundo José Afonso da Silva a ação “*de effusis et deiectis*” era concedida contra quem atirasse, de casa, objetos sobre a via pública. Em *Ação Popular Constitucional*. São Paulo: RT, 1968. pp. 16.

¹⁷⁷ *Id., Ibid.*, p. 12.

¹⁷⁸ Silva, José Afonso da. *Op. Cit.*, pp. 16 e 17.

“Em Roma, a ação popular revestia uma amplitude extraordinária, servindo não só ao valimento de interesses individualizados (defesa pessoal do uso das vias públicas – *Interdictum nem quid instrumento loco publico vel itinere fiat*; de utilização dos rios como ancoradouros, bebedouros, etc. – *Interdictum nem quid in flumine publico ripave ejus fiat*; dos esgotos públicos – o interdito *de cloacis*; etc.), mas, ainda e sobretudo, ao de interesses coletivos, nos casos apontados, tais os de defesa de sepultura comum, de efetivação de fundações instituídas por atos de última vontade, de oposição à colocação em telhado ou janela de coisas que pudessem cair sobre a rua.”

“Sempre que estivesse em jogo a coisa pública, a ação seria popular”¹⁷⁹.

Quem não está familiarizado com as relações estabelecidas naquela época, entre Roma e seus cidadãos, pode estranhar que em um tempo em que a noção de Estado ainda não estava bem delineada “já houvesse espírito cívico tão desenvolvido a ponto de um cidadão poder dirigir-se ao magistrado buscando a tutela de um bem, valor ou interesse que, diretamente, não lhe concernia, mas sim, à coletividade, como as *rei sacrae*, as *rei publicae*.”¹⁸⁰

Entretanto, segundo lição de Jhering, a surpresa desaparece quando se coteja este fenômeno com a comunidade particular do direito que existia no seio da gentilidade¹⁸¹: “Os bens da *gens* pertenciam conjuntamente a todos os gentílicos. E este direito se distinguia do de cada um em particular, por não ser exclusivo, mas indiviso e inalienável e indissolúvelmente ligado à qualidade de membro da coletividade.(...)”¹⁸²

¹⁷⁹ Seabra Fagundes, Miguel. “Da Ação Popular” in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 6, págs. 1 a 19.

¹⁸⁰ Mancuso, Rodolfo de Camargo. *Op. Cit.*, p. 42.

¹⁸¹ Gens e

¹⁸² Silva, José Afonso. *Op. Cit.*, p. 12

Naquela época ainda não estava marcada a diferença que nos é tão clara entre o ente Estatal e o cidadão. O Estado não existia enquanto um ente diverso, que pairava acima dos cidadãos; os cidadãos mesmos eram o Estado: Estado e povo eram equivalentes. Naquela sociedade política, os direitos privados e públicos não se distinguiam entre si pela diferença dos sujeitos; o sujeito de ambos era a pessoa natural. Portanto, aquele que intentava ação por dano a uma via pública fundamentava-se no seu próprio direito e interesse. A *res publica* significava o que era comum a todos, era o conjunto das diversas coisas da sociedade, tais como as vias públicas, as praças, os rios¹⁸³.

Em seguida, quando a organização política romana passa a se constituir em Cidade-Estado, o autor da ação popular começa a agir em nome do interesse geral, nas hipóteses em que o interesse também era seu enquanto membro da comunidade. Somente após estes dois momentos, o primeiro, em que o indivíduo agia em nome da comunidade gentílica e o segundo, em que agia em nome do interesse geral, é que passa a existir a separação entre o interesse particular e o público: então, quando o interesse era público, a ação seria popular¹⁸⁴.

Abordada a questão por um prisma atual, pode-se dizer, conforme Mancuso, que “o móvel da *actio popularis* não residia nem no interesse privado, manejado pelo *cives*, nem propriamente no interesse público, a cargo do Estado, mas situava-se num campo intermédio, que hoje se diria ocupado pelos chamados interesses difusos, concernentes a sujeitos indeterminados, incidindo sobre um objeto indivisível (...).”¹⁸⁵

Neste sentido, pode-se afirmar, tal como Ricardo de Barros Leonel, que a ação popular foi o germe para o desenvolvimento da tutela judicial dos interesses supra-individuais, daqueles interesses não privados, no sentido clássico de inerência ao indivíduo, nem públicos, no sentido clássico de apropriação por

¹⁸³ Jhering apud Silva, José Afonso. *Op. Cit.*, pp. 13 e 14.

¹⁸⁴ Silva, José Afonso. *Op. Cit.*, pp. 22 e 23.

¹⁸⁵ Mancuso, Rodolfo de Camargo. *Op. Cit.*, p. 44.

parte do Estado: dos interesses imanentes ao conjunto de pessoas considerado de forma indivisível, que a todos aproveitariam ¹⁸⁶.

A questão do interesse é das mais importantes na ação popular: isto porque, pode-se observar que se algo importa ao Estado, também importa aos cidadãos enquanto membros da comunidade, por conseqüência, ao se lesar o interesse público, estar-se-ia ofendendo o interesse individual dos cidadãos¹⁸⁷.

No período intermédio, a ação popular somente teve lugar onde o direito romano manteve sua influência. Segundo os estudos referentes à época medieval, observa-se que a ação popular não foi muito utilizada neste período, pois “onde (...) o regime político assume caráter de absolutismo e despotismo, a ação popular primitiva, aquela que convoca qualquer um a participar na tutela da coisa pública, não podia surgir. Mas quando foram constituídas aquelas *bona communalia* que tornaram possível a todos os cidadãos o uso dela, não era possível que a ação popular surgisse, a não ser por disposição de lei.”¹⁸⁸

Na época medieval, que se deu após o momento da dissolução do Estado antigo até a formação das monarquias germânicas, ocorreram grandes mudanças na sociedade: as relações políticas sofreram modificações profundas, advindas das alterações das relações entre Estado e Igreja, entre o império e os reinos, entre os reinos e as cidades. O direito romano passou a fornecer menos instrumentos de interpretação e análise. O primado do direito privado sobre o direito público ainda era evidente, o que se traduzia pela resistência que o direito de propriedade opunha à ingerência do poder soberano, eixo fundamental da concepção liberal de Estado. O *esprit de commerce* avançava sobre o *esprit de conquête*, aumentando a esfera privada e reduzindo o âmbito de atuação

¹⁸⁶ Leonel, Ricardo de Barros apud Mancuso, Rodolfo de Camargo. *Op. Cit.*, p. 44.

¹⁸⁷ Silva, José Afonso. *Op. Cit.*, p. 24.

¹⁸⁸ Tomaso Bruno apud Silva, José Afonso. *Op. Cit.*, p. 25

estatal, dando-se primazia aos argumentos jusnaturalistas que ressaltavam a prioridade dos direitos naturais do indivíduo¹⁸⁹.

Após esta ênfase nos direitos naturais do indivíduo, seguiu-se a noção de que o interesse individual deveria submeter-se ao interesse coletivo. A concepção da idéia aristotélica, que o todo vem antes das partes, deu o mote para o avanço do primado do público: o Estado passou a recuperar o espaço conquistado pela sociedade civil burguesa até surgir o Estado territorial e burocrático moderno, que se reapropria do espaço conquistado pela sociedade civil burguesa. Este momento coincide com o do primado da política sobre a economia: a publicização do privado constitui uma das características mais marcantes das sociedades industriais:

“De fato, o processo de publicização do privado é apenas uma das faces do processo de transformação das sociedades industriais mais avançadas. Ele é acompanhado e complicado por um processo inverso que se pode chamar de “privatização do público”. Ao contrário do que havia previsto Hegel, segundo o qual o Estado como totalidade ética terminaria por se impor à fragmentação da sociedade civil, interpretada como “sistema da atomística”, as relações de tipo contratual, características do mundo das relações privadas, não foram realmente relegadas à esfera inferior das relações entre indivíduos ou grupos menores, mas reemergiram à fase superior das relações politicamente relevantes, ao menos sob duas formas: nas relações entre grandes organizações sindicais para a formação e renovações dos contratos coletivos, e nas relações entre partidos para a formação das coalizões de governo. A vida de um Estado moderno, no qual a sociedade civil é constituída por grupos organizados cada vez mais fortes, está atravessada por conflitos grupais que se renovam continuamente, diante dos quais o Estado, como conjunto de organismos de decisão (parlamento e governo) e de execução (o aparato burocrático),

¹⁸⁹ Bobbio, Norberto. *Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral da política*; tradução de Marco Aurélio Nogueira; Paz e Terra, Rio de Janeiro, 1987. pp. 23 e 24.

desenvolve a função de mediador e de garante mais do que detentor do poder de império segundo a representação clássica da soberania.”¹⁹⁰

A distinção entre público e privado é importante para que se entenda o surgimento dos mecanismos de controle da administração pública.

O primado do público sobre o privado corresponde igualmente ao primado da política sobre a economia, conforme expõe Bobbio:

“(…) a distinção público/privado se duplica na distinção política/economia, com a consequência de que o primado do público sobre o privado é interpretado como primado da política sobre a economia, ou seja, da ordem dirigida do alto sobre a ordem espontânea, da organização vertical da sociedade sobre a organização horizontal. Prova disso é que o processo de intervenção dos poderes públicos na regulação da economia – processo até agora surgido como irreversível – é também designado como processo de ‘publicização do privado’: é de fato um processo que as doutrinas socialistas politicamente eficazes favoreceram, enquanto os liberais de ontem e de hoje, bem como as várias correntes do socialismo libertário, até agora politicamente ineficazes, depreciaram e continuam a depreciar como um dos produtos perversos desta sociedade de massa na qual o indivíduo, tal como o escravo hobbesiano, pede proteção em troca da liberdade, diferentemente do servo hegeliano destinado a se tornar livre porque luta não para ter salva a vida mas pela própria afirmação.”¹⁹¹

No entanto, durante a Idade Média e os regimes absolutistas, a ação popular perde relevância, como não poderia deixar de ocorrer em regimes nos quais não é observado o princípio da publicidade dos atos de quem detém um

¹⁹⁰ *Id., Ibid.*, p. 26.

¹⁹¹ Bobbio, Norberto. *Op.cit.*, p. 26.

poder público. No lugar da publicidade, vigora a teoria dos *arcana imperii*, como expõe Bobbio:

“O princípio da publicidade das ações de quem detém um poder público (‘público’ aqui no sentido de ‘político’) contrapõe-se à teoria dos *arcana imperii*, dominante na época do poder absoluto. Segundo esta teoria, o poder do príncipe é tão mais eficaz, e portanto mais condizente com seu objetivo, quanto mais oculto está dos olhares indiscretos do vulgo, quanto mais é, à semelhança do de Deus, invisível. Dois argumentos principais sustentam esta doutrina: um intrínseco à própria natureza do sumo poder, cujas ações podem ter tanto mais sucesso quanto mais são rápidas e imprevisíveis: o controle público, mesmo que apenas de uma assembléia de notáveis, retarda a decisão e impede a surpresa; o outro, derivado do desprezo pelo vulgo, considerado como objeto passivo, como o “animal selvagem” que deve ser domesticado, já que dominado por fortes paixões que lhe impedem de formar uma opinião racional do bem comum, egoísta de vida curta, presa fácil dos demagogos que dele se servem para sua exclusiva vantagem. A invisibilidade e portanto a incontrolabilidade do poder eram asseguradas, institucionalmente, pelo lugar não aberto ao público em que se tomavam as decisões políticas (o gabinete secreto) e pela não publicidade das mesmas decisões; psicologicamente, através da liceidade professada e reconhecida da simulação e da dissimulação como princípio da ação do Estado em desobediência à lei moral que proíbe de mentir.”¹⁹²

A mudança dessa visão do poder político, e sua compreensão como poder aberto ao público começa com a elaboração de Kant do princípio da injustiça do que é inconciliável com a publicidade:

¹⁹² Bobbio, Norberto. *Op.cit.*, p. 29.

“A história do poder político entendido como poder aberto ao público pode-se fazer começar em Kant, que considera como ‘formula transcendental do direito público’ o princípio segundo o qual ‘todas as ações relativas ao direito de outros homens cuja máxima não é conciliável com a publicidade são injustas’ [1976, trad. It. P. 330]. O significado deste princípio fica claro quando se observa que existem máximas que uma vez tornadas públicas suscitariam tamanha reação que tornariam impossível a sua aplicação. Qual Estado poderia declarar, no momento em que assina um tratado internacional, que não se considera vinculado à norma de que os pactos devem ser observados? Com referência à realidade que temos continuamente sob os olhos, qual funcionário público poderia declarar, no momento em que é empossado em seu cargo, que dele se servirá para extrair vantagens pessoais ou para subvencionar ocultamente um partido ou para corromper um juiz que deve julgar um seu parente?”¹⁹³

Observa-se que a ação popular retorna a ter previsão e exercício após o momento em há a possibilidade de debate dos rumos das políticas públicas.

Este momento em que se forma um *locus* privilegiado para o debate e é possível influenciar, de alguma forma, a maneira de condução das políticas públicas somente terá lugar quando da própria formação da esfera pública tal como conhecemos com o surgimento dos primeiros agrupamentos que viriam a se tornar as facções modernas.

Neste momento, surgem os debates sobre o controle do poder: se antes o poder era exercido por um monarca absoluto e as decisões eram tomadas em segredo, elas passam a tornar-se públicas.

É por este motivo que, embora reconheça as origens romanas do instituto, Maria Fernanda Podval afirma que a ação popular, e os seus contornos como até hoje é entendida, é uma ação moderna.

¹⁹³ Bobbio, Norberto. *Op.cit.*, pp. 28/29.

“As primeiras ações populares modernas apareceram quando há muito consolidados os ideais das revoluções burguesas.”¹⁹⁴

6.4. Ações populares no Brasil

No Brasil há referências a ações populares no período do império e no início da República. Estas referências, no entanto, são feitas com base nas fontes romanas, e sua identidade com a ação popular moderna é duvidosa¹⁹⁵. A primeira previsão expressa foi feita na Constituição Federal de 1934, no entanto teve vida breve, pois não foi prevista na Constituição Federal de 1937, na qual, aliás, foi vedado ao Poder Judiciário o julgamento de questões exclusivamente políticas (art. 94¹⁹⁶), o que demonstra a incompatibilidade entre regimes totalitários e ações populares, especialmente quando se leva em consideração que tampouco a ação popular italiana e a espanhola permaneceram, respectivamente, durante os períodos fascista e franquista¹⁹⁷.

Esta incompatibilidade entre a ação popular e sistemas totalitários não é, contudo, absoluta, pois embora suprimida durante a ditadura de Vargas, desde seu retorno ao ordenamento jurídico nacional, em 1946, não foi mais suprimida, tendo permanecido mesmo durante os abalos sofridos pela democracia brasileira, sendo que sua própria regulamentação em lei só veio a ocorrer em 1965,

¹⁹⁴ Podval, Maria Fernanda de Toledo Rodvalho. A alteração no julgamento das ações populares no período de 1948 a 1991 e a mudança do papel do Judiciário. Dissertação de Mestrado defendida em 1994, p. 9.

¹⁹⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular: proteção ao erário público, do patrimônio cultural e do meio ambiente*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003, p. 58.

¹⁹⁶ “Art 94 - É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas.”

¹⁹⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular: proteção ao erário público, do patrimônio cultural e do meio ambiente*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003, p. 62.

o que Werneck Vianna¹⁹⁸ considera surpreendente. Explicaria tal fato, como menciona o citado autor, considerar a aprovação da lei “como parte do esforço de legitimação da nova ordem”.

Após quase uma década ausente do ordenamento jurídico brasileiro, a ação popular volta a ser prevista na Constituição Federal de 1946. A primeira aplicação desta ação de que se tem conhecimento foi em ação julgada pelo jurista e então juiz José Frederico Marques, em sentença mantida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (com exceção apenas da parte relativa à fixação de honorários)¹⁹⁹. Embora não houvesse ainda lei que regulamentasse a ação popular, entendeu-se que esta não era indispensável para o seu cabimento. Contudo, entendeu-se ser legitimado para a propositura da ação apenas o cidadão e, como tal, apenas a pessoa física, razão pela qual o processo foi julgado extinto sem julgamento de mérito, uma vez que proposto por partido político.

A ação popular só foi regulamentada por lei em 1965, lei esta que permanece em vigor até hoje, e que consolida os entendimentos constantes daquela primeira decisão. Esta sentença fixou os principais aspectos da ação popular, do ponto de vista processual, que foram mantidos praticamente inalterados até o presente. Desde então a ação popular só passa por alteração significativa com a Constituição Federal de 1998, que amplia substancialmente seu escopo, prevendo

¹⁹⁸ VIANNA, Luiz Werneck e Burgos, Marcelo. “Revolução Processual do Direito e Democracia Progressiva” pp. 337-482, em Vianna, Luiz Werneck (org.) *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*, Belo Horizonte. Editora UFMG, Rio de Janeiro, 2002, p. 396.

¹⁹⁹ Cf. Podval, Maria Fernanda de Toledo Rodovalho. *Op. Cit.*, pp. 26/27:

“Mais tarde a legislação ordinária consolidou o que na primeira sentença já se havia firmado, relativamente à legitimidade ativa e aos requisitos da ação.

O primeiro caso

“A aplicação da ação popular, tal como previsto da Constituição, fez-se, pela primeira vez, na sentença que José Frederico Marques, em 1948, confirmada nos principais pontos pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. Essa sentença é a primeira sentença de ação popular, no sentido atual, de que se tem notícia. Mais do que uma decisão pioneira, foi uma decisão que antecipou a definição do instituto como hoje conhecido.

José Frederico Marques, então juiz em São Paulo, apreciou o primeiro pedido formulado com base na previsão constitucional do artigo 141, § 38. A partir de sua sentença (bastante anterior à regulamentação legal do instituto), ficaram assentados alguns entendimentos que sobrevivem até nossos dias.”

a moralidade administrativa, o meio ambiente e o patrimônio histórico cultural como bens também passíveis de serem por ela protegidos²⁰⁰.

6.5.1. Ação Popular no Brasil: disposições legais

A ação popular, tal como concebida atualmente no ordenamento jurídico brasileiro, é um instrumento legal-institucional colocado à disposição de qualquer cidadão que pretenda anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Esta é a redação contida no artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Quadro 4. Ação Popular e disposições legislativas no Brasil

--	--	--	--

²⁰⁰ Podval, Maria Fernanda de Toledo Rodvalho. *Op. Cit.*, p. 27:

“A Lei 4.717/65, que disciplinou o procedimento da ação popular acabou por consolidar todas as posições adotadas na decisão pioneira, no tocante aos requisitos da ação.

Dessa maneira, como não há qualquer nota destoante entre a decisão de 48 e a lei vigente que disciplina a matéria, pode-se concluir que, do ponto de vista legal, até 1988 não se operou qualquer modificação notável nos contornos do procedimento.

Com a Constituição de 1988 também a moralidade administrativa, o meio ambiente e o patrimônio histórico cultural passaram a ser objeto de proteção da ação popular. O procedimento continuou o mesmo, mas ampliaram-se as hipóteses de aplicação do instituto (o que é passível de ser analisado por meio da ação popular é um espectro de fatos mais amplo do que inicialmente previsto em 1946) e a moralidade foi instituída como requisito autônomo (comprovada lesão à moralidade, estaria dispensada a prova da lesividade do ato).”

Fonte Legal	Ano	Dispositivo Legal	Objeto da ação popular
Constituição (em vigor)	1988	Artigo 5º, LXXIII - Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;	Objeto ampliado: 1) patrimônio público; 2) moralidade administrativa; 3) meio ambiente; 4) patrimônio histórico; 5) patrimônio cultural.
Constituição	1967	Artigo 150, § 31 - Qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise a anular atos lesivos do patrimônio público de entidades públicas.	1) patrimônio público.
Lei 4.717 (em vigor)	1965	Artigo 1º - Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.	1) patrimônio público.
Constituição	1946	Artigo 141, § 38 - Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista.	1) patrimônio público
Constituição	1937	Suprimiu pela Carta de 1937	
Constituição	1934	Artigo 113, 38 - Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios.	1) patrimônio público

6.5.2. Requisitos da ação popular

6.5.2.1. Condição de eleitor

Segundo a disposição legal, o autor popular deve ser cidadão. Sobre este ponto surgem algumas questões a serem analisadas, para melhor compreender este mecanismo de *accountability*.

O primeiro ponto é que o autor popular será um eleitor, na medida em que a condição de cidadão é comprovada com a existência de título de eleitor. Para fins de iniciativa para a ação popular será necessário votar. Decorre daí que somente poderá participar do controle da coisa pública aquele que exerceu o seu direito-dever de votar.

A necessidade de exercício de direitos políticos para o exercício da ação popular não permite, contudo, uma vinculação direta entre a legitimidade desta ação e a escolha direta dos representantes, pois a ação popular cabe contra qualquer ato lesivo do patrimônio, e tais atos podem ser praticados pela burocracia, que não é eleita e pode sequer ter sido nomeada pelos representantes eleitos.

Segundo Pedro Dinamarco:

“Essa opção do constituinte foi sábia. Se, nos termos no art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal, “todo poder emana do povo”, então nada mais natural que a ele – isto é, a todos os cidadãos – seja dada a possibilidade de intervir na administração pública, como forma de legítimo exercício de direitos políticos diretamente pelos seus titulares e em clara manifestação da soberania popular. Trata-se, assim, de um direito cívico-político do cidadão. Por isso, pode-se dizer que *a participação político-democrática do cidadão nos destinos da sociedade é a tônica central da ação popular.*”²⁰¹

Se para ser autor da ação popular é necessário ser cidadão e a prova desta condição se faz com a existência de título de eleitor, pode-se notar que apenas a pessoa física está legitimada, sendo certo que a impossibilidade de ajuizamento da ação por pessoa jurídica já foi objeto de Súmula pelo Supremo Tribunal Federal²⁰². Neste ponto, a ação popular já é diferente da ação civil pública, que pode ser ajuizada apenas por pessoas jurídicas. No entanto, a restrição da legitimidade à pessoa física não deixa de restringir o uso da ação popular, e por tal razão já foi objeto de críticas pela doutrina:

“A legitimidade para agir atribuída somente ao cidadão é algo que acanha a ação popular, desvirtuando medida de ouro para controle da ilegalidade da Administração, para controle da lesividade que a Administração possa produzir ao patrimônio público, para controle da moralidade administrativa.”²⁰³

²⁰¹ Dinamarco, Pedro da Silva. *Op. Cit.*, p.40.

²⁰² Súmula 365 STF: Pessoa jurídica não tem legitimidade para propor ação popular. (aprovada em Sessão Plenária de 13/12/1963).

²⁰³ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo, 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 407.

Basta que seja eleitor, ou seja, tenha cidadania ativa. Não é necessário ser elegível, não é necessário ter cidadania passiva. Segundo o artigo 1º, §3º da Lei da Ação Popular, “a prova da cidadania, para ingresso em juízo, será feita com o título eleitoral, ou com documento que a ele corresponda”. Basta que o autor popular seja eleitor e esteja em plena capacidade de usufruir de seus direitos políticos. Como observa Pedro Dinamarco:

“A Lei da Ação Popular se satisfaz, apenas com o reconhecimento da *cidadania ativa*. Entretanto, a mera apresentação do título de eleitor em juízo não faz prova absoluta e incontestável da legitimidade *ad causam* ativa para a demanda popular, até porque fato superveniente à sua emissão poderá torná-la sem validade jurídica, inclusive a suspensão ou perda dos direitos políticos. (v.art.71 da lei n.4.737, de 15.7.65 – Código Eleitoral). Ademais, se a cidadania é acima de tudo um atributo político e se a *ação popular é instrumento essencialmente político* (ao contrário das outras ações coletivas), além de um direito cívico, *nada mais natural exigir do autor popular que ele esteja em pleno gozo de seus direitos políticos.*²⁰⁴.”

A exigência da condição de eleitor, com cidadania ativa, afasta a legitimidade de quem tenha tido seus direitos políticos cassados, ou tenha sido condenado criminalmente (o que acarreta a perda dos direitos políticos enquanto durar a pena²⁰⁵). Também de quem tenha deixado de votar em três eleições consecutivas, pois fica sujeito ao cancelamento temporário do título de eleitor, conforme dispõe o art. 71, V, da Lei nº 4.737/65 (Código Eleitoral) (embora a constitucionalidade da norma que prevê o cancelamento do título de eleitor seja questionável²⁰⁶).

²⁰⁴ Dinamarco, Pedro da Silva. *Op. Cit.*, p. 43.

²⁰⁵ Constituição Federal. art. 15 da Constituição Federal, segundo o qual: “É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;(...)”

²⁰⁶ Dinamarco, Pedro da Silva. *Op. Cit.*, p. 50.

Outra questão interessante se refere aos menores de 18 e maiores de 16 anos que votam. A legislação civil e processual civil, como regra, não os permite praticar os atos da vida civil sem assistência. No entanto, podem participar, facultativamente, da escolha dos representantes políticos. Poderiam eles ajuizar ação popular?

Sim, desde que assistidos conforme a regra geral do Processo Civil, mas há entendimento que a norma constitucional derogou a norma processual²⁰⁷.

Da exigência de condição de cidadão decorre, necessariamente, a exigência de nacionalidade brasileira.

“No tocante à nacionalidade, apenas os *brasileiros* podem ser tidos como cidadãos, para os fins ora analisados, até porque os estrangeiros não podem alistar-se como eleitores (CF, art. 14, § 2º). Na verdade, todo cidadão é necessariamente nacional (a nacionalidade é pressuposto da cidadania plena)”²⁰⁸.

É possível, entretanto, que o cidadão português seja parte legítima para a propositura da ação popular, pois a Constituição portuguesa confere a todos o direito de ação popular, nos termos da lei e a nossa Constituição Federal garante igualdade de direitos aos cidadãos portugueses residente no Brasil, sob a condição de reciprocidade²⁰⁹.

²⁰⁷ Dinamarco, Pedro da Silva. Art. 1º (Legitimidade e Direito à Informação). Pp. 30-66 em Costa, Susana Henriques da (coordenação). *Comentários à Lei de Ação Civil Pública e Lei de Ação Popular*. São Paulo, Quartier Latin, 2006. p. 48.

²⁰⁸ Dinamarco, Pedro da Silva. *Op. Cit.*, p. 45

²⁰⁹ Esse parece ser o entendimento de Pedro Dinamarco, *ob. Cit.*, patrimônio público. 45 e 46, embora, após tratar da questão da legitimação do cidadão português, reafirma que, para a ação popular, cidadão seria o *brasileiro*:

Neste ponto, cabe observar que, se a ação popular serve como mecanismo de *accountability*, não servirá, contudo, para o controle externo do Estado brasileiro (com a eventual exceção mencionada), o que pode ter relação com o fato de não ser considerada em diversas críticas alienígenas quanto à existência de *accountability* no Brasil.

6.5.2.2. Interesse

O interesse do autor popular suscita alguma controvérsia. A análise da história da ação popular traz certa perplexidade quanto à legitimidade para interposição independentemente do interesse direto do autor, e tal perplexidade permanece ainda hoje.

Como instrumento precípua de defesa do patrimônio público, resta claro que o resultado da ação popular, em princípio, a todos interessa, justamente pelo caráter público dos bens que visa proteger. Por tal motivo, já se disse que o autor popular é em princípio um *altruísta*²¹⁰.

No entanto, é possível que o autor da ação popular, além do interesse de qualquer cidadão na boa gestão da coisa pública, possua um interesse específico no resultado da ação popular.

“Assim, pode-se afirmar que *cidadão*, para fins de ação popular, é o brasileiro em pleno gozo dos direitos políticos e civis, sendo o título de eleitor válido um dos sinais indicativos da plenitude desse seu direito e, portanto, do direito constitucional de ajuizar ação popular.”

(Dinamarco, Pedro da Silva. *Op. Cit.*, p. 46.)

“Ao final, contudo, ao tratar das pessoas que não possuem legitimidade para ajuizar ação popular, menciona os estrangeiros, com ressalva do cidadão português residente no Brasil”. p. 53.

²¹⁰ Nesse sentido, Dinamarco, Pedro da Silva. *Op. Cit.*, p. 41:

“Por isso, o autor da ação popular deve ser, acima de tudo, um *altruísta*, que não age motivado exclusivamente por um interesse próprio. Em tese seu benefício deverá ser semelhante ao de todos os demais integrantes da sociedade. Assim, o interesse jurídico ou econômico pessoal do autor jamais poderá fazer parte da causa de pedir da ação popular, ainda que, p. ex., ele seja o maior interessado na anulação de uma licitação da qual ele, ou sua empresa, tenha saído vencedor.”

Assim, aquele que concorreu em uma licitação mas foi preterido por outro concorrente, poderá ser mais beneficiado pela anulação dessa licitação (já que poderá concorrer e eventualmente vencer na nova licitação) do que os demais cidadãos. Este interesse particular não desqualifica, naturalmente, o autor da ação popular, como inclusive já foi decidido pelo Poder Judiciário²¹¹.

Há mesmo quem entenda ser necessário algum interesse, ainda que indireto, no resultado da ação, entendendo que esta não poderia ser ajuizada, por exemplo, por alguém que por residir em local diverso daquele do dano não seria beneficiado pela sua reparação²¹²; essa exigência, contudo, não está na lei, o que outros autores levam em consideração ao defender ser irrelevante que o autor da ação popular resida ou não no local do dano²¹³.

²¹¹ Disso nos dá notícia, citando julgados, Dinamarco, Pedro da Silva. *Op. Cit.*, p. 41:

Isso não significa, contudo, que o autor popular não possa se beneficiar indiretamente com a procedência da demanda. Ao contrário: em princípio, ele sempre deverá ter algum interesse particular no desfecho positivo da ação popular, seja ele direto e evidente, seja indireto e tênue. A propósito, decidiu o STF: “Ação popular. Legitimidade *ad causam* de qualquer cidadão, ainda que ele possa ter algum interesse de ordem particular, desde que tenha em mira não proteger qualquer direito seu, mas apenas resguardar o patrimônio público”. O TJRS foi ainda mais longe e reconheceu a legitimidade ativa dos sócios-proprietários de uma empresa que saiu vencedora na licitação pública por eles impugnada por meio da ação popular. “

²¹² É o que apresenta em sua síntese conclusiva Dinamarco, Pedro da Silva. *Op. Cit.*, p. 53:

“Em *síntese conclusiva*, não têm legitimidade para ajuizar ação popular a pessoa humana (a) que ainda não obteve o título de eleitor; (b) absolutamente incapaz, (c) que teve seus direitos políticos cassados, (d) criminalmente condenado, enquanto durarem os efeitos da sentença transitada em julgado, (e) que não votou em três eleições consecutivas, (f) **que, por não ser residente ou domiciliado no local do dano, não vier a receber reflexos sequer indiretos em sua esfera de direitos ou** (g) de nacionalidade estrangeira – salvo o cidadão português residente no Brasil, bem como (h) qualquer pessoa jurídica, inclusive associações, sindicatos, cooperativas, partidos políticos e Ministério Público e (i) pessoas desprovidas de personalidade jurídica, como o espólio, o condomínio e alguns Procons.” (destacamos).

Entende o referido autor que, no caso do autor residente em outro local, ele sequer seria um representante adequado da sociedade:

“(…) Afinal, o que justifica a própria outorga de legitimidade ao cidadão é justamente o fato de ele ter algum interesse, ainda que indireto, em relação ao bem público tutelado (que de alguma forma também lhe pertence). E se ele não tem o mínimo interesse pessoal na proteção daquela *res publica*, então sequer em tese ele será um representante adequado da sociedade.” (Dinamarco, Pedro da Silva. *Ob. Cit.* p. 53)

²¹³ Nesse sentido, MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 193.:

“A legitimação do cidadão é ampla, tendo o direito de ajuizar a ação popular, mesmo que o litígio se verifique em comarca onde ele não possua domicílio eleitoral, sendo irrelevante que o cidadão pertença, ou não, à comunidade a que diga respeito o litígio, pois esse pressuposto não está na lei e nem se assenta em razoáveis fundamentos.”

Além da questão do interesse pessoal direto ou indireto do autor popular, já se cogitou também da possibilidade que o autor tenha um interesse escuso de, ajuizando uma petição mal formulada e descuidando da causa, obter uma decisão judicial que considere regular um ato, na verdade irregular, e que teria efeitos perante todos. Esta preocupação já se revelara por ocasião dos debates legislativos quando da primeira previsão da ação popular, na Constituição Federal de 1934, como se infere do seguinte comentário do constituinte Raul Fernandes:

“dado que todos os atos da administração poderiam ser continuamente postos em xeque e, por vezes, maliciosamente, desde que, em nossos próprios anais judiciários, temos precedentes de questões intentadas em juízo, tendenciosamente, por homens de palha, visando a um decisão judiciária que favoreça à situação aparentemente atacada.”²¹⁴

Tal risco, na realidade, não é particular da ação popular, mas existe em quaisquer ações nas quais estejam em jogo interesses de outras pessoas além daquelas que são partes no processo (e mesmo em processos individuais pode haver o risco de simulação, o que é vedado pelo direito), inclusive na Ação Civil Pública, sem notícias, contudo, de que tenha gerado problemas efetivos²¹⁵. O risco de tal acontecimento é, de todo modo, reduzido pela participação do Ministério Público, pela possibilidade de habilitação de outras partes no processo e pelo regime especial da coisa julgada²¹⁶.

²¹⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular: proteção ao erário público, do patrimônio cultural e do meio ambiente*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003, p. 61.

²¹⁵ Nesse sentido Dinamarco, Pedro da Silva. *Op. Cit.*, p. 42:

“A propósito, esse mesmo risco é enfrentado na ação civil pública, também sem notícia de relevantes inconvenientes práticos. Como se sabe, a legitimidade extraordinária para o ajuizamento de ação civil pública foi outorgada a diversos *entes coletivos*, em especial (a) o Ministério Público, (b) a União, os Estados, os Municípios e as (*sic*) respectivos órgãos da Administração Pública direta e indireta (aí incluídas as autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista), ainda que sem personalidade jurídica, e (c) entidades associativas (inclusive sindicatos e cooperativas).”

²¹⁶ Sobre o assunto manifesta-se Dinamarco, Pedro da Silva. *Op. Cit.*, p. 42:

“De todo modo, é verdade que, como adverte a doutrina, essa outorga de legitimidade a um grande número de pessoas sempre traz consigo o teórico *risco de colusão entre as partes*, com vista a obter fraudulentamente uma sentença de improcedência da ação popular coberta pela coisa julgada material, utilizando-se para tanto de um processo com suporte fático e jurídico deficiente. Entretanto, na prática esse risco não tem se demonstrado real e concreto, até porque há vários mecanismos de proteção no sistema, como a participação ativa e obrigatória do Ministério Público na figura de fiscal do correto encaminhamento do processo, o regime especial da coisa julgada, a possibilidade de qualquer outro cidadão habilitar-se em qualquer momento como assistente ou litisconsorte, a possibilidade de sucessão processual em caso de desistência ou abandono da ação, dentre outros.”

TERCEIRA PARTE: ANÁLISE DE CASOS

CAPÍTULO 7. ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA E COMPETÊNCIA

A análise da jurisprudência não prescinde de exame prévio, ainda que sucinto, da estrutura do Poder Judiciário brasileiro. Sua estrutura básica encontra-se no art. 92 da Constituição Federal, que define os órgãos do Poder Judiciário:

“Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:

I - o Supremo Tribunal Federal;

I-A o Conselho Nacional de Justiça;

II - o Superior Tribunal de Justiça;

III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;

IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho;

V - os Tribunais e Juízes Eleitorais;

VI - os Tribunais e Juízes Militares;

VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.”

Assim, podem ser identificadas cinco “Justiças”: Federal, do Trabalho, Eleitoral, Militar e Estadual, cada qual composta por juízes e tribunais. Para o escopo desta tese, pode-se dizer, grosso modo, que acima de tais “Justiças” encontram-se o Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça e o Superior Tribunal de Justiça.

Um processo é, via de regra, iniciado em primeira instância, perante um juiz, cabendo aos Tribunais julgar tais processos em caso de recurso. Em alguns casos é previsto que a ação seja julgada inicialmente por um Tribunal, são os casos de competência originária.

Um caso típico de competência originária dos Tribunais se refere às ações propostas contra determinadas autoridades. Assim, por exemplo, o julgamento de ações que envolvam infrações penais comuns, normalmente realizado por juízes de primeira instância, compete ao Supremo Tribunal Federal quando forem réus o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, e outras autoridades especificadas²¹⁷.

No caso da ação popular, a competência será do juiz federal ou do juiz estadual, conforme a origem do ato a ser questionado. Atos praticados por autoridade ou funcionário da União darão ensejo a que eventual ação popular seja julgada por juiz federal da Seção Judiciária em que praticado o ato. Caso praticado por autoridade ou funcionário do Estado ou do Município, a competência será o juiz estadual.

Observada tal competência, cabe esclarecer que a Justiça Federal é composta por juízes federais e por cinco Tribunais Regionais Federais, cada um deles com jurisdição sobre determinados Estados da União. A Justiça

²¹⁷ Conforme o art. 102, “b” da Constituição Federal de 1988:

“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

(...)

Estadual, por sua vez, é composta pelos juízes de direito e pelos Tribunais de Justiça, havendo um Tribunal de Justiça para cada Estado, bem como um para o Distrito Federal.

Interessante observar que a ação popular, mesmo quando ajuizada contra autoridades que, para outras ações têm direito a foro privilegiado, deve ser julgada pela Justiça de primeiro grau²¹⁸.

A ação popular segue o rito ordinário, e as decisões nela proferidas estão sujeitas a diversos recursos. Todas as decisões analisadas foram proferidas em grau de recurso, pelo Superior Tribunal de Justiça.

7.1. O Superior Tribunal de Justiça e o porquê da escolha de sua jurisprudência

A competência do Superior Tribunal de Justiça é determinada pela Constituição Federal, e inclui o julgamento do Recurso Especial, cabível contra decisão em tenha havido violação a lei federal ou que lhe tenha dado interpretação divergente da de outro tribunal (art. 105, III²¹⁹).

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente- Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;”

²¹⁸ Cf. MEIRELLES, ob. cit. Patrimônio público. 147 e 148:

“Esclareça-se que a ação popular, ainda que ajuizada contra o Presidente da República, o Presidente do Senado, o Presidente da Câmara dos Deputados, o Governador ou o Prefeito, será processada e julgada perante a Justiça de Primeiro Grau (federal ou Comum).”

²¹⁹ “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.”

O Supremo Tribunal Federal julga, em recurso extraordinário, causas em que a decisão recorrida tenha violado a constituição; embora a ação popular esteja prevista na Constituição Federal, ela está regulada por lei infraconstitucional (lei federal n. 4.717/65).

De uma decisão que viole a lei da ação popular, caberá o Recurso Especial, por tratar-se de lei infraconstitucional federal, sendo que o cabimento de recurso extraordinário dependeria da existência de uma violação direta da Constituição Federal, não sendo admitido tal recurso por violação reflexa (isto é, por uma violação que tenha sido não apenas à Constituição Federal, mas também a uma lei que reproduz a previsão constitucional).

Por tal motivo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tende a apresentar mais recursos discutindo ações populares do que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Como as decisões dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça estão sujeitas, nas hipóteses legais, a serem reformadas pelo Superior Tribunal de Justiça, a análise da jurisprudência deste último tende a apresentar a decisão final do Poder Judiciário sobre a matéria.

Ainda que as decisões do Superior Tribunal de Justiça possam ser reformadas pelo próprio Tribunal ou, ainda, pelo Supremo Tribunal Federal (e possam, ainda, como qualquer sentença ou acórdão que a substitua, serem rescindidos por meio de ação rescisória), elas apresentam maior probabilidade de se tornarem definitivas. Por esse motivo, tais decisões tendem a demonstrar qual tem sido o entendimento do Poder Judiciário sobre determinadas matérias em âmbito nacional.

Como a finalidade do presente trabalho é verificar não apenas o uso da ação popular, mas sua eficácia enquanto mecanismo de *accountability*, buscou-se decisões que apresentassem maior probabilidade de serem definitivas, orientação oposta àquela adotada na excelente pesquisa relatada no artigo de Vianna e Boulos e que teve por foco processos em andamento em primeira instância

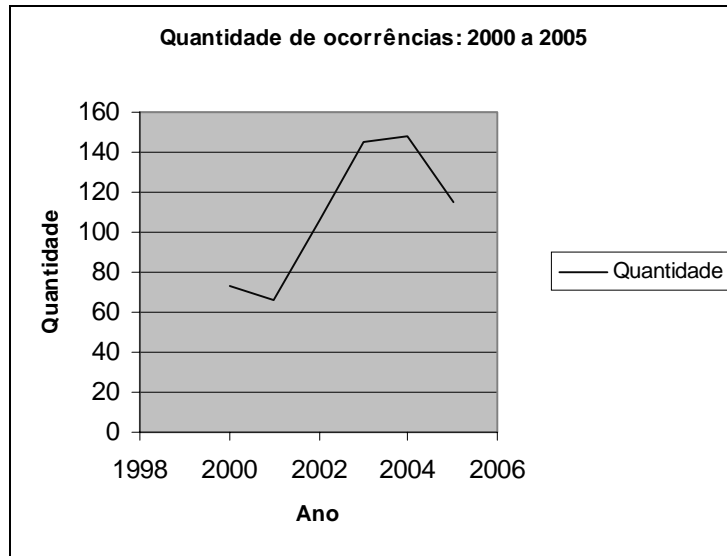
no município do Rio de Janeiro, uma vez que privilegiava, nas palavras dos autores, o acesso à Justiça²²⁰.

7.2. Critério de Seleção dos julgados

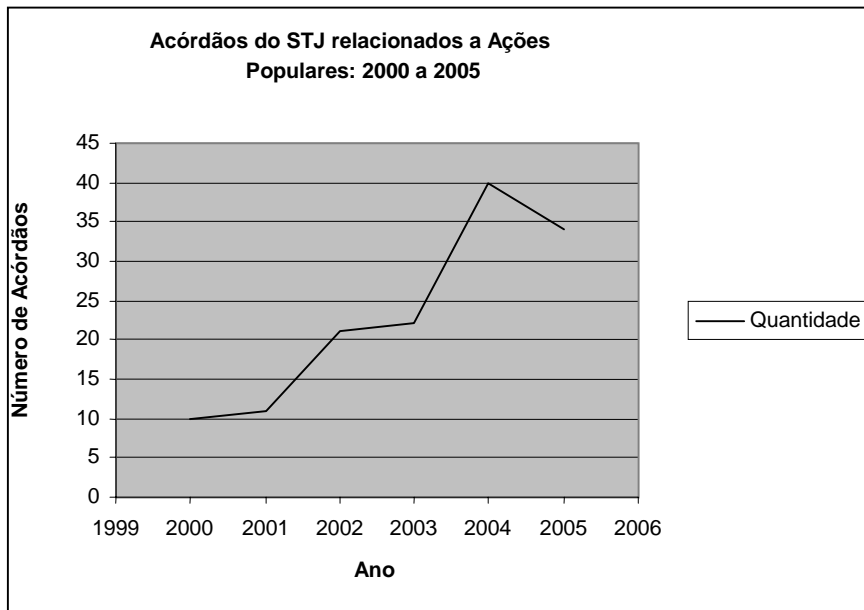
Foram examinados casos julgados entre 2000 e 2005. O Superior Tribunal de Justiça disponibiliza suas decisões na rede mundial de computadores, na página www.stj.gov.br. Existe um mecanismo de busca das decisões pelas palavras contidas nas ementas dos acórdãos, tendo sido utilizadas a busca por “ação popular”, para obter o maior número de retornos possíveis. Tal busca retorna quaisquer decisões que contenham a expressão “ação popular”, muitas das quais não se referem a ações populares (em diversos casos, por exemplo, retornavam para a pesquisa decisões que julgavam mandado de segurança, porque tal decisão citava um livro cujo título incluía tanto o mandado de segurança quanto a ação popular).

A quantidade total de ocorrência a partir da busca pela expressão “ação popular” está representada no gráfico abaixo:

²²⁰ VIANNA, Luiz Werneck e Burgos, Marcelo. “Revolução Processual do Direito e Democracia Progressiva” pp. 337-482, em Vianna, Luiz Werneck (org.) *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*, Belo Horizonte. Editora UFMG, Rio de Janeiro, 2002, p. 429: “Embora a pesquisa privilegie a análise do acesso à Justiça, procurando identificar quem vem utilizando, e para que fins, os novos instrumentos processuais (ação popular e ação civil pública), não deixam de ter importância algumas considerações acerca do modo como o judiciário tem respondido a esses pleitos. É preciso ressaltar, contudo, que os dados da pesquisa para essa finalidade são bastante precários, de vez que se trabalhou com uma amostra extraída dos processos em andamento.”

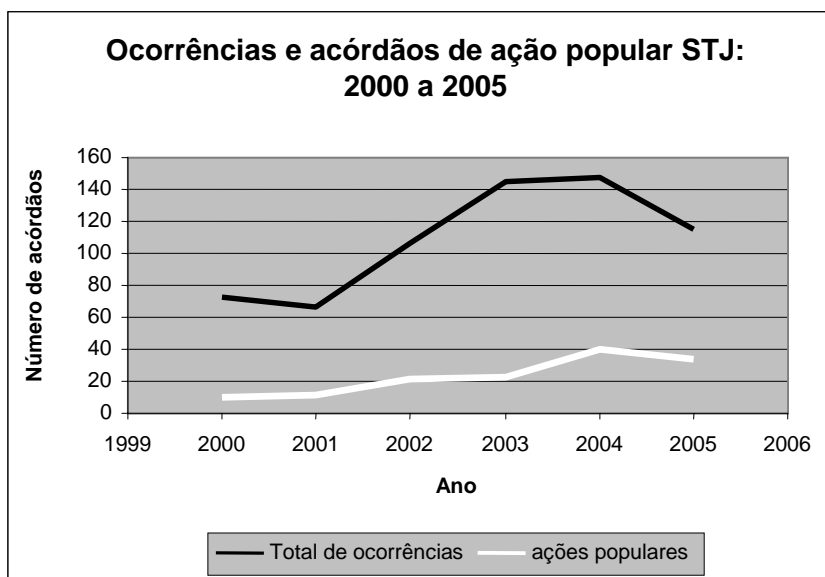


Dentre as ocorrências, contudo, apenas uma parte correspondia efetivamente a ação populares, representada no gráfico abaixo:



Percebe-se o gradual aumento de acórdãos originados por ações populares proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça desde 2000 a 2005. Entretanto, não é possível afirmar alguma razão exata para este aumento em relação ao tempo, pois analisamos os recursos resultado de ações populares em sua, praticamente, última instância e as ações que são julgadas definitivamente em sua última instância em um mesmo ano não têm o início em um mesmo ano. Isto porque cada ação popular tem um tempo único: dependerá do número de partes envolvidas, da quantidade de provas apresentadas, de perícias a serem feitas e de recursos interpostos pelas partes do processo.

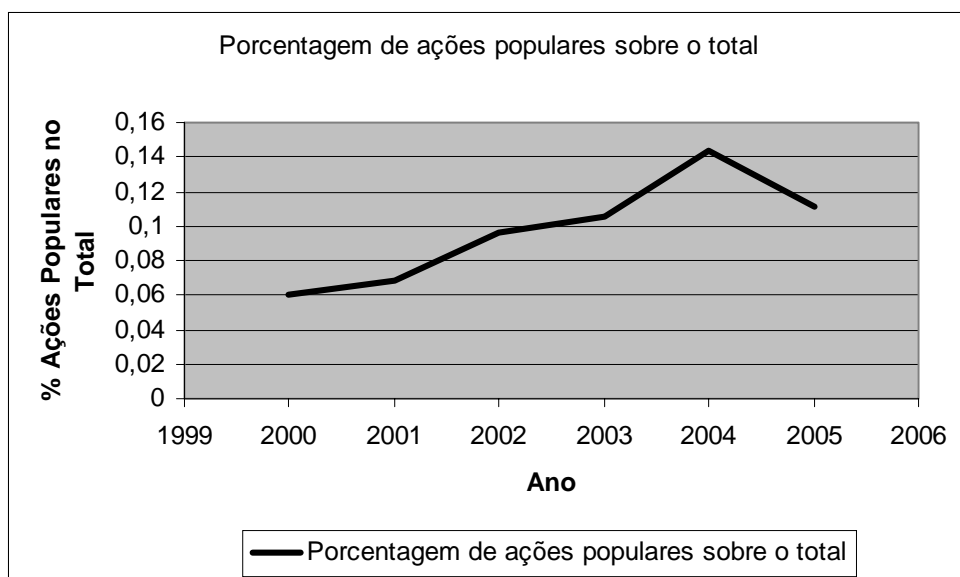
Comparando o resultado total e a quantidade de acórdãos que efetivamente tratavam de ações populares, chegamos ao gráfico abaixo, que demonstra que há muito mais menções a “ações populares” do que propriamente ações populares. Muito disto se deve à recorrente menção à doutrina da ação popular e do microsistema de tutela dos interesses coletivos:



Foi feita também uma verificação do total de acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça nos anos de 2000 a 2005, constante da tabela abaixo:

Quantidade de acórdão do Superior Tribunal de Justiça por ano: 2000 a 2005						
Ano	2000	2001	2002	2003	2004	2005
Totais	16474	16111	21742	20778	27839	30652

As ações populares representam um pequeno percentual no total de acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme representado no gráfico abaixo:



Nos anos compreendidos entre 2000 (incluído) e 2005 (incluído) foram analisadas mais de 653 ocorrências e identificadas 138 acórdãos proferidos originados de ações populares.

Destes acórdãos foram escolhidos dez casos para análise que busca identificar se presentes as dimensões do conceito de *accountability* e verificar se o mecanismo de controle das ações populares é eficaz e pode ser classificado como de *accountability*.

Em seguida, serão analisados os casos que demonstram que a hipótese deste trabalho de que há mecanismos de controle, do tipo que pode ser rotulado como *accountability* à disposição dos cidadãos e que eles de fato o exercem.

CAPÍTULO 8. CASOS JULGADOS ENTRE 2000 E 2005

8.1. ANO: 2000 - Caso de anulação de compra de veículos:

Accountability de ato do Poder Legislativo

Recurso Especial nº 185.835/RJ (1998/0060881-8)

Este caso trata da compra de setenta veículos, sem licitação, autorizada pela Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Foi ajuizada ação popular visando a anular a compra com o fundamento de que a autorização consistira em ato ilegal, imoral e lesivo ao patrimônio público. Teriam sido violados artigos constitucionais e infra-constitucionais versando sobre princípios norteadores da administração pública, tais como a moralidade e a probidade administrativa, bem como leis dispendo sobre a regra geral da licitação para a contratação com a administração pública.²²¹

Alegou-se que a regra geral para a administração pública consiste na realização da licitação e que a compra dos setenta veículos sem tal

²²¹ Teriam sido violados os artigos 37, XXI da Constituição Federal de 1988, o artigo 2º do Decreto-lei nº 2.300 de 1986 e a Lei 8.132 de 26 de dezembro 1990. O artigo 37, XXI, da Constituição Federal de 1988 dispõe: “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: XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”. O artigo 2º do Decreto-lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986 dispõe: “As obras, serviços, compras e alienações da Administração, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as exceções previstas neste decreto-lei”.

procedimento, além de explícita ilegalidade, consistiria em ato imoral. Não obstante, em primeira instância o pedido foi julgado improcedente.

O juiz de primeiro grau entendeu que o caso em concreto dispensaria o procedimento licitatório com fundamento no inciso I do artigo 23 do Decreto-lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986:

Art. 23. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade jurídica de competição, em especial:

I - para a aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo;

Argumentou o juiz de primeira instância, invocando a Lei 6.729/79, segundo a qual a revenda de veículos automotores seria exclusiva e os preços não teriam variação porque fixados por tabela do Governo Federal.

Os autores populares, diante da derrota nas instâncias ordinárias, decidiram interpor Recurso Especial.

Ao proferir seu voto no Recurso Especial, o Relator, Senhor Ministro Francisco Falcão, divergiu do entendimento das decisões anteriores, dando, em seu voto, fundamentos mais do que razoáveis para a anulação da compra:

a) Considerando que a regra geral para contratar com a Administração é a licitação²²², argumentou citando dispositivo presente na própria Lei da Ação Popular, o artigo 2º, parágrafo único, alínea *b*, que prevê a nulidade de atos que não observam formalidades indispensáveis à existência do ato;

²²² O artigo 2º, do Decreto-lei nº 2.300/86 anteriormente citado prevê a licitação como regra geral para contratar com a Administração.

b) Indicou a nova redação do artigo 13 da Lei 8.132 de 26 de dezembro 1990, segundo a qual a fixação do preço de venda do concessionário ao consumidor, cabe ao concedente, ou seja, o preço de venda das concessionárias é variável, sendo que cada concessionária pode oferecer o preço e as vantagens que quiser.

Isto posto, decidiu pela necessidade do procedimento licitatório para a compra dos veículos:

“Parece-me equivocada tal conclusão. Sem discutir a respeito da vedação, contida no final da norma invocada, quando à preferência da marca, não vislumbro, na legislação então vigente, qualquer disposição que obrigasse a Assembléia Legislativa do Rio de Janeiro a adquirir os veículos de determinada concessionária, indicada pela fábrica Fiat.

Acrescente-se que, no tocante ao preço, não prospera a afirmativa de que inexistente preço menor em relação ao que foi pago, vez que fixado em tabela pelo Governo Federal. A nova redação do artigo 13, *caput*, da Lei 6.729/79, introduzida pela Lei 8.132/90, liberou o preço de venda das concessionárias aos consumidores. Assim, outras concessionárias poderiam ter oferecido a mesma mercadoria por preço e condições mais vantajosas para o ente público.”

O Ministro ainda citou parecer do Ministério Público Federal que através de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico indicou os diversos dispositivos que traduzem ser a licitação a regra para contratar com a Administração.

Embora o Ministro Senhor Francisco Galvão tenha muito bem fundamentado o seu voto, dando provimento ao recurso, este não foi acompanhado pelos outros Ministros companheiros de Turma, que votaram em sentido diverso.

Os votos argumentaram com a falta da prova da lesividade, com a ausência de prejuízo, consistentes na prova de que os veículos teriam sido oferecidos por outra concessionária a preços inferiores. Segundo o voto do Ministro Garcia Vieira:

“Temos precedentes, inclusive nesta Turma, no sentido de que, se não fora provada a lesividade, a ação popular é improcedente. O acórdão afirmou que não houve esse prejuízo. Se houvesse uma prova de que esses carros teriam sido oferecidos por outra empresa a preços inferiores, não haveria dúvida de que estaria provada a lesividade. Mas se não foi feita a prova da lesividade, não vejo como dar continuidade à ação popular.”

Neste caso, o mecanismo de *accountability* à disposição do cidadão foi utilizado na propositura da ação popular. As dimensões publicidade e motivação dos atos públicos foram explicitadas durante o processo, em que os que realizaram o negócio puderam dar as razões para terem feito a compra sem licitação. Entretanto, neste caso não houve sanção, porque o Judiciário julgou não ter ocorrido lesão.

Neste caso, caberia refletir: se o Judiciário constatou a ilegalidade, mas não aplicou sanção por ter entendido não estar configurada a lesividade, há *accountability*? Entende-se que sim, pois ao ato questionado foi dada publicidade, a respectiva motivação e a potencialidade de sanção esteve presente o tempo inteiro. Neste caso, não foi aplicada a sanção por uma alegada justa causa.

8.2. ANO: 2001 - Caso de suspensão de remuneração de Prefeitos e Vereadores:

Accountability de ato do Poder Legislativo e Executivo

Recurso Especial 247.285/MG (2000/0009936-8)

Trata-se de ação popular proposta por João Carlos dos Santos, José Roque Pereira e Carlos Henrique Balbino Machado em face do Município de Elói Mendes, Câmara Municipal de Elói Mendes, Aduino Pereira Valias, Natal Donizeti Cadorini, Marina Lina Alves e Francisco Hermenegildo Coelho Sarto, objetivando a suspensão liminar do pagamento das remunerações do Prefeito, Vice-Prefeito e dos Vereadores do Município de Elói Mendes.

Este caso trata de um ato de total ilegalidade e imoralidade, tendo em vista que foi feita uma montagem em xerox para a modificação dos textos da Resolução que fixou subsídios e verba de representação de Prefeito e Vice-Prefeito, bem como o aumento de subsídios dos Vereadores. A ação popular teve como objetivo suspender o pagamento das remunerações do Prefeito, Vice-Prefeito e dos Vereadores do Município de Elói Mendes, tendo em vista que os réus:

“em concerto ilegal e imoral , valendo-se do mando político na Câmara Municipal, realizaram alteração no Projeto de Resolução e na Resolução nº 11/92, que fixa subsídios dos Vereadores para a Legislatura de 93/96 e no Decreto-Legislativo nº 06/92, que fixa subsídio e verba de representação do Prefeito e do Vice-Prefeito para a legislatura de 93/96, através das quais, com a criminosa substituição de uma palavra, “excluído” por “incluído”, ou, mais precisamente, com a montagem, em cópias xerox, tirando o “ex” de excluído e colocando o “in” para ficar incluído, elevaram a remuneração a partir de março de 1995” (fls. 03).

O juiz da causa determinou que os subsídios dos Vereadores, do Prefeito e do Vice-Prefeito, para a legislatura de 93/96 devem obedecer a Resolução e o Decreto-legislativo correspondentes com a expressão “excluído”, ficando todos aqueles, que receberam subsídios e remunerações com o aumento ilegal, condenados a efetuarem a devolução aos cofres públicos do que excedeu, acrescidos de juros legais de 12% ao ano e atualização monetária pelos índices fixados na tabela da Corregedoria de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Trata-se de um caso em que os membros do Poder Legislativo e do Poder Executivo, utilizando-se de expediente criminoso, modificaram o texto de Resolução e Decreto Legislativo, trocando uma palavra: “excluído” por “incluído” com o fim de receber aumento de subsídios antes do previsto legalmente.

Observa-se que o mecanismo de controle dos *checks and balances* não ocorreu: muito pelo contrário, ambos agiram com o fim de lesar o patrimônio público e o interesse dos eleitores. Somente a partir de uma demanda de um conjunto de cidadãos é que o Poder Judiciário pode se manifestar, determinando a devolução dos valores recebidos a mais.

É um caso em que a ação popular foi um instrumento de *accountability* eficaz, com a publicidade do caso, com a requisição de motivação para a prática deste ato (injustificável e lamentável: uma colação de xerox para alterar um texto legal, ou seja, pretender-se alterar uma disposição que versa sobre matéria de interesse público sem utilizar as vias institucionais devidas e cabíveis, mas uma via espúria e até infantil) e com a cominação de sanção: os responsáveis pela malversação do patrimônio público foram punidos e condenados a devolverem ao erário público os valores subtraídos indevidamente.

8.3. ANO: 2001 - Caso de aumento de remuneração do prefeito e vereadores

para a mesma legislatura:

Accountability de ato do Poder Legislativo e Executivo

Caso de um Recurso Especial:

Nº 4 287.372 - PR (2000/0118216-1)

Este caso trata de uma ação popular proposta para anular o aumento de remuneração do prefeito e dos vereadores por meio da instituição de um novo sistema de carreira dos servidores durante a mesma legislatura.

O fundamento para a anulação pretendida era previsto na redação da Constituição Federal anterior, artigo 29-V e em dispositivo da Constituição Estadual do Paraná, artigo 16, V, que estabeleciam que a remuneração tanto do Prefeito quanto dos vereadores somente poderia ser fixada para a próxima legislatura:

“Artigo 29, V – a remuneração do Prefeito, Vice-Prefeito e dos Vereadores fixada pela Câmara Municipal em cada legislatura, para a subsequente, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 150, INSTITUIÇÃO, 153, III, e 153, § 2º, I;”. (grifei)

O Tribunal de Justiça do Paraná entendeu que o aumento era ilegal e lesivo ao patrimônio público. Contra o acórdão que julgou a ação popular procedente, os recorrentes interpuseram recurso especial alegando, dentre outros fundamentos, que a norma aplicada ao caso vedaria o aumento dos servidores

públicos, na mesma legislatura, mas não alcançaria Prefeitos e Vereadores que são agentes políticos.

A quinta turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negou provimento ao recurso, baseando a sua decisão com os fundamentos do acórdão recorrido, que foram transcritos pelo Ministro José Arnaldo da Fonseca em seu voto:

“XIII – Do mencionado artigo 29-V da Constituição Federal, na sua antiga redação, ainda constante do artigo 16-V da Constituição Estadual, extrai-se a exegese de que a remuneração do Prefeito e dos Vereadores não pode ser fixada para a mesma legislatura. Isto é, não pode ser objeto de alteração dentro dela. Só vale para a próxima...’ (fl. 549).

“(…) ... o órgão julgador reconheceu a ilegalidade e lesividade do aumento da remuneração do Prefeito e Vereadores na mesma legislatura, fundamentando tais conclusões, como se vê nos itens XII e XIV, sendo óbvio que, diante do exposto, não cabia a pretendida distinção entre servidores e agentes políticos...’ (fl. 600, grifei).

“Quanto à lesividade ao erário:

“XIV – Consequentemente, fica patenteada a violação aos referidos dispositivos constitucionais (Federal e Estadual), constituindo evidente ilegalidade, dela resultando óbvia lesividade, posto que os cofres públicos é que suportaram o reajuste...’ (fl. 551, grifei).”

Determinou-se que o Prefeito e os Vereadores devolvessem os valores recebidos a mais.

Este caso é significativo pois prova que agentes dos Poderes que deveriam controlar-se mutuamente, tal como proposto pelo sistema de *checks*

and balances, podem, ao contrário, realizar conluíus para se auto-beneficiarem em detrimento do interesse público.

Este é um caso claro em que membros eleitos, tanto do Poder Executivo (Prefeito) quanto do Legislativo (Vereadores) entraram em um acordo para, a despeito das previsões constitucionais federal e estadual, lesar os cofres públicos aumentando a própria remuneração durante a legislatura em que atuavam.

Neste caso, se dependesse apenas da *accountability* eleitoral, a forma de controle seria exercida somente na próxima eleição, ou seja, nos próximos anos, quando, talvez, tal ato não estivesse mais presente na mente dos cidadãos.

A ação popular, mecanismo institucional de controle do patrimônio público, pode ser utilizada a qualquer momento, contra qualquer agente público, tanto eleitos quanto não eleitos.

Foi através dela que um ato explicitamente ilegal, teve publicidade, foi questionado e diante das motivações não satisfatórias foi sancionado, determinando-se que os valores pagos a mais ilegalmente fossem devolvidos aos cofres públicos.

Observa-se, deste modo, que a iniciativa desta ação popular é de um cidadão comum, e que o Judiciário apenas se pronunciou sobre a legalidade e lesividade do ato, tal como previsto por lei. Sua decisão teve efeitos políticos, mas não adentrou na discricionariedade do ato. Portanto, não há que se falar em judicialização da política.

8.4. ANO: 2002 - Caso de indenização por pagamento a servidores contratados sem concurso:

Accountability de ato do Poder Executivo

Caso de um Recurso Especial:

Recurso Especial 406.516/SP (2002/0007223-4)

Este caso trata de ação popular proposta em razão da contratação de servidores públicos sem a realização de concurso público. Os autores requereram na petição inicial, conforme menciona o acórdão, que fosse decretada a nulidade das contratações, pois lesivas ao patrimônio público, e a conseqüente condenação dos réus ao ressarcimento dos prejuízos sofridos pela *Fazenda Pública Municipal de São José do Rio Pardo*.

Não há informações claras quanto à decisão de primeira instância, mas o pedido foi julgado procedente pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em grau de apelação, com a condenação do chefe do poder executivo municipal a indenizar o Município pelos prejuízos causados, conforme consta da ementa do acórdão de segunda instância:

"SERVIDORES PÚBLICOS – Admitidos sem concurso público – Ato nulo – Serviços normais – Inexistente a excepcionalidade para a contratação do pessoal – O responsável tem a obrigação de indenizar o erário público – Recursos providos."

Determinou-se, então, o ressarcimento dos valores pagos aos servidores públicos contratados sem observância das exigências legais, conforme cita o acórdão do Superior Tribunal de Justiça:

"Com efeito, a contratação deveria ser feita mediante processo simplificado, sujeito à ampla divulgação, o que no caso não ocorreu, portanto, não se sabe quais foram os critérios adotados pela Administração Pública."

(...)

"Ora, o art. 4º, inciso I da Lei nº 4.717/65, estabelece que a admissão ao serviço público realizada sem as normas legais é ato nulo."

Do expendido, deve o Chefe do Executivo Municipal réu nesta ação indenizar o dano, ressarcindo ao erário público os valores pagos aos servidores públicos ilegalmente contratados (§ 4º do art. 37, da Constituição Federal)."

Houve recurso para o Superior Tribunal de Justiça, sob o fundamento, dentre outros, de violação ao art. 4º, I, da Lei da Ação Popular, que não contemplaria a obrigação de indenizar sem a ocorrência de dano concreto, conforme mencionado no relatório do acórdão:

"De acordo com as razões expandidas pelo recorrente, o v. acórdão fustigado contraria disposição inserta no art. 4º, inc. I, da Lei nº 4.717/65 (Lei da Ação Popular), uma vez que essa norma não contempla a obrigação de indenizar, sem que tenha ocorrido dano concreto. Alega, ainda, violação ao art. 535, inc. I, do CPC, pois foi feita apenas uma análise superficial das questões apontadas nos embargos, com a atribuição de

caráter infringente, não sendo esclarecidas as omissões e contradições argüidas.”

O Superior Tribunal de Justiça conheceu do recurso especial, mas negou provimento, mantendo, portanto, a decisão do Tribunal de Justiça paulista. Entendeu que a reparação do dano seria inerente à ação popular, quando esta tem finalidade repressiva:

“(…) a ação popular tem como objetivo, na sua forma de atuação repressiva, a reparação do dano.

(…)

Se assim não fosse, perderia a ação popular seu objetivo repressivo, podendo somente ser ajuizada de forma preventiva.”

O acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, mantido pelo Superior Tribunal de Justiça, fez expressa referência à ausência de ampla divulgação do processo de contratação, e à omissão quanto aos critérios para a contratação dos servidores. Neste caso, não foi atendida a dimensão de publicidade da *accountability*. Houve a ação popular proposta pelo cidadão, e foi aplicada a sanção ao agente político responsável.

O mecanismo de *accountability* ação popular foi colocado em funcionamento pelo cidadão e efetivamente determinou a reparação do dano causado ao Estado pelo ato do agente político.

Esta espécie de ato, por outro lado, dificilmente seria passível de ser controlada por um mecanismo típico de *checks and balances*, pois ainda que

a contratação de funcionários sem o atendimento das normas legais e sem publicidade e transparência seja lesiva ao patrimônio público, tal contratação não constitui um risco à separação de poderes.

8.5. ANO: 2003 - Caso de ausência de licitação para edificações públicas:

Memorial da América Latina

Accountability de ato do Poder Executivo

Caso de um Recurso Especial:

RECURSO ESPECIAL Nº 146.756 - SP (1997/0061884-6)

Este caso trata de uma ação popular proposta com o fim de anular contratos celebrados para a edificação de uma “singela” obra pública, no caso, a construção do Memorial da América Latina na cidade de São Paulo. Tais contratos foram efetuados sem o procedimento licitatório, regra para contratos celebrados com a Administração Pública.

É de se notar a reviravolta no julgamento deste caso. O julgador de primeira instância decidiu que a ausência do procedimento licitatório, considerado indispensável para a efetivação das contratações, configurou lesividade presumida²²³. Portanto, decidiu condenar tanto a Construtora Mendes Júnior, quanto os dirigentes da Companhia do Metropolitano de São Paulo, METRÔ, a repor ao erário público estadual os valores, a serem posteriormente apurados em liquidação, indevidamente gastos para a construção da obra contratada.

Contra esta sentença condenatória, a Construtora Mendes Júnior e a Companhia do Metropolitano de São Paulo interpuseram o recurso de

²²³ Segundo o disposto no art. 4º, III, "a", da Lei 4.717/65: “São também nulos os seguintes atos ou contratos, praticados ou celebrados por quaisquer das pessoas ou entidades referidas no art. 1º. III - A empreitada, a tarefa e a concessão do serviço público, quando:

apelação. Reverteu-se, então, o resultado inicial: os recursos foram providos e a ação popular foi julgada improcedente.

Em seguida, foram opostos embargos infringentes²²⁴ pelos autores populares, que foram conhecidos e, por maioria, parcialmente recebidos. A Sétima Câmara Civil do Tribunal de Justiça paulista reconheceu que a ausência de licitação configurara o requisito da ilegalidade, fundamento essencial para a ação popular.

Confirmou-se, então, a sentença condenatória inicial e foi determinado que a Construtora Mendes Júnior e a Companhia do Metropolitano de São Paulo reparassem os danos.

Contra este acórdão foi interposto recurso especial pela Companhia do Metropolitano argumentando que os danos causados deveriam ter sido quantificados para que a ação popular tivesse êxito.

Entretanto, o ministro relator João Otávio de Noronha entendeu que os dois requisitos da ilegalidade e da lesão estavam bem demonstrados no caso em análise, observando que a própria lei prevê hipóteses²²⁵ em que a lesividade é presumida. Nestas hipóteses bastaria que o requisito da ilegalidade estivesse presente para que a propositura da ação popular seja cabível. Não obstante, no caso em questão, a lesividade não teria sido meramente presumida, mas também provada, tendo em vista que o contrato inicial previa valor quinze vezes menor que o valor da empreitada apresentada no seu termo. Ou seja, embora não tenha sido quantificada inicialmente, a lesividade teria sido provada:

a) o respectivo contrato houver sido celebrado sem prévia concorrência pública ou administrativa, sem que essa condição seja estabelecida em lei, regulamento ou norma geral”.

²²⁴ Os embargos infringentes constituem recurso processual cabível quando o julgamento feito no tribunal estadual não é unânime.

Previstas no artigo 4º, III, “a” da Lei 4.717/65, determinando ser a licitação a regra para contratos realizados com a Administração Pública.

“Conforme consta no acórdão recorrido (...) a Companhia do Metropolitano estava obrigada a submeter a contratação da obra à licitação. Primeiro, porque sendo aquela sociedade de economia mista, impõe-se a licitação a teor da legislação de regência da época, (...). Segundo, porquanto as razões utilizadas para dispensar o procedimento licitatório não encontraram respaldo nas hipóteses delineadas na legislação de regência, (...) Terceiro, porque o acórdão recorrido, integrado pelo decidido nos embargos de declaração, deixou clara a existência de dano na execução da obra contratada, na medida em que o contrato inicial, no valor de 5 (cinco) milhões de dólares, ficou 15 (quinze) vezes mais caro, por força de aditivos.

Tanto a Construtora Mendes Júnior S/A quanto a Companhia do Metropolitano interuseram recursos especiais, mas os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negaram provimento aos recursos nos termos do Ministro Relator João Otávio de Noronha.

Este caso mostra como a ação popular pode ser um mecanismo eficiente de controle: os agentes controlados foram não apenas os propriamente condenados no caso, a Construtora Mendes Júnior S/A e a Companhia do Metropolitano do Estado de São Paulo, mas também o ocupante do cargo do Poder Executivo Estadual da época, o governador Orestes Quércia. A ação popular possibilitou ampla divulgação desta construção irregular nos meios de comunicação, detalhando e informando à coletividade que tal obra foi realizada sem seguir os parâmetros legais para contratar com a Administração.

Invocou e obteve a prestação de contas sobre o projeto acabado e deu transparência para a empreitada feita sem o requisito da licitação despendendo, ao invés dos aproximadamente cinco milhões de dólares estimados, a quantia de quinze milhões de dólares.

Todas estas informações foram trazidas ao conhecimento público graças a este meio de controle de *accountability*.

O elemento sanção do conceito também foi aplicado: os envolvidos foram punidos e condenados a devolver aos cofres públicos os valores que excederam os contratos iniciais.

Percebe-se, também, que os mecanismos intra-constitucionais de controle, os dos *checks and balances*, não foram suficientes para coibir tal ato, completamente ilegal.

Ainda observa-se que, no caso, não se questionou a opção legislativa e o poder discricionário, pois o que se teve como parâmetro foram os limites da legalidade que foram extrapolados.

Por fim, quanto à questão de eventual afirmação de “judicialização da política”, é de se notar que o Judiciário foi provocado por um cidadão e prestou a tutela jurisdicional, condenando a ilegalidade praticada, mas nada teria feito sem esta provocação, em razão de sua inércia, conforme mencionado no capítulo sobre a judicialização da política. Nota-se, ainda, que o Poder Legislativo não utilizou os mecanismos legais para coibir tal certame.

8.6. ANO: 2004 - Caso de desvio de repasse de verbas públicas:

Accountability de ato do Poder Executivo

possibilitada por reportagem jornalística

Caso de um Recurso Especial:

Nº 439.180 - SP (2002/0062301-9)

Este caso trata de uma ação popular que teve como fundamento o desvio de repasse de verbas públicas destinadas à educação para outros fins, que não educacionais, pela prefeitura municipal de São Paulo. Figuraram como réus o Município de São Paulo, o ex-Prefeito Paulo Salim Maluf e o ex-Secretário de Finanças Celso Roberto Pitta do Nascimento.

Nota-se que a ação popular teve como matéria-prima uma reportagem jornalística. O "Jornal da Tarde" publicou matéria apontando gastos que deveriam ser destinados à área de educação, durante o exercício de 1994, mas foram despendidos com outros setores: cultura, saúde, saneamento, policiamento nas escolas, administração em geral e outros.

Segundo o disposto em Lei Orgânica Municipal, no mínimo 30% da receita tributária do Município deveria ser gasta com a manutenção e o desenvolvimento do ensino fundamental e com a educação infantil.

Baseando-se na referida lei, o autor popular apontou o desvio de repasse de verba pública para fins distintos do previsto anterior e legalmente, alegando que os réus teriam, não só incorrido em ilegalidade, mas também lesado o erário público e ofendido a moralidade. Pediu, então, que fossem requisitados pelo Poder Judiciário à Prefeitura de São Paulo os demonstrativos de gastos com a área de educação, quanto ao exercício de 1994.

O Ministério Público do Estado de São Paulo também solicitou junto à Câmara Municipal de São Paulo e à Secretaria Municipal de Finanças a remessa de documentos: pareceres e relatórios da Comissão de Finanças e Orçamento da Câmara Municipal e do Tribunal de Contas do Município, relacionados com a matéria exibida no "Jornal da Tarde". O juiz da causa determinou que assim fosse feito e os documentos requisitados foram juntados ao processo.

Inicialmente, o juízo da causa julgou a ação popular procedente. Porém, em grau de recurso, a sentença foi reformada e o processo foi extinto, não se adentrando no mérito da causa.

O Tribunal de Justiça paulista considerou inepta a petição inicial da ação popular, fundamentando sua decisão com a ausência da juntada de documentos indispensáveis à petição inicial. Também alegou que tal omissão só se justificaria se o Poder Público houvesse negado informações e certidões ao autor popular. O julgado do Tribunal paulista teve a seguinte ementa:

"AÇÃO POPULAR - Ausência na petição inicial de documentos pré-existentes, referidos em reportagem de jornal - Inadmissibilidade - Quando o autor popular deixa de requerer perante os órgãos oficiais os documentos essenciais à propositura da inicial, bem como de juntá-los com a inicial, por serem documentos indispensáveis, não pode o Judiciário substituí-lo nessa tarefa, porque somente na hipótese de prova da recusa de fornecimento, será possível a requisição pelo juiz - Art. 1º, inciso VI, da Lei nº 4.717/65 -

Processo extinto sem julgamento de mérito e não conhecido o da Municipalidade, por maioria" (fls. 460).

Ante a sua derrota em primeira instância o autor popular interpôs Recurso Especial direcionado ao Superior Tribunal de Justiça. O STJ, observando a relevância do objeto da ação popular, qual seja, o patrimônio público, ponderou que o fato da petição inicial não ter sido instruída com documentos essenciais não teria o condão de considerá-la inepta:

“A ação popular, por se tratar de *actio* em que se defende o patrimônio público, o erário, a moralidade administrativa e o meio-ambiente, onde o autor está representando a sociedade como um todo, no intuito de salvaguardar o interesse público, está o juiz autorizado a requisitar provas às entidades públicas, mesmo que de ofício”.

O STJ observou, ainda, que a alegada omissão teria sido sanada, pois os documentos foram juntados quando da requisição formulada pelo juízo e pelo Ministério Público.

Então, o STJ deu provimento ao recurso especial, afastando a extinção do processo por inépcia da inicial e determinando a remessa dos autos ao Tribunal de origem, para que este se manifestasse acerca do mérito da causa. A remessa dos autos ao Tribunal de origem para apreciação do mérito da causa se dá porque é preciso que haja tal apreciação pela segunda instância para que só depois, em caso de novo recurso, o STJ possa apreciar o mérito da causa, sob pena de supressão de instância.

Cabe ressaltar os pontos relevantes para o nosso estudo neste caso:

1) O que motivou a iniciativa da interposição da Ação Popular foi uma reportagem de jornal, indicando que o papel da imprensa é de grande importância para que seja efetivada a dimensão da publicidade do conceito da *accountability*.

2) Em segundo lugar, foi determinado que alguns documentos não juntados na inicial pudessem ser requisitados durante o processo. Isto explicita a força da ação popular como mecanismo de controle cidadão: se o autor popular formula na sua inicial que sejam requisitados pelo juiz alguns documentos que dificilmente ele conseguiria carrear aos autos sozinho, o juiz poderá fazê-lo, considerando-se que a ação popular tem como objeto a defesa do patrimônio público, do erário, da moralidade administrativa, ou seja, defende o bem comum, representando o conjunto social.

3) Por fim, observa-se que a ação popular defere posição mais ativa ao juiz da causa, que poderá ter atitude mais inquisitória, tendo em vista o interesse a ser protegido (bem comum) e o disposto na Lei da Ação Popular, em seu artigo no art. 7º, I, "b":

“Art. 7º A ação obedecerá ao procedimento ordinário, previsto no Código de Processo Civil, observadas as seguintes normas modificativas:

I - Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

(...omissis...)

b) a requisição, às entidades indicadas na petição inicial, dos documentos que tiverem sido referidos pelo autor (art. 1º, § 6º), bem como a de outros que se lhe afigurem necessários ao esclarecimento dos fatos, ficando prazos de 15 (quinze) a 30 (trinta) dias para o atendimento.”

Tem-se, portanto, que tal dispositivo não configura letra morta, mostrando que possui eficácia e é de vital importância para o exercício do controle cidadão²²⁶.

4) Há que se observar que quem provocou a manifestação do Judiciário foi um cidadão, sujeito ativo individualmente considerado, que utilizou-se dos instrumentos legais à sua disposição para efetuar o controle. Tais instrumentos legais consistem nos dispositivos que prevêm inclusive uma atitude mais atuante do juiz, conferindo-lhe poderes instrutórios (para requerer provas), tendo em vista a relevância do bem jurídico tutelado pela ação popular.

²²⁶ Não cabe discutir aqui a relevância desta disposição da Lei da Ação Popular relativa aos poderes instrutórios do juiz *vis a vis* o Código de Processo Civil de 1973, por fugir ao objetivo da presente tese.

8.7. ANO: 2005 – Caso de anulação de acordo judicial:

Accountability de ato do Poder Judiciário, do Ministério Público e

de burocrata de empresa de economia mista

Caso de um Agravo Regimental em um Agravo de Instrumento:

Nº 453.854 - SE (2002/0061860-6)

A sociedade de economia mista Companhia de Desenvolvimento Industrial e de Recurso Minerais de Sergipe, a CODISE, fez um acordo com a empresa privada CELI. Este acordo contou com o parecer favorável do Ministério Público e foi homologada pelo Poder Judiciário. Entretanto, mesmo sendo um ato que contou com a participação de todos estas instituições foi passível de reavaliação e anulação (em parte) através da ação popular.

Um cidadão que não é parte do acordo travado entre a sociedade de economia mista CODISE e a empresa privada CELI é apto a utilizar a ação popular se aventar que houve ato lesivo ao patrimônio público. Em regra, apenas uma parte que tivesse interesse direto na transação poderia reclamar sobre ele.

A partir da ementa deste Agravo Regimental, pode-se depreender que a ação popular originária serviu para questionar atos emanados de diferentes agentes públicos, pertencentes a diferentes instituições: tanto de burocrata público, um funcionário de uma empresa de economia mista, quanto do Poder Judiciário e do Ministério Público.

A ação popular teve como escopo questionar o acordo, sendo possível exigir, sem segredo de justiça, os motivos e a justificação dos parâmetros do acordo, já homologado judicialmente. Nota-se que estão presentes as dimensões *publicidade* e *motivação* do conceito da *accountability*. O pedido feito através da ação popular foi de anulação de sentença homologatória de acordo realizado em sede de Ação Civil Pública entre uma empresa privada e uma empresa de economia mista (empresa de economia mista conta com capital público), com parecer favorável do Ministério Público. Ou seja, a punição seria a anulação do ato complexo, para o qual concorreu um agente de empresa pública, o Ministério Público e a homologação do Poder Judiciário, sendo que, ao fazê-lo, o elemento potencialidade de aplicação de sanção esteve presente e de fato foi aplicada .

Nesse julgado, levou-se em consideração precedente do próprio Superior Tribunal de Justiça, de 2003:

“(…)

7. *In casu*, a ação popular assume cunho declaratório porquanto o ato lesivo o foi subjetivamente complexo, passando pelo crivo do Parquet e do juízo. Propriedade da ação, *in genere*, porquanto a possibilidade jurídica do pedido não implica em acolhimento do pleito meritório.” (grifei).

E prossegue o acórdão:

“Ora, se, de um lado, não se constatou nos autos a "ocorrência de simulação, dolo, fraude ou má-fé na avença firmada entre as partes", é bem verdade. Por outro, dúvidas também não pairam de que as conclusões, delineadas nas instâncias ordinárias, para anular o acordo

entabulado entre a CELI e CODISE, objeto da ação popular, deveram-se exclusivamente à cobrança de valor excedente aos "limites da admissibilidade jurídica", quer pela aplicação da TR, quer pela incidência de juros não pactuados e inconstitucionais".

Neste acórdão, observa-se que a ação popular foi fundamental para apurar ato perfeito e acabado: um acordo realizado entre a empresa de economia mista e privada, com o aval do Ministério Público e já homologada pelo Poder Judiciário.

Esse caso é particularmente interessante por envolver a anulação de um ato que contou com a anuência do próprio Poder Judiciário. Trata-se aqui de hipótese em que o Poder Judiciário exerce *accountability* sobre si próprio, pois desconstituiu a sentença homologatória de um acordo, ou seja, o Poder Judiciário reviu um ato emanado por ele próprio, corrigindo-o.

8.8. ANO: 2005 - Caso de nulidade de licitação promovida por prefeitura municipal :

Accountability de ato do Poder Executivo

RECURSO ESPECIAL Nº 234.388 - SP (1999/0092941-1)

A ação popular que deu origem a este Recurso Especial foi ajuizada em face da Prefeitura Municipal de Colina, Mario Pinto Neto (Prefeito), Adilson Sturaro (Vice-Prefeito), Antônio Hideo Ikuma (Secretário Municipal), Lupércio Nevair Zanchetta (Diretor do Departamento de Assistência Social do Município), José Afonso Salvi, Jose Roberto Paro e Brait Construções Ltda.

Trata-se de caso de pedido de nulidade de licitação (realizada por meio de carta convite) para aquisição de materiais de construção, que seriam distribuídos para população carente, com a finalidade de edificação de calçadas de passeio.

O vice-prefeito Adilson Sturaro interpôs recurso especial alegando ser parte ilegítima na ação popular, pois estava licenciado de sua função, já que concorria às eleições para prefeito.

O STJ decidiu que:

“Os indícios a que se refere o acórdão são incontestes quanto à participação direta do recorrente em todo o procedimento licitatório, sendo de se ressaltar que, na forma colocada pelos autores da ação popular, o procedimento feito para aquisição de materiais de construção visou a

doações eleitoreiras efetivadas quando o recorrente era candidato a prefeito de Colina, ultimando-se o procedimento licitatório após as eleições.”

E mais:

“São legitimadas passivas *ad causam*, nos termos do art. 6º da Lei n. 4.717/65, as pessoas que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que dele tenham se beneficiado diretamente”.

Este julgado mostra um caso em que houve irregularidades nas várias instâncias do procedimento licitatório, bem como após o término da licitação. É portanto, bastante elucidativo quanto às várias instâncias em que podem ocorrer desvio de finalidade e como a ação popular é um instrumento eficaz de *accountability*.

O voto do ministro relator Sr. João Otávio de Noronha, que foi seguido unanimemente pelos outros ministros, é rico em detalhes que podem ilustrar as diversas irregularidades nas várias fases do ocorrido:

“a) A licitação não observou as normas legais aplicáveis à espécie, consubstanciada na legislação federal e municipal, a saber:

a.1) Municipal – não se procedeu ao registro dos editais de licitação, bem como do contrato firmado, em desacordo com a Lei n. 1.701/91, além de o pagamento dos valores ter sido feito também sem o respectivo registro público. O edital da licitação levou o número de licitação anterior, num claro

propósito de burlar a legislação para que o certame ora questionado viesse a ganhar contornos de legalidade.

a.2) Federal – consubstanciada na afronta ao Decreto Lei n. 2.300/86: ofensa ao art. 30, § 3º, por ter sido realizada a licitação por carta-convite com apenas dois interessados, quando a lei determina que sejam três, e ao art. 32, § 5º, em razão de não ter-se observado o prazo mínimo de três dias, uma vez que a presente licitação, da publicação do edital ao pagamento previsto no contrato ajustado em decorrência dela, levou dois dias” (grifei).

Vê-se que foram violados, desde o início, dispositivos legais que regulamentam os vários procedimentos da licitação.

Neste caso o Ministério Público teve papel importante ao indicar, em seu parecer, a lesividade sofrida pela Administração municipal (fls. 1045/1046).

O prefeito de Colina tentou se eximir da culpa alegando não ter sido possível concorrer para o ato anulado, mas ficou claro que, nos termos do art. 6º da Lei n. 4.717/65, foi um dos que autorizou, aprovou, ratificou ou praticou o ato impugnado sendo límpida a sua concorrência na realização do ato anulado.

Observa-se que houve o controle de atos de agentes do Poder Executivo, tanto eleitos, quanto não eleitos. A prefeitura de Colina e os agentes públicos eleitos – prefeito e vice-prefeitos - e os não eleitos, ou seja, os nomeados - Secretário Municipal, Diretor do Departamento de Assistência Social do Município – foram partes do processo e foram condenados a responder pelos danos causados ao erário público. A empresa que foi beneficiada pela licitação irregular figurou também como parte do processo.

Neste caso, se um dos licitantes que perdeu o certame por conta das irregularidades cometidas, desde o início da licitação, na fase de publicidade do edital, quisesse fazer valer os seus direitos poderia fazer uso do Mandado de Segurança, porque tem o direito líquido e certo a uma licitação proba. Mas o importante é observar que o ordenamento prevê um instrumento apto a ser utilizado por qualquer cidadão que entenda ser a licitação lesiva ao patrimônio público. Ou seja, não só os licitantes e os que possuem interesses econômicos diretos podem pedir a anulação da licitação, controlando o procedimento licitatório, mas qualquer e todo cidadão que entendê-la lesiva à coisa pública.

8.9. ANO: 2005 - Caso de anulação de resolução municipal:

Accountability de ato do Poder Executivo: a moralidade e os costumes

Agravo Regimental no Recurso Especial nº 681.736 – RJ

Há também quem tenha proposto ação popular para questionar a moralidade, sem que esta envolva qualquer ato de gestão de patrimônio público, em seu sentido pecuniário.

Este caso é interessante pois, apesar de versar sobre a moralidade na sua acepção mais prosaica, intentando vetar a prática de nudismo em praia municipal, acabou por trazer um acórdão com vários pontos importantes no quesito da tolerância com o direito das minorias e a liberdade de opinião e expressão. Nos fundamentos desta ação popular, a *moralidade* é a que coloca em questão usos e costumes da sociedade.

Neste caso,²²⁷ questionou-se a legitimidade de uma resolução do Município do Rio de Janeiro (Resolução 64/94), que autorizou a prática de naturismo em uma praia da cidade. O acórdão reconheceu a legitimidade do ato baseado em fundamentos constitucionais e infraconstitucionais.

O autor da ação popular foi um advogado e como parte contrárias figuraram o Município do Rio de Janeiro, Alfredo Hélio Syrkis e a Federação Naturalista do Estado do Rio de Janeiro.

²²⁷ Agravo Regimental no Recurso Especial nº 681.736 – RJ

Conforme o voto:

"O princípio da dignidade social confere a cada homem o direito de ver respeitadas suas convicções pessoais e portar-se conforme elas, desde que não contrárias à lei e aos bons costumes. Nesta trilha, busca-se conferir à minoria o direito de igualdade naquilo que entendem razoável, lícito e legal, com o que se estará permitindo a coexistência pacífica entre a maioria e a minoria " (fl. 617)

"Daí centra-se a questão da moralidade pública. Se a generalidade repudia a nudez por considerá-la imoral, não seria razoável a reserva de local para a minoria, posto que se indaga se ela, a nudez, realmente seria imoral e atentatória ao pudor público? O princípio de igualdade consagrado na Constituição Federal faz de todos iguais perante a lei. Consiste em 'tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que eles se desigualem'.

(...)

Não lhe será suficiente o manuseio do Texto Constitucional. Far-se-á mister ir a cata dos valores dominantes e das concepções vigentes na sociedade à época. É por este caminho que se dá a constitucionalização de certas discriminações outrora repelidas. Da mesma forma, distinções que em épocas pretéritas eram tidas por razoáveis perdem esta qualidade em face da evolução axiológica do meio cultural'.

Embora estejamos tratando de ilegalidade e imoralidade e não de inconstitucionalidade, a solução apresentada é perfeitamente aplicável a este caso" (fl. 621)

"(...) não a reprovoo (a prática naturalista) desde que constricta a determinados locais. Exatamente nisto está em se conferir àquela minoria o direito de igualdade naquilo que entendem razoável e lícito, permitindo-se a coexistência pacífica entre a maioria e minoria " (fl. 622) (grifei).

Os argumentos de que a prática de naturismo vão contra a moralidade pública foram rebatidos com os princípios constitucionais da igualdade no que tange à expressão de suas convicções e à proteção dos direitos da minoria. No caso em questão, foi determinado um local próprio para a prática do naturismo.

O que mais chama atenção neste caso é que não se fala em desvio de verbas ou anulação de acordos ilegais, mas o questionamento do cidadão sobre o próprio conteúdo e valores morais. Para resolver tal questionamento, o Judiciário cotejou os argumentos com outros princípios constitucionais, sopesando-os e decidindo pelo razoável.

A *accountability* neste caso serviu para que um cidadão levasse ao Judiciário uma questão referente ao controle direto de um ato público, questionando o mérito da decisão.

Houve a *publicidade* do ato que permitiu que o cidadão soubesse que há um decreto permitindo a prática do naturismo; houve a participação no debate de uma entidade não governamental organizada da sociedade civil, qual seja, Federação Naturalista do Estado do Rio de Janeiro que participou do processo judicial e houve uma resposta justificada dada pelo Poder Judiciário (argumentos constitucionais e infra-constitucionais), que o tempo inteiro poderia aplicar uma sanção, caso fosse apurada a lesividade e o prejuízo público.

8.10. ANO: 2005 - Caso de anulação do contrato de risco firmado entre a PETROBRÁS e a PAULIPETRO:

Accountability de ato do Poder Executivo, do Poder Legislativo e de burocratas de empresa de economia mista

Embargos de Divergência em Recurso Especial:

Nº 14.868-RJ (2002/0013142-3)

Neste acórdão, a ação popular originária questionava o negócio consubstanciado no contrato de risco firmado, em 11.09.79, entre a Petróleo Brasileiro S/A - PETROBRÁS e a PAULIPETRO - Consórcio CESP/PT, com o objetivo de explorar petróleo na Bacia do Paraná, e que rendeu vultosos prejuízos ao Estado de São Paulo.

Este caso é extremamente interessante, devido ao seu desenvolvimento e ao resultado final, que demonstram a mudança de orientação de julgamento no que tange à discricionariedade do administrador e na necessidade do requisito da lesividade para a propositura da ação popular.

Primeiro tempo: a sentença de primeiro grau e o acórdão paulista

A sentença de primeira instância, bem como o acórdão do Tribunal de Justiça paulista, resultado do recurso impetrado em primeiro grau, deram razão ao governador do Estado de São Paulo à época, Paulo Salim Maluf. Tanto a sentença de primeiro grau quanto o acórdão reconheceram que a

realização do famigerado contrato de risco incluía-se dentre os poderes discricionários do administrador, no “poder geral de gestão” reconhecido a todo administrador, e, portanto, opção administrativa legítima.

A legitimidade de tal escolha, segundo a sentença e o acórdão era fundamentada por três motivos principais:

a) O contrato de risco estava dentre o poder geral de gestão do administrador;

b) a prospecção teria sido feita em período de escassez mundial de óleo;

c) a existência de petróleo no local era mais do que problemática, pelo que o administrador não poderia ser responsabilizado pelo insucesso ocorrido.

O contrato que teve como partes a PETROBRÁS e a PAULIPETRO, e que subtraiu milhões dos cofres estaduais públicos, foi eivado por uma série de ilegalidades que não foram consideradas pela sentença de primeira instância e nem pelo acórdão estadual.

Em primeiro lugar, a exploração de petróleo era monopólio da União, segundo preceito constitucional, e realizada exclusivamente pela PETROBRÁS, por ser atividade de alta complexidade. Nunca poderia ter sido realizada pelo Estado.

Em segundo lugar, a própria PETROBRÁS já havia pesquisado a existência de petróleo na região e, após ter perfurado mais de 60 poços sem nada encontrar, não prosseguiu com as prospecções.

Reforçando a tese de que não era possível existir petróleo na área pesquisada, o Presidente do Conselho Nacional do Petróleo, o Senhor

Marechal Levy Cardoso, já havia afirmado que não haveria razão técnica para encontrar petróleo na região, mas apenas o fator sorte seria responsável por tal descoberta.

Não obstante os pareceres negativos da PETROBRÁS e do Presidente do Conselho Nacional do Petróleo, o Governador do Estado e seus Secretários utilizaram as empresas estaduais CESP e IPT a fim de sub-contratarem várias empresas para a prospecção do petróleo, causando um prejuízo de mais de U\$ 200 milhões aos cofres públicos estaduais paulistas.

Na realidade, tal fato fugiu da discricionariedade do administrador público que, para agir, tem o poder de escolher os rumos que lhe parecerem mais convenientes, porque, no caso em questão, não fundamentou sua ação segundo o grau mínimo de plausibilidade para efetuar o contrato de risco. Não obstante, tanto a sentença de primeiro grau quanto o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça paulista afirmavam que não cabia invalidar as opções administrativas ou substituir critérios técnicos por outros.

Mas não foi apenas a falta de subsídios de razoabilidade e plausibilidade que tornaram o negócio anulável: o próprio procedimento utilizado para realizar o contrato foi fraudulento.

Foi criado, através de um artifício legal, um Consórcio, resultado da união de duas empresas estaduais, a CESP (Companhia Energética de São Paulo, sociedade anônima de capital aberto) e o IPT (Instituto de Pesquisas Tecnológicas do Estado de São Paulo S.A), para viabilizar os negócios petrolíferos. Embora tais empresas não tivessem como objeto social os negócios petrolíferos e, muito menos, recursos para tal, o Estado forneceria recursos para que a prospecção fosse realizada.

A artimanha foi criada para que o Estado driblasse os limites claros e certos, descartando os parâmetros legais que direcionam o agir do administrador público.

Após a criação do consórcio PAULIPETRO, foi realizado um convênio com a PETROBRÁS.

Como a própria Procuradoria do Estado de São Paulo reconheceu, o consórcio havia sido criado para possibilitar que o Estado explorasse atividade econômica utilizando-se de empresa pública e de sociedade anônima de que participava, sem, no entanto, observar que não possuíam capital de giro para as atividades petrolíferas, atividades estas, note-se, não previstas nos seus estatutos sociais!

Porém, como acima mencionamos, a sentença de primeira instância e o acórdão do Tribunal paulista preferiram decidir com fundamentos no poder geral de gestão do administrador, oportunidade esta em que tais vícios e ilegalidades não foram destacados.

Segundo tempo: o recurso especial e a virada.

Mas a parte vencida não se conformou e interpôs Recurso Especial dirigido ao Superior Tribunal de Justiça, que reformou o acórdão de segundo grau (o proferido pelo Tribunal de Justiça paulista), mudando as decisões anteriores.

Os ministros do STJ reformaram a decisão do Tribunal paulista argumentando que tanto a sentença quanto o acórdão pareceram ignorar

os princípios norteadores da Ação Popular, encampados pelo dispositivo constitucional.

O Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, do STJ, ao considerar procedente o pedido, valeu-se das razões do Ministério Público Federal (fls. 1.401/1.407):

O parecer, citado pelo Ministro em seu voto, traça a diferença que há entre as possibilidades do administrador privado e do administrador público, sendo que este último deve reger-se pelo princípio da legalidade:

“22. Ninguém nega ao administrador privado a faculdade de realizar negócios ou administrá-los pela forma que melhor lhe aprouver, inclusive em atividades de risco: é próprio da livre iniciativa. Caberá sempre, porém, aos Conselhos Fiscais e aos acionistas a faculdade de, no caso de prejuízo, pedirem indenização se tratar de administração fraudulenta, culposa ou dolosa.

23. O administrador público não tem idêntica flexibilidade. Indissolavelmente preso ao princípio da legalidade só pode agir nos exatos limites fixados pela lei ou pelas Assembléias Legislativas. Não lhe é dado, a seu bel talante, levar o patrimônio público à aventura ou atividades outras, senão àquelas que lhe são estritamente traçadas.

24. Pois bem. A exploração de petróleo constitui negócio de alta complexidade, sujeita a riscos inimagináveis. Por isso mesmo, a Constituição prescreveu ser monopólio da União, cuja execução a Lei 2.004, entregou exclusivamente à PETROBRAS. Trata-se, assim, de atividade que, pela sua peculiaridade, não está entregue, ou melhor, é vedada aos Estados, e Municípios. Menos ainda, compreende-se nos poderes gerais de gestão ou de atividade discricionária de seus administradores.

(Só isto bastava para evidenciar que o Estado de São Paulo, por seu governador não estava autorizado - e ainda sem autorização de sua Assembléia Legislativa - para se abalar a fazer negócios sobre prospecção de petróleo fosse onde fosse por que isto não se incluía também em seu poder de gestão)".

O parecer ainda critica o negócio de risco realizado sem a menor plausibilidade, pois as chances de se encontrar petróleo eram mínimas, já que os *experts* na prospecção haviam inclusive desistido de encontrar o óleo na região:

30.É mais do que evidente que agir como agiram caracterizava não o uso dos poderes gerais de administração - a famosa "opção administrativa..." em que é dado ao gestor a escolha do caminho que lhe parecer mais conveniente ao interesse público. Revelava, isto sim, junto com a malversação do patrimônio público, culpa gravíssima na administração do Estado, chegando mesmo às raias da administração dolosa ou temerária.

(...)

31.Se já não bastasse aventurar-se a tal negócio, mais grave ainda é que tudo foi feito através de artifício que pretendia encobrir manifesta fraude à lei. Isto porque para fugir ao cumprimento de exigências legais impostergáveis para a contratação e pagamento de serviços não compreendidos na atividade normal da Administração, arquitetaram o seguinte: como primeiro passo, resolveram reunir em "Consórcio" duas empresas estaduais, a CESP e a IPT, onde os negócios petrolíferos não faziam parte do objeto social de nenhuma delas e, portanto, sem qualquer "know how" na atividade!

32.Como estas, porém, não possuíssem recursos para a atividade, como segunda etapa, entrava então o Estado fornecendo-lhes o dinheiro!

Ou seja, pela via indireta do artifício usado, livra-se o Estado das exigências legais que o impediam de entrar no negócio, mas alcançava o que queria: “banciar o jogo”...

33.Foi o que demonstrou o Ministério Público Federal pela eminente Procuradora Regional da República Dra. SANDRA CUREAU (fls. 1222):

‘Verifica-se, sem dificuldade, (que toda a autonomia de gestão da Paulipetro nada mais era do que cortesia com chapéu alheio, pois os recursos eram oriundos da Fazenda do Estado de São Paulo.

(...)

‘Do ponto de vista estritamente jurídico, como já foi demonstrado, toda a operação foi realizada (sem base legal, em fraude à lei e à Constituição de São Paulo. Do ponto de vista econômico, ficou demonstrado um grande fracasso e dispêndio de recursos que muito bem poderiam ter sido alocados para a Saúde Pública e Educação, etc...’

34.Foi também o que demonstrou o Estado de São Paulo, agora em sua postura ética, na apelação de mais de 30 laudas (fls. 1.053/1.086) – atente-se: não apreciada nem discutida pelo v. Acórdão:

‘Como ao Estado não é dado explorar atividade econômica diretamente, senão por empresas públicas ou sociedades anônimas de que participe, constituiu-se um consórcio entre CESP - Companhia Energética de São Paulo, sociedade anônima de capital aberto, e o Instituto de Pesquisas Tecnológicas do Estado de São Paulo S.A. -IPT, sociedade cujo capital também pertence majoritariamente à apelante, denominado PAULIPETRO - CONSÓRCIO CESP-IPT, por Instrumento de 07.12.79.’

e, mais adiante:

‘Não só de experiência careciam as consorciadas. Careciam, também, de capitais abundantes e que pudesse ser livremente aplicados, sem prejuízo do capital de giro necessário à realização de suas finalidades estatutárias, na aventura petrolífera, - eis que o achado de petróleo depende mais do

fator sorte do que da capacitação tecnológica, segundo afirmado nos autos e na fundamentação da R. Sentença recorrida.'

vindo a concluir nesta parte:

'Operou-se, assim, extraordinário milagre administrativo: INVENTOU-SE UM CONSÓRCIO, CUJAS EMPRESAS CONSORCIADAS ERAM INÁBEIS PARA A EXECUÇÃO DO OBJETO AVENÇADO E QUE, ADEMAIS, NÃO POSSUÍAM RECURSOS E CAPITAIS - NEM UM SÓ TOSTÃO! - PARA FAZÊ-LO!'

35.Portanto a criação do Consórcio como ato final constituiu rematada ilegalidade pois inexistia: a) tal figura no direito administrativo brasileiro b) menos ainda previsão ou permissão nos atos estatutários constitutivos (como até a própria sentença, embora tardiamente, veio a reconhecer).

O Consórcio não possuía, assim, sequer, personalidade jurídica: era um nada!

(...)

41.Ora, no caso vê-se que o negócio premeditado. engendrado, e, afinal, realizado pelo Estado de São Paulo visando a exploração do petróleo na Bacia do Paraná, e que lhe deu colossal prejuízo sobre ter sido tomado com evidente atentado a moralidade administrativa decorre de ato administrativo, em que falta, um a um, todos os elementos que são indispensáveis para a sua caracterização, já que praticado: a) com desvio de finalidade b) adotando forma imprópria, pois não prevista em lei; c) praticado por agente incapaz e, assim: d) sem competência e) faltando ainda o consentimento do Estado visto só ser tido como tal quando manifestado nos limites estabelecidos pela lei.

Constitui, assim, ato nulo de pleno direito.

(...)

48.Se, como forma de fugir-se ao monopólio em favor da União, criou-se o subterfúgio de fazer-se CONTRATO DE "RISCO" parece óbvio que os que

deste decorressem deveriam guardar a mesma natureza. No entanto, os felizes aquinhoados contrataram e receberam com a PAULIPETRO na base de preço fixo por serviço executado, mesmo sem nada terem encontrado!”

O Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, em seu voto no Recurso Especial, utilizou-se das razões contidas no parecer acima transcrito do Ministério Público Federal:

“O brilhante e seguro parecer examinou a controvérsia nos seus vários aspectos. Com ele concordo, mas deixo de proclamar a nulidade do julgado monocrático, porquanto o Estado de São Paulo interveio no feito, segundo se depreende da sentença (fls. 1.037 e 1.045) e, ademais, posso decidir o mérito em favor do recorrente, o que ora faço, com apoio na manifestação ministerial, antes transcrita.

“Em conclusão: conheço do recurso e dou-lhe provimento, a fim de julgar a ação procedente e, em conseqüência, condeno os réus a suportarem as custas e demais despesas, judiciais e extrajudiciais, e a pagar ao autor a verba advocatícia de 10% (dez por cento) do valor da causa, atualizado monetariamente (Lei nº 4.717, de 29.06.65, art. 12)”.

O parecer do Ministério Público Federal teve grande influência no convencimento dos ministros que julgaram o Recurso Especial. O Ministro Antônio Hélio Mosimann, do STJ, ao considerar procedente o pedido valeu-se, igualmente, das razões contidas no parecer subscrito pelo Doutor Sylvio Fiorêncio, Subprocurador-Geral da República, representante do Ministério Público Federal (fls. 1.401/1.407).

Para quem argumentasse que o negócio havia sido celebrado antes da *moralidade* ser incluída no artigo 37 da Constituição Federal de 1988 como princípio regente da Administração Pública, o Ministro Milton Luiz Pereira (fls. 1.449/1.452), observou que:

“(...).Não tenho dúvidas de que o ato administrativo, para ser legal, deve satisfazer a moralidade, como princípio. Desse modo, o ato pode ser legal no aspecto da sua constituição formal, intrínseca e extrínseca, mas amoldado à figura da ilegalidade, se imoral. A questão que sobra é, se a Constituição anterior não explicitou a integração da moralidade no ato, pode ser legal o ato imoral? Para a resposta, aplicando o art. 257, RISTJ, e a Súmula 456/STF, vou procurar aplicar o direito à espécie. Nessa lida, para mim, o princípio da moralidade, para ser cumprido, não precisava estar escrito; é do direito natural. A moralidade no ato administrativo deve ser o centro propulsor da manifestação administrativa.

(...)

A ofensa à moralidade, no caso, causou danos à administração, que devem ser recompostos porque foram desperdiçados recursos financeiros públicos aplicados onde não podiam ser aproveitados, segundo os depoimentos feitos contra o agente que violou a lei. É uma pálida homenagem, no meu entender, ao princípio da moralidade que integra a legalidade dos atos administrativos.

Guiado por estas idéias, com o “garante” da moralidade administrativa, erigida como princípio constitucional, vinculada à indisponibilidade do interesse público – e aí está a chave para abrir a porta da responsabilização. Seja qual for a justificativa factual, circunstancial ou emergencial, o interesse público é indisponível, constituindo-se como bem jurídico, aqui ofendido. Para tanto, não há necessidade de se avaliar prova, de se examinar se os danos materiais ocorreram ou não. Sob o timbre de ato imoral logo, ilegal e lesivo -, os danos são presumidos. Os fatos foram postos. A petição está mal colocada? Pode estar. A sentença foi defeituosa? Pode ser. O acórdão inspira censuras? Talvez possa assim

acontecer. Mas uma coisa não me foge do convencimento íntimo de julgador: no caso houve alquimia administrativa, por via oblíqua, com o fito de superar impedimentos de ordem legal quanto às fontes do financiamento. Não pode ser olvidado o comportamento sem ética administrativa. A ética é o comportamento dentro de princípios morais. E me fiz esta pergunta: o réu ou os réus estavam conscientes quando tomaram a decisão de desviar recursos para aquelas pesquisas, de que o interesse público estava sendo ferido? Poderão me responder: simplesmente exercitaram a discricionariedade e, como tal, o Judiciário não pode intervir, não pode avançar nenhum juízo quanto à conveniência ou inconveniência sobre a atividade administrativa.

Não penso assim porque a discricionariedade não pode servir ao desvio de poder ou ao abuso de autoridade. Aqui, houve um desvio de poder, somado ao abuso de autoridade. (...)Ocorre o vício da moralidade administrativa quando o agente público pratica ato administrativo, fundado no motivo inexistente, insuficiente, inadequado, incompatível e desproporcional. A discricionariedade, quanto ao ato materializado revela ato inexistente? Não é o caso. Ato insuficiente? Também não é o caso. Mas, isto sim, inadequado, incompatível e desproporcional, contrariando a moralidade. Assim sendo, gerou a responsabilidade.

Não é sem razão, Senhores Ministros, à mão de argumentar, a existência da responsabilidade objetiva no § 6º do art. 37 da Constituição. Qual é a vertente desta responsabilidade objetiva? Quando o administrador, ofendendo o interesse público, aqui, pela via de ato lesivo, torturou a moralidade administrativa. Não importa indagar a culpa ou dolo, gerou a responsabilidade objetiva. Não vou fincar, no caso, que o administrador arcará com a responsabilidade objetiva, porque não é o caso. A ação é contra o administrador e não contra o Estado, que, no caso, é litisconsorte e aderiu porque entendeu que o ato trouxe danos materiais, tanto que revogou o ato inicial. Porém, não me renega que, se o ato administrativo é finalista e as finalidades do contrato apelidado de risco resultaram em danos concretos ou presumidos, existe a responsabilidade, porque lesivo ao interesse público. Enfim, em razão da finalidade do ato, tenho que o contrato, objeto circunscrito do pedido, ferindo a imoralidade, é ilegal. Reputa-se: se o ato, por ser imoral, não é legal, ele é lesivo; porque só o ato legal não é lesivo, devendo ser reparado.) (...). (grifei)”

Após o julgamento do Recurso Especial o resultado inicial da Ação Popular tomou rumo diametralmente oposto: o Superior Tribunal de Justiça modificou integralmente o entendimento da sentença e do acórdão paulista, reformando-o, dando provimento à Ação Popular.

Terceiro tempo (a prorrogação): os Embargos Divergentes

Em regra, para que fosse proposta a Ação Popular se conjugavam como requisitos: a) ser cidadão, traduzido na condição de poder desfrutar plenamente dos direitos políticos; b) a ilegalidade do ato e c) a lesividade ao patrimônio público.

Mas a necessidade de prova inequívoca da lesividade ao patrimônio público como requisito para a propositura da ação popular não é pacífica nem doutrinariamente, nem na jurisprudência.

No STJ, as Turmas julgadoras também divergem entre si, possibilitando que a parte vencida, no caso em questão, fizesse uso do Recurso de Embargos Divergentes.

Como houvesse do STJ Turmas com entendimento contrário quanto ao requisito da lesividade, Paulo Salim Maluf, opôs Embargos de Divergência contra a decisão da Egrégia Segunda Turma, que reconheceu a nulidade do contrato de risco firmado entre Petróleo Brasileiro S/A - Petrobrás e Paulipetro Consórcio CESP/PI ao fundamento de que se trata de “negócio premeditado, engendrado e, afinal, realizado pelo Estado de São Paulo visando a exploração de petróleo na Bacia do Paraná, e que lhe deu colossal prejuízo ter sido

efetivado com evidente atentado a moralidade administrativa, decorre de ato administrativo, em que falta, um a um, todos os elementos para a sua caracterização, já que praticado a) com desvio de finalidade; b) adotando forma imprópria, pois não prevista em lei; c) praticado por agente incapaz; d) sem competência; faltando ainda o consentimento do Estado visto só ser tido como tal quando manifestado nos limites estabelecidos pela lei". (fls. 1454).

Trouxe, então como fundamento, os acórdãos proferidos nos Recursos Especiais números 250.593 e 111.527, segundo os quais é necessária a prova de lesividade ao patrimônio público para propositura da ação popular, ao contrário do acórdão que reconheceu a nulidade do contrato realizado, que tem como fundamento a moralidade administrativa, dispensando a comprovação da lesão ao patrimônio público para a propositura da Ação Popular:

"62. Forçoso é, pois, concluir da análise mais detida do julgado embargado que ele prescindiu de exigir do autor popular, na versão inicial que acabou aceitando, a comprovação da lesividade patrimonial do ato impugnado e, até mesmo, do outro requisito da ilegalidade. De fato, nem poderia haver ilegalidade na alegada desconformidade do contrato impugnado com a não comprovada minuta básica, nem a imprescindível lesividade patrimonial – contrariamente ao que sempre sustentou o autor – poderia estar na presumida impossibilidade de encontrar petróleo na Bacia do Paraná.

O Relator dos Embargos de Divergência, o Senhor Ministro José Delgado fez um relatório muito esmerado, e utilizando os argumentos contidos no acórdão embargado, acima citados, pronunciou-se sobre o requisito da lesividade:

"(...)

A respeito do tema há de se reconhecer a existência de profunda divergência, tanto no campo doutrinário como no jurisprudencial, mesmo após a vigência da Constituição Federal de 1988.

Tenho convicção firmada no sentido de que, por ser a moralidade administrativa um dos postulados que sustentam o regime democrático, tanto na vigência da Constituição Federal anterior como na da atual, a sua violação, por si só, é suficiente para resguardar a procedência do pedido de ação popular, tornando, conseqüentemente, desnecessária a prova concreta do prejuízo ao erário público.

(...)

Não desconheço o peso da corrente doutrinária, seguida por parte da jurisprudência, que exige, mesmo depois da CF de 1988, a prova evidente da lesividade ao lado da ilegalidade como pressuposto de procedência do pedido de ação popular.

(...)

Com todo o respeito a essas manifestações, convencido estou, contudo, de que a força do postulado da moralidade administrativa, em qualquer fase da evolução do Direito Constitucional legislado, alcançando, assim, os atos administrativos praticados na vigência da Carta de 1967/69, conduz o intérprete a considerar que o ato ilegal, por si só, possui forte carga de lesividade patrimonial.

Na espécie, há de se considerar o espírito aventureiro da ação administrativa, com exagerado cunho promocional e precipitada iniciação sem comprovação de êxito.

O acórdão embargado constatou, de modo irresponsável, a desmedida desproporcionalidade e irrazoabilidade com que os atos administrativos foram praticados, sem qualquer consideração com a aplicação do dinheiro público que, por imperativo legal, não pode ser usado sem expressa autorização legislativa para consumação de contratos de potencializado risco.

(...).

Assim, para se comprovar o requisito da lesividade ao patrimônio público, são admitidos todos os meios de prova no curso do processo, inclusive as que forem produzidas por terceiros, como o foi pela Fazenda do Estado juntando o Convênio e seus aditivos firmados entre o Estado de São Paulo e o Consórcio Paulipetro, pelo qual repassou a este quantia hoje estimada em R\$ 3 bilhões, inclusive “indícios e presunções”, até porque, “cuidando-se de ação fundada no interesse público, avulta o ônus que recai sobre os cidadãos, em geral, de colaborarem na perquirição da verdade real, investigada na ação, dando ao autor popular ou ao promotor de justiça oficiante notícia do que souberem e que seja relevante ao esclarecimento dos fatos, ou até mesmo requerendo sua intervenção na lide” (op. cit. pág. 221).

(...)

O que se dizer então de ato de administrador público, que resolve colocar o Tesouro do Estado de São Paulo a serviço de uma aventura megalômana e irresponsável, e retira do erário sem qualquer resultado a importância de Cr\$ 190 bilhões a preços de abril de 1983 assinando contrato com a Petrobrás através de um Consórcio ilegal de empresas estatais, dentre outros motivos porque não tinham dentre seus objetivos sociais a pesquisa e lavra de petróleo que se tratava de atividade monopolizada da União, contrato este “nulo de pleno direito (...) porquanto negócio premeditado, engendrado e afinal realizado pelo Estado de São Paulo visando a exploração de petróleo na Bacia do Paraná, e que lhe deu colossal prejuízo sobre ter sido efetivado com evidente atentado à moralidade administrativa, decorre de ato administrativo, em que falta, um a um, todos os elementos para a sua caracterização, já que praticado a) com desvio de finalidade b) adotando forma imprópria, pois não prevista em lei; c) praticado por agente incapaz d) sem competência e) faltando ainda o consentimento do Estado visto só ser tido como tal quando manifestado nos limites estabelecidos pela lei”???

Tão graves as conseqüências desse ato, que até hoje o Estado de São Paulo ainda vem suportando os prejuízos causados em conseqüência da extinção do malfadado Consórcio, pagando indenizações vultosas a

terceiros em razão da rescisão dos subcontratos de prestação de serviços, fato que impediu, inclusive, a privatização da CESP – Companhia Energética de São Paulo que integrava o Consórcio, como o demonstram os autos do Protesto Contra Alienação de Bens em anexo”. (grifei).

Então o Ministro Relator, Ministro José Delgado, votou rejeitando os embargos, pela manutenção do decidido no Recurso Especial. O acompanhou em seu voto o Ministro Luiz Fux:

“A moralidade administrativa sempre foi um valor ínsito na atuação e no poder jurídico do administrador, porque o interesse público, na verdade, não é o interesse do Estado, do administrador, mas o interesse de todos nós. Assim era interpretada a Lei da Ação Popular quando, aqui e ali, se pretendia destacar uma filigrana para levar à improcedência a ação popular, porque a existência da ilegalidade e da lesividade compunham, na verdade, o mérito da ação popular.”

Este julgado é extremamente significativo por demonstrar a mudança de orientação dos Tribunais em relação às Ações Populares e por mostrar uma modificação notável no julgamento de uma Ação Popular.

Não só a mudança em si do julgamento da Ação Popular é digno de nota, mas também a força deste instrumento colocado à disposição do cidadão.

Um contrato de risco, que envolveu diversas instituições e contou com o aval da época de sua celebração, de instituições, tais como o Tribunal de Contas do Estado e envolveu uma série de agentes públicos que lhe deram

forma, foi reavaliado e anulado, por intermédio de uma ação interposta por um cidadão.

Se não houvesse tal provocação, não teria sido por mera geração espontânea que o valoroso parecer do Ministério Público Federal teria sido confeccionado. Mesmo porque, nas duas primeiras instâncias o propositor da Ação Popular amargou duas derrotas: tanto a sentença de primeiro grau quanto o acórdão do Tribunal de Justiça paulista não lhe deram acolhida.

Nota-se, também, que durante o tempo decorrido houve a mudança da própria formação do Poder Judiciário e da legislação em vigor.

Antes, para que fosse cabível a propositura de Ação Popular eram necessários três requisitos: a) a qualidade de ser cidadão brasileiro; b) a ilegalidade ou ilegitimidade do ato a invalidar, isto é, ato contrário ao Direito por infringir normas específicas que regem sua prática ou por se desviar de princípios gerais que regem a Administração Pública; c) lesividade do ato ao patrimônio público. Lesivo seria o ato ou a omissão que desfalca o erário ou prejudica a Administração, assim como o que ofende bens ou valores artísticos, cívicos, culturais, ambientais ou históricos da comunidade. Essa lesão tanto poderia ser efetiva quanto legalmente presumida²²⁸.

Observa-se este julgado reitera um entendimento que não era ainda pacífico nos próprios Tribunais: o de que para caber a ação popular bastaria a demonstração da nulidade do ato, dispensada a da lesividade, que seria presumida.

²²⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. Malheiros Editores. São Paulo. 29ª edição. 2006, pp. 132,133.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discussão de autores nacionais e estrangeiros sobre a necessidade de se fomentar a *accountability* ou de criar mecanismos de *accountability*, adota a premissa de que não haveria mecanismos de *accountability*, principalmente na sua modalidade “horizontal” – de acordo com a expressão cunhada por O’Donnell – na realidade institucional brasileira. Este fato lesaria o funcionamento de nossa democracia, inserida no mesmo balaio de todas as novas democracias, prejudicando o seu desempenho.

A partir do estudo mais aprofundado daqueles que se debruçaram sobre a questão conceitual propriamente dita, foi possível notar que não havia consenso em relação à definição do conceito de *accountability*.

Os estudos de Schedler e Mainwaring, que se ativeram ao conceito bipartido formulado por O’Donnell, mostraram controvérsias sobre alguns elementos do conceito: deveria a sanção estar sempre presente para que o conceito fosse aplicado? Este mecanismo de controle poderia aplicar punição apenas moral?

A partir da análise crítica destes autores que classificaram o conceito, esforçando-se para isolar suas dimensões fundamentais, chegamos a um conceito mínimo de *accountability*: mínimo porque ainda desprovido de uma análise que o contextualizasse historicamente. Este foi o conceito mínimo a que chegamos: a *accountability* é um mecanismo de controle do poder com a natureza jurídica de uma relação obrigacional objetiva extra-contratual (isto é, legal) que coage os agentes encarregados da administração de interesses públicos (basta que o agente tenha *múnus público*) a explicar seus atos discricionários, tornando públicas as suas

motivações, quando provocados institucionalmente, sob pena de punição legal (previsão de punição = sanção em estado potencial).

Para resgatar o significado do conceito em sua plenitude o relacionamos com o conceito de representação: a *accountability* é um mecanismo que conduz à implementação da representação, pois força os representantes a agirem no melhor interesse público. Além disso, possibilita que os cidadãos questionem os atos de seus representantes, punindo-os a qualquer tempo e não somente na ocasião das eleições.

De fato, as eleições, mecanismos de escolha dos representantes, podem vir a constituir um mecanismo de controle dos agentes políticos, principalmente no que diz respeito ao seu aspecto reiterativo: reeleições. Neste sentido, além de cumprir sua função primordial, qual seja, a de escolha dos representantes políticos, também pode efetuar um papel de controle de seus atos.

Porém, a arena eleitoral é apenas uma das formas de controle dos agentes públicos, não a única. Há outros meios, tal como ações judiciais que podem questionar os seus atos. Não obstante a existência de outros meios de controle, também há algumas críticas que se pode formular às eleições:

a) ela é importante, sem dúvida, mas ocorre com um lapso temporal extremamente amplo se considerada enquanto mecanismo de controle. Entretanto, do ponto de vista da escolha do agente que decide e executa políticas públicas o lapso temporal é razoável;

b) as eleições abrangem apenas uma categoria dos agentes públicos: os agentes políticos. Entretanto, tal como visto, não são apenas os agentes políticos (i.e., os agentes públicos eleitos) que precisam ser controlados: os demais agentes públicos que constituem a maior parte da burocracia contemporânea também precisam ser objeto de controle, mesmo porque,

rememorando o já citado Weber, é a burocracia quem realmente governa num Estado moderno.

Em uma democracia representativa moderna os agentes políticos devem representar: agir segundo o interesse público, tal como conceituou a festejada Pitkin. A autora, em seu livro sobre o conceito de Representação, indicou, no final, uma teoria normativa da representação: o representante deve agir no melhor interesse público, e para assegurar a ação do representante com este fim é que serve o instrumento da *accountability*. Eis o busílis: como garantir que isto ocorrerá? Esta a pergunta formulada por tantos autores.

Percebe-se, então, que hoje o conceito de representação não é aplicado somente aos agentes públicos eleitos, os políticos, mas também a todos aqueles que exercem múnus público. Todos os agentes públicos, eleitos ou não, devem representar, ou seja, agir no interesse público. Isto garantirá mais um instrumento para se chegar a uma democracia representativa bem sucedida.

Neste sentido o mecanismo de controle que reúna as dimensões da informação (publicidade dos atos), da motivação (justificação) e da potencialidade de sanção (elemento coercitivo em potencial) é um elemento para que se tenha uma “boa” democracia, em seu sentido substancial.

O conceito de *accountability* também é comumente mencionado como um controle equivalente ao de *checks and balances*. O problema identificado residiu na questão primordial: como é possível estudar a existência e a efetividade de um mecanismo de controle se não podemos definir seus elementos essenciais? E, ainda, como podemos estudar (e por que estudar?) este mecanismo de controle, se ele não é mais do que outro nome para um conceito que já existe?

Identificamos então as características do controle efetuado pelo mecanismo de *checks and balances* a partir do resgate do debate travado entre federalistas e anti-federalistas. Com a recuperação das idéias de ambos os lados, foi

possível concluir que são mecanismos de controle intra-institucional, com o objetivo de limitar a força das instituições da estrutura de poder em relação a elas próprias, e não com o fim de proteger interesses advindos da população. Neste sentido, os sujeitos ativos e passivos do exercício dos *checks and balances* são os próprios Poderes enquanto instituições também portadoras de poder. Daí se concluir que não são instrumentos suficientes e eficazes para controlar a burocracia, pelo simples fato de não terem este objetivo.

A divisão de poderes, embora alegadamente funcional, ainda era representativa de orientações de diferentes grupos sociais que preponderavam em determinados setores. Portanto, constituíam mecanismo de controle entre elites diferentes, e não a favor de uma cidadania ativa, mesmo porque o conceito de cidadania ainda não era aplicado em seu patamar máximo. Ao fim desta análise pudemos evidenciar que o controle efetivado via *checks and balances* não tem como fim preponderante evitar descaminhos da gestão da coisa pública, mas sim, evitar a usurpação de poderes entre os próprios poderes.

Em seguida relacionamos o conceito de *accountability* com o surgimento da moderna burocracia e com seu aumento gradativo de poder e tamanho. O poder desta burocracia, fundamentado na racionalidade e especialização cresceu na medida em que acumulou informações sigilosas. Ou seja, acumulou o conhecimento da prática burocrática através do tempo, funcionando como memória da burocracia. A isto soma-se também o fato de certos agentes públicos serem guardiões de segredos burocráticos. De posse dessas informações secretas surge a possibilidade desta burocracia moderna, especializada e “impessoal” vir a patrimonializar essas suas informações privilegiadas, utilizando-as para fins indevidos.

Para evitar este tipo de abuso, surge a demanda pela dimensão da transparência, da publicidade, contida no conceito da *accountability*: para evitar este tipo de descaminho deve-se prever instrumentos de fornecimento de informações indistintamente e não apenas para alguns poucos privilegiados. Então,

não importa que o burocrata seja um *expert*, ele terá que ser vigiado e poderá ser permanentemente questionado, sendo sempre submetido ao regime da publicidade.

Vimos que deste momento em diante despontam as demandas contemporâneas por *accountability*, estas situadas fora – ainda que apenas em parte – da engrenagem estatal. Concluimos, portanto, que o controle possibilitado pela *accountability* é instrumento à disposição dos cidadãos em relação aos agentes públicos que receberam um encargo (*múnus*), não importa se via eleição ou não.

Estas as diferenças principais entre estes mecanismos de controle: se os *checks and balances* são mecanismos ínsitos à engrenagem estatal, com o fim de controlar o poder intra-elites institucionais, a *accountability* contemporânea é um mecanismo institucional colocado à disposição de um cidadão qualquer, integrante ou não da engrenagem estatal, à serviço de seus interesses e dos interesses de sua comunidade.

Vimos, ainda, que a divisão conceitual entre *checks and balances* e *accountability* foi aplicada na análise da Constituição Federal de 1988, e se revelou operacional para classificar determinadas disposições como de *checks and balances* ou *accountability*. Há mecanismos de *checks and balances* que não possuem os elementos da *accountability*; portanto, analisar a existência desta a partir da presença daqueles mecanismos seria ilusório: um país com fortes mecanismos de *checks and balances* pode sofrer um grave déficit de *accountability*.

Neste trabalho foi possível verificar que embora existam práticas de abuso de poder ou desvio de finalidade na realidade política brasileira, tais como arbitrariedades cometidas pelos agentes públicos ou prática de corrupção, é possível vislumbrar diversos mecanismos de controle de tais ações no ordenamento jurídico brasileiro, dentre os quais destaca-se um instrumento de coação para que tais ações não ocorram ou, se forem praticadas, que garanta a

punição dos agentes e a reparação dos danos ou do *status quo ante*: a ação popular.

A ação popular contém todas as dimensões do conceito: através dela é possível pedir que os representantes sejam transparentes em relação aos eleitores, estejam prontos para prestar esclarecimentos quanto às suas ações e sujeitos a serem potencialmente punidos.

A partir da análise das ações populares brasileiras de 2000 a 2005 foi possível identificar um mecanismo de controle à disposição dos cidadãos e efetivamente utilizado: a ação popular.

Esta ação tem como fim proteger interesses públicos e vem sendo utilizada efetivamente. Por meio dela são sancionados atos praticados por agentes públicos lesivos ao patrimônio público, considerados material (por exemplo em relação ao patrimônio) quanto imaterialmente (moralidade pública).

Este instrumento de controle possibilita que os atos questionados sejam evidenciados, sendo mais veiculados nos meios de comunicação. Aparecem, então, questionados tanto em um Diário Oficial (lido mais pelos que atuam nas áreas jurídicas) quanto nas diversas matérias jornalísticas de tantos outros meios de comunicação: rádios, jornais, blogs, dentre outros.

Durante todo este processo de questionamento, o ato praticado é iluminado, ele se torna transparente e é motivado publicamente, há virtual possibilidade sancionatória. Ou seja, a possibilidade de punição fica em seu estado latente, potencial. É por isso que a sanção existe neste tipo de controle, sempre, no estado potencial. Se apurada alguma irregularidade esta potencialidade é realizada na forma de uma sanção. Se não apuradas quaisquer irregularidades, a potencialidade permanece latente, mas não é exercida.

Vimos, então, que todas as dimensões do conceito de *accountability* identificadas inicialmente estão presentes neste mecanismo de

controle via ação popular. Neste tipo de controle, exercido pelos próprios cidadãos a *accountability* é direta. Mas é possível também que ela se faça por meio da atuação dos Tribunais de Contas, do Ministério Público ou mesmo via Comissões Parlamentares de Inquérito. Nestes casos, a *accountability* é indireta: é meio de controle que demanda publicidade, motivação e potencial sanção do ato através de instituições incumbidas de zelar pelo interesse comum.

É claro que não teremos um mecanismo de controle com este nome e talvez não seja porque não há a cultura política para tal, mas sim, por ser expressão genuinamente anglo-saxã. É por isso que faz mais sentido procurar as dimensões do conceito antes de afirmar que ele existe ou não ou que é suficiente ou não.

Por fim, conclui-se, com base na análise da literatura compulsada e na pesquisa empírica empreendida, ser possível reafirmar a hipótese inicial de que há pelo menos um mecanismo de controle institucional, efetivamente utilizado pelos cidadãos no Brasil, que reúne as dimensões essenciais do conceito denominado *accountability*: as ações populares.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTHUSSER, Louis. *Montesquieu: La Politique et l' Histoire*, Presses Universitaires de France, Boulevard Saint-Germain, Paris, 1959.

ANASTASIA, Fatima; MELO, Carlos Ranulfo e SANTOS, Fabiano. Governabilidade e representação política na América do Sul. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer; [São Paulo]: Fundação Editora da UNESP, 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. “Relatividade’ da competência discricionária” in *Revista de Direito Administrativo*, Abril/Junho, 1998, vol 212, . Renovar, FGV, pp. 49/56, p. 53.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral da política*; tradução de Marco Aurélio Nogueira; Paz e Terra, Rio de Janeiro, 1987.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes. *Sociedade e Estado em Transformação*, São Paulo, Editora UNESP, 1999.

BRITTO, Carlos Ayres. “O regime constitucional dos Tribunais de Contas” em *Administração pública: direitos administrativo, financeiro e gestão pública: prática, inovações e polêmicas*. Org. Figueiredo, Carlos Maurício e Nóbrega, Marcos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BUENO, Cássio Scarpinella e PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende, coord. *Improbidade Administrativa questões polêmicas e atuais*, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, pp. 46/47.

CHEIBUB, José Antônio e PRZEWORSKI, Adam. “Democracia, Eleições e Responsabilidade Política” in *Revista Brasileira de Ciências Sociais.*, Fevereiro 1997, vol.12, nº 35. ISSN 0102-6909.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 10ª edição. Malheiros, São Paulo, 1993.

CITTADINO, Gisele. “Judicialização na Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes” pp. 17-42, em Vianna, Luiz Werneck (org.) *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*, Belo Horizonte. Editora UFMG, Rio de Janeiro, 2002.

COELHO, Vera Schattan P. e NOBRE, Marcos (org.) – “Participação e Deliberação – Teoria Democrática e Experiências Institucionais no Brasil Contemporâneo” – Editora 34 – São Paulo.

COSTA, Susana Henriques da (coordenação). *Comentários à Lei de Ação Civil Pública e Lei de Ação Popular*. São Paulo, Quartier Latin, 2006.

CUNHA, Luciana Gross. “Ouvidoria de Polícia de São Paulo” PP.261-262 in Sadek, Maria Tereza (org.). *Justiça e Cidadania no Brasil*. Editora Sumaré/Idesp, São Paulo, 2000.

DINAMARCO, Pedro da Silva. Art. 1º (Legitimidade e Direito à Informação). Pp. 30-66 em Costa, Susana Henriques da (coordenação). *Comentários à Lei de Ação Civil Pública e Lei de Ação Popular*. São Paulo, Quartier Latin, 2006.

ELSTER, Jon. “Accountability in Athenian Politics” in *Democracy, Accountability, and Representation* In Manin, Bernard; Przeworski, Adam and Stokes, Susan, eds. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

FEARON, James D. “Electoral Accountability and the Control of Politicians: Selecting good types versus sanctioning poor performance” pp. 55-97 in *Democracy, Accountability, and Representation* In Manin, Bernard; Przeworski, Adam and Stokes, Susan, eds. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

FEREJOHN, Jon. “Accountability and Authority: Toward a Theory of Political Accountability”. Pp.131- in *Democracy, Accountability, and Representation* In Manin, Bernard; Przeworski, Adam and Stokes, Susan, eds. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub. *Instituições e Política no Controle do Executivo*

FONTANA, Biancamaria. *The Invention of the Modern Republic*. Cambridge University Press, 1994.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*, 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

FUNG, Archon, “Receitas para Esferas Públicas: Oito Desenhos Institucionais e Suas Conseqüências”, Pp.. 173-188 in COELHO, Vera Schattan P. e NOBRE, Marcos (org.). *Participação e Deliberação – Teoria Democrática e Experiências Institucionais no Brasil Contemporâneo*. Editora 34, São Paulo.

FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil*, 27 ed., Companhia Editora Nacional: Publifolha, 2000.

GOETZ, Anne Marie and JENKINS, Rob. ‘Accountability’ in *The Social Science Encyclopedia*, KUPER, Adam and KUPER, Jessica (eds). New York: Routledge, 2004.

GOUGH, J.W. “A separação de poderes e soberania” in Quirino, Célia Galvão e Souza, Maria Teresa Sadek R. de. *O pensamento político clássico: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau*. Organização, introdução e notas de Célia Galvão Quirino e Maria Teresa Sadek R. de Souza. São Paulo: T.A. Queiroz, 1980.

GRAU, Nuria Cunill. “Situando algumas das condições de um novo contrato social: a ruptura de mitos para a reconstrução e desenvolvimento de seus negociadores”. In Pereira, Luiz Carlos Bresser; Wilhelm, Jorge; Sola, Lourdes. *Sociedade e Estado em Transformação*, São Paulo, Editora UNESP, 1999.

_____. *Repensando o público através da sociedade: novas formas de gestão pública e representação social*. Rio de Janeiro, Revan, 1998.

KINZO, Maria D'Alva G. Partidos, eleições e democracia no Brasil pós 1985. *Rev. bras. Ci. Soc.*, Fev. 2004, vol.19, no.54, p.23-40.

KINZO, Maria D'Alva G. *Representação Política e Sistema Eleitoral no Brasil*. Edições Símbolo, São Paulo, 1980.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander and JAY, John. *The Federalists Papers*. Penguin Classics, 1987.

MAINWARING, Scott. “Introduction: Democratic Accountability in Latin America” pp.3-33 in Mainwaring, Scott; Welna, Christopher. *Democratic Accountability in Latin America*. Oxford University Press, New York, 2003

MAINWARING, Scott e WELNA, Christopher. *Democratic Accountability in Latin America*. Oxford University Press, New York, 2003

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular: proteção ao erário público, do patrimônio cultural e do meio ambiente*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003.

MANIN, Bernard; PRZEWORSKI, Adam and STOKES, Susan C.. “Elections and Representation”. Pp. 29-51 in *Democracy, Accountability, and Representation* 29-51. In Manin, Bernard; Przeworski, Adam and Stokes, Susan, eds. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

MANIN, Bernard. “Checks, balances and boundaries” pp.27-62 in FONTANA, Biancamaria. *The Invention of the Modern Republic*. Cambridge University Press, 1994.

_____. *The Principles of Representative Government*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Proibidade Administrativa*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____ *Transparência Administrativa: publicidade, motivação e participação popular*. São Paulo: Saraiva, 2004.]

MARX, Karl. *O 18 de Brumário de Luís Bonaparte*. Em Fernandes, Florestan. *História* Coleção Grandes Cientistas Sociais, 36, 1984, Ática, São Paulo.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004,

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. Malheiros Editores. São Paulo. 29ª edição. 2006.

MELO, Marcus André. “A política da ação regulatória: responsabilização, credibilidade e delegação”. *Rev. bras. Ci. Soc.*, jun. 2001, vol.16, no.46, p.56-68. ISSN 0102-6909.

MILESKI, Helio Saul. *O Controle da Gestão Pública*. São Paulo: Editora RT, 2003.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. *O espírito das leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1982.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 193.:

O’DONNELL, Guillermo. “Horizontal Accountability in New Democracies” in SCHEDLER, Andreas; DIAMOND, Larry Diamond and PLATTNER, Marc F. (eds). *The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*, Boulder and London: Lynne Rienner Publishers, 1999.

_____ “A Response to My Commentators” in SCHEDLER, Andreas; DIAMOND, Larry Diamond and PLATTNER, Marc F. (eds). *The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*, Boulder and London: Lynne Rienner Publishers, 1999.

OFFE, Claus. “A Atual Transição da História e Algumas Opções Básicas para as Instituições da Sociedade” pp. 119-145. Em Pereira, Luiz Carlos Bresser; Wilhelm, Jorge; Sola, Lourdes. *Sociedade e Estado em Transformação*, São Paulo, Editora UNESP, 1999.

PIERSON, Paul. *Politics in Time: history, institutions and social analysis*. Princeton: Princeton University Press, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

PITKIN, Hannah Fenichel. *The Concept of Representation*. University of California Press. Berkley. 1972.

PLATTNER, M. "Traditions of Accountability" in SCHEDLER, Andreas; DIAMOND, Larry Diamond and PLATTNER, Marc F. (eds). *The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*, Boulder and London: Lynne Rienner Publishers, 1999.

PODVAL, Maria Fernanda de Toledo Rodovalho. *A alteração no julgamento das ações populares no período de 1948 a 1991 e a mudança do papel do Judiciário*. Dissertação de Mestrado, FADUSP, 1991.

POWELLI JR., G. Bingham. *Elections as instruments of democracy*. New Haven: Yale University Press, 2000.

PRZEWORSKI, Adam. "O Estado e o Cidadão" pp. 323-145. In Pereira, Luiz Carlos Bresser; Wilhelm, Jorge; Sola, Lourdes. *Sociedade e Estado em Transformação*, São Paulo, Editora UNESP, 1999.

QUIRINO, Célia Galvão e SADEK, Maria Tereza. *O Pensamento político clássico: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau*. Organização, introdução e notas de Célia Galvão Quirino e Maria Tereza Sadek. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SADEK, Maria Tereza. "Cidadania e Ministério Público" em Sadek, Maria Tereza (org.). *Justiça e Cidadania no Brasil*. Editora Sumaré/Idesp, São Paulo, 2000.

SADEK, Maria Tereza e CAVALCANTI, Rosângela Batista. "The New Brazilian Public Prosecution: An Agent of Accountability" pp.201-227 in Mainwaring, Scott; Welna, Christopher. *Democratic Accountability in Latin America*. Oxford University Press, New York, 2003.

SCHEDLER, Andreas; DIAMOND, Larry Diamond and PLATTNER, Marc F. (eds). *The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*, Boulder and London: Lynne Rienner Publishers, 1999.

SCHEDLER, Andreas. "Conceptualizing Accountability" in SCHEDLER, Andreas; DIAMOND, Larry Diamond and PLATTNER, Marc F. (eds). *The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*, Boulder and London: Lynne Rienner Publishers, 1999.

SCHMITTER, Paul. "The Limits of Horizontal Accountability" in SCHEDLER, Andreas; DIAMOND, Larry Diamond and PLATTNER, Marc F. (eds). *The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*, Boulder and London: Lynne Rienner Publishers, 1999.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. “Da Ação Popular” in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 6, págs. 1 e ss.

SILVA, José Afonso da. *Ação Popular Constitucional*. São Paulo: RT, 1968.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SMULOVITZ, Catalina e PERUZZOTTI, Enrique. “Societal and Horizontal Controls: Two Cases of a Fruitful Relationship”, pp. 309-331 in MAINWARING, Scott e WELNA, Cristopher. *Democratic Accountability in Latin America*. Oxford University Press, New York, 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

UGARTE, Pedro Salazar, “Que Participação para Qual Democracia?”, in COELHO, Vera Schattan P. e NOBRE, Marcos (org.) – “Participação e Deliberação – Teoria Democrática e Experiências Institucionais no Brasil Contemporâneo” – Editora 34 – São Paulo pp. 95, 96, 97, 98, 99.

VIANNA, Luiz Werneck e Burgos, Marcelo. “Revolução Processual do Direito e Democracia Progressiva” pp. 337-482, em Vianna, Luiz Werneck (org.) *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*, Belo Horizonte. Editora UFMG, Rio de Janeiro, 2002.

WAMPLER, Brian e AVRITZER, Leonardo, “Públicos Participativos: Sociedade Civil e Novas Instituições no Brasil Democrático”, p.215 em COELHO, Vera Schattan P. e NOBRE, Marcos (org.). *Participação e Deliberação–Teoria Democrática e Experiências Institucionais no Brasil Contemporâneo* . Editora 34, São Paulo, ano.

WEBER, Max. *Ensaio de Sociologia e Outros Escritos*. Seleção de Maurício Tragtenberg, Coleção Os Pensadores, Abril Cultural, São Paulo, 1ª edição, 1974.

WEBER, Max. *Ensaio de Sociologia*. Organização e Introdução: H.H. Gerth e C. Wright Mills, Tradução: Waltensir Dutra, Revisão Técnica: Prof. Fernando Henrique Cardoso, 5ª edição, LTC Editora, Rio de Janeiro, 1982.