



Graciele Neto Cardoso Lins Dutra

O Direito Fundamental à Proteção do Patrimônio Público Econômico

Tese de doutoramento em Direito, ramo de Direito Público - Modalidade de Doutoramento
com curso orientada por José Carlos Vieira de Andrade e apresentada à
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Setembro 2014



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA

**O Direito Fundamental à Proteção do Patrimônio Público
Econômico**



FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA

O Direito Fundamental à Proteção do Patrimônio Público Econômico

(A defesa da *res publica* no Estado Democrático de Direito)

Graciele Neto Cardoso Lins Dutra

Tese de Doutoramento em Direito, ramo Direito Público – Modalidade Doutoramento
com Curso orientada por Doutor José Carlos Vieira de Andrade e apresentada à
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Setembro, 2014.

AGRADECIMENTOS

A Deus por me conceder sabedoria na busca do conhecimento e da verdade.

Aos meus pais Jairo e Regina, à minha irmã Graciane e seu esposo Fernando, e a todos meus familiares por toda compreensão no decorrer deste trabalho. Em especial, ao meu pai que é um exemplo de profissional na área jurídica, a ele todo meu respeito e admiração.

Ao meu esposo Tiago Dutra pelo apoio, companheirismo e auxílio, sobretudo, pelo incentivo e motivação nas etapas difíceis.

Ao meu orientador Doutor José Carlos Vieira de Andrade que soube esclarecer, ponderar e ensinar.

Aos professores do Curso de Doutorado, Prof. Doutor Gomes Canotilho, Prof. Doutor Fernando Alves Correa, Prof. Doutora Alexandra Aragão, Prof. Doutora Maria Benedito Urbano, Prof. Doutor Casalta Nabais pela disponibilidade, auxílio e atendimento no decorrer das aulas.

À Fundação para Ciência e Tecnologia (FCT), pelo apoio financeiro no início da pesquisa.

Aos meus amigos, pelo incentivo e compreensão, em especial, ao Gabriel Prado pela revisão do texto.

E, aos meus alunos, pela bela relação de troca que se estabelece na vida acadêmica, por terem me dado à oportunidade de ensinar e por termos juntos aprendido o que desconhecíamos.

Dedico aos meus avós Geni (*in memoriam*) e Fiorindo, Jane e Lázaro.

“Antes, o bem dos particulares formava o tesouro público; mas agora o tesouro público torna-se patrimônio de particulares.” (Montesquieu)

“O príncipe nada usurpará do patrimônio do povo, despojando-o de alguma de suas propriedades; ele constituirá um patrimônio a seus filhos unicamente de sua propriedade, a fim de que ninguém dentre o meu povo seja privado de suas posses”.
(Ezequiel 46,1-8)

RESUMO

O contexto contemporâneo marcado por crises financeiras, corrupção e malversação dos recursos públicos revela um cenário de violações ao patrimônio público. A necessidade de salvaguardar o patrimônio é de suma importância, uma vez que o comprometimento inadequado dos bens públicos, além de causar uma estagnação no desenvolvimento dos países, desestabilizando os governos, pode afetar a concretização dos direitos básicos dos cidadãos. A realidade demonstra a necessidade de se estabelecer os paradigmas “responsabilidade, controle e governança”. Estes paradigmas, a conjuntura pragmática e as teorias jurídicas configuram os postulados basilares do direito fundamental à proteção do patrimônio público econômico.

O trabalho visa apresentar as premissas para o reconhecimento deste direito. O tema foi desenvolvido numa ordem encadeada dos referenciais: histórico, contemporâneo, teórico, conceitual-sistemático, pragmático, garantístico e crítico-analítico. Na evolução histórica foram apresentadas as civilizações grega e romana até o Estado Democrático de Direito. Na contextualização contemporânea foram mencionados os âmbitos filosófico, jurídico, político, econômico e social. Na análise teórica foram apresentadas as principais teorias geracional, jurídico-constitucional e republicana, com ênfase no Neoconstitucionalismo e Neorepublicanismo. No referencial principiológico-fundante foram expostos os princípios fundantes e estruturantes deste direito fundamental. Nos referenciais conceitual e sistemático procurou-se delimitar o bem a ser tutelado. A terminologia adequada, a composição do patrimônio público econômico, as variações e a gestão foram objetos do estudo. O referencial pragmático foi dividido em duas vertentes de violações: as evidentes (corrupção, conflito de interesses, improbidade e evasão fiscal) e as camufladas (políticas públicas para obter benefícios pessoais e outras medidas de interesses particulares ou corporativos). No referencial garantístico foram apresentados instrumentos de defesa e prevenção, sendo destacada a ação popular. Ao final foram demonstrados os desafios e as tendências no âmbito do reconhecimento. Em suma, o direito fundamental à proteção do patrimônio público econômico consiste num direito essencial à sustentabilidade estatal, à governança e à gestão pública participativa.

Palavras-chave: direitos fundamentais, patrimônio público econômico, governança, Estado.

ABSTRACT

The contemporary context marked by financial crises, corruption and embezzlement of public funds reveals a scenario of violations to public property. The need to safeguard the property is of paramount importance, since the bad use of public goods stagnates the development of countries and destabilize governments, affecting the achievement of the basic rights of citizens. The reality demonstrates the need to establish the paradigms "responsibility, control and governance." These paradigms, the pragmatic context and the legal theories constitute the basic postulates of the fundamental right to the protection of economic public property.

The paper presents the assumptions for the recognition of this right. The theme was developed in a chained order of reference: historical, contemporary, theoretical, conceptual and systematic, pragmatic, guarantee and critical-analytical. Historical evolution in the Greek and Roman civilizations were presented to the Democratic State. Contextualization in contemporary philosophical, legal, political, economic and social spheres were mentioned. In the theoretical analysis, the generational, legal, constitutional and republican theories were presented, with emphasis on Neoconstitutionalism and Neorepublicanism. In the principle-based framework, it was exposed basic principles of this fundamental right. In the conceptual and systematic frameworks, the legal asset to be protected was limited. The proper terminology, the content of economic public property, its types and its management were objects of study. The pragmatic framework was divided into two strands of violations: the obvious (corruption, conflict of interest, malfeasance and tax evasion) and camouflage (public policies for personal gain and other measures of private or corporate interests). Instruments of defense and prevention were presented in the protection tool framework, being highlighted in popular action. At the end, challenges and trends were demonstrated. In short, the fundamental right to protection of economic public property is an essential right to state sustainability, governance and participative public management.

Keywords: fundamental rights, economic public property, governance, State.

SUMÁRIO SINTÉTICO

| | |
|--|-----------|
| AGRADECIMENTOS | 4 |
| RESUMO..... | 7 |
| ABSTRACT | 8 |
| ABREVIATURAS | 23 |
| NOTAS INTRODUTÓRIAS | 24 |
| Considerações iniciais..... | 24 |
| Justificativa e relevância do tema | 26 |
| Delimitação e metodologia utilizada | 28 |
| Estrutura e divisão sistemática..... | 31 |
| | |
| Capítulo I – Contextualização histórica para o reconhecimento do direito fundamental à proteção do patrimônio público econômico | 36 |
| 1. O legado grego | 39 |
| 1.1 Períodos históricos na Grécia..... | 40 |
| 1.1.2 Momento ápice da democracia | 42 |
| 1.1.3 Cidadania como um dever na <i>polis</i> grega..... | 44 |
| 1.2 O <i>modus operandi</i> da vida cívica grega | 46 |
| 1.3 A decadência da civilização grega | 48 |
| 2. O legado de Roma | 48 |
| 2.1 Períodos históricos em Roma..... | 49 |
| 2.2 O Império Romano e a transformação da cidadania | 50 |
| 2.3 O <i>modus operandi</i> da vida cívica romana..... | 53 |
| 3. O Estado Moderno e o Regime Absolutista | 54 |
| 3.1 A Idade Média..... | 55 |
| 3.2 A formação do Estado Moderno | 56 |
| 3.3 Estado Absoluto: atributos e peculiaridades | 57 |
| 4. Os Estados Constitucionais liberais e sociais | 58 |
| 4.1 O Estado Liberal..... | 59 |
| 4.2 O Estado Social | 60 |
| 4.3 Os moldes do Estado Democrático | 61 |

Capítulo II – Contextualização contemporânea para o reconhecimento do direito fundamental à proteção do patrimônio público econômico 64

| | |
|---|-----|
| 1. O Contexto jurídico-filosófico..... | 64 |
| 1.1 As raízes do Jusnaturalismo | 65 |
| 1.2 A passagem do jusnaturalismo ao positivismo | 66 |
| 1.3 O contexto do pós-positivismo..... | 68 |
| 2. Os Contextos econômico e social..... | 70 |
| 2.1 As crises financeiras e o contexto econômico atual..... | 71 |
| 2.2 O cenário da sociedade complexa e plural | 78 |
| 3. O Contexto político-administrativo..... | 82 |
| 3.1 O poder na política contemporânea..... | 84 |
| 3.2 O contexto administrativo contemporâneo | 87 |
| 4. O Contexto global..... | 91 |
| 4.1 O Contexto da sociedade global..... | 92 |
| 4.2 Os Estados Nacionais na perspectiva global | 94 |
| 4.3 A dignidade humana como alicerce da sociedade global..... | 96 |
| 5. O Contexto da democracia e da cidadania..... | 98 |
| 5.1 O legado greco-romano e sua releitura | 98 |
| 5.2 A democracia dos antigos, dos modernos e dos pós-modernos | 101 |
| 5.3 A democracia e a cidadania no século XXI | 103 |

Capítulo III – Contextualização teórica dos direitos fundamentais 110

| | |
|---|-----|
| 1. Teoria geral dos direitos fundamentais..... | 111 |
| 2. Teoria geracional dos direitos fundamentais | 113 |
| 2.1 As gerações dos direitos fundamentais | 114 |
| 2.1.1 Primeira geração dos direitos fundamentais:..... | 115 |
| 2.1.2 Segunda geração dos direitos fundamentais..... | 116 |
| 2.1.3 Terceira geração dos direitos fundamentais | 118 |
| 2.1.4 Quarta geração dos direitos fundamentais..... | 125 |
| 2.2 Sucessividade das Gerações e seu efeito “ <i>in versus</i> ” | 127 |
| 2.3 Abertura quanto ao surgimento de novos direitos fundamentais | 129 |
| 3. Teoria jurídico-constitucional dos direitos fundamentais | 131 |
| 3.1 A jusfundamentalização e o problema da panjusfundamentalização..... | 132 |
| 3.2 A concepção dos direitos fundamentais no Jusnaturalismo | 135 |

| | |
|---|-----|
| 3.2 A positivação dos direitos fundamentais..... | 136 |
| 3.3 O contexto europeu e norte-americano na positivação dos direitos..... | 138 |
| 3.4 A universalidade dos direitos fundamentais..... | 140 |
| 3.6 Os direitos fundamentais no âmbito do neoconstitucionalismo..... | 144 |
| 3.6.1 Teoria da normatividade dos princípios | 145 |
| 3.6.2 Os direitos fundamentais no sistema jurídico (neo)constitucional..... | 149 |
| 4. A teoria republicana dos direitos fundamentais | 157 |
| 4.1 O neo-republicanismo no discurso contemporâneo | 158 |
| 4.2 A teoria republicana na dimensão democrático-funcional..... | 160 |
| 4.3 O Estado de Direito Democrático (Neo)Republicano..... | 162 |
| 4.4 Os direitos fundamentais republicanos | 168 |

Capítulo IV – O reconhecimento do direito fundamental à proteção do patrimônio público econômico 170

| | |
|---|-----|
| 1. A fundamentalidade do direito à proteção do patrimônio público econômico...171 | |
| 1.1 A necessidade de salvaguarda do bem a ser tutelado..... | 171 |
| 1.2 A dignidade como postulado basilar da fundamentalidade..... | 174 |
| 1.2.1 O conceito e as dimensões da dignidade da pessoa humana | 175 |
| 1.2.2 A dignidade e o direito à proteção do patrimônio público econômico..... | 181 |
| 1.3 A vinculação da fundamentalidade ao primado da liberdade | 186 |
| 1.3.1 A liberdade em diferentes contextos: natural, civil e cívica..... | 186 |
| 1.3.2 A liberdade cívica como alicerce da fundamentalidade | 190 |
| 1.4 A vinculação da fundamentalidade à noção tradicional de limite ao poder.... | 191 |
| 1.4.1 Limites ao poder político na era contemporânea..... | 191 |
| 1.4.2 Limites ao poder público no (neo)republicanismo democrático | 193 |
| 1.5 O «dever» como um atributo reforçador da «fundamentalidade»..... | 194 |
| 1.5.1 A retomada dos deveres cívicos na cidadania contemporânea..... | 196 |
| 1.5.2 Os direitos e os deveres na vida comunitária | 197 |
| 2. Os princípios fundantes do direito fundamental à proteção do patrimônio público econômico..... | 199 |
| 2.1 O princípio do Estado de Direito..... | 202 |
| 2.2 O princípio da dignidade da pessoa humana..... | 204 |
| 2.3 O princípio democrático..... | 206 |
| 2.4 O Princípio republicano | 211 |

| | |
|--|------------|
| 2.5 O princípio da separação dos poderes | 215 |
| 2.6 Subprincípios elementares..... | 217 |
| 2.6.1 Subprincípio da moralidade..... | 218 |
| 2.6.2 Subprincípio da responsabilidade..... | 221 |
| 2.6.3 Subprincípio da sustentabilidade | 223 |
| | |
| Capítulo V – O patrimônio público econômico..... | 227 |
| 1. Terminologia adequada | 228 |
| 1.1 A procura do termo adequado | 228 |
| 1.2 Noções gerais do termo | 229 |
| 1.3 Delimitação e proposta da terminologia adequada | 232 |
| 2. Definição do bem jurídico tutelado | 234 |
| 2.1 Composição do patrimônio público econômico..... | 236 |
| 2.1.1 Bens públicos..... | 237 |
| 2.1.2 Valores e dinheiro público..... | 250 |
| 3. As variações do patrimônio público econômico | 252 |
| 4. A gestão do patrimônio público econômico | 256 |
| 4.1 A gestão patrimonial e orçamentária..... | 258 |
| 4.2 A gestão e a economicidade | 260 |
| 5. O enquadramento e a sistematização..... | 263 |
| 5.1 Enquadramento do direito à proteção do patrimônio público econômico na teoria geracional | 264 |
| 5.2 Identificação dos interesses difusos | 266 |
| 5.3 Respaldo Normativo Jurídico-Constitucional | 270 |
| 5.3.1 Normas constitucionais brasileiras | 271 |
| 5.3.2 Normas constitucionais portuguesas | 273 |
| 6. Titularidade do direito à proteção do patrimônio público econômico..... | 275 |
| 6.1 A “contradição” entre o indivíduo e o cidadão | 277 |
| 6.2 A proteção do patrimônio público econômico como um direito cívico..... | 282 |
| | |
| Capítulo VI – As violações ao patrimônio público econômico | 286 |
| 1. Violações clássicas ou evidentes | 287 |
| 1.1 Corrupção | 287 |
| 1.1.1 Breve histórico sobre a Corrupção | 289 |

| | | |
|-------|---|-----|
| 1.1.2 | Conceito de Corrupção | 293 |
| 1.1.3 | A previsão da corrupção nas normas jurídicas | 295 |
| 1.1.4 | A corrupção no âmbito internacional | 297 |
| 1.1.5 | A Corrupção e os institutos aproximados..... | 299 |
| 1.1.6 | A opinião pública sobre corrupção: uma análise luso-brasileira..... | 302 |
| 1.2 | Conflito de interesses | 306 |
| 1.2.1 | Definição de Conflito de Interesses..... | 306 |
| 1.2.2 | A relação entre o conflito de interesses e a corrupção | 308 |
| 1.3 | Corrupção administrativa (Improbidade administrativa)..... | 309 |
| 1.4 | Nepotismo | 312 |
| 1.5 | Evasão Fiscal (Sonegação Fiscal) | 316 |
| 2. | Violações camufladas (não tão evidentes ou imperceptíveis):..... | 321 |
| 2.1 | Aquisição de bens luxuosos no serviço público..... | 322 |
| 2.1.1 | Os prédios públicos suntuosos..... | 323 |
| 2.1.2 | A aquisição de carros luxuosos | 327 |
| 2.1.3 | Os gastos exorbitantes da Copa Mundial de 2014..... | 331 |
| 2.2 | Políticas Públicas direcionadas aos interesses privados (camufladas)..... | 332 |
| 2.3 | Ineficiência nos gastos públicos | 336 |
| 2.4 | “Rent-Seeking”..... | 339 |

Capítulo VII – A tutela do patrimônio público econômico..... 343

| | | |
|-------|--|-----|
| 1. | O Controle como mecanismo de tutela..... | 345 |
| 1.1 | O Controle no Estado Democrático de Direito | 347 |
| 1.2 | Espécies de Controle nas diversas classificações..... | 349 |
| 1.3 | Os principais controles da Administração Pública..... | 351 |
| 2. | Controle jurisdicional do patrimônio público econômico | 354 |
| 2.1 | Ação popular | 355 |
| 2.1.1 | Breve histórico..... | 355 |
| 2.1.2 | Previsão normativa | 357 |
| 2.1.3 | Conceito e natureza jurídica | 359 |
| 2.1.4 | Finalidade, pressupostos e peculiaridades | 361 |
| 2.1.5 | Objeto da ação popular e os bens por ela tutelados..... | 364 |
| 2.1.6 | Legitimidade ativa e legitimidade passiva | 366 |

| | |
|---|-----|
| 2.1.7 Natureza jurídica e efeitos da decisão | 372 |
| 2.2 Ação Civil Pública | 373 |
| 2.3 Ação de Improbidade Administrativa | 374 |
| 3. O controle social no âmbito da gestão pública participativa | 377 |
| 3.1 Formas de Controle social..... | 379 |
| 3.2 Controle social da mídia..... | 381 |
| 3.3 O controle social sob os moldes da <i>governance</i> | 386 |
| 3.4 O acesso à informação como condição <i>sine qua non</i> para o controle social .. | 388 |
| 4. A prevenção como mecanismo indispensável | 392 |
| 4.1 Instrumentos de prevenção e combate à corrupção..... | 393 |
| 4.2 A prevenção das situações que configuram conflito de interesses..... | 398 |
| 4.2.1 Principais mecanismos da OCDE..... | 398 |
| 4.2.2 Normas e órgãos responsáveis no contexto brasileiro..... | 399 |
| 4.2.3 Normas e órgãos responsáveis no contexto português | 403 |
| 4.3 A luta contra a evasão fiscal..... | 405 |
| 5. Controle na perspectiva Comunitária e Internacional..... | 406 |
| 5.1 O controle da União Europeia nos Estados-Membros | 406 |
| 5.2 O controle das Organizações Internacionais | 411 |

Capítulo VIII - Os desafios e as tendências para o reconhecimento do direito fundamental à proteção do patrimônio público econômico 414

| | |
|---|-----|
| 1. O patrimônio público inserido num ambiente vulnerável | 414 |
| 1.1 Trinômio de males: incredibilidade, irresponsabilidade e insustentabilidade. | 415 |
| 1.2 O descrédito: desconfiança gera desconfiança..... | 416 |
| 1.3 O Estado (in)sustentável..... | 419 |
| 2. O patrimônio público econômico e a necessidade de um ambiente equilibrado..... | 421 |
| 2.1 Trinômio em resposta: credibilidade, responsabilidade e sustentabilidade. ... | 422 |
| 2.2 <i>Accountability</i> e Responsividade | 427 |
| 2.3 Democracia sustentada e sustentabilidade democrática..... | 430 |
| 3. A governança do patrimônio público econômico..... | 433 |
| 3.1 Da antiga à nova <i>polis</i> | 434 |
| 3.1 A governança como paradigma central | 435 |
| 3.1.1 Definições de governança..... | 436 |
| 3.1.2 <i>New Public Governance</i> | 440 |

| | |
|--|------------|
| 3.1.3 Diferentes contextos da governança | 445 |
| 3.1.4 Governança participativa e a meta-governança..... | 450 |
| 3.2 O princípio da boa administração..... | 455 |
| 3.3 A Cidadania e o zelo pela coisa pública no âmbito educacional | 457 |
| 3.3.1 Cidadania e Metacidade..... | 459 |
| 3.3.2 Cidadania ativa e participação cívica | 462 |
| 3.3.3 Educação e Cidadania..... | 466 |
| 4. A proteção do patrimônio público econômico e a teoria da justiça intrageracional e intergeracional..... | 469 |
| 4.1 A equidade intergeracional no âmbito da sustentabilidade | 470 |
| 4.2 A responsabilidade intrageracional e intergeracional | 473 |
| CONCLUSÃO..... | 478 |
| BIBLIOGRAFIA | 485 |

SUMÁRIO ANALÍTICO

| | |
|--|-----------|
| AGRADECIMENTOS | 4 |
| RESUMO | 7 |
| ABSTRACT | 8 |
| ABREVIATURAS | 23 |
| NOTAS INTRODUTÓRIAS | 24 |
| Considerações iniciais..... | 24 |
| Justificativa e relevância do tema | 26 |
| Delimitação e metodologia utilizada | 28 |
| Estrutura e divisão sistemática..... | 31 |
| | |
| Capítulo I – Contextualização histórica para o reconhecimento do direito fundamental à proteção do patrimônio público econômico | 36 |
| 1. O legado grego | 39 |
| 1.1 Períodos históricos na Grécia..... | 40 |
| 1.1.2 Momento ápice da democracia | 42 |
| 1.1.3 Cidadania como um dever na <i>polis</i> grega..... | 44 |
| 1.2 O <i>modus operandi</i> da vida cívica grega | 46 |
| 1.3 A decadência da civilização grega | 48 |
| 2. O legado de Roma | 48 |
| 2.1 Períodos históricos em Roma..... | 49 |
| 2.2 O Império Romano e a transformação da cidadania | 50 |
| 2.3 O <i>modus operandi</i> da vida cívica romana..... | 53 |
| 3. O Estado Moderno e o Regime Absolutista | 54 |
| 3.1 A Idade Média..... | 55 |
| 3.2 A formação do Estado Moderno | 56 |
| 3.3 Estado Absoluto: atributos e peculiaridades | 57 |
| 4. Os Estados Constitucionais liberais e sociais | 58 |
| 4.1 O Estado Liberal..... | 59 |
| 4.2 O Estado Social | 60 |
| 4.3 Os moldes do Estado Democrático | 61 |

Capítulo II – Contextualização contemporânea para o reconhecimento do direito fundamental à proteção do patrimônio público econômico 64

| | |
|---|-----|
| 1. O Contexto jurídico-filosófico..... | 64 |
| 1.1 As raízes do Jusnaturalismo | 65 |
| 1.2 A passagem do jusnaturalismo ao positivismo | 66 |
| 1.3 O contexto do pós-positivismo..... | 68 |
| 2. Os Contextos econômico e social..... | 70 |
| 2.1 As crises financeiras e o contexto econômico atual..... | 71 |
| 2.2 O cenário da sociedade complexa e plural | 78 |
| 3. O Contexto político-administrativo..... | 82 |
| 3.1 O poder na política contemporânea..... | 84 |
| 3.2 O contexto administrativo contemporâneo | 87 |
| 4. O Contexto global..... | 91 |
| 4.1 O Contexto da sociedade global..... | 92 |
| 4.2 Os Estados Nacionais na perspectiva global | 94 |
| 4.3 A dignidade humana como alicerce da sociedade global..... | 96 |
| 5. O Contexto da democracia e da cidadania..... | 98 |
| 5.1 O legado greco-romano e sua releitura | 98 |
| 5.2 A democracia dos antigos, dos modernos e dos pós-modernos | 101 |
| 5.3 A democracia e a cidadania no século XXI | 103 |

Capítulo III – Contextualização teórica dos direitos fundamentais 110

| | |
|---|-----|
| 1. Teoria geral dos direitos fundamentais..... | 111 |
| 2. Teoria geracional dos direitos fundamentais | 113 |
| 2.1 As gerações dos direitos fundamentais | 114 |
| 2.1.1 Primeira geração dos direitos fundamentais:..... | 115 |
| 2.1.2 Segunda geração dos direitos fundamentais..... | 116 |
| 2.1.3 Terceira geração dos direitos fundamentais | 118 |
| 2.1.4 Quarta geração dos direitos fundamentais..... | 125 |
| 2.2 Sucessividade das Gerações e seu efeito “ <i>in versus</i> ” | 127 |
| 2.3 Abertura quanto ao surgimento de novos direitos fundamentais | 129 |
| 3. Teoria jurídico-constitucional dos direitos fundamentais | 131 |
| 3.1 A jusfundamentalização e o problema da panjusfundamentalização..... | 132 |
| 3.2 A concepção dos direitos fundamentais no Jusnaturalismo | 135 |

| | |
|---|-----|
| 3.2 A positivação dos direitos fundamentais..... | 136 |
| 3.3 O contexto europeu e norte-americano na positivação dos direitos..... | 138 |
| 3.4 A universalidade dos direitos fundamentais..... | 140 |
| 3.6 Os direitos fundamentais no âmbito do neoconstitucionalismo..... | 144 |
| 3.6.1 Teoria da normatividade dos princípios | 145 |
| 3.6.2 Os direitos fundamentais no sistema jurídico (neo)constitucional..... | 149 |
| 4. A teoria republicana dos direitos fundamentais | 157 |
| 4.1 O neo-republicanismo no discurso contemporâneo | 158 |
| 4.2 A teoria republicana na dimensão democrático-funcional..... | 160 |
| 4.3 O Estado de Direito Democrático (Neo)Republicano..... | 162 |
| 4.4 Os direitos fundamentais republicanos | 168 |

Capítulo IV – O reconhecimento do direito fundamental à proteção do patrimônio público econômico 170

| | |
|---|-----|
| 1. A fundamentalidade do direito à proteção do patrimônio público econômico.. | 171 |
| 1.1 A necessidade de salvaguarda do bem a ser tutelado..... | 171 |
| 1.2 A dignidade como postulado basilar da fundamentalidade..... | 174 |
| 1.2.1 O conceito e as dimensões da dignidade da pessoa humana | 175 |
| 1.2.2 A dignidade e o direito à proteção do patrimônio público econômico..... | 181 |
| 1.3 A vinculação da fundamentalidade ao primado da liberdade | 186 |
| 1.3.1 A liberdade em diferentes contextos: natural, civil e cívica..... | 186 |
| 1.3.2 A liberdade cívica como alicerce da fundamentalidade | 190 |
| 1.4 A vinculação da fundamentalidade à noção tradicional de limite ao poder.... | 191 |
| 1.4.1 Limites ao poder político na era contemporânea..... | 191 |
| 1.4.2 Limites ao poder público no (neo)republicanismo democrático | 193 |
| 1.5 O «dever» como um atributo reforçador da «fundamentalidade»..... | 194 |
| 1.5.1 A retomada dos deveres cívicos na cidadania contemporânea..... | 196 |
| 1.5.2 Os direitos e os deveres na vida comunitária | 197 |
| 2. Os princípios fundantes do direito fundamental à proteção do patrimônio público econômico..... | 199 |
| 2.1 O princípio do Estado de Direito..... | 202 |
| 2.2 O princípio da dignidade da pessoa humana..... | 204 |
| 2.3 O princípio democrático..... | 206 |
| 2.4 O Princípio republicano | 211 |

| | |
|--|------------|
| 2.5 O princípio da separação dos poderes | 215 |
| 2.6 Subprincípios elementares..... | 217 |
| 2.6.1 Subprincípio da moralidade..... | 218 |
| 2.6.2 Subprincípio da responsabilidade..... | 221 |
| 2.6.3 Subprincípio da sustentabilidade | 223 |
| | |
| Capítulo V – O patrimônio público econômico..... | 227 |
| 1. Terminologia adequada | 228 |
| 1.1 A procura do termo adequado | 228 |
| 1.2 Noções gerais do termo | 229 |
| 1.3 Delimitação e proposta da terminologia adequada | 232 |
| 2. Definição do bem jurídico tutelado | 234 |
| 2.1 Composição do patrimônio público econômico..... | 236 |
| 2.1.1 Bens públicos..... | 237 |
| 2.1.2 Valores e dinheiro público..... | 250 |
| 3. As variações do patrimônio público econômico | 252 |
| 4. A gestão do patrimônio público econômico | 256 |
| 4.1 A gestão patrimonial e orçamentária..... | 258 |
| 4.2 A gestão e a economicidade | 260 |
| 5. O enquadramento e a sistematização..... | 263 |
| 5.1 Enquadramento do direito à proteção do patrimônio público econômico na teoria geracional | 264 |
| 5.2 Identificação dos interesses difusos | 266 |
| 5.3 Respaldo Normativo Jurídico-Constitucional | 270 |
| 5.3.1 Normas constitucionais brasileiras | 271 |
| 5.3.2 Normas constitucionais portuguesas | 273 |
| 6. Titularidade do direito à proteção do patrimônio público econômico..... | 275 |
| 6.1 A “contradição” entre o indivíduo e o cidadão | 277 |
| 6.2 A proteção do patrimônio público econômico como um direito cívico..... | 282 |
| | |
| Capítulo VI – As violações ao patrimônio público econômico | 286 |
| 1. Violações clássicas ou evidentes | 287 |
| 1.1 Corrupção | 287 |
| 1.1.1 Breve histórico sobre a Corrupção | 289 |

| | | |
|-------|---|-----|
| 1.1.2 | Conceito de Corrupção | 293 |
| 1.1.3 | A previsão da corrupção nas normas jurídicas | 295 |
| 1.1.4 | A corrupção no âmbito internacional | 297 |
| 1.1.5 | A Corrupção e os institutos aproximados..... | 299 |
| 1.1.6 | A opinião pública sobre corrupção: uma análise luso-brasileira..... | 302 |
| 1.2 | Conflito de interesses | 306 |
| 1.2.1 | Definição de Conflito de Interesses..... | 306 |
| 1.2.2 | A relação entre o conflito de interesses e a corrupção | 308 |
| 1.3 | Corrupção administrativa (Improbidade administrativa)..... | 309 |
| 1.4 | Nepotismo | 312 |
| 1.5 | Evasão Fiscal (Sonegação Fiscal) | 316 |
| 2. | Violações camufladas (não tão evidentes ou imperceptíveis):..... | 321 |
| 2.1 | Aquisição de bens luxuosos no serviço público..... | 322 |
| 2.1.1 | Os prédios públicos suntuosos..... | 323 |
| 2.1.2 | A aquisição de carros luxuosos | 327 |
| 2.1.3 | Os gastos exorbitantes da Copa Mundial de 2014..... | 331 |
| 2.2 | Políticas Públicas direcionadas aos interesses privados (camufladas)..... | 332 |
| 2.3 | Ineficiência nos gastos públicos | 336 |
| 2.4 | “Rent-Seeking”..... | 339 |

Capítulo VII – A tutela do patrimônio público econômico..... 343

| | | |
|-------|--|-----|
| 1. | O Controle como mecanismo de tutela..... | 345 |
| 1.1 | O Controle no Estado Democrático de Direito | 347 |
| 1.2 | Espécies de Controle nas diversas classificações..... | 349 |
| 1.3 | Os principais controles da Administração Pública..... | 351 |
| 2. | Controle jurisdicional do patrimônio público econômico | 354 |
| 2.1 | Ação popular | 355 |
| 2.1.1 | Breve histórico..... | 355 |
| 2.1.2 | Previsão normativa | 357 |
| 2.1.3 | Conceito e natureza jurídica | 359 |
| 2.1.4 | Finalidade, pressupostos e peculiaridades | 361 |
| 2.1.5 | Objeto da ação popular e os bens por ela tutelados..... | 364 |
| 2.1.6 | Legitimidade ativa e legitimidade passiva | 366 |

| | |
|---|-----|
| 2.1.7 Natureza jurídica e efeitos da decisão | 372 |
| 2.2 Ação Civil Pública | 373 |
| 2.3 Ação de Improbidade Administrativa | 374 |
| 3. O controle social no âmbito da gestão pública participativa | 377 |
| 3.1 Formas de Controle social..... | 379 |
| 3.2 Controle social da mídia..... | 381 |
| 3.3 O controle social sob os moldes da <i>governance</i> | 386 |
| 3.4 O acesso à informação como condição <i>sine qua non</i> para o controle social .. | 388 |
| 4. A prevenção como mecanismo indispensável | 392 |
| 4.1 Instrumentos de prevenção e combate à corrupção..... | 393 |
| 4.2 A prevenção das situações que configuram conflito de interesses..... | 398 |
| 4.2.1 Principais mecanismos da OCDE..... | 398 |
| 4.2.2 Normas e órgãos responsáveis no contexto brasileiro..... | 399 |
| 4.2.3 Normas e órgãos responsáveis no contexto português | 403 |
| 4.3 A luta contra a evasão fiscal..... | 405 |
| 5. Controle na perspectiva Comunitária e Internacional..... | 406 |
| 5.1 O controle da União Europeia nos Estados-Membros | 406 |
| 5.2 O controle das Organizações Internacionais | 411 |

Capítulo VIII - Os desafios e as tendências para o reconhecimento do direito fundamental à proteção do patrimônio público econômico 414

| | |
|---|-----|
| 1. O patrimônio público inserido num ambiente vulnerável | 414 |
| 1.1 Trinômio de males: incredibilidade, irresponsabilidade e insustentabilidade. | 415 |
| 1.2 O descrédito: desconfiança gera desconfiança..... | 416 |
| 1.3 O Estado (in)sustentável..... | 419 |
| 2. O patrimônio público econômico e a necessidade de um ambiente equilibrado..... | 421 |
| 2.1 Trinômio em resposta: credibilidade, responsabilidade e sustentabilidade. ... | 422 |
| 2.2 <i>Accountability</i> e Responsividade | 427 |
| 2.3 Democracia sustentada e sustentabilidade democrática..... | 430 |
| 3. A governança do patrimônio público econômico..... | 433 |
| 3.1 Da antiga à nova <i>polis</i> | 434 |
| 3.1 A governança como paradigma central | 435 |
| 3.1.1 Definições de governança..... | 436 |
| 3.1.2 <i>New Public Governance</i> | 440 |

| | |
|--|------------|
| 3.1.3 Diferentes contextos da governança | 445 |
| 3.1.4 Governança participativa e a meta-governança..... | 450 |
| 3.2 O princípio da boa administração..... | 455 |
| 3.3 A Cidadania e o zelo pela coisa pública no âmbito educacional | 457 |
| 3.3.1 Cidadania e Metacidade..... | 459 |
| 3.3.2 Cidadania ativa e participação cívica | 462 |
| 3.3.3 Educação e Cidadania..... | 466 |
| 4. A proteção do patrimônio público econômico e a teoria da justiça intrageracional e intergeracional..... | 469 |
| 4.1 A equidade intergeracional no âmbito da sustentabilidade | 470 |
| 4.2 A responsabilidade intrageracional e intergeracional | 473 |
| CONCLUSÃO..... | 478 |
| BIBLIOGRAFIA | 485 |

ABREVIATURAS

| | |
|---------|---|
| CF | - Constituição Federal |
| CGU | - Controladoria-Geral da União |
| CRP | - Constituição da República Portuguesa |
| CNJ | - Conselho Nacional de Justiça |
| DEA | - <i>Data Envelopment Analysis</i> |
| GREGO | - Grupo de Estados contra a corrupção do Conselho da Europa |
| INTOSAI | <i>International Organization of Supreme Audit Institutions</i> |
| IASB | - <i>International Accounting Standards Board</i> |
| NPM | - <i>New Public Management</i> |
| NPG | - <i>New Public Governance</i> |
| ONU | - Organização das Nações Unidas |
| OCDE | - Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico |
| STF | - Supremo Tribunal Federal |
| STJ | - Superior Tribunal de Justiça |
| TC | - Tribunal Constitucional |
| TCP | - Tribunal de Contas de Portugal |
| TSE | - Tribunal Superior Eleitoral |
| TCU | - Tribunal de Contas União |

NOTAS INTRODUTÓRIAS

Considerações iniciais

“Abertas as portas do erário à invasão de todas as cobiças, baixamos da malversação à penúria, da penúria ao descrédito, do descrédito à bancarrota. Inaugurada a bancarrota, com o seu cortejo de humilhações, agonias e fatalidades, vê a nação falida até as garantias da sua existência, não enxergando com que recursos iria lutar amanhã(...)” Rui Barbosa ¹

O discurso contemporâneo tem vislumbrado a problemática da (in)sustentabilidade financeira do Estado diante das crises econômicas, do crescimento das demandas sociais e das incessantes práticas de corrupção, dentre outros fatores. Os governos têm buscado formas de lidar com os impactos severos das crises, sobretudo, no tocante ao enfrentamento da falta de condições financeiras ao atendimento das necessidades dos indivíduos e à manutenção do aparato administrativo.

Várias medidas foram adotadas com intuito de conter as consequências das crises e prover condições de sustentabilidade financeira. As duas medidas mais comuns foram o aumento de impostos e o corte de despesas. Ambas implicam em decisões com alto custo. A primeira por afetar o desenvolvimento, uma vez que o aumento da carga tributária sufoca o crescimento econômico e, desta forma, reduz a receita arrecadada; já a segunda medida pode reduzir a abrangência e a qualidade dos serviços públicos.

No entanto, a insustentabilidade financeira estatal ultrapassa as consequências diretas geradas pelas crises – descontrole nas finanças públicas e instabilidade econômica – pois provoca um abalo nas instituições públicas. O abalo chega a causar um impacto

¹ BARBOSA, Rui. O Supremo Tribunal Federal na Constituição Brasileira. Revista do Supremo Tribunal, vol. 2, 2ª pt., ag./dez. 1914, p. 393-414

nas próprias estruturas estatais, sobretudo, nos princípios e valores que consagram o Estado contemporâneo.

Estas realidades têm gerado um cenário de vulnerabilidade do patrimônio público. As crises econômico-financeiras, as práticas de corrupção, a malversação dos recursos públicos são situações que têm evidenciado alguns riscos ao inserir o patrimônio público numa esfera de fragilidade.

Portanto, o início do século XXI consiste num tempo propício para afirmação do direito fundamental à proteção patrimônio público econômico ou direito fundamental à defesa da *res publica*. Ressalta-se que um direito fundamental surge numa determinada época diante do contexto de violações aos bens essenciais, com intuito de assegurar direitos necessários à ordem em que foram reconhecidos.

A lesão ao patrimônio público por meio dos desvios de recursos que seriam destinados às satisfações das necessidades dos indivíduos, sobretudo, na efetivação dos direitos econômicos e sociais, afeta a dignidade na sua essência material.

A natureza jusfundamental e a imprescindibilidade do reconhecimento do direito ao patrimônio público econômico estão amparadas na necessidade de salvaguardar o bem das violações, tendo em vista que elas podem gerar sérias consequências em diversas esferas: econômicas, sociais, culturais, jurídicas e políticas. As mazelas chegam afetar, de modo grave, o equilíbrio financeiro do Estado e a comprometer a concretização dos direitos dos indivíduos.

O Estado está a padecer com relação ao domínio das tarefas prestacionais, mostrando-se ineficiente no atendimento das demandas da sociedade complexa e plural. O contexto delineado gera um descrédito da sociedade em relação ao Poder Público. Neste domínio, os paradigmas «responsabilidade, controle e *accountability*» são os pilares que devem direcionar os governos no âmbito da gestão dos recursos.

Desta perspectiva, pode-se afirmar que se os últimos séculos foram propícios para o reconhecimento e a efetivação dos direitos, o século XXI deve estar centrado nos deveres e responsabilidades correspondentes a estes direitos. Portanto, a proteção do patrimônio público deve ter como defensores não somente os agentes públicos responsáveis pela gestão e controle dos bens públicos, mas também os cidadãos.

Diante da necessidade do aumento da capacidade política do governo em intermediar interesses, garantir legitimidade e governar, surgem diversos poderes e atores participantes das decisões estatais, gerando uma nova forma de gestão participativa denominada «*governance*».

Este paradigma impõe, conseqüentemente, a redefinição do papel do Estado que passa de agente regulador-prestador à ideia de agente articulador-coordenador. Os problemas vinculados ao controle do poder e à adequação das instituições políticas para intermediação de interesses impõem a necessidade de reforma do Estado. Estas temáticas centrais são colocadas na pauta das discussões, demonstrando o caráter preponderante de se redefinir determinados conceitos jurídicos e políticos.

As problemáticas atuais, os novos paradigmas da gestão pública e as teorias jurídico-constitucionais configuram, entre outras, premissas que amparam e norteiam o reconhecimento do direito fundamental à proteção do patrimônio público econômico.

Justificativa e relevância do tema

Algumas frases polêmicas demonstram o cenário conturbado vivenciado na esfera pública contemporânea: “Brasil campeão de saltos orçamentais!”, “O gigante acordou!”, “Ou para a robalheira ou paramos o Brasil!”, “As pessoas vão ver que estão sendo roubadas!”, “Mais um empurrão e o governo vai no chão!”, “Que se lixe troika!” “Queremos as nossas vidas!”.² O descontentamento dos governados tem ocasionado a desconfiança e o descrédito em relação ao Poder Público.

Nos últimos tempos, os espaços públicos foram marcados pelas manifestações, revoltas e reivindicações sociais. O povo saiu às ruas para mostrar sua indignação. As

² As frases foram ditas nas manifestações populares. As quatro primeiras frases foram ditas pelo povo brasileiro e as demais pelos portugueses.

situações eram diferentes em cada país. No Brasil a mobilização ocorreu para protestar contra a má utilização dos recursos públicos e em Portugal a mobilização estava relacionada aos efeitos da crise e as políticas de austeridade adotadas. No entanto, verificam-se alguns pontos em comum. Ambas mobilizações eram contrárias às medidas e políticas adotadas pelos governos e estavam relacionadas aos gastos dos recursos públicos.

Os brasileiros protestavam contra a denominada política do “pão e circo”, tendo em vista que as manifestações surgiram no decorrer das reformas dos estádios de futebol para o torneio mundial da FIFA. As revoltas se intensificaram quando os noticiários publicaram os recursos exorbitantes que foram destinados às obras e os gastos acima dos valores propostos. Os cidadãos pleiteavam que os recursos fossem aplicados na saúde, saneamento básico, educação e em prol de outros direitos básicos.

Os portugueses protestavam contra as medidas de austeridade adotadas pelo governo e impostas pelo FMI. Os efeitos da crise foram sentidos pelo povo em geral. As consequências logo apareceram: alta taxa de desemprego, endividamento do Estado, entre outros. Os prejuízos foram suportados pelos cidadãos que indignados foram às ruas.

Trata-se apenas de um slogan “O gigante acordou” - “Queremos nossas vidas” ou da expressão de uma verdadeira insatisfação generalizada? A realidade demonstra que se trata de um cenário complexo refletido no abalo da confiança da sociedade em relação ao Poder Público. Neste cenário verificam-se diversas variáveis inseridas na relação entre indivíduo e Estado. Entre elas, destaca-se a problemática da gestão e utilização dos bens e recursos públicos.

A gestão da *res publica* tem sido muito debatida no discurso atual. As crises financeiras, o aumento das demandas sociais, entre outros fatores, levaram o Estado a direcionar esforços no sentido de intermediar os interesses envolvidos na tentativa de buscar soluções políticas e gerenciais. Além das medidas imediatas como cortes orçamentários e contenção de despesas, vislumbra-se um âmbito de mudanças na Administração Pública diante da relação mais próxima com o setor privado por meio de parcerias ou privatizações.

O Estado contemporâneo, por um lado, encontra-se alicerçado sob os paradigmas da democracia, cidadania, direitos humanos, dentre outros valores que foram

conquistados por meio de lutas e revoluções. No entanto, alguns males ainda estão presentes nas instituições estatais como, por exemplo, o autoritarismo, o abuso de poder, a ineficiência, o desperdício e a corrupção. Neste sentido, a necessidade de se resguardar o patrimônio público torna-se imprescindível para o processo de consolidação daqueles valores e para o combate destes males.

Enfim, basta olhar o panorama atual das mudanças paradigmáticas e dos fenômenos estatais para que se identifiquem as transformações e a necessidade de salvaguardar o patrimônio público das ingerências alheias. A relevância e a pertinência do tema podem ser verificadas na realidade contemporânea.

Delimitação e metodologia utilizada

Observou-se a importância do assunto sobre a “responsabilidade” e a “governança” no âmbito teórico, sendo identificados como paradigmas essenciais no contexto atual. Quanto aos temas do Estado e dos direitos fundamentais sempre causam uma intranquilidade discursiva (Canotilho), o que demonstra sua pertinência para pesquisa acadêmica.

As leituras foram direcionadas às vicissitudes e às problemáticas apresentadas pelo discurso contemporâneo e expostas no âmbito pragmático. O intuito foi buscar um tema capaz de conciliar tais premissas e, ao mesmo tempo, ser relevante à esfera jurídico-constitucional.

Verificou-se que não há estudos específicos sobre o tema, mas há estudos que permeiam a matéria. Um exemplo é autor Bresser-Pereira que trata dos direitos republicanos ao mencionar que tais direitos correspondem ao patrimônio ambiental, ao patrimônio cultural nacional e ao patrimônio econômico público.

Neste sentido, o tema delineado foi identificado como processo integrador e transformador do mecanismo da hermenêutica ao serem analisadas as realidades

contemporâneas que os governos têm enfrentado: crises econômicas, corrupção, dificuldades financeiras, aumento das demandas sociais, entre outras.

Então, surgiu a questão central da pesquisa, a qual se tornou o objetivo principal do trabalho: é possível reconhecer o direito fundamental à proteção do patrimônio público econômico?

Posteriormente, outros questionamentos sobrevieram com intuito de direcionar os estudos e responder a pergunta principal, são eles: tal direito pertenceria a qual dimensão ou geração dos direitos fundamentais? Quem são os titulares e os destinatários deste direito? Qual é o bem tutelado? Quais são as formas de violação ou lesão deste bem? Quais são os meios de tutela deste bem? Quais são os princípios fundantes que amparam este direito fundamental?

O ponto central da tese de doutoramento consiste em apresentar algumas premissas para o reconhecimento do direito fundamental ao patrimônio público econômico.

O trabalho demonstra que o patrimônio público econômico é passível de ser violado por várias formas – corrupção, nepotismo, sonegação fiscal, etc – devendo ser tutelado por meio de Ação Popular, Ação Civil Pública, entre outros. Tal direito pode ser enquadrado na terceira geração (dimensão) dos direitos fundamentais como um direito difuso e coletivo.

O estudo delimita e conceitua o bem a ser tutelado. Para tal mister, algumas questões centrais serviram de suporte: em que consiste o patrimônio público econômico? Qual é o seu conteúdo, a sua composição ou o seu acervo? Qual é a sua abrangência?

A proposta foi realizada no sentido de elaborar a delimitação do bem, para então apresentar os mecanismos de tutela. Há que se vislumbrar que o trabalho foi elaborado com ênfase no âmbito jurídico-constitucional. Por vezes, foram utilizados tópicos e assuntos de outras esferas, sobretudo, das ciências econômicas e contábeis.

A consagração de um regime jurídico direcionado ao direito fundamental à proteção do patrimônio público econômico é imprescindível para sua sedimentação no âmbito jurídico-constitucional. No entanto, ressalta-se que foram desenvolvidos alguns traços principais sobre o tema, tendo em vista que a consolidação de um regime jurídico

no âmbito teórico e prático demanda um debate amadurecido e o enfrentamento de diversos desafios.

Neste sentido, tal proposta representa um tecer dos pontos cruciais para identificação, elaboração e sistematização do regime jurídico deste direito fundamental. É importante mencionar que a pretensão consiste em suscitar o debate e direcionar o discurso contemporâneo à prognose da possibilidade e relevância do reconhecimento deste direito fundamental na esfera jurídico-constitucional.

A respeito da metodologia, é importante mencionar primeiramente a designação do termo “método”. O sentido do termo é “seguindo um caminho”, conforme a origem grega “méta” e “hódos” significa “caminho”.³

O método escolhido para elaboração do trabalho foi o método dedutivo. A partir da análise geral foram analisadas as premissas. Posteriormente, vislumbrou-se uma análise específica e conclusiva. O presente estudo buscou apresentar as premissas gerais no intuito de afirmar a possibilidade do reconhecimento de um direito fundamental.

Portanto, a análise verificou os requisitos ou pressupostos gerais como, por exemplo, o cenário de violações e lesões do bem, a necessidade de salvaguardá-lo mediante um regime jurídico de tutela reforçada, a identificação dos titulares, o embasamento teórico, a conjuntura pragmática, entre outros. Para tal fim, foram utilizados materiais bibliográficos e documentais, principalmente, doutrinas, jurisprudência, legislação, publicações eletrônicas, entre outros.

Conforme aduz Umberto Eco o estudo é científico quando responde aos seguintes requisitos: a) o estudo debruça-se sobre um objeto reconhecível e definido de tal maneira que seja reconhecível igualmente pelos outros; b) o estudo deve dizer do objeto algo que ainda não foi dito ou rever sob uma ótica diferente o que já se disse; c) o estudo deve ser útil aos demais; d) o estudo deve fornecer elementos para a verificação e a constatação das hipóteses apresentadas para continuidade pública.⁴

Em suma, o intuito consistiu na elaboração de um trabalho científico voltado para o objetivo de demonstrar a possibilidade e a necessidade do reconhecimento do direito fundamental à proteção ao patrimônio público econômico no âmbito jurídico-

³ CARVALHO, J. Eduardo. Metodologia do Trabalho Científico. Lisboa: Escolar, 2009. p. 83.

⁴⁴ ECO, Umberto. Como se faz uma tese. São Paulo: Perspectiva, 2008. p. 21 ss.

constitucional. De certo modo, trata-se de um estudo que atende os requisitos delineados por Umberto Eco, vez que o objeto é reconhecível e definido, ainda não consagrado como um direito fundamental, mas que já pode ser vislumbrado na forma garantística (ação popular), sendo algo relevante e útil, com elementos basilares passíveis de ter continuidade pública.

Estrutura e divisão sistemática

A pesquisa foi desenvolvida de acordo com o objetivo central que consiste na elaboração e apresentação das premissas basilares para o reconhecimento do direito fundamental à proteção do patrimônio público econômico. Realizou-se a abordagem dos pontos cruciais suscitados a partir das vertentes históricas, teóricas, pragmática e paradigmáticas.

O presente trabalho está dividido em dez partes: uma introdução, oito capítulos de desenvolvimento do tema e uma conclusão. Na introdução, expõe-se relevância do tema, os questionamentos que direcionaram o trabalho e o objetivo central.

Os oito capítulos possuem referências que demonstram o objetivo específico inserido em cada um deles, compreendendo: a) Capítulo I identificado pelo referencial histórico; b) Capítulo II identificado pela análise da realidade contemporânea; c) Capítulo III identificado pelo referencial teórico; d) Capítulo IV identificado pelo referencial principiológico e fundante; e) Capítulo V identificado pelo referencial conceitual e sistemático; f) Capítulo VI identificado pelo referencial pragmático; e) Capítulo VII identificado pelo referencial garantístico, e; g) Capítulo VIII identificado pelo referencial crítico-analítico.

Neste sentido, observa-se que os capítulos seguiram uma ordem de encadeamento a respeito do tema proposto. Por outras palavras, os capítulos seguiram uma ordem que

visou demonstrar a concatenação das premissas (histórica, contemporânea, teórica, fundante, conceitual, sistemática, pragmática e crítico-analítica).

No capítulo I, denominado “Contextualização histórica para o reconhecimento do direito fundamental à proteção do patrimônio econômico público” foram analisadas as vertentes históricas essenciais para amparar e delinear este direito.

Realizou-se uma abordagem sobre as civilizações Grega e Romana, passando pelo Estado Moderno até chegar ao Estado Democrático de Direito. A memória reavivada das *polis* gregas e do Império Romano configura-se uma análise relevante para o discurso, especialmente, no tocante aos temas «Estado, democracia e cidadania». Por isso, o estudo destas realidades revelou-se importante na medida em que aproxima dois mundos tão diferentes – atual e antigo – na identificação dos traços da vida política daquela época que foram retomados e redefinidos na era contemporânea.

As transformações obtidas na evolução do Estado sempre tiveram relevância por serem constatadas a partir da relação entre Poder Público e indivíduo. No decorrer destas mudanças podem ser verificados os processos históricos que deram origem as dimensões ou gerações dos direitos fundamentais.

As lutas, revoluções e pleitos dos indivíduos no decorrer da história são de extrema relevância na definição, identificação e tutela dos direitos. Então, o reconhecimento do direito fundamental ao patrimônio público econômico pressupõe o estudo do contexto histórico como parte relevante no processo de sua afirmação e consagração.

No tocante ao Capítulo II denominado “Contextualização contemporânea para o reconhecimento do direito fundamental à proteção do patrimônio econômico público” foram abordadas as realidades atuais de diversas esferas (contexto filosófico, jurídico, institucional, político, econômico e social) que corroboram e impulsionam o reconhecimento do direito fundamental ora proposto.

No âmbito social, verificou-se o surgimento de sociedades plurais e complexas, com poderes paralelos ao Estado. A esfera filosófica foi identificada pelo pós-positivismo que resgata os valores junto ao sistema legalista, portanto, vislumbrada a partir dos direitos e princípios fundamentais. A vertente jurídica pautada pela caracterização do

homem com um valor axiológico e centro da ordem jurídica, dotado de direitos fundamentais em face do Estado.

No setor político e administrativo vislumbrou-se a necessidade de se estabelecer mecanismos de controle, prestação de contas ao público e a gestão participativa nos moldes da governança. No setor econômico foi evidenciada uma interferência estatal em prol do indivíduo, seja por meio de regulação ou por constantes limitações ao setor privado, bem como um cenário de crise que demonstra a necessidade de se tutelar a coisa pública.

No Capítulo III sobre a “Contextualização teórica dos Direitos Fundamentais” foram apresentadas e analisadas as principais teorias que amparam o direito fundamental à proteção do patrimônio público econômico: a) a teoria geracional; b) a teoria jurídico-constitucional, e; c) a teoria republicana. A abordagem foi direcionada para o fundamento teórico-argumentativo que ampara o reconhecimento deste direito fundamental.

Na perspectiva da teoria geracional foram estudadas as gerações dos direitos fundamentais, a abertura do sistema jurídico ao surgimento de novos direitos, a necessidade da jusfundamentação e o problema da panjusfundamentação (Casalta Nabais).

Na teoria jurídico-constitucional dos direitos fundamentais foi analisada a concepção dos direitos fundamentais no jusnaturalismo, positivismo e pós-positivismo, bem como a teoria da normatização dos princípios, o neoconstitucionalismo e o sistema jurídico-constitucional dos direitos fundamentais.

Na teoria democrática-funcional dos direitos fundamentais foi destacado o estudo do (Neo)Republicanismo no discurso contemporâneo. A teoria republicana dos direitos fundamentais foi analisada a partir da dimensão democrático-cívica-funcional no Estado de Direito Democrático.

Nos três primeiros capítulos foram apresentados aspectos gerais sobre os direitos fundamentais. A partir do quarto capítulo foram analisados aspectos específicos correspondentes ao direito fundamental à proteção do patrimônio público econômico.

No que tange ao Capítulo IV denominado “O reconhecimento do direito fundamental à proteção do patrimônio público econômico” foi analisado o referencial

principiológico-fundante. Neste capítulo observou-se a necessidade de se apresentar os princípios fundantes do direito proposto.

Ressaltou-se, neste capítulo, a «fundamentalidade» e os princípios fundantes e estruturantes que constituem este direito fundamental, sobretudo, o princípio do Estado de Direito; o princípio da dignidade da pessoa humana; o princípio democrático; o princípio republicano; o princípio da separação dos poderes, e; os subprincípios elementares (moralidade, responsabilidade e sustentabilidade).

Em relação ao Capítulo V intitulado “O patrimônio público econômico como um bem fundamental” tratou-se do referencial conceitual e sistemático, ou seja, procurou-se delimitar e identificar o bem a ser tutelado.

Neste sentido, a abordagem teve início na apresentação da terminologia adequada (a procura do termo adequado, noções gerais do termo, delimitação e proposta da terminologia). Em seguida, foi trabalhada a definição do bem jurídico, ressaltando-se a composição do patrimônio público econômico, as variações e a gestão deste patrimônio. Ao final do capítulo, realizou-se o enquadramento e a sistematização deste direito.

É importante salientar que o direito fundamental ao patrimônio público econômico foi identificado como um direito cívico, cuja titularidade pertence ao cidadão, sendo enquadrado na terceira geração dos direitos fundamentais.

No Capítulo VI denominado “As violações ao patrimônio público econômico” foram apresentadas algumas práticas que lesam bem. Portanto, foi analisado o referencial pragmático, demonstrando a ocorrência de graves violações na realidade atual.

Optou-se por dividir o capítulo em duas vertentes de violações: as evidentes e as camufladas. A primeira visou demonstrar as violações perceptíveis como, por exemplo, a corrupção, o conflito de interesses, a improbidade administrativa e a evasão fiscal. A segunda consistiu em apresentar as violações camufladas (imperceptíveis ou não tão evidentes) como as políticas públicas para obter benefícios pessoais e outras medidas que sob a aparência da prevalência do interesse público são imbuídas de interesses pessoais ou corporativo-institucionais.

Quanto ao Capítulo VII intitulado “A tutela do patrimônio público econômico” foi analisada a defesa do bem, ou seja, a abordagem foi delineada a partir do referencial garantístico, mediante instrumentos de defesa.

Neste capítulo foram apresentados os mecanismos de controle e prevenção. Destacou-se o estudo da ação popular como meio principal de tutela pelo cidadão, sem deixar de mencionar a ação civil pública e ação de improbidade administrativa. O estudo também vislumbrou o controle social no âmbito da gestão participativa (*governance*) e o acesso à informação como condição *sine qua non* ao controle social.

No último capítulo, denominado “Os Desafios e as tendências para o reconhecimento do direito fundamental à proteção do patrimônio público econômico” a análise foi evidenciada a partir de um referencial crítico-analítico.

Neste capítulo foi abordada a realidade e os desafios a serem enfrentados no contexto do reconhecimento do direito fundamental proposto. Apresentou-se o ambiente vulnerável em que se encontra o patrimônio público econômico e os males presentes no Estado (crise de credibilidade, a irresponsabilidade e a insustentabilidade). Diante desta perspectiva, há a necessidade de se criar um ambiente equilibrado amparado nas premissas da responsabilidade, da credibilidade e da sustentabilidade. A *accountability*, a responsividade e a governança foram apresentadas como paradigmas essenciais na proteção deste patrimônio. Outros princípios como, por exemplo, a boa administração e o zelo pela coisa pública foram destacados como postulados na defesa da coisa pública.

Em seguida, a abordagem foi direcionada à teoria da equidade intrageracional e intergeracional que ampara o direito fundamental à proteção do patrimônio público, uma vez que se trata de um direito das gerações presentes, mas que pode ter impactos sobre as gerações futuras.

Ao final, apresenta-se a conclusão do trabalho que consistiu em demonstrar, por meio de algumas premissas, a possibilidade e a necessidade do reconhecimento do direito fundamental à proteção do patrimônio público econômico.

Capítulo I – Contextualização histórica para o reconhecimento do direito fundamental à proteção do patrimônio público econômico

“Quem quiser dar um bom conselho à cidade, que se adiante e fale. Cada um pode, a seu critério, fazer ouvir seu parecer ou calar-se. É possível haver mais bela igualdade entre os cidadãos?” (peça de Eurípedes, proclamação do herói Teseu).

A relação entre o indivíduo e o Estado sofreu grandes transformações ao longo do tempo. O contexto histórico desta relação demonstra que ela foi estabelecida mediante lutas e revoluções. Apesar das mudanças advindas das lutas, verifica-se que a base da relação sempre esteve alicerçada à vinculação dos indivíduos ao Estado, isto é, da sujeição do homem ao poder.

Desde a era antiga, tal sujeição pode ser vislumbrada em diferentes períodos, a iniciar pela submissão ao poder divino; depois pela imposição da força nos tempos imperiais; mais tarde com a chegada dos regimes absolutistas pelo poder soberano expressado na vontade do príncipe; até chegar à sujeição às leis com a consolidação do Estado de Direito.

Nota-se que a relação esteve fundada na forma de se estabelecer o poder e no modo de se fazer valer tal poder frente aos indivíduos. A partir do Estado Constitucional, com o reconhecimento dos direitos individuais, houve uma inversão desta premissa. A relação passou a estar configurada na sujeição do Estado aos direitos e ao interesse dos indivíduos.

A mudança de paradigma pode ser identificada na necessidade de se limitar o poder estatal e assegurar direitos aos indivíduos. No entanto, as transformações acabaram por afetar a própria estrutura e os alicerces que configuravam a base da relação. A transformação salutar consistiu na mudança da posição do homem que passou de um indivíduo submisso a ser designado «sujeito de direitos».

É neste sentido que Hesse dispõe que já não é o homem abstrato, longínquo e distante, como uma partícula isolada, despojado de suas limitações históricas que se deve considerar na ordem jurídico-constitucional, mas um ser histórico, concreto e situado dotado de uma realidade histórica, destinado ao livre desenvolvimento, inserido dentro de vários contextos culturais, sociais e políticos, sujeito de direitos e de deveres, membro responsável no plano social, ente participativo da comunidade, da família, dos grupos sociais e das sociedades políticas.⁵

Deste modo, o indivíduo, detentor de direitos, passou a ser considerado como o centro de todo o ordenamento jurídico-constitucional. Tal perspectiva gerou não somente uma limitação ao poder estatal, mas, sobretudo, o direcionamento, a organização e o funcionamento do Estado voltados para concretização destes direitos. Verifica-se que no final do século XX e início do século XXI, o discurso centralizou-se na efetivação dos direitos fundamentais do indivíduo em face do Estado.

Os direitos fundamentais configuram o cerne da relação estabelecida entre indivíduo e Estado. A dimensão histórica do reconhecimento de tais direitos é delineada por várias lutas e conquistas, a iniciar pelos direitos de liberdade, chamados de primeira geração, que ocasionaram uma postura abstencionista do Estado. Depois o reconhecimento dos direitos sociais gerou a lógica prestacional do sistema estatal até a consagração dos direitos difusos de terceira geração que vêm determinar a atuação conjunta do Estado e do indivíduo num prisma de co-responsabilidade voltada para o bem coletivo.

Neste último contexto – direitos difusos ou coletivos – verifica-se uma transformação na relação entre Estado e indivíduo. O indivíduo é vislumbrado como cidadão, situado na história, inserido no espaço como ente participativo e transformador das realidades contemporâneas. É diante de tal perspectiva que se inicia a prognose da afirmação e do reconhecimento de um direito fundamental à proteção do patrimônio público econômico. Trata-se da proteção e defesa das coisas que pertencem ao povo e que são geridas pelo Estado. Este direito fundamental remonta justamente a esfera dúplice do

⁵ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República da Alemanha*. Tradução (da 20ª edição alemã) Dr. Luís Afonso Heck. Editora: Porto Alegre, 1998. p. 110.

conceito de cidadão como «sujeito de direitos e deveres», responsável pelas transformações sociais, econômicas, jurídicas e políticas.

Nesta perspectiva, o cidadão torna-se, por um lado, sujeito de direitos, mediante o reconhecimento de um direito fundamental ao patrimônio público econômico, pertencente à coletividade. Por outro lado, torna-se ente responsável pela proteção da *res publica*, de forma a evitar e a denunciar as lesões ao patrimônio (corrupção, desvio de recursos, uso de cargo público para fins privados, etc).⁶

Adam Smith menciona que o homem não deve ser considerado como membro separado e desvinculado, mas como um cidadão do mundo, um membro da vasta comunidade da natureza e no interesse dessa grande comunidade, ele deve em todos os momentos estar disposto ao sacrifício de seu mesquinho auto-interesse.⁷

Desta forma, o *status* de cidadão deve passar por uma redefinição. Este código binário «direito/dever» mostra-se imprescindível na era contemporânea. A atuação do indivíduo como cidadão consiste na ideia de que o indivíduo não deve ser configurado apenas como um receptor e detentor de direitos, ou seja, «ente passivo», mas como agente participativo, atuante e responsável, dentro de um contexto de deveres, designando-o «ente ativo».

Diante do cenário da corrupção, abuso de poder, malversação e dilapidação dos recursos e bens públicos há a necessidade de ser reconhecer o direito fundamental à proteção ao patrimônio público econômico. Neste sentido, o estudo exige, principalmente, uma análise histórica a partir da compreensão dos eixos que se deram por superados na evolução do Estado, mas que voltam à tona no discurso jurídico-político contemporâneo: cidadania e democracia.⁸

⁶ O termo “*res publica*” será mencionado no sentido do conceito mais geral da coisa pública. Sem desprezar o conhecimento a respeito dos outros significados do termo, ressalta-se que no presente trabalho o termo foi utilizado conforme a citação do autor Bresser-Pereira ao dispor que “a *res publica*” ou ‘o público’ inclui tudo aquilo que é público, que pertence ao povo, que é de e para todos”. Ressalta-se que a expressão será utilizada em sentido lato. Por vezes, será mencionada a denominação “direito fundamental à defesa da *res publica*” como sinônima do tema “direito fundamental à proteção do patrimônio público econômico”. BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Construção do Estado e Administração Pública. Uma abordagem histórica. FGV-EAESP/GV. Relatório de Pesquisa nº 27 /2005. p. 113.

⁷ SMITH, Adam. *The theory of moral sentiments*. Ed. Revista. Oxford: Clarendon Press. 1975. p. 189ss.

⁸ O termo “cidadania” pode ser usado para definir a pertença a uma determinada organização estatal e também para caracterizar os direitos e deveres dos cidadãos, mas neste trabalho será utilizado conforme o último sentido.

É necessário esclarecer que não se tem a pretensão de exaurir todas as questões históricas envolvidas na evolução do Estado e, menos ainda, de se realizar uma investigação profunda a esse respeito. O propósito é o de identificar e verificar o processo de transformação a respeito da cidadania e democracia, sobretudo, enfatizar os direitos do cidadão na história. Para tal mister importa o estudo destes termos na tradição do pensamento político inserido nas teorias clássica grega, romana, medieval e moderna até chegar nas teorias pós-modernas. O intuito é demonstrar que a história da cidadania e da democracia, bem como dos direitos do cidadão situam-se num movimento gradual e não linear que culmina no reconhecimento do direito fundamental à proteção do patrimônio público econômico.

Portanto, em atendimento ao «princípio da irrenunciabilidade do passado»⁹, longe de transgredi-lo e, ao levar em consideração o provérbio latim *ex nihilo, nihil fit*, é de suma importância traçar as premissas introdutórias ao tema a começar pelo discurso da história grega-romana até o Estado atual. Posteriormente, será realizada uma análise sobre a contextualização das realidades contemporâneas – social, econômica, filosófica, política e institucional – que corroboram para afirmação do direito fundamental à proteção ao patrimônio público econômico.

1. O legado grego

A abordagem da realidade greco-romana consiste num pressuposto teórico-histórico discursivo imprescindível para a afirmação do direito fundamental proposto, por se tratar do reconhecimento de um direito que está vinculado aos ditames da cidadania e da democracia.

As civilizações gregas e romanas são consideradas o berço sobre o qual surgiram as noções a respeito da democracia. Retomar o passado grego e romano, contudo, não significa estagnar o discurso atual em conceitos ultrapassados ou retrógrados, mas

⁹ A afirmação deste princípio está in HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Traducción: Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Mínima Trotta: Madrid, 1998. p.88/89.

verificar o legado deixado, as transformações obtidas, os avanços conquistados no âmbito democrático e cívico e, sobretudo, contrapô-lo com a realidade contemporânea.

A cidade-estado grega era o *locus* onde os indivíduos se encontravam para tratar dos assuntos públicos. Deste modo, a *polis* surgiu num quadro de desenvolvimento social e econômico, destacando-se como um espaço de convivência cívica que propiciou um ambiente virtuoso do qual emergiu o sentido autêntico da expressão «política».

Na Grécia, a unidade da vida política durante toda a época clássica foi consolidada na cidade. A *polis* era, portanto, o espaço onde se desenvolvia a vida pública, a política e a cultura. Desta forma, a cidade era mais do que uma unidade de governo, consistia no *locus* onde os cidadãos gozavam de uma liberdade de discussão, sendo politicamente auto-governada.

A vida normal dos gregos era a vida cívica e comunitária. A cidade-estado não possuía as características da cidade atual, mas era dotada de características típicas de um território agrícola com identidade cívica. A história retrata os períodos anteriores e posteriores à formação da *polis*. Analisar tais períodos é de fundamental importância para a compreensão da democracia e da cidadania no contexto do século XXI.

1.1 Períodos históricos na Grécia

Em geral, podem ser destacados cinco períodos históricos da evolução das cidades-estado gregas que, segundo Oney Q. Assis, compreendem: **1º) Período pré-homérico (antes do séc. XII a.C.)**, denominado de civilização micênica; **2º) Período homérico (séc. XII ao IX a.C.)**, narrado por Homero na *Ilíada* e na *Odisseia*. Teve início com os dórios que introduzem um sistema patriarcal e pastoril; **3º) Período arcaico (séc. VIII ao VI a.C.)** iniciado com os agrupamentos que começaram a construir cidadelas e fortalezas para sua defesa. Houve a retomada do comércio com o oriente, diante crescimento da economia urbana e comercial, onde surgiu uma oligarquia urbana (comerciantes e artífices). Ocorreu uma profunda mudança no direito ateniense com as reformas de Sólon; **4º) Período clássico (séc. V e IV a.C.)** Atenas se tornou a cidade mais importante da Grécia, consolidou-se a democracia, com as reformas de Clístenes e o governo de Péricles. Foi o apogeu da vida urbana, intelectual e artística, mas também o

período de guerras; e, **5º) Período helenístico (séc. IV e III a.C.)** que se iniciou quando a Grécia passou para o domínio da Macedônia e depois para o de Roma.¹⁰

Na história da formação das cidades-estado, verifica-se que a sociedade política urbana não surgiu de forma democrática, tendo em vista que os momentos anteriores à formação da *polis* foram predominadas pela política de dominação.

No início, a civilização grega era delineada por um modo rudimentar de vida que consistia na divisão de tribos. Depois foi configurada como um sistema agrícola e privatístico. Com o passar do tempo, a formação de uma aristocracia dominante e a retomada do comércio com o Oriente deram impulso ao surgimento de inúmeros conflitos internos.

Tal cenário culminou no estabelecimento de um espaço público, diante da necessidade de se solucionar tais conflitos decorrentes dessa evolução. Era preciso ter um local onde todos os cidadãos pudessem participar das demandas e deliberar sobre as decisões políticas.

Deste modo, a *polis* surgiu em oposição ao espaço privado (*Oikos* ou *oikía*). No período homérico todos tinham que trabalhar na esfera privada e isso não era fator de humilhação. Com o aparecimento do espaço público, a vida política levou a liberação dos homens das necessidades da vida (*oikos*), encaminhando-os para o exercício cívico.

Nota-se que houve neste momento, uma inversão da postura do homem grego, cujos valores foram transformados. Olney Assis ressalta que para o homem grego importava a virtude e a coragem nos campos de batalha. Depois o acúmulo de riquezas passou a ser o prestígio. Com o surgimento da *polis* a condição do cidadão passou a ser almejada, pois a virtude da excelência e do mérito cívico, significava liberdade intelectual e moral, independentemente de classe ou origem social.¹¹

No mesmo sentido Hannah Arendt destaca que essa liberdade (política) era precedida da liberação. Para ser livre, o homem deve ter-se liberado das necessidades da vida. A autora vislumbra que esse estado de liberdade necessitava também da companhia

¹⁰ ASSIS, Olney Queiroz e outros. História da Cultura Jurídica. O Direito na Grécia. São Paulo: Método, 2010. p. 17.

¹¹ A *polis* foi configurada como o local de encontro dos iguais, dos homens que se libertavam da coação da necessidade, isto é, do trabalho, da labuta, eram considerados livres e também era livre a atividade que exercem. ASSIS, Olney Queiroz e outros. História da Cultura Jurídica... p. 58.

de outros homens que estivessem no mesmo estado e também de um espaço público, no qual cada homem livre poderia inserir-se por palavras e feitos.¹²

Portanto, o surgimento da *polis* não significou apenas o aparecimento de um espaço aberto às decisões para resolução de conflitos mas significou, sobretudo, um romper com o passado baseado em desigualdades e o estabelecimento de relações públicas comunitárias.

1.1.2 Momento ápice da democracia

O momento ápice da histórica grega consistiu na formação de um espaço público que deu origem a noção de «democracia». Assim, a noção de governo do povo surgiu no período clássico, no qual a praça pública passou a configurar o *locus* dos debates e das decisões tomadas pelos cidadãos.

Desta forma, as questões de interesse geral eram submetidas e resolvidas mediante um debate público. O combate de argumentos se fazia em plena praça pública. O ideal democrático fundamental baseava-se na liberdade (*eleutheria*).

O exercício da liberdade estava presente em várias esferas: na liberdade política, ou seja, na obrigação de participar na tomada de decisões, na liberdade privada de viver mais ou menos como cada um desejava. No entanto, o âmbito mais importante da liberdade consistia na defesa livre do bem comum.¹³

Neste sentido, a *polis* se configurou como o espaço público dos homens livres, motivo pelo qual o governo pertencia a todos. Nela o homem grego adquiria uma espécie de segunda vida, a sua *bíos politikós*, distinta da vida privada, que consistia na vida do *politikón zoîon* (o animal político).¹⁴

¹² ARENDT, Hannah. Entre o passado e o futuro. Trad. Mauro W. Barbosa. 7 ed. São Paulo: Perspectiva, 2011. p. 194 ss.

¹³ CRICK, Bernard. A democracia. Trad. Carla Hilário Quevedo. Vila Nova: Quasi Edições. 2002. p. 21.

¹⁴ ASSIS, Olney Queiroz e outros. História da Cultura Jurídica... p. 125.

No entanto, as esferas pública e privada na *polis* grega não eram estanques e dicotômicas. As duas esferas *polites* e *idiotes*, a ação e o discurso da pessoa eram políticos, ou seja, voltados para o coletivo.¹⁵

Esta perspectiva pode ser vislumbrada no relato de Péricles sobre a democracia, segundo escreve Tucídides:

“Vivemos sob uma forma de governo que não se baseia nas instituições de nossos vizinhos; ao contrário, servimos de modelo a alguns, ao invés de imitar outros. Seu nome, como tudo de não de poucos mas da maioria, é democracia. Nela, enquanto no tocante às leis todos são iguais para a solução de suas divergências privadas (...) Aqui, cada indivíduo está interessado não apenas nos seus assuntos, mas também nos assuntos do Estado: mesmo aqueles que vivem ocupados com as suas próprias coisas estão extremamente bem informados sobre questões de política geral”.¹⁶

Portanto, pode-se destacar que a característica peculiar da democracia grega consistia na ocupação do cidadão com um único ofício: a política. No entanto, é importante destacar que apenas os cidadãos faziam parte da *polis*. No conceito de cidadão não se enquadravam os estrangeiros, os escravos e as mulheres.

A participação política se dava apenas aos indivíduos virtuosos, que por suas qualidades e posições sociais estavam dispostos a participar diretamente da gestão dos assuntos públicos.¹⁷ Devido a tal fato, alguns autores dispõem que a democracia ateniense era na realidade uma aristocracia.¹⁸

¹⁵ A *polis* integralmente constituída correspondia a uma sociedade politizada na esfera pública, situada num plano mais elevado de importância do que os assuntos privados dos indivíduos. ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson. Nem cidadãos nem seres livres: o dilema político do indivíduo na ordem liberal-democrática. In: Dados: Revista de Ciências sociais, v. 28, n. 1, p. 5-25 1985. p. 08.

¹⁶ Na Oração fúnebre (Tucídides atribui a Péricles): “Temos, diz Péricles, uma Constituição que não se modelou em nenhuma outra, mas que é, antes, um modelo para as outras”. Assinala os traços essenciais da Constituição ateniense: a absoluta igualdade entre todos os cidadãos. A lei e os costumes, liberais em tudo quanto diz respeito às relações individuais, são severos e temíveis unicamente para assegurar o exercício dos deveres públicos. Nesse ponto as sanções legais e as da opinião mantêm uma disciplina respeitada por todos. TUCÍDIDES, La guerra del Peloponneso, II, 37 e 40, Turim, 1996. p. 231 e 235.

¹⁷ CORRAL, Benedito Alávez. Nacionalidad, ciudadanía y democracia. Madrid: Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006. p. 26.

¹⁸ Segundo o autor há, nessa afirmação, um pouco de verdade e muito erro. Se dizer que a população Ática não formava, no seu conjunto, uma democracia no sentido moderno da palavra, a asserção é justa. A.

Mesmo diante desta perspectiva, a democracia grega consistiu num marco histórico no que tange a democracia moderna, não somente pelo surgimento de um espaço público em que o cidadão participava diretamente da esfera política mas, sobretudo, pelo ensinamento deixado a respeito do dever do cidadão para com a *res publica*.

1.1.3 Cidadania como um dever na *polis* grega

O resultado de uma cidadania vislumbrada a partir do surgimento da *polis* exigiu uma reorganização da sociedade agrícola em bases totalmente novas e em um grau maior de complexidade. A reciprocidade e a convivência passaram a depender da expansão da cidadania (*isegoria*), mediante um *status* que possibilitou estabelecer a igualdade entre pessoas socialmente desiguais. O espaço público foi considerado o espaço político e o local de encontro dos iguais (*ísoi*). Nesse espaço, a liberdade política apareceu como *status* próprio daquele que era considerado cidadão.

Deste modo, reconhecia-se como cidadão todo homem que tomava parte no culto da cidade. O homem que se inscrevia no registro de cidadãos, jurava praticar o culto dos deuses da cidade e por eles combater. Portanto, ser admitido no número de cidadãos consistia entrar na partilha das coisas sagradas (*meteînai tôn nirôn*).¹⁹

Pertencer a *polis* significava honrar seu valor, celebrar a pátria, potencializar o civismo dos vivos concebido sobre os mortos. Assim, os gregos não separavam cidadãos e cidade, não havia uma diferenciação entre a *polis* e pertencer à *polis*. Por isso eles falavam em liberdade como pertença ao grupo social.²⁰

O exercício da cidadania surge como um dever para com a *res publica*. A igualdade consistia em participar da *polis*, onde todos se tornavam entes iguais e participantes de

CROIZET/Genuino Amazonas de Figueiredo. A cidadania na Grécia e em Roma. 2ª ed. Brasília: Senado Federal, Ministério da Ciência e Tecnologia, 2002. p. 10.

¹⁹ FUSTEL, de Coulanges. A cidade antiga. Trad. Fernando de Aguiar. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 1998. p. 210.

²⁰ ASSIS, Olney Queiroz e outros. História da Cultura Jurídica... p. 124.

um mesmo espaço na tomada das decisões políticas. Assim, a igualdade implicava no domínio do cumprimento dos deveres cívicos indispensáveis à vida coletiva da cidade.²¹

Portanto, participar da *polis* era condição de igualdade e consistia num exercício de liberdade cívica. Tratava-se de um dever coletivo, ou seja, de um cuidado para com a *res publica*.

A liberdade para os gregos consistia no sentimento de pertença à cidade, ao atuar como membros participavam na totalidade da *polis* e de suas leis. Segundo Jaeger, era uma liberdade política que em nada se assemelha com a liberdade do individualismo moderno.²²

Esta liberdade cívica era muito importante para o cidadão grego, vez que as sanções e os procedimentos punitivos, em muitos casos, tinham por consequência não apenas a expulsão do indivíduo da *polis*, mas consistia na perda do *status* de cidadão, ou seja, na perda de sua cidadania. Tal medida para um cidadão daquela época significava um banimento de sua própria liberdade «*status libertatis*», pois voltar ao espaço privado, significava adentrar no mundo das necessidades «*status servitutis*».

Deste modo, o pensamento grego estava baseado na premissa de que o homem considerado no espaço privado era coagido pelas necessidades da natureza, isto é, entrar no mundo dos meios de subsistência. Para ser livre era preciso libertar-se das necessidades da vida para o exercício da cidadania no espaço público.

Verifica-se, então, a importância do significado de ser cidadão ao povo grego, sobretudo, em Atenas. A palavra-chave da civilização ateniense talvez tenha sido “animal político”, segundo a ideia aristotélica. O filósofo ressalta que os atenienses foram, primeiramente, cidadãos. A conduta apolítica era inconcebível porque significava a renúncia àquilo que era a própria essência do ateniense: a pertença ao corpo político, à cidade.²³ Neste sentido, Aristóteles indagava:

²¹ A. CROIZET/Genuino Amazonas de Figueiredo. A cidadania na Grécia e em Roma. 2ª ed. Brasília: Senado Federal, Ministério da Ciência e Tecnologia, 2002. p. 31.

²² JAEGER, WERNER. Paidéia: a formação do homem grego. 3.ed. São Paulo: Martins fontes, 1995. p. 228.

²³ É verdade que havia atenienses sobrecarregados com a labuta no campo e outros que preferiam seus negócios particulares, mas o número daqueles que se encontravam cotidianamente em contato com as realidades políticas era proporcionalmente considerável. E isso se traduzia pelo primado da política em todos os domínios do pensamento. MOSSÉ, Claude. Atenas: A História de uma democracia. Trad. João Batista da Costa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979. P.160ss.

“O verdadeiro cidadão é só aquele que pode participar do poder, ou deve considerar cidadãos também os operários? Se devemos considerar cidadãos os que não participam das magistraturas, não é possível que a virtude pertença a todo o cidadão, posto que estes seriam também cidadãos. Em que classe devemos colocar cada um? Na verdade não devemos considerar cidadãos a todos aqueles sem os quais não poderia existir a cidade”.²⁴

Deste modo, os gregos acreditavam que a cidadania era o propósito mais elevado do homem e que a imortalidade consistia em ser recordado por serviços prestados à *polis*.²⁵

Portanto, a cidadania estava vinculada aos preceitos de liberdade e igualdade que, segundo o pensamento grego, consistia na participação das decisões coletivas e na submissão das leis. O fundamento dessa noção estava presente na própria condição de ser cidadão, ou seja, na pertença a *polis*.

1.2 O *modus operandi* da vida cívica grega

Longe de ter os aspectos modernos das cidades e dos Estados contemporâneos, as cidades-estado gregas eram *locus* onde se encontravam os cidadãos que deixavam suas tribos para participar da vida pública, política e religiosa.

Como ressaltado, o surgimento deste espaço público (*polis*) resultou na organização e estruturação da sociedade grega. Foram criados Conselhos, Assembleias e cargos públicos. A vida cívica, portanto, era estabelecida mediante reuniões populares.

Para iniciar sua vida cívica o indivíduo tinha que se registrar na cidade. Croizet afirma que a qualidade de cidadão se dava por meio da inscrição do adolescente, aos

²⁴ Posto que existem vários políticos, tem que haver também necessariamente várias classes de cidadãos, especialmente de cidadãos governados, de sorte que em algum regime tenham que ser cidadãos o operário e o camponês, e em alguns isto será impossível, por exemplo, em um dos chamados aristocráticos, em que as dignidades se concedem segundo as qualidades e méritos. ARISTÓTELES. Política. Clássicos Políticos. Edición Bilingüe. Madrid: Instituto de Estudios Políticos. 1951. p.76/77.

²⁵ CRICK, Bernard. A democracia...p. 29.

dezoito anos, num registro do seu *dema*, o “registro do sorteio para encargos”. Aos vinte anos, possuía a plenitude dos seus direitos civis e políticos, podendo ter assento na Assembleia, falar e votar, bem como ter um cargo na magistratura e ocupar diversas funções de cidadão.

A vida cívica era delineada por dois centros principais de atividade política: o Conselho dos Quinhentos e a Assembleia do Povo. O primeiro consistia num órgão com função preparatória e organizatória (preparação dos assuntos a serem discutidos na Assembleia) e o segundo consistia na reunião de todos os cidadãos para tomada de decisões.²⁶

Segundo relata Comparato, antes de exercerem em função, todos os agentes públicos, escolhidos por sorteio ou eleitos pelo povo, eram submetidos a um exame prévio (*dokimasia*) perante um júri popular. Ao término de sua gestão, realizava-se indefectivelmente a prestação de contas (*euthynai*) perante um grupo de dez auditores e dez advogados, escolhidos por sorteio do conjunto dos cidadãos. Se esse exame final levasse a resultados insatisfatórios, o examinado era denunciado como réu num processo penal perante um dicastério ou júri popular. Além disso, diferentemente do que se sucedia em Roma, os agentes públicos podiam ser destituídos pelo povo no curso do seu mandato.²⁷

A Assembleia do Povo teoricamente compreendia a totalidade dos cidadãos maiores de vinte anos. Consistia numa reunião popular ao ar livre, onde se deliberavam sobre os assuntos públicos, assim, se constituía o poder soberano.²⁸

²⁶ O Conselho de Quinhentos era composto por cem membros de cada tribo, sendo constituído pelo sorteio, tinha como escopo de estudo as questões que deviam ser submetidas à Assembleia, a preparação dos projetos dos decretos e a formulação da ordem do dia. Configurava-se como um órgão de preparo, além de ter atribuições de vigilância e de fiscalização em todos os ramos administrativos. Interessante notar que ao término do seu ano de seu exercício, o Conselho prestava contas, e se fosse aprovado pela Assembleia elogiado. O princípio essencial da democracia em Atenas estava baseado na seguinte premissa: todo aquele que possui uma parcela qualquer de autoridade pública deve, ao abandonar o seu cargo, prestar contas ao povo ou aos seus delegados. A. CROIZET/Genuino Amazonas de Figueiredo. A cidadania na Grécia e em Roma. 2ª ed. Brasília: Senado Federal, Ministério da Ciência e Tecnologia, 2002. p. 09.

²⁷ COMPARATO, Fábio Konder. Repensar a democracia. In: *Democracia, Direito e Política: Estudos Internacionais em homenagem a Friedrich Müller*. Florianópolis: Conceito Editorial. 2006. p. 195.

²⁸ Segundo A. Croizet: cada reunião da Assembleia era iniciada por uma cerimônia religiosa. Lia-se em seguida, a ordem do dia e o projeto de decreto preparado pelo Conselho sobre a primeira questão a resolver. Era pronunciado depois as palavras consagradas: “Quem quer falar, entre os cidadãos maiores de cinquenta anos? Estava aberta a discussão. No começo, os mais velhos falavam, depois isso não foi respeitado mais, pois os cidadãos que tinham um discurso e uma oratória se destacavam e iniciavam as discussões. A. CROIZET/Genuino Amazonas de Figueiredo. A cidadania na Grécia e em Roma... p. 09.

Portanto, a *politeia* representava a unidade dos cidadãos atuantes numa comunidade cívica como um todo, sobretudo, no Conselho dos Quinhentos e na Assembleia do Povo.

1.3 A decadência da civilização grega

O período clássico da civilização grega, por um lado, foi marcado pela estruturação da *polis* que teve seu ápice com o governo de Péricles, bem como pela consolidação da democracia e o pela convivência da vida cívica. Por outro lado, o período foi delineado por guerras entre as cidades que culminaram na decadência da civilização.

Este cenário corroborou para o início do período helenístico, caracterizado pelo domínio macedônico e romano. Dessa forma, a democracia direta preconizada na *polis* foi, aos poucos, desaparecendo.

A decadência da democracia teve início com a guerra do Peloponeso. Após tal guerra, as cidades gregas se envolveram em outros conflitos pela disputa de hegemonia do território grego. Em 322 a.C. a democracia ateniense foi destruída e a influência macedônica passou a dominar até quando os romanos libertaram os atenienses do jugo macedônico. Assim, a *polis* ateniense cedeu lugar à *civitas* romana.²⁹

2. O legado de Roma

A tomada de Roma provocou uma profunda alteração nas cidades. A cidade mudou de fisionomia. No início, ela tinha características de um vínculo formado por pequenos centros, ainda com vestígios de cidades democráticas mas, posteriormente, tornou-se um terreno dominado por patrícios da *gens*, ligados a um poder central.

O intuito da formação de um Império, por meio de um poder central dominador, foi predominante para acabar com as cidades antigas, seus valores e sua autonomia.

²⁹ ASSIS, Olney Queiroz e outros. História da Cultura Jurídica... p. 140.

Diante deste cenário a democracia grega foi, aos poucos, cedendo lugar ao imperialismo romano.

A vitalidade local de cada cidade, bem como as características tradicionais das cidades-estado persistiram, por algum tempo, nas cidades do Império Romano. No entanto, aos poucos, as coisas foram mudando. O sistema antigo dependia da concepção da cidade e o sentido de lealdade foi decisivo para a inserção de um governo central e dominador.

2.1 Períodos históricos em Roma

Nos tempos mais remotos, Roma era apenas uma cidade como as outras, somente era distinta pela base militar. A fortaleza de Roma estava concentrada em seu exército, o que culminou nas conquistas de terras para formação do Império.

No período da realeza, a organização social era dividida em patrícios e plebeus. Na organização jurídico-política as leis eram de iniciativa do rei e votadas pelos patrícios que se reuniam em cúrias (*comitia curiata*).

A queda da realeza em Roma foi ocasionada por uma revolução aristocrática, destinada a formar a preponderância dos *patres*, libertando-os da incômoda tutela de um chefe vitalício. A fortuna militar de Roma e a repercussão da evolução na esfera política foram as causas que detiveram o impulso da democracia e orientaram o império.

Finda a realeza com a morte do rei, destronado por uma revolução, chefiada por patrícios e militares, instaurou-se a república. O *rex*, chefe único e vitalício na realeza, foi substituído por uma magistratura colegial, no princípio vitalícia e depois anual. Entrou em cena o poder consular, representado pelos cônsules, detedores do *Imperium*, a suprema magistratura.

O Tribuno da Plebe era formado por magistrados plebeus, com direito de veto contra decisões a serem tomadas. Desse modo, o *populus romanum* – povo romano – excluía a participação dos plebeus que tinham que recorrer ao Tribuno da Plebe para

realizar sua defesa, suas reivindicações e podiam opor-se até mesmo contra as decisões dos cônsules e dos senadores.³⁰

No auge da República, Roma dominava maior parte da Itália. A busca pela riqueza e pelo progresso estava presente no ideal do pensamento romano. A decadência foi a consequência maléfica da própria grandeza de Roma.

2.2 O Império Romano e a transformação da cidadania

O Império romano teve por base um poder central que foi consolidado por uma aliança constituída por meio de um esforço militar de conquistas territoriais. Com isso, Roma passou a ser configurada como uma nação militar. No início, ameaçada e depois cada vez mais ameaçadora, conquistando e expandindo até a formação de um Império. Desse modo, a esfera militar e a cidadania estavam intimamente relacionadas.³¹

A tática romana para expansão territorial era baseada na conquista de terras por meio do exército. A cada conquista de um novo território, era enviado um dos cidadãos romanos para dominar e administrar a região conquistada que se denominava “província”.

Este cidadão romano era designado para cuidar da terra conquistada e tinha um poder de *imperium*, ou seja, um poder que sintetizava na sua pessoa todos os direitos da república daquela região (exercia o poder militar e administrativo), mas que estava vinculado ao poder central.

É importante destacar que, as cidades não foram totalmente banidas, mas o crescimento do Império Romano assumiu a forma de uma união com outras cidades-estado, primeiro na Itália e depois nas províncias. O “*divus Caesar*” era o objeto de adoração de todas as cidades do Império.³²

As cidadanias locais não desapareceram de imediato, mas o escopo de sua ação coletiva passou a obedecer aos desígnios do centro imperial romano e a sofrer as consequências de seu poder militar superior.

³⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. Direito Romano Moderno...p. 20.

³¹ CRICK, Bernard. A democracia... p. 30.

³² BARKER, Sir Ernest. Teoria Política Grega. Trad. Sérgio F. G. Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1978. p. 44.

Nesse período formaram-se duas cidadanias: uma ‘*civitas*’ local e outra de Roma. A cidadania central foi, de fato, um vínculo de fidelidade pessoal ao soberano divinizado. O Império inaugurou uma nova cidadania. Com o desaparecimento da participação política, o espaço público ficou restrito. Os novos pólos do poder passaram a ser o imperador (símbolo da unidade do Império) e o exército esteio de dominação.

A cidadania estava ligada aos vínculos pessoais e não mais públicos. Diante desse cenário, os cidadãos foram privados de sua vida política, perdendo a peculiaridade que marcava a participação na vida pública.

As prerrogativas do cidadão romano desapareceram, na medida em que todos se tornaram súditos do Imperador. O *status* privilegiado de cidadão foi perdendo importância e as diferenças de riqueza por todo o Império passaram a garantir o acesso privilegiado à justiça e aos outros benefícios concedidos pelo Estado.

Nesse contexto, o próprio estatuto de cidadão perdeu sua capacidade de representar, politicamente, uma comunidade de direitos e deveres. O poder centralizado na figura do Imperador, passou a ser articulado por grupos de pressão, vinculados à riqueza e influências pessoais.³³

Então, os sentimentos e os costumes foram transformados. A ideia que se fazia dos deveres do cidadão passou por mudanças salutares. O dever por excelência deixou de consistir em conceder o seu tempo, as suas forças e a sua vida ao Estado. A política e a guerra já não representavam tudo para o homem.³⁴

Fustel menciona que o homem ainda tinha deveres para com a cidade, mas esses deveres já não derivavam do mesmo princípio de outrora. O homem ainda oferecia o seu sangue e a sua vida, não para defender a sua divindade nacional e o lar de seus pais mas para defender as instituições e usufruir das vantagens que a cidade lhe proporcionara.

Segundo o autor, este novo patriotismo não teve precisamente os mesmos efeitos conhecidos dos velhos tempos. Como o coração do homem já não se prendia aos deuses

³³ PINZKY, Jaime. História da Cidadania... p. 44 e ss.

³⁴ O autor menciona que um dos pontos centrais do conflito girou em torno da distribuição das terras conquistadas na Itália. A luta por redistribuição de terras agitou as últimas décadas do século II a. C. A partir de fins do século II a.C., o exército romano tornou-se uma força mercenária, composta por cidadãos de poucos recursos que viam, nas vitórias dos generais que os comandavam, a possibilidade de obter terras e riquezas no final das campanhas. PINZKY, Jaime. História da Cidadania. São Paulo: Contexto, 2003.p. 43 e 449.

protetores e ao solo sagrado, mas somente às instituições e às leis e, como essas, passavam por um estado de instabilidade nas cidades em que se encontravam, o patriotismo tornou-se sentimento variável e inconsciente dependendo das circunstâncias e sujeito às mesmas incertezas do próprio governo.³⁵

A cidadania deixou de representar a comunidade dos habitantes de um território circunscrito, para englobar os senhores de um Império, fossem ricos ou pobres, habitassem em Roma, ou nos territórios conquistados. Roma tornou-se, portanto, uma potência territorial.

Portanto, o Império Romano consolidou-se num poder central com um direito único para todos os cidadãos, ao contrário das cidades-estado gregas que possuíam autonomia e direitos próprios determinantes em cada *polis* (Atenas, Esparta, Tebas, etc).

Neste Império, o *ius civile* prescrevia direitos e deveres de caráter privado, tais como, o *ius trianomia*; o *ius conubium*. Havia o *ius commercium*, dos direitos comerciais e correlatos. E também havia o *ius honorum*, o direito de ser eleito, e o *ius suffragii*, o direito de votar, ambos com certas garantias políticas.³⁶

Para que o homem pudesse gozar de modo completo das prerrogativas e dos direitos do *Jus Publicum* e do *Jus Privatum* era preciso estar de posse três *status*: *status libertatis*, *status civitatis* e *status familiae*.³⁷

³⁵ Enquanto lentamente Roma se expandia, por meio da religião e das ideias de então postas à sua disposição, toda uma série de modificações sociais e políticas se desenrolava em todas as cidades e na própria Roma, transformando ao mesmo tempo o governo dos homens e sua maneira de pensar. FUSTEL, de Coulanges. A cidade antiga. Trad. Fernando de Aguiar. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 1998. p. 416 ss.

³⁶ ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson. Nem cidadãos nem seres livres... p. 09.

³⁷ O autor destaca, no tocante ao *status libertatis* que os romanos eram divididos em homens livres e escravos. Era *sui generis* a condição jurídica do escravo romano: coisa (senhor – poder dominum) e pessoa (senhor – poder poestas). Já no *status civitatis*, os homens dividiam-se em cidadãos e estrangeiros. Os cidadãos romanos gozavam da civitas e possuíam todos os direitos civis (*connubium* – contrair casamento, *commercium* – transmitir ou adquirir propriedades) e políticos (*jus suffragii* – direito de votar e ser votado; *jus honorum* – direito de elegibilidade para as funções da República; *jus provocationis* – direito de apelo ao povo nos processos-crimes; *jus militiae* – prestar serviços nas legiões). Já no tocante ao *status familiae*, o indivíduo romano chefe de família detinha poderes absolutos e ilimitados, pois a família romana era consagrada sob o *modus* de vida patriarcal. Quando o indivíduo não possuía alguns destes *status* estava diante da *capite diminutus*. Havia as seguintes gradações: máxima, média ou mínima. Na primeira considerava a extinção completa da personalidade civil (perdia-se também a liberdade); na segunda perdia o estado de cidade (mas continuava com a liberdade); e, na terceira era casamento ou arrogação com *manus*. A. CROIZET/Genuino Amazonas de Figueiredo. A cidadania na Grécia e em Roma. 2ª ed. Brasília: Senado Federal, Ministério da Ciência e Tecnologia, 2002. p. 42 ss.

2.3 O *modus operandi* da vida cívica romana

Devido à expansão demasiada, Roma enfrentou alguns desafios: integrar o sistema de governo central, cuidar da defesa do território conquistado e, ainda, fazer com todos cumprissem as leis. O exército e a multidão da cidade tinham de ser integrados numa comunidade política, aquela a executar ordens e essa a obedecê-las.

Neste sentido, Crick menciona que a prática adotada para tal fim consistia numa mistura poderosa de patriotismo republicano e de realismo aristocrático duro e muitas vezes brutal, como era verificado nas insígnias das legiões e estampas militares sobre o senado e o povo. Essa união era a base do poder exercido sobre os seus vizinhos.³⁸

O Império Romano passou a ter domínio sobre várias terras chamadas de “províncias”, mas o núcleo do poder permaneceu no centro de um sistema de governo. Os cidadãos eram obedientes às imposições do poder central.

Para os romanos, a cidadania e a cidade do Estado constituíam um único conceito. *Civis* é o ser humano livre e, por isso, *civitas* carregava a noção de liberdade em seu centro. O cidadão romano preponderava tanto sobre os escravos como sobre os estrangeiros e conservava a *ius civile* como privilégio especial.

O período tardio da República romana testemunhou um grande avanço no tocante às possibilidades de iniciativas jurídicas dos cidadãos. A implantação de cortes com jurados e do voto secreto na assembleia garantiram voz aos cidadãos em geral.

As eleições em Roma constituíram outro grande tesouro da cidadania. Os comícios por tribos eram muito importantes, pois elegiam questores, edis, tribunos militares e tribunos da plebe.

³⁸ CRICK, Bernard. A democracia... p. 32.

As pessoas não podiam governar coletivamente, mas podiam derrubar as decisões do governo. O principal mecanismo para assegurar esta máxima foi a instauração dos tribunos, constituídos por magistrados eleitos pelos plebeus, pelas pessoas comuns.³⁹

O *imperium*, como valor cultural partilhado, implicava não apenas na autoridade acrescida de poder em Roma, mas numa certeza absoluta de autoridade externa sobre os outros (Estados derrotados).

O governo romano era composto por um conjunto complexo de instituições precedido de valores mais elaborado e racionalizado. O fato de Roma ter se tornado um império sem perder, durante muito tempo, as suas liberdades internas devia-se a uma forma de entender esses valores. O modo de vida romano podia, segundo acreditavam, ser aprendido, obtido e adotado por estrangeiros.

Talvez este modelo tenha sido o auge e o fracasso do Império romano: a finalidade de expansão não somente territorial, mas de domínio político e cultural. A expansão do território aliada à imposição de normas, tradições e costumes adotados por todos, inclusive estrangeiros, pode ter sido o ápice imperial na questão de domínio, mas também a causa de seu posterior fracasso.

Portanto, a grandeza de Roma culminou no seu apogeu mas, por outro lado, contribuiu para sua decadência. Os conflitos foram patentes e determinantes na época da dominação imperial, o que acabou por enfraquecer o Império. Esse cenário aliado a invasão dos bárbaros desencadeou um processo de ruína.

3. O Estado Moderno e o Regime Absolutista

A queda do Império Romano deu início a uma era de fragmentação do poder marcada pelo domínio dos feudos e por um regime de servidão. Toda essa fase foi

³⁹ CRICK, Bernard. A democracia... p. 33.

precedeu a formação do Estado absolutista, a qual culminou na unificação do poder centralizado nas mãos do monarca.

Portanto, a Idade Média configurou-se como um período antecedente ao regime do absolutismo, cujas características foram fundamentais para formação do Estado moderno. Desse modo, é importante tecer alguns pontos cruciais da Idade Média para, em seguida, vislumbrar as características do Estado absoluto.

3.1 A Idade Média

A era medieval foi estabelecida mediante três vertentes: as invasões dos bárbaros; o cristianismo e o feudalismo. Com a invasão dos bárbaros e os demais conflitos surgidos diante da expansão territorial, o império romano acabou por decair, dando início a formação do feudalismo. Nesse sentido, pode-se verificar que a Idade média foi marcada por uma insegurança geral, tendo em vista a inexistência de um poder centralizado diante da fragmentação do poder dimensionado nos poderes dos senhores feudais.

Adam Smith menciona que após a queda do Império Romano, os proprietários de terras parecem ter vivido, geralmente, em castelos fortificados, localizados em suas próprias terras e em meio a seus próprios inquilinos e dependentes.⁴⁰

O sistema feudal se formou a partir da queda do império carolíngio – mediante a tentativa de impor ordem à desordem resultante da invasão bárbara que destruíra Roma – era descentralizado até mesmo pelos padrões de regime semelhantes em outras regiões.⁴¹

O feudalismo consistiu num sistema de propriedades particulares com poderios dos senhores feudais, baseado num modelo de economia agrícola, na qual os servos cultivavam as terras. Parte da produção era para sua subsistência e outra era entregue ao senhor feudal. Nesse sentido, os habitantes eram obrigados a cultivar a terra necessária

⁴⁰ SMITH, Adam. A Riqueza das Nações. Trad. Luiz J. Baraúna. Vol. I. Nova Cultural, 1996. p. 389.

⁴¹ Van Creveld assevera que no feudalismo o governo não era “público” nem se concentrava nas mãos de um único monarca ou imperador; pelo contrário, dividia-se entre um grande número de governantes desiguais que tinham entre si relações de lealdade e que o tratavam como propriedade privada. VAN CREVELD, Martin. Ascensão e declínio do Estado. Trad. Jussara Simoes. São Paulo: Martins Fontes. 2004. p. 82/83.

para si e também para o senhor feudal. O senhor feudal detinha poderes econômico, político, militar e jurídico sobre seus servos.

A Idade Média foi marcada pela permanente instabilidade política, econômica e social. A fragmentação do poder, as relações de dependência pessoal e a hierarquia de privilégios geraram a necessidade de se estabelecer um poder único e centralizado, o que contribuiu para a formação do Estado moderno.

Segundo Jellinek o Estado da Idade moderna é o Estado uno por reunir em si todos os poderes públicos e todos os direitos, sendo o resultado de uma evolução lenta e de um processo contínuo de superação das profundas divisões.⁴²

Portanto, os pequenos reinos constituídos depois da queda do Império romano deram lugar a algumas unidades dos sistemas feudais até chegar às monarquias absolutistas da era moderna. O vassalo do senhor feudal passou a ser o súdito do rei e os diversos poderes dispersos pelos feudos foram substituídos e unificados num poder único e soberano.

3.2 A formação do Estado Moderno

As reminiscências deixadas pelas civilizações antigas mostram que, desde os primórdios, os elementos e as características do poder foram se consolidando para formação do Estado moderno.

Todas estas etapas anteriores ao Estado moderno foram momentos históricos preparatórios que contribuíram para a formação do Estado – no sentido de instituição materialmente dotada de todos os elementos constitutivos (povo, território e soberania) – que veio a se consumir na era do absolutismo.

⁴² G. JELLINEK. Teoría general del Estado... p. 268.

Deste modo, Jellinek dispõe que o processo gerador a partir do feudalismo e da Idade Média principia formações políticas rudimentares, que lentamente foram cedendo espaço para a constituição do Estado no sentido autêntico da palavra.⁴³

3.3 Estado Absoluto: atributos e peculiaridades

O Estado Moderno foi constituído pela dominação do poder concentrado nas mãos do monarca que passou a ter domínio sobre todas as áreas esferas – sociais, econômica e jurídica – inseridas num determinado território.

A soberania do monarca era concebida de forma absoluta, a vontade do príncipe predominava em todos assuntos. No início dos tempos modernos, ela foi a grande arma encontrada pelos monarcas para estabelecer um poder único e sem limites.

Como revela Bonavides, a idéia de *grandeza*, *majestade* e *sacralidade* da soberania «coroava a cabeça» do príncipe e levantava as colunas de sustentação do Estado Moderno.⁴⁴

Diante deste contexto, a soberania foi o eixo basilar sobre o qual se ergueu o Estado Moderno. Ela estava plasmada na ideia de um poder inabalável e inexpugnável, vinculada à qualidade superlativa de autoridade central, detentora do poder coercitivo.

Por outro lado, o Estado moderno tornou-se um marco decisivo na evolução e na sedimentação do poder. Foi nesta fase que se configuraram os elementos constitutivos (povo, território soberania, entre outros), as estruturas sólidas, bem como as bases para formação da ordem estatal.

Da formação das monarquias absolutas até a explosão da Revolução Francesa, o poder se concentrou na figura do rei. Os Estados reivindicaram para si o monopólio do

⁴³ G. JELLINEK. Teoría general del Estado. trad. Fernando de Los Ríos Urruti. Buenos Aires: Albatros. 1943. p. 260.

⁴⁴ BONAVIDES. Paulo. Teoria do Estado... ob.cit. p. 29/30.

uso da força legítima. Assim, pode-se dizer que os chefes soberanos, procurando fazer-se legítimos tiveram que silenciar o povo.

Mais tarde, o silêncio foi quebrado diante do grito de liberdade preconizado pelas Revoluções liberais. Na aurora do Iluminismo, ressurge a ideia de democracia. Inicia-se uma nova fase que consolidou as bases da democracia moderna.

4. Os Estados Constitucionais liberais e sociais

A intervenção demasiada do Estado na economia, a dominação do monarca mediante prevalência de sua vontade em todos os âmbitos, bem como os conflitos advindos dos descontentamentos do povo em relação aos mandos e desmandos dos príncipes foram situações que impulsionaram uma revolução que mudaria todo esse cenário.

O anseio pela liberdade e a necessidade de se impor limites ao poder soberano deram início as revoltas e as lutas que provocaram a mudança do paradigma estatal. Desse modo, o Estado Absoluto cedeu lugar a era das liberdades.

A burguesia oprimida rompeu os laços com o monarca, aliou-se ao povo por meio do ideal liberdade que culminou na conquista dos direitos e, conseqüentemente, da limitação do poder.

Surgiu, então, uma cidadania revolucionária que inseriu novamente o homem em relação com a comunidade política, mas de um modo distinto da tradição greco-romana. A relação passou a ser inserida numa função includente de virtude cívica que permitiu a união dos indivíduos através do reconhecimento de direitos e não mais o mero vínculo de sujeição ao Estado.⁴⁵

Nesse capítulo da história das liberdades e diante da limitação do poder soberano, Bonavides ressalta que nasce o Homem-cidadão, o Homem-político que faz, executa e obedece a lei, que cria a representação e começa a tomar consciência da legitimidade,

⁴⁵ CORRAL, Benedito Alávez. Nacionalidad, ciudadanía y democracia. Madrid: Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006. p. 43.

contida no poder constituinte e no poder constituído. É o primeiro Estado constitucional que se cristaliza ao redor de uma noção fundamental: noção de povo e cidadão sujeito de direitos e liberdades.⁴⁶

Jellinek dispõe que o Estado constitucional é uma forma de comunidade organizada, cujas funções se elevam diante da variedade de órgãos dispostos conforme a constituição e é possível estabelecer uma limitação jurídica rigorosa entre a comunidade e seus membros.⁴⁷ O Estado Constitucional Moderno foi fundamentado e sustentado pelas teorias do poder limitado, da separação do poder e da democracia representativa.

Neste sentido, Häberle menciona que muitos avanços do Estado Constitucional foram obtidos a partir de 1789. O autor descreve vários elementos estruturantes desse Estado e enfatiza a importância do caráter escrito das constituições.⁴⁸

4.1 O Estado Liberal

Do ardor proclamado com o lema revolucionário do século XVIII, esculpido na França sob os três princípios norteadores “liberdade, igualdade e fraternidade” surgiram os direitos de primeira geração. O pensamento individualista da época, o qual valorizava o homem das liberdades abstratas, deu origem aos direitos que foram traduzidos num conjunto de faculdades ou atributos da pessoa que ostentavam um teor de resistência e oposição ao poder estatal.

Os indivíduos pleiteavam uma autodeterminação, consistente num espaço livre de desenvolvimento da personalidade individual, sem interferência estatal. Desse modo, surgem os primeiros direitos fundamentais, ancorados ao paradigma da resistência,

⁴⁶ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p.40ss.

⁴⁷ G. JELLINEK. *Teoría general del Estado*... p. 267.

⁴⁸ Os avanços são: “a) carácter escrito de las Constituciones, ciertamente con los modelos de los Estados Unidos (Virginia en 1776, Polonia en 1791), b) Libertad, Igualdad y (más bien verbalmente) Fraternidad, o derechos fundamentales del individuo como derechos innatos, c) declaraciones o tablas de derechos humanos en su conjunto, así como también derechos singulares (libertad de expresión, de prensa), d) la idea de la codificación y la positivación del Derecho, e) la doctrina del poder constituyente del pueblo en el sentido de Sieyès (1789) o de la soberanía popular y de la representación, f) procesos de elaboración y reforma de la Constitución, g) la separación de poderes, h) el concepto de Ley-voluntad general, junto con el procedimiento legislativo, i) la República como forma de Estado y la idea del Estado nacional.” HÄBERLE, Peter. *Libertad*... ob.cit. p. 76/77.

configurados como direitos de defesa que demarcam uma zona de não-intervenção do Estado e uma esfera desenvolvimento da autonomia individual.

É importante salientar que a instauração do modelo liberal, na verdade, não implicou numa exclusão total da intervenção estatal, mas houve a exclusão da atuação interventiva no processo econômico (burguesia mercantil). Scaff, ressalta que o Estado apenas por sua existência e com sua ordem jurídica, implica intervenção.⁴⁹

O Estado Liberal consagrou o reconhecimento dos direitos civis e políticos, bem como concebeu a separação dos poderes de forma expressa no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

O clamor idealizado no intuito de proteger as liberdades individuais, proclamado na Declaração, acabou por gerar, mais tarde, profundas desigualdades sociais, provocando reações de revolta.

O liberalismo revelou traços de paradoxos e ambiguidades, de um lado, tutelou a liberdade, a igualdade formal, a cidadania; mas por outro lado, padeceu no tocante à igualdade material, gerando inúmeras desigualdades. Assim, a crise do Estado Liberal se desencadeou devido às exigências sociais que foram surgindo diante desse contexto.

4.2 O Estado Social

O contexto anterior ao surgimento do Estado Social foi delineado pelos impulsos gerados pela opressão dos operários aos comandados da sociedade mercantil-industrial, o que acabou por contribuir para afirmação dos direitos sociais.

O surgimento destes direitos configurou a base material constitutiva do Estado Social recém-levantado sobre as ruínas dos paradigmas liberais, numa esfera de tutela voltada para o âmbito da igualdade material.

No Estado social, o Estado-inimigo do indivíduo cede lugar ao Estado-amigo. Entra em cena o Estado do bem-estar com a missão de buscar a igualdade entre os cidadãos

⁴⁹ SCAFF, Fernando Facury. Responsabilidade Civil do Estado Intervencionista. São Paulo: Renovar, 2001. 132 ss.

diante da desigualdade deixada pelo liberalismo. Portanto, o Estado estático e distante do cidadão passa a ser o Estado prestador nas modalidades do Estado interventor.

É importante ressaltar que o Estado Social não eliminou os direitos consagrados e advindos do Estado liberal, permanecendo os valores fundamentais de liberdade ao lado dos novos pilares sociais da dimensão estatal.

Entretanto, o crescimento desmesurado do Estado, que passou a atuar em todos os setores da vida social, por meio de uma ação interventiva colocou em risco a liberdade individual e conduziu a ineficiência na prestação dos serviços.⁵⁰

Deste modo, o *Welfare State* já não respondia aos anseios sociais, diante da ineficiência e inoperância do atendimento às demandas e às necessidades da sociedade. Os ideais consagrados no Estado Social eram sustentáveis na teoria mas, muitas vezes, irrealizáveis no âmbito pragmático, tendo em vista a incapacidade no que tange à prestação de serviços, bem como à distribuição de bens e ao atendimento das demandas.

Neste sentido, Maria Di Pietro assevera que o Estado democrático foi delineado em consequência do insucesso do Estado Social. Segundo a autora, com o acréscimo de mais alguns elementos ao chamado Estado Social de Direito (a ideia de participação popular no processo político, nas decisões de Governo, no controle da Administração Pública) foi possível falar-se em Estado de Direito Social e Democrático.⁵¹

4.3 Os moldes do Estado Democrático

O Estado constitucional abriu o caminho para a criação de um sistema democrático de poder e inspirou a concretização dos direitos fundamentais. Nesse contexto, foi alterado em substância o caráter do Estado moderno, na passagem do Absolutismo ao Constitucionalismo.

Kelsen dispõe que a democracia foi a ideia política do século XIX, nascida das revoluções americana e francesa do século XVIII. O autor aduz que seus representantes

⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. A Defesa do cidadão e da res publica. In: Revista do serviço público, v.49, n.2, p.127-133, abr./jun., 1998. p. 128.

⁵¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. A Defesa do cidadão e da res publica... p. 128.

foram estigmatizados como reacionários e que o futuro pertencia a um governo pelo povo.⁵² Alguns mencionam, portanto, que o mecanismo da representação popular deu origem a democracia formal.⁵³

A ideia democrática de governo do povo estava implícita nos movimentos revolucionários que se desenvolveram e consolidaram o Estado constitucional democrático. De fato, a consolidação do Estado constitucional democrático trouxe consigo um sentimento pleno de que os poderes públicos devem respeito as liberdades e aos direitos dos indivíduos.⁵⁴

A consolidação do Estado Democrático foi marcada por diversos conflitos oriundos dos conteúdos dinâmicos do pluralismo, bem como da tensão sempre renovada entre a igualdade e a liberdade. Esse binômio da igualdade e liberdade representa as duas faces do atual Estado que revelam as remanescências deixadas pelos Estados anteriores. De um lado, radica na constatação de que os indivíduos são titulares e podem exercer suas liberdades individuais, com expectativas de desenvolvimento livre de sua personalidade.

Por outro lado, torna-se *conditio sine quo non* a concretização dos direitos sociais na efetivação de uma igualdade não como «*equiparación*» sino de *igualdad como «diferenciación»*, y se produce así un desplazamiento del ámbito de la igualdad formal, o ante la ley, a la igualdad material.⁵⁵

O ordenamento democrático, conforme aduz Aláñez Corral, tende a maximizar a igualdade, o pluralismo e a participação do poder de seu exercício, o que permite a criação dos variados níveis de cidadania em função da afetação dos indivíduos por cada setor do ordenamento.⁵⁶

O Estado democrático fundamenta e consolida uma unidade política material por sua legitimidade pautada pelo direito. Neste âmbito, os direitos fundamentais são

⁵² KELSEN, Hans. Trad. Ivone C. Benedetti e outros. São Paulo: Martins Fontes. 1993. p. 139.

⁵³ COMPARATO, Fábio Konder. Repensar a democracia. In: Democracia, Direito e Política: Estudos Internacionais em homenagem a Friedrich Müller. Florianópolis: Conceito Editorial. 2006. p. 197.

⁵⁴ CORRAL, Benedito Aláñez. Nacionalidad, ciudadanía y democracia. Madrid: Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006. p. 67.

⁵⁵ ROIG, F. J. Ansuátegui/J.A. López García/ A. Del Real Alcalá/R. Ruiz Ruiz. *Derechos Fundamentales, Valores y Multiculturalismo*. Dykinson: Madrid. 2005. p. 73/74.

⁵⁶ CORRAL, Benedito Aláñez. Nacionalidad, ciudadanía y democracia. Madrid: Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006. p. 68.

componentes basilares que vinculam o poder estatal às tarefas em prol do desenvolvimento da personalidade do indivíduo.

A ideia do governo do povo surgiu novamente nos moldes da modernidade, aliada à liberdade individual. Tal ideia foi consagrada sob os parâmetros do direito positivo que deu impulso à formação do Estado democrático moderno.

Até o século XVIII, a democracia era possível em uma sociedade face-a-face na qual todos os cidadãos participavam diretamente nos assuntos de ordem pública. Bruce Ackerman destaca que no decorrer dos dois últimos séculos, a história resgatou o termo “democracia”, mas a transformação ocorreu após uma (re)concepção radical, na qual a imagem da *polis* grega foi demovida do centro do pensamento e da prática democrática.⁵⁷

As transformações obtidas no curso da história foram propícias para se chegar ao momento da história atual. Tais transformações foram necessárias e culminaram no momento ideal para o reconhecimento do direito fundamental à proteção ao patrimônio público econômico.

⁵⁷ ACKERMAN, Bruce. Nós, o povo soberano. Fundamentos do Direito Constitucional. Trad. Mauro R. Mello. Belo Horizonte: Del Rey. 2006. p. 409.

Capítulo II – Contextualização contemporânea para o reconhecimento do direito fundamental à proteção do patrimônio público econômico

A célebre definição ciceroniana de res publica, segundo a qual essa é uma “coisa do povo” desde que por povo se entenda não uma agregação qualquer de homens, mas uma sociedade mantida junta, mais que por um vínculo jurídico, pela utilitatis comunione... (Bobbio)

A transição da democracia antiga para as fases moderna e pós-moderna se estendeu por um processo longo e complexo. No entanto, a transição teve por base algumas realidades contundentes de transformação em diversos âmbitos.

O estudo da realidade presente tem o objetivo de identificar um cenário propício ao reconhecimento do direito fundamental à proteção do patrimônio público econômico. Então, torna-se necessário destacar, de modo sucinto, alguns pontos relevantes dos contextos jurídico-filosófico, econômico-social, político-administrativos e global, com intuito de apresentar alguns âmbitos em que se verifica a necessidade de se tutelar o patrimônio público.

Ao final, será abordado o contexto da democracia e da cidadania no cenário atual, tendo em vista que se configuram como paradigmas centrais do reconhecimento do direito fundamental em questão.

1. O Contexto jurídico-filosófico

O contexto contemporâneo pós-positivista contribui, direta ou indiretamente, para afirmação do direito fundamental à proteção do patrimônio público econômico. É justamente no cenário do retorno dos valores éticos e morais aliados aos princípios positivados no emergir do Estado constitucional que se vislumbra o direito e o dever cívico de defesa da *res publica*.

Deste modo, para o reconhecimento deste direito fundamental torna-se essencial uma breve abordagem da passagem do jusnaturalismo ao positivismo até chegar ao paradigma pós-positivista.

Desta mudança despontaram e ainda despontam novas acepções, dimensões e afirmações. Por outro lado, emergem novos desafios e conflitos, sendo que muitos deles nasceram no contexto do jusnaturalismo, passaram pelo positivismo e estão presentes no pós-positivismo.

A cidadania e a democracia antigas foram sedimentadas e assumiram diferentes perspectivas na concepção positivista. Nos dias atuais, elas são reinseridas num contexto pós-positivista, diante dos valores que resgatam uma postura diferenciada do cidadão no exercício democrático.

A mudança de postura do homem súdito para o homem cidadão contemporâneo possibilita a discussão da democracia e da cidadania num aspecto, tomando por base a teoria pós-positivista. A análise será feita a partir das premissas de transformação, dando-se ênfase na constatação de um novo paradigma de cidadania.

1.1 As raízes do Jusnaturalismo

O jusnaturalismo tem suas raízes nas sociedades primitivas, onde havia o predomínio de um poder teocrático. Os usos e os costumes eram rudimentares e arcaicos. Os estudos sobre as civilizações antigas revelam que, desde os primórdios, os direitos inatos do homem foram concebidos sob o manto da crença e dos ritos que eram transmitidos mediante um poder eminentemente divino.

Deste modo, as raízes do jusnaturalismo estão ligadas à formação mais antiga de Estado com as civilizações do Mediterrâneo. Depois o período da *polis* grega até a formação do império romano culminou num forte e centralizado poder com predomínio fiscal, religioso e moral.

Nesta perspectiva, o jusnaturalismo teológico representado, sobretudo, pela Escolástica suscitou a ideia de um direito imutável, sendo considerados direitos ligados à essência humana, estabelecidos por Deus e na vontade de Deus. Assim, a *Lex aeterna* deu vazão ao jusnaturalismo vinculado ao caráter divino.

Mais tarde, o jusnaturalismo passou a ter uma conotação antropológica com a ascensão do Estado como instância jurídico-política máxima mediante a queda do poder secular da Igreja. Segundo Adeodato, essa passagem do direito natural teológico para o chamado racional, secular, antropológico, não separa ontologicamente o jurídico do religioso, por não negar a fonte divina do direito.⁵⁸

É importante ressaltar que os direitos naturais foram constituídos sob o manto da universalidade e imutabilidade. Tais direitos foram consagrados sob o paradigma de direitos inalienáveis do homem no contexto do jusnaturalismo, uma vez que estão vinculados à própria condição humana.

Portanto, o jusnaturalismo preconiza direitos inatos ao homem centrados na essência constitutiva de pessoa humana. Tais direitos foram concebidos como direitos naturais, numa perspectiva universalista e transcendental, cuja existência e reconhecimento são afirmados, independentemente de uma ordem estatal pré-estabelecida.

1.2 A passagem do jusnaturalismo ao positivismo

No curso da história, vislumbrou-se a necessidade de se consagrar de forma escrita os direitos do homem, sob o argumento de se garantir o reconhecimento e a efetividade de tais direitos. Tal necessidade surgiu, sobretudo, do ideal de liberdade vinculado à noção de limitação do poder público.

Os direitos, antes de serem consagrados e contemplados nas Constituições e demais documentos normativos, foram *prima facie* objetos de uma formulação especulativa nas

⁵⁸ Adeodato descreve os quatro tipos de jusnaturalismo – teológico, antropológico, de conteúdo variável e o democrático - e as críticas dos positivistas em relação a cada um deles. Ele define o jusnaturalismo a partir de dois postulados fundamentais: 1. Há uma ordem jurídica além da efetiva, daquela observável empiricamente pelos órgãos dos sentidos, que é metaforicamente designada “natural”, entendendo-se “natureza” como algo que não produzido pelo ser humano; 2. em caso de conflito com a ordem positiva, deve prevalecer esta ordem “natural”, por ser ela o critério externo de aferição daquela, hetero-referente (e superior) em relação ao direito positivo. Para aprofundar o tema, ver: ADEODATO, João Maurício. Ética e Retórica. Para uma Teoria da Dogmática Jurídica. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 123- 131.

esferas filosóficas e políticas, imbuídos de teor ideológico para serem, posteriormente, proclamados nas Declarações solenes.

Nesta medida, o juspositivismo refutou qualquer referência transcendente à ordem jurídica positiva. O formalismo gerou um distanciamento dos valores para cultivar a indiferença aos fins e conteúdos normativos, dando espaço ao positivismo legalista e formal.

De acordo com os juspositivistas o único direito existente é aquele empiricamente observável. O direito positivo moderno é autônomo da moral e se baseia numa premissa de eleição e imposição de uma moral “vencedora” e seus conteúdos são fixados contextualmente.⁵⁹

O positivismo acabou por gerar um sistema fechado de normas, o qual consistia num progressivo esvaziamento de conteúdos axiológicos. A modernidade caracterizou-se pelo abandono do essencialismo ontológico em prol do nominalismo semântico e de um positivismo funcionalista.

Neste sentido, Perelman dispõe que o positivismo afastou o direito natural com uma incursão indevida da ideia de justiça no funcionamento do direito. Para ele, o positivismo jurídico não só afastou toda a possibilidade de direito natural, mas até a ideia de que a lei pudesse ser confrontada com o problema da justiça. O positivismo jurídico, então, na tentativa de criar um sistema puramente lógico e sem contradições ficou indiferente à inteiração entre o direito e o meio a que ele se aplica.⁶⁰

O positivismo gerou um afastamento dos fundamentos éticos, considerando o Estado como fonte central de todo o Direito e a lei como sua única expressão, formando um sistema fechado.

A concepção de um regime formalista tornara “falho”, tendo em vista a impossibilidade de prever todas as situações e relações humanas de modo contínuo e satisfatório. Surgiu a necessidade de se retomar os valores e conjugá-los na ordem positivista. Tal cenário contribuiu para o surgimento do pós-positivismo.

⁵⁹ ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica...* p. 130

⁶⁰ PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. Trad. João A. S. Duarte. Instituto Piaget, 1990. p. 349 e 406.

1.3 O contexto do pós-positivismo

A concepção de um regime formalista tornara insuficiente, principalmente, por não responder as demandas e os conflitos das sociedades complexas. Desse modo, o contexto gerado pelo positivismo já não foi capaz de responder aos impasses jurídicos que surgiram com a pós-modernidade. O sistema fechado e formalista tornou-se insuficiente para solucionar ou disciplinar todas as relações humanas, sobretudo, as complexidades que emergiram da sociedade plural.

O positivismo jurídico entrou em crise na medida em que não conseguiu solucionar os inúmeros dilemas com os quais se deparava. Tal fato levou a Ciência do Direito a um impasse, pois além de não conseguir dar respostas satisfatórias aos problemas e às controvérsias, bem como separar o Direito da Axiologia e Deontologia ainda trazia contradições para os intérpretes e aplicadores das leis.

Neste sentido, o direito posto suscitou um retorno dos princípios e dos valores morais, dando vazão a um sistema híbrido que resgata os conteúdos éticos ao lado da ordem positivista. O direito contemporâneo retoma os valores morais e axiológicos. Pode-se dizer que não se trata de confrontação entre direito positivo e ética (valores morais e axiológicos), mas sim de uma forte aproximação, tendo em vista que o direito guarda uma relação indelével com a moral (ética, valores axiológicos).

Adeodato assevera que a desvinculação a todo custo do direito e da política de seus aspectos éticos, a troco de um cientificismo asséptico ou de um progressismo pragmático e duvidoso trai a tradição milenar da palavra ética.⁶¹

Vislumbra-se com o pós-positivismo um movimento mesclado em direção ao «retorno à moral», ao «despertar pela ética», sem deixar de estar amparado por leis. Perelman menciona que a aplicação do Direito e a realização da justiça sempre envolvem julgamentos de valores. A concepção da justiça como um processo único e exclusivamente lógico-formal passa a ser temerária.

⁶¹ As diversas tentativas de separar o moral do jurídico ou o religioso do político, na era moderna. Isolando-os de suas bases éticas comuns, visam apoiar a emergente autonomia do Estado por meio de uma instrumentalização do direito. O importante de se fixar aqui é que essa separação só é possível como artifício metodológico e pragmático; não expressa qualquer “realidade em si”, ontológica, que pudesse vir a ser erigida em paradigma científico. ADEODATO, João Maurício. Ética e retórica... p. 133.

O autor vislumbra que a fundamentação dos direitos deve estar presente na própria existência e na consciência moral do povo, ou seja, no *espíritus racionales*. Tal premissa é que determinará quais são os direitos essenciais denominados fundamentais e com *status* diferenciado.⁶²

O jusnaturalismo e o juspositivismo são dois extremos, ambos com premissas diferentes. O pós-positivismo vem conciliar os valores e as normas num sistema aberto e condizente com a realidade contemporânea. No paradigma “direito natural *versus* direito positivo” o extremismo é deixado de lado ao emergir as posições híbridas.

É importante ressaltar que a lei continua a exercer seu papel fundamental na regulação da vida social. Este sistema aberto é composto por princípios que revelam a importância das questões que envolvem os casos complexos. Por exemplo, podem ser citados: a aplicação e o sentido dos princípios expressos e implícitos no texto constitucional, a influência desses no sistema jurídico, o âmbito do conteúdo e alcance, bem como, a resolução dos conflitos suscitados.⁶³

As teorias pós-positivistas desenvolvidas em meados do século XX e início do século XXI modificam a realidade e traz consigo uma comunicação discursiva como meio essencial para legitimação de um Direito mais efetivo e condizente com os paradigmas democrático e pluralista. Tal perspectiva coaduna com o reconhecimento de um direito fundamental que visa colocar em pauta os valores axiológicos dentro do contexto da cidadania ativa.

⁶² PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Trad. João A. S. Duarte. Instituto Piaget, 1990. p. 355 ss.

⁶³ Cita-se como exemplo, a posição de Jürgen Habermas. Os princípios como espécies de normas denotam um caráter axiológico, sendo inegável a contribuição das doutrinas elaboradas por Ronald Dworkin e Robert Alexy que criticam o positivismo e elaboram a teoria baseada na premissa dos princípios como espécie de normas. Habermas ressalta a importância do processo de comunicação - as teorias do discurso - no processo de legitimação do ordenamento jurídico e destaca que o papel fundamental que exercem todos os destinatários das normas (destinatários aqui entendidos em sentido amplo, abrangendo, pois, tanto os juízes, legisladores, administradores públicos e cidadãos) para a construção racional e válida do Direito. Para ele, as ordens jurídicas modernas não podem tirar sua legitimação senão da ideia de autodeterminação dos sujeitos e somente através dessa determinação que será possível impor limites e fins ao Direito. Todavia, as condições de reconhecimento, garantias pelo direito, não se reproduzem por si mesmas, pois dependem do esforço cooperativo de uma prática cidadã, a qual não poder ser imposta através de normas jurídicas. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2008. p. 144 ss. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, vol. I. Trad: Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 113 ss.

2. Os Contextos econômico e social

O homem contempla em sua natureza humana uma dimensão social. Segundo Aristóteles o homem é um animal político destinado a viver em sociedade.⁶⁴ A expressão utilizada pelo filósofo consiste na ideia inserida no conceito de vida social voltada para a atuação na *polis*.

Neste sentido, de acordo com o conceito aristotélico, o homem deve ser considerado como um membro atuante dentro de uma organização social, em suas relações com os outros. Todavia, além da dimensão social, há que se destacar uma dimensão econômica. Essa dimensão é configurada pela procura do homem na satisfação de suas necessidades básicas mediante um processo de ofertas, demandas e outras esferas que delineiam a organização econômica em que ele está inserido.

Portanto, o homem é um ser que busca satisfazer suas necessidades, diante da escassez dos bens disponíveis. O ser humano, no seu envolvimento permanente com a satisfação de necessidades, é um homo *economicus*, embora tal dimensão não esgote toda a complexidade de sua natureza.⁶⁵

A vivência em sociedade demonstra que o homem está inserido num contexto econômico-social. Tal perspectiva pode ser constatada na antiguidade, através de processos primitivos de agrupamentos, tribos e outros modos rudimentares de vida social. No entanto, com o tempo esses âmbitos foram evoluindo até chegar ao estágio atual: uma sociedade plural inserida num modelo econômico desenvolvido.

O processo atual caracterizado pela economia e pela vida em sociedade foi objeto de grandes transformações ao longo do tempo, sobretudo, nos períodos de guerras, conflitos e crises. Pode-se destacar que o período desde a I Guerra Mundial até a década

⁶⁴ ARISTÓTELES. *Politica*. Obra. Madrid: Aguiar, 1964. L.I, cap. I.

⁶⁵ SOUSA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *Consenso e Democracia constitucional*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002. p. 14

de 80 foi um grande marco de sucessivas mudanças econômicas e sociais, as quais corroboraram para o cenário em que o homem se encontra atualmente.

Convém ressaltar que não será realizada uma abordagem histórica da sociedade ou da economia, nem mesmo, um aprofundamento dos conceitos específicos de ambas as áreas. Para o presente estudo é relevante apenas demonstrar o contexto atual da sociedade e da economia no contexto contemporâneo. O intuito é o de identificar um contexto propício, de forma direta ou indireta, ao reconhecimento do direito fundamental à proteção do patrimônio público econômico.

2.1 As crises financeiras e o contexto econômico atual

A atividade econômica é delimitada por fatores de produção, distribuição e consumo de bens e serviços. A economia tem por objetivo verificar a utilização de recursos. Os recursos são escassos, por isso há a necessidade de utilizá-los da melhor forma possível. E essa é a tarefa precípua da economia.

A economia reflete o comportamento dos participantes que a compõe, por isso ela é composta por uma complexa teia de relações sociais e por uma multiplicidade de fatores condicionantes de sua atividade.

Rossetti menciona que a economia é fortemente influenciada, tanto em sua construção como ramo do conhecimento, como na realidade, por diferentes concepções político-ideológicas, algumas até conflitantes entre si. O autor destaca que, ao longo do tempo, as instituições econômicas e as concepções político-ideológicas se modificam, surgindo novas preocupações.⁶⁶

Atualmente, a economia está inserida numa rede complexa. A atividade econômica é analisada e gerida tendo em vista os mais variados tipos de organizações humanas (entidades públicas, empresas privadas, cooperativas, entre outras) nas inúmeras esferas (internacional, do desenvolvimento interno dos países, do ambiente, do mercado de trabalho, entre outras).

⁶⁶ ROSSETTI, José Paschoal. Introdução à economia. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 43 a 46.

Este cenário de complexidade corroborou para formação da economia contemporânea nos moldes em que ela se apresenta hoje, caracterizada numa rede organizada de fluxos, ofertas e demandas voláteis. Nessa rede complexa os diversos participantes e os atores econômicos se interagem.

Adam Smith menciona que os participantes da economia estão motivados pelo auto-interesse e que a mão invisível do mercado orienta esse auto-interesse visando à busca do bem-estar econômico geral. O autor observou que a economia passa por um sistema em que as famílias e as empresas, ao interagirem com os mercados, agem como que guiadas por uma “mão invisível” que as conduz a resultados desejáveis pelo mercado.⁶⁷

No tocante à ideia da “mão invisível”, Mankiw ressalta que há um importante corolário que se depreende da habilidade em orientar a atividade econômica e destaca que, quando o governo impede que os preços se ajustem naturalmente aos movimentos da oferta e da demanda, está impedindo que a mão invisível coordene milhões de famílias e empresas que constituem a economia.⁶⁸

Neste sentido, nota-se que a economia tornou-se um cenário dinâmico que envolve diversos participantes como as famílias, as instituições, as entidades privadas, o governo e as organizações internacionais em diferentes espaços local, nacional, regional e internacional.

Eduardo Paz menciona que o alargamento do campo de reflexão da relação econômica é medeada por diversos fatores que vão desde a crise mais ou menos aberta do paradigma do Estado-Providência e da verificação da proeminência da esfera econômica nas sociedades modernas até o fenômeno de mundialização das trocas econômicas no âmbito plurinacional.⁶⁹

No cenário internacional, a economia mundial passou por um processo de evolução e transformação até chegar aos moldes atuais da globalização. Há que se abordar, sobretudo, a era da Revolução Industrial. O processo histórico da formação da

⁶⁷ SMITH, Adam. A Riqueza das Nações. Trad. Luiz J. Baraúna. Vol II. Nova Cultural, 1996. p. 374ss.

⁶⁸ MANKIW, N. Gregory. Introdução à Economia: princípios de micro e macroeconomia. Tra. Maria José C. Monteiro, Rio de Janeiro: Campus, 2001. p. 10 e 11.

⁶⁹ O autor trata deste aspecto no tema do direito econômico. FERREIRA, Eduardo Paz. O direito económico português e a sombra da constituição económica europeia. In: O direito contemporâneo em Portugal e Brasil. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 251.

economia foi caracterizado sob o prisma da industrialização até as Guerras Mundiais. O período anterior a guerra também marcou o cenário da economia, especialmente, na era chamada *Belle Époque*, nos finais do século XIX.

Alguns fatos relevantes foram desencadeados do período industrial por meio dos progressos obtidos via industrialização, nomeadamente, o desenvolvimento científico e tecnológico que provocou uma alteração profunda nas bases sociais e econômicas dos países no contexto global.

A adesão à abertura econômica decorrente da redução de tarifas alfandegárias e da desregulação da economia fez parte de um elenco comum de medidas de política econômica implementadas nas últimas décadas.

O pensamento de abertura dos mercados mediante à afirmação de que os mecanismos de mercado seriam os únicos capazes de assegurar o ótimo econômico e social, aliado a convicção mais profunda baseada na superioridade do modo de produção capitalista, contemplava a crença do crescimento e do desenvolvimento.⁷⁰

Apesar dos avanços idealizados e alguns obtidos na esfera global, tal cenário não ficou isento de crises. O mundo atual cambaleia de crise em crise, todas elas envolvendo o problema crucial de gerar e atender as demandas de forma eficiente.⁷¹

Convém ressaltar que a crise financeira de 2008 nos EUA afetou o sistema financeiro internacional e a economia em escala mundial. A crise se instalou inicialmente no sistema financeiro habitacional. Verificou-se um mercado promissor, por um lado e, assustador de outro, em decorrência da bolha gerada pela explosão do superendividamento das famílias em virtude das facilidades na concessão dos créditos imobiliários.

As causas da crise estavam ligadas às questões econômicas: crédito, bancos, juros e hipotecas. No entanto, os efeitos negativos ultrapassaram tal esfera. Diversos autores

⁷⁰ CHEVALLIER, Jacques. O Estado Pós-moderno. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 280.

⁷¹ Japão desde a década de 1990; México em 1995; Coreia, Indonésia, Tailândia em 1997, Argentina em 2002, e quase todos em 2000; sucessivos países experimentaram recessão que, ao menos temporariamente, desfaz alguns anos de progresso econômico, e constatam que as reações das políticas públicas convencionais não parecem surtir qualquer efeito. Mais uma vez, a questão de como criar demanda suficiente para explorar o Máximo a capacidade instalada se tornou essencial. A economia da depressão está de volta afirma Paul Krugman. KRUGMAN, Paul R. A crise de 2008 e a economia da depressão. Trad. Afonso Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 194.

comentam os efeitos causados pela crise de 2008 e formas de remediá-los. Importante notar que alguns chegam a apontar para a incidência da “crise da depressão”. Outros afirmaram a necessidade do Estado em remediar e conter as consequências e os males advindos.

Krugman ressalta que o mundo precisa de uma operação de socorro, tendo em vista que o sistema de crédito global estava paralisado, ocasionando uma prostração mundial. Para o autor, primeiro é fundamental enfrentar o perigo notório e premente, a partir de duas vertentes: garantir o fluxo de crédito e, mais uma vez, estimular os gastos. A garantia do fluxo de crédito e a estimulação de gastos são os passos evidenciados pelos economistas para remediar os efeitos da crise.⁷²

Chevallier aduz que os Estados foram constrangidos a intervir para tentar conter a crise e alguns planos de salvamento foram, primeiramente, colocados em execução para evitar o desmoronamento do sistema financeiro. Tais considerações marcaram, sem dúvida, um retorno da forte presença do Estado na via econômica.

O autor ressalta que a crise gerou uma fragilidade nas sociedades contemporâneas e veio alimentar a lógica da incerteza e da indeterminação, causando uma nova insegurança que não poderia ser desprovida de consequências sociais e políticas. Segundo ele, a perda das referências, o medo do futuro e o sentimento de impotência são geradores da anomalia e da pressão para a restauração da ordem estável. A partir de então, o Estado tem que exercer a função de asseguramento coletivo, sendo chamado a desempenhar novamente um papel ativo na Economia.⁷³

Neste sentido, Krugman ressalta que a causa básica do aperto do crédito foi o efeito conjunto da perda de confiança no sistema financeiro e da destruição de capital nas instituições financeiras (a crise em curso dilapidou capital em todo o mundo). As pessoas

⁷² Fala-se muito nos aspectos financeiros da crise. Mas, Krugman o que tudo isso pressagia para a “economia real”, a economia dos empregos, dos salários e da produção? Nada de bom. Estados Unidos, Inglaterra, Espanha e vários outros países provavelmente teriam sofrido recessões quando suas bolhas habitacionais estourassem, mesmo que o sistema financeiro não tivesse quebrado. A queda no preço das moradias exerce efeito negativo direto sobre o emprego, em consequência do declínio no nível de atividade da construção civil, e tende a reduzir os gastos de consumo, pois os consumidores se sentem mais pobres e perdem acesso a empréstimos garantidos pela casa própria. Esses impactos negativos geram efeito multiplicador, na medida em que a diminuição no nível de emprego acarreta contenção ainda maior nos gastos. KRUGMAN, Paul R. A crise de 2008 e a economia... p. 192.

⁷³ CHEVALLIER, Jacques. O Estado Pós-moderno. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 281 e 282.

físicas e jurídicas, inclusive as instituições financeiras, relutam em realizar transações, se não dispuserem de capital suficiente para manter seus compromissos.⁷⁴

Keynes preconiza a relação entre consumo e emprego ao mencionar que o consumo é o único fim e objetivo da atividade econômica. As oportunidades de emprego estão necessariamente limitadas pela extensão da procura. Segundo ele, o enfraquecimento na proporção de consumir, considerada como hábito permanente, leva ao enfraquecimento da demanda de capital juntamente com a demanda de consumo.⁷⁵

Os efeitos da crise econômica foram, ou tentaram ser, remediados pelo Estado. A mão visível do Estado amparou e amenizou os males da realidade provocada pela mão invisível do mercado para salvar a economia.

Então, a perspectiva global diante do contexto evidenciado pela crise econômica mundial leva ao seguinte questionamento: será que passamos do sofisma da "mão invisível" do mercado para a realidade da "mão visível" do Estado com intuito de salvar a economia?⁷⁶

Tal resposta somente poderá ser alcançada a longo prazo. A curto prazo, o que se pode considerar são os discursos dos economistas que alertam para a necessidade indispensável de se promover uma recapitalização mais ampla e uma intervenção mais incisiva do governo na economia para controlar e conter os efeitos negativos da crise.

Mankiw menciona que há duas razões de ordem geral para que o governo intervenha na economia: promover a eficiência e promover a equidade. A mão invisível orienta, em geral, os mercados para a alocação eficiente dos recursos. Contudo, por várias razões, a mão invisível não funciona, fenômeno conhecido como “falha de mercado”.⁷⁷

⁷⁴ O autor ressalta o que teremos que fazer, sem sombra de dúvida, é reaprender as lições impostas a nossos avós pela Grande Depressão. “Não temerei expor os detalhes de um novo regime regulatório, mas o princípio básico deve ser nítido: qualquer coisa que necessite de socorro durante a crise financeira por desempenhar papel essencial no sistema financeiro, deve ser submetido à regulamentação, quando a crise tiver sido superada, para que não envolva riscos excessivos. A economia da depressão, contudo, é o estudo de situações em que há almoço de graça, bastando descobrir como encontrá-lo, pois há muitos recursos subutilizados a serem explorados. A verdadeira escassez no mundo Keynes – e no nosso – era e é, portanto, não de recursos, nem virtudes, mas de compreensão”. KRUGMAN, Paul R. A crise de 2008 e a economia... p. 200 ss.

⁷⁵ KEYNES, John Maynard. A teoria geral do emprego, do juro e da moeda. Trad. Mário R. Cruz. São Paulo: Atlas. 1990. p. 94.

⁷⁶ Estado: a mão visível que segura a crise. Revista Carta Capital - Edição 531 de 04/02/2009.

⁷⁷ MANKIWI, N. Gregory. Introdução à Economia: princípios de micro e macroeconomia. Tra. Maria José C. Monteiro, Rio de Janeiro: Campus, 2001. p. 10 e 11.

A falha de mercado como motivo basilar, aliados a outros, corroborou para o surgimento de um modelo de regulação social e econômica que passou a desempenhar um papel central no Estado.

O aparelho jurídico-administrativo do Estado acumula outras funções ao lado da função regulatória. Hoje a esfera estatal está centrada na afirmação das parcerias e outras formas de convênios e/ou associações entre organizações governamentais, para-governamentais e não governamentais. O Estado assume novas tarefas, especificamente, de coordenador e articulador enquanto *primus inter pares*, pautadas na exigência em razão de contingências de recursos financeiros, captadas junto aos indivíduos.

Eduardo Paz menciona que o intervencionismo do Estado hoje se resume a um papel de orientação (*indirizzo*) da atividade econômica, vez que a intervenção ocorre nos setores em que se revele essencial para o normal funcionamento da sociedade. A redução do intervencionismo estatal para padrões mínimos traduz-se, na “desintervenção” ou “desoneração” de um conjunto de tarefas de natureza econômica transferidos para a esfera privada, ainda que acompanhados de um fenômeno de regulação e fiscalização do desempenho dos privados por entidades públicas.⁷⁸

O suprimento e a realização das demandas encontram-se condicionados à alocação de recursos financeiros e materiais que, por sua vez, estão atrelados ao grau de desenvolvimento econômico-social e às opções políticas realizadas tanto pelos poderes públicos quanto pela sociedade civil.

Inúmeras opções políticas e administrativas estão condicionadas pelos fatores econômicos no âmbito das finanças públicas. A conjugação destes fatores leva à constatação na pós-modernidade da necessidade de um novo âmbito baseado na cooperação entre Estado e atores econômicos e sociais. Ambos, conjugados numa perspectiva de cooperação poderão responder aos desafios advindos das crises, às diferentes demandas financeiras e aos novos questionamentos.

É nesta perspectiva que Chevallier alude que o contexto ideológico mudou, tendo em vista que o apelo generalizado dirigido ao Estado evidencia que ele permanece investido de responsabilidades essenciais na vida social. A vontade de se delinear um equilíbrio na relação entre Estado e mercado traduz o refluxo da concepção de um

⁷⁸ FERREIRA, Eduardo Paz e Marta Rebelo. O novo regime jurídico das parcerias público-privadas em Portugal. In: Revista de Direito Público da Economia RDPE. Belo Horizonte, ano 1, n.4, out-dez, 2003. p. 64.

mercado dotado de todas as virtudes e considerado como apto a atingir por si próprio o equilíbrio.⁷⁹

Não cabe, neste momento, realizar uma análise profunda sobre os efeitos das crises financeiras. No entanto, um ponto merece destaque quanto aos efeitos causados e advindos de tais crises: a “insegurança e a desconfiança” nos mercados gerou uma crise de credibilidade nas instituições em geral.

Esta perspectiva pressupõe uma cooperação das ações institucionais do Estado, da sociedade e do mercado centradas no objetivo de satisfação e realização das demandas dos indivíduos.

Kumar Sen aduz que os sistemas da economia e da administração tendem a fechar-se contra os seus respectivos ambientes, obedecendo apenas aos imperativos do dinheiro e do poder. O autor parte da ideia que existir um entrelaçamento entre diferentes formas de comunicação, as quais têm que ser organizadas de modo que possamos supor que elas são capazes de ligar a administração pública a premissas racionais e de disciplinar o sistema econômico sob ponto de vista sociais e ecológicos, mas sem arranhar sua lógica própria. Segundo o autor, este modelo seria baseado na política deliberativa.⁸⁰

A realidade aponta para um sistema de responsabilidades e controles do Estado perante o mercado a fim de se resgatar a credibilidade. Por outro lado, a sociedade também terá que desempenhar o seu papel. A cidadania contemporânea exige uma responsabilidade na esfera econômica no que tange aos gastos de recursos naturais, inserido na ideia de desenvolvimento sustentável, mas também em relação aos recursos financeiros, dentro de um contexto de consumo equilibrado e consciente. Deste modo, o homem deve atuar como cidadão, em todos os sentidos do termo, na tutela do meio ambiente, no consumo consciente e na defesa da *res publica*.

Os direitos fundamentais de terceira geração aparecem neste cenário de coletividade – defesa do meio ambiente, dos consumidores e do patrimônio público – em que o homem, situado num contexto coletivo e comunitário, deve conciliar as realidades

⁷⁹ CHEVALLIER, Jacques. O Estado Pós-moderno. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 280.

⁸⁰ Hoje em dia, a soberania cidadã do povo se retrai para o interior de procedimentos juridicamente institucionalizados e para os processos informais de uma formação de opinião e da vontade mais ou menos discursiva, viabilizada pelos direitos fundamentais. SEN, Amartya Kumar. Sobre ética e economia. Trad. Laura T. Motta. São Paulo: Companhia das letras. 1999. p. 195.

do individualismo e do coletivismo. Dessa forma, o homem deve estar preocupado consigo e com o todo.

Muito já se debateu sobre o liame cognitivo consistente num desenvolvimento econômico e social que visa respeitar e proteger o meio ambiente, exigindo a participação do indivíduo no uso racional dos recursos, sob o paradigma da sustentabilidade.

Esta ideia pressupõe um comando ou uma direção indispensável (Estado). Vislumbra-se, nesse modelo, uma relação tríade no âmbito do desenvolvimento econômico sustentável ao interagir as iniciativas econômicas, sociais e estatais.

O debate esteve ligado a questões de responsabilidade ambiental, equilíbrio ecológico, desenvolvimento sustentável, entre outros. Estes paradigmas são importantes para a economia contemporânea. O discurso atual deve voltar-se também para a defesa do patrimônio público econômico, uma vez que os problemas e os males que afetam a *res publica*, estão direta ou indiretamente, à própria sustentabilidade financeira e econômica do Estado.

As tarefas estatais imbuídas na promoção do bem-estar dos indivíduos também estão condicionadas aos recursos financeiros. Esta perspectiva concebe ideia de proteção do patrimônio público econômico.

2.2 O cenário da sociedade complexa e plural

A sociedade atual é complexa, plural e heterogênea. As variedades de opiniões e pensamentos, até mesmo pelas contradições das vontades, bem como os interesses estão inseridos em diversos centros de organizações.

Habermas destaca que o núcleo institucional da sociedade civil é formado por associações e organizações livres, não estatais e não econômicas, as quais ancoram as estruturas de comunicação da esfera pública nos componentes do mundo da vida. Tais movimentos, organizações e associações captam os ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas e os transmitem para a esfera pública política.

O autor ressalta que a teoria social do pluralismo insere-se no modelo normativo do liberalismo através de uma simples substituição, sendo que o lugar dos cidadãos e de seus interesses individuais é ocupado por organizações e interesses organizados.⁸¹

Este modelo de sociedade pluriforme faz surgir novos espaços e novas relações. Os impactos provocados pelo pluralismo evidente nas sociedades contemporâneas têm ocasionado diversas transformações, sobretudo, quanto ao surgimento de esferas e espaços societários diferenciados. Alguns autores analisam esta perspectiva de forma positiva.

Segundo Bobbio uma sociedade pluralista permite uma maior distribuição do poder e abre as portas para a democratização da sociedade civil que alarga e integra a democracia política. As sociedades atuais, diferentemente da antiga *polis*, são sociedades que possuem vários centros de poder.

Para o autor, a conquista dos centros de poder por parte dos indivíduos sempre mais dispostos a participar de modo sempre mais qualificado, faz com que o poder não seja apenas distribuído, mas também controlado.⁸²

Habermas também verifica esta realidade de forma positiva ao explicar que nas sociedades complexas, a esfera pública forma uma estrutura intermediária que faz a mediação entre o sistema político, de um lado, e os setores privados e sistemas de ação especializados em termos de funções, de outro lado. Ela representa uma rede complexa que se ramifica espacialmente num sem número de arenas internacionais, nacionais, regionais, comunicais e subculturais, que se sobrepõem umas às outras; essa rede se articula objetivamente de acordo com pontos de vista funcionais, temas, círculos políticos, etc.⁸³

⁸¹ Habermas dispõe que a teoria do pluralismo já tomara como base um conceito empirista de poder. Uma compreensão instrumentalista da política, segundo a qual o poder político e administrativo constituem apenas formas diferentes de manifestação do poder social, forma o elo entre o modelo liberal de democracia e a realidade social. O poder social vale como medida para a força de imposição de interesses organizados. HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade, vol. II. Trad: Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 59, 99, 115 e 116.

⁸² Segundo o autor, uma vez conquistada a democracia política, nos damos conta que a esfera política está por sua vez incluída em uma esfera muito mais ampla que é a esfera da sociedade no seu todo e que não existe decisão política que não seja condicionada ou até mesmo determinada por aquilo que acontece na sociedade civil. BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000. P. 34.

⁸³ O autor menciona que a sociedade assumindo a forma de esferas públicas mais ou menos especializadas, porém, ainda acessíveis a um público de leigos; além disso, ela se diferencia por níveis, de acordo com a

Luhmann analisa a sociedade através da teoria do sistema social abrangente que consiste num sistema amplo que inclui todos os outros sistemas sociais. Ele identifica a sociedade como um sistema e a observa através da distinção sistema / meio. Tal perspectiva ensejou a referência contida nos sistemas auto-poiéticos e auto-referenciais. Neste contexto, a teoria dos sistemas autoreferenciais (Niklas Luhman, Gunther Teubner, Helmuth Wilke) preconiza uma sociedade funcionalmente diferenciada em sistemas político, econômico, religioso e científico que não dispõe de qualquer centro e hierarquia.⁸⁴

No entanto, a teoria foi objeto de críticas. Canotilho menciona que o antigo esquema sujeito-objeto, vislumbrado pela teoria dos sistemas, depara com três dificuldades: (i) não há sujeito de direção da sociedade, (ii) é irrealista um sistema de direção política concebido como processo causal no sentido de intenção e resultado; (iii) é insustentável numa sociedade diferenciada afirmar que há projetos de bem comum da sociedade, reconhecidos e programados através de uma política iluminista.

Desta forma, o autor expõe que uma perspectiva sistêmica autoreferencial deixa por resolver dois problemas: o primeiro problema é o da tomada de decisões coletivamente vinculantes (não imposições de decisões socialmente vinculativas) e, conseqüentemente, o segundo consiste na questão da legitimação para a tomada de decisões coletivas.⁸⁵

É inegável que a teoria dos sistemas de autopoiese contribuiu, de forma notória, para um avanço no que tange a análise do pluralismo evidenciado nas sociedades contemporâneas, porém algumas problemáticas permanecem diante das complexidades inseridas nas relações plurais.

densidade da comunicação, da complexidade organizacional e do alcance., formando três tipos de esfera pública: esfera pública episódica (bares, cafés, encontros na rua), esfera pública da presença organizada (encontros de pais, público de teatro, concertos de rock, reuniões de partidos e reuniões de igreja) e esfera pública abstrata, produzida pela mídia (leitores, ouvintes, espectadores e espalhados globalmente). HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade, vol. II. Trad: Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 107.

⁸⁴ LUHMANN, Niklas. *A improcedibilidade da comunicação*. 2ª edição. 1999. p. 112. *Law as a social System*. Oxford University Press. p. 357 ss.

⁸⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. O Estado adjetivado... in: www.pge.rs.gov.br/revistas/revista_pge_56.pdf

Portanto, a transformação profunda ocorrida através das manifestações de poder das sociedades pós-modernas não elimina o Estado, mas o concentra em outra construção político-jurídica concebida a partir de pressupostos democráticos.⁸⁶

Esta nova construção jurídico-política evidencia o surgimento de poderes informais que realizam tarefas e incumbências sociais. Tais poderes se configuram como poderes paralelos ao Estado e geram uma modificação do prisma concebido sob o argumento do Estado como detentor do monopólio e epicentro da ordem jurídica.

Neste sentido, o Estado passa a ser articulador no interior da nova organização, o que faz surgir novas funções de coordenação, intermediação e supervisão. Então, o atuar do Estado deve estar pautado na relação aberta à atuação dos atores sociais.

Habermas dispõe que há uma união pessoal entre os cidadãos do Estado, enquanto titulares da esfera pública política e os membros da sociedade, pois – em seus papéis complementares de trabalhadores e consumidores, entre outros – eles estão expostos, de modo especial, às exigências específicas e às falhas dos correspondentes sistemas de prestação.

O autor destaca que as estruturas comunicacionais da esfera pública estão muito ligadas aos domínios da vida privada, fazendo com que a sociedade civil possua uma sensibilidade maior para os novos problemas, conseguindo captá-los e identificá-los antes que os centros da política. Segundo ele, nas esferas públicas políticas, mesmo as que foram mais ou menos absorvidas pelo poder, as relações de forças modificam-se tão logo a percepção de problemas sociais relevantes suscita uma consciência de crise.⁸⁷

O contexto social contemporâneo encontra-se marcado pela existência do pluralismo pautado na diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas. Nesse contexto, surge o modelo de cidadania voltado para os direitos e os deveres dos cidadãos enquanto membros atuantes e participantes dos processos de tomada das decisões jurídico-políticas do Estado. O contexto social evidencia e exige um comportamento ativo e responsável do cidadão em diversos âmbitos estatais.

⁸⁶ CRUZ, Paulo Márcio da. SIRVENT, José Francisco Chofre. Ensaio sobre a necessidade de uma teoria para a superação democrática do Estado constitucional moderno. In: *Novos Estudos Jurídicos*. Vol. 11, nº 1, Jan-Jun, 2006. p. 43 ss.

⁸⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, vol. II. Trad: Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 98.

Na sociedade atual surgem novas funções e novas formas de atuação do Estado, configurando novos paradigmas jurídico-políticos. O indivíduo da sociedade pluralista e complexa é chamado a co-atuar de modo responsável, não apenas como subalterno ou ente passivo do Estado, mas exercendo a função de co-autor das decisões jurídico-políticas.

Convém ressaltar que a vertente de responsabilidade social do cidadão não consiste apenas na participação dos processos decisórios jurídico-políticos. O liame de responsabilidade está presente em outras esferas, num contexto mais amplo, por exemplo, a responsabilidade ambiental; a responsabilidade no ato de consumir, pautada no consumo consciente; a responsabilidade fundada na esfera das relações interpessoais baseada no respeito às diferenças e às crenças; entre outros. No entanto, é preciso destacar que para o presente estudo, importa a responsabilidade e atuação do indivíduo na dimensão jurídico-política fundada no dever de proteção da *res publica*.

Portanto, o cenário atual delineado pelas sociedades complexas, nas quais emergem os atores sociais, vem corroborar com o reconhecimento do direito fundamental à defesa do patrimônio público econômico, sobretudo, no quesito da responsabilidade do cidadão para com a *res publica*. O paradigma da cidadania está consubstanciado na vertente do cidadão responsável e comprometido que emerge desta sociedade plural no contexto contemporâneo.

3. O Contexto político-administrativo

A noção de política surge com o vocábulo grego *polis* (cidade), conforme já verificado. A visão aristotélica do homem como um *zoon politikon* (animal político) evidencia as dimensões social e política, sendo que ambas estão correlacionadas.

Deste modo, Comparato ressaltava que na filosofia grega, a sociedade política é o mais abrangente dos grupos sociais, porque ela organiza todos eles numa relação de estável convivência. Assim, a política é o desempenho da ciência prática de construção e

organização da *polis* e, conforme visto, ela dirige a vida social, em função da finalidade comum a todos. ⁸⁸

Diversos autores relacionam a política com a natureza humana. Spinoza menciona que a política é deduzida da condição natural dos homens, em virtude da sua essência passional e racional. Segundo ele, para se chegar à instituição política é preciso encontrar um ponto de intersecção entre razão e paixão. Esse ponto, segundo o autor, é a lei. ⁸⁹

Por outro lado, Hannah Arendt analisa a política como um elemento constitutivo que engendra a viabilidade da vida humana compartilhada em seu sentido pleno. A política tem a tarefa e objetivo focados na garantia da vida no sentido mais amplo. Interessante ressaltar a abordagem realizada pela autora no tocante à política e à verdade. Ela menciona que “nunca se teve dúvidas que a verdade e a política estão em más relações e ninguém, tanto quanto saiba, contou alguma vez com a boa fé no número das virtudes políticas.” ⁹⁰

Max Weber define a política como o conjunto de esforços feitos com vistas a participar do poder ou a influenciar a divisão do poder, seja entre Estados, seja no interior de um único Estado. Para ele, todo homem que se entrega à política aspira o poder. O autor expõe algumas formas de legitimação do poder e traça um critério subjetivo que parte do sujeito legitimante em relação ao poder a ser legitimado. Dessa forma, ele classifica o poder como: o poder legal, o poder tradicional e o poder carismático. ⁹¹

Bobbio aborda a política como forma de atividade ou praxis humana. Para o autor a concepção do termo política está ligada ao conceito de poder. No mesmo sentido, vários autores elaboraram uma concepção de política ligada ao poder sob diversos aspectos como, por exemplo, Hobbes que definiu o poder como meios para se obter alguma vantagem e Locke que definiu segundo critérios de legitimidade. ⁹²

Em outra perspectiva, Carl Schmitt vislumbra a política de acordo com a relação amigo-inimigo. A esfera política coincide com a esfera da relação de antagonismo do

⁸⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 586 e 587.

⁸⁹ SPINOZA, B. *Ética*. Trad. Tomaz Tadeu. 2 ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2008.

⁹⁰ ARENDT, Hannah. *Verdade e Política*. Relógio D'Água Editores. Lisboa, 1995. p. 09.

⁹¹ WEBER, Max. *Ciência e Política duas vocações*. Trad. Leonitas Hegenberg e outro. São Paulo: Editora Cultrix. 2008. p. 56/57.

⁹² BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política...* p. 159/160.

amigo-inimigo, sob a lógica de agregar e defender amigos e desagregar e combater os inimigos. Dessa forma, o conceito do político, segundo Schmitt, traduz a ideia de que muitas vezes os homens se assustam com a realidade do que é o político e tentam escapar de sua dimensão de conflito. Segundo ele, a política permite o estabelecimento de identidades por oposição, sendo o pressuposto da reprodução de diferentes coletividades humanas.⁹³

Casanova, ao analisar a teoria política, distingue os três termos anglo-saxônicos “policy”, “politics” e “polity”. *Policies* como conjuntos de políticas concretas, *politics* no sentido de todo o processo de organização e negociação que se dirige a construir uma estrutura estável de relações sociais e distribuição de riquezas. Quanto à *polity* se revela de modo institucional, ou seja, a formação da comunidade política suprema.

O autor menciona que os três sentidos devem estar direcionados a noção de *Politeia* enquanto resultado final de um determinado regime de convivência entre grupos que se interagem e atuam. Esta dimensão não se esgota nas negociações de interesses, mas deve ser dotada de concretizações de justiça, direito, comunidade, entre outros postulados, vez que este modelo consagra a verdadeira Política.⁹⁴

Diante destes conceitos, pode-se notar que os autores vinculam a política à ideia de poder. É nesse sentido que serão destacadas algumas vertentes em relação ao poder político no contexto da realidade contemporânea. Em seguida, a abordagem versará, especificamente, a respeito das mudanças ocorridas na Administração Pública, sobretudo, em sua relação com o cidadão.

3.1 O poder na política contemporânea

O cenário marcado pelas imperfeições dos sistemas políticos, especificamente, quanto ao comportamento das autoridades demonstra a necessidade de se enfrentar os desafios e de se combater os fenômenos negativos.

⁹³ SCHMITT, Carl. *El concepto de lo “politico”*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001. p. 167ss.

⁹⁴ CASANOVA, J. A. Gonzalez. *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Barcelona: Vicens Vives, 1994. p. 5 ss.

Chevallier observa que a crise do liame político está centrada na crise da representação e na desconfiança em face dos representantes. Segundo ele, os cidadãos parecem não se satisfazer mais em ser limitados ao papel restritivo que lhes foi atribuído no jogo político, uma vez que o artifício da representação, tende a ser colocado em evidência. Tal desconfiança do cidadão corrói o vínculo representativo.⁹⁵

A descrença nas instituições políticas e a necessidade de se impor limites ao poder são realidades que compõe o contexto estatal. Não obstante a existência de um esquema organizatório amparado nas eleições dos governantes que viabiliza o exercício e a legitimidade do poder político houve a necessidade de se controlar efetivamente o poder. O mundo pós-moderno elege como dantes a relevância do poder, porém agora o discurso se volta para a delimitação de seu exercício.

A limitação dos poderes do Estado deve ter por base um sistema jurídico capaz de compatibilizar a discricionariedade e a limitação do poder. Neste sentido, Bobbio ressalta que a relação política por excelência é uma relação entre poder e liberdade. Há uma estreita correlação entre um e outro, quanto mais se estende o poder de um dos dois sujeitos da relação, mais diminui a liberdade do outro, e vice-versa.⁹⁶

Por isso, os termos como «responsabilidade, controle e *accountability*» são os postulados que consagram o sistema político contemporâneo, sobretudo, a forma de controle social exercida pelos indivíduos ou pelas organizações da sociedade civil. A adoção de mecanismos capazes de responsabilizar o agente político tornou-se imprescindível no processo do resgate da credibilidade dos cidadãos, configurando-se um primado fundamental da ordem republicana democrática.

Pedro Lomba destaca que a ação política é caracterizada por uma grande liberdade de meios e fins que de forma aparente é incompatível com os pressupostos tradicionais da responsabilidade jurídica. Por isso, o autor analisa as peculiaridades e meios de controle diferenciados que devem ser inseridos na perspectiva da responsabilidade política.⁹⁷

⁹⁵CHEVALLIER, Jacques. O Estado Pós-moderno. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 190.

⁹⁶ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. De Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 209.

⁹⁷ LOMBA, Pedro. Teoria da Responsabilidade Política. Coimbra editora, 2008. p. 21ss.

Canotilho dispõe que a forma republicana exige uma estrutura político-organizatória de competências e funções dos órgãos políticos em termos de balanceamento, reivindica legitimação do poder político baseada no “governo do povo”, fundando-se no princípio democrático representativo, de modo a evitar formas de poder pessoal.⁹⁸

O ideal de representação está plasmado na prossecução do interesse público, o que permite vislumbrar a responsabilidade política não como um sistema fundamentado na determinação do comportamento político e do conteúdo das decisões dos agentes, mas como um sistema sedimentado na razão do comprometimento do agente político para com os interesses da comunidade.

Nesta dimensão, a responsabilidade política é um mecanismo indispensável ao regime republicano democrático. Ela atua como limite jurídico à governação e como antítese ao poder arbitrário. Os instrumentos de controle e de prestação de contas assumem um papel constitutivo e organizador da ordem constitucional democrática.

Bobbio afirma que durante séculos todo o debate sobre o poder político esteve centrado no ponto de vista do governante e não do ponto de vista do governado. O discurso era pautado nos governantes e nas formas de se conquistar e conservar o poder ora conquistado. O autor expõe que a ciência política começou a olhar o problema do poder também pelo outro lado, ou seja, a partir do ponto de vista dos indivíduos, gerando uma verdadeira revolução copernicana.⁹⁹

No geral, a evolução destas fases realizada no terreno da história denota um avanço na busca da construção de garantias do cidadão contra o Poder Público, mas esta realidade não está imune de problemáticas.

A ordem contemporânea baseada na democracia como governo do povo é construída a partir da dimensão político-social do homem. O melhor governo é aquele que ensina o povo a governar a si mesmo (Goethe). Ou seja, é aquele que propicia transparência quanto aos seus atos e meios que permitam à sociedade opinar e participar das decisões jurídico-políticas. Assim, o governo deve propiciar a participação da

⁹⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Ob. cit. p. 228.

⁹⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política. A filosofia Política e as lições dos clássicos*. Trad. Daniela B. Versiani. Rio de Janeiro: Campus. 2000. p. 371.

sociedade nos assuntos do governo, mediante a introdução de mecanismos de controle, nos moldes da *good governance*.

É no contexto desta revolução copernicana, sob o prisma dos indivíduos atuantes e no controle do poder público, que se vislumbra um cenário político propício para o reconhecimento do direito fundamental ao patrimônio público econômico.

3.2 O contexto administrativo contemporâneo

A Administração Pública passou por grandes reformas até adotar o modelo atual. Tais reformas mudaram substancialmente a relação administrativa do Estado com o cidadão, sobretudo, no domínio do atendimento das demandas do serviço público.

Inicialmente, o sistema administrativo consistia num modelo dotado de algumas características advindas do absolutismo como, por exemplo, os interesses pessoais e aristocráticos. O cenário era composto por práticas abusivas, nepotismo e outras formas de apropriação de poder, sob o prisma patrimonial.

No final do século XIX, os abusos intensos gerados por este modelo evidenciaram a necessidade de uma reforma direcionada para um sistema mais técnico e menos pessoal ou patrimonial. Surgiu, então, o modelo burocrático, dotado de características da tecnicidade e operacionalidade. A disciplina, a estabilidade e a precisão eram os pilares da Administração Pública. Deste modo, a reforma burocrática visou aumentar a objetividade da ação administrativa do Estado, de modo a reduzir as práticas patrimonialistas.

Weber, um dos precursores do modelo burocrático, menciona que a experiência tende a mostrar universalmente que o tipo burocrático mais puro de organização administrativa é capaz, numa perspectiva puramente técnica, de atingir o mais alto grau de eficiência. O autor ressalta que tal modelo é formalmente, o mais racional e conhecido meio de exercer dominação sobre os seres humanos, sendo superior a qualquer outro em precisão, estabilidade, rigor, disciplinar e confiança. O autor afirma que as exigências de

nomeação por mérito, de qualificação técnica para o exercício da função pública e de separação do patrimônio público e privado eram princípios básicos daquele sistema.¹⁰⁰

Com o passar do tempo, o sistema burocrático foi se tornando insuficiente e obsoleto diante da evolução da qualificação dos recursos humanos existentes no setor privado e da defasagem do nível de eficiência do setor público em relação ao setor privado. Tais fatores, entre outros, contribuíram para necessidade de uma reforma gerencial.

O surgimento do Estado Social (*Welfare State*) foi outro fator que contribuiu para a reforma, tendo em vista que o modelo burocrático tornou-se não condizente com a realidade. As crescentes demandas advindas deste modelo de Estado geraram a necessidade de se obter eficiência na produtividade da Administração Pública. Dessa forma, as reformas gerenciais decorreram de uma demanda econômica pela redução dos gastos públicos, sob o lema “fazer mais com menos”. Essencialmente, os elementos que identificaram essas reformas foram encontrados nas técnicas organizacionais de gestão, de produção e de controle do setor privado.

Neste sentido, Guy Peters menciona que “a maioria das ideias gerenciais estão baseadas implicitamente, e frequentemente explicitamente, na suposição de que o governo funcionará melhor se for gerenciado mais como se fosse uma organização do setor privado guiada pelo mercado, em vez da hierarquia”.¹⁰¹

Portanto, a Administração Pública está centrada num modelo gerencial dotado de características e técnicas já aplicadas no setor privado. Esse movimento gerencial é reconhecido como *New Public Management*. Nesse modelo, o indivíduo é visto como um cliente, configurando-se como um usuário do serviço público. De fato, esse modelo contribuiu e contribui para desenvolver a qualificação dos gestores públicos. É preciso reconhecer que as ideias e técnicas preponderantes no setor privado que foram transportadas ao setor público geraram alguns ganhos de eficiência e, supostamente, a satisfação dos clientes.

¹⁰⁰ WEBER, Max. “Os Fundamentos da Organização Burocrática: uma Construção do Tipo Ideal”, em Eduardo Campos (org.), *Sociologia da Burocracia*, Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1971. p. 24.

¹⁰¹ PETERS, B. Guy. “Policy Transfers Between Governments: the Case of Administrative Reforms”, *West European Politics*, 20 (4). 1997. p. 71-88.

No entanto, já no início do século XXI o modelo recebeu várias críticas, sobretudo, quanto ao questionamento da capacidade e dos resultados alcançados da migração de ideias gerenciais do setor privado para o setor público, em razão das diferenças existentes entre as duas esferas.

Os opositores ao regime gerencial preconizam um novo modelo baseado, dentre outras premissas, na visão do indivíduo como um cidadão e não como um cliente. Assim, diante das críticas levantadas ao modelo gerencial surge o modelo *New Public Service* que foi apresentado por Denhardt e Denhardt. Outros autores como Osborne vislumbram o *New Public Governance* (NPG) com o potencial de fornecer uma estrutura capaz de amparar o novo sistema da Administração Pública e de gestão, a partir da análise e da avaliação de políticas públicas, baseado na governança.¹⁰²

Ressalta-se que os críticos do modelo burocrático enfatizaram o tema eficiência e da técnica em face de um modelo patrimonialista. Atualmente, os críticos do modelo gerencial enfatizam a perspectiva de um modelo mais participativo e democrático em detrimento de um modelo com características do setor privado que visa somente resultados. Surge, então, um modelo baseado na gestão e na cidadania, consistente num conjunto de procedimentos voltados à análise da capacidade de dar respostas satisfatórias aos cidadãos.

Tal modelo não está pautado nas formas privatísticas de lucro na relação de eficiência e satisfação do cliente numa lógica de consumidores, mas um modelo pautado nos valores da democracia participativa e na realização das demandas do cidadão. Portanto, após a sedimentação da cultura gerencial na Administração Pública, algumas questões são levantadas sobre a relação entre eficiência e justiça, entre a flexibilidade de gestão e cidadania, entre interesse geral e administração do serviço ao cidadão.

A evolução da Administração Pública foi verificada na aplicação dos três movimentos de reforma: burocrático, gerencial e participativo. Deste modo, são identificados os esforços de reformas. Os argumentos são válidos, mas dão ênfase a valores diferentes: legalidade, eficiência e cidadania. Pode-se notar que os objetivos dessas reformas, apesar de aparentemente contraditórios, se acumulam e se complementam, portanto, não são modelos estanques.

¹⁰² DENHARDT, Robert B. and Janet Vinzant Denhardt. *The New Public Service: Serving Rather than Steering*. London, England. 2007. p. 84ss. OSBORNE, Stephen P. *The New Public Governance? In: Public Management Review*, Vol.8, nº 3, 2006. p. 377-387.

Neste sentido, o modelo *New Public Governance* aumentar a capacidade do governo em intermediar interesses, garantir legitimidade e conduzir a *res publica*, de uma forma mais democrática e participativa.

A perspectiva traçada para esse modelo está vislumbrada na relação entre cidadão e Administração Pública. O indivíduo passa a ser configurado como um cidadão atuante, deixando de ser mero receptor de serviços e direitos. Esse modelo vem corroborar com a sedimentação da democracia participativa em vários âmbitos do poder público.

Deste modo, Chevallier menciona que a administração pública tornou-se um ponto de apoio privilegiado da nova “democracia participativa”. O autor ressalta que a outorga aos cidadãos de um poder de intervenção no funcionamento dos serviços é entendida como apta a preencher as lacunas da democracia representativa fundada sobre o princípio delegação, reatribuindo aos interessados uma influência concreta sobre a coisa pública, o que ele denomina de uma “democracia do cotidiano”.

Para ele, tal perspectiva modifica profundamente o sentido da relação administrativa e a lógica sobre a qual foi edificada a instituição administrativa. Ao deixar o estatuto tradicional de súdito constringido a submeter-se às prescrições administrativas, ou de simples consumidor passivo de prestações, o administrado é promovido ao nível de “ator”, mediante seu direito de fiscalizar e influenciar o funcionamento dos serviços. Assim, o modelo contemporâneo da gestão da *res publica* na Administração Pública deve ser pautado pela transparência, pela informação e pela participação cidadã como condições necessárias à garantia da ordem democrática.¹⁰³

É importante ressaltar que a Administração Pública vem sofrendo diversas transformações também devido aos fatores externos. A influência global nos sistemas administrativos internos tem gerado uma mudança nos cânones tradicionais do direito administrativo. Suzana Tavares dispõe que a compreensão tradicional da atividade administrativa não é adequada às novas problemáticas colocadas pela gestão nacional de

¹⁰³ Ele destaca que essa mutação testemunha o alargamento e aprofundamento da concepção da democracia nas sociedades contemporâneas: não apenas o jogo representativo não responde mais aos anseios dos cidadãos, mas ainda esses não aceitam mais um modelo de relações administrativas fundado sobre o distanciamento e unilateralidade; a democratização do funcionamento administrativo permite satisfazer ao mesmo tempo as duas aspirações. Por essa via, produz-se o esmaecimento da tradicional separação estabelecida na teoria liberal entre as duas faces (política/administrativa) da relação com o Estado; trata-se de romper com a concepção do administrado-súdito, centrando a questão da relação administrativa em torno dos direitos dos cidadãos num Estado democrático, na sua relação com a administração, o administrado deve ser considerado primeiramente e sempre como um cidadão. CHEVALLIER, Jacques. O Estado Pós-moderno... p. 231.

interesses públicos globais (problemas no âmbito do ambiente, energia, direitos humanos, investimento e gestão de capitais).

A autora ressalta a necessidade de se reformar o direito administrativo interno por via da incorporação dos *standards* fixados ao nível global. O novo direito administrativo identifica-se em grande medida com o “novo direito público”, fundado na construção judicial de novos princípios em matéria de fontes do direito. Ao ganhar autonomia, identifica-se com um conjunto de modificações a partir das exigências de eficiência, reflexividade e sustentabilidade.¹⁰⁴

Portanto, o sistema político-administrativo está inserido numa realidade de novos paradigmas decorrentes de transformações internas (novos modelos a partir da inserção do cidadão nos processos decisórios) e externas (necessidade de adequação às exigências globais).

Verifica-se que as tendências baseadas num modelo pautado na gestão participativa o qual aproxima o cidadão e da Administração Pública, mediante os instrumentos de controle e participação, vêm coadunar com a prognose do reconhecimento do direito fundamental à proteção do patrimônio público econômico.

4. O Contexto global

Nos dias atuais, os temas tratados no âmbito do direito público devem ser analisados numa perspectiva que vai além da esfera nacional, tendo em vista a influência das “construções jurídicas pós-nacionais” que passaram a modificar substancialmente as matérias públicas no âmbito interno dos Estados.

Nesta perspectiva, Sarlet dispõe que a evolução dos direitos fundamentais revela que cada vez mais sua implementação em nível global depende de esforços integrados dos Estados e dos povos. Ele afirma que mesmo a realização efetiva dos direitos fundamentais na esfera interna de cada Estado depende, em última análise deste esforço

¹⁰⁴ SILVA, Suzana Tavares. Um novo Direito Administrativo? Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010. p. 11.

coletivo, consagrando a tese de interdependência dos Estados e a inevitável tendência ao reconhecimento da irreversível universalização dos direitos fundamentais.¹⁰⁵

Diante destas afirmações, convém destacar que, embora o objetivo do trabalho seja dar ensejo ao reconhecimento do direito fundamental à proteção ao patrimônio público econômico na esfera interna do Estado, a abordagem do contexto global torna-se essencial para identificar a cidadania e a democracia como paradigmas centrais desse direito numa concepção espaço-temporal. Assim, a finalidade deste tópico é, sobretudo, a de identificar no contexto global também uma realidade propícia para o reconhecimento do direito fundamental proposto.

4.1 O Contexto da sociedade global

O discurso secularizado no âmbito global depara-se com alguns paradoxos advindos das mudanças que apresentam, de um lado, os progressos quanto ao acesso e intermediação das informações, o compartilhamento do avanço tecnológico, a integração e interdependência dos mercados, os crescentes mecanismos de tutela dos direitos humanos, a descentralização e a federalização dos Estados, a atuação das organizações internacionais, entre outros.

Por outro lado, encontram-se os regressos no que tange a discrepância marcada pelas dificuldades enfrentadas pelos países de modernidade tardia quanto à realidade democrática, bem como a incidência de guerras e terrorismos incessantes, além das crises sociais e econômicas que foram devastadoras para as finanças no âmbito interno dos Estados.

Neste sentido, Chevallier assevera que a globalização tem um caráter benéfico sob o lema do vetor de crescimento e de desenvolvimento mas também é geradora também de injustiças e de desigualdades por comportar várias atuações maléficas (paraísos fiscais, riscos de toda natureza e criminalidade transnacional), sobretudo, pelo fato de que a crise de um país que chega a afetar rapidamente outros países.¹⁰⁶

¹⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. ob. cit. p 65.

¹⁰⁶ CHEVALLIER, Jacques. O Estado Pós-moderno. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 280.

Não se pode considerar a globalização como um fenômeno restrito a esfera econômica, fundada somente no postulado de abertura de mercados, tendo em vista que ela envolve outros âmbitos gerados pelas relações e circulação contínua e ininterrupta de bens, pessoas, capitais, informação diante de um processo de regulação transnacional.

Não obstante a globalização econômica baseada na supremacia das correntes abertas de mercados, a formação de um âmbito global veio trazer transmutações em várias esferas (jurídica, política e social), principalmente, no que tange à relativização da soberania dos Estados. Com isso, as relações entre os indivíduos e as organizações e instituições internacionais estão inseridas num espaço diferenciado do espaço nacional.

É inegável que esse processo multifacetado acaba por influenciar e modificar os fundamentos do Estado nacional, ao atingir suas áreas centrais de poder por meio dos impactos causados pela realidade transnacional sobre as estruturas nacionais e locais.

Devido às consequências geradas pelo processo globalizador, não tem sido fácil estabelecer parâmetros uniformes de compreensão da era global que induzam a uma racionalidade paradigmática capaz de produzir, de forma satisfatória, análises sobre os rumos desse fenômeno multifacetado.

Este movimento global contínuo transporta consigo a essência das relações entre as diversas civilizações e ocasiona um processo multidimensional num espaço-tempo por meio de vários processos políticos, sociais, econômicos, jurídicos e culturais, interagindo povos e governos, sociedades e comunidades culturais diferenciadas.

Neste sentido, Maria Feitosa dispõe que o interagir das diversidades civilizacionais e o processo de integração marcam o surgimento de uma cultura global delineada por uma paulatina universalização de comportamentos e de valores, podendo ser vista como meio para a formação de uma *sociedade civil global* que se orienta rumo a um novo cosmopolitismo pluralista, pacífico e democrático.¹⁰⁷

As discussões se voltam para uma multiplicidade de ingerências, assuntos e paradigmas que se levantam dentro de um *locus* dúplice (global e nacional), onde as multievidências compõem o espaço interno e externo dos Estados. Em meio a tais evidências, surgem as perspectivas centrais debatidas nos âmbitos da democracia e da cidadania.

¹⁰⁷ FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. *Paradigmas inclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados*. Dissertação de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2005. p. 36.

4.2 Os Estados Nacionais na perspectiva global

A teoria tradicional do Estado não é capaz de dar respostas satisfatórias às demandas e aos conflitos da realidade atual. As indagações da sociedade fundamentalmente diferenciada e a rede de sistemas globais econômicos, políticos e jurídicos da ordem internacional formam um cenário complexo.

Se é difícil criar condições para efetivação do sistema democrático e concretizar a cidadania ativa no âmbito interno dos Estados o que dirá no âmbito global. Se há um impasse na análise dos próprios fenômenos globais devido as suas constantes transformações, a diversidade de atores e instituições envolvidas no processo internacional e os inúmeros *locus* de incidências dessas transformações; o que dirá a questão da democracia na esfera mundial.

O debate da democracia e da cidadania no cenário global tem levantado diversos impasses e desafios, sobretudo, quanto às problemáticas paradoxais presentes na distância verificada entre teoria e prática; entre o ideal e o possível de ser realizado.

Neste sentido, Chevallier destaca a existência de um desajustamento entre o espaço político nacional, tradicional local de exercício dos processos democráticos, e os espaços alargados resultantes da dinâmica da globalização. Segundo o autor, neste contexto, a democracia corre o risco de ser esvaziada progressivamente de sua substância, se ela continuar vinculada ao quadro estatal ou sofrer uma verdadeira transmutação, se ela for transposta a uma escala mais ampla. Ele conclui que em todos os casos, a questão da possibilidade de realização de uma “democracia sem fronteiras” permanece colocada.¹⁰⁸

Bonavides afirma que os contextos globais da realidade contemporânea compreendem o futuro da cidadania, sendo que através deles será legítima e possível alicerçar a globalização política-jurídica.¹⁰⁹

Porém, a dialética não é tão simples. O discurso exige o enfrentamento de algumas problemáticas na questão da cidadania e da democracia na comunidade global. Há alguns

¹⁰⁸ CHEVALLIER, Jacques. O Estado Pós-moderno... p. 200.

¹⁰⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 20^a ed., Malheiros. 2007. p. 571/572.

déficits teóricos devido as dificuldades pragmáticas, com ênfase na zona de transição do particularismo e do nacionalismo aos novos espaços da ordem mundial.

Portanto, a necessidade de mudança sob uma perspectiva transnacional é notória, basta verificar a atuação efetiva dos Estados na ordem internacional, em que o centro da discussão contemporânea parte de uma análise crítica de seus alicerces sob a perspectiva político-constitucional.

Os novos «estratagemas jurídico-políticos», bem como os pressupostos basilares de reformulação devem ser adotados no intuito de aproximar os indivíduos das decisões fundamentais na esfera global.

As propostas devem emanar primeiro das (re)formulações dos elementos teóricos da democracia e da cidadania. Torna-se imprescindível reconsiderar a articulação das instituições políticas com os diferentes grupos, organizações, associações e agências de caráter internacional, a fim de gerar um sistema global compatível com os valores e as tradições democráticas.

Stone Sweet menciona que existem boas razões para trabalhar o sentido da democratização do governo transnacional, a partir da valorização da participação e da responsabilidade. O autor aborda o tema da cidadania cosmopolita e do governo transnacional segundo três dimensões ou de acordo com três modelos: o indivíduo, o sistema político e o governo transnacional.¹¹⁰

Portanto, a democracia e a cidadania devem ser reavaliadas de forma a considerar os parâmetros a partir da relativização da soberania estatal por outros *locus* de poder, tendo em vista os novos sujeitos e grupos de poderes considerados no contexto atual multifacetário transnacional.

A diversidade e a complexidade existentes na esfera global ultrapassam as vertentes do Estado Nacional, tendo em vista os diversos componentes, redes, entes, instituições e pessoas envolvidas no processo.

Müller ao descrever as camadas no âmbito da sociedade global menciona que a segunda camada consiste na Constituição nominal caracterizada por num grupo de normas e instituições ainda não estabelecidas de forma democrática, fragmentárias do Estado de Direito e baseadas nos direitos humanos internacionais. Tal Constituição é vista como um princípio de um constitucionalismo global. Para ele, essa Constituição não

¹¹⁰ SWEET, Alec Stone. Cidadania transnacional e Sociedade Global. In: Cidadania e novos poderes numa sociedade global. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 177 ss.

consegue imperativos do Estado de Direito no sentido estrito, sendo legitimada pela pretensão democrática.

Na terceira camada aborda os atores da sociedade civil global que agem no espaço público mundial que se encontra em fase de formação. Os grupos e os indivíduos que lutam pela democratização transnacional estão inseridos numa avançada teoria da democracia em que consagra a participação do povo no espaço público e político (mundial). Portanto, o autor conclui que os novos atores que assumem estruturalmente um papel global atuam nesses âmbitos com base nos direitos humanos praticados. O projeto dos direitos humanos como direitos mundiais está relacionado diretamente com a democratização global.¹¹¹

Urge a necessidade de se buscar uma análise do contexto global para enfrentar os dilemas existentes antes mesmo de se apresentar algumas soluções temerárias, tendo em vista as complexidades e os novos paradigmas envolvidos.

4.3 A dignidade humana como alicerce da sociedade global

Diante da realidade atual, os impactos da era global pós-moderna influenciaram profundamente os parâmetros nacionais até os mais consagrados alicerces e elementos que compõem o Estado, gerando crises (estrutural, funcional e conceitual), rupturas e movimentos paradigmáticos que apontam para um redimensionamento das tradicionais teorias democráticas.

A sociedade global deve conjugar estes elementos, fazê-los coexistir num contexto plural, dando voz às diferenças, buscando interagi-las. E, para tal mister, faz-se necessária à definição de um patamar de valores conjugados universalmente, tendo como parâmetro a dignidade da pessoa humana.

¹¹¹ A primeira camada é formada pelo poder executivo mundial informal – Banco Mundial, Organização Mundial do Comércio, FMI e OCDE, Conselho de Segurança da ONU diretório das multinacionais, entre outros – que formam a Constituição semântica ou instrumental que determina de fato a sociedade global através de um conjunto de regras e estatutos de direito público e privado. MÜLLER, Friedrich. cit. p. 50

Esta universalidade pode ser denominada de universalismo *dignitas* que qualifica todo e qualquer indivíduo como um cidadão mundial. Tal qualidade é amparada por valores e direitos universais, impostos a todos Estados, comunidades, povos e culturas.

Através da dimensão de qualidade inerente à natureza humana – dignidade da pessoa humana – é possível estabelecer valores mundiais que coadunem com os valores de todas as sociedades civilizacionais. Tais valores devem ser estabelecidos mediante espaços globais de comunicação e interação dos diversos modelos culturais, de forma a serem respeitadas as diferentes visões sobre um determinado valor.

A nova universalidade, segundo Bonavides, procura subjetivar de forma concreta e positiva os direitos da tríplice geração na titularidade de um indivíduo que antes de ser o homem deste ou daquele país, de uma sociedade desenvolvida ou subdesenvolvida. É pela sua condição de pessoa um ente qualificado por si a pertinência ao gênero humano, objeto daquela universalidade.¹¹²

A escolha destes valores deve ser realizada mediante a abertura de espaços comunicativos na sociedade multifacetária. Neste sentido, o autor ressalta que a afirmação dos recursos instrumentais de racionalidade jurídica inerente ao paradigma da universalização de valores deve ser realizada por meio da dignidade humana e do pluralismo, vez que se trata da única alternativa ao problema de inserir um Estado num contexto globalizante sem arranhar a validade de um sistema jurídico.¹¹³

Portanto, o grande desafio do século XXI será implementar a democracia e a cidadania nos espaços globais. Para tal fim, é necessário compreender os paradoxos, as tendências e as mudanças, a fim de torná-las toleráveis ou resultantes desejáveis, por meio da administração dos conflitos inevitáveis. O ponto central dessa fase será traçar parâmetros e valores universais de modo a conciliar, respeitar e interagir, sob o substrato da dignidade humana, as diversas realidades culturais.

¹¹² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional...* ob.cit. p. 574 e 575.

¹¹³ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Um exame crítico-deliberativo da legitimidade da nova ordem econômica internacional. Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais.* Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

5. O Contexto da democracia e da cidadania

Todos os contextos que foram delineados são importantes para o reconhecimento do direito fundamental à proteção do patrimônio público econômico. Verificam-se as evidências que corroboram para uma atuação mais participativa do cidadão junto ao Estado. As demandas da sociedade complexa e os cenários causados pelos dilemas econômicos e financeiros deram ensejo à aproximação entre o cidadão e as instituições estatais.

No entanto, a democracia e a cidadania são dois paradigmas com especial relevância para o reconhecimento deste direito fundamental, tendo em vista que a sua afirmação e a concretização somente são possíveis diante de um contexto democrático e cívico. Deste modo, a abordagem do contexto contemporâneo da cidadania e da democracia torna-se de suma importância.

5.1 O legado greco-romano e sua releitura

Não se pode falar em continuidade do mundo antigo, de repetição de uma experiência passada e nem mesmo de um desenvolvimento progressivo capaz de unir o mundo contemporâneo ao antigo.¹¹⁴

No entanto, salvaguardadas as devidas proporções e diferenciações, pode-se realizar uma análise relevante entre realidades distintas e, *in casu*, verificar qual foi a contribuição deixada pelo legado grego e romano na formação da democracia e da cidadania pós-modernas.

Ao analisar a realidade greco-romana são identificados alguns preceitos que inspiraram o surgimento e as atividades desenvolvidas na *polis* e na *civitas*: justiça, igualdade, liberdade, publicidade, cidadania, entre outros. Nota-se que tais preceitos

¹¹⁴ PINZKY, Jaime. História da Cidadania. São Paulo: Contexto, 2003. p. 29.

foram configurados como princípios constitucionais que norteiam o Estado contemporâneo.

Neste contexto, é importante destacar que ambas comunidades – grega e romana – deixaram tradições políticas clássicas distintas. A *polis* grega era baseada na cidadania coletiva, a qual não fornecia garantias explícitas à liberdade privada. Já a *civitas* era baseada na liberdade privada como direito universal, sem quaisquer garantias à liberdade política ou à soberania coletiva.¹¹⁵

Para alguns autores, entre eles Pinzki, a República romana foi encarada como uma oligarquia corrupta comparada negativamente com Atenas democrática. Mas o mundo romano deixou um legado importante ao mundo moderno: o voto secreto e a instituição do fórum centrado num sistema político.¹¹⁶

No entanto, não se pode deixar de mencionar que tanto na *polis* grega quanto na *civitas* romana, a democracia e a cidadania foram maculadas pela exclusão. Apenas os cidadãos gozavam dos direitos políticos. As civilizações antigas baseavam-se em conceitos primitivos de Justiça, sendo que trabalho escravo estava centrado na base da sociedade, como sustentáculo da vida na *polis* grega ou nas cidades do Império Romano.

Deste modo, Canotilho descreve que a civilização grega partiu da visão geométrica-cosmopolita através de um círculo em que representa a política e a vida cívica na *polis*. A figura geométrica apresenta vários círculos não fechados e um círculo fechado que demonstram as relações sociais. Segundo o autor apenas o primeiro círculo é completo, o qual é composto pelos cidadãos e nesse há igualdade. Os demais círculos incompletos apresentam as desigualdades. Ao final, o autor demonstra que na cidade grega uns são mais iguais do que outros, o que se verifica que havia igualdade dentro de um esquema organizatório profundamente desigual (escravos).¹¹⁷

Por outro lado, Pontes de Miranda aduz que somente uma minoria reunia-se nos comícios para resolver os conflitos e os assuntos da cidade. É neste sentido que o autor as denomina de democracias deficientes ou oligarquias. Em todo o caso, foi um ponto de

¹¹⁵ GAUDEMAT In: ¹¹⁵ ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson. Nem cidadãos nem seres livres... p. 09.

¹¹⁶ In: PINZKY, Jaime. História da Cidadania... p. 72.

¹¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra editora. 2004. p. 26-28.

partida ulteriores desenvolvimentos.¹¹⁸ Durante algum tempo, foram levantados diversos questionamentos e discussões a respeito da democracia grega, se ela seria mito ou fato.

Não obstante o questionamento no tocante à veracidade da democracia grega sob o argumento da exclusão de alguns indivíduos é importante destacar que a *polis* surgiu a partir da noção do pertencimento de uma pequena comunidade, onde a cidadania tornou-se fonte de reivindicações e de resolução de conflitos.

O sentimento de pertença e a vida pública marcaram o cenário das *polis* gregas. Tal legado consistiu numa realidade peculiar daquela civilização. Na célebre Oração fúnebre de Péricles, destaca-se que as pessoas não se ocupavam apenas de seus interesses privados, mas também dos negócios públicos, e aqueles que não se ocupavam dos interesses da cidade eram considerados cidadãos inúteis.

Assim, o exercício da liberdade se configurava justamente no ato de participar da praça pública. O dever para com a *res publica* se dava mediante uma cidadania ativa que consistia, sobretudo, no domínio de uma liberdade cívica.

Os romanos também deixaram diversos ensinamentos e doutrinas, sobretudo, no âmbito jurídico e político. A noção da dicotomia entre direito público e privado, isto é, a repartição entre Direito Público (direito de voto e o acesso aos cargos públicos) e o Direito Privado (direito de casamento legítimo e o de celebração de atos jurídicos) foi uma grande contribuição deixada pelos romanos.

As Cidades-Estado da antiguidade têm sido parâmetro constante utilizado nos estudos da democracia direta no discurso jurídico-político atual. O legado deixado pelas civilizações greco-romanas configurou a base dos discursos cívicos e democráticos contemporâneos. Basta citar a questão atual da democracia participativa nos espaços locais que vem retomar o sentido da democracia grega, salvaguardadas as devidas diferenciações.

A relação entre o antigo processo democrático e a nova realidade do cidadão ficou estagnada por muito tempo nas ideias restritas do voto e das eleições. No atual século, a relação entre o cidadão e o governo encontrou novas áreas de cooperação. Esta percepção

¹¹⁸ MIRANDA, Pontes de. *Democracia, Liberdade, Igualdade (os três caminhos)*. 1ª ed. Campinas- São Paulo: Bookseller, 2002. p. 191.

pode ser verificada, por exemplo, no requisito da transparência do governo e nos espaços de participação exigidas nos moldes da governança.¹¹⁹

Não obstante a verificação do legado deixado a respeito da democracia direta, cumpre identificar outro aspecto importante nas civilizações greco-romanas que se caracteriza em duas modalidades: o interesse do cidadão pela vida política e a forma de prestação de contas das autoridades após deixarem os cargos públicos.

Portanto, um ensinamento importante deixado foi a ideia de dever cívico. O cidadão das civilizações antigas tinha o dever e a responsabilidade para com a *res publica*. O dever estava centrado no exercício da liberdade. No contexto moderno, a liberdade teve um significado de liberdade individual, centrada nos direitos fundamentais do homem, no entanto, vazia de sentido coletivo e da noção de dever para com o todo.

Nos dias atuais, o dever cívico se impõe como uma proposta discursiva a partir das perspectivas da atuação, da participação e da responsabilidade do cidadão na defesa da *res publica*. Diante desta proposta discursiva, com intuito de posteriormente aprofundar a análise do dever cívico democrático, prosseguir-se-á o contexto contemporâneo.

5.2 A democracia dos antigos, dos modernos e dos pós-modernos

O debate contemporâneo retoma o enfrentamento da dualidade entre a democracia dos antigos e dos modernos, com intuito de se estabelecer uma democracia participativa ao lado da democracia representativa no contexto atual.

A temática se mostra relevante na medida em que a realidade denota a necessidade de se conciliar tais democracias. Vital Moreira assevera que um dos desafios das Constituições contemporâneas consiste buscar novos instrumentos de revitalização da democracia representativa e o fomento da democracia participativa.¹²⁰

¹¹⁹ SHUKLA, Surinder. Citizen action and Governance. In: Participatory Citizenship. Identity, exclusion, Inclusion. Sage Publications: New Delhi, Thousand Oaks, London, 2006. p. 104.

¹²⁰ MOREIRA, Vital. O futuro da Constituição. in: Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. Malheiros, 2001. p. 324.

Neste sentido, é importante verificar a democracia nos diversos contextos: antigo, moderno e pós-moderno. Primeiro, torna-se necessário comparar a democracia dos antigos com os modernos. Benjamin Constant menciona que:

“O objetivo dos antigos consistia em partilhar o poder social entre os cidadãos da mesma pátria: a isto chamavam liberdade. O objetivo dos modernos consiste na fruição da liberdade em prazeres privados; e chamam liberdade às garantias acordadas por instituições para esses prazeres.”¹²¹

Segundo Bobbio a diferença entre a democracia dos antigos e a democracia dos modernos desponta de fato duas vertentes: uma analítica e outra analógica. No uso descritivo, por democracia os antigos entendiam a democracia direta, os modernos, a democracia representativa.

O autor salienta que a democracia moderna está vinculada à imagem do dia das eleições com longas filas de cidadãos perante a urna. O voto, ao qual se costuma associar o relevante ato de uma democracia atual, é o voto não para decidir, mas apenas para eleger quem deverá decidir. Ele destaca que para os antigos a imagem da democracia era completamente diferente, ao se falar de democracia, eles pensavam numa praça ou então numa Assembleia, na qual os cidadãos eram chamados a tomar eles mesmos decisões que lhes diziam respeito.¹²²

Ao comparar a democracia moderna e a democracia dos antigos, diversas críticas são traçadas no tocante à democracia representativa do mundo moderno em relação à democracia direta dos antigos.

Hannah Arendt afirmou que o próprio governo representativo está em crise hoje, porque perdeu, com o decorrer do tempo, todas as praxes que permitiam a real participação dos cidadãos, e também porque sofre da mesma doença que o sistema de partidos: burocratização e tendência do bipartidarismo em não representar ninguém exceto as máquinas dos partidos.¹²³

¹²¹ CONSTANT, Benjamin. A liberdade dos antigos comparada com a dos Modernos, 1819.

¹²² BOBBIO, Norberto. Teoria Geral da Política. A filosofia Política e as lições dos clássicos. Trad. Daniela B. Versiani. Rio de Janeiro: Campus. 2000. p. 371.

¹²³ ARENDT, Hannah. Crises da República. Trad.: José Volkmann. São Paulo: Perspectiva, 2008. p. 79.

Bobbio ressalta que a democracia dos modernos é o Estado no qual luta contra o abuso do poder é travada paralelamente em duas frentes: contra o poder que parte do alto em detrimento do poder que vem de baixo, e contra o poder concentrado em nome do poder distribuído.¹²⁴

Alguns autores chegam a mencionar que, durante vários séculos, a memória reanimada das cidades-estado gregas e romanas da era republicana assombraram o Ocidente com um medo real para alguns e esperança especulativa para outros.¹²⁵

Não obstante as diferenciações existentes entre elas, os projetos contemporâneos despontam para o estabelecimento da democracia participativa ao lado da democracia representativa, ao menos, no âmbito local.

O discurso contemporâneo caminha para adoção de uma estratégia em que concilia o civil – direitos individuais – e o cívico – deveres para com o Estado, responsabilidade pelo bem público. Tal estratégia visa combinar a “liberdade dos antigos” – participação política do homem público – com a “liberdade dos modernos” – direitos individuais do homem privado, conforme a expressão utilizada por Benjamin Constant.¹²⁶

5.3 A democracia e a cidadania no século XXI

O termo “democracia” no contexto atual sofreu diversas transformações. Todavia, a essência contida no seu sentido etimológico “governo do povo” (demos «povo» e *kratos* «poder») ainda vigora na atualidade.

A democracia na concepção atual, ora é vista como um princípio ou doutrina de governo; ora como um conjunto de acordos institucionais ou de mecanismos constitucionais; ora como um tipo de comportamento (ou antítese da insociabilidade). Em

¹²⁴ BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia... p. 72.

¹²⁵ Quando a democracia começou a entrar na política e na sociedade modernas, primeiro com a Revolução americana e depois com a francesa, os seus líderes olharam para trás, para aquilo que julgavam ser precedentes gregos e romanos. CRICK, Bernard. A democracia... p. 08.

¹²⁶ VIEIRA, Liszt. Cidadania e Globalização. 8ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2005. p. 25.

todos os significados modernos, embora diferenciados, a democracia está sempre vinculada ao núcleo basilar que corresponde “poder do povo”.

No entanto, a democracia encontra-se numa sequência de transformações. A forma da representação, consagrada numa vertente de democracia indireta ensejou vários debates no âmbito da democracia moderna, sobretudo, no consentimento dos governados, no domínio da regra da maioria e na questão do mandato imperativo.

De fato, o questionamento inicial surgiu da indagação a respeito da própria existência da democracia. Os estudos políticos foram fixados a partir do paradoxo «a democracia está em toda parte, a democracia não existe em parte alguma».

Neste sentido, Manuel Ferreira Filho aduz que a democracia está em toda parte. Todas as constituições, leis, decretos, todas as filosofias e todos os programas de governo, sem exceção, aderem à democracia. Todos os estadistas e políticos louvam a democracia; todos os revolucionários pretendem realizá-la. Contudo, o autor destaca que a democracia não existe em parte alguma e que sempre o povo é governado.¹²⁷

A realização prática do governo «do povo», «pelo povo» e «para o povo» torna-se cada vez mais difícil mediante a pluralidade e multievidências presentes na sociedade atual. A maior dificuldade do Estado Democrático consiste no objetivo de fazer uno o múltiplo, isto é, de se estabelecer uma unicidade a partir das exigências de uma coletividade diversificada.

No Estado Social Democrático de Direito para ser cidadão não basta que o ordenamento jurídico garanta ao indivíduo a participação civil e política. É necessário a garantia de um *status* sócio-econômico mínimo. Para Alávez Corral, a capacidade do indivíduo para o exercício do poder depende de alguns meios necessários para desfrutar real e efetivamente da liberdade e igualdade formais que são pressupostos para participação democrática.¹²⁸

¹²⁷ Segundo o autor, o paradoxo democrático – a democracia está em toda parte, a democracia está em parte alguma – reponta quando se considera o contraste entre teoria e realidade social, o conflito entre a letra e vida constitucional. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A Democracia possível. São Paulo: Saraiva 1979. p. 01.

¹²⁸ CORRAL, Benedito Alávez. Nacionalidad, ciudadanía y democracia. Madrid: Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006. p. 69.

Tal perspectiva tem como consequência a afirmação de que para a integração plena do cidadão numa comunidade política é necessária a garantia prestacional pelo Estado dos meios materiais imprescindíveis para a consolidação dos distintos subsistemas sociais e em especial do sistema político, em condições de liberdade e igualdade.

A realidade impulsiona uma nova ordem capaz de intermediar a conciliação das problemáticas do poder e seu domínio, impondo a garantia de condições mínimas aos indivíduos, assegurando sua participação efetiva nas relações dos poderes.

O sentido moderno de cidadania é um conceito derivado da Revolução Francesa (1789) que se formou a partir dos direitos de liberdades individuais. Segundo Marshall quando a liberdade se tornou universal, a cidadania se transformou de uma instituição local numa nacional. Ele dispõe que a cidadania é composta por três elementos: uma parte civil, relativa aos direitos necessários à liberdade individual (século XVIII); uma parte política, referente ao direito de participar no exercício do poder político (século XIX); e uma parte social: “tudo o que vai desde ao mínimo de bem-estar econômico e segurança, ao direito de participar, por completo da herança social” (século XX).¹²⁹

O autor menciona que no século XVIII, os direitos políticos eram deficientes não em conteúdo, mas na distribuição pelos padrões da cidadania democrática. O direito de voto era ainda monopólio de grupos. Entretanto, foi o primeiro passo para tornar-se um monopólio de um tipo aceitável para as ideias do capitalismo do século XIX.

No século XIX a cidadania na forma de direitos civis era universal, os direitos políticos não estavam incluídos nos direitos de cidadania, constituía um privilégio de uma classe econômica limitada cujos limites foram ampliados.

Somente no século XX houve a associação direta e independentemente dos direitos políticos à cidadania pela adoção do sufrágio universal, transferindo-se a base dos direitos

¹²⁹ A divisão é ditada mais pela história que pela lógica, e o período de formação de cada um dos elementos é atribuído a um século de diferente, os direitos civis ao século XVIII, os políticos ao século XIX e os direitos sociais ao século XX. A maior crítica à Marshall vem daqueles que não possa separar, no século XVIII, os direitos civis dos políticos, pois os direitos humanos teriam se expressado em termos inteiramente políticos. Mas Marshall compreendia da análise da parte política na visão romana do direito de votar e ser votado. MARSHALL, T.H. Cidadania e Classe social. 2ª ed. Brasília: Senado Federal, Centro de Estudos Estratégicos, Ministério da Ciência e Tecnologia, 2002. p. 09 ss.

políticos do substrato econômico para o *status* pessoal. E, posteriormente, a segunda reforma que contemplou o voto da mulher.¹³⁰

O artigo 21 da Declaração Universal dos Direitos Humanos dispõe que “toda pessoa tem o direito de tomar parte no governo de seu país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos.” E que a vontade do povo será à base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto.

Nos dias atuais, os discursos enfrentam a questão da limitação e deficiência da democracia indireta. A democracia na forma representativa já não é suficiente para a realidade contemporânea, sendo colocada ao lado da democracia participativa.

A forma representativa da democracia ainda não foi capaz de atender as exigências contidas na diversidade social e no pluralismo. Então, a realidade clama por uma democracia participativa. A democracia representativa garante o governo do povo, *a priori*, mas uma democracia direta faz do povo constante titular do poder.

Canotilho dispõe que a teoria democrático-pluralista pressupõe um sistema político aberto, com ordens de interesses e valores diferenciados que, tendencialmente, capaz de permitir a todos os grupos a chance de influenciar efetivamente nas decisões políticas.¹³¹

Diante desta perspectiva, o discurso se volta para o problema da democracia no âmbito do pluralismo. Bobbio inicia uma análise, nesse domínio, mediante o questionamento: o que significa então dizer que a democracia dos modernos deve fazer as contas com o pluralismo?

Segundo o autor, significa dizer que a democracia de um Estado moderno terá que ser uma democracia pluralista. A teoria democrática e a teoria pluralista têm em comum o fato de serem duas propostas diversas, mas não incompatíveis contra o abuso de poder. A teoria democrática se impõe contra o poder autocrático e a teoria pluralista contra o poder monocrático centrado numa única mão.

¹³⁰ O exercício do direito de voto independentemente da situação econômica do cidadão só se tornou plenamente efetivo nos Estados Unidos a partir de 1856, que a emancipação dos escravos foi estabelecida após a Guerra Civil, e que o sufrágio feminino só foi conseguido há um quarto de século.

¹³¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Lisboa: Almedina. 7ª ed. 2009. P. 1409.

O autor dispõe que o pluralismo nos permite explicar uma característica fundamental da democracia dos modernos em comparação com a democracia dos antigos: a liberdade – ou melhor, a liceidade – do dissenso. Esta característica fundamental da democracia dos modernos baseia-se no princípio segundo o qual o dissenso, desde que mantido dentro de certos limites não é destruidor da sociedade, mas estimulante.¹³²

É neste contexto que a proposta de Habermas têm relevância, pois ele vislumbra uma democracia voltada para o agir comunicativo, ao mencionar que a formação democrática da opinião e da vontade depende de opiniões públicas informais que se formam em estruturas de uma esfera pública política. Segundo ele, numa sociedade secularizada, que aprendeu a enfrentar conscientemente a sua complexidade, a solução comunicativa dos conflitos plurais forma a única fonte possível para uma solidariedade ao regularem cooperativamente sua convivência.¹³³

Deste modo, Häberle ao descrever a democracia pluralista do Estado constitucional afirma que as cláusulas de pluralismo constituidoras da vida política, social e econômica concederam aos textos constitucionais um novo patamar de desenvolvimento por garantirem o aspecto objetivo, ou seja, o não enrijecimento do Estado perante e sobre a verdade pré-constituída. Aliadas ao princípio da democracia, tais cláusulas excluem a possibilidade de que o Estado seja uma verdade evidentemente pré-constituída ou que o Estado tenha um domínio monopolístico do conhecimento e possa usufruir livremente sobre o mesmo. O autor conclui que o Estado constitucional pressupõe cidadãos dispostos a perfazer o caminho da busca da verdade – porém, o caminho é, em verdade, o objetivo.¹³⁴

Todos os discursos sobre a democracia contemporânea, sobretudo, no âmbito do pluralismo, refletem uma postura ativa do cidadão. Desse modo, os pilares que estão na

¹³² BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia... p. 72.

¹³³ HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade, vol. II. Trad: Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 33 ss.

¹³⁴ No Estado constitucional, o princípio do Estado de direito em todas as suas formas consagra a ponte mais intensiva no eterno processo da busca da verdade, já o princípio da publicidade atua paralelamente. O princípio da publicidade e responsabilidade, o qual influencia as funções do Estado, cria diversas oportunidades de aproximação às verdades e exclui, portanto, aquela verdade única própria do Estado totalitário e fundamentalista. HÄBERLE, Peter. Os problemas da verdade no estado constitucional. Trad. Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. Ed. 2008. p. 111ss.

base da relação entre Estado e indivíduo – democracia e cidadania – anunciam uma nova dimensão da cidadania.

Neste sentido, Lênio Streck menciona que a evolução da teoria democrática deve acompanhar e estar de acordo com os parâmetros da cidadania, vez que ambas estão entrelaçadas. A teoria da democracia resguarda as especificidades histórico-fatuais de cada Estado nacional, devendo conter um núcleo básico que albergue as conquistas civilizatórias próprias do Estado Democrático de Direito pautados pelos direitos humanos fundamentais.¹³⁵

A cidadania já não está simplesmente ligada somente ao exercício dos direitos políticos – de votar e ser votado – e de estar vinculado a um Estado. A cidadania envolve uma questão primordial do retorno à concepção de cidadão ativo.

Interessante notar que Stuart Mill parte da ideia de que o governo representativo divide os cidadãos em ativos e passivos. Ele esclarece que, em geral, os governantes preferem os segundos, por ser mais fácil dominá-los. No entanto, o autor ressalta que a democracia necessita dos primeiros. Ele assevera que se houvesse a prevalência dos cidadãos passivos, os governantes acabariam, prazerosamente, por transformar seus súditos num bando de ovelhas dedicadas tão-somente a pastar o capim.

O autor pondera que a participação eleitoral tem um grande valor educativo, sendo através da discussão política que o operário consegue compreender a conexão existente entre eventos distantes e o seu interesse pessoal, bem como estabelecer relações com cidadãos diversos daqueles com os quais matem relações quotidianas, tornando-o assim membro consciente de uma comunidade.¹³⁶

Portanto, a democracia e a cidadania são conceitos interligados, sobretudo, na era contemporânea em que se exige uma cidadania ativa e responsável como atributo essencial para o exercício da democracia.

¹³⁵ STRECK, Lenio Luiz. “A baixa constitucionalidade e a inefetividade dos direitos fundamentais sociais em Terrae Brasilis.” *Revista brasileira de Direito Constitucional*, nº 4, jul/dez. 2004. p. 276.

¹³⁶ MILL, John Stuart. *Considerations on representative government*. New york: Forum, 1958. P. 170ss.

Por todo exposto, verifica-se que o cidadão, preocupado com a *res publica*, assume um papel primordial no contexto atual da história. Tal perspectiva pode ser analisada nos vários âmbitos – jurídico-filosófico, político-administrativo, econômico-social e global – que se revelam propícios à afirmação do direito fundamental à proteção do patrimônio público econômico.

Capítulo III – Contextualização teórica dos direitos fundamentais

*“O elenco dos direitos do homem se modifica e continua a se modificar, mediante mudanças das condições históricas, o que não impede de surgir, no futuro, novas pretensões que no presente momento não se pode prever”.*¹³⁷

Os direitos fundamentais são frutos de reivindicações concretas, diante das situações de injustiças e das violações aos bens essenciais da vida humana. A história revela que o reconhecimento dos direitos fundamentais foi marcado por um contexto de lutas dos povos contra as agressões por parte dos poderes públicos.

O homem insatisfeito e consciente de suas necessidades foi obrigado a reivindicar seus direitos para satisfazer suas carências e resguardá-lo das injustiças. Portanto, o homem busca, em cada época, os direitos que lhe são essenciais naquele determinado momento para desfrutar de uma vida digna.

Desta forma, tais direitos constituem uma classe variável, pois o que é primordial num período histórico e numa certa civilização pode não ser em outras épocas e para outros povos. Portanto, o reconhecimento dos direitos fundamentais é pautado por diversas gerações que se revelam num processo contínuo e dinâmico, marcado por avanços e retrocessos.

A trajetória inauguradora do reconhecimento formal dos direitos fundamentais ocorreu nas primeiras Constituições escritas, onde foram plasmados como clássicos direitos de matriz liberal-burguesa e passaram por constantes processos de transformações.¹³⁸

¹³⁷ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 18/19.

¹³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7 ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007. p. 55.

Todavia, a realidade atual demonstra que os passos dados para o reconhecimento e positivação de tais direitos não foram suficientes para evitar violações. Foram necessários outros meios para assegurar de modo efetivo sua tutela. De nada adianta serem reconhecidos e positivados se não estiverem alicerçados com instrumentos e mecanismos de defesa capazes de efetivá-los.

A consolidação e a sedimentação dos instrumentos de tutela foram realizadas no terreno da história sócio-política, no qual o Estado configura esse *locus*, onde se procuram captar as ideias, as mentalidades e as diferentes demandas. O conteúdo e a forma de efetivação dos direitos variam de acordo com as transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos tempos.

É nesse âmbito e em meio aos desafios da vida social pós-moderna que se apresenta o direito à proteção do patrimônio público econômico. Conforme demonstrado, o contexto histórico e contemporâneo revelam a necessidade de seu reconhecimento.

Com intuito de fundamentar, de modo teórico, tal necessidade será realizada a análise da teoria jurídica geral dos direitos fundamentais para, em seguida, tratar de três teorias específicas: a) a teoria geracional; b) a teoria jurídico-constitucional, e; c) a teoria republicana. Vislumbrar-se-á, nessas teorias, o fundamento teórico-argumentativo para compreensão e reconhecimento desse direito fundamental.

1. Teoria geral dos direitos fundamentais

Inúmeras teorias sobre os direitos fundamentais foram desenvolvidas ao longo dos séculos. Diante desta realidade, serão destacadas as teorias centrais de alguns autores para depois aprofundar as teorias relevantes para o presente estudo.

Conforme aduz Alexy, no tocante aos direitos fundamentais é possível formular teorias das mais variadas espécies. O autor cita algumas teorias como por exemplo: as teorias históricas que explicam o desenvolvimento dos direitos fundamentais; as teorias filosóficas que se empenham em esclarecer seus fundamentos, e; as teorias sociológicas sobre a função dos direitos fundamentais no sistema social.

O autor esclarece que a dogmática jurídica consiste na tentativa de se dar uma resposta racionalmente fundamentada às questões axiológicas que foram deixadas em aberto pelo material normativo previamente determinado. Desse modo, a teoria jurídica parte do estudo dos direitos fundamentais previstos na Constituição.¹³⁹

Vieira de Andrade dispõe que os direitos fundamentais podem ser vistos sob diversas perspectivas: a) perspectiva filosófica ou jusnaturalista, em que está centrada na ideia de direitos naturais de todos os homens, independentemente dos tempos e lugares; b) perspectiva estadual ou constitucional, no sentido de serem os direitos mais importantes das pessoas num tempo e lugar, ou seja, num Estado concreto e determinado; c) perspectiva universalista ou internacionalista que analisa os direitos essenciais das pessoas num certo tempo e em todos os lugares ou pelo menos em grandes regiões do mundo.¹⁴⁰

Peces-Barba Martínez, ao mencionar sobre o processo de evolução histórica e a respeito das influências ideológicas dos direitos fundamentais, aborda alguns processos teóricos, a saber: o processo de positvação; o processo de generalização; o processo de internacionalização e o processo de especificação (em relação aos titulares; em relação ao conteúdo; e em relação a especificação).¹⁴¹

Canotilho assevera que a teoria dogmática dos direitos fundamentais fornece uma metódica geral dos direitos positivamente constitucionalizados. O autor destaca a existência de várias teorias, a saber: a) teoria liberal; b) teoria da ordem de valores; c) teoria institucional; d) teoria social; e) teoria democrático-funcional; e, f) teoria socialista dos direitos fundamentais. O autor aduz que não se pode assinalar uma única dimensão

¹³⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2008. p. 31.

¹⁴⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª ed. Coimbra: Almedina. 2004. p. 15.

¹⁴¹ MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson. 2004. p. 103 ss.

(subjéitiva) e apenas uma função (proteção da esfera livre e individual do cidadão), pois atribui-se aos direitos fundamentais uma multifuncionalidade.¹⁴²

Não obstante a relevância das várias perspectivas teóricas sobre os direitos fundamentais, a abordagem a ser desenvolvida neste estudo terá como objeto de análise os seguintes temas, com os respectivos objetivos: 1) a teoria geracional dos direitos fundamentais, para demonstrar o surgimento e as dimensões dos direitos fundamentais e, principalmente, destacar a possibilidade do surgimento de novos direitos; 2) a teoria jurídico-constitucional, para analisar juridicamente tais direitos, a positivação, sobretudo, verificar as estruturas jurídico-constitucionais consubstanciadas na ideia pós-positivista, e; 3) a teoria democrático-funcional republicana para demonstrar a vertente dos direitos fundamentais inseridos nos contextos social e cívico.

Convém ressaltar que as teorias serão analisadas de forma geral, tendo em vista que o intuito deste capítulo é servir como alicerce teórico ao objetivo do presente estudo, ou seja, embasar o reconhecimento do direito fundamental à proteção do patrimônio público econômico. O capítulo seguinte será destinado à afirmação do direito fundamental de forma específica, partindo da análise dos conteúdos e dos elementos imprescindíveis para sua configuração (a delimitação do bem tutelado, a titularidade, os órgãos de controle, entre outros).

2. Teoria geracional dos direitos fundamentais

Antes de tecer as considerações sobre a teoria geracional dos direitos fundamentais, torna-se necessário tecer algumas considerações breves em relação à nomenclatura ou expressão que será utilizada no presente estudo.

¹⁴² CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Lisboa: Almedina. 7ª ed. 2009. p. 1402.

O uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual alguns autores preferem utilizar o termo “dimensões” dos direitos fundamentais.

Neste sentido, a crítica quanto à imprecisão terminológica é evidenciada sob o argumento de que os direitos fundamentais permanecem ao longo do tempo, sendo que o termo “gerações”, segundo alguns autores, não é capaz de transmitir essa ideia de processo de expansão e acumulação.

Porém, convém ressaltar que o termo “dimensões” também é inapropriado para designar a sucessividade do reconhecimento dos direitos fundamentais, pois este termo é utilizado para indicar dois ou mais componentes, aspectos do mesmo fenômeno ou elemento. Tal expressão pode ser utilizada, por exemplo, para tratar e diferenciar as esferas objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais. Portanto, a palavra “dimensão” seria melhor utilizada para designar as categorias de direitos fundamentais cujas finalidade e funcionamento são claramente diferenciados no âmbito jurídico.¹⁴³

Portanto, ressalta-se que no presente estudo será utilizada a expressão “geração” apenas para designar as etapas históricas do reconhecimento dos direitos fundamentais, sem contudo, relacionar o termo ao conseqüente paradoxo de substituição dos antigos direitos em detrimento do surgimento de novos direitos e, sem a preocupação de gerar equívocos, tendo em vista a consideração já especificada e superada pela doutrina da suposta ideia de caducidade dos direitos das gerações antecedentes.

2.1 As gerações dos direitos fundamentais

Na atual conjuntura, não há uma uniformidade quanto ao número de gerações e nem quanto à individualização e à especificação dos direitos dentro das categorias geracionais. No entanto, pode-se verificar a existência de algumas gerações sedimentadas com direitos consagrados, contemplados e delimitados em seu âmbito.

¹⁴³ DIMOULIS, Dimitri. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 35.

Bonavides relata que o contexto atual, heterogêneo e multicultural da gênese dimensional do surgimento dos direitos fundamentais desponta quatro gerações sucessivas que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e qualitativo.¹⁴⁴

Deste modo, será feita uma abordagem das quatro gerações, destacando os aspectos importantes de cada geração. Não temos a pretensão de esgotar a teoria geracional, o objetivo consiste em evidenciar alguns pontos relevantes, a partir das consequências advindas de cada geração. Será realizado um estudo aprofundado da terceira geração, tendo em vista que o direito à proteção ao patrimônio público econômico será inserido nesta geração, conforme os traços e os elementos que o configuram.

2.1.1 Primeira geração dos direitos fundamentais:

Os direitos de primeira geração surgiram diante da resistência do povo contra as intervenções e os arbítrios do Estado. Com esse ímpeto foi proclamado o lema revolucionário do século XVIII na França que exprimiu três princípios norteadores “liberdade, igualdade e fraternidade”, dando ensejo a elaboração da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão.

Naquela época, os indivíduos pleiteavam uma autodeterminação, consistente num espaço livre de desenvolvimento da personalidade individual, sem a interferência estatal. Os direitos de primeira geração surgiram a partir do pensamento individualista, expresso na Revolução Francesa, no qual valorizava o homem das liberdades individuais.

Traduzido num conjunto de faculdades ou atributos da pessoa que ostentam direitos de resistência e oposição ao Estado, os direitos de liberdade foram configurados como direitos de defesa que demarcaram uma zona de não-intervenção estatal na esfera da autonomia individual.

Desta forma, estes direitos foram caracterizados com *status negativus*, uma vez que foram dirigidos à abstenção estatal. Segundo José Adércio Sampaio, tais direitos foram configurados por um conjunto de competências negativas que visam impedir o Estado de intervir na esfera individual juridicamente garantida (dimensão jurídico-

¹⁴⁴ BONAVIDES. Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 20^a ed., Malheiros. 2007. p. 563.

objetiva dos direitos fundamentais), bem como nas posições e situações jurídicas subjetivas (dimensão jurídico-subjetiva dos direitos fundamentais) que se expressam no poder fazer ou realizar o conteúdo das posições e situações (liberdade positiva) e no exigir omissões ou interferências dos poderes públicos (liberdade negativa).¹⁴⁵

O vasto rol desses direitos é composto pelos direitos à vida, à liberdade, à igualdade formal, entre outros. Dentre as ramificações do direito de liberdade situam-se o direito de liberdade pessoal, de associação, de reunião, de expressão, de imprensa, de religião, etc.

Os direitos da primeira geração foram os primeiros direitos consagrados no ordenamento normativo constitucional. É importante salientar que estes direitos ainda vigoram na atualidade, sendo adaptados às novas exigências. Não deixaram de desempenhar sua função no contexto atual e estão atrelados aos demais direitos, sob as feições e conformidades jurídico-políticas, tutelam a autodeterminação individual e o livre desenvolvimento da personalidade.

2.1.2 Segunda geração dos direitos fundamentais

O surgimento dos direitos de segunda geração culminou com a incidência das crises e desigualdades advindas do regime liberal. Tal período foi marcado por três fatores: primeiro, o impacto histórico delineado pelos processos da industrialização; segundo, os graves problemas sociais e econômicos que o acompanharam, e; terceiro, a constatação de não bastava a consagração formal da igualdade e da liberdade.

Tais fatores atrelados às insatisfações decorrentes das desigualdades sociais acabaram por gerar movimentos reivindicatórios. Neste momento, foi atribuído ao Estado uma intervenção na esfera privada em busca da realização da justiça social.

Diante desta situação, constatou-se que não bastava somente ter liberdades sem oportunidades. Havia a necessidade de ter liberdade com as condições necessárias para desfrutá-la. Em vão era a liberdade se não fosse amparada pelos instrumentos

¹⁴⁵ SAMPAIO. José Adércio Leite. *A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional*. Del Rey, 2002. p. 673.

garantidores, sendo inútil ser livre se não houvesse a oportunidade de se obter junto a essa liberdade as condições materiais.

Neste sentido, a ausência de condições materiais básicas impedia o pleno exercício da liberdade. Com este cenário de carências, surgiram os chamados direitos de segunda geração, no qual o Estado foi chamado a ser o protagonista, destinado a cumprir as tarefas e conceder condições mínimas de uma vida digna aos indivíduos.

Não se tratava mais de uma liberdade perante o Estado, a qual valorizava o indivíduo inserido na vertente liberal, baseada na ideia do homem abstrato sem a densidade dos valores existenciais, mas da liberdade através do Estado, considerando o indivíduo concreto, inserido no meio social.

A nota distintiva destes direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se visa por meio deles atingir um «direito de participação no bem-estar social» e conceder aos indivíduos direitos às prestações estatais, tais como: assistência social, saúde, educação, trabalho, moradia, entre outros.

Convém ressaltar que seu rol não é composto somente de direitos de caráter positivo, mas também das chamadas «liberdades sociais», das quais são exemplos, a liberdade de sindicalização, o direito de greve, bem como o reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores (o direito às férias, o repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo e a limitação da jornada de trabalho).¹⁴⁶

A superação da concepção puramente liberal-individualista dos direitos fundamentais veio consubstanciar os grandes valores que configuraram a base do Estado Democrático de Direito. Do passo dado para superação do individualismo liberal surgiu o *Welfare State* dotado de políticas voltadas para desenvolvimento econômico, social e cultural.

Os direitos de segunda geração se caracterizaram pela criação e manutenção de condições materiais para uma vida digna segundo os parâmetros sociais. Por isso, eles nasceram alicerçados ao princípio da igualdade, numa perspectiva material.

¹⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. ob. cit, p.57e 58.

Marcelo Recebo destaca que para efetivação dos direitos civis e políticos é necessário uma igualdade mínima de oportunidades que explica o relevo dos direitos econômicos, sociais e culturais.¹⁴⁷

No século XX, de modo especial nas Constituições do segundo pós-guerra, esses direitos fundamentais foram consagrados em um número significativo de Constituições e nos pactos internacionais. Nesse aspecto, Bonavides menciona que a nova universalidade dos direitos fundamentais é inseparável da criação desses pressupostos fáticos que passaram a ser vistos numa perspectiva também de globalidade, enquanto chave de libertação material do homem.¹⁴⁸

Portanto, o âmbito dos direitos sociais ganhou uma nova perspectiva de tutela, bem mais ampla. Trata-se de direitos inseridos numa realidade fática e aliados aos pressupostos de satisfação das condições mínimas existenciais de todo e qualquer indivíduo.

2.1.3 Terceira geração dos direitos fundamentais

A consciência das contradições contemporâneas marcadas, de um lado, pelas consequências benéficas advindas da tecnologia e dos avanços científicos nos âmbitos da medicina e de outras áreas e, por outro lado, pelas consequências maléficas de um mundo desigual, com crises econômicas e sérios riscos ambientais fez surgir à necessidade de se afirmar novos direitos capazes de resguardar bens essenciais e de responder aos desafios evidenciados.

Em meio às contradições – benéficas e maléficas – geradas pela era pós-moderna surgem direitos dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade. Estes direitos são denominados de direitos transindividuais por exigirem esforços e responsabilidades numa escala diferenciada.¹⁴⁹

¹⁴⁷ SOUSA, Marcelo Rebelo de e Sofia Galvão. Introdução ao Estudo do Direito. Lisboa: Lex, 2000. p. 348.

¹⁴⁸ BONAVIDES. Paulo. ob.cit. p. 573.

¹⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. ob. cit. 58 e ss.

No contexto contemporâneo os novos desafios acabaram por gerar novas necessidades. Diante dos desenvolvimentos científicos e dos avanços tecnológicos, podem ser destacadas inúmeras necessidades que não são somente necessidades materiais, mas, sobretudo, carências espirituais, psicológicas, ambientais, dentre outras, advindas das condutas praticadas pelo homem contemporâneo.

No final do século XX e início do século XXI, o indivíduo se deparou com outras limitações e descobriu que, para sua adaptação no mundo pós-moderno, não bastava apenas ter liberdade, saúde, educação, moradia e trabalho. O homem atual sente outras necessidades, diferentes das necessidades do homem de outrora. Pode-se dizer que o homem pós-moderno valoriza a cultura, a vivência em um meio ambiente saudável, a tutela do patrimônio da humanidade, entre outros.

A problemática das novas necessidades e exigências pode ser colocada, de maneira formal ou informal. Informalmente pode ser vislumbrada por meio dos questionamentos do poeta-compositor ao descrever os anseios do homem pós-moderno: «*você tem fome de quê?*», «*você tem sede de quê?*», e, das respostas: «*a gente não quer só comida, a gente quer comida, diversão e arte*». De modo formal, situa-se no centro da filosofia, resumido numa pergunta: «*quais os direitos que o indivíduo, como homem, cidadão e trabalhador, tem ou deve ter numa comunidade?*»¹⁵⁰

O reconhecimento da identidade individual não requer somente a proteção dos direitos individuais, civis e políticos, mas também o reconhecimento de certos direitos culturais e coletivos. Diante dessa perspectiva e do contexto atual emergem os direitos de terceira geração.¹⁵¹

¹⁵⁰ A música foi mencionada com intuito de demonstrar que o homem pós-moderno tem necessidades além da liberdade que também ultrapassam as necessidades físicas (alimentação, vestuário, saúde...). O nome da música é “Comida”, cantora: Marisa Monte e compositores: Arnaldo Antunes, Marcelo Fromer e Sérgio Brito, disponível in <http://musicaurbana.com.br/marisa-monte/comida/>. A questão filosófica foi mencionada para designar que o termo “homem cidadão e trabalhador”, pressupõe, em tese, que o indivíduo dispõe de seus direitos políticos e de liberdade e que tenha direitos sociais assegurados. Assim, tal expressão envolve a idéia de superação das etapas da primeira e segunda geração dos direitos fundamentais. Portanto, a questão elaborada (CANOTILHO, J.J.Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra editora. 2004. p. 35) remete aos anseios do homem contemporâneo. Diante dos direitos de liberdade e dos direitos sociais, o que mais deseja o homem?

¹⁵¹ ROIG, F. J. Ansuátegui/J.A. López García/ A. Del Real Alcalá/R. Ruiz Ruiz. *Derechos Fundamentais, Valores y Multiculturalismo*. Dykinson: Madrid. 2005. p. 79.

Conforme destacado no capítulo anterior, a sociedade pós-moderna encontra-se num contexto de complexidade e heterogeneidade, causado por situações de conflitos devido à diversidade existentes nos mais variados espaços (locais, regionais, nacionais e globais). Portanto, os novos direitos que surgem diante dessa realidade são os direitos que visam tutelar bens essenciais na era contemporânea como, por exemplo, o meio ambiente.

Diante desta perspectiva, Vieira de Andrade aduz que num contexto tão atribulado, os direitos fundamentais, sensíveis em extremo a todos os movimentos que possam afetar o estatuto das pessoas na sociedade, têm de procurar uma resposta, no plano constitucional, aos novos desafios.¹⁵²

Estas limitações e transformações impulsionaram a busca por uma dimensão voltada para a «solidariedade» que não compreende unicamente a proteção específica de direitos individuais, mas uma dimensão capaz de consagrar a responsabilidade comunitária.

Faz parte do rol destes direitos, os direitos à paz, ao desenvolvimento, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente equilibrado e qualidade de vida, bem como o direito à conservação do património histórico e cultural.

Segundo Bonavides, os direitos de terceira geração têm como primeiro destinatário o gênero humano, sendo um alerta do homem para si próprio, no sentido de abster-se de tudo quanto afronte a paz, degrade o meio ambiente, desrespeite os ideais de solidariedade e fraternidade.¹⁵³

Neste sentido, Bobbio ressalta que bastam apenas três direitos centrais: o direito de viver em um ambiente não poluído, do qual surgiram os movimentos ecológicos que abalaram a vida política tanto dentro dos próprios Estados quanto no sistema internacional; o direito à privacidade, que é colocado em sério risco pela possibilidade que os poderes públicos têm de memorizar todos os dados relativos à vida de uma pessoa e, com isso, controlar seus comportamentos sem que ela perceba; e o direito à integridade

¹⁵² O autor dispõe que o aprofundamento da participação democrática na vida social, associado à importância crescente da informação, impõe novos direitos dos cidadãos e dos grupos, sob dois modos: direitos de informação e direitos de ação judicial para garantia dos interesses comunitários e difusos. ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª ed. Coimbra: Almedina. 2004. p. 64.

¹⁵³ BONAVIDES. Paulo. *ob.cit.* p. 569.

do próprio patrimônio genético, que vai bem mais além do que o direito à integridade física.¹⁵⁴

Neste sentido, o Ministro Celso de Mello (ADI MC 3540) ressalta:

Que os direitos de terceira geração (ou novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível...¹⁵⁵

Portanto, na era contemporânea surge um rol de direitos fundamentais que não nascem, necessariamente, das reivindicações do indivíduo contra os poderes públicos, mas surgem da necessidade de tutela dos bens essenciais ao desenvolvimento e à sobrevivência do homem, por isso, exigem uma postura responsável e uma participação ativa do indivíduo para sua consolidação.

Estes direitos apresentam um código binário de «direito-dever», em que o homem é, de forma concomitante, o titular e o responsável pela sua salvaguarda. Um exemplo típico é o direito ao meio ambiente equilibrado. O direito de viver num ambiente saudável e não poluído é um direito fundamental do homem. Mas também é seu dever tutelar e colaborar efetivamente com a preservação e reparação ambiental. Assim, a vivência num meio ambiente equilibrado depende da atuação consciente e responsável do indivíduo.

Canotilho ao resumir as dimensões essenciais da juridicidade ambiental destaca a importância da corresponsabilidade dos cidadãos e destaca as seguintes dimensões: a dimensão garantístico-defensiva (direito de defesa contra intervenções ou ingerência do Estado); positivo-prestacional (Estado tem o dever de assegurar a organização,

¹⁵⁴ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. De Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 209-210.

¹⁵⁵ ADI-MC 3.540-1/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 03.02.2006. Disponível in: www.stf.jus.br

procedimentos e processos de realização do meio ambiente); a dimensão jurídica irradiante para todo o ordenamento (vinculando as entidades privadas ao respeito do direito dos particulares ao ambiente), e; a dimensão jurídico-participativa (impondo e permitindo aos cidadãos e à sociedade civil o dever de defender os bens e direitos ambientais).¹⁵⁶

Neste âmbito, podem ser destacados alguns postulados que configuram um *standard* na esfera da juridicidade ambiental, decorrente da afirmação do direito fundamental ao meio ambiente e, conseqüentemente, do reconhecimento de Estado de Direito Ambiental/Ecológico.

Os principais preceitos decorrentes destes postulados são: a) o direito ao ambiente é um direito constitucional fundamental que comporta, desde já, «dimensões negativas» (abstenção do Estado e de terceiros de ações nocivas) e «dimensões positivas» (ação do Estado – direitos a serem realizados); b) impõe a noção solidaderiedade entre gerações na esfera de justiça intergeracional (responsabilidade para com as gerações futuras), e; c) importa no dever Estado e cidadãos quanto à tutela.

No entanto, tratar dos deveres e da responsabilidade ambiental nos dias atuais não é tarefa fácil por causa da complexidade que envolve a matéria. Basta analisar tal domínio para se constatar os diversos problemas a serem enfrentados, a começar pela indefinição da origem e extensão de alguns danos ambientais, passando pela necessidade de conciliação de interesses contrapostos desencadeados pela lógica do mercado (lucro e consumo) em detrimento da preservação de recursos naturais conforme o postulado do desenvolvimento sustentável, chegando ao ápice consistente na dificuldade de se conjugar procedimentos e mecanismos de proteção nas esferas nacional, internacional e global.

Deste modo, tratar dos deveres e da responsabilidade ambiental impõe a adoção de procedimentos no âmbito da sustentabilidade, bem como a criação de instrumentos capazes de responsabilizar, balizar, fiscalizar e gerir os conflitos advindos com os danos ambientais.

¹⁵⁶ CANOTILHO, J.J. GOMES. *Direito Constitucional Ambiental Português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português*. Org. J.J. Gomes Canotilho e José Rubens Morato Leite. Direito Constitucional Ambiental brasileiro. Saraiva 2007. p. 05.

Desta análise sumária das problemáticas, pode-se mencionar que o regime da responsabilidade ambiental deve compreender traços diferenciados, ou seja, adotar mecanismos capazes de gerar soluções adequadas no tocante à proteção, levando em consideração as perplexidades que dominam a matéria.

Exige-se um novo paradigma baseado numa responsabilidade diferenciada devido à complexidade dos dilemas e a exigência de mecanismos diversificados empregados no *iter decisório* das soluções. Nesta seara, os cânones da responsabilidade tradicional já não são suficientes para responder e solucionar de maneira satisfatória os conflitos existentes.

Neste sentido, emerge a noção de uma “democracia sustentada” no contexto ambiental. Ela possui algumas nuances diferenciadas da democracia tradicional, a saber: a) consiste na participação dos cidadãos nos processos decisórios em matéria ambiental; que, por sua vez, b) impõe uma cidadania ativa; c) vincula o indivíduo aos deveres impostos pela Constituição no que tange à proteção ao meio ambiente, d) encontra-se baseada em juízos de prognose, de forma que a sociedade atual se comprometa com as gerações futuras (responsabilidade intergeracional); e) exigindo uma atuação individual e coletiva voltada ao desenvolvimento sustentável no âmbito do Estado Constitucional Ambiental.¹⁵⁷

Notória é a necessidade de conjugação das ações dos entes responsáveis – Poder Público e sociedade – na prossecução da proteção do meio ambiente. Ambos, empenhados numa perspectiva de cooperação poderão responder às novas e diferenciadas demandas, aos novos questionamentos, bem como aos problemas complexos que surgem neste domínio.

Além da participação das decisões jurídico-políticas, o cidadão pode mediante articulação e coordenação de tarefas atuar na promoção de uma educação ambiental de caráter preventivo e participar das atividades de preservação do patrimônio natural, de proteção das espécies ameaçadas e da biodiversidade. Ele pode também interagir com as formas de evitar o desperdício dos recursos naturais incentivando a reutilização e reciclagem por meio da coleta seletiva do lixo, entre outras atividades, que coadunam com políticas de desenvolvimento a sustentabilidade ecológica. Para tal fim, é preciso que o homem se torne responsável por causas de preservação ecológica, tendo consciência

¹⁵⁷ O termo “democracia sustentada” foi retirado do texto de Canotilho. Ob cit.

e adotando medidas para sua concretização através dos princípios de solidariedade, responsabilidade social e ambiental.

Portanto, verifica-se que os direitos de terceira geração destinam-se à tutela coletiva, ou seja, consistem numa dimensão que ultrapassa os cânones individuais para atingir uma realidade difusa e comunitária.

Neste cenário de responsabilidades coletivas e “democracia sustentada” emerge também o dever de zelar e de defender a *res publica*. O direito fundamental à proteção ao patrimônio público econômico surge como um direito de terceira geração devido ao seu caráter coletivo.

Bresser-Pereira afirma que tal direito faz parte de um rol de direitos chamados direitos republicanos. O autor define os direitos republicanos como os direitos que todo o cidadão tem de que o patrimônio público (seja ele o patrimônio histórico-cultural, seja o patrimônio ambiental, seja o patrimônio econômico ou a *res publica stricto sensu*) seja efetivamente público, ou seja, de todos para todos.¹⁵⁸

O direito à proteção ao patrimônio público econômico se configura como um direito que o cidadão tem de que o patrimônio econômico público seja de todos e que seja direcionado e utilizado em prol de todos. Tal direito pode ser violado mediante toda e qualquer captação ou utilização indevida de bens ou recursos (corrupção, malversação de recursos, improbidades) que compõe a *res publica* em sentido estrito.

Este direito também comporta uma dimensão de dever, ou seja, impõe uma responsabilidade ao cidadão de tutela por meio de vários instrumentos, sobretudo, por meio de denúncias e ações populares, atuando como defensor da *res publica*.

Oportune tempore, tratar-se-á do direito ao patrimônio público econômico, especificamente, do conteúdo, da extensão, dos meios de violação, dos mecanismos de tutela e demais elementos que o enquadra na terceira geração dos direitos fundamentais.

¹⁵⁸ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Cidadania e res publica : a emergencia dos direitos republicanos*. Brasília : NAP, 1997. p. 09 ss.

2.1.4 Quarta geração dos direitos fundamentais

A existência da quarta geração dos direitos fundamentais é um assunto que tem inquietado a doutrina. Ainda não há um consenso sobre o reconhecimento dessa geração. Alguns autores defendem que são meras extensões do direito de liberdade, sendo desnecessária a inspiração de novas gerações de direitos fundamentais, pois segundo eles, todos partem da liberdade, igualdade, fraternidade e dignidade humana, portanto já estão enquadradas nas duas primeiras gerações.¹⁵⁹

Contudo, também é inquestionável que o reconhecimento de uma nova geração impõe a delimitação dos direitos que a compõe. Esta delimitação advém da necessidade de se tutelar bens ameaçados e violados no contexto em discussão. A demarcação e a identificação dos bens são essenciais à compreensão e à tutela desses direitos.

No tocante à quarta geração, há que se ressaltar uma divergência quanto aos bens tutelados, o que coloca em questionamento a própria existência desta geração de direitos fundamentais. Porém, não se pode negar que embora estejam em fase de reconhecimento, constituem direitos em processo de formação, razão pela qual costumam ser caracterizados como autêntico *law in making*, cuja importância jurídica e política não deve ser desprezada.¹⁶⁰

O reconhecimento de direitos capazes de responder as questões advindas das problemáticas e de tutelar os bens essenciais torna-se relevante no mundo contemporâneo. Não obstante a globalização econômica baseada na supremacia das correntes abertas de mercados, as transmutações das esferas estatais, a relativização da soberania dos Estados, entre outras transformações, surge à necessidade de resguardar e tutelar direitos que advém das relações dos indivíduos diante do contexto político-social pós-moderno, sobretudo, da sociedade de risco.

Em meio a tais exigências, Bonavides defende a existência de uma quarta geração dos direitos fundamentais. Segundo o autor, esta geração é composta pelo direito à democracia, pelo direito à informação e pelo direito ao pluralismo.

¹⁵⁹ PAULA, Alexandre Sturion de. *Ensaio constitucionais de direitos fundamentais*. Campinas: Servanda, 2006. p. 47.

¹⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. ob. cit. p.67.

O autor afirma que a democracia enquanto direito de quarta geração deve ser uma democracia direta e materialmente possível graças aos avanços da tecnologia de comunicação, mediante uma legitimidade sustentável. Esta democracia só será possível mediante informação e abertura ao pluralismo.¹⁶¹

Outros autores defendem um rol dos direitos de quarta geração, sendo composto pelos direitos de manipulações genéticas, o direito à mudança de sexo e, em geral, os relacionados à biotecnologia.¹⁶²

No discurso contemporâneo, verifica-se que os direitos de quarta geração são direitos que constituem uma categoria ainda vaga e heterogênea, a começar pela definição dos direitos e pela composição do próprio rol dessa geração.

Inegável é a relevância da matéria e a necessidade de se prevenir violações e salvaguardar os bens essenciais na atualidade. No entanto, é necessário evitar os discursos equivocados e vazios de fundamentalização – em meio à mera afirmação de que apenas a relevância justifica sua sedimentação – para que se possa proceder à devida consolidação desta nova geração.

Por outras palavras, não basta apenas ressaltar a importância de se tutelar novos direitos. Há necessidade primordial de identificá-los, delimitá-los e, sobretudo, analisar seu caráter jusfundamental. Portanto, deverão ser enfrentadas estas e outras questões que fragilizam e causam uma inquietude teórico-argumentativa em sede jurídico-constitucional para que tal geração possa ser sedimentada e os direitos que a compõem serem efetivados e tutelados.

¹⁶¹ Bonavides preconiza que a quarta geração dos direitos fundamentais já se divisa no horizonte e através dela há de se subir ao patamar da terceira modalidade de Estado constitucional: o Estado constitucional da democracia participativa. Segundo ele, os direitos fundamentais da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia; coroamento daquela globalização política para a qual, como no provérbio chinês da grande muralha, a Humanidade parece caminhar a todo vapor, depois de haver dado seu primeiro e largo passo. BONAVIDES. Paulo. ob. cit. p. 571 e ss.

¹⁶² PAULA, Alexandre Sturion de. ob. cit. p. 47.

2.2 Sucessividade das Gerações e seu efeito “in versus”

O surgimento dos direitos fundamentais foi precedido por períodos históricos não lineares, marcados por momentos de lutas, rupturas ideológicas e mudanças que foram configuradas em detrimento de algumas realidades. Contudo, o surgimento de novos direitos não implicou o desaparecimento dos antigos.

Desta forma, Peces-Barba Martínez ressalta que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um «processo cumulativo de complementaridade» e não de alternância. A afirmação dos direitos fundamentais é revelada por uma categoria materialmente aberta e mutável, ainda que seja possível observar certa permanência e uniformidade neste âmbito.¹⁶³

Portanto, o processo de reconhecimento dos direitos fundamentais passa por uma ideia de *acumulação*, ou seja, são direitos que se formam através de momentos históricos, sendo cumuláveis aos direitos existentes. Assim, conforme já ressaltado surgem direitos típicos do seu tempo, com características peculiares em face das formas de agressão e abusos advindos do poder existente em uma determinada época. Tais direitos perduram no tempo sendo somados aos antigos direitos.¹⁶⁴

Nesta seara, a noção de geração deve ser entendida sob o aspecto aberto e dinâmico, tendo em vista que os direitos fundamentais, conforme dispõe Canotilho, não são direitos que pertencem a uma única geração, mas que pertencem a todas as gerações.¹⁶⁵

Diante desta perspectiva surge a necessidade de adaptações dos direitos antigos às realidades pós-modernas. Os direitos são remodelados para subsistirem às novas concepções do tempo atual. Por isso, não são direitos estáticos, mas se configuram como direitos que estão abertos às novas realidades. Por exemplo, a liberdade individual que surgiu sob as convicções do liberalismo, subsiste ao tempo e foi remodelada e atrelada às condições fáticas para se adequar às exigências atuais do Estado Democrático de Direito.

¹⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. ob. cit. 62/63.

¹⁶⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa...*ob.cit. p. 68.

¹⁶⁵ CANOTILHO dispõe que os “Direitos Fundamentais são direitos de todas as gerações”. Para maior esclarecimento sobre a generalidade geracional dos direitos fundamentais: CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...*ob.cit. p. 386 ss.

Neste sentido, a liberdade adquiriu na era contemporânea uma dimensão social, participativa e restritiva para se enquadrar aos parâmetros da ordenação política democrática e pluralista do contexto atual. A dimensão social consiste na passagem do homem abstrato dotado de liberdade individual para o homem coletivo moldado para viver em comunidade diante dos ideais solidários. A dimensão restritiva deriva dos deveres do indivíduo para com os demais membros, o que faz com que, conseqüentemente, sua liberdade seja limitada, segundo os critérios estabelecidos para vivência harmônica da sociedade.

Diante desta perspectiva, pode-se afirmar que não basta assegurar isoladas liberdades civis ou liberdades políticas, porque além da “liberdade de”, é necessária também a chamada “liberdade para”, ou seja, a possibilidade de fazer aquilo que a pura e simples “liberdade de” ou liberdade negativa permite fazer. A “liberdade para” atribui ao indivíduo não apenas a faculdade, mas também o poder para fazer.¹⁶⁶

E, como assinala Bobbio, um indivíduo instruído é mais livre do que um inculto; um indivíduo que tem um trabalho é mais livre que um desempregado; um homem saudável é mais livre do que um enfermo.¹⁶⁷ Portanto, ao homem não basta ter a liberdade nas mãos, sem meios de exercê-la.

Assim, a verdadeira liberdade pressupõe a existência de patamares mínimos de condição de uma vida digna, ou seja, direito à saúde, educação, moradia, trabalho. Estes direitos, por sua vez, estão interligados à qualidade de vida, aos recursos naturais que despontam para a necessidade de preservação ambiental, tutela do patrimônio histórico e cultural, que estão interligadas à democracia participativa, ao direito de informação, ao pluralismo.

Pode-se destacar, portanto, que existe uma forte ligação entre os direitos das diferentes gerações, sendo que a efetivação de um direito pode estar vinculada à efetivação de outro direito. Daí decorre que a sucessividade das gerações tem um sentido “*in versus*”, consistente na vinculação não linear dos direitos.

¹⁶⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política. a Filosofia Política e as Lições dos clássicos*. Trad.: Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus. 2000. p. 503/504.

¹⁶⁷ BOBBIO, Norberto. ob. cit. 2000. p. 508

De certo modo, a concretização de um direito está interligada à concretização de outro direito e a não concretização de um direito provoca um entrave em todo o sistema de efetivação dos direitos fundamentais.

Tal perspectiva gera um efeito *in versus* na cadeia evolutiva dos direitos fundamentais. Neste sentido, o discurso da teoria geracional dos direitos fundamentais deve ser analisado não somente no sentido sucessivo decorrente do surgimento de novos direitos fundamentais, mas há de se levar em consideração a análise do reconhecimento, tutela e eficácia de direitos fundamentais já gerados e reconhecidos, sobretudo, a vinculação existente entre eles.

O «efeito borboleta» é notório. Basta verificar, como ressaltado acima, que o reconhecimento de alguns direitos sociais fundamentais é pressuposto ou pré-condição para o efetivo exercício de liberdade. Não se pode negar, neste contexto, que os direitos fundamentais, mesmo dividido em gerações ou dimensões estão interligados e possuem um liame de concretismo. Torna-se um equívoco analisar as gerações como um movimento estanque e meramente sucessivo. Há um processo contínuo e acumulativo no patrimônio de direitos adquiridos em cada patamar geracional, não se trata de um fenômeno de substituição, mas de crescimento e complementação.

Portanto, a teoria geracional deve ter como objeto de estudo a acumulação, principalmente, a interdependência e interligação que existe entre eles, mediante um liame de concretização. De modo direto ou indireto, a efetivação de um direito pode estar atrelada a outro direito.

2.3 Abertura quanto ao surgimento de novos direitos fundamentais

Não obstante o processo de acumulação dos direitos fundamentais e da adaptação dos antigos direitos às realidades atuais, verifica-se que os direitos estão em inseridos num constante processo evolutivo, dinâmico e inovador.

Atualmente, é possível que haja outros direitos em fase de gestação, podendo o círculo alargar-se à medida que o surgimento de novas necessidades aditadas as já existentes ou mesmo quando o processo for se desenvolvendo de tal forma que seja necessária a inclusão de novos direitos.

Casalta Nabais dispõe que o caráter aberto do catálogo jusfundamental consiste na abertura aos direitos fundamentais constantes do direito internacional e aos direitos extraconstitucionais que alarga o horizonte jusfundamental, subordinando tais direitos ao regime específico constitucional dos direitos fundamentais. O conceito material dos direitos fundamentais deve estar ancorado nas necessidades vitais do homem e não em meros desejos essenciais.¹⁶⁸

Vieira de Andrade ressalta a premissa de um sistema de direitos fundamentais em permanente transformação na busca de um estatuto de humanidade, a partir de três vertentes: acumulação, variedade e abertura. O autor dispõe que a vertente de acumulação vale na medida em que, cada momento histórico, surgem novos direitos, típicos do seu tempo, mas que se vêm a somar aos direitos antigos. A vertente de variedade está presente na complexidade funcional e nas diversas dimensões normativas. A vertente da abertura está configurada na existência de direitos não escritos ou de faculdades implícitas, bem como na espera de gerações sucessivas de novos direitos.¹⁶⁹

Portanto, a afirmação de um novo direito fundamental pressupõe o surgimento de novos conteúdos, constantes da missão de oferecer respostas às novas exigências, de suprir às novas necessidades, bem como de impedir agressões e injustiças cometidas pelos arbítrios do poder político, econômico e social do mundo pós-moderno.

Deste modo, Peces-Barba Martínez ressalta que as novas dimensões dos direitos fundamentais não podem, sem embargo, dar a impressão de que se está analisando algo concluído e que se configura definitivamente a imagem dos direitos fundamentais. Ressalta, ainda, que existe uma série de ameaças novas que pesam sobre os direitos

¹⁶⁸ NABAIS, José Casalta. Por uma liberdade com responsabilidade. Estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Editora Coimbra. 2007. p. 110.

¹⁶⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª ed. Coimbra: Almedina. 2004. p. 69.

fundamentais e que necessitam de uma nova reflexão que pode conduzir a novas dimensões do processo de generalização.¹⁷⁰

Quando se reconhecem novos direitos advêm juntamente com eles, uma nova ordem em detrimento de outras ordens preexistentes e inconciliáveis com o contexto em que foram gerados e reconhecidos. Assim, através da geração de novos direitos, ocorre uma «morte de mentalidades», de poderes não-condizentes com a realidade transformada pelo «nascido» de outros direitos. Nesse sentido, Bobbio ressalta que:

Os direitos do homem, por mais fundamentais são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.¹⁷¹

Portanto, a formulação de novos direitos se configura num processo *ad eternum*, ou seja, caracteriza-se num processo sem fim. Enquanto houver a existência das relações humanas baseadas no poder, enquanto existirem violações aos bens essenciais haverá a necessidade de sua proteção e a necessidade de satisfação de novas carências. Haverá, por conseguinte, a necessidade de se reconhecer novos direitos.

3. Teoria jurídico-constitucional dos direitos fundamentais

Alexy ao dispor sobre a teoria jurídica geral dos direitos fundamentais da Constituição alemã menciona que não se trata nem de uma filosofia desatrelada do direito positivo, nem de uma teoria sociológica, histórica ou politológica. Mas, segundo ele, há uma correlação entre elas.

¹⁷⁰ O autor enumera três novas ameaças: o corporativismo, as novas tecnologias e o imperialismo da economia. MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson. 2004. p. 114 ss.

¹⁷¹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 05.

O autor descreve que se trata de uma teoria dogmática sob três dimensões: 1) *analítica* que analisa os conceitos elementares, passando por construções jurídicas até o exame da estrutura do sistema jurídico e da fundamentação dos direitos fundamentais; 2) *empírica*, que diz respeito a cognição do direito positivo válido que envolve descrição do direito e das leis, incluindo o direito jurisprudencial, e; 3) *normativa*, que dispõe sobre a crítica da praxis jurídica e da praxis jurisprudencial.¹⁷²

Canotilho descreve um eixo retórico-argumentativo partindo da ideia de que a teoria, a dogmática e a prática dos direitos fundamentais devem regressar ao espaço jurídico-constitucional e ser considerados como elementos estruturantes de uma comunidade jurídico-constitucional bem ordenada. O autor ressalta que o sistema dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrado concebe-se como um complexo normativo de hierarquia superior no conjunto do sistema geral e do sistema jurídico-constitucional em particular.¹⁷³

Portanto, a teoria jurídico-constitucional é essencial para análise dos conceitos, das estruturas, da positivação, da fundamentação, da efetivação, dos meios garantidores, bem como dos conflitos e dos problemas inseridos no âmbito do sistema jurídico dos direitos fundamentais.

Para o presente estudo, importa a abordagem da fundamentalização e positivação dos direitos. O principal objetivo é o de apresentar o caráter jusfundamental, bem como a dogmática dos direitos fundamentais na esfera do pós-positivismo. Para tal mister, faz-se necessário aprofundar o tema da jusfundamentalização e, em seguida, tecer um breve relato sobre a concepção dos direitos no jusnaturalismo e sua positivação no contexto do positivismo.

3.1 A jusfundamentalização e o problema da panjusfundamentalização

Atualmente é preciso ter cautela ao se defender o reconhecimento de um novo direito fundamental ou mesmo de uma nova geração de direitos fundamentais devido ao perigo de se transformar o discurso dos direitos fundamentais num discurso eivado de

¹⁷² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2008. p. 33 ss.

¹⁷³ CANOTILHO, J.J.Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra editora. 2004. p. 116.

incertezas e fragilidades, o que impõe a necessidade de se analisar o critério da fundamentalização.

Não há controvérsia na questão dogmática da sucessividade das gerações ou mesmo da abertura aos novos direitos no catálogo dos direitos fundamentais. Conforme demonstrado, podem surgir novos direitos ou novas gerações dos direitos fundamentais.

O que está em causa é a questão de se verificar o carácter da fundamentalização do direito a ser reconhecido como um novo direito fundamental, ou seja, é necessário analisar se realmente se trata de um direito dotado de um carácter fundamental, para que, assim sendo, possa ser inserido no rol dos direitos fundamentais e ser elevado ao patamar jurídico-constitucional com tutela diferenciada dos demais direitos.

Deste modo, José Afonso da Silva dispõe que o termo “fundamentais” desses direitos significa que se tratam de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo se realiza. Ele enfatiza que o termo diz respeito a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.¹⁷⁴

Atualmente é significativa a quantidade de direitos fundamentais, o que dá ensejo ao fenómeno da panjusfundamentalização. Há uma intensidade de direitos sendo afirmados como novos direitos fundamentais. O que parece se configurar como uma dimensão positiva ao sistema jurídico dos direitos fundamentais pode se tornar um ponto negativo por colocar em causa a questão da fundamentalidade dos direitos.

Neste sentido, Casalta Nabais ressalta que a tendência da panjusfundamentalização dos direitos fundamentais é um fenómeno que se deve a diversos fatores e que por certo, em vez de reforçar dos direitos fundamentais, como *prima facie* sugere, ameaça estes, colocando-os perante o sério risco de banalização, já que, como tal inflação de direitos fundamentais acaba por se não distinguir adequadamente os (verdadeiros) direitos fundamentais dos que o não são ou não devem ser.¹⁷⁵

¹⁷⁴ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 86/87.

¹⁷⁵ O autor menciona alguns fatores ou aspectos responsáveis por este fenómeno (panjusfundamentalização dos direitos fundamentais), a saber: 1. a sucessividade das camadas jusfundamentais; 2. o esquecimento dos deveres fundamentais; 3. o carácter aberto do catálogo jusfundamental; 4. o coletivismo jusfundamental;

O autor descreve que para combater o fenómeno da panjusfundamentalização é necessário purificar e diferenciar os direitos fundamentais para que a sua operacionalidade não fique bloqueada por manifesto excesso de carga ou por um inaceitável abstracionismo.

O combate deve passar pela (re)afirmação da liberdade como valor ordenador de todo o campus jusfundamental e pela convocação da correspondente responsabilidade, pela vinculação às necessidades vitais – materiais e espirituais – no sentido de salvaguarda da dignidade da pessoa humana, pela (re)definição da fundamentalidade dos direitos e pelo entendimento destes como limites ao poder.¹⁷⁶

Nesta medida, há a necessidade de se avaliar o carácter fundamental dos direitos associando-os aos componentes essenciais que estão alicerçados no paradigma da liberdade e da dignidade da pessoa humana e, ainda, na verificação da sua função como limites ao poder. Desse modo, a fundamentalização está vinculada à noção de liberdade, sobretudo, na sua vertente condicionante de limitação do poder e, essa por sua vez, está atrelada à responsabilidade

Portanto, Casalta Nabais menciona que todo o conjunto dos direitos fundamentais, e, sobretudo, os direitos de liberdade, não podem ser dissociados da correspondente responsabilidade. Por isso, ele ressalta que não se pode esquecer, por um momento que seja, a permanente ligação entre as liberdades e a responsabilidade comunitária, pois só no seio duma comunidade pensada e organizada em termos de Estado os direitos fundamentais são susceptíveis de ser usufruídos plenamente.¹⁷⁷

Neste sentido, a efetivação dos direitos fundamentais está vinculada ao código binário «liberdade-responsabilidade», não plasmado num sentido de oposição mas de complementaridade. Desta forma, a liberdade é evidenciada num contexto de responsabilidade comunitária.

e, 5. a jusfundamentalização de funções. NABAIS, José Casalta. Por uma liberdade com responsabilidade. Estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Editora Coimbra. 2007. p. 103 ss.

¹⁷⁶ Para ele purificar o domínio dos direitos fundamentais implica tanto a sua autocontenção face aos atuais entusiasmos de panjusfundamentalização como um maior sentido do concreto e do real, de modo a que os direitos fundamentais se centrem na efetivamente na pessoa. NABAIS, José Casalta. Ob. cit p. 119ss.

¹⁷⁷ Nabais, José Casalta. Ob. cit. p. 120.

Convém ressaltar desde já que o direito à proteção ao patrimônio público econômico possui o caráter jusfundamental por se tratar de um direito que está vinculado aos ditames da liberdade, inserido dentro do contexto da liberdade cívica que, por sua vez, exige uma responsabilidade comunitária de tutela da coisa pública.

Trata-se de um direito fundamental que tem por fim proteger a *res publica strito sensu*, configurando-se um bem pertencente a todos e que deve ser gerido e utilizado na prossecução do interesse público. Direta ou indiretamente, ele está inserido no âmbito material da dignidade e, por sua vez, na liberdade dos indivíduos.

Diante do fenómeno da panjusfundamentalização, destaca-se a identificação do caráter jusfundamental de um novo direito torna-se um requisito essencial para o seu reconhecimento e sedimentação. Tratar-se-á, no próximo capítulo, da «fundamentalidade» deste direito de forma mais aprofundada.

3.2 A concepção dos direitos fundamentais no Jusnaturalismo

A importância da concepção jusnaturalista está presente na noção direcionada aos direitos fundamentais como direitos naturais e inalienáveis do homem, sob o aspecto da expressão de sua condição humana.

Vieira de Andrade dispõe que os direitos fundamentais, na sua dimensão natural, são direitos absolutos, imutáveis e intemporais, inerentes à qualidade de homem dos seus titulares, e constituem um núcleo restrito que se impõe a qualquer ordem jurídica.¹⁷⁸

Nota-se que os direitos fundamentais antes de serem consagrados e contemplados nas Constituições e demais documentos normativos foram, *prima facie*, objetos de uma formulação especulativa nas esferas filosóficas.¹⁷⁹

Com o passar do tempo, no curso da história houve a necessidade de se consagrar de forma escrita os direitos do homem, sob o argumento de se garantir o reconhecimento

¹⁷⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª ed. Coimbra: Almedina. 2004. p. 19.

¹⁷⁹ BONAVIDES. Paulo. *ob.cit.* p. 564.

e a efetividade de tais direitos. A necessidade surgiu das lutas e revoluções centradas no ideal de liberdade mediante a limitação do poder público.

3.2 A positivação dos direitos fundamentais

A consagração dos direitos fundamentais nas Constituições foi precedida por documentos instituídos que se caracterizam como remanescentes pactos históricos, através dos quais, pode-se ter acesso às origens mais remotas da garantia de certos direitos ou liberdades perante os poderes públicos.

Ab initio, ainda no século XIII, encontra-se a instituição do principal documento na Inglaterra, a *Magna Charta Libertatum* de 1215, representando o pacto firmado pelo Rei João Sem-Terra, pelo clero e barões ingleses, no qual o rei se obrigava a respeitar para um conjunto de «direitos e liberdades», tendo em vista a concessão ou reconhecimento das liberdades-privilégio aos estamentos sociais – direitos e regalias da Nobreza, liberdades e prerrogativas da Igreja, liberdades e costumes municipais e direitos corporativos –, sendo inoperantes para outras classes.

Não obstante a restrição da garantia dos direitos do pacto aos nobres ingleses, sendo suprimido seu acesso à população, o pacto caracterizou o marco inicial para o reconhecimento de alguns direitos clássicos posteriores, tais como o *habeas corpus*, o devido processo legal e a garantia da propriedade.

Perez Luño ressalta que a experiência inglesa da Carta de Direitos (Magna Carta) se prolonga, de forma especialmente relevante para o processo de positivação das liberdades, sobretudo, influenciou as colônias americanas.¹⁸⁰

Assim, constata-se no século XVII, alguns documentos de extrema importância, como a *Petition of Rights*, de 1628, firmada por Carlos I, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, subscrito por Carlos II, e o *Bill of Rights*, de 1689, promulgado pelo Parlamento e que entrou em vigor já no reinado de Guilherme d'Orange. Como resultado da denominada

¹⁸⁰ LUÑO, Antônio E. Perez. Los derechos fundamentales. Temas clave de la Constitución española. Madrid: Tecnos. 2007. p. 35.

“Revolução Gloriosa”, de 1688 surge o *Establishment Act*, de 1701, que definiu as leis da Inglaterra como direitos naturais de seu povo.¹⁸¹

Tais direitos foram transplantados para os territórios coloniais e lá foram designados na Revolução americana como *direito dos homens*. As primeiras Declarações de Direitos dos Estados foram as de Virgínia, Pensilvânia e Maryland, todas de 1776. Anos depois, em 1787 surge a Constituição com seus primeiros nove aditamentos de fórmulas universais, unindo o racionalismo próprio da época ao tradicional pragmatismo anglo-saxónico.¹⁸²

Em nome da Razão Universal e com o intuito de lançar os fundamentos de uma nova ordem social, os franceses produziram a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, fruto da revolução que provocou a derrota do antigo regime na França.

É importante salientar que o artigo nº 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, revelou um dos maiores avanços da época no que tange à demarcação e à limitação efetiva do poder. Ao estabelecer a garantia dos direitos fundamentais e da separação dos poderes foram lançadas as bases do chamado núcleo das primeiras Constituições, surgindo a noção da limitação jurídica do poder estatal.

Vieira de Andrade menciona que nesta ocasião foi marcada a época em que os direitos fundamentais transformam-se em direitos constitucionais, reunindo, por força dessa sua dignidade formal, as condições para que lhes seja reconhecida relevância jurídica positiva com um valor superior ao da própria lei parlamentar.¹⁸³

Deste modo, Boutmy afirma que as primeiras constituições revolucionárias são fontes e modelos de todas as outras, apresentam-se como os axiomas à frente, como demonstrações eruditas, com classificações estudadas, sendo obras d’ arte e de razão.¹⁸⁴ Neste sentido, Häberle menciona que muitos avanços do Estado Constitucional foram

¹⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. ob cit. p. 49/53

¹⁸² ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª ed. Coimbra: Almedina. 2004. p. 22.

¹⁸³ ANDRADE, José Carlos Vieira. ob. cit. p.24.

¹⁸⁴ BOUTMY, Émile. *Estudos de Direito Constitucional*. Sorocaba, São Paulo: Ed. Minelli. 2006. p. 40.

obtidos a partir de 1789, principalmente, no tocante aos elementos estruturantes destes Estados.¹⁸⁵

Através da influência gerada pela Revolução americana e Revolução francesa, as respectivas Constituições e as Declarações contemplaram os direitos fundamentais, porém, notam-se algumas diferenças de convicções e ideologia, ponderações e restrições em cada uma delas.

3.3 O contexto europeu e norte-americano na positivação dos direitos.

A diferença primordial entre a positivação dos direitos fundamentais no contexto francês e inglês reside em duas principais vertentes: *primus*, a diferença está no fato de que os franceses seguiram uma visão ideológica baseada na igualdade e os ingleses e norte-americanos partiram para uma visão individualista, *secundo*, consiste na supremacia constitucional preconizada no contexto norte-americano com um passo revolucionário, o que não ocorreu na França que confiava na intervenção do legislador enquanto representante do interesse geral, vez que a maioria dos direitos garantidos pela Declaração foi submetida aos limites que o legislador deveria estabelecer.

É preciso ressaltar que os norte-americanos, dispersos pelas treze colônias – em sua grande maioria cidadãos britânicos – estavam submetidos à legislação criada pelo Parlamento do Reino Unido que, em geral, procedia à fixação de altos impostos. Assim, o constitucionalismo dos Estados norte-americanos surgiu com o principal objetivo de garantir a liberdade individual em face de todos os poderes estatais, sobretudo, contra o legislador.

¹⁸⁵ O autor cita os seguintes avanços: a) carácter escrito de las Constituciones, ciertamente con los modelos de los Estados Unidos (Virginia en 1776, Polonia en 1791), b) Libertad, Igualdad y (más bien verbalmente) Fraternidad, o derechos fundamentales del individuo como derechos innatos, c) declaraciones o tablas de derechos humanos en su conjunto, así como también derechos singulares (libertad de expresión, de prensa), d) la idea de la codificación y la positivación del Derecho, e) la doctrina del poder constituyente del pueblo en el sentido de Sieyès (1789) o de la soberanía popular y de la representación, f) procesos de elaboración y reforma de la Constitución, g) la separación de poderes, h) el concepto de Ley-voluntad general, junto con el procedimiento legislativo, i) la República como forma de Estado y la idea del Estado nacional." HÄBERLE, Peter. *Libertad...* ob.cit. p. 76/77.

Um passo importante foi dado no caminho do pleno reconhecimento dos direitos fundamentais nos Estados Unidos quando, em 1803, a *Supreme Court* decidiu no caso *Marbury vs. Madison*, que o texto da Constituição Federal era superior a qualquer outro dispositivo legal ainda que criado pelo legislador federal. Assim, a Corte destacou que Constituição é a "*lei suprema do país*" ao aplicá-la, ignorando o estatuto, negando a reivindicação de *Marbury* por falta de jurisdição.¹⁸⁶

A ação *Marbury vs. Madison* marcou o início de uma nova realidade do constitucionalismo, dotada de inúmeras mudanças relevantes, entre elas: a) ficou estabelecido o princípio da supremacia constitucional, no qual todas as leis e outras ações governamentais devem estar de acordo com a Constituição, podendo ser declarada sua inconstitucionalidade caso seja contrariada, b) qualquer indivíduo que tivesse seus direitos constitucionais violados por qualquer nível de governo (federal, estadual ou local) poderia obter reparação através de litigação apropriada.

A decisão da Suprema Corte constitui um passo importante na construção dogmática constitucional, sobretudo, no tocante aos direitos fundamentais, pois o Judiciário deu concretude aos direitos fundamentais, declarando-se competente para afastar as leis votadas pela maioria dos representantes do povo, deixando claro que o legislador ordinário pode ser fiscalizado e suas decisões invalidadas em prol da proteção dos indivíduos.

Todavia, a decisão criou um problema que se encontra até hoje no centro da reflexão dos constitucionalistas. Segundo Dimoulis, para que os juízes possam contrariar uma decisão dos representantes do povo, devem fundamentar sua decisão em critérios racionais. Sem isso não é possível convencer-se de que não se trata de uma decisão simplesmente subjetiva e, no limite, arbitrária. Para tanto, é necessário elaborar uma dogmática dos direitos fundamentais que explicita os critérios de fiscalização do legislador.¹⁸⁷

Diante do exposto, verifica-se uma diferença relevante do pensamento constitucional norte-americano da época em relação ao pensamento na França e em outros países europeus.

¹⁸⁶ Ver a decisão in: <http://www.historicaldocuments.com/MarburyvMadison.htm>.

¹⁸⁷ DIMOULIS, Dimitri. ob.cit. p. 28.

O constitucionalismo europeu foi motivado por ideais filosóficos-iluministas que buscavam a fundamentação racional de decisões políticas, perseguindo ideais universalistas presentes nas Declarações de Direitos, proclamados na França.

Na época, o contexto social francês estava turbulento e o constitucionalismo tinha como principal alvo os aparatos da Administração e da Justiça, dominados pelos representantes e pela mentalidade do «*ancien régime*». Havia uma confiança no Parlamento que era composto, em sua maioria, por representantes da burguesia, sendo apresentado, no plano da ideologia política, como único legítimo representante da soberania nacional e do “interesse geral”. Por isso, a principal preocupação era a garantia do princípio da legalidade, submetendo as decepções dos demais poderes e aguardando do legislador a tutela dos direitos fundamentais sem ulteriores possibilidades de controle.

188

Não obstante as diferenças apresentadas terem gerado diferentes convicções no constitucionalismo norte-americano e francês, bem como outros países por eles influenciados há que salientar a existência de elementos comuns e as conseqüências jurídicas semelhantes nos dois contextos.

Em suma, houve uma evolução rápida quanto ao reconhecimento e positivação dos direitos fundamentais, não somente nestes países, mas na Europa e mais tarde, em diversos Estados. Eles foram consagrados em diversas Cartas Constitucionais, bem como em várias Declarações de cunho internacional.

3.4 A universalidade dos direitos fundamentais

Antes de tecer algumas observações sobre a universalidade dos direitos fundamentais convém ressaltar, a diferença dogmática que existe entre os direitos humanos e direitos fundamentais. Embora muitas vezes sejam utilizados como sinônimos, alguns autores destacam que os direitos fundamentais são direitos positivados no âmbito

¹⁸⁸ DIMOULIS, Dimitri. ob. cit. p. 30.

interno dos Estados e que os direitos humanos são direitos consagrados em Declarações internacionais.

Perez Luño dispõe que os direitos humanos aparecem como um conceito de contorno mais amplos e imprecisos que a noção de direitos fundamentais, pois são direitos inseridos num conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico consagram as exigências da dignidade, liberdade e igualdade, as quais devem ser reconhecidas positivamente por ordenamentos jurídicos na esfera nacional e internacional.

No tocante aos direitos fundamentais são tidos como direitos humanos garantidos pelo ordenamento jurídico positivo em maior parte dos casos por sua normatividade constitucional e gozam de tutela reforçada. Portanto, são direitos em sentido mais preciso e estrito, pois descrevem o conjunto de direitos e liberdade jurídica e institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo.¹⁸⁹

Peces-Barba dispõe que o tema da universalidade dos direitos fundamentais é caracterizado por três raízes que dão sentidos diferenciados à universalidade, a saber: 1) se situarmos a universalidade no plano racional a análise decorrerá da titularidade dos direitos que se infere a todos os seres humanos; 2) se partirmos do plano temporal, a universalidade supõe um caráter abstrato a margem do tempo e dispendo como direitos válidos para qualquer momento da história; 3) se centrarmos no plano espacial, a universalidade assume o sentido da extensão dos direitos a todas as sociedades políticas.

Segundo ele, a primeira raiz está vinculada à razão, a segunda à história e a terceira raiz está associada com a cultura cosmopolita, mas existe uma ligação entre elas, sobretudo, na questão da universalidade racional legitimar a universalidade temporal e espacial. Deste modo, o universalismo racional aparece como motor do universalismo histórico e espacial.¹⁹⁰

Por outro lado, Ingo Sarlet assevera que os direitos surgiram atrelados a uma universalidade abstrata, no sentido de que eram reconhecidos a todos os homens, situados numa dimensão pré-estatal, integrados ao direito interno apenas mediante seu

¹⁸⁹ LUÑO, Antônio E. Perez. *Los derechos fundamentales. Temas clave de la Constitución española*. Madrid: Tecnos. 2007. p. 46 ss.

¹⁹⁰ MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson. 2004. p. 281 ss.

reconhecimento pela ordem jurídica positiva de determinado Estado, desvinculando-se, nesta segunda etapa da evolução histórica, de sua dimensão abstratamente universal.¹⁹¹

A universalização dos direitos fundamentais tem diversas raízes e sentidos diferenciados, mas sua primordial característica está vinculada à consagração de princípios racionais e abstratos válidos para todos os tempos e todos os lugares. Com este teor, as Declarações que visavam limitar os poderes públicos, consagravam os direitos, sobretudo, os direitos de liberdade.

A universalização dos direitos fundamentais foi marcada por dois pontos ápices designada nas Declarações que dividiram a história, a saber: a universalidade de inspiração liberal, na qual foi precedida pelo surgimento dos direitos de liberdade que teve seu reconhecimento universal com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 na França e a universalidade pós-guerra marcada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. Desta forma, Bonavides dispõe a denominação de «velha» e «nova» universalidade dos direitos fundamentais.¹⁹²

Convém ressaltar que não se trata de diferentes realidades no âmbito dogmático, pelo contrário, ambas são subsequentes e complementares. Cada uma foi marcada por um contexto histórico diferente, uma surgiu em meio ao reconhecimento dos direitos em face do arbítrio dos antigos poderes e a outra com o intuito principal de consolidar a paz mundial e conceder meios eficazes de proteção aos direitos, mas ambas foram consagradas com o objetivo primordial de conceder cunho universal aos direitos.

Conforme já abordado sobre a antiga universalidade no contexto histórico – Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – importa, neste momento, tecer breves comentários à nova universalidade dos direitos fundamentais.

Após o fim da Segunda Guerra Mundial houve uma intensa necessidade de criar, no âmbito internacional, mecanismos jurídicos capazes de proteger direitos dos cidadãos dos diversos Estados.

Assim, a Assembléia Geral das Nações Unidas mediante a Resolução n. 217 (III), em 10 de dezembro de 1948 aprovou a Declaração dos Direitos Humanos, que consistiu

¹⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais...* ob.cit. p. 66 e 67.

¹⁹² BONAVIDES. Paulo. ob. cit. p. 573.

no pilar estatutário de liberdade de todos os povos, sendo considerado o conjunto de direitos e faculdades que garantem a dignidade humana.¹⁹³

Redigida sob impacto das atrocidades cometidas pela guerra, a Declaração foi aprovada por representantes de vários povos diversificados por raça, cultura e religião. Ela foi proclamada como a Carta endereçada a todos os Estados com o objetivo de promover o respeito a esses direitos e pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional.

Dentre outros documentos relativos à nova universalização dos direitos fundamentais, proclamados sob a designação de «direitos humanos» merecem especial atenção: a Carta das Nações Unidas, adotada e aberta à assinatura pela Conferência de São Francisco em 26.6.1945; o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, adotado pela Resolução n. 2.200 A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 16.12.1966; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela Resolução n. 2.200- A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 16.12.1966; a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotada pela Resolução n. 39/46, da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10.12.1984; a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, adotada pela Resolução n. 34/180 da Assembléia Geral das Nações Unidas em 18.12.1979; a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, adotada pela Resolução n. 2.106 A (XX) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 21.12.1965; a Convenção sobre Direitos da Criança, adotada pela Resolução L.44 (XLIV) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 20.11.1989; entre outros.

Não obstante o reconhecimento e positivação destes direitos fundamentais nas Declarações internacionais e nas Constituições dos Estados como direitos consagrados invioláveis ocorreram inúmeros casos de violações e limitações. Mesmo diante do enorme avanço da universalização, os direitos não ficaram imunes aos ataques dos poderes públicos.

¹⁹³ A Declaração consagrou expressamente em seu Preâmbulo, o reconhecimento da dignidade humana, dispondo e considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana, e dos seus direitos inalienáveis e iguais, constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. Depois, contemplou-a também no artigo I.

Neste sentido, Sarlet assevera que a evolução dos direitos fundamentais revela que cada vez mais sua implementação em nível global depende de esforços integrados dos Estados e dos povos. Mesmo a realização efetiva dos direitos fundamentais na esfera interna de cada Estado depende, em última análise deste esforço coletivo, o que revela a tese de interdependência dos Estados e a inevitável tendência ao reconhecimento da irreversível universalização dos direitos fundamentais.¹⁹⁴

Além disso, há o desafio de conciliar o universalismo de valores com o relativismo cultural e o nacionalismo. Portanto, a nova dogmática dos direitos fundamentais exprime a necessidade de adequá-los aos moldes e exigências presentes no âmbito global.

3.6 Os direitos fundamentais no âmbito do neoconstitucionalismo

Conforme visto no capítulo anterior, com o formalismo excessivo houve um distanciamento dos valores. O contexto gerado pelo positivismo radical tornou-se incapaz de responder as demandas e os impasses jurídicos que surgiram com a pós-modernidade.

O sistema fechado e legalista não foi suficiente para solucionar ou disciplinar os conflitos e o aparecimento dos casos difíceis que emergiram da sociedade plural e complexa, o que gerou a necessidade de se retomar os valores e conjugá-los na ordem positivista, dando ensejo ao pós-positivismo.

O cenário pós-moderno suscitou o retorno dos princípios e valores morais, no entanto, não deixou de lado as normas positivas. Neste sentido, os valores morais e axiológicos voltam a compor o cenário no âmbito do direito contemporâneo.

Pode-se dizer que o pós-positivismo não consiste num sistema de confrontação entre direito positivo e moral (valores axiológicos), mas de uma conjugação destes com o direito posto. Trata-se de um sistema híbrido que resgata os conteúdos filosóficos e morais e os concilia com a ordem positivista.

Portanto, as teorias pós-positivistas desenvolvidas em meados do século XX e início do século XXI modificaram a realidade e trouxeram consigo uma comunicação

¹⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. ob. cit. p 65.

discursiva pluralista como meio essencial para legitimação de um Direito mais efetivo e condizente com o paradigma democrático da era contemporânea.

No âmbito deste paradigma em construção, Barroso apresenta algumas teorias centrais, a saber: 1) a afirmação da normatividade dos princípios e a sua relação com as regras; 2) a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; 3) a formação de uma nova hermenêutica constitucional; 4) o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais alicerçados na dignidade da pessoa humana.¹⁹⁵

Portanto, o pós-positivismo também trouxe grandes contribuições para a teoria dos direitos fundamentais, sobretudo, no tocante ao desenvolvimento da teoria da normatização dos princípios que coloca os princípios como espécies de normas, diferenciando-os das regras.

3.6.1 Teoria da normatividade dos princípios

Antes da sedimentação da teoria dos princípios como espécies de normas, os princípios eram considerados postulados gerais ou preceitos norteadores do Direito, ou seja, eram dotados de um alto grau de abstração e consistiam em premissas com caráter mais ideológico do que propriamente jurídico.

No entanto, a teoria normativa gerou uma mudança, uma vez que os princípios passaram a ser concebidos a ter força normativa, dotadas de um teor de generalidade, passíveis de serem efetivados juridicamente.

A concepção dos princípios como normas e sua diferenciação das regras fez surgir um novo paradigma jurídico-constitucional no que tange à estruturação e efetivação dos direitos fundamentais. Neste sentido, Alexy ao mencionar a importância de se diferenciar os princípios das regras dispõe que tal diferenciação é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução dos problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais.

¹⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio da direito constitucional no Brasil”. in Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. nº 9, Maio 2007, p. 05. Disponível in <http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>

Segundo o autor, sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições aos direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico. Ele destaca que a distinção dos princípios e das regras constitui a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais.¹⁹⁶

Desta forma, a teoria dos princípios denota um caráter axiológico, sendo inegável a contribuição da doutrina elaborada por Robert Alexy que acentua os princípios como espécie de normas.

Dworkin vislumbra os princípios como “*standards*” juridicamente vinculantes, capazes de gerar uma obrigação legal. O autor analisou a diferença entre regra e princípio sob o aspecto do caráter lógico, partindo da análise das hipóteses de soluções de casos complexos, denominados *hard cases*.¹⁹⁷

Os princípios não determinam as condições que tornam sua aplicação necessária, mas estabelecem uma razão, ou seja, um fundamento que direciona o intérprete. As regras, ao contrário dos princípios, indicam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando ocorrem as condições previstas. Os princípios possuem uma dimensão que não é própria das regras jurídicas: a dimensão de peso ou importância.

Para Robert Alexy tanto as regras quanto os princípios possuem natureza normativa, porém são institutos diferenciados. Dentre os critérios de diferença adotados por Alexy, destaca-se, o critério da generalidade. De acordo com esse critério, os princípios são normas dotadas de alto grau de generalidade e as regras são normas que têm, relativamente, baixo grau de generalidade.

No entanto, a distinção fundamental entre princípios e regras consiste na perspectiva que considera os princípios como mandados de otimização, isto é, são normas que ordenam algo que deve ser realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas reais. Deste modo, os princípios podem ser cumpridos em diferentes graus. Por sua vez, as regras são normas que somente podem ser cumpridas ou

¹⁹⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2008. p. 85.

¹⁹⁷ DWORKIN, Ronald. *Talking Rights Seriously*. Cambridge Mass. Harvard University Press, 1977. A matter of principle. Harvard University Press, 1985.

não. Se uma regra é válida, então, há de se fazer exatamente o que ela exige, nem mais e nem menos.¹⁹⁸

Canotilho expõe uma síntese clara acerca da compreensão do ordenamento jurídico como sistema de normas abertas, sendo relevante a coexistência de regras e princípios. Para o autor, um modelo constituído exclusivamente por regras conduzir-nos-ia a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática, exigindo uma disciplina legislativa exaustiva e completa (legalismo extremo) do mundo e da vida, ao fixar, em termos definitivos, as premissas e os resultados das normas jurídicas. Portanto, um sistema baseado num legalismo estrito de regras não permitiria a solução de conflitos, a introdução das concordâncias, do balanceamento de interesses.

Já o modelo baseado exclusivamente em princípios levar-nos-ia a consequências também inaceitáveis. A indeterminação, a inexistência de regras precisas, a coexistência de princípios conflitantes, a dependência do ‘possível’ fático e jurídico, só poderiam conduzir a um sistema falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema. Para o autor o sistema ideal consiste na contemplação de regras e princípios.¹⁹⁹

Portanto, é imprescindível que o ordenamento jurídico seja composto de regras e princípios que se conciliam numa dinâmica de interação capaz de promover, de um lado, a segurança jurídica gerada pelas regras, de outro, a abertura normativa gerada pelos princípios, sobretudo, na questão da resolução dos casos complexos.

Neste último domínio, a teoria dos princípios como espécies de normas concebeu os princípios como pilares de uma nova hermenêutica constitucional na dimensão de peso e técnica de ponderação.

Os casos complexos verificados nos conflitos jurídico-normativos de princípios ou direitos fundamentais deram ensejo à teoria da ponderação ou balanceamento de princípios. Barroso dispõe que os princípios não são, como as regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios.

¹⁹⁸ ALEXY, Robert. “Colisão de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático e realização dos direitos fundamentais.” in: *Revista de Direito Administrativo*, Renovar, 217:61, jul/set. 1999. p. 74/75.

¹⁹⁹CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almeida, 1993. p. 168 e 169.

Segundo ele, a existência de colisões de normas constitucionais tanto de princípios ou de direitos fundamentais, passou a ser recebida como fenômenos naturais, porque as Constituições modernas são documentos dialéticos que consagram bens jurídicos que se contrapõem, o mesmo ocorrendo com os direitos fundamentais.

Neste sentido, o autor ressalta que quando duas normas de igual hierarquia colidem a solução se dará pela teoria da ponderação. A ponderação de normas, bens ou valores é a técnica a ser utilizada pelo intérprete, por via da qual ele (i) fará concessões recíprocas, procurando preservar o máximo possível a cada um dos interesses em disputa ou, no limite, (ii) procederá a escolha do direito que irá prevalecer, em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade da Constituição.²⁰⁰

Desta forma, Alexy aduz que a solução para um conflito de normas (conflito entre duas regras ou entre dois princípios) é diferente quando se trata de um princípio ou de uma regra. No caso de conflito de regras a solução se dará ao se introduzir uma cláusula de exceção à regra ou declarar uma das regras inválidas.

No tocante à colisão de princípios um dos dois terá que ceder, pois um dos princípios tem prevalência sobre o outro em determinadas condições. Nos casos concretos, os princípios serão analisados levando em consideração as situações e circunstâncias fáticas e jurídicas. Haverá a prevalência de um princípio, mas isso não significa a invalidade do outro princípio. Enfim, o conflito de regras se resolve na dimensão de validade, já colisões entre princípios na dimensão de peso.

Trata-se, segundo relata o autor, da teoria do sopesamento dos princípios preconizada diante da inexistência de relação absoluta de precedência e da existência de situações que não são quantificáveis. Assim, a solução se dará de acordo com as circunstâncias do caso concreto.²⁰¹

Diante deste postulado, pode-se dizer que o modelo do pós-positivismo composto por um movimento mesclado de regras, princípios e valores vem amparar e responder

²⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio da direito constitucional no Brasil”. in Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. nº 9, Maio 2007, p. 10ss. Disponível in <http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>

²⁰¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2008. p. 92ss.

alguns anseios da sociedade plural e heterogênea a partir de uma nova hermenêutica constitucional.

Neste domínio, a técnica ponderação – balancamento ou sopesamento – de princípios tornou-se um postulado essencial para resolução de conflitos entre direitos fundamentais no âmbito de uma sociedade complexa. No entanto, mesmo diante do avanço da teoria jurídica na era pós-positivista é importante notar que ainda existem diversos problemas e inúmeros desafios a serem enfrentados no âmbito da dogmática dos direitos fundamentais.

Neste sentido, Canotilho menciona que o direito constitucional, a Constituição, o sistema de poderes e o sistema jurídico dos direitos fundamentais já não são o que eram por apresentarem indisfarçáveis problemas de inclusão, problemas de referência, problemas de mal-estar, problemas de bem-estar, problemas de reflexão, problemas de reinvenção do território e problemas de competência de saber.²⁰²

Os princípios vislumbrados no pós-positivismo revelam a importância das questões que envolvem os temas complexos, como a aplicação e o sentido dos princípios expressos e implícitos no texto constitucional, a influência destes no sistema jurídico, o âmbito do conteúdo e do alcance, bem como, a resolução dos conflitos suscitados. É nesta perspectiva que se vislumbra o neoconstitucionalismo como um paradigma contemporâneo consolidado a partir da nova exegese jurídico-constitucional capaz de conciliar diferentes normas num contexto plural e complexo.

3.6.2 Os direitos fundamentais no sistema jurídico (neo)constitucional

Antes de abordar o sistema jurídico e a classificação dos direitos fundamentais, é preciso destacar o paradigma contemporâneo do neoconstitucionalismo, tendo em vista que qualquer análise no âmbito jurídico-constitucional deve partir deste paradigma.

Na Europa, o neoconstitucionalismo surge através do constitucionalismo pós-guerra, que se verificou de modo mais eficaz na Alemanha e na Itália. No Brasil, o ápice

²⁰² CANOTILHO, J.J.Gomes. Estudos sobre direitos fundamentais. Coimbra editora. 2004. p. 120.

do novo constitucionalismo concebido a partir da promulgação da Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que se deu através dela.

Barroso assevera que o neoconstitucionalismo identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, destacando-se: (i) como um marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação do Direito e da ética; (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.²⁰³

O contexto do neoconstitucionalismo deu novos contornos ao sistema jurídico dos direitos fundamentais, a começar pela normatização dos princípios, novas técnicas de interpretação e de ponderação. Tais mudanças foram constituídas a partir da consagração da força normativa da Constituição e da atribuição de um caráter imperativo às suas normas.

Nesta perspectiva, os direitos fundamentais deixaram de ser identificados apenas como valores axiológicos que limitam o poder estatal e passaram a ser configurados como normas centrais dotadas de imperatividade. Portanto, o sistema jurídico dos direitos fundamentais está consubstanciado nesse marco neoconstitucional de transformações.

O sistema jurídico-constitucional dos direitos fundamentais dispõe de várias teorias sobre o conteúdo, o alcance e a concretização dos direitos. No entanto, diversas problemáticas de ordem teórico-pragmática são delineadas neste âmbito, principalmente, no que diz respeito às estruturas das normas, à dimensão e aplicação, às vinculações e restrições, bem como aos conflitos que surgem e exigem a criação de novas teorias (sopesamento e balanceamento, as teorias da eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais).

No ordenamento jurídico, algumas características são identificadas como relevantes para a existência dos direitos fundamentais, por exemplo, a existência de um

²⁰³ BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio da direito constitucional no Brasil”. in Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. nº 9, Maio 2007, p. 11. Disponível in <http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>

poder, como ente fundante básico, capaz de assumir como valores políticos os valores morais que tem como raiz os direitos fundamentais.²⁰⁴

Neste contexto, a primeira vertente a ser analisada no sistema dos direitos fundamentais é a fundamentalidade das normas de direitos fundamentais no âmbito jurídico-constitucional.

Alexy dispõe que o significado das normas de direitos fundamentais para o sistema jurídico é o resultado da soma de dois fatores: da sua fundamentalidade formal e da sua fundamentalidade substancial. A primeira decorre da sua posição no ápice da estrutura escalonada do ordenamento jurídico, como direitos que vinculam diretamente o legislador, o Poder Executivo e o Judiciário. A segunda versa sobre a questão das decisões que, com eles, – os direitos fundamentais – são tomadas sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade.²⁰⁵

Em relação a vertente substancial pode-se destacar a influência e o modo com que os direitos fundamentais têm se desenvolvido na relação estabelecida entre Estado e sociedade.

Jellinek analisou os direitos fundamentais a partir de “status”, ou seja, segundo a relação entre cidadão e Estado. Dessa forma, o autor elaborou quatro tipos de *status*: o *status* passivo ou *subiectionis*, o *status* negativo ou *status libertatis*, o *status* positivo ou *status civitatis* e o *status* ativo ou *status* da cidadania ativa.

Alguns autores criticaram a teoria de Jellinek. Alexy verifica que há pontos fortes e pontos fracos nesta teoria. Segundo ele, os pontos fracos são a falta de clareza nas relações entre as posições elementares e o *status*, bem como a não clareza nas relações das diferentes posições elementares entre si.²⁰⁶

Não obstante as críticas asseveradas pode-se destacar um ponto primordial da teoria de Jellinek que corresponde ao último *status* denominado *activae civitatis* que preconiza a situação ativa do cidadão. Tal *status* está baseado na perspectiva da participação na formação da vontade do Estado em que vislumbra o indivíduo como membro da comunidade política.

²⁰⁴ MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson. 2004. p. 243 ss.

²⁰⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2008. P. 520ss.

²⁰⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2008. p. 269 ss.

Segundo Perez Luño o desfrute real dos direitos e liberdade por todos os membros da sociedade exige a garantia de um bem-estar econômico, o qual permitirá a todos uma participação ativa da vida comunitária. O autor revela que o *status* chamado de *status positivus socialis* compreende o reconhecimento dos direitos econômicos, sociais e culturais. Segundo ele, tal *status* não tende absorver ou anular a liberdade individual, mas conceder a garantia do pleno desenvolvimento da subjetividade humana que exige conjugar, a um só tempo, suas dimensões pessoal e coletiva.²⁰⁷

Alguns autores mencionam que a esfera do bem-estar econômico e social é uma condição essencial para o exercício de outros direitos, sobretudo, da participação do cidadão na vida cívica e comunitária. Neste contexto, destaca-se a premissa de Marshall sobre as três partes ou elementos da cidadania: civil, político e social, em que, o elemento social se refere a “tudo o que vai desde ao mínimo de bem-estar econômico e segurança ao direito de participar, por completo, da herança social”.²⁰⁸

Diante destas perspectivas é importante ressaltar que o direito fundamental à proteção ao patrimônio público econômico parte desta premissa de participação comunitária, tendo por base a liberdade cívica e a garantia de um bem-estar social.

Dentro do sistema jurídico também podem ser destacadas diversas classificações e variações estruturais dos direitos fundamentais. Perez Luño destaca que os distintos sistemas de classificação dos direitos e liberdades partem de três grandes critérios: a) teleológicos, em função dos fins perseguidos pelos distintos direitos; b) materiais, a depender do objeto, conteúdo ou modalidades de exercício dos mesmos, e; c) formais, segundo os instrumentos de garantia dirigidos a sua tutela.²⁰⁹

Por outro lado, Peces-Barba classifica os direitos fundamentais quanto aos destinatários, as fontes e garantias, o conteúdo dos direitos, a forma de exercício e os tipos de relação jurídica que supõem.²¹⁰

A análise teórica do sistema jurídico dos direitos fundamentais no tocante aos titulares, aos destinatários, às garantias, aos conteúdos, às formas de exercício e aos

²⁰⁷ LUÑO, Antônio E. Perez. Los derechos fundamentales. Temas clave de la Constitución española. Madrid: Tecnos. 2007. p. 24-25.

²⁰⁸ MARSHALL, T.H. Cidadania e Classe social. 2ª ed. Brasília: Senado Federal, Centro de Estudos Estratégicos, Ministério da Ciência e Tecnologia, 2002. p. 09.

²⁰⁹ LUÑO, Antônio E. Perez. Los derechos fundamentales. Temas clave de la Constitución española. Madrid: Tecnos. 2007. p. 161.

²¹⁰ MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson. 2004. p. 281 ss.

instrumentos de tutela que compõem o direito fundamental de proteção ao patrimônio público econômico será delineada, especificamente, no próximo capítulo.

Dentro do sistema jurídico também podem ser destacadas diversas classificações e variações dos direitos fundamentais, a saber: as dimensões subjetivas e dimensões objetivas; a divisão dos direitos negativos e direitos positivos (chamados direitos prestacionais); entre outros. Contudo, há que se analisar alguns pontos que são importantes para elucidação do presente estudo.

Ao tratar da dimensão subjetiva e das dimensões objetivas numa perspectiva funcional, Vieira de Andrade destaca à figura dos «deveres funcionais» como complemento ou suplemento do estatuto pessoal dos cidadãos.

O autor parte da análise sobre a perspectiva vislumbrada por Hesse de que os direitos fundamentais são os pressupostos elementares de uma vida humana livre e digna, tanto para o indivíduo como para a comunidade: o indivíduo só é livre e digno numa comunidade livre; a comunidade só é livre se for composta por homens livres e dignos. Assim, ele menciona que os direitos fundamentais possuem uma dupla função, seja subjetiva e objetiva, individual e comunitária.²¹¹

Neste sentido, Perez Luño aduz que no horizonte do constitucionalismo atual os direitos fundamentais desempenham uma dupla função: no plano subjetivo seguem atuando como garantias de liberdade individual, também na defesa dos aspectos sociais e coletivos da subjetividade e, no plano objetivo, tem assumido uma dimensão institucional a partir da qual seu conteúdo deve funcionar-se para a consecução dos fins e valores constitucionalmente proclamados.²¹²

A divisão dos direitos em direitos negativos e positivos demonstra a caracterização de alguns direitos fundamentais dotados de uma «obrigação negativa» devido a imposição do caráter de abstenção que tais direitos exigem por parte do Estado como é o caso dos direitos de liberdades. Enquanto outros direitos fundamentais configuram as «obrigações positivas» e exigem um Estado ativo, até mesmo

²¹¹ ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª ed. Coimbra: Almedina. 2004. p. 114 ss.

²¹² LUÑO, Antônio E. Perez. *Los derechos fundamentales. Temas clave de la Constitución española*. Madrid: Tecnos. 2007. p. 25.

intervencionista como, por exemplo, ocorre com os direitos econômicos, sociais e culturais.

A dicotomia considerada quanto ao caráter negativo e positivo dos direitos fundamentais concedeu bases à teoria sobre os custos dos direitos. A teoria vislumbra que alguns direitos têm custos altos para o Estado e outros direitos são gratuitos. Portanto, a teoria dos custos dos direitos está baseada nesta premissa da gratuidade dos direitos de liberdade vinculados à obrigação de não fazer, ou seja, numa total abstenção que não gera custo.

No entanto, tal afirmativa é equivocada tendo em vista que as obrigações contêm sempre um *facere* – um agir positivo – sendo que qualquer ação ou omissão estatal deve ser considerada positiva, pois impendem custos e gastos financeiros que acarretam ônus ao Estado. Neste sentido, o eventual omitir-se para o Estado custa dinheiro, inexistindo puro *non facere*, podendo-se afirmar que todos os direitos subjetivos públicos são positivos.²¹³

O aparato do Poder Judiciário para a prestação judicial consiste em custos com servidores públicos, bem como os órgãos e todas as despesas de manutenção desse aparato. Portanto, os direitos fundamentais (liberdade) custam, no mínimo, os recursos necessários para manter essa complexa estrutura judiciária que disponibiliza aos indivíduos uma esfera própria para tutela de seus direitos. Na verdade, todo direito tem um custo para ser realizado, mesmo que em graus diferentes.

Sunstein criticou as decisões da Suprema Corte americana baseada na dicotomia negativo/positivo, orientadas no sentido de que a liberdades individuais estão garantidas pela Constituição, precisamente por independem de atuação estatal, ao passo que as provisões destinadas a assegurar o bem-estar que dela dependem não estariam garantidas pela Constituição.

Holmes e Sunstein refutaram o fundamento apresentado nas decisões da Suprema Corte ao verificar que os custos são indispensáveis à caracterização dos direitos entendidos como situações em que o Direito “concede” determinados remédios (jurídicos), considerando-os positivos. Para eles o direito de propriedade é um exemplo

²¹³ Cass Sunstein e Stephen Holmes - *The cost of rights* (Cambridge: Havard University Press. 1999) in: www.nytimes.com/books/99/04/18/reviews/99041818farbert.html

típico, no qual seu exercício, muitas vezes, depende da ação de agentes governamentais – bombeiros e policiais – e todos os agentes, senadores e magistrados que são mantidos pelo Erário Público através de recursos levantados pela tributação imposta pelo Estado, consubstanciando uma prestação. Segundo eles, pode-se concluir que o direito de propriedade – clássico direito da liberdade, tido como tipicamente negativo – é positivo.²¹⁴

Podem ser citadas outras teorias na questão dos direitos positivos considerados como direitos prestacionais que exigem uma prestação estatal. É importante destacar, sobretudo, as teorias neoliberais que são baseadas em algumas noções deslocativas que esvaziam a fundamentalidade dos direitos prestacionais por defenderem que o rol que integra os direitos sociais é composto por bens de caráter privado e não públicos. Tais teorias afirmam que estes direitos devem ser deslocado ao setor privado, não podendo ser consagrados no texto constitucional.

Diante deste argumento, são ensaiadas diversas medidas de ataque ao problema financeiro do Estado, com destaque à privatização dos serviços sociais, a gestão privada de serviços públicos, os cortes orçamentais e a devolução à sociedade civil de responsabilidades ou a co-responsabilização desta pelas despesas sociais.

Neste sentido, Canotilho assevera que o esquema liberal – a mão invisível liberal – paira sobre a seguinte questão: (i) as normas constitucionais programáticas dos direitos só (ii) são programas e não deveriam estar na Constituição, (iii) os bens protegidos por essas normas são bens privados e não públicos e (iiii) a realização dos direitos sociais depende do crescimento da economia.

Portanto, a visão voltada para o neoliberalismo, sob as afirmações que consideram os direitos econômicos, sociais e culturais como direitos revestidos de cunho programático, tutelando bens privados e dependentes de recursos materiais e financeiros

²¹⁴Trata-se de uma prestação inequivocamente fática e manifestamente pública – principalmente positiva – indispensável à configuração e manutenção daquele direito de propriedade. GALDINO. Flávio Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos. Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.p. 227. Cass Sunstein e Stephen Holmes - *The cost of rights* (Cambridge: Havard University Press. 1999) in: www.nytimes.com/books/99/04/18/reviews/99041818farbert.html

do Estado. Apresentam um modelo privado inserindo e de certa forma regredindo os direitos sociais à esfera privada.²¹⁵

O regresso consistiria, no sentido retrospectivo, numa perda de séculos de lutas e conquistas quanto ao reconhecimento, à consagração constitucional, à positivação, efetivação e à concretização dos direitos sociais. Nesta perspectiva, haveria uma perda de identidade de direitos constitucionais, reconhecidos como princípios advindos da necessidade de tutela da esfera material plasmada no princípio da dignidade da pessoa humana. Seria o mesmo que negar o reconhecimento, numa ordem democrática de Estado, à própria existência material humana retirando, por conseqüência, a própria natureza fundamental destes direitos.

Neste sentido, Jorge Reis Novais leciona que os direitos sociais são, sobretudo nos períodos críticos de dificuldades econômicas (condicionados pela reserva do possível), direitos sujeitos à alteração, reforma, retrocesso, adaptação a novas realidades e a problemas novos. Mas é também nestes períodos que política e socialmente mais se faz sentir sua fundamentabilidade e, conseqüentemente, no plano jurídico, a importância de uma adequação da compreensão da sua relevância.²¹⁶

Portanto, o subterfúgio utilizado pelas correntes neoliberais acabam por ameaçar ou mesmo atentar contra a eliminação da natureza dos direitos sociais como direitos fundamentais, eliminando o caráter jusfundamental.

Diante do breve relato destas teorias pode-se verificar que os direitos fundamentais são objetos de vários estudos e análises que compõem o sistema jurídico e os elementos configuradores. *In casu*, para aprofundar no âmbito teórico jurídico dos direitos fundamentais importa mencionar o despontar de um novo republicanismo sob o prisma do contexto contemporâneo. A perspectiva da teoria republicana é de extrema importância para a compreensão do direito fundamental à defesa do patrimônio público econômico.

²¹⁵ Aula expositiva ministrada pelo professor J. J. Gomes Cantilho na pós-graduação em Direitos Humanos. Sumário: lição nº 17/I. *Os direitos econômicos sociais e culturais*. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 23.03.2007.

²¹⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra editora, 2003. p.13/14.

4. A teoria republicana dos direitos fundamentais

Do contexto histórico ao contexto contemporâneo, houve um processo contínuo e não linear de transformações, de mutações culturais, sociais e econômicas, algumas resultantes de revoluções que causaram rupturas com antigos regimes. No decorrer destas transformações os postulados concebidos pelas expressões república, virtude, liberdade, democracia e outros foram adaptados e sofreram algumas alterações.

Conforme demonstrado no capítulo que tratou da abordagem do contexto histórico, os ideais republicanos remontam às civilizações grega-romana. O humanismo cívico ou os valores republicanos foram pilares constituídos na *civitas* romana.

Canotilho assevera que a teoria republicana reclama o indivíduo como base antropológica do seu discurso. Todavia, o homem republicano não é abstêmio e inerte. Trata-se do homem voltado para o agir político que combate a favor do progresso, da educação, da instrução, do associacionismo e de soluções positivas. O ativismo político, portanto, é o primeiro elemento de aproximação do republicanismo à liberdade dos antigos.

O autor ressalta que a política dos republicanos concebia-se, de certo modo, como política à antiga. Uma política de participação no poder consistente no desejo que todos os cidadãos tomassem consciência da sua condição de iguais e homens livres, partilhando a universalidade do logos (*res publica*) e criando uma sociedade de iguais.²¹⁷

A tradição do republicanismo despertada nos séculos XVI e XVII auxiliou o processo da evolução estatal. Embora ela não tivesse o teor de democracia nos moldes atuais, ela foi importante porque estava centrada na noção do dever dos cidadãos e na perspectiva de um «republicanismo cívico».²¹⁸

Pretende-se, neste sentido, apresentar algumas noções inseridas dentro da teoria republicana, sobretudo, o contexto dos direitos fundamentais no âmbito do neo-republicanismo e a emergência dos direitos republicanos.

²¹⁷ CANOTILHO, J.J.Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra editora. 2004. p. 21 e 32.

²¹⁸ CRICK, Bernard. *A democracia...* p. 10.

4.1 O neo-republicanismo no discurso contemporâneo

Canotilho aduz que as propostas reconstrutivas do republicanismo não pretendem senão a construção científica e positiva da política, superando-se quer o estágio teológico, transmutador das forças na pessoa divina, quer o estágio metafísico, que parte de essências abstratas, como a razão ou a *vis vitalis*, para explicar os fenômenos sociais.

O autor descreve alguns traços distintivos sobre as teorias liberais e as republicanas. Segundo ele, a tensão dos direitos naturais na teoria republicana de direitos fundamentais residia na ideia de que o homem era o fundamento dos direitos naturais (nisso o republicanismo e o liberalismo estavam de acordo). Mas, ele analisa o ponto elementar da diferença entre o liberalismo e o republicanismo que se funda na seguinte premissa: o homem, na perspectiva liberalista, é o homem isolado e independente e o homem na visão republicana é o homem social, fraternal e solidariamente vinculado.²¹⁹

No mesmo sentido, Maria Benedita Urbano dispõe que o liberalismo surgiu com o grande objetivo de proteger o indivíduo e a sua dignidade de ingerências alheias, em especial do Estado. A autora relata que o individualismo-liberal preza os valores que podem ser assumidos passivamente e que o pensamento republicano preza os valores que implicam uma atitude ativa dos cidadãos e concebe uma liberdade voltada para os deveres, obrigações e responsabilidades.

A autora menciona, ainda, que os liberais e os republicanos se apercebem que uma participação política ativa se faz com sacrifício de outros interesses ou valores. Ela ressalta que a diferença reside no juízo que é feito sobre esse sacrifício vale ou não a pena, o fato de muitos defensores liberais (ou pós-liberais) pensam que este compromisso cívico não é compensador e não legitima, de modo algum, a conclusão de que o pensamento liberal é axiologicamente neutro.²²⁰

Esta diferença tornou-se fundamental para pós-modernidade que pugna o retorno do homem situado no meio social e comunitário. A realidade contemporânea exige e

²¹⁹ CANOTILHO, J.J.Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra editora. 2004. p. 21.

²²⁰ URBANO, Maria Benedita Malaquias Pires. *Cidadania para uma democracia ética*. In: Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra: Universidade de Coimbra. Vol. LXXXIII. p. 528ss.

impõe a atuação do cidadão enquanto membro do corpo coletivo e não somente a ideia do homem individualista preconizado pelo liberalismo.

Bresser-Pereira dispõe que o republicanismo enfatiza os deveres e a participação política dos cidadãos e se baseia nas virtudes cívicas exigidas dos cidadãos, enquanto o liberalismo salienta os direitos e se baseia nas liberdades negativas dos cidadãos motivados por interesse próprio. No entanto, o autor assevera que não há conflito necessário entre direitos civis e sociais e nenhuma incompatibilidade absoluta entre direitos civis e virtudes cívicas ou entre liberdade negativa e positiva.²²¹

É importante notar a síntese de Vieira de Andrade no sentido de que a expectativa fundamental continua a ser a da construção da felicidade das pessoas a partir da liberdade individual. Mas o autor revela que tal axioma de confiança não é de modo nenhum incompatível com a solidariedade cívica e com uma ética de responsabilidade comunitária.²²²

Então, é necessário salientar que a adoção da teoria republicana não distancia os direitos fundamentais das liberdades individuais, mas reforça e direciona estes direitos no âmbito jurídico-político à dimensão comunitária.

Diante desta perspectiva, alguns autores vislumbram o surgimento de um novo republicanismo. Dagger dispõe sobre um renascimento do republicanismo contemporâneo, uma que a tradição republicana verdadeiramente não tem mecanismos para lidar com preocupações contemporâneas. O autor destaca a necessidade de uma economia neo-republicana cívica que visa preservar o mercado, restringindo-o para servir fins públicos.²²³

²²¹ Bresser-Pereira, Luiz Carlos. *Construção do Estado e da Administração Pública: uma Abordagem Histórica*, São Paulo, GV Pesquisa. 2005. p. 142ss.

²²² ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª ed. Coimbra: Almedina. 2004. p. 71.

²²³ O autor retoma a ideia de John Rawls ao chamar de "democracia Proprietário da propriedade". Para atingir esses fins, uma economia cívica é provável que se preocupe com o caráter de trabalho e o local de trabalho, a tomar medidas para preservar e proteger o sentido de comunidade ou de publicidade, para cobrar um imposto sobre herança e um imposto sobre o consumo progressiva, e para fornecer algum tipo de "social" ou "cívica" mínimo de apoio a todos os cidadãos. DAGGER, Richard. Neo-republicanism and the civic economy. In: *Politics Philosophy Economics* June, vol. 5 no. 2, 2006. p. 151-173

Não obstante os novos paradigmas da teoria republicana serão apresentados os tópicos que estão vinculados aos direitos fundamentais no âmbito do republicanismo cívico.

4.2 A teoria republicana na dimensão democrático-funcional

A teoria democrática-funcional parte da ideia de vinculação dos direitos fundamentais à moralidade republicana no sentido de contemplar uma visão do cidadão dotado de responsabilidade e deveres de solidariedade.

Canotilho expõe que a teoria moderna dos direitos fundamentais é conhecida na doutrina juspublicística como a teoria democrática-funcional por oferecer alguns elementos de compreensão da teoria republicana, a saber: 1) o reconhecimento de direitos fundamentais aos cidadãos, enquanto membros da comunidade, e o exercício desses direitos deverá ter em vista o interesse público; 2) o exercício da liberdade é um meio de garantia e de prossecução do processo democrático; 3) a vinculação do exercício dos direitos à prossecução de fins públicos justifica a sua articulação com a ideia de deveres; 4) a dimensão funcional justifica, em caso de abuso, a intervenção restritiva dos poderes públicos.

Neste sentido, ele menciona que é no “fazer iguais” e “exercer direitos” em prol da solidariedade que as dimensões democrático-funcionalistas são inseridas na teoria republicana dos direitos fundamentais. Este ponto é de primacial importância para se compreender a razão militante dos republicanos.

O autor dispõe que o enunciado destes postulados recorda a concepção republicana dos direitos e liberdades como direitos funcionalmente vinculados à garantia da própria liberdade política e à prossecução dos ideais de solidariedade e fraternidade. O pensamento republicano busca a saída da subjetividade para a intersubjetividade. Não se trata de reduzir os direitos a simples autovinculações jurídicas, mas de marcar a indissociabilidade dos direitos fundamentais e da moralidade republicana.²²⁴

²²⁴ Produtos da “lei natural” e da “razão apriorística” do sujeito, os direitos evoluem para produtos da “razão militante”, justificativa do seu reconhecimento e do dever do seu exercício altruisticamente (solidária e fraternalmente) vinculado. CANOTILHO, J.J.Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra editora. 2004. p. 33-34.

Diante desta perspectiva, pode-se afirmar que os direitos fundamentais estão vinculados aos ditames da cidadania e da democracia. Nesse aspecto, Alávez Corral ressalta que a cidadania passa a ser concebida como um processo jurídico que, através do exercício dos direitos fundamentais, permite ao indivíduo integrar-se numa praxis cívica comunicativa, funcionalmente orientada a preservar o marco constitucional que a faça possível, bem como ao pluralismo dos sujeitos e os grupos que se encontram sujeitos a este marco.

Se a cidadania tem como categoria jurídica, utilizando as palavras de Marshall “a plena pertença” do indivíduo à comunidade (*full membership*), não resta dúvida alguma de que seu desenvolvimento jurídico deve estar vinculado ao princípio democrático e a maximização das faculdades das quais se articula essa praxis cívica como, por exemplo, do coletivo subjetivo.²²⁵

Para se compreender a noção do termo “cívico”, Alávez Corral menciona a respeito do civismo composto por três traços: 1) a inteligibilidade do mundo político pelo cidadão; 2) a empatia enquanto capacidade de colocar-se no lugar de outros cidadãos para apreender seus interesses e justificações; e 3) a civilidade que se refere ao reconhecimento interindividual.²²⁶

Liszt Vieira destaca que «civilidade» é a atitude individual de preocupação com o bem público, ou seja, transmite a ideia de espírito público que se perdeu na sociedade de mercado. Aproxima-se do que Montesquieu chamou de virtude, ou seja, amor à República e à Democracia. Civilidade, em suma, é a conduta de uma pessoa cuja autoconsciência individual está parcialmente sobredeterminada por sua autoconsciência coletiva, sendo os referentes desta última a sociedade como um todo e as instituições da sociedade civil.²²⁷

Portanto, a dimensão democrática-funcional da teoria republicana está correlacionada a ideia de “civismo” que insere o indivíduo no papel de cidadão como sujeito de direitos e deveres para com a coisa pública. Desta máxima, pode-se ressaltar a noção cidadania como pressuposto da responsabilidade e participação vinculada aos ditames da teoria republicana.

²²⁵ CORRAL, Benedito Alávez. *Nacionalidad, ciudadanía y democracia*. Madrid: Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006. p. 20.

²²⁶ Leca, 1986 e VIEIRA, Liszt. *Cidadania e Globalização*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2005. p. 26.

²²⁷ VIEIRA, Liszt. *Cidadania e Globalização*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2005. p. 27.

4.3 O Estado de Direito Democrático (Neo)Republicano

Os direitos fundamentais marcaram a evolução história do Estado. Inegável é o caráter influenciador e transformador que tais direitos operaram e, ainda operam, na ordem estatal. No primeiro momento, os direitos atuaram como direitos-impedimento utilizados contra o Estado-dominador; no segundo momento, configuraram-se como direitos-exigência, utilizados para pugnar a atuação do Estado-prestador-interventor; passando por um terceiro momento em que os direitos adquirem uma conotação cívica e coletiva na perspectiva do Estado articulador-coordenador.

Neste sentido, Perez Luño menciona que há uma interdependência genética e funcional entre o Estado de Direito e os direitos fundamentais e que o Estado de Direito atua como garantidor dos direitos fundamentais. Segundo ele, a concepção dos direitos fundamentais determina a própria significação do poder público, a existir uma íntima relação entre eles.²²⁸

Deste modo, os direitos fundamentais podem ser considerados o eixo central da relação entre o Estado e o indivíduo. O liame que se estabeleceu nesta relação também sofreu uma evolução. Na consagração dos direitos fundamentais como limites ao poder estatal encontra-se a base modificadora da passagem do homem que era considerado súdito e servo do Estado ao indivíduo sujeito de direitos e deveres, ou seja, o cidadão.

Atualmente, os direitos fundamentais adquirem um papel predominante na afirmação do Estado em três dimensões: a) configuram a *base legitimadora* da ação estatal, b) definem o *modus operandi* do Estado, e; c) norteiam as *finalidades* do Estado.

Os direitos fundamentais configuram o conjunto de compromissos e ordenações que o Estado Contemporâneo assume diante de seu povo. Por outro lado, existem diversos problemas de ordem pragmática no tocante a concretização de tais direitos por parte do Estado, sobretudo, dos direitos prestacionais. O compromisso do Estado está em conceder

²²⁸ LUÑO, Antônio E. Perez. Los derechos fundamentales. Temas clave de la Constitución española. Madrid: Tecnos. 2007. p. 19ss.

efetividade, sobretudo, às prerrogativas de ordem material que vinculam a concretização destes direitos.

Os direitos sociais padecem de alguns males, principalmente, no tocante à concretização por envolver diversos fatores condicionantes. O declínio do Estado regulador-intervencionista pode estar vinculado ao impasse e à incapacidade de responder as demandas.

A pauta contemporânea é delineada por um cenário de crise fiscal do Estado. Não há Estado Social em “Estado falhado” ou com os cofres vazios (Canotilho), sendo assim que se iniciam os problemas. Os direitos sociais implicam uma vasta e complexa rede de serviços públicos que um governo da economia e das finanças nem sempre consegue edificar e manter.

É neste sentido que Casalta Nabais dispõe que o Estado Social veio, com o andar dos tempos, a concretizar-se na ideia de universalidade dos direitos sociais, o que aliado ao nível das prestações alcançadas na sua forma de Estado providência, contribuiu de maneira decisiva para desencadear a atual crise. O autor relata que se trata de uma crise que é simultaneamente financeira, expressa no crescente aumento da diferença entre o ritmo de crescimento econômico e o ritmo do crescimento das despesas sociais, de legitimidade, seja porque já não assegura a sua função de proteção dos mais desfavorecidos, seja porque levou longe demais a política de redistribuição anulando significativamente as diferenças necessárias ao funcionamento adequado do mercado, e de eficácia de funcionamento, traduzida no rendimento decrescente das despesas sociais decorrente, sobretudo, da crescente burocratização da sua gestão.²²⁹

Diante deste quadro, o Estado Social caracterizado interventor, paternalista e super-regulador se torna insuficiente para atender as demandas atuais, aos anseios das sociedades plurais, tornando-se incapaz de oferecer respostas as problemáticas surgidas.

Todavia, a realidade desenhada pela órbita contemporânea assevera uma crise mais profunda. Casalta Nabais menciona que os poderes – ora denominados poderes de fato – se esbarram numa dinâmica global e transnacional que acaba por gerar reflexos no

²²⁹ NABAIS, José Casalta. Por uma liberdade com responsabilidade. Estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Editora Coimbra. 2007. p. 100.

âmbito interno do Estado, chegando a colocar em risco os próprios alicerces do poder estatal.

Burdeau afirma que sempre existiram lutas pelo poder, porém, antigamente, a busca pelos poderes era realizada de modo rebelde, através de lutas e violências. Havia uma recusa de subordinação à lei estatal e tornavam-se rivais do Estado. Hoje, ao contrário, os poderes de fato atacam o Poder estatal para usar seus direitos e cobrir-se de sua legitimidade, pois não querem elaborar sua própria lei, mas ditar o conteúdo à lei do Estado; não é cunhar sua própria moeda, mas decidir o uso das finanças estatais.²³⁰

O reconhecimento da sociedade pluralista passa pelo reconhecimento de outras formas constituídas de poderes que imperam junto ao poder estatal. O Estado contemporâneo deve ser configurado num modelo aberto, dinâmico e flexível capaz de atender e conviver com os demais entes de poder constantes das atuais sociedades.

Nestas vertentes, pode ser vislumbrado o surgimento das falhas do Estado Social. O perigo maior se encontra na inoperância e até mesmo na impotência estatal diante de suas tarefas, o que acaba por consistir num *aval/autorização* para a atuação e emancipação de poderes oriundos das sociedades pluralistas. Portanto, o impasse a que chegou o Estado-Providência e o progressivo descomprometimento do Estado tem conduzido ao aparecimento não programado de alternativas privadas à produção de bens e serviços sociais.²³¹

E o perigo aumenta diante de falhas de atribuições e concretizações dos direitos fundamentais sociais que afetam diretamente o indivíduo isolado ou em grupo, sendo, neste âmbito que surge o paradoxo do Estado pluralista, enfraquecendo os governantes no momento em que os governados esperam mais de sua ação.

Inúmeras são as tentativas de soluções dispostas a oferecer respostas ao impasse que se encontra o Estado Social, menciona-se a substituição do Estado Social

²³⁰ Para Burdeau, o «poder de fato» são representações que se cristalizam nos grupos de maior ou menor organização, existentes desde de muito antes, nas grandes designações do pensamento político-social com todas suas variantes, pois se preocupavam com a organização presente e futura, e por isso, com a ação política; bem como as atuais que surgem conforme o processo inerente a toda gênese dos Poderes, a imagem do objetivo visado suscita uma energia tendente a atingí-lo, dando origem a um Poder que por hipótese, ainda não dispõe de nenhum título jurídico para impor. BURDEAU, Georges. ob.cit. p. 70 ss.

²³¹ HESPANHA, Pedro. “Novas Perspectivas sobre os direitos sociais.” In: *Intervenção Social*, nº 15/16. Instituto Superior de Serviço Social. Dezembro 1996. p. 128.

constitucionalmente conformado ao se propor – umas vezes de forma sub-reptícia, outras vezes em termos abertamente frontais – o terceiro capitalismo com a sua sociedade aberta que conduz necessariamente a um corolário lógico: a empresa privada, a atuar no mundo global como sujeito capaz de responder a um modelo de ação social universal.

Deste modo, as propostas que disputam com primazia a reforma do Estado vão em dois sentidos, de um lado, propugna o neoliberalismo centrado no retorno ao minimalismo estatal, negando todas as conquistas do Estado-Providência, que se caracteriza pelo deslocamento dos direitos sociais para ordem privada; por outro lado, preconiza o Estado pós-social voltado para o avanço nas concepções do Estado Social, plasmado na atuação e intervenção estatal, centrado num sistema paternalista.²³²

O neoliberalismo pode garantir formalmente a liberdade de expressão e de participação como aspectos básicos de uma sociedade, porém ao eliminar quaisquer conotações de igualdade fática, acaba por gerar um modelo de exclusão social e de deformidade do direito.

A perda do *status* de direitos fundamentais das conquistas sociais do *Welfare State* não condiz com uma realidade pós-moderna aberta e plural. A presença dos poderes informais e não-estatais no seio das comunidades constitui uma tentação forte para o Estado, pressionado pelas dificuldades orçamentais, fazer recuar as políticas sociais ou reduzir os direitos sociais sem contrapartida.²³³

Por outro lado, a ideia de um Estado pós-social deve se submeter nas palavras de Canotilho a uma «terapia adequada», pois o impasse a que foi levado o Estado do Bem-estar Social fez com que se procurasse um novo equilíbrio político, econômico e financeiro centrado no princípio da solidariedade.

Neste sentido, o autor menciona que há que substituir, em primeiro lugar o *big government* do estado de bem estar por um estado “reduzido” e “elegante”. Para que isso ocorra, os inúmeros serviços e administrações estatais, caros e insuficientes, devem ser substituídos por esquemas privados empresariais. Para ele os próprios instrumentos de

²³² CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. ob. cit.p. 492.

²³³ HESPANHA, Pedro. ob. Cit. p. 122.

direção e organização econômico-privado revelam operacionalidade suficiente para serem introduzidos na máquina estatal.²³⁴

Não se pode deixar conduzir pelos extremos no tocante a posição do Estado Social diante das transformações atuais, chegando ao ponto de se anunciar, por um lado, um Estado minimalista ou, por outro, um Estado pós-social sobrecarregado e inoperante. Vislumbra-se um Estado intermediário, em que se destaca uma mudança paradigmática.

Habermas e alguns autores chegam a falar em uma nova dimensão estatal denominada Estado de Segurança (*Sicherheitsstaat*), fundado no princípio da solidariedade (*Solidarität*). Neste sentido, expõe a convicção de que o mundo vital (*Lebenswelt*) – das instituições jurídicas e da comunicação intersubjetiva – pode se compatibilizar com a esfera da ação administrativa e com a do dinheiro por intermédio da afirmação do princípio da solidariedade, com o que ficará superada a “colonização” do *Lebenswelt* operada pelo paternalismo financeiro e burocrático observado no Estado Social de Direito.²³⁵

Klaus Stern ressalta que a reforma do Estado deve ser centrada notadamente em torno da nova determinação das responsabilidades do Estado, com foco na ideia-chave de parceria e responsabilidade entre Estado e Sociedade, podendo o Estado retrair-se e transferir a ativa participação na responsabilidade pelo bem comum com mais intensidade na corresponsabilidade entre Estado e cidadãos.²³⁶

Destas perspectivas pode-se deduzir que num Estado democrático o instituto jurídico da cidadania, como participação e responsabilidade cívica, se encontram intimamente relacionados com a titularidade e exercício dos direitos fundamentais.

Diante deste postulado, emerge um neo-republicanismo que se encontra no atual Estado de Direito Democrático, sendo concebido um novo paradigma estatal a partir da responsabilidade e atuação do cidadão.

O Estado de Direito, Liberal, Social e Democrático ganha uma nova dimensão «republicana» que se soma às demais. Assim, Bresser-Pereira assevera que o novo estado que está emergindo precisa ser um estado liberal, democrático e social forte. Um estado

²³⁴CANOTILHO, J.J. Gomes. O Estado adjetivado... in: www.pge.rs.gov.br/revistas/revista_pge_56.pdf

²³⁵TORRES, Ricardo Lobo. ob. cit.p. 280/281.

²³⁶ STERN, Klaus. “O Estado do presente – tarefas, limites e reflexões sobre sua reforma.” In: *Constitucionalismo e Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 335.

liberal forte capaz de garantir os direitos civis que protegem a vida, a propriedade e a liberdade, e assegurar que cada cidadão seja tratado com respeito, independentemente de riqueza, sexo, raça ou cultura. Um estado democrático forte garante os direitos políticos a todos os cidadãos, considerando cada um como igual aos outros. Um estado social forte garante os direitos sociais, combatendo o desemprego e a desigualdade econômica. Mas, para ser forte com relação aos três direitos humanos clássicos, o estado precisa ser capaz de garantir os direitos republicanos, e contar com cidadãos que participem ativamente dos assuntos políticos. Em outras palavras, o Estado precisa ser republicano.

O autor salienta que o Estado Republicano é intrinsecamente democrático por proteger cidadãos individuais, é igualmente capaz de se proteger de interesses conflitantes: ele possui as instituições e os cidadãos que ajudam a promover esta proteção. Segundo ele, o Estado Republicano é um estado suficientemente forte para se proteger do controle privado, defendendo o patrimônio público contra a busca de rendas; é um estado participativo, onde os cidadãos, organizados em sociedade civil, participam da definição de novas políticas e instituições e do exercício da responsabilidade social; é um estado que depende de funcionários governamentais que, embora motivados por interesse próprio, estão também comprometidos com o interesse público; é um estado com uma capacidade efetiva de reformar instituições e fazer cumprir a lei; é um estado dotado da legitimidade necessária para taxar os cidadãos a fim de financiar ações coletivas decididas democraticamente; é um estado que é eficaz e eficiente no desempenho das funções dele exigidos. Portanto, o Estado Republicano é um sistema de governo que conta com cidadãos engajados, participando do governo juntamente com os políticos e os servidores públicos.²³⁷

Philip Pettit ressalta que o Estado Republicano deve ter uma linguagem pluralista baseada numa linguagem de liberdade, em que seja possível dar sentido a uma variedade de exigências dirigidas ao Estado. No regime republicano, o Estado será capaz de garantir o exercício cívico e levar ao ideal de uma democracia. O autor afirma que a coisa mais importante que o Estado tem que fazer para estimular a civilidade amplamente difundida é estabelecer a legitimidade republicana de suas próprias leis no espírito público.²³⁸

²³⁷ Bresser-Pereira, Luiz Carlos. *Construção do Estado e da Administração Pública: uma Abordagem Histórica*, São Paulo, GV Pesquisa. 2005. p. 112 e 147.

²³⁸ PETTIT, Philip. *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*. Barcelona: Paidós. 2009. p. 175, 362.

No despontar da perene e intranquilidade discursiva sobre o futuro e as transformações do Estado, verifica-se que a cidadania e, especificamente, a responsabilidade do cidadão assumem um papel primordial, sendo conditio *sine qua non* para o contexto do novo paradigma do Estado, sobretudo, na efetivação dos direitos fundamentais dentro desse contexto.

Neste sentido, Canotilho ressalta que a República cosmopolita é universalista, aberta à ação e à solidariedade internacional e democrática, tendencialmente crente na participação de todos os cidadãos nos assuntos da *res publica*.²³⁹

Portanto, os direitos fundamentais estão inseridos numa perspectiva (neo)republicana que vislumbra a liberdade dos cidadãos alicerçada na participação e no exercício da responsabilidade cívica. Essa perspectiva encontra-se fundamentada nos moldes do Estado de Direito Democrático e (Neo) Republicano.

4.4 Os direitos fundamentais republicanos

No decorrer do processo histórico verificou-se que as transformações e as alterações substanciais ocorridas no período do Estado moderno ao Estado contemporâneo estavam centradas na afirmação e no reconhecimento de direitos que constituíam os vetores basilares do modelo de estado preconizado em cada época.

Por outras palavras, o surgimento de um novo modelo de Estado esteve vinculado ao reconhecimento de novos direitos que configuravam o fundamento e o alicerce daquele Estado a ser formado.

Tal perspectiva também pode ser delineada no Estado (Neo)Republicano. Pode-se afirmar alguns direitos fundamentais, até mesmo aqueles já reconhecidos no âmbito jurídico. A título de exemplo, podem ser citados o direito ao património histórico e cultural e o direito ao meio ambiente equilibrado.

²³⁹ CANOTILHO, J.J.Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra editora. 2004. p. 32.

Neste sentido, Bresser-Pereira destaca três direitos republicanos fundamentais: o direito ao patrimônio ambiental, o direito ao patrimônio histórico-cultural e o direito ao patrimônio econômico público. O autor dispõe que os três casos são designados de bens públicos, porque são ou devem ser de todos e para todos e, por isso, tendem a ser mal defendidos e permanentemente ameaçados.

O autor observa que os direitos públicos ou “direitos republicanos” são os direitos dos cidadãos contra aqueles que buscam capturar privadamente os bens que são ou devem ser de todos, particularmente, a uma categoria desses direitos: o direito à *res publica* ou ao patrimônio econômico público. A diferença entre a ameaça aos bens privados e aos bens públicos está no fato de que o detentor do bem privado é um indivíduo permanentemente atento, pronto para defender sua propriedade, enquanto que o detentor do bem público é o conjunto dos cidadãos organizados coletivamente no próprio Estado.

Portanto, os direitos republicanos têm o caráter difuso e são direitos solidários, ultrapassam a esfera individual e buscam tutelar os interesses coletivos. Surgem num contexto do neo-republicanismo impondo uma nova perspectiva aos direitos fundamentais, vinculando-os num prisma da responsabilidade cívica e comunitária no âmbito da cidadania ativa.

Os direitos republicanos são geralmente direitos coletivos ou transindividuais. O surgimento destes direitos constitui um sinal do avanço da cidadania. Na teoria do Direito não se fala, geralmente, em direitos republicanos, mas em interesses difusos ou coletivos.

No âmbito do Estado de Direito Democrático (Neo)Republicano emergem os direitos fundamentais republicanos como pilares edificadores desse novo modelo de Estado inseridos numa perspectiva de coletividade.

Em suma, os direitos republicanos assumem um papel central no Estado contemporâneo dando um novo contorno aos ditames da democracia e da cidadania, sobretudo, no tocante ao dever do cidadão de zelar pela *res publica*.

Capítulo IV – O reconhecimento do direito fundamental à proteção do patrimônio público econômico

“Os direitos fundamentais surgiram e ainda surgem através de oposições contra poderes arbitrários exercidos numa determinada época, por meio das mudanças político-ideológicas e da quebra com antigos regimes, nascem, portanto, diante de novas necessidades e com intuito de assegurar bens específicos e necessários à ordem em que foram reconhecidos.” (Bobbio)

O processo de reconhecimento de um direito fundamental exige a configuração de alguns pressupostos que se destacam como requisitos essenciais no âmbito jurídico-constitucional. Não basta a mera alegação da relevância do direito ou mesmo discursos vazios centrados apenas na necessidade de tutela do bem violado para a consolidação deste processo. Para se conceder o *status* ou caráter «fundamental» a um direito há que se verificar a existência de algumas premissas que o configure como tal.

Neste sentido, a fundamentalização de um direito encontra-se radicada em alguns postulados precípuos para que aquele direito obtenha um *status* diferenciado dos demais e seja levado ao patamar de um regime distinto, com tutela reforçada.

Em meio ao fenômeno da panjusfundamentalização mediante os discursos eivados de embasamentos fragilizados ou temerários, gerando a banalização dos direitos e colocando em risco a fundamentalidade dos demais direitos fundamentais, a abordagem da «fundamentalidade» do direito tornou-se condição *sine qua non* para a determinação, afirmação e consolidação dos direitos fundamentais.

Portanto, este capítulo versará sobre os elementos que são essenciais para configurar o direito à proteção do patrimônio público econômico como um direito fundamental.

1. A «fundamentalidade» do direito à proteção do patrimônio público econômico

A fundamentalização dos direitos deve ser analisada de acordo com alguns preceitos de «fundamentalidade» do direito a ser reconhecido, entre eles destacam-se: 1) o caráter contextual e a necessidade de resguardo do bem a ser tutelado; 2) estrita ligação com a dignidade, como direito que visa a satisfação das necessidades humanas vitais; 3) a vinculação com o primado da liberdade; 4) a atribuição da tradicional ideia de limitação ao poder público; 5) a noção de deveres fundamentais atrelada à responsabilidade como atributo reforçador da fundamentalidade.²⁴⁰

Tratar-se-á do direito à proteção ao patrimônio público econômico, principalmente, da verificação dos preceitos e dos pressupostos para a configuração de sua «fundamentalidade».

1.1 A necessidade de salvaguarda do bem a ser tutelado

A consciência jurídica geral da comunidade no tocante à necessidade de se resguardar e tutelar bens essenciais no mundo contemporâneo concede uma perspectiva salutar ao reconhecimento de um direito fundamental.

A premissa substancial que funciona como um pré-requisito no tocante ao reconhecimento de um direito fundamental é a «fundamentalidade» do direito que se centra, sobretudo, na identificação do direito como essencial para o desenvolvimento da vida humana no âmbito da liberdade e da dignidade a qual está vinculado.

Tal «fundamentalidade» é verificada na violação ao bem a ser tutelado por este direito, ou seja, a análise precípua deve estar centrada nas consequências resultantes da

²⁴⁰ Tais pressupostos não são pacíficos no âmbito doutrinário. No entanto, para o presente estudo, seguimos a abordagem feita por Casalta Nabais. NABAIS, José Casalta. Por uma liberdade com responsabilidade. Estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Editora Coimbra. 2007. p. 103 ss.

violação ao bem identificado como fundamental. Se a violação atingir o desenvolvimento livre e digno do ser humano num determinado momento da história estará caracterizado um dos elementos de sua fundamentalidade.

Deste intróito, verifica-se que o reconhecimento de um novo direito fundamental pressupõe a identificação de seu caráter fundamental que, por sua vez, pode ser definido a partir da necessidade da tutela do bem essencial em meio às violações e pela imprescindibilidade que esse bem é caracterizado à vida humana.

Deste modo, a «fundamentalidade» do direito à proteção ao patrimônio público econômico é identificada, sobretudo, nas consequências das violações à coisa pública. Basta uma breve análise no cenário da corrupção e dos desvios de recursos públicos para verificar o grande problema presente nas instituições estatais.

As consequências são inúmeras, chegando a fragilizar a estabilidade dos governos e a afetar a confiança da sociedade, causando uma estagnação no desenvolvimento dos países. Tais condutas afetam o atendimento das demandas sociais chegando a impedir que os recursos sejam destinados à satisfação das necessidades básicas dos indivíduos.

Neste sentido, a Organização das Nações Unidas ressalta que a corrupção corrói a confiança da sociedade nas instituições estatais e o desvio de recursos acaba por afetar a habilidade dos governos de prover serviços básicos e de promover o desenvolvimento sustentável econômico, social e político.²⁴¹

Assim as reivindicações sociais diante das situações de injustiças são geradas pelos descontentamentos dos governados em relação aos seus governantes. Tal relação encontra-se em choque devido à linha de tensão ocasionada por práticas corruptas e antiéticas. A falta de compromisso por parte das autoridades públicas passou a ser reconhecida como consequência e causa da má governança, podendo colocar em risco a sobrevivência das organizações e do regime democrático.

A descrença no poder público, a necessidade de se combater a corrupção e a inoperância do monopólio estatal são realidades que compõem o cenário de novos paradigmas como a responsabilidade, controle e governança. No contexto do Estado

²⁴¹ ONU. Dia Internacional contra a corrupção e Compromisso Mundial anticorrupção. 2007. Disponível in: <http://www.unodc.org/brazil/pt/diamundialanticorruptao2007.html>, acesso em 20.02.2012.

contemporâneo, a busca pela lisura, transparência e retidão no poder público tornaram-se requisitos indispensáveis à gestão pública eficiente e democrática.

O discurso encontra-se centralizado na ideia de que é preciso responsabilizar os agentes e combater os esquemas de impunidades. O cenário marcado pelas imperfeições dos sistemas políticos, especificamente, quanto ao comportamento das autoridades, aliado à fase nebulosa surgida da inerente dificuldade de separação das esferas pública e privada, faz surgir à necessidade de se criar instrumentos capazes de atuar frente aos desafios do combate e controle desses fenômenos negativos.

A criação destes instrumentos deve partir da análise das ações corruptas, não somente da corrupção *strito sensu*, mencionada no Código Penal, considerada como crime, mas o ato de se corromper no geral. Neste sentido, o debate atual precisa enfrentar o problema no sentido amplo, considerando todas as condutas ilícitas ou antiéticas praticadas pelos agentes nas diversas esferas do poder público.

O discurso contemporâneo deve estar centrado no estudo precípua da realidade institucional que por si já diz tudo: os altos índices de práticas de corrupção; o aparecimento das chamadas “zonas cinzentas” que corroboram para a ocorrência dos conflitos de interesses, as formas de utilização das informações privilegiadas, os tráficos de influências, bem como os inúmeros atos que evidenciam o uso da função pública para fins privados. Neste contexto, é importante ressaltar que várias situações de conflito surgem no limiar que separa o interesse público do interesse privado. Deste modo, o agente, visando obter benefícios particulares, utiliza-se da sua condição de servidor público para alcançá-los.

Diante do cenário do abuso de poder, da corrupção e de outros meios de violação a coisa pública verifica-se a necessidade de se resguardar o patrimônio público das ingerências alheias. O reconhecimento deste direito torna-se imprescindível para o processo de consolidação daqueles paradigmas e valores, bem como para o combate a estes males.

1.2 A dignidade como postulado basilar da fundamentalidade

A dignidade da pessoa humana constitui o pressuposto, por excelência, da «fundamentalidade», tendo em vista que ela constitui componente comum basilar ao reconhecimento de todos os direitos fundamentais.

A dignidade da pessoa humana enquanto valor supremo axiológico destaca-se como o cordão originário de todos os direitos fundamentais. Não obstante, o caráter acumulativo, dinâmico e aberto dos direitos fundamentais há um postulado em comum, ou seja, uma causa intrínseca a todos eles que consiste na proteção da dignidade da pessoa contra as violações dos poderes públicos e da sociedade em cada contexto histórico, bem como nas formas de satisfação de necessidades básicas para se conceder uma vida digna à pessoa humana.

Casalta Nabais trata da insuficiência da ideia tradicional em equiparar a fundamentalidade à importância que os direitos têm para a salvaguarda da dignidade humana, definida esta de acordo com a «consciência geral» da comunidade. O autor ressalta que para evitar o risco da panjusfundamentalização e da conseqüente na banalização dos direitos fundamentais impõe-se um esforço maior na concretização da fundamentalidade, ancorada na dignidade da pessoa humana, vinculando-a, por exemplo, à satisfação de necessidades vitais – materiais e espirituais – constantes do ser humano e não em meros desejos secundários e particulares que os cidadãos podem satisfazer com base exclusivamente no ordenamento ordinário.²⁴²

Antes de adentrar na abordagem da dignidade da pessoa humana como postulado da «fundamentalidade» do direito à proteção ao patrimônio público econômico convém analisar, de forma breve, o conceito e as dimensões da dignidade.

²⁴² NABAIS, José Casalta. Por uma liberdade com responsabilidade. Estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Editora Coimbra. 2007. p. 121.

1.2.1 O conceito e as dimensões da dignidade da pessoa humana

A delimitação do sentido e do significado da dignidade da pessoa humana é uma tarefa difícil devido à complexidade, à densidade axiológica e à pluralidade de definições existentes. Os autores destacam o conceito de dignidade sobre diferentes aspectos. Nos anos mais recentes, o discurso centralizou-se na justificação racional do conceito de dignidade.

Devido ao seu forte conteúdo valorativo, a dignidade da pessoa humana denota várias concepções. Ressalta-se que sua polissemia ou plurisignificado dificulta o consenso entre os doutrinadores no tocante a sua definição. Portanto, conceituar a dignidade é uma tarefa árdua e parte da doutrina a identifica como um conceito jurídico indeterminado.

Neste sentido, Ingo Sarlet observa que uma conceituação clara do que efetivamente seja esta dignidade se revela difícil de ser obtida, sobretudo, pela questionável (e questionada) viabilidade de se alcançar algum conceito satisfatório.²⁴³

O legislador constituinte consagrou expressamente a dignidade da pessoa humana, mas não a conceituou deixando essa tarefa nas mãos dos juristas. Tal postura caracteriza uma abertura e denota, por vezes, grandes dificuldades a serem enfrentadas, principalmente pelo julgador.

Apesar da forte carga de abstração, diversos autores lecionam sobre o assunto, ressaltando uma multiplicidade de opiniões, que se apresentam de forma complementar. Porém, são conceitos vagos, imprecisos, até mesmo falhos, pois não abarcam toda complexidade que envolve a dignidade da pessoa humana.²⁴⁴

²⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 33ss.

²⁴⁴ Neste sentido Alexandre de Moraes expõe que: “A dignidade é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merece todas as pessoas enquanto seres humanos. Segundo Castanheira Neves: “A dimensão pessoal postula o valor da pessoa humana e exige o respeito incondicional da sua dignidade. Dignidade da

É importante notar que a noção de dignidade no pensamento clássico tem como ideia nuclear a qualidade intrínseca da pessoa humana como algo irrenunciável e inalienável constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado. Tal noção está estritamente vinculada à natureza humana como valor próprio atribuído à pessoa.

Neste sentido, Kant menciona que o homem é, duma maneira geral, todo ser racional e existe como fim em si mesmo, não como meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade. No reino dos fins tudo um tem preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se, em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo e qualquer preço e não permite equivalente, então ela tem dignidade.

Kant vislumbra o homem com um fim em si mesmo dotado de um valor absoluto, não podendo ser usado como instrumento para algo. Segundo a concepção kantiana, o ser humano possui capacidade de autodeterminação, que o impede de ser usado como objeto ou meio para alguma finalidade. Assim, Kant exprime o imperativo categórico numa fórmula geral: *“Age apenas segundo uma máxima tal que possas querer que ela se torne uma lei universal”*.²⁴⁵

No mesmo sentido é o conceito axiológico de Dürig ao definir a dignidade como valor, ou seja, voltada para autonomia ética do ser humano. Inspirado na visão kantiana ele estabelece a «fórmula do objeto» e dispõe que a dignidade da pessoa humana, enquanto tal, é atingida, se o ser humano concreto é reduzido à condição de objeto, de

pessoa a considerar em si e por si, que o mesmo é dizer a respeitar para além e independentemente dos contextos integrantes e das situações sociais em que ela concretamente se insira.” E ainda Fladimir Jerônimo Belini Martins dispõe de forma sintética que: “Em síntese, temos que a dignidade efetivamente constitui qualidade inerente de cada pessoa humana que a faz destinatária do respeito e proteção tanto do Estado, quanto das demais pessoas, impedindo que ela seja alvo não só de quaisquer situações desumanas ou degradantes, como também garantindo-lhe direito de acesso a condições existenciais mínimas. Mas, por outro lado, a dignidade implica considerar que a pessoa humana é chamada a ser responsável não somente por seu próprio destino, mas também pelas das demais pessoas humanas, sublinhando-se, assim, o fato de que todos possuem deveres para com a comunidade”. MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários ao arts. 1º e 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 60. NEVES, Castanheira. A Revolução e o Direito: a situação de crise e o sentido do direito no actual processo revolucionário. Lisboa: Ordem dos Advogados Portugueses, 1976. p.207. MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental. Curitiba: Juruá, 2003. p. 120.

²⁴⁵ KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. São Paulo: Abril, 1980. p. 59, 135 e 140ss.

simples meio, de elemento substituível. Ele destaca que cada ser humano é humano por força de seu espírito que o distingue da natureza impessoal e que o capacita para, com base em sua própria decisão, torna-se consciente de si mesmo, de autodeterminar sua conduta.

Deste modo, o conceito de dignidade foi elaborado a partir do aspecto da dimensão ontológica da dignidade, partindo da noção de valor ou atributo que se traduz na qualidade intrínseca do ser humano.

No entanto, alguns autores refutam uma concepção estritamente ontológica da dignidade. Hegel menciona que dignidade é o resultado de um reconhecimento, noção consubstanciada na máxima de que cada um deve ser pessoa e respeitar os outros como pessoa. Sob a influência de Hegel, Niklas Luhmann e Peter Häberle enfatizam a dimensão histórico-cultural da dignidade. Depois Habermas e Axel Honneth fundamentam a dignidade na capacidade comunicativa do ser humano e/ou no reconhecimento recíproco.

246

Ingo Sarlet ressalta que, pelo fato de a dignidade da pessoa encontrar-se ligada à condição humana de cada indivíduo, não há como descartar uma necessária dimensão comunitária (ou social) desta mesma dignidade de cada pessoa e de todas as pessoas, justamente por serem todos iguais em dignidade e direitos e pela circunstância de nesta condição conviverem em determinada comunidade ou grupo.²⁴⁷

Neste sentido, é o disposto no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU (1948) ao estabelecer que *“todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade”*.

A Declaração adotou o duplo sentido do termo dignidade, primeiro prevê a dignidade vinculada à natureza humana como qualidade que o identifica como ser dotado de liberdade e igualdade. Logo em seguida, estabelece o caráter intersubjetivo da dignidade ao dispor sobre a obrigação de agir com os outros em espírito e fraternidade.

²⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: livraria do advgado, 2011. p. 46/47.

²⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 65ss.

Perez Luño destaca a dimensão intersubjetiva da dignidade partindo da situação básica do ser humano em sua relação com os demais, ao invés de fazê-lo em função do homem singular, limitado a sua esfera individual.²⁴⁸

Frank Moderne diz que para além da concepção ontológica da dignidade – como qualidade intrínseca do ser humano – importa considerar uma visão de caráter mais “instrumental”, traduzida pela noção de uma igual dignidade de todas as pessoas, fundada na participação ativa de todos na “magistratura moral” coletiva. Ela não é restrita à ideia de autonomia individual, mas parte do pressuposto da promoção das condições de uma contribuição ativa para o reconhecimento e proteção do conjunto de direitos e liberdades.²⁴⁹

Francis Fukuyuma assevera que todos nós “partilhamos uma humanidade comum que permite a todo o ser humano se comunicar potencialmente com todos os demais seres humanos no planeta e entrar numa relação moral com eles”.²⁵⁰

Arendt ao tratar dos conceitos e requisitos da condição e da existência humana, embora sem apontar diretamente à ideia de dignidade, trouxe uma noção sobre a dimensão política da dignidade no sentido de que a pluralidade pode ser considerada como *a* condição (e não apenas como uma das condições) da ação humana e da política. Segundo a autora, a pluralidade (vivência entre homens) é a condição da ação humana pelo fato de sermos todos os mesmos, isto é, humanos, sem que ninguém seja exatamente igual a qualquer pessoa que tenha existido, exista ou venha existir.²⁵¹

Holfmann e Häberle destacam que a dignidade deve ser compreendida sob uma perspectiva relacional e comunicativa, constituindo uma categoria da co-humanidade de cada indivíduo.

Ingo Sarlet assevera que a dignidade da pessoa humana, sem prejuízo de sua dimensão ontológica, consiste justamente em razão de se tratar do valor próprio de cada

²⁴⁸ LUÑO, Antônio E. Perez. Los derechos fundamentales. Temas clave de la Constitución española. Madrid: Tecnos. 2007.

²⁴⁹ MODERNE, Franck. La dignité de la personne comme principe constitutionnel dans les constitutions portugaise et française, in: MIRANDA, Jorge (org.). Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976, vol. I, Coimbra Editora, 1997. p. 198ss.

²⁵⁰ FUKUYUMA, Francis. Nosso futuro Pós-humano. Consequências da Revolução da Biotecnologia. Rio de Janeiro: Rocco, 2003. p. 23ss.

²⁵¹ ARENDT, Hannah. A condição humana. 10^aed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. p. 15/16.

uma e de todas as pessoas, somente faz sentido no âmbito da intersubjetividade e da pluralidade.²⁵²

Tal visão contribuiu, de certa forma, para a superação da noção de uma concepção eminentemente restrita de dignidade, voltada para uma noção da dignidade na esfera comunitária por meio de uma qualidade comum.

Alguns autores relatam que podem ser identificadas as dimensões da dignidade. Ingo Sarlet menciona a existência de quatro dimensões da dignidade, a saber: a) ontológica, na qual dignidade é elemento integrante da sua natureza racional, adquirindo um sentido de qualidade intrínseca; b) intersubjetiva, que parte da relação do ser humano com os demais, ligada à concepção afirmativa de que todas pessoas ao mesmo tempo são reconhecidas como iguais em dignidade e direitos; c) instrumental, parte do reconhecimento do dever prestacional, em que o Estado deve criar condições para que as pessoas possam ter uma vida digna, e ao mesmo tempo, de abstenção deste (negativa), devendo respeitar o indivíduo; d) histórica-cultural, tendo em vista que a dignidade é fruto do trabalho de diversas gerações e da humanidade em seu todo, estando estritamente vinculada aos fatores históricos, culturais e sociológicos.²⁵³

Para Jorge Miranda, a dignidade da pessoa humana dispõe de cinco diretrizes básicas: a) a dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta; b) cada pessoa vive em relação comutária, mas a dignidade que possui é dela mesma, e não da situação em si, c) só a dignidade justifica a procura da qualidade de vida; d) a proteção da dignidade das pessoas está para além da cidadania e postula uma visão universalista da atribuição dos direitos; e) a dignidade pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas.²⁵⁴

Neste sentido, Joaquín Arce Y Flórez-Valdés aduz que a dignidade da pessoa humana tem quatro importantes conseqüências: a) igualdades de direitos entre todos os homens, uma vez integram a sociedade como pessoas e não como cidadãos; b) garantia

²⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 66ss.

²⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da dignidade. Ensaios da Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Editora: livraria do advogado. Porto Alegre. 2005. p.15/37.

²⁵⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Coimbra editora. 1993. p. 168/169.

de independência e autonomia do ser humano, de forma a obstar toda coação externa ao desenvolvimento de sua personalidade, bem como toda atuação que implique na sua degradação; c) observância e proteção dos direitos inalienáveis do homem; d) não admissibilidade da negativa dos meios fundamentais para o desenvolvimento de alguém como pessoa ou a imposição de condições subumanas de vida.²⁵⁵

Para Ernest Benda, a dignidade humana como parâmetro valorativo, evoca, inicialmente, o condão de impedir a degradação do homem em decorrência de sua conversão em mero objeto de ação estatal. Mas, também exprime que o Estado deve propiciar ao indivíduo a garantia de sua existência material mínima.²⁵⁶

Em suma, cada ser humano, por sua natureza, é um ser racional dotado de liberdade e revestido de uma dignidade, cujo reconhecimento se impõe ao Estado e a terceiros, na medida que é inerente a toda e qualquer pessoa, proibida de qualquer discriminação ou degradação.

O indivíduo tem uma dignidade que lhe é inerente, configurada como elemento integrante e irrenunciável da natureza da pessoa humana, tendo que ser reconhecida, respeitada e protegida. Assim, a dignidade não deve ser exclusivamente considerada como algo inerente à natureza humana, mas impõe tarefa ao Estado de criar condições que possibilitem o pleno exercício da dignidade, sendo, portanto dependente ao se perquirir até que ponto é possível ao indivíduo realizar, ele próprio, parcial ou totalmente suas necessidades existenciais básicas ou se necessita.²⁵⁷

Os seres humanos possuem esta qualidade inerente, mas são seres dependentes de necessidades materiais e espirituais, condizentes à dimensão física, psicológica e espiritual que precisam ser supridas. Pode-se verificar um caráter multidimensional da dignidade da pessoa humana, considerando a existência de várias dimensões, não somente a dimensão ontológica baseada na ideia de qualidade intrínseca do ser humano mas,

²⁵⁵ VALDES, Joaquin Arce Y Flórez *apud* NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O Direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana . *Jus Navigandi*, Teresina, a. 4, n. 41, mai. 2000. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=161> p. 04.

²⁵⁶ BENDA, Ernesto *apud* NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O Direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana . *Jus Navigandi*, Teresina, a. 4, n. 41, mai. 2000. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=161> p. 04.

²⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *ob.cit.*p. 119/120.

sobretudo, a dimensão intersubjetiva que a destaca como o vetor primordial do respeito e convivência com os demais seres humanos.

Deste modo, a «fundamentalidade» está alicerçada nas necessidades vitais humanas e tudo que faz parte deste rol de essencialidade para vida da pessoa deve ser amparado de modo peculiar, concedendo-se um *status* diferenciado dos demais direitos.

Portanto, o estudo da «fundamentalidade» deve estar centrado no postulado dignidade da pessoa humana, não se pode construir teorias e discursos afastados deste postulado, sob pena de se tornarem meras retóricas ou discursos de conteúdo vazio ou mesmo perigosos e temerários chegando a ponto de uma visão obscurecida atrelada ao caráter puramente unidimensional.

1.2.2 A dignidade e o direito à proteção do patrimônio público econômico

Pode-se afirmar que, direta ou indiretamente, o direito fundamental à proteção ao patrimônio público econômico está vinculado à satisfação das necessidades vitais radicadas da dignidade da pessoa humana, bem como às formas de proteção a essa dignidade.

Primus, ressalta que a dignidade é o atributo ou valor intrínseco da pessoa humana, sendo também designada por uma dimensão material. Nesta perspectiva, o Estado deve prover as condições básicas para que os indivíduos tenham vida digna. Tais condições pressupõem a existência de recursos públicos. Portanto, o desvio ou a malversação dos recursos públicos podem afetar o atendimento das demandas e necessidades essenciais dos indivíduos.

Secundus, a dignidade plasmada no âmbito da cidadania exige uma participação ativa do cidadão nos assuntos públicos. A base que identifica a dignidade da pessoa humana está designada no centro da natureza humana, sobretudo, no atributo de «pessoa» que se verifica também na dimensão intersubjetiva por meio do relacionamento com os demais numa simbiose de convivência cívica e comunitária.

Neste sentido, destaca-se o pensamento:

“É certamente exigência da sua própria dignidade de pessoa poderem os cidadãos tomar parte ativa na vida pública, embora a modalidade dessa participação dependa do grau de maturidade da nação a que pertencem. Desta possibilidade de participar da vida pública abrem-se às pessoas novos e vastos campos de ação fecunda. Assim um mais freqüente contato e diálogo entre funcionários e cidadãos proporciona àqueles um conhecimento mais exato das exigências objetivas do bem público”. Pio XII (‘Radiomensagem’ de 24-12-1942).

Nesta dimensão Häberle, aduz que a dignidade humana encontra-se ligada à cidadania interna estatal, constituindo a crescida e crescente (*gewachsene und wachsende*) biografia da relação Estado-cidadão.²⁵⁸

O autor dispõe sobre o reconhecimento da “igual dignidade humana dos outros” formado a partir da dogmática do enquadramento intersubjetivo da dignidade humana de cada um. A referência do próximo constitui integralmente conteúdo do enunciado jurídico-fundamental da dignidade humana (palavra-chave “co-humanidade comunicativa” – *kommunikative Mitmenschlichkeit*), sendo compreendida de modo científico-cultural na perspectiva geracional supra-individual: a conexão entre gerações institui uma comunidade responsável a qual o indivíduo não pode se subtrair.²⁵⁹

Neste sentido Ingo Wolfgang Sarlet conceitua a dignidade como uma qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra

²⁵⁸ O liame desta relação repousa, segundo o autor, na parcial justificação quando a dignidade humana é tida como bem-acabada auto-representação da personalidade individualmente constituída e apresentada como prestação pessoal do homem isolado, o que no caso do direito à autodeterminação informativa assume significado prático. Neste contexto, o conceito de identidade é compreendido em função da abertura daquela moldura orientadora da dignidade, num sentido amplo que abrange as condições de possibilidade sociais e jurídicas. HABERLE, Peter. “A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal.” *in: Dimensões da dignidade*. Coordenador: Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: livraria do Advogado. 2005. p.126.

²⁵⁹ HABERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento... ob.cit. p.127.

todo e qualquer ato de cunho degradantes e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.²⁶⁰

No último postulado deste conceito, verifica-se que dignidade a insere o indivíduo numa perspectiva voltada para participação ativa como co-responsável pela própria vida e dos demais membros da comunidade. Este âmbito também é identificado na fundamentalidade do direito à proteção do patrimônio público, tendo em vista que a defesa do patrimônio pressupõe esta dimensão da dignidade.

Habermas salienta que a justiça não deveria referir-se somente à distribuição, mas também às condições institucionais necessárias ao desenvolvimento e ao exercício das capacidades individuais, da comunicação e da cooperação coletiva.

Conforme destaca o autor, os direitos têm a ver com o fazer, mais do que com o ter, portanto, com relações sociais que autorizam a ação ou a exigem a força. Injustiça significa primariamente limitação da liberdade e atentado à dignidade humana. Ela pode, todavia, manifestar-se através de um prejuízo que priva os “oprimidos” e “submetidos” daquilo que os capacita a exercer sua autonomia privada e pública.²⁶¹

Neste contexto, as construções teóricas sobre dignidade humana são verificadas a partir do caráter “sociológico”, estabelecido por Niklas Luhmann, bem como o aspecto vislumbrado por Hasso Horfman, da dignidade como princípio constitucional de ordem “comunicacional” ou “relacional”, bem como as noções elaboradas por Habermas e Häberle identificam a dignidade num contexto de pluralidade e participação no espaço público.

²⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 73.

²⁶¹ Segundo ele, no quadro de tal concepção da justiça, a injustiça refere-se, em primeiro lugar, a duas formas inválidas de imposição: a opressão e a dominação. Se tais imposições incluem modelos distributivos, elas também incluem matérias que não seriam facilmente assimiladas à lógica da distribuição, a saber, os procedimentos de decisão, a divisão do trabalho e a cultura. Portanto, o erro do paradigma jurídico liberal e do Estado Social está na compreensão da constituição jurídica da liberdade como “distribuição” e a equiparam ao modelo de repartição igual de bens adquiridos ou recebidos. HABERMAS, Jürgen.ob.cit. p. 159/160.

A ideia retirada da consagração da dignidade como princípio jurídico de caráter axiológico e no âmbito de proteção está consagrada nos direitos que denotam a determinação dos valores radicados de seu núcleo normativo. Eles passam por um contexto de intersubjetividade que consiste numa via de dignidade respectiva, como a integridade física, a garantia dos fundamentos materiais da existência, a garantia de reserva de intimidade e privacidade, igualdade jurídica, desenvolvimento da personalidade.

Portanto, a dignidade da pessoa humana se funda numa dúplici perspectiva: ontológica e intersubjetiva que compreende o ser humano como «pessoa» dotada de uma qualidade intrínseca de valor que se relaciona com os demais seres no mesmo sentido. Tal esfera se distancia do caráter abstrato de ser humano, bem como da ideia de ser individual preconizada pelo liberalismo e pressupõe uma noção de um ser concreto e situado no âmbito de relacionamento inter pessoal numa visão cívica comunitária.

Neste sentido, Fernando Ferreira Santos ao constatar três concepções sobre a dignidade da pessoa humana – individualismo, transpersonalismo e personalismo – destaca a noção de dignidade na concepção personalíssima ao mencionar que ela busca a compatibilização entre as duas concepções (individualismo e transpersonalismo), pois aspira a inter relação entre os valores individuais e valores coletivos. Esta concepção realça a distinção entre indivíduo e pessoa, afastando a visão de individualismo ou homem abstrato, típico do liberalismo-burguês, e procura resgatar o valor da pessoa humana.²⁶²

A dignidade da pessoa humana pode ser considerada um dos conceitos com maior grau de indeterminação e vaguidade da ordem jurídica, mas é possível destacar um

²⁶² A primeira é baseada no entendimento de que cada homem, cuidando de seus interesses, protege e realiza de modo indireto, os interesses coletivos. Tal concepção é estabelecida a partir do marco característico do liberalismo ou individualismo-burguês, que considera os direitos como limitação a atividade estatal e, portanto, configurando como esferas de autonomia e de defesa. A segunda é caracterizada como realização suprema do bem coletivo, ou seja, oposta a primeira, voltada para o bem do todo e no caso, inexistindo harmonia entre o bem do indivíduo e o bem do todo, deve prevalecer os valores coletivos. Nesta perspectiva, nega-se a pessoa como valor supremo, sob o fundamento de que a dignidade da pessoa humana se realiza no coletivo. Na segunda concepção, conforme dispõe o autor é marcada pela visão socialista ou coletivista, sobre influencia marxista. A crítica surge de que os direitos sob o ponto de vista do liberalismo consiste num «egoísmo do homem, voltado para si mesmo e para seu interesse particular, em sua arbitrariedade privada e dissociada da comunidade». Já na terceira concepção, destaca-se a concepção de pessoa, sendo que a primazia pelo valor coletivo não pode sacrificar ou ferir o valor da pessoa. A análise segundo o autor parte da terminologia empregada por Miguel Reale. SANTOS, Fernando Ferreira dos. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Jus Navigandi, Teresina, a. 3, n.º 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=160>>. Acesso em: 10 nov. 2004.

conteúdo que sedimenta e cristaliza uma série de implicações no âmbito intersubjetivo. Tal caráter pode ser vislumbrado a partir da noção de cidadania que exige um processo inter relacional entre os cidadãos e uma participação destes nos processos decisórios que regem a vida comunitária.

Deste modo, Alávez Corral destaca que a cidadania consiste num processo jurídico jusfundamental de realização da dignidade da pessoa garantida pelo ordenamento, que permite mediante o uso de sua capacidade jurídica jusfundamental aceder à titularidade e exercício dos direitos fundamentais e mover-se entre seus distintos graus.²⁶³

Häberle assevera que as premissas da verdade do Estado constitucional em relação à dignidade da pessoa humana permanecem como uma base de orientação. A imagem da pessoa humana no Estado constitucional prevê um cidadão, ao qual a busca da verdade é possível, o qual necessita de verdades.²⁶⁴

Diante do exposto, pode-se afirmar que o direito à proteção ao patrimônio público econômico encontra-se radicado no postulado da dignidade da pessoa humana em três aspectos: i) na vertente ontológica, em que pressupõe a visão do ser humano como pessoa dotada de uma qualidade intrínseca; ii) na vertente instrumental ao conferir direitos vitais, materiais e espirituais, àquelas estão vinculadas aos recursos financeiros estatais, ou seja, à *res publica*; iii) na vertente intersubjetiva ao prever o caráter relacional da pessoa humana no âmbito da vida comunitária. Tal vertente está ligada a noção de cidadania e democracia, isto é, do cidadão como pessoa responsável, atuando na defesa do patrimônio público.

Portanto, a proteção do patrimônio público econômico encontra-se sua essência no postulado da dignidade da pessoa humana, sobretudo, na vertente intersubjetiva de «co-humanidade» (Häberle) que identifica a pessoa no seu *inter* comunicativo no âmbito social e cívico.

²⁶³ CORRAL, Benedito Alávez. Nacionalidad, ciudadanía y democracia. Madrid: Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006. p. 269.

²⁶⁴ HÄBERLE, Peter. Os problemas da verdade no estado constitucional. Trad. Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. Ed. 2008. p. 128.

1.3 A vinculação da fundamentalidade ao primado da liberdade

O termo «liberdade» desencadeia vários debates, desde os tempos remotos até a era contemporânea. Este é um dos temas que sempre causa uma intranquilidade discursiva.

Para Montesquieu não existe nenhuma outra palavra que tenha recebido significações tão diferentes e que de tão variadas maneiras tenha impressionado os espíritos que a palavra “liberdade”.²⁶⁵

No entanto, para tratar da liberdade como primado da «fundamentalidade» dos direitos é preciso tecer breves comentários sobre a liberdade natural, civil e a chamada liberdade cívica para, então, verificar no contexto da liberdade cívica o eixo fundamental do direito à proteção ao patrimônio público econômico.

1.3.1 A liberdade em diferentes contextos: natural, civil e cívica

A liberdade pode ser vislumbrada a partir do mundo da natureza e do mundo do artifício, conforme afirmaram os autores Hobbes, Rousseau e outros. A liberdade no mundo da natureza destaca-se como uma liberdade vinculada às leis da natureza. A liberdade no mundo do artifício consiste na liberdade vivenciada sob as relações com os outros e com o Estado.

Ao situar as necessidades e exigências radicais da natureza humana no fundamento antropológico dos direitos humanos, Perez Lunõ assevera que as coordenadas teóricas que movem o jusnaturalismo crítico propiciam o condicionamento mútuo da co-implicação entre liberdades e direitos sociais. A superação da fome, da enfermidade, da indigência e da ignorância supõe satisfazer necessidades radicais que atuam como *prius* para a satisfação efetiva de outras necessidades, não menos radicais,

²⁶⁵ O autor aduz que a liberdade filosófica consiste no exercício da própria vontade e já a liberdade política consiste na segurança. MONTESQUIEU. Do espírito das leis. São Paulo: Martin-Claret. 2006. p. 163.

as quais são as que emanam das diferentes manifestações das liberdades pessoais, civis e políticas.²⁶⁶

Skinner afirma que a liberdade é sempre uma relação estabelecida sobre tríade entre agentes, restrições e fins. Ter a presença de liberdade é falar sempre, em consequência, de uma ausência de restrições para que um agente realize algum objetivo ou fim.²⁶⁷

Para Hobbes a única forma de liberdade humana consiste na ausência de impedimentos externos e absolutos ao movimento. Enquanto os impedimentos intrínsecos tiram o poder, somente os impedimentos externos tiram a liberdade.²⁶⁸

Segundo Rousseau a liberdade civil emerge da limitação da liberdade natural em decorrência do contrato social. O autor ressalta que se poderia acrescentar à aquisição do estado civil uma liberdade moral, sendo a única que torna o homem verdadeiramente senhor de si mesmo, posto que o impulso apenas do apetite constitui a escravidão, e a obediência à lei a si mesmo prescrita é a liberdade.²⁶⁹

A liberdade segundo tal pensamento consiste na obediência à lei. A liberdade vinculada à ideia de direitos fundamentais surge com a noção de liberdade individual contra às ingerências do poder público, preconizada sob as raízes do modelo liberal.

²⁶⁶ LUÑO, Antônio E. Perez. Los derechos fundamentales. Temas clave de la Constitución española. Madrid: Tecnos. 2007. p. 208 ss.

²⁶⁷ SKINNER, Quentin. La libertad de las repúblicas: un tercer concepto de libertad? Revista de Filosofía Moral y Política. Madrid: ISEGORÍA. nº 33, diciembre 2005. p. 20.

²⁶⁸ Para Hobbes, abordar a questão do livre-arbítrio precisamos primeiro compreender que a liberdade consiste em movimento, e que qualquer coisa cujo movimento não está impedido é livre, de sorte que liberdade é ausência de impedimento ao movimento, e de qualquer coisa diz-se ser livre quando ela se move em uma direção particular, e quando seu movimento nessa direção não é impedido. SKINNER, Quentin. Hobbes e a liberdade republicana. Trad. Modesto Florenzano. São Paulo: Editora Unesp, 2010. p. 124 ss. Skinner explica esta posição no seguinte exemplo: Se aplicarmos a distinção entre liberdade formal e liberdade efetiva, chegamos a conclusão de que o homem cego é formalmente livre para ler, porque nada está interferindo em seu propósito. Pois não é efetivamente livre, porque não está em posição de ter uso de sua liberdade formal. SKINNER, Quentin. La libertad de las repúblicas: un tercer concepto de libertad? Revista de Filosofía Moral y Política. Madrid: ISEGORÍA. nº 33, diciembre 2005. p. 25.

²⁶⁹ Segundo o autor, para que não haja engano em suas compensações, é necessário distinguir a liberdade natural, limitada pelas forças do indivíduo, da liberdade civil que é limitada pela liberdade geral, e a posse, que não é senão o efeito da força ou do direito do primeiro ocupante, da propriedade, que só pode ser baseada num título positivo. ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social. ROUSSEAU, Jean Jacques. O contrato social. Trad. Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1989. p. 27ss.

Hannah Arendt ressalta que uma das características da ação humana é a de sempre iniciar algo novo, o que não significa que possa sempre partir *ab novo*, pois somos livres para reformar o mundo e começar algo novo sobre ele. A autora destaca que sem a liberdade mental nenhuma ação seria possível, tendo em vista que a ação é exatamente a substância de que é feita a política.

A autora destaca, em outra obra, a dificuldade em conceber o significado de liberdade devido à contradição entre nossa consciência e nossos princípios morais, que nos dizem que somos livres e, portanto, responsáveis, e a nossa experiência cotidiana no mundo externo, na qual nos orientamos em conformidade com o princípio da causalidade.²⁷⁰

Os traços da liberdade são configurados a partir da autonomia, do poder de escolha, da autodeterminação que se fixam na consciência da pessoa e nas experiências na vida social e comunitária. O pensamento de Hannah Arendt se traduz na ideia de liberdade no seio da ação política, ou seja, no mundo da vida pública.

Montesquieu assevera que a liberdade política, em um cidadão, é a tranquilidade de espírito que decorre da opinião que cada um tem de sua segurança. Segundo ele, não basta haver um tratado de liberdade política em sua relação com a constituição, devendo sempre ser apresentada sob o ponto de vista da relação que ela mantém com o cidadão.²⁷¹

Habermas dispõe que a liberdade política é vista sempre como a liberdade de um sujeito que se determina e se realiza a si mesmo, em que os termos autonomia e auto-realização são os conceitos-chaves para uma prática, cujo objetivo reside em si mesma, ou seja, na produção e reprodução de uma vida digna do homem.²⁷²

A liberdade consiste numa esfera de autonomia do ser humano, a partir da constatação da dimensão que vislumbra a pessoa como valor e fim em si. Portanto, pode-

²⁷⁰ ARENDT, Hannah. Entre o passado e o futuro. Trad. Mauro Brabosa. 7 ed. São Paulo: Perspectiva, 2011. p. 188ss e Crises da República. Trad.: José Volkman. São Paulo: Perspectiva, 2008. p. 15.

²⁷¹ O autor aduz que a liberdade filosófica consiste no exercício da própria vontade e já a liberdade política consiste na segurança. MONTESQUIEU. Do espírito das leis. São Paulo: Martin-Claret. 2006. p. 196.

²⁷² O autor menciona que uma política radicalmente intramundana entende-se como expressão e confirmação da liberdade que resulta simultaneamente da subjetividade do indivíduo e da soberania do povo. A teoria política abriga, desde o início, princípios individualistas, que privilegiam o indivíduo, e princípios coletivistas, que se concentram na nação. HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade, vol. II. Trad: Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 255.

se afirmar que ela consiste no reconhecimento da pessoa como sujeito capaz de produzir o sentido da sua própria vida, plasmada na ideia de autodeterminação.

No contexto histórico, desde suas raízes até os dias atuais, a autonomia é fundada no princípio da liberdade e consiste no poder reconhecido aos indivíduos de autoregulação dos seus interesses, de auto-governo da sua esfera jurídica. Desta forma, a autonomia da vontade emana do princípio da liberdade, tendo como pressuposto a livre atuação do indivíduo em relação aos atos praticados no âmbito do direito privado, como por exemplo, a liberdade contratual, a liberdade nas relações trabalhistas, enfim, todos os atos em que o indivíduo é livre para agir.²⁷³

Skinner ressalta que o sentido hobbesiano de liberdade parte da ideia de que não basta usufruir dos direitos e liberdades cívicas nos fatos, mas também é necessário usufruí-los de uma maneira particular.²⁷⁴

Deste modo, a liberdade neo-republicana não significa ausência ou detrimento da liberdade individual ou particular, mas a conjugação da liberdade individual e cívica. Não consiste em ausência de poder, mas existência de um poder que pode e deve ser fiscalizado e controlado, sobretudo, pelos cidadãos.

O discurso central da era contemporânea está baseado na liberdade individual vinculada à responsabilidade moral e ao compromisso para com a *res publica*, ou seja, a liberdade individual deve estar imbuída de uma solidariedade cívica, a partir de um dever de cidadania.

²⁷³ A autonomia da vontade encontra suas bases, sendo fortemente preconizada com o Estado Liberal. O código civil de Napoleão, promulgado em 1804, no art. 1.134, solenizava o papel da força geratriz do consentimento, dispondo que o contrato faz lei entre as partes. Com o surgimento do Estado prestacionista, a concepção de autonomia da vontade passa por um contexto de mitigação, sob fundamento da constatação de parte hipossuficiente nas relações contratuais, com o intuito de compensar e até mesmo resguardar, num sentido de dar equilíbrio as relações surge a delimitação da autonomia da vontade. Com o surgimento dos contratos finalísticos, a ideia da liberdade contratual aparece dominada pela estrutura de que o homem não pode ser utilizado como meio ou instrumento, mas como fim. No século XIX, em oposição a tal concepção, Savigny elabora a noção de que o poder conferido a cada pessoa permite o predomínio de sua vontade, e por conseguinte, caracteriza o direito subjetivo. Para ele, cada relação de direito é uma relação de pessoa para pessoa, determinada por uma regra de direito, e esta regra determinante dá a cada indivíduo um espaço onde a vontade reina independentemente de qualquer vontade estranha. NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O Direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. Jus Navigandi, Teresina, a. 4, n. 41, mai. 2000. Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=161> p. 09

²⁷⁴ O autor ainda ressalta que “os que afirmam só conseguimos realmente a forma de vida mais satisfatória, superamos as constringências e os obstáculos da realização completa do nosso potencial e deste modo realizaremos nosso ideal em nos outros mesmos. E viver tal vida nos liberta de tais constringências e a teremos por completo nos outros mesmos, nos tem completamente livres.” SKINNER, Quentin. Hobbes e a liberdade republicana. Trad. Modesto Florenzano. São Paulo: Editora Unesp, 2010. p. 193 ss.

1.3.2 A liberdade cívica como alicerce da fundamentalidade

A história demonstrou que foi longo e não isento de retrocessos, o caminho percorrido até o reconhecimento e a positivação dos direitos fundamentais que triunfaram devidas às novas exigências de tutela na passagem do homem abstrato para uma visão do homem individual. Surge, neste momento, a necessidade de se retomar a noção do homem coletivo, do cidadão participativo e responsável pela *res publica*.

Deste modo, Liszt Vieira menciona que a atitude contemporânea que parece prevalecer é a busca de uma estratégia para combinar o civil – direitos individuais – e o cívico – deveres para com o Estado, responsável pelo bem público. Tal perspectiva parte da premissa da combinação da “liberdade dos antigos” – participação política do homem público – com a “liberdade dos modernos” – direitos individuais do homem privado, para usar a expressão de Benjamin Constant.²⁷⁵

O cidadão das civilizações antigas tinha o dever e a responsabilidade para com a *res publica*, nisto estava centrado o exercício da liberdade. No contexto moderno, a liberdade teve um significado atrelado à liberdade individual, distante do sentido coletivo. Hoje, a liberdade cívica no âmbito da democracia participativa impõe uma proposta discursiva mediante a atuação, a participação e a responsabilidade do cidadão na defesa da *res publica*.

Alguns autores vinculam a liberdade à ideia de responsabilidade. Casalta Nabais ressalta a necessidade de se (re)erguer o primado da liberdade e de se (re)afirmar as ideias de responsabilidade, da limitação jusfundamental do poder, da fundamentalidade dos direitos e do caráter concreto das liberdades e dos bens essenciais à dignidade da pessoa humana. Ele sugere um efetivo combate pela qualidade do atual Estado de direito democrático e social, o que implica um (re)equilíbrio entre Estado de direito e Estado Social ou, em sede dos direitos fundamentais, entre os direitos clássicos e os direitos sociais.

²⁷⁵ VIEIRA, Liszt. Cidadania e Globalização. 8ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2005. p. 25.

Segundo ele, o combate deve passar pela (re)afirmação da liberdade como valor ordenador de todo o *campus jusfundamental* e pela convocação da correspondente responsabilidade. O autor conclui que todo o conjunto dos direitos fundamentais e, sobretudo os direitos de liberdade, não podem ser dissociados da correspondente responsabilidade. Por isso, não se pode esquecer, por um momento que seja, a permanente ligação entre as liberdades e a responsabilidade comunitária, pois somente numa comunidade pensada e organizada em termos de Estado os direitos fundamentais são susceptíveis de ser usufruídos plenamente.²⁷⁶

Neste sentido, a liberdade cívica concilia a liberdade individual e a liberdade política. Ela está centrada na responsabilidade do cidadão para com a *res publica*. Este é o alicerce do direito à proteção ao património público económico radicado no primado da liberdade.

1.4 A vinculação da fundamentalidade à noção tradicional de limite ao poder

O reconhecimento dos direitos fundamentais, sobretudo, dos direitos de liberdade emanou da necessidade de se impor limites ao Poder Público. Estes direitos estão alicerçadas na ideia de limitação estatal.

Portanto, o reconhecimento dos direitos contemporâneos devem estar centrados na noção tradicional e nos moldes originais, partindo da ideia de limitação do Poder Público.

1.4.1 Limites ao poder político na era contemporânea

Por longo tempo, os debates estiveram voltados à questão da legitimidade, do fundamento e exercício do poder. As indagações centravam-se na necessidade de

²⁷⁶ NABAIS, José Casalta. Por uma liberdade com responsabilidade. Estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Editora Coimbra. 2007. p. 121 ss.

justificar o poder, ao levar em consideração que este concede domínio a alguns homens e impõe obediência a outros.

A resposta foi buscada na forma da representação política que consiste no esquema organizatório-funcional amparado na eleição dos governantes por meio do qual se institui o exercício do poder. No entanto, esta resposta não foi suficiente para justificar o advento de Hitler e impedir o arbítrio do poder. Portanto, o discurso se volta para o problema de se limitar eficazmente o exercício do poder.

Vários mecanismos foram utilizados para limitar o poder dos governantes. Ressalta-se que foram instituídas, na ordem jurídico-política atual, algumas terminologias com prefixo ‘in’, sendo parte deste contexto: as incompatibilidades, inelegibilidades, impedimentos, condutas inapropriadas, entre outros.

É importante salientar que estes termos estão vinculados aos princípios – moralidade, impessoalidade, probidade, imparcialidade, dentre outros – contidos nas Constituições e especificados nas leis de diversos países, sendo também destacados pela doutrina e jurisprudência.

Os impedimentos, incompatibilidades e outros institutos semelhantes estão inseridos na perspectiva do combate a corrupção, na medida em que a regulamentação daqueles gera prevenção quanto à configuração desta.

A respeito das incompatibilidades, Canotilho assevera que se trata de impedir o exercício de atividades privadas que, pela sua natureza ou pelo empenhamento que exijam, possam conflitar com a dedicação ao interesse público ou com o próprio cumprimento dos horários e tarefas da função pública. Assim, as incompatibilidades não limitam o acesso a determinado cargo público, mas impedem o seu exercício simultâneo com outro com o qual seja incompatível.²⁷⁷

Portanto, os limites ao poder político decorrem da peculiaridade do afazer político consistente na função de direção da *res publica*, voltada primordialmente à prossecução do interesse público e demais tarefas decorrentes deste exercício.

²⁷⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes e Vital Moreira. Constituição da República Portuguesa anotada – arts. 1º ao 107º. Vol I. Coimbra editora, 2007. p. 948.

No entanto, a limitação – incompatibilidades, inelegibilidades, impedimentos e demais termos gerados pelos prefixos ‘in’ – deve ser balanceada e moderada sob pena de sufocar a «discrecionabilidade de decisão» ou a «liberdade de atuação» inerente ao exercício da função política soberana.

1.4.2 Limites ao poder público no (neo)republicanismo democrático

A responsabilidade dos governantes coloca-se como primazia no sistema constitucional de poderes limitados em detrimento da ideia de irresponsabilidade antes proclamada na premissa «the King can do no wrong» dos regimes anteriores.

Por esta razão, a essência da forma republicana está identificada na existência de um esquema organizatório de controle e fiscalização jurídico-constitucional do poder, centrada na ideia de «antiprivilégio».

O princípio da imputação da responsabilidade política ampara-se nos princípios estruturantes do Estado de Direito Democrático, no princípio da separação dos poderes, no sistema de controles jurídico-políticos de cariz inter-orgânico, bem como na máxima dos freios e contrapesos.

Deste modo, Paulo Cunha assevera que em todos os poderes deve existir um poder independente a controlar outro poder independente. Trata-se de uma independência interdependente, porque estão sujeitos a controle.²⁷⁸

Nesta dimensão, a responsabilidade política é um mecanismo indispensável ao regime republicano democrático. Ela atua como limite jurídico à governação e como antítese ao poder arbitrário.

Portanto, a problemática desponta várias temáticas a serem enfrentadas no discurso contemporâneo, o que demonstra o caráter preponderante de se (re)definir conceitos jurídico-políticos, vinculados à limitação da discrecionabilidade do poder, à responsabilidade dos governantes e à adequação das instituições políticas.

²⁷⁸ CUNHA, Paulo Ferreira da. *Valores e Virtudes no Aprofundamento do Estado de Direito*. In: POLIS. Revista de Estudos Jurídico-Políticos nº17 (2008). p. 62.

Neste contexto, pode-se afirmar que o direito à proteção ao patrimônio público econômico é um direito contra os arbítrios do Poder Público e as ingerências e desvios de recursos cometidos pelos agentes públicos. O caráter fundamental está vinculado à limitação do poder estatal e do estrito cumprimento do dever público.

1.5 O «dever» como um atributo reforçador da «fundamentalidade»

Vieira de Andrade ressalta que a concepção dos direitos fundamentais como poderes individuais contra o Estado não seria, de fato, suficiente nem adequada para exprimir juridicamente as relações entre os cidadãos e os poderes públicos: àqueles não caberiam apenas direitos nem a estes meros deveres.²⁷⁹

Diante desta afirmativa, a noção de dever torna-se um atributo reforçador da «fundamentalidade». Com intuito de intensificar o caráter fundamental do direito à proteção do patrimônio público econômico o dever deve ser inserido neste contexto.

Em decorrência da profusão do reconhecimento dos direitos fundamentais, da incidência de riscos contemporâneos advindos das ações humanas e da necessidade de se retomar o debate sobre a responsabilidade mediante as consequências maléficas dessas ações surge um discurso secularizado a respeito da observância dos deveres.

Neste sentido, pode-se afirmar que se os últimos séculos foram propícios ao reconhecimento e à efetivação dos direitos, o século que se iniciou deve estar centrado nos deveres e responsabilidades correspondentes a tais direitos.

O discurso dos deveres está centrado na responsabilidade do indivíduo em vários domínios econômico, social e cultural. No entanto, é no campo político que a noção de dever impera como atributo do cidadão, sendo plasmado na ideia da democracia e na participação ativa na vida pública.

De fato, a concepção dos deveres do indivíduo perante a comunidade não é nova. Conforme visto, a noção de dever cívico já estava presente nas *polis* gregas. O exercício da cidadania grega era vinculada a um dever de participar da cidade, ou seja, de ter uma

²⁷⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 3ª ed. Coimbra: Almedina. 2004. p. 160.

vida na qual todos se tornavam entes iguais e participantes de um mesmo espaço na tomada das decisões políticas e nos demais cumprimentos dos deveres cívicos indispensáveis à vida coletiva.

Tempos depois, a noção de dever foi deixada de lado. Casalta Nabais dispõe que o esquecimento dos deveres fundamentais não somente culmina com a «era dos direitos» iniciada com a Revolução Francesa, mas consiste numa expressão mais ampla de responsabilidade comunitária. No mesmo sentido, Castanheira Neves dispõe sobre a «hipertrofia» da responsabilidade (cós mica, política, social, jurídica, etc). Ele aduz que os homens não se sentem responsáveis e sofrem sempre com um golpe aleatório ao verem-se responsabilizados em vez de poderem invocar a dissolução da sua responsabilidade pela transferência para a irresponsabilização de uma socialização total.²⁸⁰

Hannah Arendt ao mencionar sobre o conflito entre o “homem bom” e o “bom cidadão”, entre o indivíduo em si e o membro da comunidade, dispõe que Thoreau estava exposto ao assalto da irresponsabilidade, por dizer que “não era responsável pelo bom funcionamento do mecanismo da sociedade”. Neste âmbito a irresponsabilidade está presente nas deliberações da consciência não são somente apolíticas, mas também nas expressões puramente subjetivas.

A autora verifica a necessidade de conjugar o “homem bom” e o “homem cidadão” ao afirmar que cada pessoa é, ao mesmo tempo, seu próprio senhor e seu próprio escravo, tendo em vista o conflito original entre o cidadão, relacionado com o bem público, e o eu, que persegue sua felicidade particular.²⁸¹

Este contexto delineado pela irresponsabilidade, pelo subjetivismo, pelo individualismo extremado ou pela falta de compromisso e de dever cívico gerou uma

²⁸⁰ Segundo Casalta Nabais, o esquecimento de que os deveres fundamentais foram objeto na Europa ocidental do segundo pós-guerra explica-se basicamente com a preocupação, senão mesmo obsessão, de instaurar regimes constitucionais que, de uma vez por todas, dessem predominância clara e efetiva aos direitos fundamentais, que os regimes totalitários e autoritários haviam postergado a favor dos deveres fundamentais, que polarizaram, quando não monopolizaram totalmente, o estatuto constitucional dos cidadãos. NABAIS, José Casalta. Por uma liberdade com responsabilidade. Estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Editora Coimbra. 2007. p. 108ss.

²⁸¹ ARENDT, Hannah. Crises da República. Trad.: José Volkmann. São Paulo: Perspectiva, 2008. p. 59 ss.

situação insustentável em vários âmbitos, principalmente, na esfera jurídico-política marcada pela era moderna.

O resgate dos deveres não deve estar pautado por uma relação de subordinação ou de dominação do indivíduo perante o Estado, mas por uma relação de confiança e responsabilidade baseada na premissa da participação ativa do cidadão nos domínios públicos e comunitários.

É neste sentido que Casalta Nabais afirma a necessidade de uma adequada (re)convocação dos deveres fundamentais enquanto expressão da imprescindível responsabilidade comunitária dos indivíduos.²⁸²

1.5.1 A retomada dos deveres cívicos na cidadania contemporânea

A retomada dos deveres e das responsabilidades é um assunto de pauta nos discursos contemporâneos. Tal ideia está plasmada na necessidade de se retomar a liberdade responsável. Na esfera jurídico-política a responsabilidade e os deveres são considerados, segundo parte da doutrina neo-republicana, atributos da cidadania.

Maria Bendita Urbano assevera que os principais atributos da cidadania segundo o pensamento republicano são: a responsabilidade e o compromisso. A cidadania é uma prática, uma atividade à qual está associada um conjunto de deveres, obrigações e responsabilidades.

Os deveres, as obrigações e as responsabilidades estão inseridos nesta concepção de cidadania. A autora menciona que a comunidade ou a República devem ser defendidas contra quem a ameaça, daí o serviço militar obrigatório ser um dos deveres de cidadania; a comunidade deve assegurar a sua própria continuidade, daí que a educação dos jovens

²⁸² Segundo Casalta Nabais, o esquecimento de que os deveres fundamentais foram objeto na Europa ocidental do segundo pós-guerra explica-se basicamente com a preocupação, senão mesmo obsessão, de instaurar regimes constitucionais que, de uma vez por todas, dessem predominância clara e efetiva aos direitos fundamentais, que os regimes totalitários e autoritários haviam postergado a favor dos deveres fundamentais, que polarizaram, quando não monopolizaram totalmente, o estatuto constitucional dos cidadãos. NABAIS, José Casalta. Por uma liberdade com responsabilidade. Estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Editora Coimbra. 2007. p. 108ss.

seja um dever de cidadania; a comunidade deve preservar os recursos naturais, daí as responsabilidades e os deveres em matéria ambiental.

Neste aspecto, a autora menciona duas importantes observações a respeito dos deveres, obrigações e responsabilidades: a) primeiro, não cumpri-los é deixar de ser cidadão, isto é, a condição de cidadão implica um ativismo cívico, o qual se consubstancia na assunção desses deveres; b) segundo, o âmbito dos deveres é amplo e contempla não somente os deveres concretos, mas também a responsabilidade pela manutenção da identidade e da continuidade da comunidade política.²⁸³

Esta análise ressalta um caráter peculiar da cidadania que consiste no dever do cidadão que, por sua vez, implica um ativismo cívico e uma responsabilidade em relação a comunidade. Portanto, o dever é o atributo, por excelência, da cidadania e importa numa participação ativa e contínua do cidadão na vida comunitária.

Neste âmbito de identidade ou continuidade da comunidade política é importante frisar o pensamento de Putnam ao afirmar que nas comunidades com alto grau de civismo e cooperação, os cidadãos querem um bom governo e (em parte pelos seus próprios esforços) conseguem tê-lo. Eles exigem serviços públicos mais eficazes e estão dispostos a agir coletivamente para alcançar seus objetivos comuns. Já os cidadãos das regiões menos cívicas (referindo-se aos resultados da sua pesquisa nas diversas regiões da Itália), costumam assumir o papel de suplicantes e alienados.²⁸⁴

1.5.2 Os direitos e os deveres na vida comunitária

Conforme verificado, a ideia de dever está centrada na noção de cidadania ativa associada a responsabilidade dos cidadãos para com a *res publica*. Neste sentido, Chevallier dispõe que a cidadania implica também num certo modelo de relações entre o indivíduo e a coletividade sustentada pela força moral do civismo que se encontra fundada sobre um equilíbrio complexo de direitos e deveres. Ela passa pelo reconhecimento da

²⁸³ URBANO, Maria Benedita Malaquias Pires. Cidadania para uma democracia ética. In: Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra: Universidade de Coimbra. Vol. LXXXIII. p. 526ss.

²⁸⁴ PUTNAM, Robert D. Comunidade e Democracia: a experiência da Itália moderna. Rio de Janeiro: Editora de Fundação Getúlio Vargas, 1996.

singularidade de cada um, mas também pela adesão a valores comuns sobre os quais repousa a existência da coletividade.²⁸⁵

O equilíbrio e a unidade da vida comunitária, diante da pluralidade e da diversidade presentes no seio social, serão possíveis mediante o alcance da consciência sobre a necessidade da partilha comum de valores, da responsabilidade e dos deveres para com a defesa da coisa pública. Tais elementos são configurados as vigas mestres da cidadania.

Os deveres são elementos da cidadania. Habermas dispõe que, hoje em dia, as expressões “cidadania” ou “citizenship” são empregadas, não apenas para definir a pertença a uma determinada organização estatal, mas também para caracterizar os direitos e deveres dos cidadãos.²⁸⁶

Deste modo, os direitos e os deveres dos cidadãos são elementos configuradores da cidadania no contexto contemporâneo. Há uma correlação entre tais direitos e deveres do cidadão no âmbito da vida comunitária.

Alávez Corral destaca a importância funcional da cidadania no sentido da heterogeneidade dos destinatários de ditos deveres e a diversa intensidade de seu cumprimento. Assim, eles são dependentes, em último extremo, da valoração que realize o ordenamento jurídico dos meios necessários para a garantia e manutenção dos direitos de cidadania, como por exemplo: a disponibilidade pessoal, prestações econômicas, participação política, atitude de respeito a eficácia do ordenamento, entre outros.²⁸⁷

²⁸⁵ O autor ainda dispõe que a cidadania não poderia então nesse momento ser definida a partir apenas dos textos jurídicos que fixam alguns de seus atributos: ela evoca uma realidade mais difusa e mais profunda: atingindo as próprias raízes da identidade individual e coletiva; a cidadania apresenta-se como um estatuto, mais ou menos interiorizado por cada qual ao termo de um processo de aprendizado, que fixa as modalidades e as formas de pertinência ao grupo de referência. CHEVALLIER, Jacques. O Estado Pós-moderno. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 234 ss

²⁸⁶ HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade, vol. II. Trad: Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 285.

²⁸⁷ Segundo o autor, os deveres de cidadania atuam basicamente no âmbito dos meios econômicos necessários para sustentar o monopólio regulador do uso da força do Estado (deveres tributários e militares), no âmbito da disponibilidade pessoal de respeito aos princípios estruturantes essenciais para articular o marco da cidadania (dever de lealdade), e no âmbito da impregnação dos súditos pelo ethos e o demos constitucional para lograr a mínima coesão social necessária (dever de escolarização). Certamente, na determinação desta importância desempenha um papel relevante no modo em que o texto constitucional os tem positivado e o legislador os tem concretizado e desenvolvidos mais ou menos dentro do marco aberto das opções políticas diversas, por sua análise histórico-funcional no Estado social e democrático de direito põe em relevo a tendencial importância destes deveres com preferência sobre os outros. CORRAL,

Portanto, o autor dispõe que no sentido funcional a realização da cidadania está vinculada ao cumprimento dos deveres. No entanto, o autor destaca que tal cumprimento depende da valorização dos meios da realização do ordenamento jurídico para a manutenção dos direitos cívicos, sendo necessários alguns instrumentos ou mecanismos que permitam a disponibilidade pessoal e a participação social.

Desta forma, verifica-se uma correlação entre direitos e deveres de cidadania, sobretudo, na questão da participação ativa do cidadão na vida comunitária. Assim, tais deveres exigem uma postura ativa do cidadão em relação à tutela da coisa pública.

É neste sentido, sobretudo, noção de equilíbrio estabelecido entre direitos e deveres que se vislumbra o dever como atributo da «fundamentalidade» do direito à proteção ao patrimônio público econômico sob os ditames da cidadania contemporânea que realça a responsabilidade e a participação do cidadão na vida pública.

Neste sentido, pode-se ampliar o rol ao considerar a defesa do patrimônio público econômico contra ingerências privadas, desvios de recursos públicos, atos de corrupção e todo tipo de violação sobre esse bem. Tal perspectiva impõe um dever ao cidadão de tutelar, nos diferentes contextos, a *res publica*. Não se trata de mera faculdade ou direito, mas de um direito-dever que se encontra alicerçado ao conceito de cidadania contemporânea.

2. Os princípios fundantes do direito fundamental à proteção do patrimônio público econômico

Ao lado do requisito da «fundamentalidade» dos direitos é necessário analisar alguns princípios que fundam e constituem a essência do direito fundamental à proteção ao patrimônio público econômico.

Benedito Alávez. Nacionalidad, ciudadanía y democracia. Madrid: Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006. p. 251 ss.

No sentido etimológico, o termo “princípio” advém do latim *principium*. Segundo o dicionário Aurélio o termo contempla a aceção de movimento ou local em que algo tem origem; começo; causa primária (...). Na dedução, a proposição que lhe serve de base, ainda que de modo provisório, e cuja verdade não é questionada (...).²⁸⁸

Neste sentido, o termo “princípio” expressa algo inicial ou causa primária, que contempla a essência de alguma coisa, sendo seu fundamento ou alicerce. Não se verifica redundância ao mencionar princípios fundantes, uma vez que tal designação serve para identificar os princípios basilares que constituem o fundamento e a essência de outros princípios.

No sistema jurídico, os princípios têm suma importância, sobretudo, no âmbito constitucional. Os princípios são vigas-mestras da Constituição. Conforme destacado no capítulo anterior, eles são espécies de normas e possuem alto grau de abstração e generalidade, sendo diferentes das regras. Alguns princípios são configurados como princípios norteadores de todo o sistema jurídico-político constitucional, sendo considerados princípios estruturantes da ordem constitucional.

Canotilho expõe que a constituição é formada por regras e princípios de diferentes graus de concretização (=densidade semântica) a partir de um sistema interno assente em princípios estruturantes fundamentais, subprincípios e regras constitucionais concretizadores destes princípios.

Deste modo, o autor dispõe sobre os princípios estruturantes, constitutivos e indicativos das ideias diretivas básicas de toda a ordem constitucional. Tais princípios são, segundo o autor, traves-mestras jurídico-constitucionais do estatuto jurídico do político, compreendendo: o princípio do Estado de direito; o princípio democrático e o princípio republicano.²⁸⁹

Neste sentido, pode-se mencionar que os princípios estruturantes são princípios orientadores de todo o ordenamento jurídico e dos comandos políticos, formando uma base de sustentação, fundamentação e vinculação de todo o arcabouço da Constituição.

²⁸⁸ Etimologia da palavra disponível in: <http://houaiss.uol.com.br> . quanto ao significado ver Ferreira, Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa. 3ªed. São Paulo: positivo, 2004.

²⁸⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Lisboa: Almedina. 7ª ed. 2009. p. 1173ss.

Diante desta perspectiva, verifica-se que estes princípios estruturantes da ordem constitucional também podem ser configurados como princípios fundantes dos direitos fundamentais, tendo em vista sua função de conduzir, sistematizar, consagrar e consolidar o esquema jurídico-garantístico. Desta forma, os direitos fundamentais exprimem a noção identificadora da ordem constitucional em que foram fundados e, sobretudo, legitimam a observância e a concretização dos princípios estruturantes. Ressalta-se, portanto, uma vinculação intrínseca que se verifica na base fundante dos direitos fundamentais e na ordem constitucional identificada nos princípios estruturantes.

É imprescindível para o reconhecimento de um direito fundamental a delimitação dos princípios estruturantes da ordem constitucional na sua identificação como princípios fundantes dos direitos fundamentais.

No tocante à tipologia dos princípios, Canotilho menciona os seguintes tipos de princípios: *os princípios jurídicos fundamentais* que consiste nos princípios historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional; *os princípios políticos constitucionalmente conformadores* que se configuram como princípios que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte; e, *os princípios-garantia* que são os princípios que visam instituir direta e imediatamente uma garantia dos cidadãos.²⁹⁰

Convém ressaltar que, além da tipologia, existem distintas dimensões dos princípios: estruturante, fundante, interpretativa, orientadora, supletiva, integrativa, diretiva, limitativa, entre outras. Importa, neste momento, destacar a dimensão fundante dos princípios que fundam o direito à proteção do patrimônio público econômico.

Portanto, os seguintes princípios serão analisados: a) o princípio do Estado de Direito; b) o princípio da dignidade da pessoa humana; c) o princípio democrático; d) o princípio republicano; e) o princípio da separação dos poderes; e, f) os subprincípios da moralidade, responsabilidade e sustentabilidade.

²⁹⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Lisboa: Almedina. 7ª ed. 2009. p. 1165 ss.

2.1 O princípio do Estado de Direito

O princípio do Estado de Direito configurou-se como um divisor de águas entre o Estado absolutista e o Estado alicerçado e limitado pelo direito. A sujeição do Estado à lei implicou numa mudança paradigmática por meio da mudança do domínio real pelo domínio justificado e delimitado pela lei.

Canotilho expõe que houve a “domesticação do domínio político” pelo direito. O autor afirma que o Estado de Direito é constitutivo de preceitos jurídicos, sendo definido por um conjunto de regras e princípios que identificam a ideia de sujeição do poder ao sistema jurídico, garantindo aos cidadãos liberdade, igualdade e segurança.

A noção de limitação do poder político surge com a Carta Magna de 1215. Esta noção está presente nas esferas atuais que consiste na sujeição do Estado às Constituições democráticas. Na fase absolutista a autoridade estatal era dotada de poderes absolutos, ilimitados e incontestáveis, tendo como premissa os postulados “*the king can do no wrong*”; “*lê roi ne peut mal faire*”. A antiga teoria da intangibilidade do soberano não se configurou compatível com a consequência lógica e inevitável que está alicerçada à noção de Estado de Direito.

Ao longo dos tempos, a intervenção do Estado na esfera privada foi a problemática que se destacou no âmbito da relação do Estado e indivíduo. Verifica-se que os modelos constitutivos do Estado foram delineados, sobretudo, a partir da análise da intervenção estatal na esfera privada (Estado liberal, Estado social, entre outros).

Neste domínio o papel do direito na limitação e delimitação da intervenção do Estado configurou uma característica peculiar do Estado de Direito. Deste modo, pode-se afirmar que o Estado pode intervir, por meio do direito, na esfera privada. No Estado de Direito tal intervenção é, ao mesmo tempo, justificada e limitada pelo próprio Direito.

O princípio do Estado de Direito está alicerçado, principalmente, em duas premissas básicas, a saber: a) o Estado é limitado pelo Direito, por sua vez, o direito restringe a intervenção do poder público na esfera privada (Estado da razão, limitado em nome da autodeterminação da pessoa - Canotilho); b) por outro lado, o Direito é utilizado como instrumento de legitimação para intervenção do Estado na esfera privada.

Portanto, a intervenção do Estado está consolidada por um conjunto de regras e princípios que, por um lado, justificam a necessidade de intervenção e, por outro lado, estabelecem limites ao poder interventor. Tais regras e princípios estão inseridas no sistema de direitos e garantias dos indivíduos.

Neste sentido, Jorge Reis Novais dispõe que o princípio do Estado de Direito, em sentido estrito, pressupõe a dimensão garantista e defensiva que se traduz na garantia dos direitos e liberdades fundamentais e na segurança jurídica. Desta forma, a garantia dos direitos fundamentais vem implicada na necessidade de uma atuação positiva destinada, não apenas à sua proteção e ao reconhecimento do seu efeito irradiante, mas também de condições objetivas possibilitadoras de um exercício efetivo em condições de igualdade real entre seus titulares. Estes, por sua vez, estão vinculados ao desenvolvimento correspondente de ação política transformadora, em que o Estado é obrigado a buscar a realização desses valores.

Portanto, o autor expõe um sentido mais amplo do princípio do Estado de Direito ao desenvolver a ideia da dimensão garantista que vai além da proteção da liberdade individual, pois visa proteger as exigências diferenciadas sobre a atuação do Estado que, de alguma forma, possa afetar os particulares. Segundo ele, tais exigências traduzem em princípios jurídicos que, enquanto concretizações da ideia e do princípio de Estado de Direito, funcionam como limites da atuação estatal e constituem parâmetros de avaliação da constitucionalidade dos atos dos poderes públicos.

Ao final, ele aborda alguns desses subprincípios jurídicos concretizadores do princípio do Estado de Direito que são: o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade, o princípio da proibição do excesso, o princípio da segurança jurídica e o princípio da proteção da confiança.²⁹¹

Para além da noção de justificação e limitação do poder, pode-se destacar que o princípio do Estado de Direito pressupõe um sistema estrutural e racional do funcionamento do Estado. Os esquemas essenciais do poder são vinculados à uma organização racional e sistemática baseadas na vontade do povo.

²⁹¹ NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa. Coimbra Editora. 2004. p. 49 ss.

Canotilho assevera que as razões do governo devem ser razões públicas que tornem patente o consentimento do povo em ser governado em determinadas condições e que o governo justificado é aquele que cumpre obrigação jurídico-constitucional de governar segundo as leis dotadas de unidades, publicidade, durabilidade e antecedência.²⁹²

O princípio do Estado de direito configura-se, portanto, como um princípio fundante do direito à proteção do patrimônio público econômico, uma vez que se impõe como um princípio estruturante de normas que justificam e limitam o poder público.

A necessidade de justificação e limitação do poder estatal estão alicerçadas à noção jurídico-constitucional de garantias e liberdades dos indivíduos. Dentre tais garantias e direitos, estão configuradas as obrigações do Estado quanto ao reconhecimento, à concretização e à efetivação dos direitos fundamentais.

A proteção da *res publica*, em sentido estrito, funda-se neste modelo de Estado justamente por causa da limitação do poder estatal e no direcionamento do aparato estatal na busca dos interesses públicos. Todos os atos do poder público contrários aos interesses públicos e aos fins especificados e delineados no sistema jurídico são violadores do princípio do Estado de direito.

2.2 O princípio da dignidade da pessoa humana

O aspecto de extrema importância no tocante ao princípio dignidade humana reside no seu caráter multifuncional, ou seja, desempenha diversas funções, caracterizadas pelo relevo axiológico que lhe é conferido.

Este princípio, ora desempenha a função normogénica (Mac Crorie), ao gerar outras regras ou princípios, ora atua como princípio fundamental, sendo invocado ao lado de outros princípios fundamentais. Às vezes, funciona como critério de interpretação ou de integração de normas, ou até mesmo é utilizado como fonte diretamente aplicável.²⁹³

²⁹² CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Lisboa: Almedina. 7ª ed. 2009. p. 156 ss.

²⁹³ A autora Benedita Mac Crorie desenvolveu uma pesquisa acerca da utilização do princípio da dignidade da pessoa humana pelo Tribunal Constitucional e, neste trabalho discorreu sobre a multifuncionalidade do

Outras vezes, funciona, em ultima *ratio*, como princípio delimitador ao restringir outros direitos.

Diante do exposto sobre a dignidade como elemento do caráter fundamental do direito à proteção do patrimônio público econômico e por toda exposição do estudo, importa abordar, de forma breve, o princípio da dignidade na função normogênica.

O princípio da dignidade humana atua como “alfa e ômega”, pois se caracteriza como fonte jurídico-positiva e valor que atrai a realização dos sistemas dos direitos fundamentais. Neste sentido, Rizzato Nunes dispõe que “a dignidade é o primeiro fundamento posto e o último arcabouço da guarda dos direitos individuais”.²⁹⁴

Desta forma, tal princípio possui uma relação de sentido, valor e concordância prática com os direitos fundamentais, constituindo substrato da unidade sistêmica, uma vez que visa definir e garantir a posição do homem concreto na sociedade.

A dignidade da pessoa humana é, segundo Fernando Santos, o núcleo essencial dos direitos fundamentais, a “fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais”, a fonte ética por conferir unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais e o “valor que atrai a realização dos direitos fundamentais”.²⁹⁵

Ingo Salert expõe sobre o grau de intensidade que existe na vinculação da dignidade humana com os direitos fundamentais, ao afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana atua como elemento fundante e informador de todos os direitos e garantias fundamentais da Constituição – o que condiz com a sua função como princípio fundamental.²⁹⁶

princípio, porém não mencionou a última hipótese. No presente trabalho, apesar de não encontrarmos nenhuma doutrina que se refira expressamente neste sentido, vislumbraremos a função da dignidade como princípio delimitador, uma vez que do decorrer dos estudos, surgiu tal questionamento e faremos a abordagem fundamentando toda concepção. “O recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana na Jurisprudência do Tribunal Constitucional”. in: Estudos em comemoração do 10º aniversário da licenciatura em direito da universidade do Minho. Almedina, 2004. p. 155-164.

²⁹⁴ NUNES, Luiz Antônio Rizzato. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 45.

²⁹⁵ SANTOS, Fernando Ferreira dos. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Jus Navigandi, Teresina, a. 3, n.º 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=160>>. Acesso em: 10 nov. 2004.

²⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1998*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 82.

Häberle expõe que os direitos fundamentais são interpretados à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como em relação aos seus limites. A dignidade pessoal, no que tange às degradações fáticas praticadas pela própria pessoa individual, é valorada como indisponível, sendo rejeitadas interpretações excessivamente extensivas.²⁹⁷

A existência de uma relação intrínseca entre o princípio da dignidade humana e os direitos fundamentais é pautada na configuração da dignidade como elemento gerador, permitindo também, em alguns casos, sua invocação como princípio delimitador de tais direitos.

Neste sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana é, por excelência, o princípio fundante dos direitos fundamentais. Portanto, a dignidade é configurada como princípio fundante do direito fundamental à proteção do patrimônio público econômico, sobretudo, na dimensão normogenética.

2.3 O princípio democrático

O princípio democrático constitui o parâmetro sob o qual se estabelece as bases e as diretrizes do Estado Democrático de Direito, tendo em vista que tal princípio rege e define o modo em que se dará a soberania, a titularidade do poder e a forma de exercício deste poder.

Neste sentido, o Estado baseado no princípio democrático é configurado como um Estado em que o titular do poder é o povo e que a forma de exercício se dará, regra geral, por meio da representação. Nesse domínio, a soberania popular tem um papel relevante na vinculação da titularidade do poder ao povo. Tal vinculação era entendida como uma transferência ou limitação do poder soberano do príncipe.

Rousseau centra-se na ideia de soberania popular como uma soberania a partir da vontade geral, ao descrever o pacto social em que os indivíduos configuram-se membros

²⁹⁷ HÄBERLE, Peter. *A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal*. in: *Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Editora: livraria do advogado. Porto Alegre. 2005. p.115/116.

do corpo coletivo, sendo que o Estado ou a cidade só constitui uma pessoa moral, cuja vida consiste na união de seus membros.²⁹⁸

Habermas dispõe sobre as manifestas contradições inseridas no conceito de soberania popular, principalmente, no que tange ao caminho da institucionalização jurídica da participação igualitária de todas as pessoas na formação da vontade política. Deste modo, o autor propõe a reinterpretação do princípio da soberania do povo a partir das manifestações sob as condições discursivas de um processo diferenciado de formação de opinião e da vontade.

O autor parte da teoria do discurso no sentido de transformar os destinatários da legislação em autores de seus direitos. Nas condições formais para a institucionalização jurídica desse tipo de formação discursiva da opinião e da vontade em que a soberania do povo assume figura jurídica.²⁹⁹

Desta forma, o princípio democrático revela a importância e o núcleo central da soberania popular que consiste não somente num modo de formalização do poder, mas no predomínio do povo na formação da vontade que deve reger o Estado.

Canotilho esclarece a afirmativa consistente na premissa de que o povo é o titular da soberania ou do poder, considerada sob dois aspectos: 1) de forma negativa, em que o poder do povo distingue-se de outras formas de domínios não populares (monarca, casta e classe), e; 2) de forma positiva, que consiste na necessidade de uma legitimação democrática efetiva para o exercício do poder, pois o povo é o titular do poder e o ponto de referência dessa legitimação (ela vem do povo e a este deve reconduzir).

O autor destaca, ainda, algumas características da soberania popular ao ressaltar que ela é eficaz e vinculativa no âmbito de uma ordem constitucional materialmente informada pelos princípios da liberdade política, da igualdade dos cidadãos, de

²⁹⁸ O autor dispõe ainda que a natureza dá a cada homem um poder absoluto sobre todos os seus membros, dá o pacto social ao corpo político um poder absoluto sobre todos os seus, e é esse mesmo poder que, dirigido pela vontade geral, recebe, como eu disse, o nome de soberania. ROUSSEAU, Jean-Jacques. O contrato social. Disponível in: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv00014a.pdf>

²⁹⁹ HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade, vol. II. Trad: Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 256 ss e Vol. I, p. 139.

organização plural de interesses politicamente relevantes e procedimentalmente dotada de instrumentos garantidores da operacionalidade prática deste princípio.³⁰⁰

Portanto, o princípio democrático tem como paradigma primordial a vinculação do poder à vontade do povo garantida por meio de vários procedimentos descritos na Constituição. O princípio estabelece o regime e o exercício jurídico do poder na forma de representação assente na legitimidade e/ou legitimação deste poder.

Canotilho, ao analisar o princípio democrático como norma jurídica constitucionalmente positivada dispõe que se trata de um princípio jurídico-constitucional com dimensões materiais e organizativo-procedimentais. Segundo o autor, a Constituição respondeu os desafios da legitimidade-legitimação ao conformar normativamente o princípio democrático como forma de vida, forma de racionalização do processo político e como forma de legitimação do poder.³⁰¹

No discurso contemporâneo alguns mecanismos de participação social são inseridos nos processos decisórios, sobretudo, nas decisões jurídico-políticas, dando um novo contorno ao princípio democrático.

Este novo paradigma está centrado na democracia participativa que consiste, segundo Canotilho, na estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efetivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer o controle crítico na divergência de opiniões, produzir o inptus políticos democráticos. Este sentido participativo aponta para o exercício democrático do poder.

Portanto, o discurso contemporâneo vislumbra a democracia participativa ao lado da democracia representativa. Tal dialética afasta uma visão limitada do conceito de democracia e revela o dinamismo do processo democrático.

Paulo Otero, ao analisar o princípio democrático e a democracia participativa, menciona que a dimensão democrático-constitucional não se confina à

³⁰⁰ O autor menciona ainda que a constituição, material, formal e procedimentalmente legitimada, fornece o plano da construção organizatória da democracia, pois é ela que determina os pressupostos e os procedimentos segundo os quais as decisões e as manifestações de vontade do povo são jurídica e politicamente relevantes. CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Lisboa: Almedina. 7ª ed. 2009. p. 294 ss.

³⁰¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Lisboa: Almedina. 7ª ed. 2009. p. 297 ss.

representatividade. A participação ativa revela um elemento distintivo em relação à dimensão representativa por aliar o caráter dinâmico de um sistema de cidadãos à necessária estabilidade representativa.³⁰²

Canotilho aborda algumas características do princípio democrático na perspectiva do processo político. Segundo o autor, o princípio consiste em um processo de continuidade transpessoal, irreduzível a qualquer vinculação do processo político a determinadas pessoas. Mas também é dinâmico, pois a sociedade aberta e ativa oferece aos cidadãos a possibilidade de desenvolvimento integral e de liberdade de participação crítica no processo político em condições de igualdade económica, política e social.

O princípio democrático é um princípio informador do Estado e da sociedade, uma vez que, constitucionalmente, aponta para um processo de democratização extensivo a diferentes aspectos da vida económica, social e cultural “democratização da democracia”. O autor ressalta ainda que se trata de um princípio de organização, traduzido num sistema no qual o poder político está assente em estruturas de domínio, sendo traduzido num programa de autodeterminação e autogoverno em que o poder político é constituído, legitimado e contralado por cidadãos, igualmente legitimados para participarem no processo de organização da forma de Estado e de governo.³⁰³

Neste domínio, há que se destacar o processo de fiscalização e controle social que também constituem paradigmas primordiais do discurso contemporâneo no contexto do princípio democrático.

A forma negativa da democracia vislumbrada por Popper, consiste na maneira de selecionar governantes e na adoção de mecanismos de limitação do poder que visa criar, desenvolver e proteger instituições políticas, evitando a tirania.³⁰⁴

Os mecanismos de controle social são instrumentos imprescindíveis para a efetividade do princípio democrático. Numa sociedade complexa e diferenciada como a

³⁰² OTERO, Paulo, Alexandre S. Pinheiro e Pedro Lomba. Comentário à Constituição Portuguesa. Vol. III, Almedina, 2008. p. 25-26.

³⁰³ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Lisboa: Almedina. 7ª ed. 2009. p. 289 ss.

³⁰⁴ Aristóteles assevera que a democracia aparece, sobretudo, em casa onde não há senhores (pois nelas todos estão em pé de igualdade). No entanto, Popper assevera que no sistema democrático há senhores instituídos de poderes. in: “*Popper on Democracy*”. The open society and its enemies revisited. In: The economist. April 23, 1988. P. 25 e ss. ARISTÓTELES. Ética a Nicómaco. Quetzal. 2009. p. 215.

sociedade atual, a democracia participativa e a democracia no sentido negativo de Popper são requisitos indispensáveis ao estabelecimento do poder vinculado ao povo.

Habermas, nesta perspectiva, observa que o conceito de democracia, elaborado pela teoria do discurso, apesar de seu distanciamento em relação a certas ideias tradicionais acerca da constituição de uma sociedade política, não é incompatível com a forma e o modo de organização das sociedades diferenciadas funcionalmente.³⁰⁵

Neste modelo de democracia contemporânea, os direitos fundamentais exercem uma função preliminar de efetividade democrática. Segundo Canotilho, os direitos fundamentais são elementos básicos para a realização do princípio democrático, uma vez que eles têm funções democráticas.

O autor elabora três funções democráticas vinculadas aos direitos fundamentais, são elas: 1) a contribuição de todos os cidadãos para o seu exercício (princípio-direito) da igualdade e da participação política; 2) implica participação livre assente em importantes garantias para a liberdade desse exercício (o direito de associação, de formação de partidos, de liberdade de expressão são exemplos de direitos constitutivos do princípio democrático); 3) co-envolve a abertura do processo político no sentido da criação de direitos sociais, econômicos e cultural.³⁰⁶

Deste modo, Habermas salienta que os direitos do homem só podem adquirir uma figura positiva através da autonomia política dos cidadãos e o princípio do direito se realiza através de uma mediação entre o princípio da moral e o da democracia.³⁰⁷

Diante desta releitura contemporânea do princípio democrático que concilia em seu núcleo a soberania popular, a democracia representativa ao lado da participativa, a forma democrática negativa consistente na ideia de controle do poder, bem como a noção de função democrática dos direitos fundamentais, pode-se afirmar que o princípio

³⁰⁵ HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade, vol. II. Trad: Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 25.

³⁰⁶ Nesta dinâmica dialética entre os direitos fundamentais e o princípio democrático, o autor dispõe que, ao pressupor a participação igual dos cidadãos, o princípio democrático entrelaça-se com os direitos subjetivos de participação e associação, que se tornam, assim, fundamentos funcionais da democracia. CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Lisboa: Almedina. 7ª ed. 2009. p. 290 ss.

³⁰⁷ HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade, vol. I. Trad: Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 127.

democrático se configura como um princípio fundante do direito à proteção ao patrimônio público econômico.

Tal perspectiva pode ser vislumbrada a partir da adoção de mecanismos e instrumentos disponíveis aos cidadãos para tutelar a *res publica* no âmbito da democracia participativa e negativa (Popper).

2.4 O Princípio republicano

O princípio republicano é o princípio vetor da Constituição por representar a forma de governo e os mecanismos que o regem, sendo elemento essencial da organização do Estado de Direito Democrático.

Ao se adotar o princípio republicano como princípio constitucional no ordenamento jurídico, parte-se do pressuposto que se está adotando um modelo diferenciado dos sistemas baseados em privilégios e dos regimes monárquicos.

O princípio republicano consolida o Estado democrático e pressupõe um modelo baseado num esquema político-organizatório de competências e arranjos ordenadores do poder de forma a garantir os direitos fundamentais, sobretudo, as liberdades políticas.

Canotilho assevera que a forma republicana não é tanto ou não é primordialmente uma forma antimonárquica, mas consiste num esquema organizatório de poder que possui uma forma garantidora das liberdades cívicas e políticas, mediante um arranjo de competências e funções dos órgãos políticos em termos de balanceamento, de freios e contrapesos – *checks and balances*.³⁰⁸

Portanto, tal princípio contempla em seu núcleo outros subprincípios como, por exemplo: o princípio da responsabilidade dos governantes, da eleitoralidade, da temporariedade ou periodicidade e da alternância dos mandatos eletivos, da democracia representativa, da fiscalização, entre outros.

³⁰⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Lisboa: Almedina. 7ª ed. 2009. p. 227 ss.

Impõe-se, neste domínio, analisa a relação do princípio republicano com outros princípios vetores. Há que se destacar sua vinculação com o princípio da tripartição dos poderes. Desta vinculação derivam outros subprincípios, a saber: o dever de prestação de contas do governante e a resposanbilidade dos agentes públicos, bem como o princípio da publicidade e transparência dos atos públicos.

Destas premissas, pode-se verificar a importância do princípio republicano para o sistema jurídico-político constitucional, principalmente, no contexto contemporâneo, no qual os mecanismos de controle, fiscalização e responsabilização dos agentes públicos são os sustentáculos da República atual.

Neste sentido, Dalmo Dallari destaca que:

“É elementar, no sistema republicano, a possibilidade de se responsabilizar todo e qualquer governante. Esta consideração preliminar é feita para afastar entendimento equivocado no sentido de que a punição de um agente político configuraria agressão ao sistema constitucional. Ora, agressão ao sistema é não usar a possibilidade de responsabilização de todo e qualquer governante. Agredir o sistema é não aplicar esse mesmo sistema em toda a sua inteireza”.³⁰⁹

O Supremo Tribunal Federal, em um dos julgamentos, dispõe que “a *responsabilidade dos governantes tipifica-se como uma das pedras angulares essenciais à configuração mesma da ideia republicana*”. Segundo o Tribunal, a consagração do princípio da responsabilidade do chefe do Poder Executivo, além de refletir uma conquista básica do regime democrático, constitui consequência necessária da forma republicana de governo.³¹⁰

³⁰⁹ DALLARI, Adilson Abreu. A responsabilidade do agente político. A responsabilidade do agente político. Anais da XVII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil: Justiça, realidade e utopia. Jun. 2000. p. 1320 ss.

³¹⁰ O Tribunal dispõe ainda que o princípio republicano exprime, a partir da ideia central que lhe é subjacente, o dogma de que todos os agentes públicos, os Governadores de Estado e do Distrito Federal,

Ainda, neste sentido, Canotilho assevera que o princípio republicano, por excelência, consiste na concepção e vinculação da função pública e dos cargos públicos à estrita prossecução dos interesses públicos e do bem comum (*res publica*). O autor ressalta a necessidade da diferenciação radical entre esta concepção e a concepção dos interesses particulares dos agentes públicos (*res privata*).³¹¹

O princípio republicano, portanto, exprime a ideia de organização jurídico-política centrada na vinculação dos agentes públicos à estrita prossecução do interesse público e do bem comum, ou seja, na devida utilização e proteção da *res publica*.

Konder Comparato aduz que na República ninguém pode exercer o poder em benefício próprio ou de grupos, mas deve fazê-lo para a realização do bem público (*res publica, res populi*). O autor comenta que a sociedade política deve ser organizada em função do bem comum e que a consequência lógica do princípio republicano é que nenhum dos comunheiros pode ser excluído do exercício do poder político, pois todos têm o direito e o dever de participar das decisões que dizem respeito ao bem comum. Para ele, a democracia constitui, pois, o complemento necessário da república.³¹²

Tal premissa leva à conclusão de que todo e qualquer desvio, afastamento, subterfúgio ou transgressão desta prossecução consistirá numa violação ao princípio republicano, sendo passível de incidir os mecanismos de fiscalização e responsabilização dos agentes.

Deste modo, o princípio republicano configura-se como um princípio basilar do direito fundamental à proteção ao patrimônio público econômico, tendo em vista que não há como proteger a *res publica* sem um esquema constitucional jurídico-político dotado de mecanismos de controle, fiscalização e responsabilização dos agentes.

em particular, são igualmente responsáveis perante a lei. RTJ 162/462-464. HC 80.511, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 21-8-2001, Segunda Turma, DJ de 14-9-2001. Disponível em: www.stf.jus.br

³¹¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Lisboa: Almedina. 7ª ed. 2009. p. 228 ss.

³¹² O autor dispõe que no princípio republicano quanto maior o poder, maior deve ser a responsabilidade do seu titular. Escusa lembrar que nas falsas democracias modernas é exatamente o contrário que sucede, chegando-se, até mesmo, a criar isenções penais de tipo monárquico para chefe de Estado durante o exercício de suas funções. COMPARATO, Fábio Konder. Ética: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 620, 637 e 655.

Celso Bandeira de Melo menciona que a ideia de República (*res publica* – coisa pública) traz consigo a noção de um regime institucionalizado, onde todas as autoridades são responsáveis, onde não há sujeitos fora do Direito.³¹³

O princípio republicano vem conceder o alicerce jurídico-constitucional ao direito fundamental de proteção à coisa pública, uma vez que se encontra radicado na noção de antiprivilégio, da eleitoralidade, da temporariedade ou periodicidade e da alternância dos mandatos eletivos, da democracia, da fiscalização, dentre outros.

Pascoal ao mencionar a respeito da necessidade de um órgão de controle diz que ele surge com o próprio desenvolvimento do Estado, sobretudo, no Estado em que os bens administrados pertencem à coletividade, ao povo, como é o caso do Estado Republicano. Segundo o autor, “o princípio do controle é corolário do princípio republicano”.³¹⁴

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal dispõe que a necessidade de ampla fiscalização parlamentar das atividades do Executivo – a partir do controle exercido sobre o próprio chefe desse Poder do Estado – traduz exigência plenamente compatível com o postulado do Estado Democrático de Direito e com as consequências político-jurídicas que derivam da consagração constitucional do princípio republicano e da separação de poderes.³¹⁵

Portanto, o princípio republicano pressupõe um sistema constitucional jurídico-político que consiste não apenas num sistema composto por elementos, instrumentos e mecanismos de controle, fiscalização e responsabilização dos agentes públicos, mas consiste, sobretudo, num sistema que direciona a atuação do agente público ao cumprimento estrito do interesse público em prol do bem comum.

Este sistema é configurado por estruturas sólidas de balizamento, direcionamento e cumprimento do múnus da função pública e consiste na garantia de que a coisa pública pertence ao povo, sendo vedada qualquer utilização em benefício próprio ou de terceiros.

³¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26ª ed. Malheiros. 2009. p. 983 ss.

³¹⁴ PASCOAL, Valdecir Fernandes. Direito financeiro e controle externo, 2004. p.

³¹⁵ O Poder Executivo, nos regimes democráticos, há de ser um poder constitucionalmente sujeito à fiscalização parlamentar e permanentemente exposto ao controle político-administrativo do Poder Legislativo. ADI 775-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-10-1992, Plenário, DJ de 1º-12-2006. Disponível in: www.stf.jus.br

O direito fundamental à defesa do patrimônio público econômico tem como princípio basilar o princípio republicano, vez que para consolidação deste direito fundamental é imprescindível um sistema estrutural e conjuntural dotado de mecanismos de controle, fiscalização e responsabilização. Este sistema constitui o cerne do direito fundamental em questão, principalmente, no tocante à tutela do bem público (*res publica*).

2.5 O princípio da separação dos poderes

O princípio da separação dos poderes remonta ao pensamento de Montesquieu que vislumbrou a necessidade de se estabelecer três espécies de poder. O autor menciona que tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou o dos nobres, exercesse estes três poderes: o de criar as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as querelas dos particulares.³¹⁶

A necessidade de se separar os poderes teve fundamento na perspectiva de dois postulados: assegurar a liberdade ao cidadão e controlar as arbitrariedades do poder. Portanto, a limitação do poder e a garantia das liberdades constituíram as bases do estabelecimento da tripartição dos poderes.

O princípio da tripartição dos poderes deu ensejo à teoria do sistema de freios e contrapesos – *checks and balances* – baseado num esquema de interferências de um poder no outro, com intuito de equilíbrio e controle. O sistema de controle pressupõe um balanceamento entre os poderes e a possibilidade de intervenção de um poder em relação ao outro.

A independência e a harmonia dos poderes são vetores consagrados e inseridos no âmbito do princípio da tripartição. No entanto, o controle foi identificado como um atributo que compõe o fundamento do princípio da separação dos poderes. Os textos

³¹⁶ O poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem dos direitos das gentes, e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil chamado “poder de julgar”. O autor aduz que a liberdade filosófica consiste no exercício da própria vontade e já a liberdade política consiste na segurança. MONTESQUIEU. Do espírito das leis. São Paulo: Martin-Claret. 2006. p. 163.

constitucionais passaram a conter, além da organização jurídico-política com divisão formal de competências e funções, os mecanismos e os instrumentos de fiscalização.

O paradoxo da “intervenção” (como um requisito do controle) e “independência” (como pressuposto de não subordinação recíproca entre os poderes), bem como a dificuldade de delimitação entre as funções típicas e atípicas dos poderes geram um cenário nebuloso no sistema jurídico-político contemporâneo. Verifica-se a necessidade de se delimitar as esferas de atuação dos poderes com objetivo de se obter o verdadeiro “equilíbrio” plasmado no princípio.

Tal perspectiva pode ser exemplificada a partir do debate atual sobre o ativismo do Poder Judiciário na questão das políticas públicas, o que demonstra a importância da teoria da separação dos poderes no discurso contemporâneo.

Sem adentrar nestas problemáticas, é importante para este trabalho a noção de interdependência existente entre os poderes e seus fundamentos como limites de interferência e garantia dos direitos fundamentais.

Jorge Novais dispõe que os princípios da separação dos poderes, da legalidade e da reserva de lei são princípios que assumem uma dimensão democrática, bem como uma clara intencionalidade garantista de proteção da liberdade e da segurança jurídica no Estado de Direito.³¹⁷

Desta forma, o princípio da separação dos poderes configura-se no sistema jurídico atual uma garantia assegurada constitucionalmente no que tange à efetivação dos direitos fundamentais. Tal princípio consiste na forma consagrada de compromisso que cada poder (Executivo, Legislativo e Judiciário) deve ter na concretização dos direitos fundamentais.

Ayres Britto afirmou que o prestígio do mecanismo da separação dos poderes, no direito constitucional contemporâneo, não está presente apenas na especialização de funções, à desconcentração da autoridade e à colaboração interorgânica, mas,

³¹⁷ O autor afirma que sem prejuízo da função garantística, pode-se justificar a sua atualidade sobretudo enquanto elementos de racionalização da estrutura e funcionamento do Estado democrático. NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa. Coimbra Editora. 2004. p. 45.

principalmente, por ser a primeira e mais efetiva garantia de respeito aos direitos imprescritíveis, inalienáveis e imposteráveis da pessoa humana.³¹⁸

Diante desta perspectiva, verifica-se a vinculação do princípio da separação dos poderes ao reconhecimento do direito fundamental à proteção ao patrimônio público econômico está presente nas bases que constituem a essência daquele princípio: limitação do poder e garantia efetiva dos direitos e liberdades.

Neste sentido, o intuito de limitar o poder e evitar arbitrariedades culminada à noção garantista dos direitos concede premissas substanciais para constituição do direito fundamental à tutela da *res publica* em sentido estrito.

2.6 Subprincípios elementares

Os princípios do Estado de direito, democrático e republicano, bem como o princípio da separação dos poderes constituem paradigmas centrais do Estado contemporâneo. Tais princípios, conforme verificado, impõem uma estrutura organizatória de funções públicas e mecanismos de controle no âmbito do poder público.

Entretanto, outros subprincípios devem ser delineados visando à otimização da condução da *res publica*, à eficiência na gestão e alocação dos recursos públicos, bem como à efetivação da democracia republicana.

Canotilho expõe que os princípios estruturantes são densificados e ganham concretização através de outros princípios (ou subprincípios), iluminando o seu sentido jurídico-político-constitucional, formando juntamente com outros princípios e regras um sistema interno.

A título de exemplo, o autor demonstra que o princípio do Estado de direito é densificado através de alguns subprincípios: o princípio da constitucionalidade, da legalidade da administração, da vinculação do legislador aos direitos fundamentais, bem como o princípio da independência dos tribunais. Tais subprincípios podem ser

³¹⁸ BRITTO, Carlos Ayres. A separação dos poderes na Constituição da República. In: Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal. Brasília, nº 9, 1979. p. 105.

densificados por outros (por exemplo, o princípio da legalidade da Administração pode ser densificado pelo princípio da reserva da lei) e assim por diante.

Neste sentido, o autor apresenta um sistema formado por: a) princípios estruturantes; b) princípios constitucionais gerais; c) princípios constitucionais especiais e, d) regras constitucionais.³¹⁹

No contexto do presente trabalho, torna-se relevante tecer breves comentários sobre os três subprincípios elementares que atuam como base fundante do direito à proteção do patrimônio público econômico, são eles: o princípio da moralidade pública, o princípio da responsabilidade e o princípio da sustentabilidade. Tais subprincípios norteiam as atividades jurídico-política dos Estados democráticos republicanos e estão vinculados ao sistema de controle do poder público.

2.6.1 Subprincípio da moralidade

O princípio da moralidade sistematizado por Hauriou identificava a moral administrativa imposta ao agente público. Esta moral era delineada segundo as exigências das instituições, tendo em vista a finalidade do bem comum.³²⁰

Neste sentido, a moralidade pública está vinculada aos ditames do Estado de Direito, do princípio da separação dos poderes, ao lado da legalidade e, de forma estrita, ao princípio da probidade administrativa e ao princípio da transparência. A vinculação consiste na exigência de atuação proba, reta e transparente do agente público.

Hely Lopes Meirelles menciona que o princípio da moralidade impõe ao administrador a adoção de um padrão ético de conduta.³²¹ O Supremo Tribunal Federal esclarece que:

“(…) a probidade administrativa é o mais importante conteúdo do princípio da moralidade pública. Donde o modo particularmente severo como a Constituição reage à violação dela. (...)” (AP 409,

³¹⁹ O autor explica o funcionamento deste sistema, ressaltando que este esquema não se desenvolve apenas numa direção, de cima para baixo, mas também de baixo para cima, ou seja, do concreto para o abstrato. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Lisboa: Almedina. 7ª ed. 2009. p. 1175.

³²⁰ HAURIUO, Maurice. *Derecho publico y constitucional*. 2. Ed. Madri: Réus, 1927.

³²¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.p. 89.

voto do Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 13-5-2010, Plenário, DJE de 1º-7-2010.)

Diante desta perspectiva, Ramos Medeiros dispõe que:

A moralidade administrativa está ligada às noções de lealdade com a Administração Pública; à atuação dos órgãos e agentes públicos sempre pautada pela boa-fé e honestidade; à transparência na divulgação e execução dos atos administrativos; à ausência de favorecimentos, privilégios e perseguições casuísticos, entre outras condutas que podem ser consideradas eticamente corretas e que, usualmente, não estão descritas em lei.³²²

O Supremo Tribunal Federal mencionou, ainda, o princípio da moralidade em algumas decisões, a saber:

"Princípio da moralidade. Ética da legalidade e moralidade. Confinamento do princípio da moralidade ao âmbito da ética da legalidade, que não pode ser ultrapassada, sob pena de dissolução do próprio sistema. Desvio de poder ou de finalidade." (ADI 3.026, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 8-6-2006, Plenário, DJ de 29-9-2006.)

“ (...) Alegação de ofensa ao princípio da moralidade administrativa – Plausibilidade jurídica (...). O princípio da moralidade administrativa – enquanto valor constitucional revestido de caráter ético-jurídico – condiciona a legitimidade e a validade dos atos estatais. A atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à

³²² MEDEIROS, Paulo Henrique Ramos. A atuação do Tribunal de Contas da União e o princípio da moralidade administrativa. In: Revista do tribunal de contas da união, n. 115, v. 41, 2009, 95 ss.

observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado." (ADI 2.661-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 5-6-2002, Plenário, DJ de 23-8-2002.)

É importante destacar que o princípio da moralidade administrativa é o valor constitucional que condiciona a legitimidade e a validade dos atos estatais, conforme o entendimento da Suprema Corte. Todavia, a impressão, a subjetividade e a indeterminação do conteúdo deste princípio podem comprometer sua efetivação.

O princípio da moralidade também atua como vetor quanto a postura do agente público no âmbito de suas funções numa perspectiva que vai além da legalidade. Assim, a conduta do agente deve estar de acordo com os parâmetros morais.

Um estudo elaborado pelo Tribunal de Contas da União (TCU) sobre a aplicação do princípio da moralidade demonstrou a necessidade de se ultrapassar o controle meramente de legalidade do ato administrativo. O estudo partiu da análise da violação da moralidade com intuito de verificar se o embasamento apenas em princípios constitucionais (como o da moralidade administrativa) é suficiente para fundamentar o julgamento pela irregularidade de contas pelo TCU.

O autor concluiu que se o respeito à moralidade é um direito da sociedade. Segundo ele, em tempos de neoconstitucionalismo e de incessante vigilância dos operadores do Direito quanto à necessidade de absoluto respeito aos direitos e garantias fundamentais, o TCU não é só o guardião da legalidade mas também da moralidade.³²³

Segundo o relatório da OCDE, a integridade tornou-se a condição fundamental para que os governos proporcionem condições confiáveis e efetivas para a vida econômica e social de seus cidadãos. Neste sentido, a necessidade de se traçar princípios morais ao comportamento do agente público na condução da *res publica* tornou-se uma

³²³ MEDEIROS, Paulo Henrique Ramos. A atuação do Tribunal de Contas da União e o princípio da moralidade administrativa. In: Revista do tribunal de contas da união, n. 115, v. 41, 2009, 95 ss.

missão primordial. Portanto, a gestão da *res publica* deve observar os valores plasmados no princípio da moralidade.³²⁴

Não obstante os dilemas que envolvem a efetivação do princípio da moralidade, é importante ressaltar que se trata de um subprincípio fundante do direito à proteção do patrimônio público econômico, tendo em vista a exigência de postura e atuação do agente público na gestão e condução da *res publica*.

2.6.2 Subprincípio da responsabilidade

O princípio da responsabilidade constitui um vetor imprescindível no Estado contemporâneo, estando estritamente vinculado ao princípio da liberdade, conforme já foi destacado. Neste momento, serão abordadas algumas noções da responsabilidade como princípio fundante do direito à proteção do patrimônio público econômico.

Segundo Hans Jonas a responsabilidade é o cuidado reconhecido como obrigação em relação a um outro ser, que se torna “preocupação” quando há uma ameaça à sua vulnerabilidade.³²⁵ Diante deste postulado, pode-se indagar: qual é a “ameaça à vulnerabilidade” capaz de despontar uma preocupação no âmbito jurídico-político? Em outras palavras, quais as angústias que se colocam em voga no tema da responsabilidade?

Algumas respostas já foram proclamadas nos discursos contemporâneos, a saber: a incidência da sociedade de risco; o surgimento de diferentes e complexas formas de relações no âmbito privado; a intensificação das obrigações jurídicas decorrentes reparação dos danos; os novos esquemas regulatórios no âmbito público; e, a aproximação dos setores público e privado.

Não obstante os fatores que contribuíram para colocar em pauta o tema da responsabilidade, importa destacar o fio condutor que leva a dois aspectos, no âmbito jurídico-político: i. a insustentabilidade do sistema político gerada pelas consequências

³²⁴ OEDC. Trust in Government, Ethics measures in OEDC countries. 2000. Disponível in: <http://www.u4.no/pdf/?file=/document/literature/trust-in-govt.pdf>.

³²⁵ HANS, Jonas. *O princípio da responsabilidade*. Contraponto. Editora PUC Rio. 2006. p. 352.

das condutas dos irresponsáveis; e, ii. a responsabilidade como otimização da função política.

O primeiro aspecto encontra-se radicado na ideia de que é preciso responsabilizar os governantes e combater os esquemas de impunidades. O segundo, interligado ao primeiro, parte da premissa de incentivo das boas práticas no governo, mediante mecanismos de prevenção e controle, visando a otimização governamental.

A apuração da responsabilidade dos governantes constitui uma tarefa árdua. Diversas dificuldades são enfrentadas no discurso contemporâneo, a começar pelo fenômeno de descaracterização progressiva do conceito de responsabilidade política.³²⁶

Diante da análise das definições doutrinárias a respeito da responsabilidade política, constata-se um caráter pluridimensional e complexo que os envolvem de tal modo há que um descompasso que acaba por esvaziar seu real sentido.³²⁷

Este descompasso é resultante da inerente diversidade que emana do próprio afazer político. A volatilidade da função política, consoante as várias dimensões das ações políticas, dificulta o estabelecimento da identificação quanto à natureza, regime e mecanismos.

Neste sentido, Phillippe Ségur defende que a responsabilidade política tem «geometria variável».³²⁸ Mesmo com esta dificuldade é possível delinear algumas premissas introdutórias: i. a responsabilidade política é um mecanismo jurídico-

³²⁶ URBANO, Maria Benedita. *Responsabilidade política e Responsabilidade jurídica: baralhar para governar*. In: *Boletim da Ordem dos Advogados*. Bimestral, nº 27 Jul. Ago. 2003. p. 38.

³²⁷ “A responsabilidade política é um mecanismo jurídico-constitucional que incide sobre o desvalor jurídico e político-constitucional dos atos dos titulares do poder político”. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Almedina, Coimbra, 2003. p. 542. “É o comprometimento do agente político em responder por um ato ou comportamento político desvalorado na esfera democrática, segundo critérios políticos (...)” PINTO, Paulo Brossard de Souza. *O Impeachment*. Porto Alegre: Editora Globo, 1965. p. 135. É a situação em que se coloca o titular de órgão do poder político que o obriga a responder pela prática, com independência e plena autonomia, de facto político jurídico-constitucionalmente conforme ou desconforme, mas de que resulte uma aparência de ruptura efectiva da relação de confiança ou de quebra de legitimidade política entre órgãos de soberania ou entre estes ou um deles e a vontade nacional. BRITO, Wladimir. *Contributo para uma teoria da responsabilidade pública do Estado por acto de função pública soberana*. In: Separata da Revista do Ministério Público, nº 89. Lisboa. 2002. p. 47-48. Para Pedro Lomba a responsabilidade política é um conceito constitucional que parte de um sistema de regras e procedimentos jurídicos que asseguram a responsabilização e o exercício controlado do poder. LOMBA, Pedro. *Teoria da Responsabilidade Política*. Coimbra editora, 2008. p. 22. Entre outros.

³²⁸ SÉGUR, Phillippe. *Qu'est-ce que la responsabilité politique?*. In: *Revue Du Droit Public et de la Science Politique en France et l'étranger*. nº6. 1999. p. 1601/1602.

constitucional; ii. ela difere da responsabilidade penal dos titulares de cargos políticos, sendo ambas espécies da responsabilidade constitucional³²⁹; iii. baseia-se nos atos cometidos pelos governantes e na ruptura ou abalo da «relação de confiança» dos governados; tem como pressupostos a «discricionariedade de atuação» ou de «liberdade de decisão»; iv. está relacionada aos princípios da separação de poderes, sistema de representação e controle do poder; e, v. fundamentada como primado da forma republicana democrática.

Neste sentido, verifica-se que o princípio da responsabilidade política funda o direito à proteção da *res publica* por consistir num mecanismo jurídico-constitucional de controle, fiscalização e punição no tocante às violações do patrimônio público.

No entanto, o princípio da responsabilidade e dever de cuidado para com a coisa pública também se impõe aos cidadãos. Häberle destaca que no Estado constitucional, a vivência da dignidade de cada um e com referência aos outros, depende da responsabilidade de cada um na medida em que “nós mesmos fornecemos um sentido e estabelecemos um objetivo para a história política, um sentido humanamente digno e um objetivo humanamente digno.”³³⁰

Portanto, o princípio da responsabilidade na perspectiva de princípio fundante impõe um dever de proteger a coisa pública ao administrador (agente público) e aos cidadãos.

2.6.3 Subprincípio da sustentabilidade

O princípio da sustentabilidade é um princípio elaborado no âmbito do direito ambiental. Tal princípio está vinculado ao desenvolvimento sustentável diante da escassez dos recursos naturais, à preocupação com as gerações futuras, ou seja, trata-se de um princípio que visa o equilíbrio, tendo em vista a sobrevivência das futuras gerações.

Jeffrey D. Sachs ressalta que a “sustentabilidade”, ou a equidade para o futuro, envolve o conceito de administração. A geração presente deve administrar os recursos do

³²⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional...* p. 542.

³³⁰ HABERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento... ob.cit. p.127.

planeta para as gerações que virão depois. O autor alerta para a necessidade de se defender os interesses daqueles a quem não conhecemos.³³¹

No entanto, o princípio da sustentabilidade deve ser analisado também em outras esferas, sobretudo, no âmbito fiscal diante da análise do quadro financeiro do Estado em meio às crises instaladas nas últimas décadas. Qualquer esfera que se encontre numa margem de escassez de recursos impõe-se a necessidade de se avaliar a sua (in)sustentabilidade diante do quadro de insuficiência.

Neste sentido, Gonçalves menciona que a expressão desenvolvimento sustentável apresenta uma perspectiva abrangente, compreendendo um conjunto de mudanças estruturais articuladas dentro de um novo modelo da sociedade da informação e do conhecimento, que internalizam a dimensão da sustentabilidade em diversas dimensões: social, econômica, ambiental, político-institucional e cultural.³³²

Portanto, o princípio da sustentabilidade torna-se um prisma valioso no âmbito estatal no tocante à análise dos parâmetros, das avaliações e das mensurações sobre a existência do Estado ao longo do tempo.

O autor afirma que a sustentabilidade financeira do Estado se insere neste contexto de transformações, sendo necessário ultrapassar as fronteiras do controle tradicional dos gastos públicos sob o ponto de vista meramente econômico-financeiro. Segundo ele, o controle envolve questões mais complexas relacionadas à qualidade do gasto e à configuração político-institucional do Estado, tais como: democracia, *accountability*, efetividade dos programas e políticas governamentais, desenvolvimento sustentável, entre outras.³³³

No Reino Unido (*National Audit Office - NAO*) e no Canadá (*Office of the Auditor General - OAG*) foi elaborado em 2006 um projeto de mapeamento das ações administrativas e de controle externo tomando-se como princípios classificatórios as seguintes dimensões da sustentabilidade: econômica (eficiência, eficácia e economia dos

³³¹ SACHS, Jeffrey D. *The Price of Civilization*. New York: Random House. p. 36.

³³² GONÇALVES, Pedro. *Supreme Audit Institutions and Financial Sustainability in the Modern State*. Disponível in: <http://www.tcontas.pt/eurosai/EurosaiOlacefs/Docs/3ST/Brasil-TCU/WS3BR-port.pdf>

³³³ O autor analisa a busca pela garantia de tal sustentabilidade financeira, neste contexto, as Entidades de Fiscalização Superior - EFS têm papel preponderante a desempenhar, na medida em que somente tais instituições dispõem dos instrumentos técnicos e da imparcialidade requerida para realizar o controle, acompanhamento e a avaliação das atividades governamentais, bem como a divulgação com máxima transparência e isenção destes trabalhos para a sociedade como um todo. GONÇALVES, Pedro. *Supreme Audit Institutions and Financial Sustainability in the Modern State*. Disponível in: <http://www.tcontas.pt/eurosai/EurosaiOlacefs/Docs/3ST/Brasil-TCU/WS3BR-port.pdf>

processos); político-institucional (governança, democracia, capacidade institucional, fortalecimento da sociedade civil, garantia e ampliação de direitos); social (bem-estar social, qualidade de vida, inclusão social, relação responsiva mútua nas relações de trabalho) e cultural (respeito às diversidades culturais, raciais e de gênero; preservação ambiental e uso equilibrado dos recursos ambientais).³³⁴

Diversos órgãos públicos elaboram planos e projetos com diretrizes voltadas à implementação de estratégia de desenvolvimento sustentável em várias áreas. Pode-se citar o Tribunal de Contas da União (TCU) que, nesta linha, estabeleceu no seu Plano Estratégico para 2006- 2010 nos seguintes termos:

"(...) surgem como potenciais oportunidades de fortalecimento da atuação do TCU e de sua imagem perante a sociedade, entre outras: (...) a implementação de estratégia de desenvolvimento sustentável que minimize ou elimine os impactos ao meio ambiente provocados pelas atividades de funcionamento do Tribunal de Contas da União e estimule a adoção de atitudes e procedimentos de uso racional dos recursos, de qualidade de vida no trabalho, de promoção da saúde e de responsabilidade social".³³⁵

O tema da sustentabilidade é imprescindível no contexto estatal contemporâneo diante da instabilidade econômica, da desconfiança gerada pela corrupção, da insegurança causada pelo crescimento de conflitos sociais e pela falta de segurança pública. Portanto, a sustentabilidade do Estado está em pauta como um princípio indispensável para se combater tais males e atingir novo patamar de crescimento, principalmente, no tocante à continuidade do desenvolvimento econômico, social, institucional, financeiro, entre outras.

³³⁴ O autor analisa a busca pela garantia de tal sustentabilidade financeira. Neste contexto, as Entidades de Fiscalização Superior - EFS têm papel preponderante a desempenhar, na medida em que somente tais instituições dispõem dos instrumentos técnicos e da imparcialidade requerida para realizar o controle, acompanhamento e a avaliação das atividades governamentais, bem como a divulgação com máxima transparência e isenção destes trabalhos para a sociedade como um todo. GONÇALVES, Pedro. *Supreme Audit Institutions and Financial Sustainability in the Modern State*. Disponível in: <http://www.tcontas.pt/eurosai/EurosaiOlacefs/Docs/3ST/Brasil-TCU/WS3BR-port.pdf>

³³⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plano estratégico 2006-2010 / Tribunal de Contas da União. – Brasília : TCU, Secretaria de Planejamento e Gestão, 2006.

Diante destas perspectivas, pode-se afirmar que o princípio da sustentabilidade fundamenta e ampara o direito à proteção do patrimônio público econômico, uma vez que o conceito de desenvolvimento sustentável do Estado, sobretudo, na esfera estatal passa pela tutela da *res publica*. O aparato estatal baseado nos parâmetros de controle, fiscalização e responsabilidade dos violadores da coisa pública (desvio de recursos públicos) visam à sustentabilidade estatal num quadro de insustentabilidade financeira.

Capítulo V – O patrimônio público econômico como um bem fundamental

“O que pertence a todos não é tratado com muito cuidado, porque todos os homens dão mais importância à sua propriedade do que àquilo que possuem em coletivo” (Aristóteles).

“O interesse geral deve dominar sobre os interesses particulares.” (Hessel)

O reconhecimento do direito fundamental à proteção do patrimônio público exige a delimitação da esfera terminológica, conceitual e sistemática do bem a ser protegido no âmbito jurídico-constitucional. A delimitação do bem tutelado é imprescindível para o devido enquadramento teórico e dogmático, sobretudo, para o sistema de tutela.

A natureza jusfundamental do direito ao patrimônio público econômico já foi analisada. Neste momento, é necessário tecer algumas premissas essenciais ao direito, a saber: o que se entende por patrimônio público econômico? Qual o seu conteúdo e a sua abrangência? Qual é a sua natureza jurídica e seu enquadramento sistemático? Quem são os titulares deste direito?

Tais questões, dentre outras, serão analisadas neste capítulo. Para tal intuito, serão abordadas as premissas terminológicas, conceituais, contedistas e sistemáticas em relação ao patrimônio público econômico. Não se pretende esgotar a matéria, trata-se de uma elaboração voltada para uma acepção prognóstica.

É importante ressaltar que neste capítulo serão desenvolvidas análises doutrinárias, jurisprudenciais e normativas de dois países: Brasil e Portugal. Os capítulos anteriores trataram de premissas teóricas e genéricas. Neste capítulo, bem como nos próximos, a análise será pragmática e específica. Observou-se a necessidade de tratar de dois regimes jurídicos – o regime brasileiro e o regime português – numa perspectiva comparada, mas sem deixar de citar outros países de modo perfunctório.

1. Terminologia adequada

A definição de uma terminologia adequada ao direito fundamental que se pretende tutelar consiste numa premissa de grande importância para elaboração e identificação dos mecanismos de defesa do respectivo regime jurídico.

A tentativa de se delinear uma nomenclatura ao direito fundamental consiste numa pretensão conceitual que não provém a partir de um mero afã especulativo. Tendo em vista que não se pode, segundo Perez Luño, partir de qualquer ensaio de análises linguísticas com a pretensão de clarificar o campo semântico e decidir os usos de linguagem comum e doutrinal da expressão “direito fundamental”.³³⁶

Nesta dimensão, é importante observar o rigor terminológico, pois segundo Hohfeld “em qualquer análise mais atenta de um problema, seja ele jurídico ou não, palavras camaleônicas são um risco tanto para a clareza de pensamento quanto para a lucidez na expressão.”³³⁷

Tomado o devido cuidado, convém salientar que se trata de uma proposta que advém do estudo e da análise dogmática e sistemática da doutrina sobre o assunto, bem como da legislação específica e de outros parâmetros levados em consideração na elaboração da terminologia adequada. Diante desta perspectiva, é necessário destacar algumas noções preliminares para, em seguida, traçar um esboço da terminologia segundo as definições ora apresentadas.

1.1 A procura do termo adequado

O termo “patrimônio” deriva do latim *patrimonium* (bens, posses, haveres) cuja designação advém de *pater* que significa, *a priori*, os bens pertencentes à família ou os bens herdados do pai. Neste sentido, Niyama menciona que o patrimônio está associado

³³⁶ LUÑO, Antônio E. Perez. Los derechos fundamentales. Temas clave de la Constitución española. Madrid: Tecnos. 2007. p. 47.

³³⁷ HOHFELD, Wesley Newcomb. Fundamental legal conceptions as applied to judicial reasoning. Ed. By Walter Wheeler. New Jersey: The Law Book Exchange, 2000. p. 35 ss.

à paternidade de uma entidade. Tal noção, segundo a tradição romana, estava vinculada à expressão *res* (coisa).³³⁸

A expressão “patrimônio” surgiu com uma conotação privatística, por consistir no conjunto de bens pertencentes a uma determinada pessoa ou família. Tempos depois o vocábulo foi ampliado com ensejo de diferenciar os bens públicos dos bens privados, sendo configurada a expressão *res publica* ou patrimônio público.

A perspectiva deste trabalho está restrita à denominação utilizada para identificar as coisas públicas passíveis de avaliação econômica, ou seja, o conjunto de bens pertencentes ao Estado. No entanto, com o crescimento do aparato estatal e a complexidade das atividades desenvolvidas nessa esfera, a delimitação do termo “patrimônio público” tem sido objeto de diversos estudos em variadas áreas de atuação.

A interdisciplinaridade se revela no uso da expressão “patrimônio” em diferentes domínios, sobretudo, na esfera econômica, contábil, administrativa e jurídica. Nesse contexto, ressalta-se que o tema será tratado com ênfase no âmbito jurídico, mas será permeado pelos outros ramos devido à complexidade e abrangência do assunto.

1.2 Noções gerais do termo

É necessário traçar algumas noções gerais sobre o termo “patrimônio” e seu adjetivo “público”. Para, em seguida, elaborar a terminologia adequada. No dicionário jurídico De Plácido e Silva existem alguns significados importantes para abordagem que se pretende expor. *Primus*, é necessário esclarecer que, de acordo com o dicionário, o termo “pública ou público” significa algo que pertence a todos ou à coletividade, sendo o oposto de particular ou privado.

O dicionário também define a *res publica* como a coisa de uso público comum compreendendo os bens públicos, bens do Estado ou bens de uso coletivo. Em relação ao conceito de patrimônio público, segundo consta, é “representado pelo conjunto de bens que pertencem ao domínio do Estado, e que se institui para atender a seus próprios

³³⁸ NIYAMA, Jorge Katsumi e César Augusto T. Silva. Teoria da Contabilidade. São Paulo: Atlas, 2013. p. 190.

objetivos ou para servir à produção de utilidades indispensáveis às necessidades coletivas”.³³⁹

Os significados contidos no dicionário de Orçamento, Planejamento e áreas afins também são relevantes, destacando-se os seguintes termos:

“PATRIMÔNIO: conjunto de bens (móveis e imóveis), disponibilidades e direitos pertencentes, com caráter de exclusividade, a uma pessoa física ou jurídica. No âmbito do setor público não devem ser computados como parte do patrimônio de suas entidades os bens públicos que são de uso coletivo – tais como as ruas, as estradas, pontes e as praças – não obstante esses envolvam dispêndios de recursos públicos para a sua construção, requeiram gastos com a sua manutenção e possuam valoração econômica (por exemplo pontes e rodovias sujeitas ao pedágio).”

PATRIMÔNIO PÚBLICO: expressão que designa os bens de natureza patrimonial vinculados aos órgãos e instituições dos poderes públicos – prédios, veículos, máquinas, equipamentos, aparelhos, materiais, direitos, disponibilidades, etc – somados aos bens públicos de uso coletivo – estradas, ruas, pontes, praças, sistemas (água, esgoto, energia, telefonia), etc. – que no seu conjunto são colocados à disposição da sociedade ou a seu serviço. Essa expressão não deve ser confundida com o “patrimônio” de órgãos públicos, de abrangência mais restrita e de sentido peculiar nos balanços e demonstrações de resultados exigidos pelas normas legais.³⁴⁰

Cabe salientar que tais conceitos estão sendo rediscutidos pelos doutrinadores e formuladores de políticas contábeis. Em especial, destaca-se a discussão sobre a inclusão ou não dos bens de uso comum do povo no patrimônio público, devido às limitações para mensuração monetária destes bens. As normas internacionais de contabilidade pública

³³⁹ SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 26ª ed. Rio de Janeiro, 2005. p. 1015, 1132, 212, 207 e 218.

³⁴⁰ SANCHES, Osvaldo Maldonado. Dicionário de Orçamento, Planejamento e Áreas afins. Brasília: Primas/OMS, 2004. p. 51 e 255.

exigem o reconhecimento, a mensuração e a evidenciação de alguns destes bens, como, por exemplo, as rodovias.

Há que se destacar também que o discurso contemporâneo tem vislumbrado uma aproximação entre as concepções de patrimônio público e de patrimônio de entes governamentais.

Segundo as normas de Contabilidade prevista na Resolução Conselho Federal de Contabilidade nº. 1.128/08 o patrimônio público é designado como o conjunto de direitos e bens, tangíveis ou intangíveis, onerados ou não, adquiridos, formados, produzidos, recebidos, mantidos ou utilizados pelas entidades do setor público, que seja portador ou represente um fluxo de benefícios, presente ou futuro, inerente à prestação de serviços públicos ou à exploração econômica por entidades do setor público e suas obrigações.³⁴¹

A doutrina também dispõe de um conceito de patrimônio público. Na esfera da contabilidade, Kohama assevera que o patrimônio público compreende o conjunto de bens, direitos e obrigações avaliáveis em moeda corrente das entidades que compõem a Administração Pública. No âmbito jurídico, Hely Lopes Meirelles menciona que o patrimônio público é formado por bens de toda natureza e espécie que tenham interesse para a Administração Pública e para a comunidade administrada.³⁴²

Alguns autores apresentam uma definição detalhada como, por exemplo, Fernando Martins que conceitua o patrimônio público como o “conjunto de bens, dinheiro, valores, direitos (inclusive sociais e morais) e créditos pertencentes aos entes públicos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), através da administração direta ou indireta e fundacional, cuja conservação seja de interesse público e difuso, estando não só os administradores, como também os administrados, vinculados à sua proteção e defesa. Tais elementos, mesmo sob a posse de particular, nunca perderão a qualidade de domínio público, dada sua origem: ente público.”³⁴³

³⁴¹

Disponível

in:

<http://internet.sefaz.es.gov.br/contas/contabilidade/orientacaoContabil/arquivos/normasbrasileirasdecontabilidadeaplicadasaosectorpublicoealteracoes.pdf>

³⁴² MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo brasileiro. 38ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012. p. 576. KOHAMA, Hélio. Contabilidade Pública. 9ª ed. São Paulo, 2003.

³⁴³ MARTINS, Fernando Rodrigues. Controle do Patrimônio Público. Comentários à lei de Improbidade Administrativa. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

No direito português, Sousa Franco ressalta que, num sentido amplo, o patrimônio do Estado é constituído pelos bens suscetíveis de satisfazerem necessidades econômicas de que o Estado é titular e pelas responsabilidades que sobre eles recaem.³⁴⁴

Diante destes conceitos e significados, pode-se afirmar um núcleo comum entre todas as definições apresentadas. Tal núcleo consiste no conjunto de bens pertencentes ao Estado constituído e destinado à satisfação das necessidades da coletividade.

Portanto, em sentido *lato*, o patrimônio público é constituído por bens e direitos que pertencem ao Estado e que servem para atender às necessidades do povo. Trata-se de um sentido vinculado ao conceito de *res publica* numa esfera ampla, correspondente às coisas que pertencem a todos.

Pode-se verificar que essa noção conceitual está ligada a ideia de *res publica* no sentido greco-romano. No mesmo pensamento, a *res publica* como Cícero põe na boca de Cipião, a definição precisa de que “bem público é o bem do povo” (*res publica, res populi*).³⁴⁵

No entanto, tal conceito é demasiado amplo. Há a necessidade de se limitar o âmbito para que ele seja devidamente enquadrado no regime jurídico que se pretende tratar neste trabalho.

1.3 Delimitação e proposta da terminologia adequada

A designação “patrimônio público” adotada por muitos autores, conforme visto, é muito abrangente para o sentido que se pretende traçar, uma vez que várias esferas podem ser enquadradas dentro deste termo.

³⁴⁴ FRANCO António L. de Sousa. Finanças Públicas e Direito Financeiro. 4ª Ed. Vol I e II. Coimbra: Almedina, 2008. p. 303.

³⁴⁵ Segundo Comparato, o adjetivo *publicus* designava na linguagem dos juristas o que pertencia em comum a todo o povo romano, em oposição aos bens de propriedade particular dos indivíduos e na polis grega havia também a distinção entre o que era comum a todo o povo (*demossios*) e o que pertencia a alguém em particular. COMPARATO, Fábio Konder. Ética: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 617.

Atualmente, a designação tem sido adjetivada para abranger diversas realidades: patrimônio histórico, cultural, ambiental, artístico, turístico, patrimônio moral, científico, entre outros.

Tal perspectiva é identificada no conceito de patrimônio público disposto no artigo 1º, §1º da lei nº 4717/65 (Lei que regula a ação popular no Brasil): “consideram-se patrimônio público para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico.”³⁴⁶ A Constituição Federal brasileira apresenta, ainda, neste rol o meio ambiente e o patrimônio cultural, assim como a Constituição Portuguesa dispõe no artigo 52, nº 3, “a”.

Diante destas diferentes designações, vislumbrou-se a necessidade de se adicionar ao termo “patrimônio público” a expressão “econômico”, justamente para delimitar o âmbito de referência do direito fundamental. Tal direito compreende a primeira expressão trazida na lei supracitada correspondente aos “bens e direitos de valor econômico”.

Deste modo, o caráter econômico é essencial para delimitação por abranger bens, direitos e valores de ordem material (esfera econômica). Portanto, conclui-se pela denominação “patrimônio público econômico” por se referir ao conjunto de bens, direitos e valores econômicos pertencentes ao Estado, constituído e destinado para satisfazer as necessidades da coletividade.

Bresser-Pereira usa o termo “patrimônio econômico público” como o patrimônio de todos e para todos.³⁴⁷ Deste modo, a proposta a respeito da nomenclatura é adequada por remontar às origens da palavra *res publica* e por delimitar o âmbito e o conteúdo devido à utilização da expressão “econômico”.

Neste sentido, será adotada neste trabalho a terminologia “patrimônio público econômico” como patrimônio público com caráter peculiar econômico, na perspectiva material, financeira e pecuniária, ou seja, passível de quantificação monetária. Convém

³⁴⁶ BRASIL. Lei nº 4.717, de 29 de Junho de 1965. Lei que regula a ação popular. Diário Oficial da União, Brasília 5.7.1965 e republicado no DOU de 8.4.1974. Disponível in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm

³⁴⁷ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Cidadania e res publica : a emergencia dos direitos republicanos. Brasília : ENAP, 1997. p. 09 ss.

ressaltar que, por vezes, será utilizada a designação *res publica* em sentido estrito como sinônima ao termo “patrimônio público econômico”.

É sabido que existem outras esferas patrimoniais quando se trata dos bens juridicamente tutelados, como o patrimônio histórico-cultural que já foi reconhecido como um direito fundamental. Outros, porém, ainda estão sendo reconhecidos como é o caso do patrimônio público moral.

No entanto, para o presente estudo importa o estudo da esfera econômica do patrimônio que pertence ao Estado, o que condiz com a denominação “direito fundamental à proteção do patrimônio público econômico”, conforme foi utilizada desde o início do trabalho. Diante desta nomenclatura faz-se necessária a definição, a delimitação e a composição do bem jurídico tutelado.

2. Definição do bem jurídico tutelado

Ao Estado é imprescindível dispor de um conjunto de bens e direitos econômicos capazes de viabilizar as ações, tarefas, obrigações e serviços tanto para suas atividades internas quanto para o cumprimento da satisfação das necessidades dos indivíduos.

Neste sentido, Albano Santos assevera que independentemente das coordenadas de espaço e de tempo, os entes públicos necessitam de um conjunto, mais ou menos volumoso, de bens econômicos que lhe permita desenvolver suas ações. O autor ressalta que levando em consideração igualmente os direitos e as obrigações com conteúdo econômico pertencentes às entidades, descortina-se um vasto conjunto de valores que se pode designar por patrimônio público.³⁴⁸

Deste modo, o Estado possui bens e direitos de cariz econômico que constituem o patrimônio público. Este conjunto de bens e direitos visa promover ações dentro de uma perspectiva jurídico-administrativa.

³⁴⁸ SANTOS, J. Albano. Finanças Públicas. Oeiras: INA Editora, 2010. p. 290.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal (STF) em vários julgados tratou do patrimônio público. Em algumas decisões tratou exatamente do conteúdo do patrimônio público, conforme os ditames da Constituição. Vejamos:

(...) o conceito de patrimônio público me parece que é dado pela própria Constituição, embora haja uma lei ordinária falando sobre isso, mas a Constituição no artigo 71, II deixa claro o que é patrimônio público. É o conjunto de bens, valores e dinheiros da administração pública, artigo 71, II sobre a competência do Tribunal de Contas, no caso do Tribunal de Contas da União. (RE 576.155 DF; Rel. Ministro Ricardo Lewandowski; julg. 12.08.2010; DJE, p. 7).

A Suprema Corte definiu o patrimônio público segundo os preceitos constitucionais dispostos no artigo 71, II, mediante a atribuição de competências ao controle externo. Desta forma, convém transcrever o artigo para devida análise: “o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...) 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 deram causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público”.

A exegese do artigo 71, II, da Constituição Federal concebe uma definição quanto ao conteúdo do patrimônio público para fins de tutela e controle externo. Nota-se que é configurado o patrimônio público na vertente econômica, ou seja, no sentido estrito do termo patrimônio público.

O STF vincula o postulado deste artigo ao patrimônio público de natureza econômica por consistir na designação dos bens, dinheiros e valores públicos pertencentes à administração pública direta e indireta. Trata-se de elementos passíveis de avaliação econômica e financeira. Diferentemente do disposto no artigo 1º, §1º da lei nº 4717/65 (Lei que regula a ação popular no Brasil) que vislumbra o patrimônio público no sentido lato ao dispor: “consideram-se patrimônio público para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico.”

Portanto, neste estudo será adotado o sentido estrito do patrimônio público, ou seja, o patrimônio público na vertente econômica, o qual pode ser designado pelo conjunto de bens, dinheiros e valores – direitos e créditos – de natureza econômica (passíveis de avaliação pecuniária) pertencentes ao Estado.

Será realizada uma análise sucinta e específica de cada elemento (bens, dinheiros e valores) que compõe o acervo ou o conteúdo do patrimônio público econômico. Convém ressaltar que não se pretende esgotar o assunto, nem mesmo aprofundar cada elemento, mas o intuito consiste em demonstrar algumas peculiaridades dos elementos que compõem o patrimônio público econômico.

2.1 Composição do patrimônio público econômico

Para definir a composição do patrimônio público econômico é necessário analisar o assunto na perspectiva dos vários ramos das ciências, sobretudo, na economia, na contabilidade pública, no direito financeiro ou nas finanças públicas, no direito administrativo, no direito constitucional, entre outros.

Esta premissa é identificada por Sousa Franco que define o patrimônio global do Estado em termos econômicos, financeiros e contabilísticos, como os bens do ativo e obrigações do passivo que a eles se referem. No entanto, a análise será delineada sob a égide jurídica, não deixando de mencionar algumas perspectivas de outras áreas.³⁴⁹

Em suma, o patrimônio público econômico é formado por bens, dinheiros e valores – direitos e créditos – de natureza econômica (passíveis de avaliação pecuniária), pertencentes ao Estado torna-se imprescindível analisar o que se entende por bens, dinheiros e valores.

³⁴⁹ FRANCO António L. de Sousa. Finanças Públicas e Direito Financeiro. 4ª Ed. Vol I e II. Coimbra: Almedina, 2008. p. 305.

2.1.1 Bens públicos

O termo “bens” vem do latim *bene*, com significado de riqueza e prosperidade, correspondendo, em geral, à *res* dos gregos e dos romanos. Convém destacar que no sentido jurídico, há uma diferenciação entre bem e coisa. Há duas correntes doutrinárias. Uma que defende o bem como gênero e a coisa como espécie. A outra, ao contrário, defende o bem como espécie e a coisa como gênero, voltada para esfera mais pragmática. A segunda foi adotada pelo Código Civil brasileiro de 2002.

No sentido geral, Orlando de Carvalho conceitua “coisa” como toda a entidade do mundo externo sensível ou insensível com suficiente economicidade e individualidade para ter um estatuto permanente de domínio.³⁵⁰

Por outro lado, Ana Raquel Gonçalves Moniz define “coisa” mediante os elementos que a caracterizam. Segundo a autora, “coisa” é tudo aquilo que carece de personalidade jurídica (impessoalidade). Desta forma, ela destaca a noção de bem como algo com aptidão para satisfazer necessidades e interesses humanos suscetível de submissão na sua totalidade a um poder humano de utilização, transformação, valorização ou aproveitamento, sendo objetos materiais, algo mensurável ou, no mínimo, espacial e fisicamente delimitável.³⁵¹

A ideia de coisa pública surge da transposição da noção de propriedade do direito civil para a esfera pública, mas com algumas peculiaridades. Tempos depois a concepção de bem público foi se diferenciando devido à necessidade de se atribuir um regime jurídico próprio e com estrutura sistemática distinta do regime privado.

Neste sentido, torna-se necessário analisar algumas definições sobre os bens públicos, a iniciar pelos significados contidos em alguns dicionários jurídicos e das áreas interdisciplinares (contabilidade, direito financeiro, entre outros).

Segundo o dicionário jurídico De Plácido e Silva:

³⁵⁰ CARVALHO, Orlando de. Direito das Coisas – Do direito das Coisas em Geral. Coimbra Editora. 1977, p. 108ss.

³⁵¹ Moniz, Ana Raquel. O domínio Público: O critério e o Regime Jurídico da Dominialidade. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Coimbra, 2003. p. 71/72.

BENS PÚBLICOS: assim se entendem os bens de uso comum e os bens pertencentes ao domínio particular do Estado. Desse modo, em sentido lato, tanto se dizem públicos os bens destinados ao uso e gozo do povo, como aqueles que o Estado reserva para uso próprio ou de suas instituições e serviços públicos. ”³⁵²

O dicionário de Orçamento, Planejamento e Áreas afins de Osvaldo Sanches dispõe o seguinte significado:

BENS PÚBLICOS: em sentido amplo, enquadram-se como tais todas as coisas – corpóreas e incorpóreas, móveis ou imóveis, direitos ou créditos – que pertençam, a qualquer título, a entidades do setor público (...)” ³⁵³

Em sentido amplo, entende-se por bem público, o conjunto de coisas corpóreas ou incorpóreas, imóveis, móveis e semoventes, créditos, direitos e ações que pertençam, a qualquer título, às entidades estatais, autárquicas, fundacionais e empresas governamentais. ³⁵⁴

Por outro lado, Teixeira Ribeiro salienta que os bens públicos são bens produzidos pelo Estado para satisfazer as necessidades coletivas. Segundo ele, existem os bens públicos propriamente ditos que se limitam a satisfazer as necessidades coletivas e os bens semipúblicos que satisfazem duas ordens de necessidades. ³⁵⁵

Celso Antônio Bandeira de Mello entende que bens públicos são todos os bens que pertencem às pessoas jurídicas de direito público (União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias e fundações), bem como os que, embora não pertencentes a tais

³⁵² Ressalta-se que a escolha dos dicionários, diante de tantos, foi preconizada pelos dicionários de referência (um no âmbito jurídico e outro no âmbito financeiro e orçamentário). SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 26ª ed. Rio de Janeiro, 2005. p. 1015, 1132, 212, 207 e 218.

³⁵³ SANCHES, Osvaldo Maldonado. Dicionário de Orçamento, Planejamento e Áreas afins. Brasília: Primas/OMS, 2004. p. 51 e 255.

³⁵⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo brasileiro. 38ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012. p. 576.

³⁵⁵ RIBEIRO, José Joaquim Teixeira. Lições de Finanças Públicas. 5ª Ed. Coimbra editora, 2011. p. 27-28.

pessoas, estejam afetados à prestação do serviço público. Para ele, o conjunto de bens públicos forma o ‘domínio público’ que inclui os bens móveis e imóveis.³⁵⁶

Diante destes significados, pode-se destacar que “bem público” é todo bem móvel, imóvel ou semovente, que pertence aos entes públicos (Administração direta e indireta), compreendendo aqueles bens destinados ao uso e gozo do povo, aqueles reservados ao aparelho estatal (instituições e serviços), bem como os bens que estão destinados à prestação do serviço público.

a) Classificação dos bens públicos

Em Roma havia uma divisão dos bens públicos, em que a *res nullius* era designada pelas coisas extra ou fora do comércio que se dividiam em *res communes* (rios, mares, portos, etc), *res publicae* (terras que eram propriedade de todos) e a *res universitates* (fórum, praças, ruas, etc).

No entanto, a doutrina menciona que a origem da classificação dos bens públicos estaria vinculada ao Código de Napoleão de 1804, ao prever que os bens eram insuscetíveis de propriedade privada (mares, rios, estradas, etc). Esta noção preliminar de bens públicos dispõe que os bens não podem ser apropriados ou regidos segundo os critérios da propriedade privada.³⁵⁷

Atualmente, a legislação brasileira dispõe de uma classificação dos bens públicos segundo o critério da destinação ou afetação do bem. O artigo 99 e seguintes do Código Civil brasileiro de 2002 consagram a designação e a classificação dos bens públicos, a saber: a) *bens de uso comum do povo* àqueles destinados a utilização por toda a coletividade (mares, rios, estradas, ruas, etc; que são bens inalienáveis enquanto conservarem tal qualificação, na forma da lei); b) *bens de uso especial*, consistem nos bens utilizados na prestação de serviços públicos e para própria manutenção do Estado (edifícios, terrenos utilizados pelas repartições públicas, inclusive autarquias, para exercer suas responsabilidades); e, c) *bens dominicais* aqueles que constituem o

³⁵⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 520.

³⁵⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia. Direito Administrativo. 20ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007. p. 612.

patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, mas que são disponíveis ou alienáveis, observadas as exigências legais.

A doutrina tem elaborado algumas reclassificações, tendo em vista a classificação disposta no Código Civil. Hely Lopes Meirelles reclassifica os bens públicos mediante o critério da vinculação do Poder Público por meio das relações de domínio ou de serviço sujeitos à sua administração, destacando: a) *bens do domínio público* como bens de uso comum do povo; b) *bens do patrimônio administrativo* que consistem nos bens de uso especial; e c) *bens do patrimônio disponível* que são os bens dominicais.³⁵⁸

O Regulamento Geral da Contabilidade Pública (Decreto 15.783/1922) previa a reclassificação, pois estabelecia que os bens de uso especial e dominicais se chamavam bens patrimoniais do Estado. Os bens de uso especial eram denominados também por bens indisponíveis e os bens dominicais por bens disponíveis. Apesar dessas nomenclaturas não constarem no Código Civil vigente, as características que elas descrevem permanecem atreladas a cada um dos tipos de bens públicos, segregando-os conforme a disponibilidade ou não disponibilidade.

Segundo o disposto no artigo art. 202, nº 2 do Código Civil português “consideram-se, porém, fora do comércio todas as coisas que não podem ser objecto de direitos privados, tais como as que se encontram no domínio público e as que são, por sua natureza, insusceptíveis de apropriação individual”. Pode-se verificar que o direito português usou a expressão do direito romano ao mencionar as coisas fora do comércio.

Sousa Franco assevera que o domínio público é composto por bens de domínio público natural (domínio hídrico, domínio aéreo e mineiro), bens de domínio público artificial (domínio de circulação, domínio monumental, cultural e artístico) e bens de domínio militar. E o domínio privado é constituído por bens que Administração adquire em condições, a princípio, segundo as normas do direito privado e não são regidos pelo domínio público.³⁵⁹ No entanto, a expressão ‘domínio público’ pode ter outros sentidos, sendo necessário tratar do assunto em um tópico específico, como se verá a seguir.

³⁵⁸ O autor ressalta que esta classificação de acordo com o Código Civil não é exaustiva, devido à ampliação das atividades estatais. Ex: art. 1252 do CC, 1276 do CC. MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo brasileiro. 38ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012. p. 578.

³⁵⁹ FRANCO António L. de Sousa. Finanças Públicas e Direito Financeiro. 4ª Ed. Vol I e II. Coimbra: Almedina, 2008. p. 309. Ver também: SANTOS, J. Albano. Finanças Públicas. Oeiras: INA Editora, 2010. p. 291.

É importante salientar, neste contexto, a noção classificatória de bens públicos segundo o critério fiscal de custos e beneficiários, dada por José Casalta Nabais. O autor dispõe a seguinte classificação: a) bens correspondentes às funções clássicas do Estado, às funções *tout court* como, por exemplo, os bens públicos de defesa nacional, de política externa, de política econômica, segurança, e proteção de policiais, entre outros; b) bens públicos por natureza que são os bens insuscetíveis de divisão nos seus custos pelos que deles beneficiam, devendo ser financiados por impostos; c) bens públicos por imposição constitucional, sendo bens que, embora os seus custos podem ser repartidos pelos utentes, como os relativos à saúde, educação, habitação, segurança social, etc, tais direitos devem ser estendidos a todos, devendo os custos desses bens serem suportados pelos contribuintes.

Segundo o autor, todos os bens que não são bens públicos por natureza são considerados como bens públicos por imposição constitucional. Por força da Constituição os custos com esses bens devem ser suportados por todos os contribuintes.³⁶⁰

Wilhelm Gerloff e Fritz Neumark mencionam que o patrimônio público se compõe de coisas e direitos pecuniários pertencentes à comunidade. Eles vislumbram a classificação do patrimônio público segundo a importância funcional: a) patrimônio financeiro ou patrimônio fiscal é designado pelas coisas e direitos pecuniários utilizados pela comunidade; b) patrimônio administrativo consiste em servir o cumprimento de tarefas administrativas de direito público – edifícios oficiais, campos militares, etc -; c) coisas públicas em sentido estrito são as coisas cujo uso conforme o seu destino se permite qualquer um dentro da coletividade – ruas e praças públicas, águas públicas, praias marítimas, etc.³⁶¹

Diante destas inúmeras classificações dos bens públicos é possível vislumbrar um liame entre elas presente na perspectiva do domínio e afetação dos bens mediante os critérios da destinação e utilização do bem.

³⁶⁰ NABAIS, José Casalta. Da sustentabilidade do Estado Fiscal. In: Sustentabilidade fiscal em tempos de crise / coordenadores: José Casalta Nabais, Suzana Tavares da Silva ; autores: Gabriel Prado Leal ... [et. al]. -- Coimbra : Almedina, 2011. p. 14-15.

³⁶¹ GERLOFF, Wilhelm e Fritz Neumark. Tratado de Finanzas. Libreria “El Ateneo” – editorial. Tomo I. p. 116.

b) Bens de domínio público

Ao estudo dos bens públicos é imprescindível a análise do conjunto de bens sujeitos a um regime denominado domínio público. Esta concepção é de suma importância na especificação da coisa, sobretudo, na perspectiva de sua utilização.³⁶²

A acepção '*dominae public*' é multiforme, ou seja, tem diversos significados. A expressão, num sentido amplo, pode designar o conjunto de bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno, políticas e administrativas, seguindo o critério da titularidade dos bens públicos. Pode também significar o rol de bens afetados a um fim específico ou bens que são diretamente utilizados pelo povo, diante do critério da destinação dos bens públicos.

O termo pode ser exteriorizado também segundo a lógica da soberania interna do Estado, isto é, conforme o poder que o Estado possui sobre todos os bens do território nacional, sejam bens privados ou bens públicos. Nesse sentido, o Estado exerce um *domínio eminente* sobre os bens privados. O Estado não tem direito de propriedade, mas tem o poder de estabelecer limitações, restrições, regime e servidões. Já em relação aos bens públicos há o chamado *domínio patrimonial* que consiste no direito de propriedade que o Estado exerce sobre seus bens, mediante o regime administrativo especial.³⁶³

No Brasil, há uma divergência quanto à vinculação do termo de acordo com a classificação do artigo 99 do Código Civil. Conforme visto, alguns autores vinculam o termo apenas aos bens de uso comum do povo, discriminados no inciso I; outros autores, por sua vez, vinculam a expressão 'domínio público' aos bens de uso comum do povo e aos bens de uso especial, incisos I e II do artigo mencionado.

Deste modo, o domínio público é composto pelos bens que não podem ser objeto de direito privado, submetidos por lei ao domínio do Estado e subtraídos ao comércio privado devido à sua designação de utilidade coletiva.

³⁶² Moniz, Ana Raquel. O domínio Público: O critério e o Regime Jurídico da Dominialidade. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Coimbra, 2003. p. 76.

³⁶³ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo brasileiro. 38ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012. p. 574.

No direito português diversos critérios eram utilizados para que os bens pudessem ser considerados de domínio público. Os bens de domínio público correspondem aos seguintes bens: a) bens afetos ao uso imediato do público e insuscetíveis de propriedade privada (Bérthélemy); b) os bens afetos ao uso do público ou aos serviços públicos, critério de uso público direto ou indireto (Hauriou); c) os bens que desempenham o papel principal em serviços públicos essenciais (Jèze); d) os bens particularmente adotados ao funcionamento de um serviço público ou à satisfação de uma necessidade pública e que não podem ser substituídos sem inconveniente (Waline); e, e) os bens que por si só oferecem imediata utilidade pública na satisfação dos interesses sociais de maior gravidade (Otto Mayer).³⁶⁴

O domínio privado é o conjunto de bens pertencentes ao Estado que, em regra, estão sujeitos a um regime de direito privado e inseridos no comércio jurídico, ou seja, é composto de uma massa complexa de bens que podem ser considerados instrumentais quanto à satisfação das necessidades públicas e que englobam coisas imóveis ou móveis.³⁶⁵

Ana Raquel Moniz menciona que as coisas pertencentes ao domínio público estão sujeitas a um regime jurídico mais exigente de direito público, já os bens integrantes do domínio privado estão submetidos a um regime mais ou menos protetor, conforme esteja em causa a especificação do domínio privado indisponível ou disponível, respectivamente. A autora ressalta que o critério utilizado pela doutrina portuguesa está evidenciado na utilidade pública como aptidão das coisas para satisfação das necessidades coletivas, tendo em vista que os demais critérios identificados no domínio público estão enquadrados no âmbito da utilidade pública.³⁶⁶

José Pedro Fernandes assevera que domínio público é o conjunto das coisas que, pertencendo a uma pessoa coletiva de direito público de população e território, são submetidas por lei, dado o fim de utilidade pública a que se encontram afetadas, a um regime jurídico especial caracterizado, sobretudo, pela sua não comerciabilidade, em ordem a preservar a produção dessa utilidade pública (acepção objectiva). Outro

³⁶⁴ Moreira, José Carlos. *Do Domínio Público*. Coimbra: Editora Coimbra, 1931. p.54 ss.

³⁶⁵ SANTOS, J. Albino. *Finanças Públicas*. Oeiras: Ina Editora, 2012. p. 292

³⁶⁶ Moniz, Ana Raquel. *O domínio Público: O critério e o Regime Jurídico da Dominialidade*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Coimbra, 2003. p. 106ss.

significado de domínio público é o conjunto de normas que definem e regulam os direitos que se exercem sobre as coisas públicas (acepção institucional).³⁶⁷

Deste modo, os artigos 84 ° e 165 ° da Constituição Portuguesa contempla e dispõe sobre o conjunto de bens que integra o domínio público, bem como a legislação em geral. Ana Raquel Moniz destaca a existência, no direito português, de um domínio público *ex constitutione* a par de um domínio público *ex lege*, uma vez que o constituinte concedeu certa liberdade ao legislador infraconstitucional nesta matéria.

c) Afetação e desafetação dos bens públicos

Da análise das classificações são verificados os requisitos da afetação e desafetação como parâmetros, dentre outros, de diferenciação dos bens públicos. Desta forma, é relevante traçar breves considerações acerca da matéria.

A afetação é um verdadeiro “instrumento da dinâmica do domínio público” (Ana Raquel Moniz) por consistir na aplicação correta do regime jurídico e no destino e determinação da utilização do bem.³⁶⁸

Neste sentido, a afetação consiste na atribuição de uma finalidade específica ao bem público, isto é, o Estado designa o bem como afetado vinculando-o a uma finalidade específica, seja para o uso da população ou mesmo para desenvolvimento de alguma atividade estatal.

Já a desafetação é a modificação dos destinos de bens públicos de uso comum ou de uso especial que passarão à categoria de bens dominicais. Os bens que fazem parte do rol do património disponível da Administração Pública são assim denominados por não terem uma destinação pública determinada ou um fim administrativo específico e poderão ser usados ou alienados (mediante o cumprimento das exigências legais), segundo a

³⁶⁷ Fernandes, José Pedro. Domínio Público. Dicionário Jurídico da Administração Pública. Vol. IV, 1991. p. 166.

³⁶⁸ Moniz, Ana Raquel. O domínio Público: O critério e o Regime Jurídico da Dominalidade. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Coimbra, 2003. p. 92.

condição da desafetação. Ao contrário dos bens afetados, que são considerados bens indisponíveis.

Os bens de uso comum do povo e os bens de uso especial são afetados e os bens dominicais são considerados desafetados, segundo a classificação do Código Civil brasileiro. Quanto às outras classificações são considerados bens afetados os que se encontram no âmbito do domínio público, bem como os bens indisponíveis.

Quando ocorrer a desafetação será em decorrência da “desdomicialização”, cujo efeito jurídico retira da coisa a função pública que desempenhava.³⁶⁹ De modo geral, pode-se dizer que os bens que se destinam ao uso pela população ou são utilizados pelas entidades e órgãos públicos para o desenvolvimento de suas atividades devem ser considerados bens afetados. Por outro lado, os bens que não se enquadram nessas categorias finalísticas são considerados bens desafetados.

Portanto, conforme a classificação do Código Civil brasileiro, os bens públicos de uso comum e especial são inalienáveis em virtude da afetação, já os bens dominicais são alienáveis devido a sua desafetação, ou seja, não possuem destinação pública determinada ou nem mesmo uma finalidade administrativa específica.

O artigo 100 do Código Civil destaca que os bens de uso comum do povo e os especiais são inalienáveis, salvo se desafetados, ou seja, se for retirada a destinação determinada.

Portanto, o bem pode ser mudado de destinação, conforme a afetação ou desafetação. Em princípio, todos os bens de uso especial podem sofrer desafetação. Quanto aos bens de uso comum, há alguns que por sua finalidade ser vinculada ao interesse geral decorrente de sua natureza não poderão ser desafetados.³⁷⁰

No âmbito do direito português, fala-se em *patrimônio geral* e *patrimônio especial* segundo o critério da afetação. Sousa Franco menciona que o Estado dispõe de um patrimônio geral que se integra por todo o elemento do ativo ou do passivo patrimonial que não tenha regime especial. O autor assevera que os patrimônios especiais podem ser

³⁶⁹ Moniz, Ana Raquel. O domínio Público: O critério e o Regime Jurídico da Dominialidade. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Coimbra, 2003. p. 105.

³⁷⁰ Para aprofundamento do tema ver: FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. p. 696.

patrimônio de afetação quando são juridicamente determinados pela existência de um regime próprio ou patrimônio de gestão, sendo definidos pela entidade gestora com função particular a uma tarefa ou programa do Estado.³⁷¹

d) Regime Jurídico e as peculiaridades dos bens públicos

Os bens públicos são dotados de atributos que lhe conferem um regime jurídico distinto dos bens privados. Assim, os bens públicos possuem algumas características peculiares, sendo resguardos e tutelados de forma diferenciada.

Neste sentido, os bens públicos têm, em regra, as seguintes características: inalienabilidade, imprescritibilidade, impenhorabilidade e não onerosidade, conforme o princípio da intangibilidade.

O Ministério das Finanças de Portugal dispõe que o regime jurídico dos bens imóveis dos domínios públicos do Estado, das Regiões Autónomas e das autarquias locais é recortado pelos princípios da inalienabilidade, imprescritibilidade, impenhorabilidade e pela possibilidade de os bens em causa serem utilizados, pela Administração, através de reservas e mutações dominiais e de cedências de utilização e, pelos particulares, designadamente através de licenças ou concessões de exploração.³⁷²

Desta forma, o regime do domínio público em Portugal é baseado nos seguintes princípios, segundo Sousa Franco: a) regime fixado por lei, atendendo à essencialidade para o interesse público (art. 202, n.º 2 do CC, e a *contrario* o art. 1304); b) da própria lei que se resultará o caráter público; c) os bens inalienáveis e subtraídos ao comércio jurídico privado são também imprescritíveis (art. 298 e 1287 CC), impenhoráveis e não oneráveis; d) são destinados ao serviço público, pelo público ou por particulares especialmente autorizados; e) somente as pessoas coletivas (Estado e autarquias-locais) dispõem de domínio público.

³⁷¹ FRANCO António L. de Sousa. Finanças Públicas e Direito Financeiro. 4ª Ed. Vol I e II. Coimbra: Almedina, 2008. p. 307.

³⁷² Disponível in: <http://www.dgdf.pt/patrimonio-imobiliario/bens-do-dominio-publico>

O autor assevera que o regime do domínio privado (bens que a Administração adquire sob as rédeas do direito privado, ou seja, são bens que, embora pertencentes ao Estado, não são por essência próprios de sua atividade) dispõe dos seguintes princípios: a) em regra, é regido pelo direito comum (art. 1314 do CC), salvo quando pela natureza ou disposição especial não seja possível tal aplicação; b) os bens são adquiridos livremente e não obedecem a tipicidade legal; c) eles são, em princípio, alienáveis, penhoráveis, prescritíveis e expropriáveis; d) são geridos pelo Ministro das Finanças; e) devem ser desamortizados, ou seja, devem pertencer ao patrimônio do Estado somente aqueles bens que servem efetivamente à realização dos fins do Estado, os demais devem ser alienados para gerar receitas ao Estado.³⁷³

No Brasil, há também a preocupação de se diferenciar o regime jurídico dos bens de domínio público (bens de uso comum do povo e de uso especial) e o regime jurídico de domínio privado (bens dominicais assim denominados pelo Código Civil, ou seja, bens do patrimônio disponível previstos no antigo Regulamento Geral de Contabilidade Pública).

Portanto, o regime jurídico dos bens de domínio público é regido pelo Direito Público possuindo, em regra, os atributos da inalienabilidade, imprescritibilidade, impenhorabilidade e a impossibilidade de oneração. Já os bens de domínio privado do Estado seguem o regime do direito privado, salvo se houver regras jurídicas específicas.

Nota-se que a Constituição ainda resguardou os bens públicos do fenômeno do usucapião, determinando expressamente a proibição no artigo 183, §3º ao dispor que os bens “imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião”. No mesmo sentido, verifica-se o disposto no parágrafo único do art. 191.

Algumas normas infraconstitucionais tratam da proteção e indisponibilidade dos bens públicos: o Decreto-Lei 9.760/1946 e a Lei 9.636/1998 tratam dos bens imóveis da União; a Lei 5.972/1973 dispõe sobre registros dos bens públicos; a Lei 6383/1976 versa sobre as Terras devolutas, entre outras.

³⁷³ FRANCO António L. de Sousa. Finanças Públicas e Direito Financeiro. 4ª Ed. Vol I e II. Coimbra: Almedina, 2008. p. 310-311.

Em Portugal, existem várias normas, dentre elas destacam-se o Decreto-Lei (DL) n.º 477/80, de 15 de Outubro e a Portaria n.º 671/2000, de 17 de Abril, que estabelece o Cadastro e Inventário dos Bens do Estado (CIBE).

e) Administração e alienação dos bens públicos

De modo geral, a administração do patrimônio público consiste nos atos de aquisição, conservação e conveniente aproveitamento do bem e da contabilização como parte da atividade administrativa ordinária. Enfim, a administração do patrimônio público consiste no conjunto de atos que são necessários à utilização e conservação dos bens públicos.³⁷⁴

No sentido estrito a administração de bens compreende-se, geralmente, o poder de utilização e conservação das coisas administradas, sendo que tais fins independem de autorização especial. Diferente do que ocorre com a alienação, a oneração e a aquisição que traduzem a ideia de propriedade que, em regra, exigem lei autorizadora e licitação para efetuação.³⁷⁵

Hely Lopes Meirelles dispõe que todo bem público fica sujeito ao regime administrativo pertinente ao seu uso, conservação e alienação. Segundo o autor cabe ao Poder Público a administração e a proteção de seus bens por meio de ações judiciais para garantir a propriedade e a defesa da posse.³⁷⁶

A administração dos bens públicos deve seguir as exigências legais e os princípios regentes como, por exemplo, o princípio da indisponibilidade ou intangibilidade.

Em Portugal, Sousa Franco menciona que a administração é regida por regras gerais em que o Estado deve alienar os bens de que não necessite (desamortização disposta no art. 60 do Regulamento 12/12/1863) e só pode adquirir bens que lhe sejam extremamente necessários, segundo os ditames do princípio da subsidiariedade

³⁷⁴ GERLOFF, Wilhelm e Fritz Neumark. Tratado de Finanzas. Libreria “El Ateneo” – editorial. Tomo I. p. 117.

³⁷⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo brasileiro. 38ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012. p. 579.

³⁷⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo ...p. 579.

patrimonial. A administração pelo Estado e seus serviços compete por lei ao Ministério das Finanças.³⁷⁷

No Brasil, todas as entidades públicas, desde que tenham personalidade jurídica, podem dispor de um patrimônio, isto é, tem capacidade patrimonial e, em princípio, podem gerir o seu patrimônio livremente, embora sujeitas a formas diversas de controle e tutela.³⁷⁸

Os bens públicos, salvo se destinados a uma determinada atividade, podem e devem ser explorados pela entidade titular. A boa administração revela-se não só na idoneidade, mas também na capacidade de fazer com que o patrimônio dê lucro em proveito da comunidade. Nesta perspectiva, Regis de Oliveira aduz que não é pressuposto da noção de serviço público a ideia de prejuízo, mas também não lhe é estranha a ideia de lucro.³⁷⁹

Observa-se que por um lado há uma autonomia gerencial patrimonial, mas esta não é absoluta, tendo que respeitar os limites de tutela e controle dispostos na Constituição e nas normas infraconstitucionais.

Convém ressaltar que os bens incluídos no âmbito do patrimônio público econômico são todos os bens suscetíveis de avaliação pecuniária, ou seja, podendo ser mensurados de forma econômica e financeira.

Esta premissa é importante para verificar que a administração de tais bens gera recursos ao Estado, devendo ser passível de controle e regida por princípios, sobretudo, pelo princípio da boa administração (tal princípio será abordado no último capítulo do trabalho).

³⁷⁷ FRANCO António L. de Sousa. Finanças Públicas e Direito Financeiro. 4ª Ed. Vol I e II. Coimbra: Almedina, 2008. p. 332.

³⁷⁸ FRANCO António L. de Sousa. Finanças Públicas...p. 306.

³⁷⁹ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Curso de Direito Financeiro. 4ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Trinais, 2011. p. 242.

2.1.2 Valores e dinheiro público

Os direitos e créditos são elementos que compõem o conceito de patrimônio público econômico. Trata-se de um conceito no sentido amplo, contemplando os direitos sobre os bens, materiais ou mesmo direitos de créditos.

O Supremo Tribunal Federal, desde muito tempo, considera a noção ampla de patrimônio público para fins de tutela por meio de ação popular. A Suprema Corte dispõe que patrimônio é tomado no sentido amplo, compreendendo ainda direitos que não se referem aos bens, mas abrangem a aplicação de dinheiros públicos e envolvem direitos de valor econômico.³⁸⁰

Segundo Francisco Glauber Lima Mota os direitos a receber compreendem os créditos decorrentes de atividades do Estado como sujeito de direito contra terceiros, entre os quais estão a dívida ativa, os empréstimos a receber, os fornecimentos a receber, entre outros. O autor dispõe que os créditos a receber das entidades públicas complementam, juntamente com os bens públicos, a parte positiva do patrimônio público.³⁸¹

No direito português os direitos e créditos são também chamados de patrimônio creditício ou patrimônio financeiro (conforme consta no art. 6º do DL 477/80).

Quanto ao dinheiro propriamente dito, a palavra “erário” vem do latim *aerarium* e denota, por vezes, o significado de dinheiro e/ou valores, sendo plasmada na ideia de “tesouro” ou mesmo segundo a designação de “cofres públicos”.

Nesse sentido, o erário público consiste em todo dinheiro (caráter monetário) que o Estado detém, seja por meio da arrecadação de tributos, de rendas pela prestação de serviços públicos, alienação ou exploração de bens, entre outros.

A legislação brasileira menciona a respeito do tema, em diversos dispositivos, pode-se citar como exemplo o parágrafo único do artigo 70 e o inciso II do artigo 71 da

³⁸⁰ RE 60422 / SP - SÃO PAULO - RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Relator(a): Min. THEMISTOCLES CAVALCANTI Julgamento: 29/05/1968 Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO. Disponível in: www.stf.jus.br

³⁸¹ MOTA, Francisco Glauber Lima. Contabilidade aplicada ao Setor Público. Brasília: Estefânia Mota. 2009. p. 271/272.

Constituição Federal, bem como o artigo 10 da Lei 8.429/1992 e o artigo 93 do Decreto nº 200/67.³⁸²

Fernando Rodrigues Martins aduz que o erário público consiste nos dinheiros e valores do Estado, no plano jurídico. Na esfera econômica ele está vinculado à noção de moeda mediante as seguintes funções: a) meio de troca, b) unidade de conta e, c) reserva de valor, cuja titularidade pertença à Administração Pública.

O autor destaca a importância monetária do erário, tendo em vista que a moeda autoriza o Estado, como meio de troca à rápida contrapartida à aquisição de um bem; como unidade de conta, exprime a forma numérica de seus ativos e passivos diante da necessidade de transparência e prestação de contas; e como reserva de valor, a acumulação de poder aquisitivo para as necessárias provisões do futuro.³⁸³

O Superior Tribunal de Justiça também vislumbra o erário como o patrimônio material (sentido estrito de patrimônio), diferenciando-o do conceito de patrimônio público em sentido lato que corresponde patrimônio material e imaterial da Administração Pública.³⁸⁴

O erário público apresenta uma relevância peculiar e diferenciada dos bens públicos, por duas razões primordiais: 1) por se tratar de dinheiro ou moeda provê à Administração poderes negociais por possuir liquidez (o que não ocorre a curto prazo com os bens públicos), sendo importante, sobretudo, nos momentos de crises; 2) o dinheiro e os valores contidos no erário podem, em determinadas circunstâncias ser bloqueados para prover necessidades básicas urgentes, quando estiver em causa

³⁸² 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, assumas obrigações de natureza pecuniária”. Art. 71, 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”. Art. 10 da Lei 8.429/92 – “Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei (...)”. Art. 93 - “Quem quer que utilize dinheiros públicos terá de justificar seu bom e regular emprego na conformidade das leis, regulamentos e normas emanadas das autoridades administrativas competentes”.

³⁸³ MARTINS, Fernando Rodrigues. Controle do Patrimônio Público. Comentários à lei de Improbidade Administrativa. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 147.

³⁸⁴ Resp. n.1014.161-SC, 2 T, STJ, j. 17-08-10, Rel. Ministro Mauro Campell Marques, DJE 20-09-10. Disponível in: www.stj.jus.br

princípios como o direito à vida e a dignidade da pessoa humana, ao passo que os bens são, em regra, dotados da proteção da inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade.

Outro aspecto relevante consiste na premissa de que o erário público é passível de ser violado com mais facilidade, tendo em vista as formas de movimentação, gestão e administração do dinheiro público, o que pressupõe para sua tutela formas e métodos mais contundentes, como será visto adiante.

Em Portugal, o erário também é denominado de patrimônio da tesouraria, sendo formado pelos meios monetários do Estado. Ele é constituído pelo conjunto dos meios de liquidez em curto prazo de que o Estado é titular.³⁸⁵

Portanto, o patrimônio público econômico é constituído pelos bens, direitos, créditos e dinheiros pertencentes à Administração Pública direta ou indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas, mantidas ou que detém recursos provenientes do Poder Público.

3. As variações do patrimônio público econômico

O patrimônio público é constituído, conforme visto, pelo conjunto de bens, direitos, créditos e dinheiros pertencentes ao Estado. Neste contexto, verifica-se que o patrimônio público é variável diante da movimentação através do fluxo de entrada e saída de recursos.

É pacífica, na área da contabilidade, a afirmação que patrimônio envolve a análise de ativos e de passivos. O conceito mais utilizado pelos contadores é o de patrimônio líquido que, segundo o IASB (*International Accounting Standards Board*), consiste no interesse residual nos ativos da entidade depois de deduzir todos os seus passivos.

³⁸⁵ FRANCO António L. de Sousa. Finanças Públicas e Direito Financeiro. 4ª Ed. Vol I e II. Coimbra: Almedina, 2008. p. 313-314.

Neste sentido, o Estado possui um *patrimônio bruto* – constituído pelas posições jurídico-econômicas ativas suscetíveis de avaliação pecuniária – e um *patrimônio líquido* – excedente em valor da respectiva situação do ativo sobre o passivo. Segundo Sousa Franco essa perspectiva contempla a base jurídica do patrimônio público. Fazem parte do patrimônio do Estado os direitos e outras posições ativas, com as correspondentes obrigações e situações passivas.³⁸⁶

Conforme o disposto nas Normas Internacionais de Contabilidade para o Setor Público (IPSAS), o patrimônio líquido corresponde à participação residual nos ativos da entidade após deduzir todo o seu passivo.³⁸⁷ Neste domínio, é importante traçar uma breve abordagem sobre a noção de ativo e passivo. O termo “ativo”, segundo os dicionários jurídico e orçamentário-financeiro, possui os seguintes significados:

“ATIVO: quer na linguagem jurídica ou comercial, é representativo da existência de um bem, de um valor, ou de um crédito, que pertence a determinada pessoa ou certa entidade jurídica. (...) ativo indica o patrimônio, ou seja, a totalidade de bens ou haveres, pertencentes à pessoa, desde que avaliáveis ou apreciáveis em dinheiro. Significa toda espécie de valor com que a pessoa pode contar para satisfazer suas obrigações ou seus compromissos.”³⁸⁸

“ATIVO: termo básico nos sistemas contábeis, utilizado para expressar o conjunto de bens, valores, créditos, direitos e assemelhados que formam o patrimônio de uma empresa ou instituição, num determinado momento, avaliados pelos respectivos custos.”³⁸⁹

Portanto, as Normas Internacionais de Contabilidade para o Setor Público (IPSAS) dispõem que “ativos são recursos controlados por uma entidade em

³⁸⁶ FRANCO António L. de Sousa. Finanças Públicas e Direito Financeiro. 4ª Ed. Vol I e II. Coimbra: Almedina, 2008. p. 305.

³⁸⁷ Disponível in: http://www.cfc.org.br/uparq/ipsas2010_web.pdf

³⁸⁸ SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 26ª ed. Rio de Janeiro, 2005. p. 1015, 1132, 212, 207 e 218.

³⁸⁹ SANCHES, Osvaldo Maldonado. Dicionário de Orçamento, Planejamento e Áreas afins. Brasília: Primas/OMS, 2004. p. 35.

consequência de eventos passados e dos quais se espera que resultem fluxos de benefícios econômicos futuros ou potencial de serviços para a entidade”.³⁹⁰

Do ativo patrimonial do Estado podem ser mensurados todos os bens (em sentido amplo) suscetíveis de avaliação pecuniária. Portanto, o termo “ativo” está vinculado à ideia de um conjunto de bens, valores, créditos ou direitos e demais noções semelhantes que formam o patrimônio de uma empresa ou instituição, ou seja, consiste na totalidade de bens ou haveres passíveis de valoração econômico-financeira.

Já o “passivo” corresponde às obrigações e responsabilidades atreladas ao Estado. Segundo as Normas Internacionais de Contabilidade para o Setor Público (IPSAS) passivos “são as obrigações presentes da entidade, derivadas de eventos já ocorridos, cujo pagamento se espera que resulte em saída de recursos da entidade, os quais são capazes de gerar benefícios econômicos ou potencial de serviços”.³⁹¹

Niyama ressalta que um item para ser considerado “ativo” deve preencher os seguintes requisitos: gerar benefício econômico futuro; ser controlado pela entidade e ser resultante de um evento que ocorreu no passado. E para ser considerado “passivo” os requisitos são: ser uma obrigação atual da entidade; resultado de eventos passados e a liquidação implicar num desembolso de benefícios econômicos.³⁹²

Bresser-Pereira designa que o patrimônio econômico público ou a *res publica*, em sentido estrito, é um bem econômico comum fundamental constituído pelo estoque de ativos públicos (patrimônio) e principalmente do fluxo de recursos públicos (de dinheiro) que o Estado e as organizações públicas não estatais realizam periodicamente.³⁹³

Diante desta perspectiva, pode-se verificar que o patrimônio público econômico é delineado por um fluxo de recursos, uma vez que as operações e os procedimentos modificam a base ativa e passiva a ele atreladas.

Sousa Franco observa que o patrimônio é uma realidade contínua e permanente («stock»), ainda que haja constante mudança na consistência concreta e o valor dos bens

³⁹⁰ Disponível in: http://www.cfc.org.br/uparq/ipsas2010_web.pdf

³⁹¹ Disponível in: http://www.cfc.org.br/uparq/ipsas2010_web.pdf

³⁹²³⁹² NIYAMA, Jorge Katsumi e César Augusto T. Silva. Teoria da Contabilidade. São Paulo: Atlas, 2013. p. 117 e 160.

³⁹³ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Cidadania e res publica : a emergencia dos direitos republicanos. Brasília : ENAP, 1997. p. 09 ss.

que o compõem. Por outro lado, o rendimento é constituído por um fluxo que, embora permanente, deve ser medido num dado período de tempo. Para ele, os bens públicos podem prestar utilidade de carácter duradouro ou permanente como podem ter reflexos nos fluxos da receita e despesa que caracterizam o orçamento.

O Estado tem que prover as necessidades do povo, por meio de atividades desenvolvidas pelos órgãos públicos. Neste sentido, o Estado deve obter recursos para que possa atingir tal fim. A noção de receita e despesa é importante neste cenário. As demandas sociais, jurídicas, políticas e econômicas geram necessidades a serem providas (noção de despesa pública); e para que sejam providas são necessários ter recursos (noção de receita pública).

Albano Santos dispõe que a massa de bens e de direitos que compõe o patrimônio público tende a constituir uma permanente fonte de receitas públicas, seja pela exploração direta por parte dos entes públicos a quem lhe estão atribuídos ou mesmo pela sua concessão a entidades particulares.³⁹⁴

Neste sentido, Marcelo Rodrigues menciona que tais receitas poderão ser auferidas a partir de três fontes distintas: a) patrimonial, sendo representada pelos bens mobiliários e imobiliários, bem como pela exploração direta de empresas; b) crédito, por meio de empréstimos; e, c) tributária. O autor dispõe que o Estado fiscal contemporâneo, além do expressivo número das despesas, também vivencia o estreitamento de suas bases tributárias, causado pela intensificação da circulação de pessoas, produto, serviço e capitais ao redor do mundo.³⁹⁵

No contexto destas demandas existem as funções do Estado no sentido de dirimir as chamadas falhas de mercado. Todo esse emaranhado de demandas exige da ordem estatal um sistema de atividades financeiras.

Diante da complexidade das atividades de finanças públicas, Musgrave vislumbra as funções econômicas da atividade financeira do Estado, compreendendo três vertentes: 1) assegurar ajustes na alocação de recursos; 2) conseguir ajustes na distribuição de renda e da riqueza; e 3) garantir a estabilização econômica. Essas funções decorrem

³⁹⁴ SANTOS, J. Albano. Finanças Públicas. Oeiras: INA Editora, 2010. p. 293.

³⁹⁵ SIRQUEIRA, Marcelo Rodrigues. Os desafios do estado fiscal contemporâneo e a transparência fiscal. In: Sustentabilidade fiscal em tempos de crise / coordenadores: José Casalta Nabais, Suzana Tavares da Silva. Coimbra: Almedina, 2011. p. 130.

basicamente das falhas quanto ao funcionamento do mercado. Para dirimir tais situações, o Estado intervém por meio de diversos instrumentos, mas principalmente pelo uso do poder de tributar.³⁹⁶

Portanto, a obtenção de recursos públicos, por um lado, e gastos dos recursos por outro, geram variações no patrimônio público. Todo aparato do sistema da Administração Pública tem o intuito de atender as demandas e necessidades do povo, bem como suprir as falhas de mercado que integram a atividade financeira e orçamentária do Estado.

4. A gestão do patrimônio público econômico

A própria existência do Estado pressupõe a existência de gastos públicos. A máquina estatal com toda sua estrutura requer, portanto, recursos. É possível estabelecer um paralelo entre a evolução do Estado e das demandas sobre os elementos contábeis-patrimoniais, quais sejam: receitas, despesas, ativos e passivos. No Estado Absolutista vigia a administração pública patrimonialista, onde o foco estava na receita. O embate entre sociedade e Estado buscou estabelecer limites ao poder de tributar do Estado, tendo como marco a Carta Magna de 1215 e os movimentos liberais do século XVIII, sedimentando, então, o Estado Liberal.

Com a ascensão do Estado Social no século XX a despesa tornou-se o principal elemento contábil-patrimonial devido ao aumento dos serviços públicos com vistas a prover educação, saúde, entre outros direitos à população. Este cenário exige um gerenciamento pautado na boa administração do patrimônio público, configurando-se um desafio ao Poder Público.

Nas últimas décadas do século XX constatou-se o declínio do Estado Social, principalmente devido à insustentabilidade do nível de intervenção do Estado na economia, via tributos e despesas. Nesse período teve ascensão o Estado Regulador, quando se destacaram os outros dois elementos contábil-patrimoniais: o ativo e o passivo. Por um lado, o Estado se financia via privatização de ativos, ao devolver para o mercado atividades realizadas por empresas estatais, e também mediante a concessão de serviços

³⁹⁶ MUSGRAVE, Richard A. e Peggy B. Musgrave. *Public Finance in Theory and Practice*. New York: McGraw-Hill.1989.

públicos para a iniciativa privada. Por outro, o Estado usufrui de sua estabilidade social, econômica e política para aumentar seus passivos ao se endividar por meio da emissão de títulos públicos e da contratação de crédito com bancos e outros organismos internacionais. Porém, a dívida pública e os passivos atuariais decorrentes de pagamentos futuros de benefícios previdenciários demonstram o risco de insustentabilidade financeira do Estado, ao se analisar a capacidade de seus ativos responderem por seus passivos.

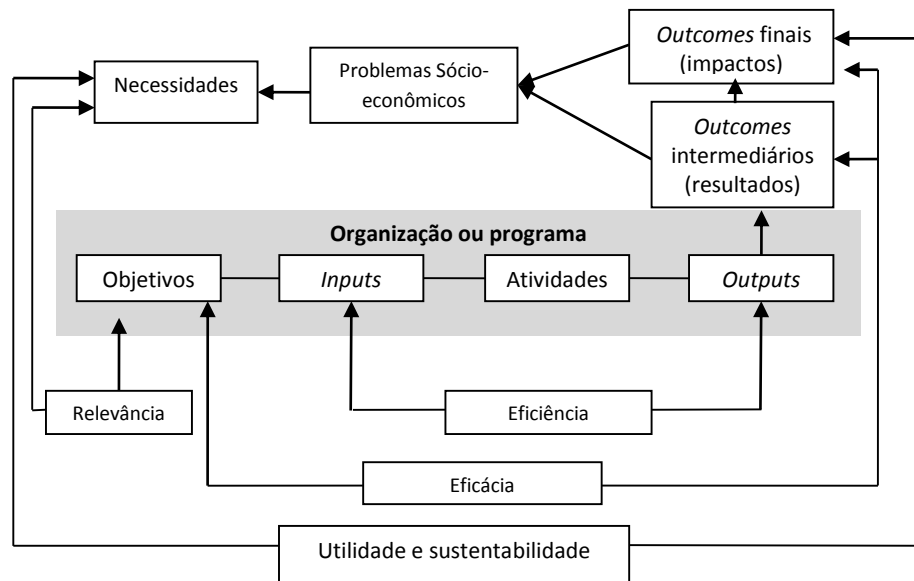
Diante do crescimento de demandas do Estado, a ideia passou a ser «fazer mais com menos» visando à qualidade dos gastos públicos. Inúmeras iniciativas foram desenvolvidas para tal mister, desde as reformas gerenciais e administrativas – do modelo burocrático ao gerencial – até a consolidação de princípios (como, por exemplo, o princípio da eficiência) como pilares da atuação estatal. Nesse domínio, houve também a necessidade de se elaborar rigorosos controles contábeis, financeiros e orçamentários.

O movimento gerencial reconhecido como *New Public Management* contribuiu e contribui para desenvolver a gestão pública. É preciso reconhecer que as ideias e técnicas preponderantes do setor privado que foram transportadas ao setor público geraram alguns ganhos de eficiência.

É nesse contexto que a gestão da coisa pública vem a se tornar um dos assuntos mais relevantes da ordem estatal. A criação de projetos, programas, procedimentos, bem como atividades estratégicas e técnicas de aprimoramento são fundamentais para que o aparelho estatal possa ter capacidade de atender as demandas sociais, econômicas, políticas e jurídicas.

Os binômios das atividades estatais «necessidade-suprimento, recursos-gastos, receita-despesa» exigem uma complexa organização com variados procedimentos. Deste modo, o ciclo econômico-financeiro estatal prevê uma organização quanto à estrutura, ao funcionamento e às atividades, com vistas à prossecução do interesse público. O modelo input/output preconizado por Pollitt e Bouckaert trata dos elementos internos e externos de uma organização da Administração Pública, conforme demonstra o quadro abaixo:

Modelo input/output - Fonte: Pollitt e Bouckaert.



Verifica-se que todo aparato administrativo está delineado por organizações que envolvem uma rede de elementos, atividades e mecanismos. O processo de produção é permeado pelos elementos necessários como recursos materiais, financeiros, tecnológicos e humanos, visando ao atendimento das demandas. A complexidade do funcionamento e os resultados exigidos denotam a necessidade de conciliação dos princípios da eficiência, eficácia e sustentabilidade.³⁹⁷

4.1 A gestão patrimonial e orçamentária

A administração e a gestão patrimonial são designadas pelo conjunto de atos do Estado com a finalidade de administrar o patrimônio público, ou seja, consiste na conjugação dos atos tendentes a gerir o patrimônio estatal.

³⁹⁷ Pollitt, Christopher e Geert Bouckaert. *Public Management Reform: a Comparative Analysis*, Oxford, Oxford University Press. 2004. p. 106.

Por outro lado, a administração e a gestão orçamentária consistem nas operações com enfoque no rendimento do Estado, ou seja, na obtenção de receitas e realização das despesas durante um período previsto que, em regra, é anual.³⁹⁸

Convém ressaltar que a gestão no setor público é diferente do setor privado devido aos vários aspectos peculiares. Niyama destaca cinco características básicas exclusivas do governo em termos econômicos: 1) a fonte de receita pode ser obrigatória como, por exemplo, o tributo, sendo que na empresa a receita é opcional resultante da vontade do cliente; 2) a receita pode ser baseada nas características do serviço prestado, do contribuinte ou em outros fatores, mas na empresa o preço é determinado pelo valor dos serviços colocados à disposição; 3) no governo não há relação direta e clara entre o pagamento e o serviço recebido; 4) o governo, em geral, detém o monopólio nos serviços que presta ao contrário do que ocorre na iniciativa privada; 5) é difícil aferir a qualidade dos serviços prestados pelo governo.

O processo administrativo é composto pelo planejamento, execução e controle. O autor ressalta que na empresa privada o foco é a execução, sendo que no governo o foco é o controle. Assim, o processo de gestão financeira está centrado no orçamento público que é elaborado e executado tendo em vista o controle dos recursos financeiros. Verifica-se que o ciclo orçamentário pressupõe a elaboração e aprovação anual de despesas e receitas, uma vez que a execução está condicionada a esta autorização.³⁹⁹

Portanto, o Estado possui autonomia política, financeira e administrativa para gerir a *res publica*. No entanto, no âmbito desse poder há limites dispostos na Constituição e nas demais normas infraconstitucionais. Nesse sentido, a gestão, seja ela patrimonial ou orçamentária, está regulamentada e disposta por normas jurídicas.

O artigo 74, II da Constituição brasileira dispõe que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da

³⁹⁸ FRANCO António L. de Sousa. Finanças Públicas e Direito Financeiro. 4ª Ed. Vol I e II. Coimbra: Almedina, 2008. p. 293.

³⁹⁹ NIYAMA, Jorge Katsumi e César Augusto T. Silva. Teoria da Contabilidade. São Paulo: Atlas, 2013. p. 305 e 306.

administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado.

Deste modo, as normas atuam como parâmetros da gestão do patrimônio público com vistas à realização do interesse público. Tal noção é advinda da perspectiva do cunho finalístico do patrimônio público, ou seja, tais recursos estão dispostos segundo a prossecução do bem-estar do povo, mediante o interesse público primário. É neste sentido, que a Constituição brasileira dispõe expressamente no seu artigo 23, I, que é de competência comum da União, Estados e Municípios o dever de conservar o patrimônio público.

A título de exemplo, podem ser citadas as normas infraconstitucionais que dispõem sobre a utilização e alienação dos bens públicos Lei nº 6454/77; Lei 9.636/98 com alterações da Lei 11.481/2007; Lei 8666/93; Lei 11.977/2009 com alterações da Lei 12.242/2011, entre outras.

A Constituição Federal de 1988, em seus arts. 165 a 169 referem-se aos aspectos gerais dos orçamentos. O artigo 165 estrutura o planejamento orçamentário em três modos: O Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA). O artigo 50, VI, § 3 da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101 de 04 de maio de 2000) dispõe que a Administração Pública deverá manter um sistema de custos permitindo a avaliação e acompanhamento da gestão orçamentária, financeira e patrimonial.

Outras normas são de suma importância como a Lei de Improbidade Administrativa. Há também a Lei 4.320, de 17 de março de 1964, que institui normas gerais de Direito Financeiro para a elaboração e controle de Orçamentos e Balanços da União, dos Estados, Municípios e Distrito Federal.

4.2 A gestão e a economicidade

A gestão dos bens, direitos, créditos e do dinheiro público é delineada pelas normas jurídicas. No entanto, a gestão não apenas deve ser analisada sob o enfoque normativo, mas conforme o critério da economicidade.

Nesse sentido, há três premissas basilares na gestão do patrimônio público: eficiência, eficácia e efetividade. Na primeira analisa-se o custo-benefício na gestão pública, na segunda devem ser constatados os resultados obtidos, na terceira pode ser verificado se os resultados almejados foram alcançados.⁴⁰⁰

Mankiw ressalta a dificuldade da análise de custo-benefício na esfera da gestão pública. Segundo ele, o governo tem que calcular os custos e os benefícios dos projetos para a sociedade na sua totalidade. A análise torna-se difícil no momento de verificar os benefícios em relação ao custo, tendo em vista a complexidade de compreender todos os benefícios e a abrangência dos beneficiados, o que leva a elaboração de uma estimativa aproximada.⁴⁰¹

Hely Lopes Meirelles assevera que o princípio da eficiência impõe que a atividade administrativa seja realizada com presteza, perfeição e rendimento funcional. Segundo o autor, este princípio da função administrativa não se contenta em ser desempenhado apenas baseado na legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório no atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.⁴⁰²

A perspectiva da economicidade (análise da eficiência, eficácia e efetividade) na gestão do patrimônio público pode ser atrelada também no sentido do interesse público secundário por visar a maximização da arrecadação e a minimização de despesas, ou seja, busca a otimização no tocante à utilização dos recursos públicos.

Neste sentido, Lucas Furtado destaca que a realização do interesse público está atrelada em três planos sequenciais: a) no plano constitucional, visando a busca pela concretização dos direitos humanos, sobretudo, no que tange ao princípio da dignidade da pessoa humana; b) no plano legal consiste na observância da lei e decorre da máxima democrática vislumbrada na expressão da vontade representada nos parlamentos; c) no plano econômico ou economicidade está configurada nos princípios da eficiência, eficácia e efetividade.⁴⁰³

⁴⁰⁰ FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Ed Fórum, 2012. p. 78.

⁴⁰¹ MANKIW, N. Gregory. Introdução à Economia: princípios de micro e macroeconomia. Tra. Maria José C. Monteiro, Rio de Janeiro: Campus, 2001.p. 232ss.

⁴⁰² MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo brasileiro. 38ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

⁴⁰³FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. p. 76 ss.

O artigo 267º da Constituição portuguesa prevê que a Administração Pública será estruturada de modo a evitar a burocratização, a aproximar os serviços das populações e a assegurar a participação dos interessados na sua gestão efetiva, designadamente por intermédio de associações públicas, organizações de moradores e outras formas de representação democrática.

A gestão efetiva está vinculada à participação do cidadão, nas diversas dimensões – seja por meio de associações, organizações ou mesmo exercendo sua cidadania – o que consolida o reconhecimento do direito fundamental à proteção ao patrimônio público ou *res publica* em sentido estrito.

Portanto, o controle dos gastos públicos e a avaliação da economia, eficiência e eficácia das organizações públicas, bem como as informações contábeis e financeiras são relevantes para administração dos recursos públicos. Daí a importância da gestão democrática do patrimônio público e do princípio da boa administração nesse processo.

O reconhecimento do direito fundamental à proteção do patrimônio público econômico torna-se essencial e culmina com os paradigmas centrais “eficiência, eficácia, efetividade e economicidade” da gestão pública contemporânea da Administração Pública.

Portanto, a gestão do patrimônio público econômico está vinculada, direta ou indiretamente, ao interesse público no geral, seja no tocante ao interesse primário como *ratio essendi* do Estado pela busca do bem estar do povo ou mesmo quanto ao interesse secundário enquanto ente administrativo, visando à economicidade. Surge neste domínio a vertente do princípio da gestão orçamentária responsável que é permeada por um conjunto de normas e princípios que denotam a salvaguarda do patrimônio público.

Neste sentido, Gilmar Mendes assevera que o princípio da gestão orçamentária responsável está expresso no art. 1º da Lei de Responsabilidade Fiscal. Os seus principais objetivos, segundo ele, seriam: a) evitar os déficits; b) reduzir substancialmente a dívida pública; c) adotar uma política tributária racional; d) preservar o patrimônio público; e) promover uma crescente transparência das contas públicas.⁴⁰⁴

⁴⁰⁴ MENDES, Gilmar. Arts. 48 à 59. Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal. Organizadores Ives Gandra da Silva Martins e Carlos Valder do Nascimento. Editora Saraiva. 2011. p. 396.

No âmbito da gestão orçamentária é importante destacar o art. 48, I, da Lei de Responsabilidade fiscal que dispõe sobre o incentivo à participação popular e realização de audiências públicas durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos.

Deste modo, a legislação assegura a participação do cidadão na definição das prioridades orçamentárias. É importante ressaltar que o Brasil adota o orçamento participativo, sendo uma prática utilizada por várias décadas iniciada na cidade de Porto Alegre.

O autor menciona que a existência de efetiva democracia, proporciona o florescimento de uma cidadania participativa. Esta cidadania não está ligada somente à questão da *accountability* como condiciona sua própria existência. Para ele, da mesma forma que a ideia de responsabilidade fiscal e *accountability*, o princípio da transparência guarda estreita ligação com o fortalecimento democrático. Em outras palavras, o acesso às informações governamentais proporciona a efetivação do princípio da transparência e fortalece a democracia. E o fortalecimento desta estimula o acesso as informações.⁴⁰⁵

Portanto, o patrimônio público econômico corresponde aos bens, dinheiros e valores (direitos e créditos) passíveis de avaliação pecuniária. A gestão e administração deste patrimônio envolve um sistema complexo de mecanismos de controles e normas de responsabilização. Neste sentido, os parâmetros da “eficiência, eficácia e efetividade” são imprescindíveis no âmbito da gestão pública contemporânea.

5. O enquadramento e a sistematização

A análise da teoria geracional é relevante para o enquadramento e a sistematização do direito fundamental à proteção do patrimônio público econômico. Esta teoria permite que seja identificada a consagração deste direito na respectiva geração de pertença.

⁴⁰⁵ MENDES, Gilmar. Arts. 48 à 59. Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal. Organizadores Ives Gandra da Silva Martins e Carlos Valder do Nascimento. Editora Saraiva. 2011. p. 397.

5.1 Enquadramento do direito à proteção do patrimônio público econômico na teoria geracional

Em geral, os direitos fundamentais são analisados de acordo com o enquadramento em diferentes gerações ou dimensões, conforme a época do surgimento e algumas peculiaridades.

A partir do final do século XX e início do século XXI os direitos fundamentais de terceira geração foram sedimentados mediante a necessidade de salvaguardar direitos como o meio ambiente, a qualidade de vida, o patrimônio histórico-cultural, os direitos do consumidor, entre outros.

Com a incidência da sociedade complexa e plural novos interesses foram identificados diante das pretensões transindividuais. Houve a necessidade de tutela dos bens coletivos por meio dos instrumentos e mecanismos inseridos no ordenamento jurídico.

Deste modo, a chamada terceira geração contempla os direitos metaindividuais, ou seja, abrange os direitos que não são direitos pertencentes a um indivíduo de forma específica, mas direitos que pertencem ao ser coletivo ou a um grupo específico de pessoas.

A proteção do patrimônio público econômico consiste no direito pertencente à toda coletividade. Neste sentido, configura-se como um direito transindividual, isto é, que transcende o interesse individual, uma vez que consiste na defesa do patrimônio que pertence a todos, conforme visto. Trata-se, portanto, de um direito dotado de um teor comunitário e difuso, inserido na terceira geração dos direitos fundamentais.

Corroborando com esse entendimento, Fernando Rodrigues Martins afirma que, em termos de classificação, o patrimônio público está voltado a pertencer aos chamados direitos fundamentais de terceira geração ou terceira dimensão, mais especificamente, aos direitos de solidariedade.⁴⁰⁶

Bresser Pereira menciona que o patrimônio econômico público faz parte de um rol de direitos denominados de direitos republicanos fundamentais, ao lado do patrimônio

⁴⁰⁶ MARTINS, Fernando Rodrigues. Controle do Patrimônio Público. Comentários à lei de Improbidade Administrativa. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.64.

ambiental e do patrimônio cultural nacional. O autor menciona destaca que o momento histórico do surgimento é marcado pela preocupação atual com os direitos republicanos, apesar de a defesa da *res publica* sempre ser uma preocupação central, desde os tempos remotos.⁴⁰⁷

Além da perspectiva histórica e do enquadramento como um direito difuso, verifica-se ainda um postulado binário neste direito fundamental. Conforme já mencionado no capítulo teórico, os direitos de terceira geração apresentam um código binário de direito-dever, em que o homem é, de forma concomitante, o titular e o responsável pela sua salvaguarda. Um exemplo típico é o direito ao meio ambiente equilibrado.

Pode-se verificar que algumas premissas configuram o enquadramento do direito fundamental à proteção do patrimônio público econômico como um direito de terceira geração, destacando-se as seguintes: a) período histórico: a preocupação e os meios de tutela preconizados no final de século XX e início do século XXI; b) fator categórico: trata-se de um direito difuso, pertencente à toda coletividade; c) caráter dúplice: é um direito-dever.

Neste sentido, Fernando Martins observou que a presunção lógico-normativa da malversação do erário público acarreta a exclusão social e moral dos membros desse determinado ente coletivo. Dessa forma, a lesão ao patrimônio público fere a concepção deontológica (dever-ser) de um direito fundamental e importa uma lesão ao bem pertencente à coletividade.⁴⁰⁸

Portanto, trata-se de um direito fundamental inserido na terceira geração ou dimensão com os atributos que o identificam, sendo passível de tutela diante da violação ou lesão.

⁴⁰⁷ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Construção do Estado e Administração Pública. Uma abordagem histórica. FGV-EAESP/GV. PESQUISA 2/202. RELATÓRIO DE PESQUISA Nº 27 /2005.p. 108 ss.

⁴⁰⁸ MARTINS, Fernando Rodrigues. Controle do Patrimônio Público. Comentários à lei de Improbidade Administrativa. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.62.

5.2 Identificação dos interesses difusos

A palavra “interesse” vem do latim *inter-esse* com significado de estar presente ou tomar parte. Trata-se da participação de um sujeito em relação ao objeto almejado. Pode também ter o significado de “vantagem”, “lucro”, entre outros.

Hans J. Wolff, Otto Bachof e Rolf Stober destacam que o interesse surge quando um determinado objeto, seja espiritual ou material, é relevante de qualquer forma para um sujeito sendo por ele próprio ou por outro apreciado diretamente, sentido racionalmente presumido ou reconhecido como valioso, útil ou proveitoso.⁴⁰⁹

No âmbito jurídico, a palavra “interesse” pode designar vários sentidos dependendo do adjetivo que o acompanha: interesse geral, interesse público, interesse privado, interesse coletivo, interesse difuso, interesse transindividual, interesse individual, entre outros. Não obstante a variedade das esferas observadas por meio das expressões importa o estudo dos interesses públicos, interesses transindividuais ou interesses de natureza coletiva e difusa.

Antigamente vigia a fórmula dicotômica basilar dos interesses na esfera jurídica, de um lado o interesse público, revelado pelos interesses do Estado, por outro lado, o interesse privado, vislumbrado a partir dos interesses dos particulares. Tal noção foi, aos poucos, tornando-se obsoleta em razão das novas e complexas relações jurídicas que foram surgindo ao longo do tempo.

Os cânones tradicionais da tutela jurídica baseada no direito pessoal (gozo de um sujeito individual) foram modificados de modo a tutelar os direitos que abrangem uma pluralidade de beneficiários. A noção restrita do prisma individual vinculado aos ditames dos direitos individuais é ampliada para contemplar novos paradigmas. A perspectiva do ideal coletivo traz uma noção de gênese constitutiva grupal que ultrapassa a visão do interesse pessoal.

Portanto, a noção de interesse coletivo, no sentido amplo, vem contemplar os anseios e interesses que são compartilhados por grupos ou pela comunidade como um

⁴⁰⁹ WOLFF, Hans J, Otto Bachof e Rolf Stober. Direito Administrativo. Vol. I TRAD. Anatónio F. de Sousa. 11ª ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 425.

todo. Deste modo, ao se atingir determinado interesse haverá benefícios para um conjunto de indivíduos e não apenas a um indivíduo determinado.

Hans J. Wolff, Otto Bachof e Rolf Stober ressaltam que os verdadeiros interesses coletivos públicos são os interesses da Comunidade. Estes interesses orientam-se para a existência de uma ordem social pacífica, para a salvaguarda da dignidade e da honra do ser humano, para a possibilidade de posse, de propriedade e de relações jurídicas (*Rechtsverkehr*), bem como para a possibilidade e a promoção da imagem, da cultura, da economia e do ambiente.

Segundo os autores não se trata de uma fórmula vazia, mas da criação ou salvaguarda de uma situação jurídica material de acordo com as relações em causa, a partir de um princípio abstrato em que se alicerça toda a fundamentação e produção jurídica.⁴¹⁰

Trata-se de um novo instituto. Conforme ressaltava Camargo Mancuso há um momento no qual os interesses individuais, agrupando-se, despojam-se de sua carga de egoísmo para formar um novo ente denominado de interesse coletivo. Não se trata de reforçar a defesa dos direitos individuais, mas de se reconhecer uma nova categoria de interesses. Alguns autores mencionam que se trata de uma categoria intermediária que se fixa entre o interesse público e o interesse privado.⁴¹¹

A noção do “coletivo” vislumbra o homem como um ser situado em determinadas condições sociais que se faz presente no ambiente da coletividade como membro numa dimensão inter-relacional com os demais. Tal visão é mais abrangente por considerar o indivíduo como ente que se relaciona e interage ultrapassando a noção de pessoa isolada.

No mesmo sentido, Celso Bastos menciona que “os interesses coletivos dizem respeito ao homem socialmente vinculado, não ao homem isoladamente considerado”.⁴¹²

Enfim, o novo paradigma está baseado numa visão que ultrapassa o individualismo. Diante deste paradigma, surgem variadas denominações: interesses

⁴¹⁰ WOLFF, Hans J, Otto Bachof e Rolf Stober. Direito Administrativo. Vol. I TRAD. Anatónio F. de Sousa. 11ª ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 427.

⁴¹¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos. Conceito e legitimação para agir. 7ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 59. A dificuldade se faz presente quando o interesse coletivo, na sua especificação de direitos difusos são abrangentes chegando a coincidir com interesses públicos. Mazzilli ao contrapor o interesse público e os interesses difusos dispõe que existem direitos difusos tão abrangentes que chegam a coincidir com o interesse público, como é o caso do meio ambiente como um todo, mas destaca que os interesses difusos não são meras subespécies de interesse público. Ver MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 53.

⁴¹² BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. 18ª ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 251 ss.

coletivos, interesses meta-individuais e transindividuais, bem como a expressão interesses difusos. A doutrina, a legislação e os Tribunais afirmaram no mesmo sentido: a consagração da nova categoria de direitos denominados direitos coletivos.⁴¹³

No desenvolvimento dogmático da nova gênese de interesses, houve a necessidade de se estabelecer classificações. Já existe um entendimento pacificado em relação a expressão geral que se trata das denominações genéricas “interesses meta-individuais”, “transindividuais” e “interesses coletivos em sentido lato” que são utilizadas como sinônimas.

No entanto, houve uma diferenciação em relação aos termos interesses coletivos e interesses difusos. Tais direitos são diferenciados, sobretudo, quanto aos beneficiários envolvidos. Neste sentido, a doutrina tem identificado e classificado tais direitos em interesses individuais, gerais, difusos e coletivos.

Canotilho dispõe sobre a diferenciação, nos seguintes termos: a) o interesse individual é o direito subjetivo ou interesse específico de um indivíduo; b) o interesse público ou geral, subjetivado como interesse próprio do Estado e dos demais entes territoriais, regionais e locais; c) o interesse difuso consiste na refração em cada indivíduo de interesses unitários da comunidade, global e complexivamente considerada; e, d) o interesse coletivo é o interesse particular comum a certos grupos ou categorias.⁴¹⁴

Camargo Mancuso assevera que os direitos coletivos e difusos são espécies do gênero “interesses meta (ou super)individuais”. Entre eles, existem duas diferenças específicas: a) de ordem quantitativa, vez que o interesse difuso possui um universo maior de sujeitos, ao passo que o interesse coletivo é restrito a um número menor de sujeitos, devido à necessidade da existência da relação-base ou vínculo jurídico entre tais sujeitos; b) de ordem qualitativa, enquanto o interesse coletivo concerne ao homem na sua projeção corporativa, o interesse difuso se projeta ao homem em outras conotações mais amplas.⁴¹⁵

Segundo o disposto no parágrafo único, do inciso I, do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8078/90) os interesses difusos são aqueles “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”. Por sua vez, os interesses coletivos *stricto sensu*,

⁴¹³ Art. 1º IV da Lei 7.347/85 que regulamenta a Ação Civil pública.

⁴¹⁴ J. J. Gomes Canotilho/Vital Moreira. Constituição da República Portuguesa Anotada. Vol. I. 4ª ed. Coimbra Editora, 2007. p. 697/698.

⁴¹⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos. Conceito e legitimação para agir. 7ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 86.

estão previstos no inciso II do mesmo diploma legal, sendo definidos como interesses “transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.

Observa-se que a distinção primordial entre o interesse coletivo *stricto sensu* e o interesse difuso está baseada na titularidade de tais interesses, ou seja, os sujeitos do interesse coletivo em sentido estrito são determináveis, pois são sujeitos delimitados a um grupo ou uma categoria; já os sujeitos do interesse coletivo denota uma totalidade mais abrangente.

Os interesses difusos estão vinculados às necessidades sentidas pela coletividade, uma vez tutelados, todos os membros da comunidade serão beneficiados. É importante destacar que não se trata da somatória de interesses particulares ou individuais, mas de interesses que incidem na coletividade.

Os interesses difusos são, portanto, interesses que surgem da vivência em sociedade, na dimensão intersubjetiva dos membros da comunidade, por isso, ultrapassam a realidade particular para se enquadrar nas pretensões comuns a todos que pertencem à comunidade.

Tais interesses se configuram como resultantes do elo comum, vislumbrados a partir do ideal coletivo e concentram-se numa perspectiva de pertença comunitária que insere o indivíduo como membro coletivo voltado para as necessidades relacionadas à vida em sociedade.

Nesta dimensão, Jorge Miranda afirma que tais interesses podem ser identificados como uma manifestação da existência ou do alargamento de necessidades coletivas individualmente sentidas, sendo consideradas necessidades comuns a uma pluralidade de indivíduos e que somente podem ser satisfeitas numa perspectiva comunitária.⁴¹⁶

A qualidade de vida e o meio ambiente fazem parte do rol exemplificativo dos direitos difusos. Trata-se de um rol disseminado a partir de um vasto espectro social que se apresenta diante do alargamento de situações na esfera da coletividade.

Nota-se uma indeterminação de sujeitos e uma indivisibilidade do objeto, traços que são característicos dos interesses difusos. A satisfação de um interesse difuso necessariamente beneficia toda a comunidade, por outro lado, a lesão de um também

⁴¹⁶ Trata-se de direitos difusos, direitos dispersos por toda comunidade e que apenas a comunidade, enquanto tal, pode prosseguir, independentemente da determinação dos sujeitos. MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional - Direitos fundamentais, 4ª ed., IV, Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 66.

implica uma lesão a toda comunidade, justamente por se tratar de interesses vinculados a um bem coletivo pertencente a todos.

O ordenamento jurídico vem consagrar direitos que ultrapassam a esfera dos interesses pessoais para abranger interesses que se impõem de forma genérica na sociedade e que adquirem relevância no âmbito jurídico.

Portanto, a necessidade de se resguardar bens de natureza difusa vinculados aos interesses pugnados pela coletividade é identificada por uma categoria diferenciada de direitos, sendo amparados por diversos mecanismos e ações de defesa.

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou em vários julgados que a defesa do patrimônio público é uma defesa de interesse difuso. Em alguns desses julgados foi utilizado pelo Supremo Tribunal a expressão “autêntico interesse difuso” para designar a defesa do patrimônio público.

Da mesma forma, pode-se verificar nos diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça a noção do patrimônio público como um bem difuso por se tratar de uma espécie ou modalidade de interesse difuso. Em um dos julgados, foi mencionado pelo Ministro Hermann Benjamin que o patrimônio público é “bem difuso por excelência”.⁴¹⁷

Portanto, conclui-se que a defesa do patrimônio público econômico é uma espécie de tutela dos interesses de natureza difusa por se enquadrar no conceito de direitos transindividuais. Trata-se da tutela da *res publica* que consiste na defesa do patrimônio pertencente a todos os membros da comunidade, por isso pode ser identificado como um bem difuso, passível de proteção jurisdicional.

5.3 Respaldo Normativo Jurídico-Constitucional

Diante da abordagem conceitual do direito fundamental à proteção do patrimônio público econômico e do seu enquadramento na terceira geração como um direito difuso,

⁴¹⁷ Julgados do STF: RE 208790/SP, 27.9.200, Rel. Min. Ilmar Galvão. RE 267.023 Rel. Min. Moreira Alves; RE 248.202-1 Rel. Min. Moreira Alves; Ai- Agr 491.081-6 Rel. Min. Carlos Veloso; RE-Agr 372.658-7 Rel. Min. Ellen Grace, etc.

Jugados do STJ: Resp. nº 1.108.010; Proc. 2008//0276511-4; segunda turma; Rel. Ministro Hermann Benjamin; jul. 02. 05.2009; DJE 21 ago 2009. Outros julgados do STJ no mesmo sentido: Resp. nº 1040.440; Proc. 2008/0059283-8; segunda turma; Rel. Ministro Hermann Benjamin; jul. 02. 04.2009; DJE 23 ago 2009. Resp. nº 468292; sexta turma; Rel. Ministro Hamilton Carvalhido; jul. 10. 02.2004; DJU 15 março 2004. Para analisar outros ver: MOTTA, Reuder Cavalcante. Tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. p. 81 e 82.

torna-se de suma importância verificar a possibilidade de sistematizá-lo, isto é, de identificar as premissas que revelam uma abertura constitucional para o seu reconhecimento.

Desta forma, além dos referenciais teórico e principiológico desenvolvidos nos capítulos anteriores que respaldam, no sentido jurídico-dogmático, o reconhecimento deste direito fundamental, impõe-se a necessidade de uma análise na perspectiva normativa.

Embora não haja previsão constitucional expressa a respeito deste direito fundamental pode-se verificar a existência de diversas normas constitucionais e infraconstitucionais que remetem e respaldam a sua configuração.

Não obstante a existência de normas infraconstitucionais a respeito, tratar-se-á das normas constitucionais, uma vez que os direitos fundamentais são regidos, principalmente, pelo sistema normativo jurídico-constitucional.

5.3.1 Normas constitucionais brasileiras

Antes de mencionar as normas constitucionais relacionadas ao direito fundamental à defesa do patrimônio público econômico, convém destacar que a Constituição brasileira consagrou no seu título II, art. 5º, §2º a abertura à existência de outros direitos fundamentais não expressos em seu texto.

Ao mencionar que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, a norma revela que o rol dos direitos fundamentais previstos na Constituição federal é um rol exemplificativo e não taxativo, reconhecendo a existência de princípios ou direitos implícitos, bem como novos direitos.

Tal premissa coaduna com o surgimento de novos direitos preconizados pela teoria da geração dos direitos fundamentais. Teoria esta que já foi tratada nos capítulos anteriores. O direito fundamental à proteção do patrimônio público econômico decorre

do regime democrático adotado pela Constituição e está respaldado em algumas normas constitucionais. Vejamos:

O art. 1º da Constituição Federal de 1988 dispõe que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como um de seus fundamentos a cidadania (inciso II). No parágrafo único do artigo menciona que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Por todo exposto, pode-se verificar que o direito fundamental à proteção do patrimônio público econômico está embasado na cidadania e na democracia, tendo em vista que a tutela da *res publica* pelo cidadão decorre de uma postura vislumbrada a partir da cidadania ativa.

Tal direito está fundamentado na premissa democrática que faz dos cidadãos os titulares do poder, sendo que esse poder pode ser exercido de forma direta ou indireta. Nesta perspectiva outros ditames constitucionais de participação direta do cidadão nos processos decisórios jurídicos-políticos demonstram o exercício deste direito-poder.

Podem ser citados os seguintes artigos sobre a participação dos cidadãos na defesa do patrimônio público: art. 5º, XXXIV, “a” direito de petição aos Poderes Públicos; art. 5º LXXIII direito de propor ação popular contra atos lesivos ao patrimônio público; art. 14, I e II tratam do referendo e plebiscito; art. 31, § 3º o poder do contribuinte de fiscalizar as contas de seu Município; art. 74, §2º denúncia perante do Tribunal de Contas sobre qualquer irregularidade ou ilegalidade sobre o uso, arrecadação, guarda, gerenciamento ou administração do patrimônio público federal; art. 144 responsabilidade da sociedade pela preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio; art. 173, §1º, I fiscalização pela sociedade das empresas públicas, das sociedades de economia mista e suas subsidiárias; art. 204, II participação da população por meio de organizações representativas na formulação de políticas públicas e no controle das ações de assistência social em todos os níveis; entre outros.⁴¹⁸

⁴¹⁸ Para aprofundamento ver: LOPES, Ana Maria D’ Ávila. A cidadania na Constituição Federal brasileira de 1988: redefinindo a participação política. in: Constituição e Democracia. Estudos em homenagem ao Prof. J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros Editores, 2008 .p 25 ss.

Portanto, há várias normas constitucionais que embasam o reconhecimento do direito fundamental à defesa do patrimônio público econômico, sobretudo, àquelas que tratam da defesa, controle e fiscalização do patrimônio pelo cidadão.

Trata-se de um direito que é tutelado pelo ordenamento jurídico (mecanismos de controle interno e externo, ações judiciais, entre outros) e está de acordo com os ditames constitucionais e princiológicos que regem o Estado brasileiro. Neste contexto, a ação popular é destacada como principal instrumento de defesa do patrimônio público disponível ao cidadão.

Além das normas que o respaldam, existem os princípios que o fundamentam como, por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio democrático, o princípio republicano, o princípio da separação dos poderes, bem como os subprincípios como a moralidade pública, a responsabilidade e a sustentabilidade do Estado que já foram abordados no capítulo do referencial teórico.

5.3.2 Normas constitucionais portuguesas

Da mesma forma que existem diversos dispositivos na Constituição brasileira sobre o tema, na Constituição portuguesa também estão previstas inúmeras normas que respaldam o direito fundamental à proteção do patrimônio público econômico.

O artigo 16 ° da Constituição portuguesa assegura que os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional e os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Tal preceito demonstra que o sistema jurídico português estabeleceu a recepção plena dos direitos no sentido do reconhecimento das convenções integrando a constituição material, bem como estabelece um princípio de interpretação conforme a Declaração Universal.⁴¹⁹

⁴¹⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 3ª ed. Coimbra: Almedina. 2004. p. 40 ss.

Casalta Nabais assevera que o legislador constituinte português elaborou um vasto catálogo de direitos fundamentais com uma lista extensa ao prever 68 artigos agrupados em três títulos. Segundo o autor, apesar do exaustivo catálogo, o sistema português de direitos fundamentais é um sistema aberto, ou seja, trata-se de um sistema que não se deseja acabado de maneira positiva.⁴²⁰

Portanto, no tocante à possibilidade de existência de novos direitos fundamentais, os autores portugueses têm revelado que o catálogo constitucional é aberto. Vieira de Andrade ressalta que, nenhum catálogo constitucional pode ter a pretensão de esgotar o conjunto ou determinar o conteúdo dos direitos fundamentais e deve aceitar a existência de direitos não escritos ou de faculdades implícitas e, por outro lado, esperar gerações sucessivas de novos direitos ou de novas dimensões de direitos antigos, conforme as ameaças e as necessidades de proteção dos bens essenciais nas circunstâncias de cada época.⁴²¹

Tal premissa coaduna com o reconhecimento do direito fundamental à proteção do patrimônio público. Além deste fator contributivo é importante destacar a existência de normas constitucionais que o amparam e o fundamentam. A título de exemplo, serão citados alguns artigos.

A Constituição Portuguesa dispõe no artigo 9º, alínea “c” que o Estado tem a tarefa de defender a democracia política, bem como assegurar e incentivar a participação democrática dos cidadãos na resolução dos problemas nacionais.

A Constituição portuguesa prevê, ainda, um capítulo específico (Capítulo II do Título II) para os direitos, liberdades e garantias de participação política. É importante destacar que o art. 48º assegura o direito de todos os cidadãos tomarem parte na vida política e na direção dos assuntos públicos do país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente eleitos. Os cidadãos, segundo o dispositivo 2 do mesmo artigo, têm o direito de ser esclarecidos objetivamente sobre os atos do Estado e demais entidades públicas e de ser informados pelo Governo e outras autoridades acerca da gestão dos assuntos públicos.

⁴²⁰ NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade. Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Editora Coimbra. 2007. p. 63 ss.

⁴²¹ ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª ed. Coimbra: Almedina. 2004. p. 69.

Outro artigo relevante está inserido no artigo 52º do Capítulo II do Título II ao mencionar o direito de petição e o direito de ação popular, sobretudo, para o presente estudo, a alínea “b” do dispositivo 3 deste artigo confere o direito de ação popular visando assegurar a defesa dos bens do Estado, das regiões autônomas e das autarquias locais.

Outros tópicos também demonstram a participação do cidadão ou segmentos sociais, podendo ser citados os seguintes artigos: art. 66, nº 2 (assegura a participação dos cidadãos nas questões ambientais); art. 73, nº 2 (menciona a educação como fundamento do progresso social e para a participação democrática na vida coletiva); art 77 (dispõe a participação democrática no ensino); art. 80º (participação das organizações representativas dos trabalhadores na definição das principais medidas econômicas e sociais.); e o art. 89º (participação efetiva dos trabalhadores na gestão das unidades de produção do setor público).

É importante mencionar que na parte III, Título I, da Constituição portuguesa há previsão expressa sobre a participação política dos cidadãos e dispõe que o poder político pertence ao povo. O artigo 109º inserido neste título assegura a participação direta e ativa de homens e mulheres na vida política constitui condição e instrumento fundamental de consolidação do sistema democrático. Ainda há que se mencionar os artigos que demonstram o direito à participação dos cidadãos na Administração Pública (art. 267º, nº5), bem como na Administração local (art. 263º, nº1).

Portanto, verifica-se um arcabouço de normas jurídico-constitucionais no sistema português que revela a tutela do patrimônio público econômico, bem como a incidência dos princípios fundantes (princípio democrático, princípio republicano, princípio da moralidade pública, entre outros) que coadunam para uma afirmação jurídico-constitucional do reconhecimento deste direito.

6. Titularidade do direito fundamental à proteção do patrimônio público econômico

A identificação da titularidade dos direitos fundamentais é relevante para delimitação do tema. Trata-se de delimitar a esfera dos sujeitos beneficiários do direito.

Em linhas gerais, sabe-se que os direitos fundamentais são direitos essenciais a todo ser humano e, portanto, possuem uma gênese de universalidade plasmada na ideia de igualdade entre os homens. Tal premissa é afirmada quando se diz que todos os seres humanos são titulares dos direitos fundamentais, independente de raça, sexo, classe social, ideologias, entre outros.

Por outro lado, é preciso destacar, conforme aduz Perez Luño, que um dos fenômenos mais interessantes sobre a evolução da titularidade dos direitos fundamentais nos últimos anos é a tendência a ampliar a legitimação estritamente individual para a defesa de interesses coletivos ou difusos.

A experiência das últimas décadas em matérias como o meio ambiente e a defesa dos consumidores tem mostrado a conveniência de se reconhecer a generalidade dos cidadãos. Deste modo, a legitimação para defender-se daquelas agressões aos bens coletivos ou interesses difusos que, por sua própria natureza, não podem contemplar-se no âmbito tradicional da lesão individualizada.⁴²²

Portanto, existem direitos que só podem ser invocados por determinadas pessoas ou grupo de pessoas, o que se vislumbra na perspectiva de uma titularidade coletiva. *In casu*, o direito fundamental à proteção do patrimônio público econômico condiz com a noção da titularidade determinada na generalidade dos cidadãos (pertencente a todos os cidadãos).

Mancuso relata que a gestão da coisa pública é, significativamente, uma *res publica*, de modo que todos os integrantes da comunidade têm título para dela participarem. Segundo o autor, os desmandos e arbitrariedades na gestão da coisa pública têm justificado cada vez mais à participação direta na gestão da coisa pública. Para ele, cada indivíduo – isoladamente ou em dimensão coletiva –, na condição de destinatário e credor da boa gestão dos negócios públicos, tem título originário para dela participar ativamente.⁴²³

O direito fundamental à proteção da *res publica* (patrimônio público econômico) pertence a um (cidadão) e a todos da comunidade (coletividade), concomitantemente,

⁴²² LUÑO, Antônio E. Perez. Los derechos fundamentales. Temas clave de la Constitución española. Madrid: Tecnos. 2007. p. 208 ss.

⁴²³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos. Conceito e legitimação para agir. 7ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 128-129.

sendo um direito que não é atribuído ao indivíduo na sua singularidade, mas ao indivíduo inserido dentro de uma perspectiva comunitária, delineado na noção de cidadão.

A titularidade desse direito fundamental é ampla no sentido que compreende qualquer cidadão, integrado ou não numa entidade representativa. Tal perspectiva reafirma a ideia de que o patrimônio público é um bem difuso que deve ser tutelado por todos os cidadãos.

6.1 A “contradição” entre o indivíduo e o cidadão

O titular do direito fundamental ao patrimônio público econômico não é o indivíduo que busca satisfazer uma necessidade ou interesse particular, mas é o indivíduo inserido na coletividade que, por visar o bem comum, busca a satisfação de interesses que pertencem a toda comunidade. É o cidadão na dimensão do *homo socialis* e não o indivíduo inserido na noção de *homo economicus*.

Há que se diferenciar a noção de indivíduo pressuposta no âmbito do individualismo e a noção de cidadão concebida na esfera da cidadania ativa. Uma das questões mais polêmicas da cidadania contemporânea consiste na separação dessas noções ou numa visão pragmática, na superação desta dicotomia.

Sob o viés do liberalismo foi preconizado o individualismo numa perspectiva de luta e defesa pelos direitos de liberdade contra as ingerências do Estado. O indivíduo foi caracterizado como o pilar na reestrutura e mudança do Estado Moderno que culminou na concepção da limitação do Poder Público.

Com o Estado Social o indivíduo passou a ser caracterizado como receptor de direitos as prestações estatais, sendo o destinatário dos serviços públicos. O Estado baseado no paradigma do bem-estar social concebeu a vertente do indivíduo-receptor.

Nas últimas décadas, diante das mudanças e crises estatais, sobretudo, na insurgência da responsabilidade compartilhada entre Estado, sociedade e seus membros, o indivíduo na sua concepção liberal vem adquirir a noção de cidadania ativa, na vertente indivíduo-cidadão.

A respeito dessa separação entre indivíduo e cidadão, Habermas dispõe que o *status* dos cidadãos não é determinado pelo modelo das liberdades negativas que estes cidadãos podem reivindicar como particulares. Entretanto, os direitos políticos (direitos de participação e comunicação) são liberdades positivas. Eles garantem não a liberdade de coerção externa, mas a possibilidade de participação em uma práxis comum, através do exercício do qual os cidadãos são autores politicamente autônomos de uma comunidade de pessoas livres e iguais.

Segundo o autor, o indivíduo pode tornar-se ciente de sua co-participação em uma forma de vida coletiva. Ao tomar conhecimento de um título social, exercido na prática comunitária, o indivíduo pode ter uma noção clara de semelhança com os demais membros. É somente na troca pública com os outros que se configuram suas identidades para tradições e processos de formação similares. Esta ideia de discursos políticos, para Habermas, consiste no esclarecimento de um coletivo auto-entendimento ético.⁴²⁴

No entanto, há no âmbito pragmático a ausência desta troca pública ou de um reconhecimento coletivo. Através do estudo sobre as “escolhas públicas” foi revelado que na realidade atual o indivíduo está preocupado com interesses pessoais. Verifica-se, por meio do individualismo metodológico, que os indivíduos partem de uma atuação voltada para interesses próprios.⁴²⁵

O reconhecimento como membro da comunidade e o elo de reciprocidade concebe uma noção de um indivíduo que não só preza pelos direitos de liberdade ou interesses particulares, mas, sobretudo, valoriza os direitos de participação na comunidade, atuando como membro integrante da coletividade. Nesta dimensão, o indivíduo passa a ser configurado na perspectiva da práxis comum, diante de um elo estabelecido com os demais membros.

⁴²⁴ O autor menciona ainda que a visão liberal dispõe o processo democrático como a tarefa de programar o governo no interesse da sociedade, em que a política tem a função de agrupar em conjunto os interesses privados contra um aparato governamental. Sobre a perspectiva republicana a política é concebida como a forma reflexiva da vida ética substancial, ou seja, como o meio em que os membros de comunidades de alguma forma se tornam membros conscientes de sua dependência recíproca e, ao agir com total deliberação como cidadãos, desenvolvem as relações existentes de reciprocidade e reconhecimento em uma associação de integrantes livres e iguais. HABERMAS, Jürgen. *Constellations* Volume I, No I, Published by Blackwell Publishers, I&9 Cowley Road, Oxford OX4 IJF, UK and 238 Main Street, Cambridge, MA 02142, USA, 1994. Disponível in: http://www.euro.ubbcluj.ro/filosofii/fil/habermas_3_normative_models_of_democracy.pdf

⁴²⁵ TULLOCK, Gordon, Arthur Seldon, and Gordon L. Brady. *Government Failure. A primer in Public Choice*. Cato Institute. Washington D.C, 2002. p. 03

As constituições contemporâneas traduzem a visão do indivíduo concebido no meio social, sob essa perspectiva o Tribunal Constitucional alemão em vários julgados mencionou que o Homem da Lei Fundamental não pode ser considerado o indivíduo isolado e sim membro da comunidade.

A título de exemplo, pode-se citar o julgamento no qual houve o entendimento no seguinte sentido: “a imagem de Homem da Lei Fundamental não é adequada de um indivíduo isolado e soberano. Pelo contrário, a Lei Fundamental decidiu a tensão entre o indivíduo e sociedade em favor da coordenação e interdependência deste com a comunidade”.⁴²⁶

Fernando Martins dispõe que a tutela jurisdicional dos interesses difusos visa garantir a fruição comum dos bens. Não se trata da figura da pessoa, compreendida como indivíduo despersonalizado no contexto social, mas do cidadão que se revela na comunidade política capaz de ouvir, discutir, discursar, emitir opiniões, bem como de participar direta ou indiretamente dos destinos políticos do Estado.⁴²⁷

A concepção de cidadão enquanto portador de interesses difusos exige uma abertura para manifestação através dos processos capazes de conceder uma verdadeira e efetiva participação cívica dentro do contexto comunitário. Já não se trata do indivíduo na sua esfera privada preocupado com seus interesses, mas do cidadão que se está inserido no âmbito comunitário como membro responsável pela coisa pública.

6.2 Cidadão na concepção de povo

O atributo da cidadania pressupõe uma relação jurídico-política entre o indivíduo e o Estado. Não basta apenas ser pessoa dotada de uma dignidade que lhe é inerente para ser considerado um cidadão. O indivíduo precisa ter um elo ou vínculo jurídico com o Estado para ser reconhecido como cidadão.

⁴²⁶ BVerfGE 7 (1954) disponível in: http://www.kas.de/wf/doc/kas_7738-544-1-30.pdf

⁴²⁷ MARTINS, Fernando Rodrigues. Controle do Patrimônio Público. Comentários à lei de Improbidade Administrativa. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 167.

A própria noção de “povo” está sedimentada na premissa do reconhecimento de indivíduos que participam da vontade do Estado. A base da vontade soberana imbricada na concepção de povo corresponde ao atributo da cidadania como o vínculo jurídico estabelecido entre o povo e o respectivo Estado.

Neste sentido, Dallari conceitua povo como um conjunto de indivíduos que, através de um momento jurídico, se unem para constituir o Estado, estabelecendo com este um vínculo jurídico de caráter permanente, participando da formação da vontade do Estado e do exercício do poder soberano. O autor conclui que se pode conceituar povo como o conjunto de cidadãos do Estado.⁴²⁸

Müller constata que “povo” não é um conceito simples nem um conceito empírico. Segundo ele, povo é um conceito artificial, composto e valorativo; mais ainda é e sempre foi um conceito de combate.⁴²⁹

No entanto, mesmo diante da complexidade e artificialidade conceitual, há um núcleo identificador em qualquer realidade de valoração que consiste na vertente do elo jurídico com o Estado e na participação da vontade e do poder soberano.

É neste sentido que a titularidade do direito fundamental à proteção ao patrimônio público econômico deve estar vinculada à noção de cidadão enquanto indivíduo que possui um vínculo jurídico com o Estado inserido, portanto, na concepção de povo.

O *citoyen* e o *peuple* como soberano são conceitos relevantes neste contexto. O povo não é apenas a fonte ativa da instituição de normas por meio de eleições ou por meio de referendos legislativos, nem mesmo por estar resumido na noção de destinatário das prescrições. Trata-se da própria razão de ser do Estado, manifestação da soberania e da vontade em conexão ativa expressa nos deveres, direitos e funções de proteção.

Müller destaca o conceito de “povo” como destinatário e como o fundamento – legitimador na duração temporal – de uma ordem política cujo núcleo [Kernbestand]

⁴²⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. São Paulo: Saraiva, 28ª ed. 2009. p. 100.

⁴²⁹ Segundo o autor, a ideia fundamental da democracia consiste na determinação normativa do tipo de convívio de um povo pelo mesmo povo. Já que não se pode ter o autogoverno, vez que na prática é quase inexequível, pretende-se ter ao menos a autocodificação das prescrições vigentes com base na livre competição entre opiniões e interesses, com alternativas manuseáveis e possibilidades eficazes de sancionamento político. MÜLLER, Friedrich. Quem é o povo? A questão fundamental da democracia. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 121.

constitucional é preservado, praticamente respeitado pela ação do Estado. Ele considera “povo” enquanto povo ativo, enquanto instância de legitimação global e enquanto destinatário de prestações civilizatórias do Estado. Segundo o autor essa perspectiva revalorativamente nova sobre a democracia institucionalizada torna a sociedade mais democrática.⁴³⁰

Habermas aduz que o *status* de cidadão juridicamente constituído depende de uma contrapartida, ou seja, de um pano de fundo concordante, que é dado pelos motivos e modos de sentir e pensar de uma pessoa que orienta pelo bem comum, os quais não podem ser impostos pelo direito.

O autor ressalta que o modelo republicano da cidadania lembra que as instituições da liberdade, asseguradas pela constituição, só valem na medida em que uma população, acostumada à liberdade política e exercitada na perspectiva comunitária da prática da autodeterminação, utiliza-se delas. O papel do cidadão, institucionalizado juridicamente, tem que se inserir no contexto de uma cultura política libertária.⁴³¹

Desta forma, a noção de povo no sentido ativo, pressupõe não somente o conjunto de indivíduos que possuem um elo com o Estado e participam da vontade soberana, mas deve ser identificada a partir da cidadania ativa.

Bobbio comenta que o cidadão total e o Estado total são as duas faces da mesma moeda; consideradas por um lado do povo e por outro do príncipe. Ambas têm o mesmo princípio: que é tudo política, ou seja, a redução de todos os interesses humanos aos interesses da *polis*, a politização integral do homem, a resolução do homem no cidadão, a completa eliminação da esfera privada na esfera pública, e assim por diante.⁴³²

Pode-se verificar que tais conceitos estão entrelaçados, notadamente, o conceito de cidadão na concepção de povo como um conjunto de membros ativos e participantes da vontade soberana do Estado. É nesse sentido que a defesa do patrimônio público

⁴³⁰ MÜLLER, Friedrich. Quem é o povo? A questão fundamental da democracia. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 121.

⁴³¹ HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade, vol. II. Trad: Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 287ss.

⁴³² BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.p. 55.

econômico está vinculada à noção da titularidade do cidadão como indivíduo atuante e membro detentor de direitos e deveres para com defesa da *res publica*.

Müller dispõe que a habilitação dos homens e o direito à participação ativa dos cidadãos [aktive Ermächtigung] fundamentam juridicamente uma sociedade libertária, num estado democrático. Ele ressalta que sem a prática dos direitos do homem e do cidadão, “o povo permanece em metáfora ideologicamente abstrata de má qualidade”. É por meio da prática dos *human rights* que se torna, em função normativa, “povo de um país” e de uma democracia capaz de justificação enquanto instância de atribuição global.⁴³³

O caráter ativo manifestado na dimensão participativa que identifica o cidadão como membro da coletividade faz parte da essência constitutiva da noção de povo. Portanto, o direito à defesa do patrimônio público econômico, enquanto categoria específica dos direitos difusos, tem como titular o cidadão presente na coletividade mediante o vínculo jurídico com o Estado.

6.2 A proteção do patrimônio público econômico como um direito cívico

Os direitos fundamentais são enquadrados nas gerações conforme os atributos e as peculiaridades que o definem no momento histórico de seu surgimento. Os direitos de primeira geração se caracterizam pelo momento histórico do pós-absolutismo, pela vertente individualista preconizada na época e pela necessidade de limitar o poder público, vislumbrando uma abstenção do Estado na esfera privada. Já os direitos de segunda geração foram marcados pelos processos pós-guerras mundiais e pelas revoluções industriais, mediante a intervenção do Estado na economia e na esfera privada com intuito de prover alguns direitos sociais, econômicos e culturais ao indivíduo.

Com o passar do tempo, surge uma categoria de direitos que se destacam pela necessidade de se resguardar determinados bens, tendo em vista a vivência coletiva e a consciência de que tais bens pertencem a todos. Numa era de desenvolvimento

⁴³³ MÜLLER, Friedrich. Quem é o povo? A questão fundamental da democracia. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 63.

tecnológico, de risco, de crises econômicas e transações globais emergem direitos que tutelam bens essenciais ao desenvolvimento do indivíduo inserido na comunidade.

Vieira de Andrade elaborou uma classificação levando em consideração esta evolução histórica e separou os direitos fundamentais em três espécies de acordo com o conteúdo e modo de proteção, nos seguintes termos: a) direitos de defesa; b) direitos a prestações; e, c) direitos de participação. Segundo ele, os direitos de participação consistem na garantia de participação individual na vida política, de forma mais concreta, na formação da vontade política da comunidade.⁴³⁴

Os direitos de terceira geração são caracterizados por um código binário de poder-dever, no qual o indivíduo é, ao mesmo tempo, titular e responsável pela tutela do bem. Portanto, os direitos de terceira geração são considerados direitos do homem na perspectiva da coletividade. Conforme visto, em relação ao direito fundamental ao patrimônio público econômico vislumbra-se uma dimensão cívica, permeada pela noção de cidadania ativa no âmbito do Estado Democrático de Direito.

Daniel Sarmiento aduz que o bom civismo, cujo cultivo interessa ao Estado Democrático de Direito é o do “patriotismo constitucional” que pressupõe a consolidação de uma cultura de direitos humanos. Segundo o autor, o engajamento em causas comuns e a cooperação solidária carecem de alguns requisitos, como: a percepção de cada pessoa de que vive sob a égide de um regime constitucional que trata a todos com o mesmo respeito e consideração; a compreensão de que não se é súdito do Estado, mas cidadão, participe da vontade coletiva, mas também titular de uma esfera de direitos invioláveis; sujeito e não objeto da História.”⁴³⁵

Neste sentido, a consciência da centralidade do homem no meio coletivo é verificada a partir da noção de agente modificador e responsável pelo bem comum. Tal noção impõe à percepção do indivíduo dotado de um valor axiológico na dimensão da cidadania. Trata-se da compreensão do dever cívico inserido na vertente democrática-constitucional.

⁴³⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 3ª ed. Coimbra: Almedina. 2004. p.179.

⁴³⁵ SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses privados na perspectiva da Teoria e da filosofia constitucional. In: Constituição e Crise Política. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 379.

Heródoto Barbeiro destaca que o “civismo é a atuação consciente e esclarecida do cidadão no seio da comunidade, através do cumprimento de seus deveres de cidadania e seu esforço em contribuir para o progresso e o engrandecimento da pátria”. Segundo o autor, ele é caracterizado por uma atitude ativa de interesse e participação nos problemas da comunidade. Não se trata do gozo pacífico dos direitos assegurados por lei, nem mesmo da aceitação resignada dos deveres impostos também por lei, mas da vigilância permanente e da ação constante para que se alcancem os objetivos comuns.”⁴³⁶

No civismo há um comprometimento do cidadão com o todo, sobretudo, com as coisas que pertencem a todos. Ser cidadão no Estado Democrático de Direito exige uma reformulação da cidadania vista sob a perspectiva liberal e individual, com intuito de se alcançar uma cidadania ativa que consiste na participação e no envolvimento cívico do indivíduo para com a comunidade em que vive.

O civismo consiste na preparação para a cidadania, isto é, o cidadão não pode ser inerte diante da degradação e lesão às coisas que pertencem a todos, preocupado somente com seus interesses particulares. É preciso integrar-se nas várias esferas que o circundam e participar no lar, na escola, na comunidade, na pátria e no mundo. Quem participa das lutas e dificuldades de alguma coisa, também se sente responsável pelos seus resultados.⁴³⁷

Nas palavras de Von Ihering o indivíduo deve compreender que “ao defender o direito em geral, estará defendendo, neste caso, o próprio direito”.⁴³⁸ Assim, quando o indivíduo pensa no bem comum, certamente estará pensando no seu bem-estar também. Esta noção parte da premissa da conscientização cívica, ou seja, a consciência de que se vive no meio social e que a busca pelo bem de todos, consiste também na busca do bem para si.

⁴³⁶ Segundo ela, alguns objetivos comuns: obediência às leis, preservação da ordem, defesa da moral e dos bons costumes, estímulo aos valores sociais positivos, incentivo ao desenvolvimento harmonioso e sadio da personalidade dos jovens, colaboração nas obras sociais e iniciativas que visem o bem-estar humano, colocando enfim a serviço da comunidade as experiências e habilidades, capacidades e dons de que é portador. LISA. Biblioteca Integrada. Org. e coord. Derville Ariza e Heródoto Barbeiro, 7ª tir. Campinas: Lisa, 1983. p. 83 ss.

⁴³⁷ LISA. Biblioteca Integrada. Org. e coord. Derville Ariza e Heródoto Barbeiro. Volume 5 - Estudos Sociais - II - O.S.P.B. - Estudo de Problemas Brasileiros Educação Moral e Cívica, 8ª ed., Campinas: Lisa, 1987. P. 85 ss.

⁴³⁸ IHERING, Rudolf von. A luta pelo direito. Trad. J. Cretella Jr e Agnes Cretella. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003. p. 79.

Há que se destacar que o civismo está intimamente vinculado à noção política, no sentido da participação nas decisões que direcionam a *polis*. Assim, a vida cívica está delineada na atuação de cada membro na forma jurídico-política que consiste nos direitos e deveres para com o destino do Estado.

Deste modo, o termo “cívico” consiste no dever imposto a todo cidadão, na sua vida pública de natureza política. Francisco Lima expõe alguns exemplos de deveres cívicos: o respeito (veneração, acatamento das ordens, das leis, das autoridades, do bem comum, dos companheiros e a si mesmo) e a responsabilidade (obrigação de responder pelos seus atos ou de outrem, bem como a responsabilidade de quem confere o papel do homem em relação ao presente e futuro da pátria).⁴³⁹

Portanto, o civismo é compreendido pela esfera de atuação do indivíduo na comunidade jurídico-política dentro da perspectiva da cidadania ativa que o impõe como ser responsável pela *res publica*. Diante de tal premissa pode-se afirmar que o direito fundamental à proteção do patrimônio público econômico constitui um direito cívico inserido na terceira geração dos direitos fundamentais.

⁴³⁹ LIMA, Francisco Gérson Marques de. Os deveres constitucionais: o cidadão responsável. in: Constituição e Democracia. Estudos em homenagem ao Prof. J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 146.

Capítulo VI – As violações ao patrimônio público econômico

“De tanto ver triunfar as nulidades, de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça, de tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar da virtude, a rir-se da honra, a ter vergonha de ser honesto.” (Rui Barbosa)

A malversação do patrimônio público gera sérias consequências em diversas esferas (econômicas, sociais, culturais, jurídicas e políticas) e chega a afetar, de modo grave, o equilíbrio financeiro do Estado e a comprometer a concretização dos direitos dos indivíduos.

Pode-se afirmar que há uma relação estreita entre a corrupção e a não concretização dos direitos fundamentais. A lesão ao patrimônio público por meio dos desvios de recursos que seriam destinados às satisfações das necessidades, sobretudo, na efetivação dos direitos econômicos e sociais, afeta a dignidade na sua essência material.

Se os direitos fundamentais correspondem àqueles bens da vida consagrados nas Constituições e que permitem uma vida digna, inequívoca é a conclusão que a corrupção impede a plena preservação dos direitos do indivíduo, uma vez que o desvio de recursos impede a plena execução e concretização dos direitos.⁴⁴⁰

As condutas que dilapidam os recursos públicos são identificadas por diversos tipos e nomenclaturas. Algumas mais conhecidas ou mais evidentes como a corrupção, a sonegação fiscal (ou evasão), o nepotismo e a improbidade administrativa. Outras formas não são tão conhecidas ou até mesmo são camufladas como, por exemplo, os gastos extravagantes com aquisição de bens públicos luxuosos ou suntuosos.

⁴⁴⁰ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Curso de Direito Financeiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 283.

A identificação das práticas que violam o patrimônio público econômico é essencial para que se possa estabelecer mecanismos e instrumentos eficazes de proteção do patrimônio.

Não se pretende esgotar a identificação de todas as condutas que dilapidam o patrimônio público econômico. O intuito consiste em apresentar exemplos importantes que estão presentes na era contemporânea e tecer breves comentários sobre as legislações aplicadas e as consequências geradas.

O estudo será focado nos dois países: Brasil e Portugal. Diante da abrangência da matéria, optou-se por delimitar o âmbito jurídico pragmático nestas duas realidades. Ressalta-se que em alguns tópicos, serão citadas algumas perspectivas de outros países e referências sobre organização internacionais.

1. Violações clássicas ou evidentes

1.1 Corrupção

Os progressos advindos da consolidação do Estado Democrático de Direito e das garantias constitucionais como o acesso à informação, a exigência de eficiência e transparência dos governos, o crescente pleito pela efetivação dos direitos fundamentais, bem como a atuação da sociedade nos processos decisórios dos governos regionais e locais, marcaram um cenário positivo nos sistemas jurídico-políticos de diversos países, no final do século XX e no despontar do século XXI.

Não obstante os passos dados em prol destes avanços, o cenário foi contraposto pela incidência de abusos e arbítrios do poder. Corrupção, conflito de interesses, favoritismos, malversações do patrimônio público, tráfico de influência, uso indevido dos recursos públicos foram condutas identificadas nas diversas esferas dos governos.

Segundo Fernando Alves Correia a época em que se vive é histórica exigindo uma mudança axiológica em face do mundo cada vez mais hipercomplexo, global e plural. O autor ressalta que há uma necessidade de identidade própria e sólida, capaz de sobreviver

às estratégias econômicas, bem como às manobras da corrupção que continuam a ocupar largo espaço da comunidade social.⁴⁴¹

Os problemas causados pelos atos de corrupção e por outros ilícitos que se manifestam nas comunidades políticas abalam a estabilidade estatal e a confiança das sociedades, além de gerar uma estagnação no desenvolvimento sustentável dos países.

Neste sentido, a Organização das Nações Unidas pronunciou que a *corrupção corrói a confiança nas instituições e o elo entre a sociedade (...). O desvio de recursos afeta a habilidade dos governos de prover serviços básicos e de promover o desenvolvimento sustentável: econômico, social e político (...).*⁴⁴²

A descrença no poder público e demais consequências maléficas geradas pelas incessantes práticas corruptas retomam a necessidade de se debater as formas de limitação e controle do poder, mediante a responsabilização dos agentes que fazem do aparato político um mero instrumento para prossecução de seus próprios interesses.

Tais comportamentos maculam a imagem da Administração Pública, causando um incessante descrédito nas instituições políticas. Os descontentamentos dos governados com seus governantes são intensificados constantemente, gerando uma relação de tensão e desconfiança.

De acordo com o presidente do Conselho de Prevenção da Corrupção do Tribunal de Contas português “os Estados democráticos estão confrontados com a necessidade de se protegerem contra o fenómeno da corrupção, que mina os fundamentos da cidadania, da confiança, da credibilidade e da coesão social”.⁴⁴³

As consequências advindas da corrupção são notórias e conhecidas por afetar de forma negativa o poder público no mundo contemporâneo. No entanto, as formas utilizadas para combatê-la ainda configuram um impasse em muitos países. A dificuldade de identificar e controlar as condutas que integram a chamada “zona cinzenta” que

⁴⁴¹ CORREIA, Fernando Alves. Os direitos fundamentais e a sua proteção jurisdicional efetiva. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. LXXXIX, 2003. p. 94-95.

⁴⁴² ONU. Dia Internacional contra a corrupção e Compromisso Mundial anticorrupção. 2007. Disponível in: <http://www.unodc.org/brazil/pt/diamundialanticorruptao2007.html>, acesso em 20.11.2011.

⁴⁴³ MARTINS, Guilherme D’Oliveira. Discurso na Conferência “Estado, Administração e prevenção da Corrupção”. Lisboa: Universidade de Lisboa em 18 de Outubro de 2011. Disponível in: http://www.cpc.tcontas.pt/documentos/discurso_presidente_cpc_2011-10-18.pdf

circunda a esfera da corrupção causa um obstáculo ao seu combate, sobretudo, no que tange aos mecanismos de prevenção.

Portanto, torna-se imprescindível a análise de práticas que se encontram nesta zona nebulosa entre o interesse público e privado, onde emergem os chamados conflitos de interesses e as condutas incompatíveis com o exercício do cargo público.

O combate efetivo da corrupção impõe, necessariamente, a demarcação das fronteiras da corrupção e das demais esferas circundantes (troca de favores, recebimento de presentes, uso de informações privilegiadas, entre outros) e seu devido enquadramento normativo.

Nesta perspectiva, acredita-se que o primeiro passo para se chegar ao controle e a responsabilização dos corruptos é delimitar as esferas. Conforme aduz Rui Barbosa “não há outro meio de atalhar o arbítrio, senão dar contornos definidos e inequívocos à condição que o limita.”⁴⁴⁴

Diante da relevância, complexidade e amplitude do tema, serão apresentados os seguintes tópicos sobre a corrupção: breve histórico; conceito; diferenciação do conflito de interesses; análise dos princípios constitucionais que são violados em sua ocorrência; as práticas de combate as consequências da afetação do patrimônio público econômico.

1.1.1 Breve histórico sobre a Corrupção

Desde os primórdios, a corrupção foi objeto de inúmeros debates no desenvolvimento de teorias e discursos centrados no comportamento do homem em sociedade. Não se sabe ao certo sua origem, mas apenas que já havia sinais deste fenômeno na antiguidade clássica. Portanto, percebe-se que a corrupção não é recente, mas desde os tempos remotos tal fenômeno é vislumbrado como um mal que atingia os governos e as Nações.

A percepção da corrupção como um fenômeno antigo é verificada na introdução do Guião de Boas Práticas elaborado pelos países da Angola, Brasil, Cabo Verde e

⁴⁴⁴ BARBOSA, Rui. Obras Completas de Rui Barbosa, v. 20, t. 5, 1893. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa. Disponível em: <http://www.casaruibarbosa.gov.br>

Portugal em novembro de 2010 que dispõe: é “consabido que a corrupção é um fenômeno antigo que afeta a sociedade”.⁴⁴⁵

Segundo o pensamento aristotélico havia a distinção das três espécies de governo – realeza, aristocracia e democracia – bem como suas formas corrompidas – tirania, oligarquia e demagogia. Tal fato ocorria quando os interesses particulares prevaleciam sobre os interesses do povo. Assim, as formas puras de governo eram transformadas nas formas impuras de governo. Verifica-se que na civilização grega a corrupção já era debatida pelos filósofos.⁴⁴⁶

Tempos depois, John Locke mencionou que “se não houvesse a corrupção e o vício de homens degenerados, não seriam necessárias outras leis a não ser a lei da razão para guiar as ações humanas”.⁴⁴⁷ No mesmo sentido, Montesquieu ressaltou que a “corrupção de cada governo começa quase sempre pela corrupção de seus princípios”.

A corrupção é difundida como um mal que avassala os governos causando sérias consequências quanto à credibilidade das instituições públicas. Hannah Arendt assevera que “talvez nada na nossa história tenha durado tão pouco como a confiança no poder. Para a autora, nada é mais difundido que a convicção de que o poder corrompe”.⁴⁴⁸

Nos períodos recentes, a corrupção ainda consiste numa prática presente nos governos, sobretudo, nos modelos de administração pública baseados nos sistemas patrimoniais ou tradicionais. Nestes modelos vislumbram-se distorções acerca do patrimônio público e sua dilapidação por interesses particulares.

Sem tecer muitos comentários a respeito da corrupção no modelo patrimonialista brasileiro, importa verificar que não só no Brasil, mas em outros países a corrupção

⁴⁴⁵ Disponível in: <http://www.cgu.gov.br/auditoriaefiscalizacao/PaisesLinguaPortuguesa/IV-Conferencia/Guia-de-boas-praticas.pdf>

⁴⁴⁶ Aristóteles distingue três espécies de governo, denominando-as de formas puras, quais sejam: a) realeza: quando só um indivíduo governa; b) aristocracia: é o governo exercido por um grupo de pessoas; c) democracia (república) governo exercido pela própria multidão no interesse geral. Mas, segundo ele as formas puras podem ser transformadas em impuras, assim, a realeza degenera em tirania, a aristocracia em oligarquia e a democracia em demagogia. ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. Quetzal. 2009. p. 215.

⁴⁴⁷ LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Editora Vozes, 2001. p. 70.

⁴⁴⁸ ARENDT, Hannah. *Verdade e Política*. Lisboa: Relógio d'água. 1995.

também foi objeto de averiguação. Vejamos um julgado do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto:

“Ora, se essa crítica pode ser feita em relação a países nos quais bem cedo foram estipulados os limites entre a esfera pública e privada, o que se dirá em relação ao Brasil, de origens patrimonialista e no qual ainda se podem sentir os efeitos perversos das distorções causadas por séculos de apropriação indevida do público pelo privado – nepotismo, corrupção, clientelismo, corporativismo, fisiologismo” (STF, ADPF 46-7, Ministro Relator Marco Aurélio).

Do mesmo modo que a corrupção foi objeto de debates desde a antiguidade, os instrumentos e mecanismos de combate a ela também foram discutidos durante séculos em várias gerações. Verifica-se no decorrer da história que a prática da virtude, da ética e dos valores era tratada como um antídoto contra o fenômeno da corrupção.

Notórias foram as contribuições dos filósofos para a formação de doutrinas e paradigmas alicerçados em valores fundamentais com vistas a direcionar o comportamento do homem em sociedade, notadamente, no combate às práticas corruptas.

Aristóteles ao tecer considerações e distinções entre as dimensões públicas e privadas mencionou que o fim da ação justa que conduz ao bem privado deve coincidir com o fim da ação justa que visa o bem público, ou seja, concluiu-se que a ética não pode estar desvinculada da política e vice-versa.

Segundo Montesquieu ao cessar a virtude a ambição entra nos corações que estão prontos para recebê-la e a avareza entra em todos. Segundo o autor esta realidade gera sérias consequências: os desejos mudam de objeto; o que se amava não se ama mais; era-se livre com as leis, quer-se ser livre contra elas; cada cidadão é como um escravo fugido da casa de seu senhor; o que era máxima é chamado rigor, o que era regra chamam-no incômodo, o que era cuidado chamam-no temor. Para o autor, é na frugalidade que se encontra a avareza, não no desejo de possuir. ⁴⁴⁹

⁴⁴⁹ MONTESQUIEU. O Espírito das leis. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.14

Não obstante o caráter evolutivo e dinâmico do Estado pode-se constatar, por meio das experiências históricas, a existência de práticas corruptas nos governos em detrimento dos valores essenciais da ética de convivência.

Neste sentido, Hannah Arendt ressalta que “nunca ninguém teve dúvidas que a verdade e a política estão em bastante más relações, e ninguém, tanto quanto saiba, contou alguma vez a boa fé no número das virtudes políticas.”

No final do século XX e início do XXI, a corrupção surge com um diferencial revelador baseado na constatação de que a sua ocorrência gera sérias consequências ao desenvolvimento dos países, não somente no âmbito econômico, mas, sobretudo, nas esferas jurídica, política, cultural, social, entre outras.

Diante desta premissa inúmeros estudos se voltaram para identificar a corrupção como um fenômeno perverso – entre eles Arnold Heidenheimer, Robert Klitgaard e Rose Ackerman – em que o agente público levado a obter benefícios pessoais os sobrepõe as normas de conduta e atua em detrimento do interesse público e coletivo.⁴⁵⁰

Em meio a crises econômicas enfrentadas pelos países, a necessidade de controlar os gastos e direcionar de modo eficiente e eficaz os recursos públicos, bem como a preeminência em verificar formas de sustentabilidade fiscal do Estado, o combate à corrupção passa a ser um tema central nas pautas e nos discursos contemporâneos.

Deste modo, o combate à corrupção passa a ser assumido como um compromisso assumido pelas autoridades políticas e agentes públicos da Administração Pública, ocupando lugar de destaque no pensamento contemporâneo: filosófico, político e jurídico.

Em meio a recente verificação que os danos causados pela corrupção ultrapassam a esfera econômica chegando a atingir outras áreas. Diante da complexidade que envolve as consequências geradas nos governos, há necessidade de adoção de novos mecanismos de combate.

Portanto, o debate dos novos paradigmas de controle, *accountability*, *good governance*, gestão participativa e cidadania ativa são formas que se vislumbram no

⁴⁵⁰ Heidenheimer, Arnold. *Political Corruption: Readings in Comparative Analysis*, New York: Holt, Rinehart and Winston, 1970. Ackerman, Rose. *Corruption: a Study in Political Economy*, 1978. Klitgaard, Robert. *Controlling Corruption*, Berkley: University of California Press, 1988.

discurso contemporâneo e fazem parte do rol dos modelos que tendem a combater esse mal presente nas instituições públicas.

1.1.2 Conceito de Corrupção

No sentido etimológico, a palavra “corrupção” tem origem no latim “*corruptione*” que significa o ato ou o efeito de corromper. Tal premissa pode ter a conotação de devassidão, depravação, perversão e suborno.

O termo “corrupto” no latim *corruptu* é atribuído àquele que sofreu corrupção; ou àquilo que está podre, estragado, infectado. Outro significado atribuído é no sentido de devasso; de depravado, de corruptível (em se tratando daquele que é capaz de se deixar subornar; venal, corrupto) e de errado, viciado (em se tratando de linguagem). E corruptor (do latim *corruptore*), dentro dessa análise, também é identificado como adjetivo pertinente àquele que corrompe ou que altera textos e suborna.⁴⁵¹

A Transparência Internacional tem definido, de forma genérica, a corrupção como “*o uso indevido do poder público para proveito privado*”. Robert Klitgaard assevera que existe corrupção quando um indivíduo coloca ilicitamente interesses pessoais acima dos das pessoas e dos ideais que ele está comprometido a servir.⁴⁵²

Segundo o *Websters Third International Dictionary* (Unabridged) corrupção é a indução (como a de uma autoridade pública) por meio de considerações impróprias (como suborno) a cometer uma violação do dever.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho conceitua corrupção como “a conduta de autoridade que exerce o poder de modo indevido, em benefício de interesse privado, em troca de uma retribuição de ordem material”.⁴⁵³

⁴⁵¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Dicionário da Língua Portuguesa . 2ª. ed. Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira, 1986.

⁴⁵² KLITGAARD, Robert E. *Controlling Corruption*, Berkley: University of California Press, 1988. E conceito disposto pela Transparência Internacional. Disponível in: www.transparency.org.

⁴⁵³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A corrupção como fenômeno social e político. Revista de Direito Administrativo nº 185, Jul-Set, 1991. p. 3 ss.

Jesús Gonzáles Pérez menciona que “a corrupção consiste, precisamente, na utilização de poderes públicos para interesses particulares, qualquer que seja a forma de se manifestar, seja em benefício próprio ou de terceiro ou do partido político; seja por razão de amizade ou por dinheiro ou por outras prestações”.⁴⁵⁴

Para Adeodato a corrupção, de forma genérica, consiste num intercâmbio de favores, entre um membro da administração pública e um particular, por meio do qual o funcionário recebe dinheiro, presentes ou prestações semelhantes em troca de uma ação ou omissão ilegal em benefício do particular. Segundo ele, a característica peculiar é a obtenção de vantagem própria, configurando o elemento distintivo da corrupção.

O autor aduz, no entanto, que há um problema que consiste na necessidade de separar a corrupção de outros conceitos aproximados. A existência de uma elasticidade das fronteiras da corrupção dificulta sua precisão quanto à delimitação a partir de que ponto ela deixa de ser uma estratégia de dominação e legitimação e passa a ser danosa para o sistema social, ou mesmo para o sistema jurídico estatal. Ele cita como exemplos desta elasticidade a distribuição de presentes e brindes a funcionários públicos, por parte de pessoas interessadas em decisões em que esses possam tomar. Esta é uma prática comum nos órgãos públicos brasileiros que, segundo ele, não chega a haver sequer a preocupação com o segredo, diversamente da corrupção negociada.⁴⁵⁵

Portanto, de modo geral, a corrupção abrange um universo de ações e omissões que envolvem todo e qualquer tipo de irregularidade na esfera pública, ou seja, a corrupção pode ser vislumbrada quando, no setor público, há práticas com intuito de obter benefícios privados em detrimento dos interesses públicos.

Fernando Rodrigues Martins assevera que o termo “corrupção”, dilatando-se a âmbitos não jurídicos, abrange segundo a concepção advinda da sociedade um conceito referente a “qualquer” irregularidade praticada no espaço público.⁴⁵⁶

⁴⁵⁴ PÉREZ, Jesús Gozáles. La ética en la administración pública. Madri: civitas, 1983. P. 63ss.

⁴⁵⁵ O autor expõe também que ela existe nos países desenvolvidos e ao aparecer deverá ser punida do ponto de vista da legitimação. Já nos países periféricos, a corrupção pode não apenas deixar de ser punida, como também assumir papel social compensatório e ser tornar elemento significativo nos procedimentos decisórios de grupos inteiros. Quer dizer, pode institucionalizar-se. ADEODATO, João Maurício. Ética e retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica. 3ª edição. Revista e atualizada. Editora Saraiva. 2007. p. 41ss.

⁴⁵⁶ MARTINS, Fernando Rodrigues. Controle do Patrimônio Público. Comentários à lei de Improbidade Administrativa. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

Então, a corrupção pode ser identificada como irregularidades e outras práticas que utilizam a coisa pública em benefício particular. Mas como diferenciá-la dos institutos aproximados? Qualquer uso indevido da coisa pública em proveito particular pode ser considerado corrupção?

Portanto, as definições generalistas apesar de refletirem uma abordagem correta do significado do termo, tornam-se discutíveis por não diferenciar de certa maneira a corrupção dos conceitos aproximados.

Antes da abordagem sobre os fenômenos ou infrações correlatas, será realizada uma análise da corrupção nas normas jurídicas brasileiras e portuguesas, em seguida, será feito um breve comentário a respeito da corrupção no âmbito internacional.

1.1.3 A previsão da corrupção nas normas jurídicas

No contexto jurídico, a corrupção no sentido estrito é tratada como um crime, sendo um ilícito de natureza penal, punível pelo Estado. O direito penal, portanto, prevê punições para aqueles que usurpam o patrimônio público de forma corrupta.

O Código Penal brasileiro (1940) consagrou em seu Título XI os crimes contra a Administração Pública, compreendendo: peculato (Art. 312); extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento (Art. 314); emprego irregular de verbas ou rendas públicas (Art. 315); concussão (Art. 319), facilitação de contrabando ou descaminho (Art. 318); prevaricação (Art. 319); condescendência criminosa (Art. 320); advocacia administrativa (Art. 321); exploração de prestígio (Art. 332). Entre eles, a corrupção passiva (Art.317) e a corrupção ativa (Art. 333).

Em cumprimento ao disposto nas Convenções internacionais, o Brasil editou normas sobre a corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais. Assim, foi publicada a Lei 10.467/2002 que adicionou ao Código Penal os artigos 337-B, C e D.

Deste modo, a corrupção é um crime tipificado nos artigos 317 e 333 do Código Penal brasileiro, com a seguinte redação:

“Art. 333 *corrupção ativa* – oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício.

Pena – reclusão de 2 a 12 anos e multa.”

”Art. 317 *corrupção passiva* – solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem.

Pena – reclusão de 2 a 12 anos e multa.”

Em Portugal, o Código Penal, além de tratar de várias práticas e infrações cometidas contra a Administração Pública – como, por exemplo, o peculato nos artigos 375º e 376º, entre outros – trata da corrupção nos artigos 372º, 373º e 374º na secção I do Capítulo IV (dos crimes cometidos no exercício de funções públicas), vejamos:

“Artigo 372º - Corrupção passiva para acto ilícito

1 - O funcionário que por si, ou por interposta pessoa com o seu consentimento ou ratificação, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, sem que lhe seja devida, vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou a sua promessa, como contrapartida de acto ou de omissão contrários aos deveres do cargo, é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.

2 - Se o facto não for executado, o agente é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.

3 - Se o agente, antes da prática do facto, voluntariamente repudiar o oferecimento ou a promessa que aceitara, ou restituir a vantagem, ou, tratando-se de coisa fungível, o seu valor, é dispensado de pena.

4 - A pena pode ser especialmente atenuada se o agente auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis.

Artigo 373º - Corrupção passiva para acto lícito

1 - O funcionário que por si, ou por interposta pessoa com o seu consentimento ou ratificação, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, sem que lhe seja devida, vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou a sua promessa, como contrapartida de acto ou de omissão não contrários aos deveres do cargo, é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.

2 - É correspondentemente aplicável o disposto na alínea b) do artigo 364º e nos nºs 3 e 4 do artigo anterior.

Artigo 374º - Corrupção activa

1 - Quem por si, ou por interposta pessoa com o seu consentimento ou ratificação, der ou prometer a funcionário, ou a terceiro com conhecimento daquele, vantagem patrimonial ou não patrimonial que ao funcionário não seja devida, com o fim indicado no artigo 372º, é punido com pena de prisão de 6 meses a 5 anos.

2 - Se o fim for o indicado no artigo 373º, o agente é punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 60 dias.

3 - É correspondentemente aplicável o disposto na alínea b) do artigo 364º.
(grifo nosso)

É importante ressaltar que a lei nº 108/2001 veio alterar e reforçar o regime jurídico sobre a corrupção no ordenamento jurídico português.

O direito penal visa proteger bens relevantes para sociedade. Deste modo, a consagração da corrupção e de outras práticas criminosas que causam lesão ao patrimônio público torna-se um meio de proteção aos bens essenciais da sociedade que, *in casu*, é a defesa da *res publica* no sentido lato.

Neste sentido, Figueiredo Dias salienta que “os bens jurídicos protegidos pelo direito penal devem considerar-se concretizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais”.⁴⁵⁷

1.1.4 A corrupção no âmbito internacional

A corrupção é um fenómeno que tem atingido diversos países, causando um abalo nos governos por afetar a correta distribuição dos recursos, gerando reflexos negativos no âmbito social, cultural, político, jurídico e económico.

No preâmbulo da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção foi destacado que a “corrupção deixou de ser um problema local para converter-se em um fenómeno

⁴⁵⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas Básicos da Doutrina Penal*, Coimbra: Coimbra, 2001. pp. 47-48.

transnacional que afeta todas as sociedades e economias, faz-se necessária a cooperação internacional para preveni-la e lutar contra ela”.⁴⁵⁸

Deste modo, a corrupção tornou-se um fenômeno global. Para combatê-la há necessidade de ações conjuntas (cooperação internacional) na missão de reintroduzir mecanismos de controle e instrumentos eficazes na apuração da responsabilidade dos infratores.

Inúmeras iniciativas foram contempladas na esfera internacional, entre eles destacam-se: o Pacto Global anticorrupção; a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção de 31 de outubro de 2003, a Declaração das Nações Unidas contra Corrupção e o Suborno em Transações Comerciais Internacionais; as Diretrizes do Banco Mundial para o Tratamento do Investimento Estrangeiro Direto; a Convenção Interamericana contra a Corrupção da OEA de 29 de março de 1996; a Convenção da OCDE sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais; as Convenções Civil e Penal sobre a Corrupção do Conselho da Europa, entre outros.

Há que se ressaltar neste âmbito os documentos multilaterais que tratam sobre assunto: a) Convênio relativo à luta contra os atos de corrupção no qual estão envolvidos funcionários das Comunidades Europeias e dos Estados Partes da União Europeia, aprovado em 26 de maio de 1997; b) Convênio sobre a luta contra o suborno dos funcionários públicos estrangeiros nas transações comerciais internacionais de 27 de janeiro de 1999; e, c) Convênio de direito civil sobre a corrupção de 4 de novembro de 1999; etc.⁴⁵⁹

Nas últimas décadas, em todo o mundo, houve um crescimento no arcabouço normativo no tocante ao combate à corrupção. Neste domínio, é interessante ressaltar que a Convenção Interamericana contra a Corrupção (1996) dispõe o seguinte: “observam significativos avanços ao reconhecimento daninho da corrupção e o seu necessário combate, bem como a concessão de relevo axiomático da probidade”.

⁴⁵⁸ NAÇÕES UNIDAS. Convenção das Nações Unidas contra a corrupção. Escritório contra drogas e crimes. Disponível in: http://www.cpc.tcontas.pt/documentos/2007_UNCAC_Port.pdf

⁴⁵⁹ MARTINS, Fernando Rodrigues. Controle do Patrimônio Público. Comentários à lei de Improbidade Administrativa. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 55 e 56.

A Convenção aprovada em março de 1996 foi promulgada no Brasil pelo Decreto 4.410 de 07.10.2002. Em tal dispositivo menciona que “a corrupção solapa a legitimidade das instituições públicas e atenta contra a sociedade, a ordem moral e a justiça, bem como contra o desenvolvimento integral dos povos”.

Fernando Rodrigues Martins destaca que os documentos internacionais de combate à corrupção que vislumbram a tutela direta do patrimônio público saem da órbita meramente contratualista entre Estados-nação, exaltando um vínculo personalista desses Estados em benefício de seus cidadãos.⁴⁶⁰

Na esfera internacional é importante ressaltar a atuação do Conselho de Prevenção da Corrupção, o domínio e apoio do GRECO – Grupo de Estados – contra a Corrupção do Conselho da Europa.

Neste contexto, destaca-se a pesquisa da Transparência Internacional de 2013, na qual foram entrevistadas pessoas de vários países e 53% delas mencionam que a corrupção tem aumentado. A pesquisa ainda mostra que a maioria das pessoas acredita que seu governo é ineficaz no combate à corrupção. Outro dado que a pesquisa apresentou é que 54% das pessoas inquiridas acham que seu governo é em grande parte ou totalmente liderados por grupos atuando em seus próprios interesses, em vez de atuar em benefício dos cidadãos.⁴⁶¹

Portanto, inúmeros documentos foram objetos utilizados no âmbito internacional para o combate a corrupção, o que demonstra uma preocupação comum entre os governos, sociedades e cidadãos.

1.1.5 A Corrupção e os institutos aproximados

O termo “corrupção”, considerado no sentido amplo, abrange diversas situações irregulares presentes no âmbito do poder público. Esta perspectiva é revelada pela

⁴⁶⁰ MARTINS, Fernando Rodrigues. Controle do Patrimônio Público. Comentários à lei de Improbidade Administrativa. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 55 e 56.

⁴⁶¹ HARDOON, Deborah, Finn Heinrich. Transparency International. Global Corruption Barometer 2013. Disponível in: <http://www.transparency.org/gcb2013>

complexidade e pela variedade de práticas ocorridas, bem como pelos diferentes campos de responsabilização do agente público (esfera ética, penal, civil e administrativa).

A separação e a delimitação destes institutos aproximados – corrupção, conflito de interesses, troca de favores, tráfico de influência, uso de informações privilegiadas, nepotismo, entre outros – são imprescindíveis para o estabelecimento de um controle eficaz no combate a tais práticas.

O “rótulo geral da corrupção” inclui uma variedade de atividades, estirpes e mutações que parecem intermináveis, tais como: i. o compartilhamento de informações confidenciais ou secretas; ii. recebimento de presentes de empresas que têm manifesto interesse na decisão do servidor público; iii. fraude no controle de qualidade, etc. Diante desta perspectiva, ressalta-se que a primeira razão para uma correta abordagem é destacar o predomínio da «*grand corruption*» na incorporação da «*petty corruption*». ⁴⁶²

Alguns diferenciam a corrupção “própria” da corrupção “imprópria”, mas esta forma de classificação é limitada diante da complexidade que envolve o tema. ⁴⁶³ Deste modo, Cartier-Bresson ao dispor a respeito da sobreposição entre o público e privado menciona que “as fronteiras entre a corrupção e o clientelismo somente podem ser demarcadas mediante a criminalização dos atos”. ⁴⁶⁴

Em suma, a corrupção, em sentido geral, compreende uma esfera muito abrangente de ofensas que dificultam sua delimitação, devido a linha tênue que separa institutos tão próximos. A complexidade aumenta quando se trata de identificá-las e tipificá-las como conduta lícita/ilícita, certa/errada, moral/imoral.

⁴⁶² Corrupção própria como aquela que está especificada na esfera da lei penal, já a “imprópria” sendo aquela que extravasa os parâmetros legais/formais. NICHOLLS QC, Colin; Tim Daniel, Martin Polaine e John Hatchard. *Corruption and misuse of public office*. Orfox Press Inc. New York. 2006. p. 03 ss. No Brasil, a corrupção própria é aquela em que o ato do funcionário público é ilícito ou ilegal, já a imprópria o ato é legal, mas há obtenção de vantagens e benefícios. Para aprofundamento da chamada «*grand corruption*» ver George Moody Stuart’s book in: “*Grand Corruption in Third World Development*”. Berlim: Transparency International, 1994.

⁴⁶³ SOUSA, Luís de e João Triães. *Corrupção e os Portugueses*. Rui Costa Pinto edições. Lisboa, 2008. p.26.

⁴⁶⁴ CARTIER-BRESSON, Jean. *Corrupções, Liberalizações e Democratizações*. In: Programa Euro Brasil, MPOG. Original: Revue Tiers Monde, nº 161, jan-mar. 2000. p. 82 ss.

Deste modo, não se pode precisar, com certeza, a partir de que ponto ela deixa de ser estratégia de dominação e legitimação utilizada como artifício das autoridades e passa a ser danosa ao sistema social ou mesmo ao sistema jurídico estatal.

Diante deste dilema, Adeodato assevera que o indispensável é que ela seja de alguma forma controlada, pois poderá assumir um papel social compensatório e se tornar significativa nos procedimentos decisórios de grupos, ou seja, pode institucionalizar-se.⁴⁶⁵

Reproduzir o que é politicamente correto nem sempre é tarefa fácil, uma vez que além da complexidade normativa da matéria, há que se ter em conta as diversas realidades que envolvem o contexto social, político, econômico e jurídico de cada país.

Nesta dimensão da elasticidade dos atos de corrupção, é interessante notar que há uma confusão delimitativa no âmbito das práticas socialmente toleráveis ou intoleráveis. Torna-se necessário, portanto, verificar se a aceitação pela opinião pública de condutas aproximadas também leva à tolerância social da corrupção, já que há entre eles uma relação forte de proximidade.

Neste sentido, tornou-se difícil controlar as condutas que, realmente, configuram um desvalor jurídico político-constitucional na esfera pública, tendo em vista a elasticidade das fronteiras da corrupção.

Basta analisar o cenário atual para verificar que estas problemáticas configuram o cerne dos debates no tocante ao combate e a prevenção da corrupção. Inúmeros estudos, pesquisas e inquéritos foram realizados nas esferas nacionais e internacionais no sentido de aferir da opinião pública a delimitação do que seja tolerável ou não neste âmbito.

⁴⁶⁵ ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica. Para uma Teoria da Dogmática Jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 32-33.

1.1.6 A opinião pública sobre corrupção: uma análise luso-brasileira

A corrupção, em sentido amplo e como conceito social, resulta da necessidade da integração de vários fatores que influenciam e condicionam a opinião pública acerca da matéria, a saber: o contexto histórico, as relações sociais e econômicas, os regimes políticos, as diferenças culturais, entre outros.

Não se pode negar que tais influências e variações acabam por dificultar o estabelecimento de um padrão universal de normas de comportamentos. Tal fato, não somente configura um dilema que dificulta o consenso e a completude quanto à definição da corrupção, mas impede que se estabeleça instrumentos hábeis para um combate eficaz.

Portanto, não há uma definição uniforme, devido ao pluralismo e à diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas, o que leva a conclusão de que tal processo encontra-se em constante construção e desenvolvimento.

Luís de Souza e João Triães asseveram que a corrupção é como um camaleão aos olhos da opinião pública, na medida em que a percepção dos indivíduos estão em constante (re)definição. Segundo os autores, o que é corrupção para um cidadão pode ser entendido como discricionariedade ou “jogo sujo” para outro, ou como “*politics as usual*” para um terceiro.⁴⁶⁶

Conforme ressaltado, em vários países, foram realizados inquéritos e pesquisas para aferir a opinião da sociedade nesta matéria, tendo em vista os seguintes objetivos: diferenciar a corrupção dos institutos aproximados; identificar quais são os valores essenciais no Estado Democrático de Direito; verificar a noção do certo ou errado quanto aos comportamentos dos detentores dos cargos da função pública; etc.

Para o presente estudo, serão destacados alguns pontos obtidos por meio dos resultados das seguintes pesquisas: 1. Pesquisa Sócio-Brasileira (PESB), financiada pela Fundação Ford contida na obra “a Cabeça do Brasileiro”; 2. Pesquisa realizada no projeto “Corrupção e Ética em Democracia: o Caso de Portugal” financiado pela Fundação para a Ciência e Tecnologia (FCT), com participação do Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional (FEDER).⁴⁶⁷

⁴⁶⁶ SOUSA, Luís de e João Triães. *Corrupção e os Portugueses...* p. 26/27.

⁴⁶⁷ ALMEIDA, Alberto Carlos. *A Cabeça do Brasileiro*. Rio de Janeiro: Record, 2007. A pesquisa do projeto “Corrupção e Ética em Democracia: o Caso de Portugal” está referida na obra de SOUSA, Luís de e João Triães. *Corrupção e os Portugueses*. Rui Costa Pinto edições. Lisboa, 2008.

Na PESB os temas abordados versaram a respeito da opinião dos brasileiros sobre a corrupção e o papel do Estado. É interessante observar nesta pesquisa uma notável diferença entre corrupção e o chamado “jeitinho brasileiro”.

Restou identificado que a corrupção envolve, via de regra, transações impessoais e monetárias, segundo a opinião do povo brasileiro. Já o jeitinho está relacionado com algum tipo de burocracia, sendo identificado nas relações pessoais e não monetárias, por exemplo, no caso em que o agente público ajuda a contornar um problema para um amigo. Portanto, segundo a opinião dos brasileiros a corrupção envolve dinheiro e não há relações de amizade.

De acordo com os resultados obtidos na PESB, Alberto Carlos Almeida, afirma que o “jeitinho brasileiro” é socialmente aceito e conta com o apoio da população, que o encara como tolerável.⁴⁶⁸

No entanto, Mourão Vieira menciona que o termo corrupção é demasiado complexo para obter uma separação tão rígida como verificada, tendo em vista a existência da corrupção de forma impessoal e não monetária, isto é, não envolver dinheiro.

Conforme ressaltado pelo autor, apesar de ter sido apresentada na PESB outra compreensão de corrupção consistente em trocas irregulares, impessoais e monetárias (que até delimita melhor as fronteiras da corrupção e do jeitinho para fins legais e de controle social), a discussão muda de teor quando as trocas pessoais são vistas como socialmente desregradadas, irregulares ou ilegais, capazes de causar graves prejuízos à sociedade. Assim, o autor pondera que uma troca dadivosa ou um jeitinho não faz omitir a responsabilidade da sociedade de criminalizar tais práticas.

Ao final, o autor menciona que quanto à associação do jeitinho e a corrupção não se pode dizer que a existência de um conduz a permanência do outro, mas ele admite que existe uma correlação forte entre os dois fenômenos.⁴⁶⁹

⁴⁶⁸ ALMEIDA, Alberto Carlos. *A Cabeça do Brasileiro...* p. 45. Mourão Vieira menciona que o jeitinho não é uma característica da cultura brasileira mas um comportamento relativamente universal tratado na literatura como dádiva e dons. VIEIRA, Fabiano Mourão. *Cultura brasileira e corrupção. In: Revista da Controladoria-Geral da União. Ano III, nº 4. Junho/2008.* p. 61

⁴⁶⁹ Para ele é possível que a cidadania concedida seja comum em países em desenvolvimento, de industrialização tardia e de escassa tradição democrática. A implicação do patrimonialismo no combate aos corruptos é a de que a maior transparência e disponibilidade de informações sobre os gastos públicos e os processos decisórios não necessariamente significam maior controle social. Para que este se expanda, faz-se necessária maior conscientização da natureza da cidadania conquistada, do Estado democrático e do processo mais geral de reivindicação de direitos. Essa conscientização deve ser promovida tanto pelos movimentos sociais como pelo próprio Estado. VIEIRA, Fabiano Mourão. *Cultura brasileira e corrupção...* p. 58.

Em Portugal o estudo teve por objetivo apurar, sobretudo, os valores que os cidadãos associam ao Estado democrático, a noção de certo ou errado sobre comportamentos que têm lugar no exercício das funções públicas/políticas, bem como o grau de permissividade ou de intolerância em relação à corrupção.

Deste modo, a pesquisa não foi realizada com intuito de definir corrupção, mas de determinar a tolerância sobre algumas ações “corruptas” ou susceptíveis de derivar das situações de corrupção.

Com os resultados apresentados na pesquisa e segundo o relato dos pesquisadores, foi demonstrado que, do ponto de vista ético-social, Portugal é um país propício para ocorrência da corrupção não transativa.

Os portugueses condenam de forma absoluta a corrupção enquanto suborno ou extorsão, mas toleram as zonas cinzentas ou são mais tolerantes as práticas não reguladas ou de difícil regulação, sobretudo, o conflito de interesse, os favorecimentos, o patrocínio político e outros.⁴⁷⁰

Os resultados demonstraram que os presentes e hospitalidades não são condenados com a mesma intensidade em todos os cenários pelos portugueses. O grau de condenação diversifica em relação à visibilidade pública de quem as pratica e não em função da possibilidade de essa dádiva poder conduzir a uma situação de reciprocidade que resulta num favorecimento para privados à custa do interesse público.

Por outro lado, a pesquisa apurou que a definição de corrupção é restringida. Por restrição, entende-se a variedade de comportamentos que são excluídos da definição de corrupção.

Quanto aos *standards* de ética que os cidadãos esperam dos seus eleitos em particular e do Estado democrático em geral, chegou-se a conclusão de que os princípios mais importantes para os portugueses são: transparência, igualdade, eficiência e legalidade. De acordo com o resultado os cidadãos desejam um Estado democrático igualitário, de direito, eficaz e transparente.

Da análise das dimensões apresentadas na pesquisa, a cultura de corrupção é um problema e uma realidade presente na sociedade portuguesa. Segundo os autores, este problema resulta mais do afastamento dos juízos morais e éticos dos cidadãos, decorrentes da legalidade e do formalismo, do que das características do regime democrático. Concluem, portanto, que tudo aponta para que “os portugueses

⁴⁷⁰ SOUSA, Luís de e João Triães. *Corrupção e os Portugueses...*p. 65 ss.

frequentemente escolham fazer mais do que a Lei permite e menos do que a ética exige”.⁴⁷¹

Em suma, os estudos e pesquisas nacionais e internacionais têm evidenciado que há uma condenação social de determinados tipos de atos (corrupção ativa, corrupção passiva, suborno e extorsão - condutas tipificadas penalmente) e uma tolerância ou indiferença em relação aos outros (oferta de presentes, hospitalidade etc).

Não obstante a tolerância social quanto às condutas existentes na chamada zona cinzenta, o tema ainda é objeto de debate e permanece nebuloso em muitos casos. Nesta perspectiva é interessante citar a escala (Heidenheimer) no que tange a aceitação e gravidade dos atos, com intuito de identificar quais os comportamentos que cabem dentro das categorias negras, cinzentas ou brancas da corrupção.

Os cidadãos, em geral, condenam de forma mais rigorosa quando estão em jogo formas de corrupção consideradas muito graves pela generalidade da população (corrupção preta), ou seja, aqueles atos que estão tipificados na esfera penal como suborno e crimes similares.

Os cenários onde existe alguma discrepância de julgamentos (corrupção cinzenta) são os que têm a ver com práticas de oferta de prendas e hospitalidade, conflitos de interesses, a pequena corrupção, o financiamento político ou a corrupção benevolente.

As práticas mais toleradas (corrupção branca) são, por um lado, a facilitação de benefícios privados à custa do patrimônio público.⁴⁷² Interessante notar, nestas pesquisas, que os conflitos de interesses estão enquadrados na zona cinzenta e compreende uma área de menor consenso na opinião pública.

Tal análise pode ser resultado da dificuldade quanto à identificação e tipificação das condutas que emanam das chamadas “zonas cinzentas” contidas na esfera público/privada, o que vem a corroborar com a necessidade de se estabelecer limites e diferenciações. Portanto, há a necessidade de se separar e tipificar de forma contundente estes institutos, mas observa-se que é inevitável à correlação existente entre eles.

⁴⁷¹ Os autores ressaltam que as pessoas parecem esquecer que é que o interesse público também sofre com este tipo de corrupção, pois o que é nobre ou benefício para uns pode não o ser para outros, o que acaba por enfraquecer os laços sociais aumentando os sentimentos de injustiça, de desconfiança e de insatisfação com o funcionamento do sistema democrático. Segundo eles, a maioria dos cidadãos não compreende o papel que lhes cabe no processo de controle democrático, já que centralizam o ideal da cidadania nos direitos individuais em detrimento das responsabilidades/deveres coletivos. SOUSA, Luís de e João Triães. *Corrupção e os Portugueses* ...p. 71.

⁴⁷² Também aqui se verificou em outros inquéritos internacionais que os julgamentos tendem a ser menos severos se os benefícios revertem a favor da comunidade ou de constituintes. Ver: SOUSA, Luís de e João Triães. *Corrupção e os Portugueses* ...p. 31 e 64 ss.

1.2 Conflito de interesses

Na pós-modernidade, a privatização no setor público, a intensificação de parceria e a cooperação com o setor privado acabaram por gerar “zonas cinzentas” que representam uma perigosa fonte de cruzamentos de interesses.

A proliferação de novas relações entre os setores público e privado ocasionou um estreitamento quanto aos limites destas esferas. Neste terreno, emergem zonas nebulosas delineadas por situações conflituosas entre o interesse público e privado que compõem a dinâmica do aparato público, dando margem ao surgimento dos conflitos de interesses.

O cenário atual do setor público demonstra que as prerrogativas outorgadas com objetivo de garantir o livre exercício da função pública são usadas, muitas vezes, para atender interesses pessoais em detrimento dos interesses públicos.

Estas condutas acabam por gerar uma repercussão negativa na Administração Pública, maculando a credibilidade e fidedignidade do agente público, sem falar nas consequências que causam, direta ou indiretamente, obstáculos ao desenvolvimento dos países. A demarcação das fronteiras entre corrupção e conflito de interesses é imprescindível para evitar e impedir as ocorrências de tais situações.

1.2.1 Definição de Conflito de Interesses

A noção de conflito de interesses surge nos EUA associada ao exercício de funções públicas e, especificamente, de cargos políticos eletivos, por meio de uma interação entre o legislador, a doutrina e a jurisprudência.⁴⁷³

A Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) define conflito de interesses como:

⁴⁷³ URBANO, Maria Benedita Malaquias Pires. *Representação Política e Parlamento: contributo para teoria político-constitucional dos princípios e mecanismos de protecção do mandato*. Tese de Doutoramento. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 2004. p. 323 ss.

“a conflict between the public duties and private interests of a public official, in which the public official has private-capacity interests which could improperly influence the performance of their official duties and responsibilities.”⁴⁷⁴

Convém ressaltar que este conceito é restrito por estar centrado na questão da natureza econômica do interesse privado em contraposição ao interesse público e não abranger outras situações de conflito de interesses.

A Transparência Internacional elabora uma definição mais abrangente de conflito de interesses ao mencionar que se trata da situação em que um indivíduo ou entidade para a qual trabalha seja um governo, empresa ou outro, é confrontado com a escolha entre os direitos e as exigências da sua posição e seus interesses particulares.⁴⁷⁵

De modo geral, o conflito de interesses consiste numa situação gerada pelo confronto entre os interesses públicos e os privados, capaz de comprometer o interesse público ou influenciar de maneira indevida o desempenho da função pública.

Portanto, o agente público atenta contra o desempenho impessoal da atividade que exerce, tomado pelo apego ao poder, deixa de lado o caráter objetivo que deve pautar sua decisão para favorecer a obtenção de vantagens particulares.

O Conselho de Prevenção da Corrupção do Tribunal de Contas de Portugal publicou a recomendação de 7 de novembro de 2012 sobre a Gestão de Conflito de interesses no setor público. Na recomendação consta uma definição de conflito de interesse, ao destacar que:

Na linha dos principais organismos internacionais (ONU, OCDE, GRECO) o conflito de interesses pode ser definido como qualquer situação em que o agente público, por força do exercício das suas funções ou por causa delas, tenha de tomar decisões ou tenha contato com procedimentos administrativos de qualquer natureza, que possam afetar, ou que possam estar em causa, interesses particulares seus ou de terceiros e que por essa via prejudiquem ou

⁴⁷⁴ “*OECD Guidelines for Managing Conflict of Interest in the Public Service*”. In: Policy Brief, September 2005: www.oecd.org/gov/etica.

⁴⁷⁵ Disponível in: www.transparencyinternational.org

possam prejudicar a isenção e o rigor das decisões administrativas que tenham de ser tomadas, ou que possam suscitar a mera dúvida sobre a isenção e o rigor que são devidos ao exercício das funções públicas.⁴⁷⁶

O Conselho considera que a matéria de conflito de interesses é de fundamental importância nas relações entre os cidadãos e as entidades públicas. Segundo o Conselho, a gestão de conflito de interesses é imprescindível para alcançar uma cultura de integridade e transparência, com todos os benefícios que dela resultam à gestão pública.

1.2.2 A relação entre o conflito de interesses e a corrupção

Conforme demonstrado, o conflito de interesses consiste na situação que o agente público se depara com um conflito entre o interesse particular e o interesse público. Deste modo, o conflito de interesses consiste na prevalência de interesses particulares sobre o interesse público, visando benefícios ao agente.

Ao se deixar corromper, o agente público atenta particularmente contra o desempenho impessoal da atividade que exerce, tomado pelo apego ao poder e afrouxamento dos deveres, deixa de lado a objetividade na tomada de decisões ao favorecer a obtenção de vantagens particulares, o que gera uma repercussão negativa, maculando sua credibilidade e fidedignidade.

Há um crescente reconhecimento de que a prevenção e o controle das situações de conflito de interesse que não são tratadas de forma adequada podem gerar corrupção. Nesta perspectiva, pode-se configurar o conflito de interesses como a ante-sala da corrupção.

É interessante notar que o Conselho de Prevenção da Corrupção do Tribunal de Contas português destacou na Recomendação a correlação entre conflitos de interesses e

⁴⁷⁶ Conselho de Prevenção da Corrupção do Tribunal de Contas de Portugal. Recomendação de 07 de novembro de 2012 sobre gestão de conflito de interesses no setor público. Disponível in: http://www.cpc.tcontas.pt/documentos/recomendacao_conflitos_interesse.pdf . Acesso em 10/03/2013.

corrupção ao mencionar que a questão dos conflitos de interesses no setor público, a par da problemática da corrupção possui relação direta com ela.

O Conselho traça linhas orientadoras da gestão e prevenção dos conflitos de interesses no item 3 anexo da Recomendação. Há uma determinação destinada aos gestores e órgãos de direção de todas as entidades do Setor Público – incluindo os que a qualquer título ou sob qualquer forma tenham de gerir dinheiros, valores ou patrimônios públicos – para que eles possam criar e aplicar nas suas organizações medidas que previnam a ocorrência de conflitos de interesses.

Tal perspectiva demonstra que o conflito de interesses pode lesar o patrimônio público econômico, por se tratar de um fenômeno em que agente público atenta contra a *res publica* ao colocar os interesses particulares em detrimento dos interesses públicos. Portanto, a corrupção e as infrações conexas – institutos aproximados, como por exemplo, o conflito de interesses – são práticas violadoras e lesivas ao patrimônio público.

1.3 Corrupção administrativa (Improbidade administrativa)

Na esfera administrativa a prática das infrações enseja a aplicação de sanção de natureza administrativa como, por exemplo, a demissão do cargo, função ou emprego, a suspensão dos direitos políticos, entre outras.

Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior mencionam que a improbidade administrativa consiste no “designativo técnico para a chamada corrupção administrativa, que, sob diversas formas, promove o desvirtuamento da Administração Pública e afronta os princípios nucleares da ordem jurídica (Estado de Direito, Democrático e Republicano)”⁴⁷⁷

⁴⁷⁷ PAZZAGLINI FILHO, Marino; ELIAS ROSA, Márcio Fernando & FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público. São Paulo: Atlas, 1999. p. 39.

A improbidade administrativa é um instituto com características peculiares, regime jurídico e sanções próprias. No entanto, ela pode ser considerada um instituto aproximado da corrupção, tanto é assim que alguns autores a denominam “corrupção administrativa” no sentido lato do termo corrupção.

Ao tratar da improbidade administrativa, Fernando Martins leciona que há diferenças entre a relação jurídica administrativa e a relação privada, sendo que aquela não é identificada pela vontade como ocorre nesta, mas pela finalidade. Os agentes públicos estão vinculados à finalidade, ao descumpri-la há uma violação aos direitos fundamentais (patrimônio público e moralidade).⁴⁷⁸

Tal instituto é relevante, sobretudo, quanto à preocupação do enriquecimento ilícito dos agentes públicos no exercício da atividade estatal. O enriquecimento ilícito também é debatido em Portugal, inclusive a Ministra da Justiça mencionou que se trata de um “cancro do regime”. No mesmo sentido, posicionou-se o Procurador da República, Pinto Monteiro, que se manifestou a favor da punição de tal ilícito.⁴⁷⁹

O debate sobre a criminalização do enriquecimento ilícito no sistema português tem gerado algumas repercussões, notadamente, depois que o Tribunal Constitucional decidiu pela inconstitucionalidade do diploma que considerava sua tipificação criminal.

De fato, o debate demonstra a importância de se salvaguardar a *res publica* das ingerências alheias e dos infortúnios dos malfeitores que visam se beneficiar a custa dos bens e dinheiros públicos.

No Brasil, a improbidade administrativa foi prevista § 4º do artigo 37, da Constituição Federal e disciplinada pela Lei nº 8.429/92. Na redação do artigo previsto na Constituição pode ser vislumbrada as possíveis sanções impostas ao agente público que pratica atos de improbidade administrativa. Vejamos:

“Artigo 37 (...)

§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o

⁴⁷⁸ MARTINS, Fernando Rodrigues. Controle do Patrimônio Público. Comentários à lei de Improbidade Administrativa. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 239.

⁴⁷⁹ LUSA. Ministra garante criminalização enriquecimento ilícito. 01 de setembro de 2012. Pinto Monteiro: enriquecimento ilícito deve ser punido. 13 de novembro de 2011. Ambos retirados do Diário de Notícias de Portugal. Disponíveis in: http://www.dn.pt/inicio/portugal/interior.aspx?content_id=2746709 http://www.dn.pt/inicio/portugal/interior.aspx?content_id=2120287 acessos em 01.04.2013.

ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.”

A Lei nº 8.429/92 dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional.

Os artigos 9º, 10 e 11 da lei dispõem sobre as três vertentes da improbidade administrativa: a) enriquecimento ilícito; b) lesão ao erário; e, c) violação aos princípios da Administração Pública.

No artigo 9º, o ato de improbidade administrativa importará no enriquecimento ilícito quando se auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no artigo 1º. O dispositivo ainda expõe um rol exemplificativo de situações e condutas que são consideradas improbidade administrativa.

Segundo o artigo 10 da lei causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º e também cita um rol exemplificativo das situações e condutas que são consideradas improbidades administrativas com lesão ao erário.

Da mesma forma o artigo 11 da Lei dispõe sobre o ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública ao defini-la como qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, dispondo um rol exemplificativo dessas situações.

Diante dos artigos citados verifica-se a existência, segundo a legislação, de três espécies de improbidade administrativa. Dentre elas, é importante destacar a lesão direta ao erário público, configurando-se como um meio de subtração, malversação, dilapidação e outras formas que ocasionam uma violação material ao patrimônio público.

Neste sentido, nota-se que o direito administrativo e outras esferas além do direito penal surgem como instrumentos de combate à corrupção (sentido lato) na defesa do patrimônio público econômico.

Neste contexto, o ponto relevante é verificar que os atos de improbidade, sobretudo, de enriquecimento ilícito lesam o patrimônio público econômico, sendo um meio de violação ao direito fundamental, tendo em vista a utilização da *res publica* para

fins ímprobos – para obtenção de vantagens e dilapidação patrimonial do Estado – causando graves lesões ao erário público.

1.4 Nepotismo

O nepotismo consiste na prática de designar familiares ou amigos para funções e cargos no serviço público. Norberto Bobbio menciona que o nepotismo consiste na "concessão de emprego ou contratos públicos, baseada não no mérito, mas nas relações de parentela". Para ele o nepotismo é uma espécie ou um tipo de corrupção.⁴⁸⁰

O nepotismo também se configura como uma lesão ao patrimônio público, por consistir numa prática de inserir parentes no serviço público, gerando uma violação aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública. Tal prática fere diretamente os princípios da moralidade e da impessoalidade.

No entanto, há que se analisar se o nepotismo pode causar um prejuízo ao erário ou aos cofres públicos, configurando-se uma violação ao patrimônio público econômico. Esta hipótese pode ser confirmada em um acórdão do Supremo Tribunal Federal. Os Ministros ao julgarem o caso afirmaram que o ato de nomeação nepotista implica, necessariamente, prejuízo ao erário federal. Vejamos:

“No presente caso, instaurou a Corte de Contas da União o TC nº 012.2471/11999-6 com fundamento no art. 71, incisos VIII e IX da CF, que conferem ao TCU atribuição para aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesas, as sanções previstas em lei, bem como, ainda no caso de ilegalidade, a competência para assinar prazo a fim de que sejam adotadas as providências necessárias ao exato cumprimento da lei. Sendo assim, em uma análise prefacial, afigura-se que competente o TCU para apurar a nomeação (servidor), na medida em que, *acaso se conclua que ilegal a questionada nomeação, o ato implicará, necessariamente, prejuízo ao erário federal,*

⁴⁸⁰ BOBBIO, Norberto. Dicionário de Política. Brasília: Ed. UNB, 1991.

passível, por conseguinte, de fiscalização por parte do Tribunal de Contas da União.” (grifo nosso)⁴⁸¹

No mesmo sentido, Bresser-Pereira afirma que, no caso do patrimônio econômico público, além das ameaças óbvias, como a corrupção e o nepotismo existem outras ameaças como subsídios econômicos ou o pagamento de ordenados a certos servidores públicos incompatíveis com sua modesta atribuição, são mais sutis e frequentemente difíceis de identificar.⁴⁸²

O autor também vislumbra na prática do nepotismo há uma ameaça ou violação ao patrimônio público econômico. Portanto, o nepotismo gera uma violação aos princípios da moralidade e impessoalidade, mas também pode gerar uma violação no âmbito material do patrimônio público.

Deste modo, passa-se a análise do que se entende por nepotismo, ou seja, quais são as situações que podem ser configuradas nepotismo. No Brasil, a matéria já foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal (STF), inclusive foi editada uma súmula sobre o assunto.

A Súmula 13 do STF descreve o nepotismo como a “nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.”

No debate sobre a súmula, o Ministro Ricardo Lewandowisk assevera que “a proibição do nepotismo na Administração Pública, direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, independe de lei,

⁴⁸¹ MS 24020 / DF - DISTRITO FEDERAL MANDADO DE SEGURANÇA Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA Julgamento: 06/03/2012 DJe-114 DIVULG 12-06-2012 PUBLIC 13-06-2012. disponível in: www.stf.jus.br

⁴⁸² BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Construção do Estado e Administração Pública. Uma abordagem histórica. FGV-EAESP/GV. PESQUISA 2/202. RELATÓRIO DE PESQUISA Nº 27 /2005.p. 108 ss.

decorrendo diretamente dos princípios contidos no artigo 37, caput, da Constituição Federal”.⁴⁸³

Segundo a Suprema Corte brasileira não há necessidade de lei formal para tratar do combate ou proibição do nepotismo, uma vez que decorre diretamente dos princípios contidos no artigo 37 da CF, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Tal premissa pode ser verificada em várias decisões. A título de exemplo, trancreve-se a ementa de uma decisão do STF:

“EMENTA: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. VEDAÇÃO NEPOTISMO. NECESSIDADE DE LEI FORMAL. INEXIGIBILIDADE. PROIBIÇÃO QUE DECORRE DO ART. 37, CAPUT, DA CF. RE PROVIDO EM PARTE. I - Embora restrita ao âmbito do Judiciário, a Resolução 7/2005 do Conselho Nacional da Justiça, a prática do nepotismo nos demais Poderes é ilícita. II - A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática. III - Proibição que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, caput, da Constituição Federal. IV - Precedentes. V - RE conhecido e parcialmente provido para anular a nomeação do servidor, aparentado com agente político, ocupante, de cargo em comissão.”

O Conselho Nacional de Justiça, órgão correcional do Poder Judiciário, dispõe que o nepotismo cruzado consiste numa finalidade contrária ao interesse público, por se tratar de uma troca de favores entre membros do Judiciário. Este ato deve ser invalidado por violar o princípio da moralidade administrativa, uma vez que caracteriza ilegalidade e desvio de finalidade.

O Conselho editou a Resolução nº 07, de 18 de outubro de 2005 prevendo expressamente em seu artigo 1º que “é vedada a prática de nepotismo no âmbito de todos os órgãos do Poder Judiciário, sendo nulos os atos assim caracterizados”.

Esta Resolução foi questionada no STF por meio da Ação Declaratória de Constitucionalidade 12 MC/DF (DJ 1º set. 2006, Rel. Min. Carlos Britto). Mas o Supremo

⁴⁸³ Disponível in: www.stf.jus.br

Tribunal declarou a constitucionalidade da Resolução nº 7/2005 do Conselho Nacional de Justiça.

No evento da OCDE, dentre várias discussões sobre a importância da ética no serviço público, foi ressaltado que o nepotismo consiste no conflito de princípios do serviço público e valores sociais tradicionais. Elaborou-se uma tabela sobre as proibições e restrições destinadas aos funcionários públicos, constando o nepotismo em sua lista (item 7).⁴⁸⁴

Em Portugal, observa-se que há uma preocupação também quanto ao princípio da imparcialidade exigido no exercício da função ou do cargo público, tendo em vista os possíveis benefícios que podem ser obtidos aos familiares em procedimento administrativo, ato ou contrato de direito público ou privado. Portanto, existem normas no ordenamento lusitano de garantia de imparcialidade fixando impedimentos e restrições aos titulares de órgãos ou agentes da Administração Pública.

No tocante ao princípio da imparcialidade (subjéctiva) destacam-se os dispositivos do Código do Procedimento Administrativo (artigos 44.º a 51.º), bem como os dispositivos previstos na legislação sobre impedimentos, inelegibilidades e incompatibilidades de titulares de cargos públicos (Lei nº 64/93, de 26 de Agosto alterada pelas Leis n. 39-B/94, de 27 de Dezembro, 28/95, de 18 de Agosto, 12/96, de 18 de Abril, 42/96, de 31 de Agosto, e 12/98, de 24 de Fevereiro).

A proibição do nepotismo ou outras formas de beneficiar parentes por meio da utilização da função ou cargo público consiste numa forma de proteger a *res publica*, moral e materialmente, contra a ingerência dos interesses particulares (benefícios pessoais ou familiares em detrimento dos interesses públicos).

⁴⁸⁴ Parte do texto original que cita sobre o nepotismo: “Los cambios mencionados en el servicio público iban unidos a un aumento sustancial en las expectativas de la sociedad en relación con la conducta y desempeño de servidores públicos. El público se volvió más consciente de asuntos y dilemas éticos. Sin embargo, en algunos casos, los valores sociales tradicionales pueden entrar en conflicto con los principios de un moderno servicio público basado en méritos (por ejemplo, la ayuda a familias y amigos ahora se cataloga como nepotismo y tráfico de influencia en Islandia). Además, el sector privado también se ha vuelto más consciente de cuestiones éticas y ha buscado la cooperación con el servicio público para equilibrar cualquier posibilidad de efecto secundario (por ejemplo, Australia, Canadá y Estados Unidos). Los países de la OCDE en general consideran que el salvaguardar una cultura ética en el servicio público es una prioridad crucial, debido a que es un componente vital para mantener la confianza de la sociedad y los políticos en el servicio público. OCDE Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. Confianza en el Gobierno. Medidas para fortalecer el marco ético en los apíses de la OCDE. Noviembre, 2001. p. 38 Disponível in: <http://browse.oecdbookshop.org/oecd/pdfs/free/4200064e.pdf>

1.5 Evasão Fiscal (Sonegação Fiscal)

É sabido que os tributos são considerados fontes principais no alcance de receitas públicas destinadas à satisfação das necessidades coletivas. Deste modo, a obtenção de recursos considerados necessários à satisfação dos seus objetivos é realizada mediante a mobilização coativa fundada no poder tributário decorrente da soberania estatal.

Albano Santos assevera que a detração dos patrimônios particulares através da cobrança dos tributos representa, ao mesmo tempo, o exercício de um direito soberano com intuito de responder as necessidades que lhe são inderrogáveis e a expressão do poder de império do Estado mediante o artifício legal de sua soberania.⁴⁸⁵

Neste contexto, a evasão fiscal consiste nos meios ilícitos – fraude, sonegação ou simulação – utilizados contra a ordem tributária. A evasão fiscal afeta o patrimônio público econômico, por consistir numa burla ao sistema de arrecadação de tributos, lesando diretamente a *res publica* no sentido econômico e material.⁴⁸⁶

Portanto, a evasão é uma violação que causa sérios prejuízos ao Estado, comprometendo as finanças públicas, sobretudo, aquelas destinadas às satisfações das necessidades primordiais da população.

Nesse sentido, Bresser-Pereira alerta que “a corrupção é mais velha do que o estado, e a sonegação fiscal nasceu com ele. A reforma burocrática foi incapaz de enfrentar esse problema”. Para o autor, “a única coisa que pode ajudar nesse assunto é o aprofundamento democrático”.⁴⁸⁷

⁴⁸⁵ SANTOS, J. Albano. Finanças Públicas. Oeiras: INA Editora, 2010. p. 296.

⁴⁸⁶ Tratar-se-á neste tópico da evasão fiscal como sinônimo de sonegação fiscal. Porém não confundindo com a elisão fiscal que consiste na prática lícita de diminuição ou não incidência do tributo, utilizando-se de meios permitidos ou não proibidos em lei.

⁴⁸⁷ Bresser-Pereira, Luiz Carlos. *Construção do Estado e da Administração Pública: uma Abordagem Histórica*. São Paulo, GV Pesquisa, 2005. p. 119.

No Brasil, a Lei nº 4.729 de 14 de julho de 1965 que trata do crime de sonegação fiscal compreende as seguintes condutas:

Art 1º Constitui crime de sonegação fiscal:

I - prestar declaração falsa ou omitir, total ou parcialmente, informação que deva ser produzida a agentes das pessoas jurídicas de direito público interno, com a intenção de eximir-se, total ou parcialmente, do pagamento de tributos, taxas e quaisquer adicionais devidos por lei;

II - inserir elementos inexatos ou omitir, rendimentos ou operações de qualquer natureza em documentos ou livros exigidos pelas leis fiscais, com a intenção de exonerar-se do pagamento de tributos devidos à Fazenda Pública;

III - alterar faturas e quaisquer documentos relativos a operações mercantis com o propósito de fraudar a Fazenda Pública;

IV - fornecer ou emitir documentos gratuitos ou alterar despesas, majorando-as, com o objetivo de obter dedução de tributos devidos à Fazenda Pública, sem prejuízo das sanções administrativas cabíveis.

V - Exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário da paga, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida do imposto sobre a renda como incentivo fiscal. (Incluído pela Lei nº 5.569, de 1969). Pena: Detenção, de seis meses a dois anos, e multa de duas a cinco vezes o valor do tributo.

Segundo o artigo 3º do mesmo diploma legal somente os atos definidos nesta Lei poderão constituir crime de sonegação fiscal, portanto, trata-se de um rol taxativo – *numerus clausus*.

Nas situações e condutas expressas na lei pode ser identificada a preocupação do legislador – *ratio legis* – em tipificar os atos intencionais do infrator, ou seja, no sentido de punir atos que expressam a intenção de fraudar ou lesar os cofres públicos.

É importante ressaltar que a Lei nº 4.729/1965 sofreu algumas alterações a partir da Lei nº 8.137/90 que definiu os crimes contra a ordem tributária, a ordem econômica e as relações de consumo.

Em Portugal, o Regime Geral das Infracções Tributárias (RGIT) divide as infracções tributárias em crimes tributários comuns, crimes aduaneiros e crimes de fraudes.

Os crimes tributários comuns são previstos nos artigos 87º ao 91º do Capítulo I compreendendo: a burla tributária, a frustração de créditos, a associação criminosa, a desobediência qualificada e a violação de segredo.

Os crimes aduaneiros estão dispostos nos artigos 92º ao 102º do Capítulo II, compreendendo os seguintes crimes: o contrabando, o contrabando de circulação, o contrabando de mercadorias de circulação condicionada em embarcações, a fraude no transporte de mercadorias em regime suspensivo, a introdução fraudulenta no consumo, a violação das garantias aduaneiras, a quebra de marcas e selos, a receptação de mercadorias objeto de crime aduaneiro e o auxílio material. Já os crimes fiscais estão contemplados nos artigos 103º a 105º do Capítulo III, sendo os seguintes tipos: a fraude, a fraude qualificada e o abuso de confiança.⁴⁸⁸

É importante mencionar o Decreto-Lei nº 29 de 25 de fevereiro de 2008 que visa concretizar uma orientação do Programa XVII Governo Constitucional no tocante ao reforço da eficácia no combate à fraude e à evasão fiscais.

A evasão fiscal, no sentido lato, consiste num fenómeno complexo que causa sérios prejuízos aos países, sobretudo, gera consequências graves no desenvolvimento social e económico. Vários estudos, no decorrer dos anos, comprovam os prejuízos, bem como traçam algumas análises das causas ou motivos que levam à evasão ou sonegação fiscal.

Allingham e Sandmo traçaram um estudo referente à análise da decisão de evadir mediante uma pesquisa sobre as taxas e as respectivas penalidades. Eles elaboraram um modelo teórico de decisão dos contribuintes.⁴⁸⁹

Outros estudos tratam a evasão fiscal no sentido da predisposição intrínseca para pagar impostos, analisando o carácter do indivíduo, o sistema tributário adotado no país,

⁴⁸⁸Disponível in: http://info.portaldasfinancas.gov.pt/NR/rdonlyres/50F4095C-9D23-4025-AE9C-3439CA4E07B9/0/RGIT_2013.pdf

⁴⁸⁹ ALLINGHAM, Michael G. e SANDMO, Agnar. Income tax evasion: a theoretical analysis. Journal of Public Economics. Amsterdam: North-Holland Publishing Company, V. 1, 1972. p. 323-338.

bem como a utilização dos recursos obtidos e em que medida acontece o retorno em benefícios ao contribuinte.⁴⁹⁰

Muitos estudos mencionam que a má gestão dos recursos e do sistema tributário, a alta carga tributária, bem como a falta de credibilidade do Estado são considerados fatores que contribuem para ocorrência de tais ilícitos.

É neste sentido que Casalta Nabais ressalta que a melhor forma para solucionar e evitar a evasão é incentivar os contribuintes ao cumprimento voluntário da lei, ou seja, é necessário que o contribuinte, em sua maioria, veja o sistema fiscal-tributário como um sistema justo. Tal perspectiva evitará, conseqüentemente, a evasão fiscal.⁴⁹¹

Em Portugal a evasão fiscal chega aproximadamente em 12,3 mil milhões de euros equivalente a 23% do valor que recebe, segundo o estudo realizado por Richard Murphy a pedido do Grupo da Aliança Progressista dos Socialistas e Democratas (segundo maior grupo do Parlamento Europeu).

O estudo também verificou a incidência entre os demais Estados-membros da União, sendo que a média é de 22,1%. A Bulgária é recordista com 35,3%, sendo Luxemburgo e Áustria os que menos perdem com 9,7%.⁴⁹²

O Ministério das Finanças de Portugal em vários documentos demonstra a importância de se traçar mecanismos para evitar as fraudes e a evasão fiscal. No Relatório da Proposta de Alteração à lei de orçamento para 2005, do Ministério das Finanças e da Administração Pública, tal assunto consta como um subtópico específico das receitas fiscais.

⁴⁹⁰ Neste sentido, interessante ver o estudo de: FELD, Lars P.; FREY, Bruno S. Tax Compliance as the Result of a Psychological Tax Contract: The Role of Incentives and Responsive Regulation. *Law & Policy*. V. 29, n. 1, 2007. p. 102 ss.

⁴⁹¹ O autor ainda menciona que “a melhor solução, seria, todavia, redesenhar o sistema fiscal para que muitas das oportunidades de fuga, arbitragem e evasão fossem eliminadas. (...) Na verdade, o sistema fiscal ganha, e muito, se for visto pela generalidade do público como justo. Isso contribui para não tornar a evasão socialmente aceitável e aumentará o grau de cumprimento espontâneo da lei” - Nabais ressalta a necessidade de se reduzir o número de leis fiscais e trabalhar com um sistema legal simples para que seja suscetível aplicação com menores custos. Nabais, José Casalta. *Direito Fiscal*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 73ss.

⁴⁹² JESUS, André. Evasão fiscal em Portugal ronda os 12,3 mil milhões de euros e pagaria 63,1% da Saúde. *PÚBLICO PT – ECONOMIA*, 6.12.2012. Disponível in: <http://www.publico.pt/economia/noticia/evasao-fiscal-em-portugal-ronda-os-123-mil-milhoes-de-euros-e-pagaria-631-da-saude-1576435>

Já no relatório de 2011 foram destacadas algumas medidas de combate à fraude e evasão fiscal. Segundo consta no documento “o âmbito da prossecução firme das metas estabelecidas pelo Governo em matéria de combate à fraude e evasão fiscais, constitui premissa fundamental de actuação, a definição sistemática e continuada de novas áreas de intervenção por parte da Administração Tributária.”⁴⁹³

As medidas adotadas pelo governo português previstas neste relatório (2011) demonstram o alcance de bons resultados no combate à fraude e a evasão fiscal. Conforme afirmou Paulo Nuncio, secretário de Estado dos Assuntos Fiscais, “os resultados no combate à fraude e evasão fiscal foram bastante positivo” tendo em vista que “cerca de 70% das medidas previstas no plano já foram objeto de concretização ou aprovadas”, sobretudo, em relação ao agravamento das molduras penais para crimes mais graves.⁴⁹⁴

A promoção de uma repartição mais justa da carga fiscal entre os contribuintes também foi contemplada como um dos que objetivos previstos no Programa do XVIII Governo Constitucional. De acordo com o programa tal premissa deve passar necessariamente, pela prevenção e pelo combate às práticas de fraude e evasão fiscal.⁴⁹⁵

Da mesma forma, Casalta Nabais menciona que “é imperiosa uma luta adequada, eficaz e corajosa contra a evasão fiscal”. Tal fenómeno “campeia um pouco por toda a parte, particularmente, facilitada com a moderna hipertrofia e complexidade técnica da generalidade da legislação fiscal e da crescente desmaterialização dos pressupostos de facto dos impostos.”⁴⁹⁶

Pelo exposto, verifica-se que a evasão fiscal constitui uma violação ao patrimônio público econômico por afetar a arrecadação dos recursos públicos e, conseqüentemente,

⁴⁹³ Ministério das Finanças e da Administração Pública. Neste contexto, consta também no documento que “existe um leque diversificado de áreas de actuação gizadas para o ano de 2011 por parte da DGCI, DGAIEC e DGITA visando o aprofundamento do combate à fraude e evasão fiscal e tratamento de dados”. Relatório de Atividades Desenvolvidas. Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras, 2011. Governo de Portugal. Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais. 2012.

⁴⁹⁴ Estas declarações foram feitas no Parlamento, na Comissão de Orçamento, Finanças e Administração Pública, a propósito do relatório de combate à fraude e evasão fiscal relativo a 2011. Ministério das Finanças. Governo de Portugal, 05.09.2012. Disponível in: [http://www.portugal.gov.pt/pt/os-ministerios/ministerio-das-financas/mantenha-se-atualizado/20120905-sef-cofap-\(1\).aspx](http://www.portugal.gov.pt/pt/os-ministerios/ministerio-das-financas/mantenha-se-atualizado/20120905-sef-cofap-(1).aspx).

⁴⁹⁵ Ministério das Finanças e da Administração Pública. Orçamento do Estado para 2011. Disponível in: <http://static.publico.pt/docs/economia/PropOERel2011.pdf> acesso em 14.03.2013.

⁴⁹⁶ Nabais, José Casalta. Direito Fiscal. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 73ss.

o provimento de serviços básicos à população, causando sérios prejuízos aos cofres públicos.

2. Violações camufladas (não tão evidentes ou imperceptíveis):

Nos Estados pós-modernos, a aproximação dos setores público e privado ocasionou um estreitamento nas relações, o que gerou um cenário suscetível e propício para o surgimento de novos problemas na ordem pública.

Os sistemas pós-modernos têm que lidar com as novas formas de corrupção e apropriação indevida da coisa pública. A par das práticas evidentes (corrupção, improbidades, nepotismo, conforme visto, que estão tipificadas como crime ou infração administrativa) existem outras práticas não são tão evidentes, mas que também violam e maculam o patrimônio público. As novas formas de fisiologismo, favoritismos e clientelismos surgem neste contexto e fazem com que *res publica* se torne mais vulnerável, passível de ser violada.

Nesta vertente, Bresser- Pereira afirma que os direitos do cidadão são direitos contra a corrupção, a sonegação de impostos e o nepotismo. No entanto, o autor ressalta a existência de outras violências tão ou mais graves contra o direito à *res publica* que não são tão óbvias ou evidentes. Estas práticas estão relacionadas com as políticas de Estado que pretendem ser políticas públicas, mas que na verdade atendem a interesses particulares e indefensáveis. Segundo ele, existem as ‘modernas’ e mal definidas formas de violência exercidas contra a coisa pública: transferências ou subsídios indevidos que assumem várias formas, dependendo dos beneficiários.⁴⁹⁷

Portanto, é possível verificar a existência de algumas condutas no Poder Público que são camufladas com uma roupagem disfarçada, uma vez que aparentemente se mostra compatível com a ordem jurídico-política, mas que na verdade são baseadas nos interesses privados.

⁴⁹⁷ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Cidadania e Res publica: A emergência dos direitos republicanos. In: Revista de Filosofia Política - Nova Série, vol.1, 1997. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Departamento de Filosofia. p. 124 ss.

Por outras palavras, algumas práticas se revelam um teor ilusório sob a aparência da prevalência do interesse público, mas são imbuídas por interesses particulares, de determinadas pessoas ou grupos, ou mesmo de interesses corporativos e institucionais.

Além das políticas públicas camufladas, a ineficiência dos gastos públicos também pode consistir numa lesão ao patrimônio por gerar desperdício e dispêndios onerosos ao Poder Público.

Observa-se, ainda, nesta dimensão das práticas camufladas o fenômeno do rent-seeking que pode se tornar uma violação ao patrimônio público econômico. Diante da impossibilidade de abordar todas as esferas existentes, serão apresentadas algumas práticas para elucidação da matéria.

2.1 Aquisição de bens luxuosos no serviço público

A aquisição de bens móveis ou imóveis para uso dos agentes públicos na viabilização de serviços públicos faz parte da própria essência da atividade estatal. Para desenvolver as funções, ações e tarefas, o Estado tem que dispor de bens – carros, aviões, prédios, máquinas, computadores, entre outros – para possibilitar o cumprimento dessas atribuições.

No entanto, o que se verifica em alguns setores é o altíssimo gasto de recursos públicos na obtenção de bens luxuosos e ultramodernos. O dispêndio econômico com ostentações, luxo e modernidade arquitetônica tem sido considerável nos últimos tempos, afetando drasticamente os cofres públicos.

É preciso ressaltar que o Estado necessita de bens de qualidade para atendimento das demandas sociais, devendo ser considerados todos os aparatos qualitativos e benfeitores que representam uma mais-valia na prestação do serviço público.

No entanto, as qualidades e valores que excedem às necessidades proeminentes devem ser avaliados sob o aspecto do custo-benefício, uma vez que serão suportados pela população. Portanto, a construção de prédios vistosos, bem como a aquisição de carros luxuosos, em alguns casos, excedem os requisitos da necessidade e economicidade no âmbito do setor público.

2.1.1 Os prédios públicos suntuosos

No Brasil, vários prédios públicos ultramodernos, grandiosos e exuberantes foram construídos com valores exorbitantes. As sedes dos Tribunais superiores, nos anos recentes, foram objetos de reportagens e indignação da população quanto aos gastos despendidos.

A título de exemplo, podem ser citados os Tribunais superiores, com sede em Brasília. O Jornal do Estado de São Paulo – um dos jornais mais lidos pelos brasileiros – destacou em nota intitulada “A suntuosa nova sede do TSE”. Vejamos uma epígrafe *in verbis*, da reportagem:

“Em construção há quatro anos, quando finalmente terminada a nova sede do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) deverá pôr fim a uma dúvida que assalta os contribuintes: qual é o "palácio" mais suntuoso do Poder Judiciário? O Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Tribunal Superior do Trabalho (TST), que hoje disputam essa ominosa honraria, perderão a vez. Com 115,5 mil metros quadrados, mobiliário luxuoso, gabinetes privativos com banheiros majestosos e 23 pórticos com detectores de metais, a obra, repetindo o que aconteceu nas construções das demais sedes de tribunais superiores no Distrito Federal, estourou o orçamento original - e ninguém, até recentemente, achou isso estranho. Quando o projeto foi anunciado, em 2007, a nova sede do TSE tinha um custo estimado em R\$ 89 milhões. (...) a construção já havia consumido mais de R\$ 360 milhões. A estimativa é de que, ao seu término, que está previsto para o final deste ano, ela deverá ter um custo total de R\$ 440 milhões. Como em todas as obras de edifícios públicos em Brasília, o projeto arquitetônico - que custou R\$ 5,9 milhões e foi escolhido sem licitação - é de autoria do escritório de Oscar Niemeyer. Somente com mesas, cadeiras, poltronas, móveis para a biblioteca e equipamentos de som, ar-condicionado, informática, aparelhos de cozinha, extintores de incêndio, cercas e portões os gastos serão superiores a R\$ 76 milhões. As medidas de segurança devem chegar a R\$ 6 milhões. Os valores constam dos pregões registrados pelo TSE. A decoração dos gabinetes dos ministros custará R\$ 693 mil. Alegando que o TSE feriu os princípios constitucionais da economicidade, da moralidade e da finalidade da administração pública e que o Tribunal de Contas da União (TCU) constatou indícios de superfaturamento e de outras graves irregularidades, o Ministério Público Federal (MPF) impetrou ação civil

pública contra a última instância da Justiça Eleitoral. Em sua defesa, a direção do TSE afirma que vem tomando providências para reduzir custos e explica que os móveis e equipamentos da sede atual serão levados para a nova. A aquisição de mais 4 mil peças de mobiliário seria apenas "complementar". Os custos absurdos são apenas um dos lados da questão.”

No mesmo sentido, é a matéria veiculada pela Revista ISTOÉ ao mencionar os excessivos gastos realizados na construção de tribunais. Vejamos:

“O custo da construção do prédio, em Brasília, projetado por Oscar Niemeyer tornou-se símbolo dos excessos do Poder Judiciário. A sede do Superior Tribunal de Justiça em Brasília entrou para a história da cidade como símbolo de obra faraônica. A preços de hoje, custou R\$ 409 milhões. Mas há quem queira superar esse recorde. Uma cratera gigante no centro da capital tornou-se grande preocupação para a cúpula do Judiciário. Trata-se da nova sede do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1), orçada em R\$ 477 milhões. Cada um dos nove andares do prédio terá banheiros coletivos para homens e mulheres com 800 metros quadrados. Pelo projeto, todos os banheiros terão boxes para massagem com 60 metros quadrados. As lojas ocuparão 200 metros quadrados e o bicicletário, 100 metros. Diante de tamanho desalvado, o Conselho Nacional de Justiça embargou a obra, em maio, até que o presidente do TRF1, Jirair Mígueriam, apresente um projeto mais econômico. Mas já foram gastos R\$ 41,5 milhões na cratera, na base subterrânea, com superfaturamento pago de R\$ 2,4 milhões. A nova sede do TRF1 não é um caso isolado no Poder Judiciário.”

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) vem combatendo o luxo no poder público, conforme destacou a reportagem da ISTO É. Segundo consta na reportagem “em sua ação saneadora, o CNJ também tomou providência para aparar os excessos da nova sede do Tribunal Superior Eleitoral (TSE)”.

O CNJ fechou acordo com o presidente do TSE à época, ministro Carlos Ayres Britto, depois que o Ministério Público Federal denunciou irregularidades nas obras. No acordo, o Tribunal se comprometeu a reduzir o custo da armação de concreto que na época

já havia consumido R\$ 117 milhões. O TSE prometeu economizar R\$ 18 milhões ao final da obra, mas o CNJ esperava que a redução chegasse a R\$ 30 milhões.⁴⁹⁸

No caso do TSE houve até uma ação civil pública impetrada pelo Ministério Público Federal contra o Tribunal, sob a alegação de violação aos princípios constitucionais da economicidade, da moralidade e da finalidade da administração pública. Segundo consta na ação havia indícios de superfaturamento e de outras graves irregularidades constatados pelo Tribunal de Contas da União.

Não obstante as irregularidades constatadas nas obras – apuração das condutas e responsabilização dos infratores – torna-se relevante, para os fins deste trabalho, a verificação da necessidade de se construir prédios tão suntuosos que geram um alto custo aos cofres públicos.

A título de exemplo, foi constatado no Tribunal Superior Eleitoral (TSE) que não se justificava um prédio daquele porte, conforme a reportagem do jornal do Estado de São Paulo. Na matéria houve o questionamento a respeito da necessidade de a Justiça Eleitoral ter uma sede suntuosa.

A reportagem apresentou alguns pontos importantes que demonstram a desnecessidade de se construir um prédio naquelas proporções, compreendendo: a) o número de Ministros (o TSE abriga sete ministros - dos quais três integram o STF e dois pertencem ao STJ, lá eles já dispõem de amplos gabinetes e de estruturas próprias); b) o TSE possui uma demanda pequena comparado aos demais Tribunais Superiores (é o braço do Poder Judiciário com menor demanda de serviços, em 2009 recebeu somente 4.514 processos, sendo que no mesmo ano, o STF recebeu mais de 103 mil ações e o STJ

⁴⁹⁸ O valor total é de R\$ 369 milhões. O Tribunal Eleitoral desistiu de construir uma "ponte elevatória", espécie de elevador gigante para empilhar mercadorias também gigantes, um "carrinho de limpeza de fachada" e antenas de tevê a cabo. O problema também ocorre nos Estados. Nas inspeções nos Estados, o CNJ também encontrou muitos desvios. Na construção do Fórum de Teresina (PI), o metro cúbico do concreto armado saiu por R\$ 1,7 mil, contra o preço de mercado de R\$ 400. Um superfaturamento de 365%. (...)O CNJ já visitou sete estados e levantou casos generalizados de má aplicação de dinheiro. Os próximos alvos são o Espírito Santo e o Paraná, onde há denúncias de desmandos. A juíza federal Salise Sanchotene, da Corregedoria do CNJ, diz que as inspeções questionam não só aspectos legais das obras, mas também a conveniência de prédios suntuosos, frente à dificuldade das comarcas. "Em Parintins, no Amazonas, os juízes se cotizam para comprar material de limpeza", lamenta Salise. "A gente volta abatida de algumas inspeções" Problemas com obras são tantos que o CNJ quer impor regras para evitar superfaturamento, impedir abusos e reduzir gastos" ver in: <http://jus.com.br/revista/texto/21574/qual-e-o-palacio-mais-suntuoso-do-poder-judiciario#ixzz3qDgZqUJq> acesso 13.03.2013.

e o TST julgaram 354 mil e 204,1 mil processos, respectivamente); c) a atuação do Tribunal (ele atua basicamente nos períodos eleitorais - a cada dois anos).

Ao final consta a conclusão que “nada justifica o tamanho e o luxo nababesco da nova sede do TSE. Em vez de gastar rios de dinheiro com palácios suntuosos e desnecessários, a Justiça agiria de maneira mais responsável se concentrasse seus gastos na modernização e na melhoria de atendimento da primeira instância, para dar aos cidadãos comuns que dependem de seus serviços o tratamento digno e eficiente a que têm direito.”⁴⁹⁹

Diante destas matérias pode-se concluir que os prédios ornamentais e suntuosos ultrapassam o caráter da necessidade-qualidade a que Administração Pública está submetida no que tange à observação dos princípios da economicidade e moralidade administrativa (artigos 70 e 37 da Constituição Federal).

Neste sentido, Bruno Cabral e Débora Cangussu ressaltam que o princípio da economicidade prevista no artigo 70 da CF/88 representa, em síntese, a união da qualidade, celeridade e menor custo na prestação do serviço ou no trato com os bens públicos.

Eles afirmam que, no tocante à construção de sedes de Tribunais, o princípio da economicidade exige que se considerem os problemas e as reais necessidades para a construção de uma nova sede do Tribunal: a análise do custo/benefício da obra, ou seja, se os benefícios futuros da obra compensam os seus custos; bem como a demonstração de que a construção da nova sede do Tribunal representa a alternativa escolhida que traga o melhor resultado estratégico possível de uma determinada alocação de recursos financeiros, econômicos e/ou patrimoniais em um dado cenário sócio-econômico.⁵⁰⁰

No mesmo sentido, Régis Fernandes de Oliveira verifica a correlação entre economicidade e despesa pública. O autor aduz que, conforme os padrões de economicidade, deve ser levada em consideração se foi obtida a melhor proposta para a

⁴⁹⁹ Toda a matéria está disponível in: <http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,a-suntuosa-nova-sede-do-tse,664539,0.htm> acesso 15.03.2013.

⁵⁰⁰ CABRAL, Bruno Fontenele e Débora D. Dantas Cangussu. Qual é o palácio mais suntuoso do Poder Judiciário? 04/2012. Disponível in: <http://jus.com.br/revista/texto/21574/qual-e-o-palacio-mais-suntuoso-do-poder-judiciario#ixzz3qDFkBYH1> acesso em 13.03.2013.

efetuação da despesa pública, ou seja, se o caminho perseguido foi o melhor e mais amplo, para fazer a despesa e se ela se fez com modicidade, dentro da equação custo-benefício.⁵⁰¹

No contexto destes altíssimos gastos, pode-se observar que tais prédios suntuosos configuram um gasto excessivo aos cofres públicos, podendo causar uma violação ao princípio da economicidade que rege a administração do patrimônio público econômico.

Os desperdícios, os investimentos desnecessários e a inversão de valores podem configurar afrontas aos princípios da economicidade e da moralidade. Os interesses corporativos e institucionais, bem como a vinculação do poder ao luxo podem sobrepor ao interesse público.

2.1.2 A aquisição de carros luxuosos

A aquisição de carros luxuosos também pode configurar uma afronta aos princípios da Administração Pública. Tal aquisição deve ser destinada somente às autoridades específicas detentoras de cargos do alto escalão dos poderes executivo, legislativo e judiciário. É o que dispõe algumas normas brasileiras a respeito.

A Lei nº 1081/50 dispõe sobre o uso do carro oficial prevendo no artigo 6º que “os automóveis destinados ao serviço público federal, observadas as condições estabelecidas nesta Lei, serão dos tipos mais econômicos e não se permitirá a aquisição de carros de luxo, salvo na hipótese dos carros destinados à Presidência e Vice-Presidência da República, Presidência do Senado Federal, Presidência da Câmara dos Deputados, Presidência do Supremo Tribunal Federal e Ministro de Estado.”

Existem, ainda, no âmbito normativo, o Decreto nº 99.188/1990 (com as alterações feitas pelos Decretos nos 99.214/1990 e 1.375/1995) e a Instrução Normativa SLTI nº 01/2007 do Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão (MPOG), que regem não só a classificação dos veículos da Administração Pública Federal, mas também

⁵⁰¹ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Curso de Direito Financeiro. 4ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 273.

a respectiva identificação, aquisição, cadastramento, utilização, reaproveitamento, transferência, cessão, alienação e definição do quantitativo.

Marcelo Neves destaca que na instrução normativa do MPOG – SLTI no 01/2007 – os veículos de representação são aqueles de luxo, destinados ao Presidente da República, ao Vice-Presidente da República e aos Ministros de Estado, bem como aos Titulares dos Órgãos Essenciais da Presidência da República. Já os veículos de serviço devem, além de configurar um modelo básico, ter capacidade e motor compatíveis com o serviço a realizar. Além disto, estes carros devem ser utilizados pelo servidor público no desempenho de atividades externas, para efetuar seus deslocamentos, desde que comprovadamente em objeto de serviço, devendo para tanto ser mantido rigoroso controle com indicação expressa da natureza da saída, com hora e chegada.

O autor destaca que, com intuito de contornar a vedação contida no Regime Jurídico Publicístico, alguns agentes públicos desenvolveram suas próprias "medicinas" como, por exemplo, efetuar a compra de veículos como se de serviço fossem, quando na realidade dos fatos alguns desses veículos comprados são de luxo. Este ato é proibido pela Lei nº 1.081/50. Outro fato que ocorreu com frequência foi o proceder ao aceite de doação de veículos realizada por algum parceiro, tal como bancos.⁵⁰²

Não obstante a existência de legislação sobre a matéria, verifica-se que a aquisição de veículos luxuosos é praticada nas diversas esferas do poder público. O Tribunal de Contas da União, por diversas vezes, manifestou no sentido de aplicar penalidades aos gestores públicos que promoveram a compra de veículos de representação em desacordo com a Lei de Diretrizes Orçamentária e com a Lei de nº 1.081/50. O Acórdão nº 0154-53/95 fixou multa prevista no artigo 58 da Lei nº 8.443/92 c/c o inciso II do artigo 220 do Regimento Interno do TCU.

O TCU ainda se pronunciou sobre aquisição de veículos de representação com a utilização de recursos públicos. O Acórdão proferido ao TRT da 1ª Região, de nº 1.730/03

⁵⁰² NEVES, Marcelo. Análise da legalidade da aquisição de veículos para utilização por desembargadores de Tribunais Regionais e ministros de Tribunais Superiores. 12/2007. Disponível in: <http://jus.com.br/revista/texto/11096/analise-da-legalidade-da-aquisicao-de-veiculos-para-utilizacao-por-desembargadores-de-tribunais-regionais-e-ministros-de-tribunais-superiores#ixzz3qDxsYnr> acesso 16.03.2013.

- Plenário, dispõe na alínea "b" do item 3 que se “abstenha de adquirir veículos de características luxuosas e destinados à representação de autoridades”.⁵⁰³

Mesmo diante deste arcabouço normativo e jurisprudencial a aquisição de automóveis de luxo é uma prática comum no Poder Público. Recentemente foram realizadas compras de carros de luxo destinados aos serviços das autoridades.

O Tribunal de Justiça adquiriu em outubro de 2012 cinco camionetes Hilux, licitadas por até R\$ 189 mil cada. A administração do Tribunal mencionou na época que Hilux não era carro de luxo e que os veículos que seriam usados apenas em 2013, sendo que a administração da época não iria se beneficiar dessa aquisição, mas a nova administração, a partir de 1º de fevereiro de 2013.⁵⁰⁴

Em Portugal existem algumas normas regulando a matéria, no sentido do uso das viaturas oficiais. Os Decretos 499/90 e 3297/2013 dispõem sobre a autorização de condução de viaturas afetas ao serviço público.

No entanto, a prática da aquisição de carros oficiais luxuosos também tem sido realizada no país lusitano. Pode-se citar como exemplo, os 19 carros de luxo das marcas Audi, BMW, Mercedes, Volkswagen, Renault e Volvo que foram adquiridos, em regime de aluguel operacional do veículo, no ano de 2011, pelo anterior governo. Os veículos custaram aos cofres públicos 20 mil euros mensais. Segundo estimativa o Audi custou 95 mil euros.⁵⁰⁵

Outra reportagem mostrou que José Lello, deputado do PS, celebrou contrato de *renting* de 14 carros de luxo para Assembleia da República em 2008, quando era presidente do Conselho de Administração no Parlamento. O valor do contrato chegou a

⁵⁰³ Outros Acórdãos do TCU no mesmo sentido: Acórdão/TCU nº 84/97, Acórdão/TCU nº 98/96, Decisão/TCU nº 60/95, Acórdão/TCU nº 98/96, Acórdão/TCU nº 94/97, Acórdão/TCU nº 539/99. NEVES, Marcelo. Análise da legalidade da aquisição de veículos para utilização por desembargadores de Tribunais Regionais e ministros de Tribunais Superiores. 12/2007. Disponível in: <http://jus.com.br/revista/texto/11096/analise-da-legalidade-da-aquisicao-de-veiculos-para-utilizacao-por-desembargadores-de-tribunais-regionais-e-ministros-de-tribunais-superiores#ixzz3qDxsYnnr> acesso 16.03.2013.

⁵⁰⁴ NASCIMENTO, Aniele. *TJ diz que Hilux não é carro de luxo*. Gazeta do Povo. Disponível in: <http://www.gazetadopovo.com.br/blog/caixazero/?id=1301421> acesso em 15.03.2013.

⁵⁰⁵ Revista de Imprensa. *Estado não pode devolver carro de luxo*. Diário de Notícias. 29 de novembro de 2011. http://www.dn.pt/especiais/interior.aspx?content_id=2155403&especial=Revistas%20de%20Imprensa&seccao=TV%20e%20MEDIA acesso em 14.03.2013.

cerca de 900 mil euros. Entre os carros constava o BMW 700D com valor aproximado de 150 mil euros.⁵⁰⁶

Outra matéria menciona que o ministro da Solidariedade e Segurança Social, Pedro Mota Soares, substituiu a vespa por carro de luxo. Em Junho de 2011 o ministro se deslocava numa vespa, mas depois apareceu com um Audi A7 (o valor do carro custou aproximadamente 86 mil euros).⁵⁰⁷

É interessante notar que além da aquisição dos carros luxuosos outras práticas são utilizadas como, por exemplo, o uso de carros oficiais para fins particulares. A título de exemplo, pode-se citar a matéria sobre o uso de carro da Guarda Nacional Republicana (GNR) do Porto pelo segundo Comandante Territorial, o tenente-coronel Sá para fins pessoais, segundo consta na notícia veiculada.⁵⁰⁸

Em setembro de 2012 foi veiculada outra notícia sobre a aquisição de 529 novos veículos pelo Estado e, segundo consta, a renovação da frota de automóvel oficial do Estado não estava a cumprir a legislação.⁵⁰⁹

Portanto, a aquisição de veículos oficiais com valores exorbitantes pode configurar, em alguns casos, violação ao princípio da economicidade que deve reger a administração da *res publica*.

⁵⁰⁶ MASCANHEIRAS, Paulo Pinto. Lello comprou 14 carros de luxo. Parlamento: Contrato de *renting* vai ser renegociado. Correio da Manhã. 01.12.2012. Disponível in: <http://www.cmjornal.xl.pt/detalhe/noticias/exclusivo-cm/lello-comprou-14-carros-de-luxo> acesso em 20.03.2013.

⁵⁰⁷ Diário de Notícias. Ministro substitui a vespa por carro de 86 mil euros. Revista de Imprensa. 28 de Novembro de 2011. Disponível in: http://www.dn.pt/especiais/interior.aspx?content_id=2152921&especial=Revistas%20de%20Imprensa&eccao=TV%20e%20MEDIA

⁵⁰⁸ RODRIGUES, Lilian. Usa carro da GNR em caso pessoal. Correio da Manhã. 24.11.2012. disponível in: <http://www.cmjornal.xl.pt/detalhe/noticias/nacional/portugal/usa-carro-da-gnr-em-caso-pessoal>

⁵⁰⁹ RAMOS, Diana. Estado com 529 novos veículos. Correio da Manhã. 02 de setembro de 2012. Disponível in: <http://www.cmjornal.xl.pt/detalhe/noticias/exclusivo-cm/estado-com-529-novos-veiculos> acesso 21.03.2013.

2.1.3 Os gastos exorbitantes da Copa Mundial de 2014

É relevante abordar, de modo sucinto, a respeito dos gastos exorbitantes que o Brasil teve com os estádios para o Mundial 2014. Os estádios brasileiros foram os mais caros da história do Mundial. Os vários indícios de obras superfaturadas fizeram parte do cenário de preparação para o Mundial.

Os doze estádios da Copa do Mundo custaram 42% mais do que o previsto nos projetos iniciais. O valor total dos estádios estava baseado inicialmente em 5,97 bilhões de reais. No entanto, foram gastos mais de 8,48 bilhões de reais com estádios. O estádio Mané Garrincha situado em Brasília foi considerado o estádio mais caro da Copa de 2014 e o mais caro do mundo.⁵¹⁰

O levantamento realizado pela consultoria KPMG mostra que, entre os vinte estádios mais caros do mundo, dez deles pertencem ao Brasil. Outro estudo, da organização não governamental dinamarquesa *Play the Game*, também comprova esta afirmação.⁵¹¹

Conforme vislumbrado na introdução, a população brasileira chegou a realizar diversas manifestações no período de reformas e construções dos estádios. Os protestos estavam centrados na questão dos gastos e investimentos dos recursos públicos. Portanto, o pleito social era no sentido de direcionar os recursos às necessidades do povo (saúde, educação, saneamento básico, entre outros).

Nos projetos preliminares, os gastos totais da Copa deveriam ser custeados mais de 80 % pelos cofres públicos e o restante pela iniciativa privada. Os gastos com estádios, infraestrutura e todas as demandas da Fifa custaram caro ao bolso do cidadão-contribuinte brasileiro.

⁵¹⁰ O maior aumento foi no Beira-Rio, que cresceu 169% entre o projeto em 2010 e a inauguração, em 2014. O Mané Garrincha, mais caro estádio da Copa de 2014 e mais custoso do mundo, aumentou 87,8%. O único estádio que teve o custo final mais baixo que o previsto foi o Castelão. Em 2010, estima-se que reforma do palco cearense para o Mundial custaria 623 milhões de reais. Segundo a Controladoria-Geral da União (CGU), o custo das obras ficou em 518,6 milhões, 16,8% abaixo. Mais tardia arena a entrar na lista para a Copa de 2014, a construção da Arena do Corinthians estava prevista com custo de 820 milhões de reais em 2011, o mais alto valor inicial entre todas as obras. Três anos depois, o estádio em São Paulo custou 1,2 bilhão para ser erguido. Informações disponíveis in: <http://placar.abril.com.br/materia/custos-dos-estadios-da-copa-de-2014-ficaram-42-maiores-que-o-previsto>

⁵¹¹ <https://www.kpmg.com/br/pt/paginas/default.aspx>

Por um lado, observam-se alguns pontos positivos que foram deixados em relação às obras, infraestrutura, transporte e melhorias efetuadas nas cidades sedes dos jogos. No entanto, a grande questão é a análise do custo-benefício a curto e a longo prazo.

A título de exemplo, observa-se que própria manutenção dos estádios gera um problema posterior que pode ter um impacto negativo. Estudos comprovam que em outros eventos como do Mundial da África (2010) houve um investimento aproximado de 8 bilhões e dois anos após o término da Copa foram contabilizados os prejuízos com a manutenção dos estádios. O custo para manter apenas um estádio é de aproximadamente R\$ 10,5 milhões por ano.⁵¹²

O alto custo de manutenção e os investimentos não recuperados podem acarretar um enorme impacto aos cofres do governo. O Brasil gastou mais de 25,6 bilhões de reais com o Mundial de 2014, ou seja, mais que os valores gastos nas três últimas edições do mundial, Coréia e Japão (2002), Alemanha (2006) e África do Sul (2010).

Portanto, os brasileiros protestaram contra os gastos exorbitantes diante das demandas da população carente, da desigualdade social, da violência urbana, do péssimo índice na educação fundamental, da falta de saneamento básico, dentre outros problemas graves que se apresentam na realidade do país.

As obras superfaturadas, os gastos dispendiosos, excessivos e desnecessários (luxo e ostentação) podem acarretar prejuízos aos cofres públicos, gerando ônus ao cidadão-contribuinte. Todo contexto pode evidenciar um impacto no patrimônio público econômico.

2.2 Políticas Públicas direcionadas aos interesses privados (camufladas)

⁵¹² Disponível in: http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/revistadireito/article/view/8346#.U--h_lXCs

Nos processos políticos existem várias áreas dinâmicas de negociações, discussões e debates que fazem parte do aparato jurídico-político e dos procedimentos decisórios dos governos.

As prioridades são definidas mediante decisões políticas no âmbito de um quadro apertado de recursos financeiros no contexto das inúmeras demandas. Não há recursos suficientes para atender todas as demandas. As escolhas e as decisões devem ser analisadas de acordo com as influências e os fatores preponderantes que direcionam e definem as políticas a serem adotadas num determinado momento. Esta análise torna-se imprescindível, sobretudo, na definição das políticas públicas em que os processos de criação, formulação e implementação são complexos. Neste domínio, devem ser considerados os cenários importantes para análise e verificação dos problemas para o devido direcionamento político.

As instituições políticas devem promover a deliberação pública diante de um processo transparente de propostas de políticas públicas. A capacidade de justificação das políticas públicas em fórum aberto, mais do que um mero enunciar do “interesse público” é o melhor garante que as decisões políticas servem o bem-estar social coletivo e não aos interesses particulares.⁵¹³

Deste modo, no que concerne ao processo das políticas públicas várias etapas são essenciais. Destaca-se, sobretudo, a fase da análise e identificação das demandas, escolha e do direcionamento dos gastos dos recursos públicos.

Sob a roupagem da política pública muitos políticos têm direcionado recursos e aparatos públicos com intuito de atingir interesses privados próprios, de grupos ou de partidos políticos. Em tais situações o agir estatal e administrativo se baseia em formas clientelistas de interação, visando mais o caso individual que propriamente as soluções coletivas.

Contudo, verifica-se uma dificuldade em separar as redes formais – legitimadas – das não formais nos processos de negociação, principalmente, no tocante à identificação de qual interesse realmente prevaleceu, motivou ou ensejou a escolha e a decisão política.

O perigo é que, como menciona Klaus Frey, muitas vezes, tais práticas são realizadas através de instituições não formalizadas que desempenham a função de sustentáculos do poder oligárquico e exercem influência decisiva nos processos político-

⁵¹³ PEREIRA, Paulo Trigo; Antônio Afonso; Manuela Arcanjo e José Carlos Gomes Santos. *Economia e Finanças Públicas*. 3ª ed. Lisboa: Escolar Editora, 2009. p. 18.

administrativos. O'Donnell menciona alguns exemplos, ao citar o clientelismo, o patrimonialismo e a corrupção.

Klaus Frey ao analisar as políticas públicas em diversas vertentes na formação e configuração de *'policy networks'* e *'policy arena'* assevera que diante da setorização e fragmentação do processo político há uma interferência de padrões peculiares do comportamento político como o clientelismo, o populismo ou o patrimonialismo. O que leva a necessidade de se saber se as instituições formais são decisivas no processo ou se tais padrões de comportamento imperam no processo decisório.⁵¹⁴

Portanto, ao tratar da verificação da necessidade a respeito de uma determinada política pública devem ser identificados os interesses que realmente estão à frente dessa decisão, ou seja, é preciso verificar se não se trata de uma forma camuflada de impor interesses particulares acima de interesses públicos (configurando-se uma forma de clientelismo).

Norberto Bobbio ressalta que o clientelismo tradicional cedeu lugar a outro tipo de clientelismo que é colocado acima dos cidadãos. Este tipo de clientelismo não é tão notável como em outros tempos, mas pode ser verificado nos políticos de profissão, os quais oferecem, em troca da legitimação e apoio (consenso eleitoral), toda a sorte de ajuda pública que têm ao seu alcance (cargos e empregos públicos, financiamentos, autorizações, etc.).

É importante observar como esta forma de clientelismo possui um ponto em comum com o clientelismo tradicional que, segundo Bobbio, consiste no resultado não como uma forma de consenso institucionalizado, mas está presente numa rede de fidelidades pessoais que passa, quer pelo uso pessoal da classe política, dos recursos estatais, quer partindo destes, bem como pela apropriação de recursos civis autônomos.⁵¹⁵

No mesmo sentido, Hamilton Lima analisa o clientelismo como um fenômeno antigo, mas que se apresenta na modernidade de outra forma, mais perversa que outrora. O autor verifica que na fase inicial de idealização das políticas públicas governamentais, o clientelismo era permeado pela manipulação discricionária dos recursos públicos.

⁵¹⁴ FREY, Klaus. Políticas Públicas: um debate conceitual e reflexões à prática da análise de políticas públicas no Brasil. In: Planejamento e Políticas Públicas, n. 21, Jun. 2000. p. 212 ss.

⁵¹⁵ O autor comenta que o desenvolvimento determina processos de desagregação social, sendo que os partidos e estruturas políticas modernas foram introduzidos 'do alto', sem que houvesse o suporte de um adequado processo de mobilização política. BOBBIO, Norberto. Dicionário de Política. Brasília: Ed. UNB, 1991. p. 178.

Ele menciona que nos tempos atuais a função social do clientelismo é marginalmente prover serviços onde eles não existem, pervertendo as estruturas estatais, em proveito de grupos privados de poder. Na modernidade o interesse público é provido através de estruturas burocráticas, visando objetivos no sentido de maximizar os benefícios ao maior número possível de pessoas a um custo economicamente sustentável.

Segundo o autor, o clientelismo atua não como agente catalizador de políticas públicas, mas como corrosivo de estruturas burocráticas que se canalizariam em proveito da cidadania, restringindo, ao invés de ampliar, o alcance e a efetividade das políticas de bem-estar. Conclui-se que o clientelismo, sob essa perspectiva, é muito mais perverso do que o anterior porque se limita a corromper as possibilidades de atendimento generalizado de boa qualidade, criando um grave problema político: a desmotivação e o desvirtuamento do funcionário público, bem como a fragmentação da própria cidadania.⁵¹⁶

Nota-se que este tipo de clientelismo recente possui um teor mais corrosivo que o anterior. Primeiro por se configurar camuflado e não se caracterizar tão evidente, segundo por corromper as esferas de poder na base democrática, desconstruindo os valores de cidadania e os vínculos sociais.

Pode ser que tal clientelismo tenha sido moldado a partir das novas e complexas demandas sociais que surgiram a partir da sociedade plural, em que as elites dominantes se sobrepõem na tentativa de influenciar a esfera política.⁵¹⁷

Portanto, os interesses das elites, de determinados grupos econômicos, políticos e sociais ou mesmo os interesses particulares têm, por vezes, sido utilizados como objeto de manipulações na formulação de políticas públicas. Diante dos conflitos existentes neste domínio e com o preocupante quadro de escassez de recursos enfrentado pelos Estados, as políticas públicas são caracterizadas como resultados do jogo de poder através da disputa de interesses.

Por isso, os instrumentos e os mecanismos de controle e de auditoria devem não somente verificar o resultado, mas os procedimentos adotados nos processos decisórios da escolha política. A transparência, o planejamento, o controle social e a democratização

⁵¹⁶ O autor ressalta que “Se alguma inteligibilidade tal análise nos permitisse, ela não ultrapassaria os umbrais das periferias das maiores cidades brasileiras nos anos 1960-1980, quando as políticas públicas adentraram a vida cotidiana pela mão de chefes políticos locais que manipulavam discricionariamente recursos de estruturas estatais.” LIMA, Hamilton Garcia. A tragédia do clientelismo. In: Gramsci e o Brasil. Junho, 2008.

⁵¹⁷ HUNTINGTON, Samuel. Political order in Changing Societies. New Haven: Yale University, 1968.

dos processos podem ser considerados novos paradigmas utilizados para verificar o direcionamento das ações políticas.

2.3 Ineficiência nos gastos públicos

A ineficiência é destacada como um mal existente na administração pública que ocasiona, em regra, o desperdício dos recursos públicos. Neste sentido, a ineficiência pode ser constatada como uma violação ao patrimônio público econômico.

Onde existem recursos escassos e a necessidade de se obter produtos, pode-se identificar a eficiência como um dos parâmetros a ser vislumbrado nesta dimensão. Portanto, seja na esfera privada ou pública, a eficiência é um paradigma substancial, tendo em vista que a ineficiência acarreta grandes prejuízos.

Wilson Taylor, nos estudos sobre a administração científica, menciona a sua preocupação com perda que todo o país sofre em virtude da ineficiência. Segundo ele, o remédio para toda essa ineficiência reside na gestão sistemática.

O autor alegava que a ineficiência era gerada devido à falta de regras, o que abria margem à improvisação. Por isso, havia a necessidade de redefinir as responsabilidades da gerência a partir do papel do gestor e do trabalhador. O gestor deveria estabelecer as regras do trabalho e os meios para executá-lo. As instruções e o treinamento dos trabalhadores deveriam resultar na qualidade e rapidez do serviço. Para ele a eficiência significava a correta utilização dos recursos disponíveis no alcance dos produtos almejados. A ideia de Taylor sobre a eficiência surgiu num momento crucial em que havia escassez de mercadorias e a necessidade do aumento de produção.⁵¹⁸

No decorrer da história da Administração Pública também se vislumbrou a necessidade de se colocar a eficiência como um princípio a ser observado pelos administradores, sobretudo, diante da escassez dos recursos públicos.

Nota-se que modelo burocrático visou acabar com as deficiências do sistema patrimonialista, mas se tornou um modelo ineficiente, dispendioso e engessado. Deste

⁵¹⁸ TAYLOR, Frederick Winslow. The principles of Scientific Management. Dover publications. 1998.

modo, Osborne e Gaebler mencionam que o modelo burocrático da administração pública visava vigiar os desonestos, mas por outro, acabou por retirar agilidade do sistema, gerando ineficiência e desperdício.⁵¹⁹ Portanto, a passagem do modelo burocrático para o modelo baseado em regras gerenciais partiu do pressuposto da necessidade de eficiência no setor público, diante da ineficiência resultante dos modelos anteriores.

O sistema gerencial (*New Public Management*) baseado no racionalismo da economia, com técnicas e padrões voltados para o controle de resultados visou implementar os valores da eficiência, economicidade e eficácia. Não obstante os pontos positivos advindos com o novo modelo verifica-se que a ineficiência ainda tem sido um problema crucial na gestão pública.

Portanto, mesmo diante da implementação do modelo gerencial, a ineficiência tem sido identificada em diversos níveis de gestão. Vários estudos têm evidenciado que os recursos públicos não são aplicados de forma eficiente.

No Brasil, um estudo realizado pela Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas (Fipe) contratado pelo Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial (Etco) demonstrou que nas áreas de segurança, educação, saúde e previdência há uma ineficiência na aplicação dos recursos. O coordenador da pesquisa, Hélio Zylberstajn, revela que é muito dinheiro aplicado com pouco resultado, sendo que os gastos são equivalentes aos do Japão e EUA e os resultados são de terceiro mundo. Verifica-se que uma gestão ineficiente acarreta distorções e prejuízos.

A qualidade do gasto público tornou-se um tema central na gestão pública. Neste sentido, o discurso contemporâneo tem evidenciado a vinculação da eficiência nas normas e diretrizes administrativas. Diante da necessidade da otimização no uso dos recursos públicos escassos, a eficiência se torna um dos pilares essenciais da Administração Pública.

No Brasil, a Emenda Constitucional de 19/98 colocou a eficiência entre os princípios da Administração Pública ao lado da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. O art. 74, II dispõe que uma das finalidades do sistema de controle interno consiste na comprovação da legalidade e avaliação dos resultados quanto à eficácia e

⁵¹⁹ OSBORNE, David e GLAEBLER, Ted. *Reinventing Government. How the Entrepreneurial Spirit is Transforming the Public Sector*. Reading, Massachusetts: Addison Wesley, 1992.

eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da Administração Pública Federal (...).

Em Portugal, o Decreto-Lei n. 442-91 dispôs que “o incremento constante das tarefas que à Administração Pública portuguesa cabe realizar nos mais diversos sectores da vida colectiva, bem como a necessidade de reforçar a eficiência do seu agir e de garantir a participação dos cidadãos nas decisões que lhes digam respeito, têm vindo a fazer sentir cada vez mais a necessidade de elaboração de uma disciplina geral do procedimento administrativo”.

Então, o Código de Procedimento Administrativo adotou o princípio da desburocratização e eficiência em seu art. 12 (no Código anterior art. 10) ao dispor que a Administração Pública deve ser estruturada e funcionar de modo a aproximar os serviços das populações e de forma não burocratizada, a fim de assegurar a celeridade, a economia e a eficiência das suas decisões.

A Constituição Portuguesa no art. 81 alínea “c” destaca que incumbe ao Estado no âmbito econômico e social assegurar a plena utilização das forças produtivas, designadamente zelando pela eficiência do setor público.

O princípio da eficiência é revelado na função administrativa, sobretudo, na perspectiva de evitar a negligência, a ineficiência e o desperdício. Tal princípio impõe ao administrador o dever de pautar sua conduta visando à otimização dos recursos públicos.

Bilhim aduz que a eficiência consiste no conjunto de meios, procedimentos e os métodos utilizados, que precisam ser planejados e organizados a fim de concorrerem para a otimização dos recursos disponíveis.⁵²⁰

Hely Lopes aduz que o “dever de eficiência é o que impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da fundação administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.”

521

⁵²⁰ BILHIM, João Abreu de Faria. *Gestão Estratégica de Recursos Humanos*. Lisboa: ISCSP, 2009. p. 398 ss.

⁵²¹ MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo*. 38ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

Vários métodos têm sido utilizados para avaliar a eficiência, os mais comuns são a análise de custos (custo-benefício), indicadores de desempenho, técnicas econométricas, entre outros. Analisar e avaliar a eficiência nas diversas esferas do setor público torna-se uma atividade complexa, tendo em vista a multiplicidade de insumos (inputs) e produtos (outputs) decorrentes do aparato administrativo.⁵²²

Enfim, é importante ressaltar que existem vários métodos aplicados para aferir a eficiência na utilização dos recursos públicos. Tal perspectiva é relevante para o sistema administrativo diante da escassez de recursos e da obrigação de cuidar e administrar com eficiência a *res publica*.

Portanto, verifica-se que a ineficiência nos gastos públicos gera desperdício. Nesta medida, a ineficiência pode se tornar uma violação ao patrimônio público econômico por acarretar prejuízos .

2.4 “Rent-Seeking”

Rent-seeking corresponde a busca de renda através da manipulação ou jogos interesses no ambiente político ou social. Trata-se do comportamento de empresários ou grupos privados com objetivo de obter privilégios econômicos.

A definição do termo está ligada ao conceito de ganhos monopolistas. No geral, os autores têm afirmado que a competição dos agentes por monopólios ou privilégios para obter rendas geram efeitos nocivos, por consistir na persuasão dos governantes com o fim de obter benefícios valiosos.

⁵²² Neste domínio, é importante mencionar a avaliação da eficiência através do *Method Data Envelopment Analysis* (DEA), o qual permite analisar a eficiência técnica de unidades produtivas que utilizam vários insumos (inputs) visando produzir múltiplos produtos (outputs). O DEA tem sido utilizado na comparação dos departamentos escolares, estabelecimentos de saúde, instituições financeiras, redes de alimentação, entre outros. O método permite analisar o desempenho relativo de unidades designadas por UMUs (*Decision Making Units*) utilizando os mesmos tipos de insumos para produzir os mesmos bens-serviços, ou seja, as unidades selecionadas devem ser homogêneas ter insumos iguais e produzir bens-serviços iguais. PEÑA, Carlos Rosano. A modelo of Evaluation of the Efficiency of the Public Sector through the Method Data Envelopment Analysis (DEA). In: RAC, Curitiba, v. 12, n. 1, Jan. Mar, 2008. p. 97.

Buchanan afirma que se trata do comportamento de pessoas ou grupos que visam maximizar seus retornos através de suas capacidades e oportunidades em um conjunto de instituições e redes, acarretando perda social em vez de um excedente social.

Tullock afirma que o *rent-seeking* consiste no uso de recursos para obter rendas pessoas ou grupos, mediante alguma atividade que gera um valor social negativo.⁵²³ Assim, na visão dos autores os lucros ou vantagens obtidas geram custos sociais.

Krueger menciona que a intervenção e as restrições governamentais sobre a economia são fatos comuns, mas que tais restrições ocasionam a competição por busca de rendas. Esta competição pode se dar de forma legal ou ilegal. Este último caso pode caracterizar formas de suborno ou corrupção.⁵²⁴

O “*rent-seeking*” pode ser configurado como o dispêndio de recursos escassos na captura de transferências de riqueza, mediante alocação motivada politicamente. Trata-se de uma prática que gera perdas sociais e pode configurar corrupção.

Em alguns casos, tal prática pode ser enquadrada na noção de corrupção. Segundo Felipe Maciel, os atos de *rent seeking* tornam-se atos ilegais de corrupção quando uma das seguintes condições são violadas: a) o processo de influência dos tomadores de decisão representa um jogo competitivo, com regras conhecidas por todos os jogadores; b) não há pagamentos secretos aos agentes; c) os clientes e os agentes são independentes uns dos outros e um grupo não se beneficia do rendimento obtido pelo outro.⁵²⁵

Portanto, algumas práticas de *rent-seeking* poderão ser consideradas corruptas, principalmente, aquelas que envolvem pagamentos aos agentes públicos, politização da alocação dos recursos e monopolização da economia ou concessão de privilégios.

O desvio de receitas governamentais e as decisões político-econômicas direcionadas a captar renda para aumentar riqueza privada, consiste na prática do *rent-seeking*. Tal prática pode violar o patrimônio público através da influência dos grupos de interesses visando manipular os burocratas governamentais e agentes políticos.

⁵²³ TULLOCK, Gordon, Arthur Seldon, and Gordon L. Brady. Government Failure. A primer in Public Choice. Cato Institute. Washington D.C, 2002. p. 43 ss.

⁵²⁴ KRUEGER, Anne O. The political Economy of Rent Seeking Society. American Economic Review, LXIV, June, 1974.

⁵²⁵ MACIEL, Felipe Guatimosim. O combate à corrupção no Brasil: Desafios e Perspectivas. Monografia premiada pela Controladoria Geral da União, 2005. p. 27.

Bresser-Pereira afirma a necessidade de se proteger o patrimônio público (*res publica*) contra as ameaças de sua “privatização” ou contra atividades de rent-seeking. O autor afirma que a privatização da carga fiscal é o principal objetivo dos rent-seekers.

O autor destaca ainda que rent-seeking é quase sempre um modo mais sutil e sofisticado de privatizar o Estado e exige que se usem novas contra-estratégias. Ele afirma que o modelo gerencial de Administração Pública além de ser mais eficiente, traz estratégias mais efetivas na luta contra as novas modalidades de privatização do Estado.

526

Portanto, a proteção da coisa pública consiste, entre outras, em evitar que ela seja privatizada ou concentrada por grupos de interesses. É interessante mencionar, de forma sucinta, as consequências ou custo gerado pelas práticas de rent-seeking.

Tullock evidencia uma distorção severa nas decisões políticas e no mercado, reduzindo a competição de forma que poucos grupos são beneficiados em detrimento da comunidade em geral. O autor menciona que os custos são verificados em diversas categorias. O custo total é difícil de ser apurado, tendo em vista a complexidade que envolve todo o processo, por gerar consequências diretas e indiretas, em várias esferas. No entanto, ele revela que os custos são caros e podem gerar ineficiência.⁵²⁷

Portanto, as consequências são sentidas não somente no âmbito econômico, mas também no ambiente público-estatal. Por exemplo, a redução de tarifas ocasiona uma distorção no sistema tributário. Neste caso, o Estado deixa de coletar receitas e terá que arrecadar de outra forma, o que pode gerar o aumento de impostos. Por outro lado, o direcionamento e a alocação de recursos para um determinado setor acaba por impedir que os recursos sejam destinados a outras áreas prioritárias. As consequências podem ser danosas e complexas. Neste sentido, o rent-seeking pode ser identificado, em alguns casos, como um fenômeno que lesa o patrimônio público econômico.

Diante do exposto, ressalta-se que foram identificadas algumas violações ou lesões ao patrimônio público econômico – desde as mais conhecidas como a corrupção, nepotismo e evasão fiscal, até as mais camufladas como neste caso das políticas públicas,

⁵²⁶ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Estratégia e estrutura para um novo Estado. Revista de Economia Política, vol. 17, nº 3 (67), jul-set, 1997. p. 27 ss.

⁵²⁷ TULLOCK, Gordon, Arthur Seldon, and Gordon L. Brady. Government Failure. A primer in Public Choice. Cato Institute. Washington D.C, 2002. p. 46.

ineficiência e *rent-seeking* – com suas consequências maléficas e com efeitos corrosivos centrais. Observam-se diversas lesões e violações ao patrimônio público econômico, tornando-se indispensável sua tutela.

Na introdução do trabalho foi citado um trecho escrito por Rui Barbosa sobre as consequências e efeitos gerados pelas violações ao patrimônio público econômico. Não se resistiu à ideia de se terminar o mesmo capítulo com o trecho completo, tendo em vista que envolve todo o capítulo, sobretudo, o tópico das violações não tão evidentes (camufladas). Vejamos o trecho completo:

“A política invadiu as regiões divinas da justiça, para a submeter aos ditames das facções. Rota a cadeia da sujeição à lei, campeia dissoluta a irresponsabilidade. Firmada a impunidade universal dos prepotentes, corrompeu-se a fidelidade na administração do erário. Abertas as portas do erário à invasão de todas as cobiças, baixamos da malversação à penúria, da penúria ao descrédito, do descrédito à bancarrota. Inaugurada a bancarrota, com o seu cortejo de humilhações, agonias e fatalidades, vê a nação falida até as garantias da sua existência, não enxergando com que recursos iria lutar amanhã, ao menos pela sua integridade territorial, contra o desmembramento, o protetorado, a conquista estrangeira. E, enquanto este inevitável sorites enlaça nas suas tremendas espirais a nossa pátria, todos os sinais da sua vitalidade se reduzem ao contínuo crescer dos seus males e sofrimentos, sob a constante ação dos cancros políticos que a devoram, das parcialidades facciosas que a corroem, dos abusos, por elas entretidos, que a lazaram de uma gafeira ignóbil.” (grifo nosso) ⁵²⁸

É preciso tratar dos cancros políticos, das parcialidades facciosas, dos abusos e das violações ao patrimônio público antes que se esmoreça a vitalidade e a esperança dos cidadãos no Poder Público e para que não vejamos a nação falida até as garantias de sua existência.

⁵²⁸ BARBOSA, Rui. O Supremo Tribunal Federal na Constituição Brasileira. Revista do Supremo Tribunal, vol. 2, 2ª pt., ag./dez. 1914, p. 393-414

Capítulo VII – A tutela do patrimônio público econômico

“Resistir à injustiça é um dever do indivíduo para consigo mesmo, porque é um preceito de existência moral; é um dever para com a sociedade, porque esta resistência não pode ser coroada de êxito, senão quando for geral (...) O direito não será letra morta e se realizará no primeiro caso se as autoridades e os funcionários do Estado cumprirem com o seu dever, e em segundo lugar, se os indivíduos fizerem valer seus direitos” (Rudolf Von Ilhering) ⁵²⁹

No âmbito jurídico, sempre que houver uma ameaça, violação ou lesão a um direito deverá existir uma forma de tutela correspondente, pelo menos na esfera teórico-discursiva dos direitos fundamentais esta lógica deve ser primada. Tal correspondência não consiste num código binário preciso – direito/dever, violação/defesa ou lesão/reparação – tendo em vista as complexidades que envolvem alguns direitos com as respectivas formas de tutelas.

A título de exemplo, podem ser verificados diversos problemas a serem enfrentados no âmbito da tutela ambiental, a começar pela indefinição da origem e extensão de alguns danos ambientais, passando pela necessidade de conciliação de interesses contrapostos desencadeados pela lógica do mercado (lucro e consumo) em detrimento da preservação de recursos naturais, chegando ao ápice consistente na dificuldade de conjugar procedimentos e mecanismos de proteção nas esferas nacional, internacional e global.

Da mesma forma, existem complexidades na esfera da defesa do patrimônio público econômico. As problemáticas ultrapassam as vertentes da corrupção. No sentido amplo, tais violações transcendem os moldes jurídicos, por abranger outras esferas – econômicas, sociais e culturais.

⁵²⁹ ILHERING, Rudolf Von. A luta pelo Direito. Trad. Sílvio Donizete Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1993. p. 28 ss.

Basta analisar o cenário atual e vislumbrar as problemáticas, a começar pela necessidade de delimitar as fronteiras e os institutos que lhe são aproximados (conflito de interesses, nepotismo, improbidades, etc); passando pela extensão dos danos que ela gera nos âmbitos econômicos, sociais e políticos.

Os mecanismos eficazes no combate à corrupção passa por outras esferas que vão além dos instrumentos jurídico-políticos delineados, devido às complexidades existentes. As consequências causam uma estagnação no desenvolvimento dos países. Além de abalar a confiança da sociedade em relação ao Estado, afeta a credibilidade dos governos. A complexidade passa ainda e, sobretudo, pela necessidade de conciliação dos procedimentos e mecanismos de proteção nas esferas nacional e transnacional.

Não obstante a complexidade que envolve a definição dos mecanismos de tutela decorrente das várias formas de violação do patrimônio público, outra dimensão verificada é a necessidade de se estabelecer um regime jurídico de proteção reforçada. Por se tratar de um direito fundamental deverá ser tutelado por meio de um regime jurídico garantístico de nível reforçado.

Os direitos fundamentais gozam de um regime de proteção jurídica reforçada, conforme aduz Perez Luño. Segundo o autor, tais direitos devem ter garantias normativas (força vinculante, rigidez constitucional etc), garantias jurisdicionais (garantias processuais, entre elas o recurso) e as garantias institucionais (controle e iniciativa legislativa popular).⁵³⁰

Portanto, diante desta perspectiva, verifica-se a necessidade de tratar do combate à corrupção e outros ilícitos. O ponto de partida deve ter em conta os traços diferenciados, ou seja, devem ser adotados mecanismos capazes de gerar soluções adequadas no tocante à proteção, tendo em vista as perplexidades que dominam a matéria. Tal análise deve levar em consideração o ambiente vulnerável que se encontra o patrimônio público, conforme visto.

Desta forma, exige-se um novo paradigma – uma responsabilidade diferenciada e diversificada – devido os dilemas e à exigência de mecanismos dinâmicos a serem empregados no *iter decisório* das soluções apresentadas. Nesta seara, os cânones da

⁵³⁰ LUÑO, Antônio E. Perez. Los derechos fundamentales. Temas clave de la Constitución española. Madrid: Tecnos. 2007. p. 65ss.

responsabilidade tradicional já não são suficientes para responder e solucionar de maneira satisfatória os conflitos existentes.

A tutela do patrimônio público econômico transcende uma vertente meramente jurídica, estando vinculada aos diferentes contextos, competências e segmentos. Para delimitação do tema serão apresentados alguns mecanismos de controle e tutela de forma genérica com enfoque na ação popular. Serão abordados os principais meios de tutela no Brasil e em Portugal (delimitação espacial), de acordo com o que foi realizado no capítulo anterior.

Dentro deste contexto, serão ressaltadas as formas de controle social com ênfase nos meios ou instrumentos que os cidadãos dispõem para tutelar a *res publica*, tendo em vista ser este o liame cognitivo na proposta do reconhecimento do direito fundamental à proteção do patrimônio público econômico.

1. O Controle como mecanismo de tutela

A palavra “tutela” deriva de “tueri” que significa “vigiar”. Na dimensão literal pode ser usada com o significado de defender ou mesmo de proteger algo. Nesta perspectiva, pode-se verificar no sentido de zelar ou cuidar. Na dimensão jurídico-constitucional, a tutela de um modo geral é caracterizada por meio de um conjunto de procedimentos, mecanismos ou instrumentos que o indivíduo possui para defender de seu direito ou o direito de outrem. Por isso, há certa conotação com o sentido etimológico da palavra que consiste na defesa de direitos.

Já a palavra “controle” vem do latim “contra *rotulum*” ou “contra *rotulus*” que significa “rolo, escrito, registro” traduzida na “ação de verificar os escritos ou as contas dos rolos”. No vocábulo francês “contro-rôle” a palavra era inserida no aspecto de direção, fiscalização, averiguação ou supervisão. Na dimensão literal da palavra, percebe-se que a conotação atual ainda é usada no sentido de fiscalização ou averiguação. Na língua inglesa tem o enfoque de direção, de domínio e de limitação.

Percebe-se que, segundo Lenise Secchin, a palavra “controle” na origem francesa tem conotação negativa por ter o sentido de vistoria, coação, fiscalização ou registro. Já na língua inglesa foi adotado o sentido positivo de direção de comportamento, como forma orientadora de conduta mediante valores estabelecidos. Tal sentido foi preconizado pela Escola Clássica da Administração, conforme as funções delineadas por Fayol e Taylor. No Brasil, diante da análise do ordenamento jurídico, nota-se que foram adotados os dois sentidos: negativo e positivo.⁵³¹

A origem de ambas as palavras – controle e tutela – estão encadeadas numa lógica linguística comum, sendo mantido, guardadas as devidas proporções, o significado de suas origens na realidade atual. Semanticamente tais palavras estão interligadas numa essência de valoração axiológica.

De fato, onde há poder deve existir limites e controle. A necessidade de se ter controle advém da possibilidade de se abusar do poder, portanto, é imprescindível a existência de limites ao poder. Esta premissa pode ser verificada na máxima de Montesquieu em que *le pouvoir arrête le pouvoir*. Dahl estabelece uma relação direta entre a tirania e poder ao dispor que na ausência dos controles externos qualquer indivíduo ou grupo poderá tiranizar os demais indivíduos.⁵³²

O controle, no sentido lato, nada mais é que a fiscalização exercida pelo Poder Público ou pelo cidadão quanto à atuação dos agentes públicos e órgãos da Administração direta ou indireta, de qualquer esfera federativa ou de qualquer poder. Para Hely Lopes Meirelles o "controle, em tema de administração pública, é a faculdade de vigilância, orientação e correção que um poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional do outro".⁵³³

Em geral, o controle se configura como um mecanismo de tutela ou defesa, ou seja, trata-se de controlar no sentido de zelar e defender. Nesta perspectiva, há que se

⁵³¹ SECCHIN, Lenise Barcellos de Mello. Controle social: transparência das políticas públicas e fomento ao exercício de cidadania. In: Revista da Controladoria-Geral da União. Ano III, Nº 5, Dezembro de 2008. p. 29.

⁵³² DAHL, Robert. Um prefácio à teoria democrática. Rio de Janeiro: Zahar, 1989. p. 15ss.

⁵³³ MEIRELES, Hely Lopes. Curso de Direito Administrativo. 38ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012. p. 589ss. E também MARTINS, Fernando Rodrigues. Controle do Patrimônio Público. Comentários à lei de Improbidade Administrativa. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 314.

verificar a consonância do controle como mecanismo de tutela inserido no contexto do direito fundamental à proteção do patrimônio público econômico.

Deste modo, o controle consiste num instrumento utilizado pelo cidadão, pelo Estado (Poder Público em todas as esferas) ou mesmo por entidades gerais ou civis (empresas, mídia, entre outros) na defesa da *res publica*.

1.1 O Controle no Estado Democrático de Direito

O aumento das tarefas do Estado Social, as novas demandas da sociedade complexa e plural, bem como estreitamento da relação entre setor público e privado diante das parcerias e privatizações suscitam novas formas de controle e fiscalização.

Os novos riscos, demandas e problemáticas sociais, econômicas, políticas e jurídicas inseridas neste contexto jurídico-administrativo geram uma necessidade de controlar as ações e atividades do Estado. O âmbito da gestão pública se torna mais amplo e complexo.

O cenário do Estado Democrático de Direito consagrou o estabelecimento de variadas formas de controle. Hoje existem diferentes tipos de controle: controle interno, controle externo, controle político, controle judicial, controle administrativo, controle de legalidade, controle de resultados, controle financeiro e orçamentário, entre outros.

A ideia de controle é inerente ao Estado de Direito, por se vislumbrar neste domínio à obediência e sujeição à lei (em sentido lato). Lucas Furtado assevera que a necessidade de controle é inerente ao próprio processo de administrar. Segundo, o autor a necessidade de que toda e qualquer atividade desenvolvida pelo Estado esteja a diferentes níveis ou mecanismos de controle se faz presente desde que se concebeu o Estado de Direito.⁵³⁴

⁵³⁴ FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. p. 883.

O Estado de Direito implica, necessariamente, a ideia do controle. Trata-se da própria essência e razão de ser deste Estado a consagração de uma ordem estatal limitada, com instrumentos de fiscalização e responsabilização. Todos os atos praticados e as atividades desenvolvidas pelo Poder Público estão sujeitos à fiscalização e ao controle.

A centralidade do controle dos atos administrativos e demais atividades estatais estavam centradas na legalidade em sentido estrito. Atualmente, o controle da legalidade não se refere ao mero cumprimento das leis, mas à possibilidade de se verificar a adequação da atividade administrativa aos princípios constitucionais.⁵³⁵

Diante da perspectiva destes preceitos, o controle toma uma nova feição traduzida na forma de fiscalização. Não se trata de qualquer controle, mas de um controle com moldes jurídico-constitucionais, baseados nos postulados da imparcialidade, eficiência, transparência, moralidade, transcendendo os aspectos puramente legais e processuais da exigência das contas.⁵³⁶

Deste modo, o controle no âmbito do Estado Democrático de Direito está sedimentado numa dinâmica jurídico-política expressada na vertente principiológica e garantística.

O sistema de controle e fiscalização consiste na afirmação desta vertente, sobretudo, na consagração garantística dos direitos dos cidadãos. Assim, Furtado salienta que a sujeição de todos os atos praticados ou de todas as atividades desenvolvidas pela Administração Pública a controle constitui garantia básica dos cidadãos, além de ser consequência direta e necessária da adoção da teoria da separação dos poderes, bem como atua como instrumento para melhoria dos serviços prestados pelo Estado.⁵³⁷

Neste sentido, o controle expressa a essência do Estado Democrático de Direito na perspectiva de uma ordem estatal limitada e vinculada aos parâmetros jurídico-constitucionais. O controle se caracteriza, nesta dimensão, como garantia dos cidadãos.

⁵³⁵ FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. p. 884.

⁵³⁶ SANTOS, Marta Costa. Novos paradigmas no controle do sistema fiscal. In: Sustentabilidade fiscal em tempos de crise / coordenadores: José Casalta Nabais, Suzana Tavares da Silva. Coimbra: Almedina, 2011. p. 220.

⁵³⁷ FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. p. 885.

1.2 Espécies de Controle nas diversas classificações

No sentido geral, visto na esfera de fiscalizar ou averiguar, o controle pode ser examinado mediante diferentes perspectivas. Existem diversas modalidades de controle que podem ser classificadas segundo alguns critérios formais e sistemáticos.

Lucas Furtado assevera que a intensidade e a forma com que o controle se realiza admitem diversas abordagens, diante das seguintes dimensões: a) quem o exerce (judicial, interno ou administrativo, parlamentar ou pelos Tribunais de Contas); b) do momento em que é efetivado (prévio, concomitante ou corretivo); c) do parâmetro utilizado (mérito, legitimidade).⁵³⁸

Outra classificação pode ser vislumbrada por Fernando Martins ao mencionar que o controle da Administração pode ser visto sob diversos ângulos: a) quanto ao tipo de controle – controle de legalidade ou de mérito; b) quanto aos órgãos responsáveis: o controle atua nas esferas legislativa, judiciária e administrativa; c) quanto à oportunidade de exercício que pode ser preventivo ou posterior; d) quanto à forma de atuação que consiste no controle interno ou controle externo.⁵³⁹

Sabe-se que existem várias espécies de controle classificados pela doutrina. Numa tentativa de uma elaboração classificatória própria, diante de uma análise perfunctória, levando em consideração alguns aspectos, identificam-se alguns tipos de controle: 1) quanto aos órgãos responsáveis: controle administrativo, controle legislativo, controle judiciário e controle social; 2) quanto ao *modus operandi*: identificação, avaliação e decisão); 3) quanto à esfera de atuação entre controlador e controlado: controle interno e controle externo; 4) quanto ao momento de realização: controle preventivo, controle concomitante e controle posterior; e, 5) quanto ao objetivo: controle de legalidade em sentido lato – legitimidade – , economicidade, entre outros.

⁵³⁸ FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. p. 884.

⁵³⁹ MARTINS, Fernando Rodrigues. Controle do Patrimônio Público. Comentários à lei de Improbidade Administrativa. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. P. 321.

Tais classificações demonstram uma categoria dos controles formais existentes na Administração Pública em suas diversas esferas. No entanto, convém ressaltar que existem outros controles que serão denominados, somente para efeitos didáticos, “controles informais” ou não sistematizados.

Os controles informais são apresentados por grupos de interesses. Ao traçar as relações entre Estado, mercado e sociedade podem ser verificados, para além dos controles formais, alguns controles informais. Um exemplo é o controle que as empresas (mercado) realizam no poder público ou mesmo grupos de pressão social, não formalizados. Na figura abaixo, a relação entre as esferas – Estado, mercado e sociedade – concerne uma vertente de interação, intermediação e fiscalização.



A figura demonstra que a intersecção entre estes domínios – domínio estatal, social e econômico – é permeada por âmbitos variados e multidimensionais de influências, bem como por controles formais e informais. Esta análise pode ser vista em diferentes ângulos, por exemplo, do controle que a sociedade e o mercado fazem ao Estado (poder público), mas também do controle que o Estado, por meio de regulação, exerce sobre os demais (mercado e sociedade).

Tal perspectiva demonstra a confirmação da premissa já citada: onde existe poder deve existir controle ou meios de fiscalização, seja por meio dos processos formais ou informais. Portanto, nota-se uma complexidade no âmbito da classificação do controle, mas, sobretudo, a sua importância diante da necessidade de se equilibrar as relações de poder, seja em qualquer campo ou dimensão (econômica, política, jurídica, social entre outros).

Para fins de delimitação a análise que se pretende vislumbrar refere-se ao controle como mecanismo de tutela do patrimônio público, ou seja, os possíveis instrumentos utilizados ou previstos na fiscalização e na defesa da *res publica* em sentido estrito.

Portanto, diante da existência de diversos tipos de controle que perpassam a matéria, importa para o presente trabalho abordar os meios de tutela disponíveis ao cidadão. Para analisá-los, será realizada uma breve abordagem dos principais controles da Administração Pública. Em seguida, tratar-se-á especificamente do controle jurisdicional com enfoque na ação popular. Posteriormente, será abordado o controle social no âmbito da gestão participativa (*governance*). O objetivo é apresentar algumas premissas para o reconhecimento do direito fundamental à proteção do patrimônio público econômico.

1.3 Os principais controles da Administração Pública

A gestão da *res publica* no âmbito da Administração Pública é realizada tendo em vista os critérios, as regras, os objetivos e os resultados a serem atingidos. O intuito é obter um bom desempenho ou uma boa administração. José Tavares menciona que para atingir tais fins o sistema de gestão deve estar associado ao sistema de controle e avaliação.⁵⁴⁰

Portanto, há uma correlação direta entre controle e gestão. Nesta inter-relação o controle se configura como o marco fundamental na verificação, avaliação e correção dos atos da Administração Pública.

Cezar Miola conceitua controle como o princípio administrativo material, tutelar e autotutelar, de contrastamento, supervisão e gestão integral da Administração Pública, por meio de um sistema horizontal de coordenação central. O autor menciona que o controle tem o escopo de vigilância, orientação e correção, prévia e posterior, de atos administrativos e de atos, decisões e atividades materiais da administração.⁵⁴¹

⁵⁴⁰ TAVARES, José F. F. Estudos de Administração e Finanças Públicas. Coimbra: Almedina, 2004. p. 187.

⁵⁴¹ MIOLA, Cezar. Regime Constitucional dos Tribunais de Contas. São Paulo: RT, 1992, p. 27.

O controle em suas diversas vertentes seja político, jurídico, econômico, técnico ou social tem o intuito de vigiar, orientar, direcionar, recomendar e corrigir os atos ou atividades da Administração Pública.

Convém ressaltar alguns princípios que norteiam o controle na Administração Pública, segundo Jacoby Fernandes, a saber: a) o princípio da segregação das funções, b) o princípio da independência técnico-funcional, c) o princípio da relação custo/benefício, d) o princípio da economicidade do controle, e) os princípios da economicidade e legalidade e, f) o princípio da aderência a diretrizes e normas.⁵⁴²

O sistema de controle da Administração Pública consiste num conjunto de formas e modelos que versam, sobretudo, a fiscalização dos atos e das atividades administrativas. O controle pode ser realizado pela mídia, organizações sociais, instituições internacionais, bem como pelos órgãos internos (auditorias internas) e externos (auditorias independentes). Neste sentido, podem ser destacados, dentro deste âmbito abrangente, os principais controles: o controle social, o controle interno e o controle externo.

Como o controle social será estudado no tópico específico devido sua importância para o tema do direito fundamental à proteção do patrimônio público, será realizada uma breve abordagem a respeito do controle interno e externo da Administração Pública. Destaca-se, de início, que o controle interno é realizado pelo órgão interno e que o controle externo é feito por um órgão diferente, ou seja, é realizado mediante um órgão que não integra a estrutura organizacional do ente a ser controlado.

O controle interno é também denominado de autocontrole ou controle intra-orgânico, configura-se como expressão da autotutela. Entende-se por controle interno aquele controle realizado por órgãos internos, isto é, o controle exercido pelo órgão integrante da própria estrutura da qual se insere o órgão a ser fiscalizado.

Este controle deve estar associado à gestão, ou seja, deve ser desenvolvido por órgãos ou serviços de fiscalização dotados de independência técnica, inseridos na estrutura interna da entidade, organismo ou instituição em causa.⁵⁴³

⁵⁴² FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. tribunais de Contas do Brasil. Jurisdição e Competência. Vol. 3. 2ª Ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008. p. 37-45.

⁵⁴³ TAVARES, José F. F. Estudos de Administração e Finanças Públicas. Coimbra:Almedina, 2004. p. 187.

No decorrer da história houve a necessidade de se criar órgãos de controles independentes, designados fora da estrutura do órgão ou entidade a ser controlada. Deste modo, o controle externo surge com uma estrutura, funcionamento e competências diferenciadas, sobretudo, no que tange aos critérios de independência em relação ao órgão controlado.

Este tipo de controle visa, segundo Hely Lopes Meirelles, comprovar a probidade dos atos da administração; a regularidade dos gastos públicos, da gestão dos bens valores e dinheiros públicos; e a fiel execução do orçamento.⁵⁴⁴

É importante destacar no contexto do controle externo independente, o papel dos Tribunais de Contas na fiscalização dos recursos públicos. Este controle é de extrema importância na medida em que está centrado na fiscalização da atividade financeira do Estado.

Ao tecer comentários sobre a importância do controle financeiro e orçamentário João Ricardo Catarino dispõe as seguintes finalidades: a) possibilitar o exercício do controle da legalidade e da regularidade da atividade financeira do Estado; b) permitir uma economia na utilização dos recursos visando a sustentabilidade do sistema, levando em consideração os meios utilizados, a quantidade e qualidade dos serviços públicos e o mínimo custo; c) permitir a verificação da eficiência visando a otimização do produtos e/ou dos serviços obtidos; d) permitir a análise da eficácia, entendida como a conformidade dos objetivos e ações previstas com os resultados e indicadores obtidos.⁵⁴⁵

Em Portugal, o Tribunal de Contas é o órgão supremo de fiscalização da legalidade das contas públicas e do julgamento das que lhe compete. Assim, o Tribunal de contas português é o órgão integrado ao poder judicial que fiscaliza a legalidade e a regularidade das receitas e despesas públicas, apreciando a boa gestão financeira, bem como a efetivação das responsabilidades decorrentes das infrações financeiras. A competência e estrutura do Tribunal de Contas estão dispostas nas Leis nº 14/96 de 20 de Abril; nº 98/97 de 26 de Agosto e no Decreto-Lei nº 558/99 de 17 de Dezembro.

⁵⁴⁴ MEIRELES, Hely Lopes. Curso de Direito Administrativo. 38ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012. p. 589ss.

⁵⁴⁵ CATARINO, João Ricardo. Princípios de Finanças Públicas. Coimbra: Almedina, 2011. p. 191.

No Brasil, o Tribunal de Contas da União (TCU) exerce a função de controle das contas públicas e fiscalização da aplicação dos recursos públicos federais. Este Tribunal é um órgão independente e autônomo, porém, vinculado ao Poder Legislativo. As competências estão dispostas nos artigos 71 da Constituição Federal e na Lei orgânica nº 8.443/92.

2. Controle jurisdicional do patrimônio público econômico

A atividade desenvolvida pelo gestor público no âmbito da *res publica* é controlada, regulada e fiscalizada mediante diversos instrumentos, mecanismos, órgãos e entidades. Dentre os variados tipos de controles, destaca-se o controle judicial que decorre do monopólio da função jurisdicional do Estado. Conforme dispõe o texto constitucional, há uma garantia prevista no artigo 5º, XXXV ao prever que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

A tutela dos interesses difusos é configurada por um sistema jurídico composto por diversas ações e normas de proteção: ação civil pública, ação popular, mandado de segurança coletivo, entre outros.

No tocante ao patrimônio público, especificamente, também existe um sistema de tutela composto por diversas ações com respectivas finalidades que podem ser propostas visando sua defesa. Cavalcante Motta menciona a existência de um microsistema compreendendo cinco ações: 1) ação popular de defesa do patrimônio público; 2) ação de improbidade administrativa; 3) ação de ressarcimento ao erário; 4) ação civil pública de defesa ao patrimônio público e da moralidade administrativa; 5) ação ministerial de invalidação de ato administrativo lesivo ao patrimônio público e à moralidade administrativa.⁵⁴⁶

Dentre as diversas ações torna-se relevante o estudo das principais ações que tutelam o patrimônio público econômico. Para tanto, destacam-se a ação popular, ação

⁵⁴⁶ MOTTA, Reuder Cavalcante. Tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. p. 135 ss.

civil pública e a ação de improbidade administrativa como ações que visam defender a coisa pública. Será realizada uma análise aprofundada da ação popular, inclusive sob a perspectiva do Brasil e Portugal, tendo em vista ser esta ação o instrumento, por excelência, que confere ao cidadão a prerrogativa de atuar como defensor do patrimônio público.

2.1 Ação popular

A ação popular é o instrumento concedido ao cidadão para fiscalizar, controlar e defender a *res publica*. Trata-se de um controle jurisdicional que tem por intuito conceder ao cidadão atuar como um fiscal das atividades do Poder Público.

O cidadão precisa controlar o cumprimento dos deveres do Estado, entre os quais os relacionados às finanças públicas e o emprego regular da destinação orçamentária. Nesta ótica, Francisco Lima ressalta que a ação popular assume conotação não só de direito, mas, sobretudo, de dever. E, deste modo, tem-se a completude do fenômeno, posto de um lado o direito de participação política e, de outro, o dever de cobrança ao Estado, através da via judiciária.⁵⁴⁷

2.1.1 Breve histórico

No Direito Romano, a *actio popularis* consistia no direito que o cidadão tinha de denunciar em juízo certas violações à ordem e aos bens públicos. Desta forma, a *actio*

⁵⁴⁷ LIMA, Francisco Gérson Marques de. Os deveres constitucionais: o cidadão responsável. in: Constituição e Democracia. Estudos em homenagem ao Prof. J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 177.

popularis era um instrumento por meio do qual qualquer pessoa do povo (*populus*) podia se utilizar para a defesa dos interesses da coletividade.⁵⁴⁸

Tempos depois, a ação foi prevista nas Ordenações Manuelinas (1521) e Ordenações Filipinas (1603), visando à conservação ou defesa de bens públicos. Posteriormente, ela foi consagrada na Carta Constitucional portuguesa de 1824 (art. 124.º) circunscrita a certos crimes praticados por juízes e alargada a sua aplicação no Código Administrativo de 1842 ao controle jurisdicional da legalidade dos atos da Administração Pública (“ação popular corretiva”). Primeiro apenas os atos em matéria eleitoral e, posteriormente, alargado a todos os atos da Administração Local contrários à lei e ao interesse público. Após veio a ser consagrada no Código Administrativo de 1878, no artigo 702, sendo aplicada desde 1892 no contencioso administrativo português.

Nesta época, a ação popular passou a ser inserida no ordenamento jurídico de diversos países: na Bélgica, mediante a lei de 30 de março de 1836; na França com a lei de 18 de julho de 1837; depois na Itália por meio das Leis de 26 de outubro e a Lei de 20 de setembro de 1859.⁵⁴⁹

No Continente americano, a ação popular foi preconizada no período pós-colonial, com a consolidação dos novos Estados: na Colômbia em 1821, depois em 1991, na Argentina, havia uma ação popular em matéria eleitoral em 1912; no Equador em 1967. Na Venezuela, em El Salvador em 1962, já em Panamá no ano de 1972 e, posteriormente no Peru em 1979.

No Brasil a Constituição do Império de 1824, em seu artigo 157 previa que a ação popular poderia ser proposta por qualquer pessoa contra a prevaricação dos juízes. No entanto, somente com a Constituição de 1934, em seu artigo 113 (inciso 38) a ação popular foi inserida no ordenamento jurídico numa vertente mais próxima da realidade atual, ao prever que o cidadão poderia propor ação popular com intuito de pleitear a nulidade ou anulação dos atos lesivos ao patrimônio da União, dos Estados e dos Municípios.

⁵⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia. Direito Administrativo. 20ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.p. 727.

⁵⁴⁹ Informações e aprofundamento sobre o histórico da ação popular ver: <http://tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/204-artigos-jul-2007/5475-acao-popular>

Posteriormente, as Constituições brasileiras passaram a prever outras peculiaridades até chegar à redação da Constituição Federal de 1988. Assim, também ocorreu com a Constituição da República Portuguesa de 1976 que foi revisada (1982, 1989, 1992, 1997 e 2001) adquirindo elementos novos que conceberam uma ampliação no tocante ao conteúdo.

2.1.2 Previsão normativa

No Brasil a ação popular foi consagrada no rol das garantias e direitos individuais e coletivos no artigo 5º, inciso LXXIII da Constituição Federal ao prever que “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise 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.”

Em sede normativa infraconstitucional, a ação popular brasileira foi prevista na Lei 4.717 de 29 de junho de 1965.

Na Constituição Portuguesa a ação popular está prevista no artigo 52 do Capítulo II (Direitos, liberdades e garantias de participação política) do Título II denominado direitos, liberdades e garantias. Nota-se que o dispositivo constitucional português consagrou a ação popular no rol dos direitos, liberdades e garantias de participação política, sendo mais específica que o dispositivo constitucional brasileiro.

Tal perspectiva demonstra que a ação popular consiste numa garantia de tutela dos direitos e liberdades de participação política. Vejamos a redação do artigo 52 da Constituição Portuguesa:

Artigo 52º (Direito de petição e direito de acção popular)

1. Todos os cidadãos têm o direito de apresentar, individual ou colectivamente, aos órgãos de soberania ou a quaisquer autoridades petições, representações, reclamações ou queixas para defesa dos seus direitos, da Constituição, das leis

ou do interesse geral e bem assim o direito de serem informados, em prazo razoável, sobre o resultado da respectiva apreciação.

2. A lei fixa as condições em que as petições apresentadas colectivamente à Assembléia da República são apreciadas pelo Plenário.

3. É conferido a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de acção popular nos casos e termos previstos na lei, incluindo o direito de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indemnização, nomeadamente para:

a) Promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infracções contra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida, a preservação do ambiente e do património cultural;

b) assegurar a defesa dos bens do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais.

Verifica-se na redação do artigo que a norma tem carácter exemplificativo, uma vez que utiliza a expressão “notadamente”. Portanto, trata-se de um rol não taxativo, podendo ocorrer outros atos lesivos que não estejam previstos nas alíneas correspondentes.

Neste sentido, Canotilho aponta alguns exemplos de casos que não estão previstos nas alíneas, mas que são passíveis de acção popular, tendo em vista o carácter exemplificativo da norma.

O autor menciona alguns casos tradicionais, como por exemplo, a utilização da acção popular para manter, reivindicar e reaver bens ou direitos da autarquia local, os quais sejam usurpados, de qualquer modo dos lesados; ou para obter a anulação de deliberações ilegais dos órgãos das autarquias.

Outros casos reconhecidos por via da lei em matéria de legalidade dos processos eleitorais. Ou mesmo a defesa de bens de outras entidades públicas além das coletividades territoriais, a efetivação da responsabilidade financeira dos titulares de cargos públicos e de outros beneficiários de dinheiros públicos, etc. ⁵⁵⁰

Em Portugal, a acção popular também foi tratada em sede infraconstitucional pela Lei nº 83 de 31 de agosto de 1995. No ordenamento jurídico português também existem outros dispositivos normativos que podem ser utilizados no âmbito da acção popular (como

⁵⁵⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes e Vital Moreira. Constituição da República Portuguesa anotada – arts. 1º ao 107º. Vol I. Coimbra editora, 2007. p. 700.

alguns artigos do Código do Processo nos Tribunais Administrativo ou do Código de Processo Civil).

É importante ressaltar que os legisladores constituintes (português e brasileiro) consagraram a ação popular inserida no rol das garantias, direitos e liberdades. Portanto, trata-se de uma ação de *status* constitucional que confere ao cidadão o direito de tutelar o patrimônio público.

2.1.3 Conceito e natureza jurídica

A Constituição assegurou a qualquer cidadão legitimidade para a propositura de ação popular constitucional com intuito de anular ato lesivo ao patrimônio público e à moralidade administrativa, além da defesa do meio ambiente.

Este dispositivo é de extrema relevância, tendo em vista que da sua exegese pode ser evidenciada a compreensão da equivalência entre “garantia” verificada por uma ação constitucional e os “direitos” do cidadão no que tange a tutela de alguns bens difusos (o patrimônio público, a moralidade administrativa, o meio ambiente e o patrimônio histórico cultural). Segundo Fernando Martins a Lex Magna indica a garantia fundamental a direitos que correspondam à categoria axiológica (fundamental).⁵⁵¹

Ingo Sarlet menciona que as garantias jurídicas, ao ângulo subjetivo, correspondem aos meios processuais de proteção a direitos, ou seja, às ações e aos procedimentos perante o Poder Judiciário. No tocante à proteção *in concreto* dos direitos fundamentais, as garantias jurídicas são as que se encontram mais próximas do cidadão, considerado individualmente.⁵⁵²

Tal ação é compreendida como uma espécie de ação coletiva inserida no âmbito do direito coletivo fundamental como salientado por alguns autores. Corroborando com a premissa da proteção ao patrimônio público como uma espécie de direito difuso e coletivo.⁵⁵³

⁵⁵¹ MARTINS, Fernando Rodrigues. Controle do Patrimônio Público. Comentários à lei de Improbidade Administrativa. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 60.

⁵⁵² BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 127.

⁵⁵³ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 28ª ed. São Paulo: editora Atlas, 2012. p. 194.

Meira Lourenço aduz que a Constituição da República Portuguesa (1976) consagrou no n.º 3 do art. 52.º “o direito fundamental de acção popular”. A autora menciona que a acção popular é um direito fundamental e que pode ser proposta por qualquer cidadão ou associações.⁵⁵⁴ No mesmo sentido, Jorge Miranda dispõe que a acção popular não é apenas um instrumento de defesa, mas é “em si mesma um direito fundamental”.⁵⁵⁵

No entanto, a doutrina brasileira vislumbra a acção popular como uma garantia constitucional que visa tutelar os direitos fundamentais por ela previstos, a saber: o direito à proteção ambiental, direito do consumidor, à qualidade de vida e, conforme trata o tema deste estudo, o direito à defesa do patrimônio público econômico.

Neste sentido, José Afonso da Silva trata a acção popular como um “instituto processual civil, outorgado a qualquer cidadão como garantia político-constitucional (ou remédio constitucional), para a defesa do interesse da coletividade, mediante provocação do controle jurisdicional corretivo de atos lesivos ao patrimônio público, da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural”.

O desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo destacou que a acção popular é uma acção cívica. Trata-se de um instrumento poderoso para a moralização da administração pública e para defesa dos valores transversais na questão da coisa coletiva. Segundo ele, se o recurso é público, sem dúvida que o cidadão tem o direito de fiscalizar, inclusive com expressa autorização constitucional do art. 5.º, LXXIII.⁵⁵⁶

Mancuso ressalta que a acção pode ser concebida como um direito subjetivo público, abstrato e autônomo, de pleitear uma dada prestação jurisdicional no caso concreto.⁵⁵⁷

No direito português, conforme visto, o direito de acção popular está consagrado no n.º 3 do artigo 52.º da Lei Fundamental, no capítulo referente aos direitos, liberdades e garantias de participação política. Desta forma, Mariana Souto dispõe que a acção é um instrumento de participação e intervenção democrática dos cidadãos na vida pública, de

⁵⁵⁴ LOURENÇO, Paula Meira. Experiência em Portugal. *Public hearing on a horizontal instrument for collective redress in europe?* Brussels - 12.07.2011 - 09:30-11:00 - Room JAN - 4Q1. Disponível in: <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201107/20110714ATT24016/20110714ATT24016EN.pdf>

⁵⁵⁵ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. Coimbra editora, 1993.p. 235.

⁵⁵⁶ Desembargador Renato Nalini – TJSP – Apelação cível nº 308.725-5/2-00, j. 13-09-2005.

⁵⁵⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Acção Popular. Proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011. p. 171.

fiscalização da legalidade, de defesa dos interesses das coletividades e de educação e formação cívica de todos. Ela é consagrada como uma forma peculiar na defesa e preservação de valores essenciais, por pertencerem a uma mesma coletividade.⁵⁵⁸

No direito português, Canotilho aduz que a abertura da ação popular, nos termos e com a extensão prevista no nº3 do art. 52 “faz desta norma uma das mais importantes conquistas processuais para a defesa de direitos e interesses fundamentais constitucionalmente consagrados.”⁵⁵⁹

2.1.4 Finalidade, pressupostos e peculiaridades

A ação popular visa à defesa dos interesses difusos. Ação finalidade está pautada na tutela dos interesses de toda a comunidade, reconhecendo aos cidadãos *uti cives* e não *uti singuli*, o direito de promover, individual ou associadamente, a defesa de tais interesses.⁵⁶⁰

A ação popular visa especificamente a anulação de 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.

Portanto, a ação tem por objetivo a invalidação de atos lesivos ao patrimônio público, ao meio ambiente, à moralidade administrativa ou ao patrimônio histórico-cultural, praticados pelo Poder Público ou entidades de que participe podendo ainda resultar na condenação por perdas e danos dos responsáveis pelos atos lesivos, de acordo com o disposto no artigo 11 da Lei 4.717/65.

Hely Lopes Meirelles assevera que a finalidade da ação popular consiste na obtenção da “invalidação de atos ou contratos administrativos — ou a estes equiparados

⁵⁵⁸ SOTTO MAIOR, Mariana. O direito de acção popular na Constituição da República Portuguesa. Documentação e Direito Comparado, n.º 75/76, 1998. Disponível in: <http://www.gddc.pt/atividade-editorial/pdfs-publicacoes/7576-g.pdf>

⁵⁵⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes e Vital Moreira. Constituição da República Portuguesa anotada – arts. 1º ao 107º. Vol I. Coimbra editora, 2007. p. 696.

⁵⁶⁰ J. J. Gomes Canotilho/Vital Moreira. Constituição da República Portuguesa Anotada. Vol. I. 4ª ed. Coimbra Editora, 2007. p. 697/698.

— ilegais e lesivos ao patrimônio federal, estadual e municipal, ou a suas autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas subvencionadas com dinheiro público”.⁵⁶¹

O Supremo Tribunal Federal mencionou que “a ação popular, como regulada pela Lei 4.717, de 29-6-1965, visa à declaração de nulidade ou à anulação de atos administrativos, quando lesivos ao patrimônio público, como dispõem seus arts. 1º, 2º e 4º.” No entanto, a Suprema Corte ressaltou que “não é preciso esperar que os atos lesivos ocorram e produzam todos os seus efeitos” para que ela seja proposta.”⁵⁶² Verifica-se, neste sentido, que a ação popular pode ser proposta de forma preventiva, repressiva ou corretiva.

A ação pode ser proposta como forma de tutela antecipada diante da urgência da prestação jurisdicional, visando à prevenção contra o ilícito, podendo ser realizada pela via inibitória ou preventiva executiva. Deste modo, a ação popular pode ser instrumento de tutela preventiva (inibitória ou de remoção dos ilícitos) ou de tutela reparatória.

Alexandre de Moraes assevera que a ação popular, juntamente, com outros direitos – direito de sufrágio, plebiscitos, referendos, entre outros – constituem formas de exercício da soberania popular ao permitir que o povo, diretamente, exerça a função de fiscalização do Poder Público, com fulcro no princípio da legalidade dos atos administrativos e na definição de *res publica* (República) como patrimônio do povo.⁵⁶³

O Supremo Tribunal Federal se pronunciou no sentido de que a ação popular é destinada “a preservar, em função de seu amplo espectro de atuação jurídico-processual, a intangibilidade do patrimônio público e a integridade da moralidade administrativa”⁵⁶⁴

Os pressupostos da ação popular correspondem aos pressupostos da ação em geral (interesse de agir, possibilidade jurídica do pedido e legitimação para agir), Segundo Maria Sylvia Di Pietro, existem também alguns pressupostos peculiares: qualidade de cidadão; ilegalidade ou imoralidade praticada pelo Poder Público e lesão aos bens

⁵⁶¹ SILVA, José Afonso. Ação Popular constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 194.

⁵⁶² No caso presente, a ação popular, como proposta, tem índole preventiva e repressiva ou corretiva, ao mesmo tempo. Com ela se pretende a sustação dos pagamentos futuros (caráter preventivo) e a restituição das quantias que tiverem sido pagas, nos últimos cinco anos, em face do prazo prescricional previsto no art. 21 da Lei da Ação Popular (caráter repressivo).” (AO 506-QO, Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 6-5-1998, Plenário, DJ de 4-12-1998.)

⁵⁶³ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 28ª ed. São Paulo: editora Atlas, 2012. p. 194.

⁵⁶⁴ ADI nº 769/MA – Medida Cautelar. Relator Ministro Celso de Mello, DJ Seção I, 8 abril 1994.

tutelados (patrimônio público, ao meio ambiente, à moralidade administrativa ou ao patrimônio histórico-cultural).⁵⁶⁵

A respeito da competência para julgar ação popular, o STF se posicionou no sentido de que, em regra, é do juízo de primeiro grau. Segundo a Suprema Corte “a competência para julgar ação popular contra ato de qualquer autoridade, até mesmo do Presidente da República, é, via de regra, do juízo competente de primeiro grau.”⁵⁶⁶

No direito lusitano, a ação popular foi dividida em dois tipos: ação popular administrativa que é representada pelos recursos contenciosos (apresentados no exercício do direito de participação procedimental) e pelas ações para defesa destes direitos a serem movidas perante os Tribunais Administrativos; e ação popular civil que consiste nas ações propostas perante os Tribunais comuns. Tais espécies estão descritas sob as formas previstas no processo civil português; no artigo 52.º, n.º 3 da Constituição; na Lei n.º 83/95 de 31 de Agosto (Lei da Ação Popular - LAP) e no Código do Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), artigo 9.º, n.º 2; bem como em legislações esparsas como Lei de Bases do Ambiente (Lei n.º 11/87, de 7 de Abril) e a Lei de Defesa do Património Cultural (Lei n.º 107/2001, de 8 de Setembro) contêm referências específicas à ação popular nesses domínios – entre as quais podemos destacar a iniciativa processual do MP, que não está prevista na LAP).⁵⁶⁷

⁵⁶⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia. Direito Administrativo. 20ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.p. 928.

⁵⁶⁶ Precedentes. (...) com base na letra n do inciso I, segunda parte, do art. 102 da CF. (AO 859-QO, Rel. p/ o ac. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 11-10-2001, Plenário, DJ de 1º-8-2003.) Outro julgado do STF importante neste domínio: "Competência originária do Supremo Tribunal para as ações contra o CNJ e contra o Conselho Nacional do Ministério Público (CF, art. 102, I, r, com a redação da EC 45/2004): inteligência: não inclusão da ação popular, ainda quando nela se vise à declaração de nulidade do ato de qualquer um dos conselhos nela referidos. Tratando-se de ação popular, o STF – com as únicas ressalvas da incidência da alínea n do art. 102, I, da Constituição ou de a lide substantivar conflito entre a União e Estado-membro –, jamais admitiu a própria competência originária: ao contrário, a incompetência do Tribunal para processar e julgar a ação popular tem sido invariavelmente reafirmada, ainda quando se irroque a responsabilidade pelo ato questionado a dignitário individual – a exemplo do Presidente da República – ou a membro ou membros de órgão colegiado de qualquer dos poderes do Estado cujos atos, na esfera cível – como sucede no mandado de segurança – ou na esfera penal – como ocorre na ação penal originária ou no habeas corpus – estejam sujeitos diretamente à sua jurisdição. Essa não é a hipótese dos integrantes do CNJ ou do Conselho Nacional do Ministério Público: o que a Constituição, com a EC 45/2004, inseriu na competência originária do Supremo Tribunal foram as ações contra os respectivos colegiado, e não, aquelas em que se questione a responsabilidade pessoal de um ou mais dos conselheiros, como seria de dar-se na ação popular." (Pet 3.674-QO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 4-10-2006, Plenário, DJ de 19-12-2006.) No mesmo sentido: Rcl 2.769-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 23-9-2009, Plenário, DJE de 16-10-2009.

⁵⁶⁷ CANHEU, Gustavo Casagrande. Ação popular no Direito Português: similaridades e disparidades com o direito brasileiro. In: Ação Popular. Aspectos relevantes e controvertidos. Coord. Luiz Manoel Gomes Junior e outro. São Paulo: RCS Editora, 2006. p. 144.

A respeito deste tópico da diferenciação das ações populares em Portugal, Vieira de Andrade menciona que tais ações são espécies qualificadas relativas aos vários tipos de ações. A ação popular local é uma espécie qualificada das impugnações de atos administrativos, admissível apenas relativamente a esse pedido e a ação popular social já pode tomar qualquer das formas e integrar qualquer dos pedidos principais previstos no CPTA.

Portanto, o autor aduz que poderão ser propostas ações administrativas especiais populares – sejam impugnações de atos, pedidos de condenação à prática de ato devido ou pedidos de declaração de ilegalidade de normas –, bem como ações administrativas comuns populares, com os diversos pedidos – de reconhecimento, de restabelecimento de situações jurídicas, de condenação na adoção ou abstenção de comportamentos e no cumprimento de deveres, de inibição da prática de ato administrativo, de indemnização por responsabilidade, ou relativos a contratos –, ou mesmo processos urgentes populares – compreendendo as impugnações de atos ou documentos pré-contratuais e as intimações para prestação de informações.⁵⁶⁸

2.1.5 Objeto da ação popular e os bens por ela tutelados

O objetivo da ação popular consiste na defesa dos bens e interesses difusos. A Lei nº 4.717/65 menciona que os bens tutelados pela ação popular são: o patrimônio público, a moralidade administrativa, o meio ambiente e o patrimônio histórico-cultural. Em seu art. 1º, § 1º verifica-se que a expressão “patrimônio público” corresponde ao termo amplo que abrange bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico.

O objeto da ação popular consiste na defesa do patrimônio público em sentido amplo contra o ato ilegal ou imoral. Tal ato pode ser praticado contra o patrimônio material do Poder Público ou também contra a moralidade administrativa, segundo o Supremo Tribunal Federal.⁵⁶⁹

⁵⁶⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *A Justiça Administrativa*. Almedina editora. 2012. p. 156 e ss

⁵⁶⁹ “Fixando os Vereadores a sua própria remuneração, vale dizer, fixando essa remuneração para viger na própria legislatura, pratica *ato inconstitucional lesivo não só ao patrimônio material do Poder Público*,

O STF salientou que, “na maioria das vezes, a lesividade ao erário público decorre da própria ilegalidade do ato praticado”.⁵⁷⁰ O artigo 4º da citada lei dispõe um rol exemplificativo dos atos com presunção legal de ilegitimidade e lesividade passíveis de serem objetos da ação popular.⁵⁷¹

Portanto, o objeto da ação é a anulação do ato lesivo e a condenação dos responsáveis ao pagamento de perdas e danos ou à restituição de bens ou valores, de acordo com o previsto no artigo 14, §4º c/c artigo 11, ambos mencionados na supracitada lei.

A ação popular portuguesa tem por objeto promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das agressões relativas a interesses jurídicos supra-individuais, conforme a previsão constitucional. Os artigos 22º¹⁶ e 23º¹⁷ da Lei de Ação Popular impõem o dever de indenizar os lesados pelos danos decorrentes de violação dolosa ou culposa aos interesses supracitados.

A ação popular não é uma ação de caráter subsidiário, ou seja, outras ações não podem ser utilizadas como sucedâneo da ação popular. Dada a peculiaridade de seu objeto o Supremo Tribunal Federal editou a súmula nº101 que dispõe sobre a vedação quanto ao uso do mandado de segurança como sucedâneo de ação popular.

Em outro julgado, o STF manifestou-se no sentido de que a “ação direta de inconstitucionalidade não constitui sucedâneo da ação popular constitucional, destinada, esta sim, a preservar, em função de seu amplo espectro de atuação jurídico-processual, a

como à moralidade administrativa, que constitui patrimônio moral da sociedade. CF, art. 5º, LXXIII." (RE 206.889, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 25- 3-1997, Segunda Turma, DJ de 13-6-1997.) outro julgado do STF no mesmo sentido: "A nomeação dos membros do Tribunal de Contas do Estado recém-criado não é ato discricionário, mas vinculado a determinados critérios, não só estabelecidos pelo art. 235, III, das disposições gerais, mas também, naquilo que couber, pelo art. 73, § 1º, da CF. Notório saber – Incisos III, art. 235 e III, § 1º, art. 73, CF. Necessidade de um mínimo de pertinência entre as qualidades intelectuais dos nomeados e o ofício a desempenhar. Precedente histórico: parecer de Barbalho e a decisão do Senado. Ação popular. A não observância dos requisitos que vinculam a nomeação, enseja a qualquer do povo sujeitá-la à correção judicial, *com a finalidade de desconstituir o ato lesivo à moralidade administrativa*." (RE 167.137, Rel. Min. Paulo Brossard, julgamento em 18-10-1994, Primeira Turma, DJ de 25-11-1994.) – grifo nosso.

⁵⁷⁰ O STF ainda mencionou que é quando se dá, como ocorreu no caso concreto, a contratação, por Município, de serviços que poderiam ser prestados por servidores, sem a feitura de licitação e sem que o ato administrativo tenha sido precedido da necessária justificativa." (RE 160.381, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 29-3-1994, Primeira Turma, DJ de 12-8-1994.)

⁵⁷¹ Posição no mesmo sentido: MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 28ª ed. São Paulo: editora Atlas, 2012. p. 196.

intangibilidade do patrimônio público e a integridade do princípio da moralidade administrativa (CF, art. 5º, LXXIII).”⁵⁷²

Da mesma forma em Portugal, Canotilho assevera que a ação popular é uma ação principal, por se tratar de um instrumento de defesa preferencial relativamente a outros meios processuais, não tendo, portanto, caráter subsidiário.⁵⁷³

2.1.6 Legitimidade ativa e legitimidade passiva

No Brasil, a legitimidade ativa foi conferida ao cidadão, isto é, ao indivíduo que está no gozo dos seus direitos civis e políticos, portador de documento de eleitor (título de eleitor), tendo capacidade de votar e ser votado. Tal premissa está expressa no § 3º do art. 1º da Lei 4.717/65 ao dispor que a “prova da cidadania, para ingresso em juízo, será feita com o título eleitoral, ou com documento que a ele corresponda”.

Neste sentido, os Tribunais brasileiros têm exigido o título de eleitor na propositura da ação. Em vários julgados o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou que se trata de uma condição da ação (legitimidade ativa) e não representação processual. Afasta-se a aplicação dos arts. 13 e 284 do Código de Processo Civil (CPC), sendo correta a extinção do feito sem julgamento do mérito, conforme o art. 267 do CPC.⁵⁷⁴

⁵⁷² ADI 769-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 22-4-1993, Plenário, DJ de 8-4-1994.

⁵⁷³ CANOTILHO, J.J. Gomes e Vital Moreira. Constituição da República Portuguesa anotada – arts. 1º ao 107º. Vol I. Coimbra editora, 2007. p. 700.

⁵⁷⁴ Art. 13 CPC: “Verificando a incapacidade processual ou a irregularidade da representação das partes, o juiz, suspendendo o processo, marcará prazo razoável para ser sanado o defeito.” E art. 284 do CPC: Art. “verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 (dez) dias.” Art. 267 do CPC: Extingue-se o processo, sem resolução de mérito, inciso VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual. STJ: EDcl no Recurso Especial nº 538.240 – MG. Relatora : Ministra Eliana Calmon. DJ: 30/04/2007; TJSC: Apelação Cível n. 1988.043626-1, de Capital. Relator: Amaral e Silva. Julgado: 14/05/1991; TJSC: AI n. 98.017376-0, da Capital, Rel. Des. Anselmo Cerello. Julgado: 17/02/2000; TJSC: Apelação cível n. 2002.010441-3, de Itajaí. Relator: Des. Volnei Carlin.

O Supremo Tribunal Federal editou uma súmula que menciona a impossibilidade de a ação popular ser proposta por pessoa jurídica. Deste modo, a Súmula 365 dispõe que a “pessoa jurídica não tem legitimidade para propor ação popular.”

No mesmo sentido, a Suprema Corte se posicionou num julgado ao ressaltar a “impossibilidade de ingresso do Estado-membro na condição de autor, tendo em vista que a legitimidade ativa da ação popular é tão somente do cidadão”.⁵⁷⁵

É interessante notar que a legitimidade ativa conferida ao cidadão corrobora com a finalidade da ação que consiste na defesa do patrimônio público. A doutrina e a jurisprudência brasileiras têm entendido que se trata de legitimidade extraordinária em que o cidadão age como um substituto processual defendendo em nome próprio, um interesse difuso pertencente à coletividade.⁵⁷⁶

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou a esse respeito ao dispor que a “legitimidade *ad causam* de qualquer cidadão, ainda que ele possa ter interesse, de ordem particular, desde que tenha em mira, não é proteger direito seu, mas apenas resguardar o patrimônio público”. Em outro julgado recente, o Supremo mencionou que a legitimidade dos cidadãos para a propositura de ação popular na defesa de interesses difusos (art. 5º, LXXIII, CF/1988) não visa à proteção de direito próprio, mas de toda a comunidade”.⁵⁷⁷

Mancuso ao refutar a tese da legitimação extraordinária baseada na vertente do cidadão como um substituto processual afirma que o cidadão da popular não atua, propriamente, numa substituição das posições jurídicas dos demais cidadãos integrantes da coletividade, por se tratar de uma tutela judicial de direito público subjetivo à administração proba e eficaz. Segundo o autor, os demais cidadãos se beneficiarão por

⁵⁷⁵ "Demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. (...) Inexistência de vícios processuais na ação popular. Nulidade dos atos, ainda que formais, tendo por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras situadas na área indígena Raposa Serra do Sol. Pretensos titulares privados que não são partes na presente ação popular. Ação que se destina à proteção do patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe (inciso LXXIII do art. 5º da CF), e não à defesa de interesses particulares. Ilegitimidade passiva do Estado de Roraima, que não foi acusado de praticar ato lesivo ao tipo de bem jurídico para cuja proteção se preordena a ação popular. *Impossibilidade de ingresso do Estado-membro na condição de autor, tendo em vista que a legitimidade ativa da ação popular é tão somente do cidadão.* Ingresso do Estado de Roraima e de outros interessados, inclusive de representantes das comunidades indígenas, exclusivamente como assistentes simples. Regular atuação do Ministério Público." (Pet 3.388, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 19-3-2009, Plenário, DJE de 1º-7-2010.) – grifo nosso.

⁵⁷⁶ Posição de Hugo Nigro Mazzilli. A defesa dos interesses difusos em juízo. São Paulo: Sariava, 2012. p. 196. E outros doutrinadores: João José Ramos Schaefer. Ada Pellegrini Grinover. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 260.

⁵⁷⁷ RE 74.151 PR e MS 25.743-ED, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 4-10-2011, Primeira Turma, DJE de 20-10-2011.

via reflexiva por ser característico do direito difuso (solidariedade). Outro argumento do autor é que, ao contrário do que ocorre com a substituição processual, não há um vínculo jurídico entre o cidadão autor da ação popular e os demais cidadãos, o que inclusive permite atuarem como litisconsortes.⁵⁷⁸

Neste sentido, alguns autores mencionam que se trata de uma legitimidade ordinária ampliada, tendo em vista que o cidadão pleiteia em nome próprio na defesa de seu próprio direito, isto é, o direito de participação na vida política do Estado e a fiscalização na gerência do patrimônio público, conforme salienta Alexandre de Moraes.⁵⁷⁹

José Afonso da Silva ressalta que a ação popular consiste num instrumento de democracia direta, sendo que o cidadão a propõe em nome próprio defendendo direito próprio. Trata-se do direito de participação na vida política do Estado e fiscalizar a gestão do patrimônio público, de acordo com os princípios da legalidade e moralidade.

Segundo o autor, a ação popular é um “remédio constitucional pelo qual o cidadão fica investido de legitimidade para o exercício de um poder de natureza essencialmente política, e constitui manifestação direta de soberania popular consubstanciada no artigo 1º parágrafo único da Constituição: todo poder emana do povo(...)”.⁵⁸⁰

Verifica-se que o cidadão, na perspectiva de defesa do patrimônio público, atua na proteção da coisa pública, na dimensão de um direito fundamental – como se pretende reconhecer neste trabalho – o que corresponde à defesa de um direito que pertence a todos, mas que também lhe pertence, atuando em nome próprio, como membro participante da vida política do Estado e como agente fiscalizador da gestão deste patrimônio.

A ação popular utilizada na defesa da *res publica* ultrapassa a vertente da legitimação segundo o postulado dual – legitimidade extraordinária ou ordinária – de acordo com a visão tradicional de interesse pessoal e direto correspondente a relação processual prevista nas vertentes clássicas do direito individual. Há que se verificar uma perspectiva diferenciada, na qual o cidadão atua em nome próprio na defesa da *res*

⁵⁷⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação Popular. Proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011. p. 178.

⁵⁷⁹ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 28ª ed. São Paulo: editora Atlas, 2012. p. 196.

⁵⁸⁰ SILVA, José Afonso. Ação Popular constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 195.

publica, ou seja, na tutela de um direito que pertence a todos, mas também pertence a ele, enquanto membro da coletividade.

Neste sentido, Fernandes Perrini dispõe que a nota peculiar da ação popular reside na natureza do bem tutelado que consiste no interesse que impulsiona o autor é o ideal cívico de defender a *res publica* que, em última análise, lhe pertence. Existe, então, uma coligação entre o interesse pessoal e o interesse da coletividade.⁵⁸¹

Há que se destacar, portanto, uma posição de origem germânica na qual defende uma modalidade diferente da legitimação tradicional. De acordo com essa corrente não se trata nem de legitimidade extraordinária, baseada na substituição processual e nem de legitimidade ordinária, mas de uma legitimação autônoma para a condução do processo (selbständige Prozessführungsbefugnis).

No direito brasileiro, os autores Nelson Nery Júnior, Rosa Maria de Andrade Nery e Gregório Assagra da Almeida defendem esse posicionamento e considera que o fenômeno da legitimidade – extraordinária e ordinária – no plano do direito processual clássico corresponde a tutela de direitos individuais e no caso das ações coletivas existe uma legitimação autônoma para condução do processo.⁵⁸²

Portanto, a ação popular representa uma superação da concepção tradicional individualista do processo fundada no interesse direto e pessoal, por estar centrada na institucionalização de novas formas de defesa jurídica de interesses coletivos.

É possível o litisconsórcio ativo facultativo, pois qualquer cidadão poderá habilitar-se como litisconsorte ou assistente do autor na ação popular, segundo o disposto nos artigos 5º e 6º da Lei 4.717/65.

O Ministério Público atuará na função de fiscal da lei, conforme dispõe o artigo 6º, § 4º: “o Ministério Público acompanhará a ação, cabendo-lhe apressar a produção da prova e promover a responsabilidade, civil ou criminal, dos que nela incidirem, sendo-lhe vedado, em qualquer hipótese, assumir a defesa do ato impugnado ou dos seus

⁵⁸¹ PERRINI, Raquel Fernandes. A ação popular como instrumento de defesa ambiental. in: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Abr./Jun./1995 v.11 p.186-187.

⁵⁸² ALMEIDA, Gregório Assagra. Manual das ações constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 369.

autores”. É importante salientar, que é possível a sucessão pelo Ministério Público no prosseguimento da ação no caso de desistência do autor.

Em Portugal, o artigo 52º, n. 3, da Constituição dispõe sobre a legitimidade no sentido amplo permitindo a todos, pessoalmente ou através de associações, o direito de propor ação popular.

Canotilho menciona, no mesmo sentido, que ação popular consiste num alargamento da legitimidade processual ativa a todos os cidadãos, independentemente de seu interesse individual ou da sua relação específica com os bens ou interesses em causa. O autor menciona, que é justamente neste domínio que entra em crise as teorias tradicionais da legitimidade baseada no interesse direto e pessoal. E conclui que os interesses comuns e o patrimônio público podem ser defendidos por toda a gente.⁵⁸³

Segundo Vieira de Andrade, os direitos de exercício coletivo ou de ação coletiva, geralmente, pressupõem uma pluralidade de sujeitos devido ao elemento coletivo por revelar a titularidade coletiva desses direitos fundamentais. No entanto, o titular do direito não deixa de ser cada um dos indivíduos.⁵⁸⁴

O artigo 2º, n. 1 da lei nº83/95 menciona que são “titulares do direito procedimental de participação popular e do direito de acção popular quaisquer cidadãos no gozo dos seus direitos civis e políticos e as associações e fundações defensoras dos interesses previstos no artigo anterior, independentemente de terem ou não interesse directo na demanda.”

O artigo 14 da referida lei dispõe sobre o “regime especial de representação processual”, em que o autor da ação representa, por iniciativa própria, todos os demais titulares dos direitos ou interesses tutelados, no sentido coletivo ou difuso.⁵⁸⁵

O Código de Processo Civil português trouxe a previsão do artigo 26º-A que trata das ações para a tutela de interesses difusos. De acordo com o artigo “têm legitimidade para propor e intervir nas ações e procedimentos cautelares destinados, designadamente,

⁵⁸³ CANOTILHO, J.J. Gomes e Vital Moreira. Constituição da República Portuguesa anotada – arts. 1º ao 107º. Vol I. Coimbra editora, 2007. p. 697.

⁵⁸⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 3ª ed. Coimbra: Almedina. 2004. p. 123.

⁵⁸⁵ CANHEU, Gustavo Casagrande. Ação popular no Direito Português: similaridades e disparidades com o direito brasileiro. In: Ação Popular. Aspectos relevantes e controvertidos. Coord. Luiz Manoel Gomes Junior e outro. São Paulo: RCS Editora, 2006. p. 140.

à defesa da saúde pública, do ambiente, da qualidade de vida, do patrimônio cultural e do domínio público, bem como à proteção do consumo de bens e serviços, qualquer cidadão no gozo de seus direitos civis e políticos, as associações e fundações defensoras dos interesses em causa, as autarquias locais e o Ministério Público, nos termos previstos na lei.”

É importante notar que os dispositivos infraconstitucionais do ordenamento jurídico português consagraram expressamente que o cidadão deve estar no gozo de seus direitos civis e políticos.

Outro dispositivo infraconstitucional português relevante, neste contexto, é o n.º 2 do artigo 9.º do Código do Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), ao prever:

“2 - Independentemente de ter interesse pessoal na demanda, qualquer pessoa, bem como as associações e fundações defensoras dos interesses em causa, as autarquias locais e o Ministério Público têm legitimidade para propor e intervir, nos termos previstos na lei, em processos principais e cautelares destinados à defesa de valores e bens constitucionalmente protegidos, como a saúde pública, o ambiente, o urbanismo, o ordenamento do território, a qualidade de vida, o património cultural e os bens do Estado, das Regiões Autónomas e das autarquias locais”.

Meira Lourenço assevera que “a ação popular pode revestir qualquer das formas previstas no Código de Processo Civil”, conforme as normas de legitimidade processual. Segundo a autora, a parte ativa pode requerer providências cautelares e instaurar ações judiciais, as ações declarativas condenatórias, as ações executivas (realização coativa do direito declarado), sem prejuízo das ações administrativas previstas no CPTA.⁵⁸⁶

É importante observar que nas normas portuguesas também há a previsão da possibilidade de substituição do Ministério Público, no âmbito da fiscalização da legalidade, em que poderá ocorrer nos casos de desistência da lide, de transação ou de

⁵⁸⁶ LOURENÇO, Paula Meira. Experiência em Portugal. *Public hearing on a horizontal instrument for collective redress in europe?* Brussels - 12.07.2011 - 09:30-11:00 - Room JAN - 4Q1. Disponível in: <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201107/20110714ATT24016/20110714ATT24016EN.pdf>

comportamentos lesivos dos interesses em causa, conforme disciplinado no artigo 16º, n.3 da lei 83/95.

Quanto à legitimidade passiva, o artigo 6º da Lei 4.717/65 dispõe que a ação popular será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades previstas no art. 1º da referida lei, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissão, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo.

Gustavo Canheu menciona que no Direito português, os sujeitos passivos podem ser quaisquer pessoas jurídicas públicas, tanto da Administração direta quanto da indireta do próprio Estado, das regiões autônomas e das autarquias locais, em nome das quais foi ou poderá vir a ser praticado o ato a ser impedido, cessado ou perseguido, além das autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado pessoalmente o ato ou firmado o contrato impugnado que tiverem dado oportunidade à lesão. ⁵⁸⁷

2.1.7 Natureza jurídica e efeitos da decisão

A natureza da decisão na ação popular é desconstitutiva-condenatória por visar a anulação do ato impugnado e a condenação dos responsáveis por perdas e danos.

O artigo 18 da Lei 4.717/65 menciona que a sentença terá “eficácia de coisa julgada oponível *erga omnes*, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”.

A previsão da eficácia *erga omnes* da decisão em sede de ação popular advém da concepção de que se trata de um interesse difuso pertencente a toda coletividade. Tal eficácia permite que outras pessoas que não tenham figurado como parte na ação possam dela se utilizar ou se beneficiar.

⁵⁸⁷ CANHEU, Gustavo Casagrande. Ação popular no Direito Português: similaridades e disparidades com o direito brasileiro. In: Ação Popular. Aspectos relevantes e controvertidos. Coord. Luiz Manoel Gomes Junior e outro. São Paulo: RCS Editora, 2006. p. 141.

Em Portugal, a regra geral também é a eficácia *erga omnes* ou denominada eficácia geral para as sentenças transitadas em julgado, proferidas em ações ou recursos administrativos ou em ações cíveis, com ressalvas (salvo quando julgadas improcedentes por insuficiência de provas, ou quando o julgador deva decidir por forma diversa fundado em motivações próprias do caso concreto, têm eficácia geral, não abrangendo, contudo, os titulares dos direitos ou interesses que tiverem exercido o direito de se excluïrem da representação, o chamado direito de auto exclusão), conforme o artigo 19 da lei 83/95.

O prazo prescricional da ação popular é de cinco anos se o objetivo for a anulação do ato administrativo, caso seja a obtenção do ressarcimento de danos sofridos pelo erário nos termos do art. 37, §5º da CF não há prazo prescricional, ou seja, ela é imprescritível, podendo ser proposta a qualquer tempo.⁵⁸⁸

2.2 Ação Civil Pública

A ação civil pública está disposta no artigo 129, III da Constituição Federal como uma atribuição do Ministério Público nos seguintes termos: “promover o inquérito civil e ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

A ação civil pública foi regulamentada pela Lei nº 7.347/85. A ação visa à responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio-ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, por infração da ordem econômica ou à ordem urbanística, conforme dispõe o artigo 1º da referida lei.

⁵⁸⁸ FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. p.992.

O objeto da ação civil pública está previsto no artigo 3º que consiste na condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. O objetivo principal da ação civil pública é promover a defesa dos interesses difusos e coletivos.

A legitimidade para propositura da ação cabe aos designados expressos no artigo 5º, compreendendo: I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação que, concomitantemente esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil ou inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Embora a legitimidade ativa pertença ao rol do artigo 5º, é importante mencionar a previsão dos artigos 6º e 7º que dispõem sobre a possibilidade de qualquer pessoa e do servidor público (dever) ao ter ciência de fatos que constituam objetos da ação, provocar a iniciativa do Ministério Público, bem como no exercício de suas funções, os juízes e tribunais tiverem conhecimento de tais fatos remeterão peças ao Ministério Público para as providências cabíveis.

Os efeitos da sentença estão dispostos no artigo 16 da mencionada lei. Segundo consta no artigo, a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

2.3 Ação de Improbidade Administrativa

A ação de improbidade administrativa está consagrada no artigo 37, §4º da CF. Este artigo dispõe que os atos de improbidade administrativa importarão à suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o

ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

A ação foi disciplinada em sede infraconstitucional pela Lei nº 8.429/92. Dentre as principais características da ação de improbidade, podem ser destacadas: a) ação de natureza coletiva, b) a legitimidade ativa pertence ao Ministério Público ou a pessoa jurídica interessada nos termos do artigo 17 da referida lei; c) a legitimidade passiva cabe aos agentes públicos, conforme dispõe os artigos 2º e 3º da lei; d) o objetivo da ação de improbidade é reparar o dano e aplicar as sanções correspondentes.

A ação de improbidade administrativa tem por objeto atacar três tipos de condutas ou atos: a) atos que geram o enriquecimento ilícito, conforme o artigo 9º; b) atos que causem prejuízo ao erário, de acordo com o artigo 10; c) atos que violem princípios da Administração Pública previstos no artigo 11. Neste sentido, tal ação visa atacar atos que gerem enriquecimento ilícito, atos que causem prejuízo ao erário e atos que violem princípios da Administração Pública, a moralidade administrativa e a defesa dos interesses difusos.

Para fins da tutela ao patrimônio público econômico é importante destacar o artigo 10 ao prever que o ato de improbidade administrativa lesa o erário por meio de qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, capaz de ensejar perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades mencionadas no artigo 1º da lei.

As sanções aplicadas estão descritas no artigo 12 e disciplinadas de acordo com a infração e a gravidade da conduta. O inciso I dispõe que na hipótese do artigo 9º (perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio) haverá ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos.

Já o inciso II do artigo 12 menciona que na hipótese do artigo 10 haverá o ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, bem como perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco

a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos.

No inciso III do mesmo dispositivo diz que na hipótese do artigo 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Portanto, verifica-se que cada conduta infratora possui, respectivamente, uma sanção de acordo com a gravidade da conduta. A sanção mais grave está consagrada no inciso I é aplicável ao art. 9º, sendo que nos outros incisos estão dispostas as sanções mais brandas, respectivamente.

É importante ressaltar que o artigo 20 prevê que a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória, por se tratar de sanção mais gravosa. No entanto, há uma exceção no parágrafo único do artigo 20 prevista para o caso em que a autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual.

A prescrição pode ser verificada no artigo 23 ao dispor que as ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas na lei podem ser propostas: a) até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; b) dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.

3. O controle social no âmbito da gestão pública participativa

Entre as variadas espécies de controle destaca-se o controle social como forma de atuação e fiscalização da sociedade em relação aos atos e atividades realizadas pelo Estado na gestão da coisa pública. Trata-se de um controle importante. Jacoby menciona que ele é “o primeiro e talvez o mais valioso sistema de controle”.⁵⁸⁹

O controle social tem se revelado um importante instrumento utilizado para desestimular, coibir a desídia e a corrupção no tratamento da coisa pública. Ele é um elemento de fundamental relevância para inibir os desvios e abusos cometidos pelos agentes públicos.⁵⁹⁰

A ministra Carmén Lúcia salienta que não há solução definitiva para a corrupção, mas existem várias soluções utilizadas para dificultar a sua ocorrência, prevenindo-a e, em especial, há muitas formas de se punir a sua prática. Segundo a ministra o sistema jurídico está vinculado à atuação de o cidadão exigir o seu cumprimento e impedir o seu descrédito e desaplicação.⁵⁹¹

No entanto, na esfera pragmática este controle não é tão fácil de ser sistematizado. A relação entre Estado e sociedade, sobretudo, a questão da abertura do poder público para conceder instrumentos eficazes de participação social e inserção do cidadão nos processos decisórios tem sido objeto de várias indagações.

O controle social exige uma abertura à manifestação e intervenção da sociedade, impondo a criação de espaços democráticos para que o público possa agir e controlar de forma mais incisiva conforme os paradigmas da cidadania ativa e os parâmetros do Estado Democrático de Direito.

⁵⁸⁹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. tribunais de Contas do Brasil. Jurisdição e Competência. Vol. 3. 2ª Ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008. p. 50.

⁵⁹⁰ SECCHIN, Lenise Barcellos de Mello. Controle social: transparência das políticas públicas e fomento ao exercício de cidadania. In: Revista da Controladoria-Geral da União. Ano III, Nº 5, Dezembro de 2008. p. 13 ss.

⁵⁹¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais da administração pública. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 225-226.

Neste sentido, Popper menciona que, de fato, a democracia não pode, ela mesma, fazer nada e que só os cidadãos de um Estado Democrático podem agir (incluindo evidentemente o governo). Segundo o autor, a democracia não é nada senão uma moldura dentro da qual os cidadãos podem agir.⁵⁹²

Müller menciona que nenhuma democracia funciona sem “*State of Law*” e sem garantias de liberdade eficazes. Para ele, esta premissa é válida para democracia baseada na participação da sociedade civil.⁵⁹³

Deste modo, pode-se verificar que um regime dotado de efetivos mecanismos de controle da sociedade civil não se estabelece apenas segundo a forma democrática representativa. É necessária a ampliação da base democrática, com vistas à implementação de espaços integrativos e inclusivos sob os moldes da democracia participativa.

Bresser Pereira assevera que a governabilidade diz respeito à existência de instituições políticas aptas a garantir melhor intermediação de interesses e tornar maus legítimos e democráticos os governos, aperfeiçoando a democracia representativa e abrindo espaço para o controle social ou democracia direta.⁵⁹⁴

A democracia, na forma representativa, foi reduzida a mera escolha de dirigentes, sendo que neste âmbito não há participação efetiva da sociedade civil, pois os espaços de participação ficam atrofiados. Assim, os sistemas formais de representação democrática são incapazes de dar voz às necessidades e anseios da sociedade contemporânea.

Dada a insuficiência da democracia representativa para atender, de forma satisfatória, às complexidades da era pós-moderna e por não traduzir mais uma autêntica participação do indivíduo presente no meio político-social, impõe-se a necessidade de uma nova forma de atuação cidadã mais eficiente nos moldes da chamada democracia participativa.

Neste sentido, Canotilho menciona que o conceito constitucional de democracia é um conceito material alargado quer no sentido de exigir a participação popular no próprio

⁵⁹² POPPER, Karl R. Em busca de um mundo melhor. São Paulo: Martins, 2006. p. 197.

⁵⁹³ MÜLLER, Friedrich. ob cit. p. 46.

⁵⁹⁴ BRESSER PEREIRA, Luis Carlos e Nuria Cunill Grau. *O público não-estatal na reforma do Estado*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

exercício do poder, quer no sentido de não ser alheio ao objeto e fins do exercício do poder.⁵⁹⁵

Este tipo de democracia é revelado por meio da intervenção de cidadãos no processo comunicativo que rodeia a tomada de determinadas decisões políticas. A intervenção dos cidadãos se dará, individualmente ou através de organizações sociais ou profissionais. Neste aspecto, Habermas dispõe sobre uma democracia discursiva que busca uma política humanitária e a reconstrução do direito democrático, através do diálogo. O autor assevera que a intersubjetividade é um diálogo onde as pessoas se colocam pura e abertamente na busca dessa nova racionalidade.⁵⁹⁶

Todavia, o caminho para o desenvolvimento de uma democracia madura e eficiente impõe a implementação de alguns pressupostos, tais como: a transparência, o acesso à informação e à educação. Estes requisitos são imprescindíveis não somente como condições de efetivação do controle social mas, sobretudo, para que o cidadão possa compreender a importância de sua atuação na direção político-social.

A tomada de consciência é fundamental para participação social na Administração Pública tanto na gestão de políticas públicas como também na avaliação da conduta dos agentes públicos. Há que se preocupar com a inclusão e os espaços concedidos aos indivíduos na sociedade pluralista e fundamentalmente diferenciada, uma vez que a atuação nos processos decisórios configura-se, também um meio de estímulo e inserção de indivíduos no âmbito da cooperação.

3.1 Formas de Controle social

Não obstante a importância do controle social, bem como a necessidade de abertura dos espaços de manifestação e participação popular; é importante mencionar que existem, dentro do âmbito do controle social, variadas formas de controle.

⁵⁹⁵ CANOTILHO, J.J.Gomes/Vital Moreira. *Constituição da República Portuguesa anotada...*p. 212.

⁵⁹⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler.* Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 172.

A título de exemplo, podem ser citados os controles exercidos pelos cidadãos, pelas organizações não governamentais, pela mídia, pelas associações civis, pelos usuários do serviço público, entre outros.

Na Constituição Federal podem ser identificadas diversas modalidades de controle e participação social. O artigo 37, § 3º menciona que a lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: a) as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; b) o acesso dos usuários a registros administrativos e as informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; c) a representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.⁵⁹⁷

Nota-se que neste dispositivo o controle social é realizado mediante atuação dos usuários ou destinatários do serviço público como entes fiscalizadores visando a qualidade do serviço público. Em vários dispositivos constitucionais e infraconstitucionais são previstos modos de participação e controle social.

O controle exercido pelos usuários do serviço público tem sido realizado mediante denúncia de irregularidades perante os órgãos de fiscalização (Tribunal de Contas, Ministério Público, Ouvidorias, Comissões de ética, entre outros). O controle exercido pela mídia baseia-se, sobretudo, nas informações ao público, no subsídio às investigações e na exigência da transparência no trato da coisa pública.

O controle exercido pelas organizações não-governamentais (ONGs) é realizado dentro de um âmbito limitado, ou seja, ele atua sobre assuntos determinados de acordo com a finalidade da organização. Existem diversas ONGs com atuações diferentes, por exemplo, na esfera ambiental, na segurança pública ou mesmo em segmentos sociais específicos como a defesa dos direitos de minorias (mulheres, crianças ou idosos), entre outros.

Segundo Maria Di Pietro a relevância do controle social se dá sobretudo quando as entidades privadas ou paraestatais vão administrar o patrimônio público, naqueles

⁵⁹⁷ Outros artigos previstos na Constituição que tratam da participação do cidadão: artigo. 5º XXXIV, “a”, art. 5º LXXI, LXXIII, art. 10, art. 14, caput e incisos I, II, III, art. 29, XII, art. 37, § 3º, art. 74, § 2º, art. 89, VII, art. 103- B, XIII, art. 130-A, VI, art. 144, art. 198, III, art. 204, II, art. 205, art. 206, VI, art. 206 §1º, art. 225, art. 227, art. 230, entre outros.

casos em que a *res publica* é privatizada e colocada nas mãos do particular para ser gerenciada, com regras de direito privado, mas visando o interesse público.

Podem ser considerados em diversas modalidades mediante vínculos associativos que, segundo a autora, surgem como pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, sob a forma de fundação, associação ou cooperativa. Tais entidades prestam, em caráter privado, serviços sociais não exclusivos do Estado, porém mantendo vínculo jurídico com entidades da administração direta ou indireta, em regra por meio de convênio, mas também por meio dos contratos de gestão.⁵⁹⁸ Portanto, pode-se verificar uma diversidade de formas de controle social que advém da intermediação entre os espaços público e privado.

Dentre as variadas formas de controle social é necessário analisar de forma aprofundada o controle social da mídia, por se tratar de um controle essencial no Estado Democrático de Direito e por desempenhar um papel importante quanto à informação e transparência do Poder Público. Em seguida, será analisada a participação do cidadão na perspectiva da *governance* que trata o controle social no âmbito da cidadania ativa.

3.2 Controle social da mídia

De algum modo, mesmo que em diferentes graus, a mídia exerce grande influência nos segmentos sociais, políticos, jurídicos e econômicos. Basta verificar a relevância que ela possui diante das instituições políticas, dos partidos, das organizações, da opinião pública, do cidadão, dos usuários do serviço público, dentre outros.

Neste domínio, a mídia ultrapassa a vertente de mera divulgadora das informações sobre fatos ou meio utilizado para propaganda de bens ou serviços materiais para atingir a esfera dos discursos públicos da realidade social e histórica compartilhada a partir de uma sociedade complexa e plural.⁵⁹⁹

⁵⁹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. A defesa do cidadão e da *res publica*. Revista do Serviço Público, Ano 49, nº 2, Abr-Jun 1998. p. 130 ss.

⁵⁹⁹ LATTMAN-Weltman, Fernando. Cidadania e audiência no telejornalismo comunitário da Rede Globo. In: Direitos e Cidadania. Justiça, Poder e Mídia. Fundação Getúlio Vargas, 2007. p. 194ss.

Habermas afirma que a influência publicitária, apoiada em convicções públicas, pode se transformar em poder político, ou seja, num potencial capaz de levar a decisões impositivas. Se ela for depositada nas convicções de membros autorizados do sistema político, pode determinar o comportamento dos eleitores, parlamentares, funcionários e outros.⁶⁰⁰

Certamente o papel desenvolvido pela comunicação social é importante por constituir parte fundamental do processo de informação. Não obstante a informação, verifica-se também que atuação da mídia é imprescindível ao processo comunicativo democrático, presente na ideia de um jornalismo comunitário ou cívico.

No presente trabalho importa ressaltar o papel que ela tem diante do poder público, ou seja, o controle que exerce mediante a busca de informações, acompanhamento de investigações e dos acontecimentos. A mídia funciona, muitas vezes, como *watchdog* – cão de guarda – dos procedimentos e das atividades estatais.

Neste contexto, a análise da autonomia política e financeira dos veículos de comunicação em relação ao poder público torna-se essencial. A autonomia e a independência são respaldadas pelo ordenamento jurídico com intuito de assegurar ponderar e salvaguardar os direitos de liberdade de imprensa. A título de exemplo, os artigos 38 e 39 da Constituição Portuguesa dispõem de alguns dispositivos sobre a liberdade de imprensa e meios de comunicação social. Ressalta-se o nº 4 o qual assegura a liberdade e a independência dos órgãos de comunicação social perante o poder político e o poder econômico, impondo o princípio da especialidade das empresas titulares de órgãos de informação geral.

Outro dispositivo que merece destaque é o nº 6 do artigo 38 ao dispor que a estrutura e o funcionamento dos meios de comunicação social do setor público devem salvaguardar a sua independência perante o Governo, a Administração e os demais poderes públicos, bem como assegurar a possibilidade de expressão e confronto das diversas correntes de opinião.

A Constituição brasileira também aborda o tema no Título VIII, Capítulo V, a partir do art. 220, no seu § 2º veda toda censura de natureza política, ideológica e artística,

⁶⁰⁰ HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade, vol. II. Trad: Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 95.

resguardando o princípio da autonomia neste domínio. Neste sentido, Rui Barbosa aduz que:

“A imprensa é a vista da Nação. Por ela é que a Nação acompanha o que lhe passa ao perto e ao longe, enxerga o que lhe malfazem, devassa o que lhe ocultam e tramam, colhe o que lhe sonegam, ou roubam, percebe onde lhe alvejam, ou nodoam, mede o que lhe cerceiam, ou destroem, vela pelo que lhe interessa, e se acautela do que a ameaça”.

601

O chamado jornalismo de “utilidade pública” também auxilia no controle democrático ao procurar abrir espaços para reclamações e reivindicações da população quanto aos serviços públicos. O que significa dar voz ao povo ou intermediar as demandas perante o poder público. Neste domínio, a mídia atua como ente fiscalizador. É interessante ressaltar a posição estratégica que a mídia possui ao intermediar relações entre governo e sociedade, atuando como o principal ente pelo qual o cidadão toma conhecimento da experiência política coletiva.

Um estudo realizado no tocante à atuação da imprensa e o Ministério Público do Rio de Janeiro demonstrou que o jornalismo de investigação obteve grande sucesso, sobretudo, nas denúncias de corrupção e contribuiu para um maior controle democrático sobre as instituições políticas.⁶⁰²

O mercado de discursos públicos (MDP), assim denominado por Lattman-Weltman, coordena uma rede complexa de atores, grupos e instituições que possuem a pretensão de exercer alguma influência política ou ideológica sobre a *polis*. Neste mercado a mídia possui um papel estratégico de controle e de acesso ao discurso. Ao partir desta premissa, o autor dispõe sobre a institucionalização política da mídia. É o controle sobre *o que* se torna público e *como* se torna público.

Diante da crise da representação, surge a necessidade de legitimação do chamado “jornalismo cívico” ou “jornalismo comunitário”. A ideia deste jornalismo se originou no final da década de 1980, tendo como um de seus precursores Jay Rosen que atrelou o

⁶⁰¹ Disponível in: www.casaruibarbosa.gov.br

⁶⁰² ABREU, Alzira Alves. O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro: atuação e relação com a imprensa. In: Direitos e Cidadania. Justiça, Poder e Mídia. Fundação Getúlio Vargas, 2007. p. 112ss

papel do jornalismo no aprofundamento cívico, de modo a ter outras fontes que não somente os oficiais para se aproximar do público e envolver os cidadãos na vida pública. Segundo ele, “o jornalismo público tem êxito quando fortalece a capacidade da comunidade política de se compreender a si mesma, de saber dialogar e de fazer escolhas.”⁶⁰³

O jornalismo cívico, portanto, consiste num modelo participativo. Lattman-Weltman destaca alguns objetivos deste novo modelo, a partir das premissas identificadas por Paul Voakes, são eles: a) dar voz ao cidadão (participação mais direta do público); b) articular os interesses do cidadão por meio do acesso à pauta, que não se resume em veiculação de notícias dos seus direitos, mas consiste no fomento dos debates e organização de reuniões públicas, bem como espaços públicos; c) promover a intermediação consistente no equilíbrio de diálogos entre cidadão comum e autoridades ou representantes das instituições; d) atuar como *watchdog* no sentido de um jornalismo voltado para o controle e vigilância, sobretudo, nos desvios de conduta e malversação dos recursos públicos pelos agentes, entre outros. ⁶⁰⁴

Nota-se que este novo paradigma denominado jornalismo “cívico ou comunitário” é condizente com o reconhecimento do direito fundamental à defesa do patrimônio público econômico, por conceder espaço ao cidadão para atuar e controlar a gestão dos recursos públicos através da mídia. O papel da mídia neste domínio é essencial por proporcionar uma arena pública de manifestação, participação e cobrança dos poderes públicos.

Neste sentido, Habermas assevera que hoje em dia, para fazer valer os seus direitos de participação política, a massa da população tem que se integrar num fluxo informal de comunicação pública que brota de uma cultura política libertária e igualitária. O espaço público em grande parte é concebido pela mídia através dos diversos mecanismos de comunicação. Este jogo entre a formação institucionalizada da opinião e da vontade e as

⁶⁰³ Para aprofundar no assunto ver: ROSEN, Jay, *Getting the Connections Right. Public Journalism and the Troubles in the Press*, New York, The Twentieth Century Fund Press, 1996. ROSEN, Jay, *Para Além da Objectividade* in TRAQUINA, Nelson, MESQUITA, Mário (Org.), *Jornalismo Cívico*, Lisboa, Livros Horizonte, 2003, p. 75ss.

⁶⁰⁴ LATTMAN-Weltman, Fernando. *Cidadania e audiência no telejornalismo comunitário da Rede Globo*. In: *Direitos e Cidadania. Justiça, Poder e Mídia*. Fundação Getúlio Vargas, 2007. p. 194 e 200ss.

comunicações públicas informais é estabelecido a partir da cidadania. Portanto, ultrapassa o nível de uma simples agregação de interesses individuais.⁶⁰⁵

Diante desta realidade, salvaguardada as devidas proporções, pode-se mencionar que a mídia sob o viés do jornalismo cívico é a praça pública – espaço cívico da *polis* grega – no Estado contemporâneo. Este espaço é de vital importância para o exercício da cidadania, principalmente, no controle do gasto público, no acompanhamento da prestação de contas das despesas públicas e na fiscalização da utilização dos recursos.

Convém destacar, neste âmbito, que o papel das redes sociais também é relevante. É um espaço onde o cidadão pode se manifestar, interagir, atuar, fiscalizar e controlar a gestão do patrimônio público. Trata-se de um espaço interativo capaz de mobilizar a atuação dos cidadãos quanto aos movimentos, manifestações e organização de protestos para defender causas públicas.

Atualmente a dimensão do espaço vislumbrado pelos meios de comunicação ultrapassa as fronteiras da dimensão interna dos Estados. A comunicação social ao mesmo tempo em que se modernizou também se tornou mais complexa e abrangente. As interações não são transmitidas somente aos âmbitos nacionais, mas as redes são complexas e transnacionais.

A nova estrutura da esfera pública no espaço transnacional, sob os moldes da globalização, exige uma redefinição dos espaços em escala planetária, sendo dominada pela mídia eletrônica mediante diversas realidades virtuais. Canotilho menciona que a constituição de uma sociedade civil mundial (governança global) deve passar pela redefinição da esfera pública, o que ultrapassa os paradigmas clássicos do direito internacional.⁶⁰⁶

Não obstante a abrangência do espaço que a mídia contemporânea atinge, ramifica e se espalha pelas arenas internacionais, nacionais, regionais, comunicais e subculturais; importa, diante desta complexidade organizacional a relevância que ela exerce quando atua no papel de intermediadora, por vezes, confrontando o poder público no *munus* de

⁶⁰⁵ HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade, vol. II. Trad: Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 117ss.

⁶⁰⁶ CANOTILHO, J.J Gomes. Ter cidadão/ser cidadão. Aproximação à historicidade da implantação cidadã. Texto retirado do doutoramento Direito, Justiça e Cidadania no Séc. XXI. Universidade de Coimbra, 2007. p. 59.

controlar e fiscalizar a gestão da *res publica*. Tal relevância é reforçada quando ela se torna palco para atuação do cidadão na defesa do patrimônio público.

3.3 O controle social sob os moldes da *governance*

As formas de controle social do poder público se voltam para novas realidades paradigmáticas que ultrapassam os mecanismos típicos e tradicionais de controles da gestão pública. Os instrumentos do controle social estão vinculados aos modelos atuais destacando-se a «*governance*» neste contexto.

Diante os novos instrumentos de controle destaca-se a “gestão participativa” sob os moldes da *governance*. Trata-se de um paradigma centrado na participação social nas diversas esferas de poder.

Este modelo exige a reestruturação e a reformulação dos órgãos e das entidades públicas no modo de gerir a coisa pública. Embora no espaço pragmático seja um pouco difícil a identificação dos mecanismos e instrumentos efetivos de gestão participativa, o discurso pode ser vislumbrado na esfera jurídico-constitucional por meio dos diversos dispositivos que ensejam este modelo de gestão. Serão citados, a título de exemplo, alguns dispositivos constitucionais.

A Constituição brasileira prevê em seu inciso III do artigo 198 a participação da comunidade como uma das diretrizes das ações e serviços públicos de saúde que integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único. Já o inciso VI do art. 206 da Constituição Federal estabelece que o ensino será ministrado com base nos princípios da gestão democrática do ensino público.

A Constituição portuguesa também consagra expressamente em alguns dispositivos da gestão participativa. Cabe mencionar o artigo 64, nº 4 ao dispor que “o serviço nacional de saúde tem gestão descentralizada e participada”. O artigo 77º consagra a participação democrática no ensino.

O sistema deve ser reformulado de forma a garantir a participação social nos parâmetros da *governance*. É possível verificar que tal modelo se institui no âmbito

interno da Administração Pública baseada na relação entre seus servidores e agentes (nos processos decisórios internos – gerências e direção com os agentes públicos subordinados ou formas de controle exercido pelo próprio poder público) mas, com ênfase na esfera externa centrada na relação da Administração Pública com os cidadãos.

Atualmente, a exigência de *good governance* é incontornável, já que esta pressupõe uma gestão transparente dos dinheiros públicos, não deixando de lado as técnicas de economicidade, eficiência e eficácia. Assim sendo, os momentos estruturantes da nova formatação da estatualidade têm de ser compreendidos por aqueles a quem cabe o controle do sistema fiscal, uma vez que não é possível dissociar os sistemas de gestão dos sistemas de controle.⁶⁰⁷

Canotilho menciona que a dimensão do princípio democrático como princípio de controle tem agitado a capacidade de resposta do sistema político-constitucional à “corrupção política”. Nesta medida, ele assevera que a cooperação política e a direção política através da cooperação abrem caminho a uma nova forma de direção – a *governance* – que se pretende autolegítima como uma mudança paradigmática na processação de tarefas políticas.⁶⁰⁸

Esta forma de direção conjugada aos ditames de cooperação faz com que, direta ou indiretamente, os respectivos titulares dos direitos sociais deixam de ser assistidos e agentes passivos e passam a atuar como cidadãos ativos. Há um comprometimento quanto à participação nas questões jurídico-políticas, sobretudo, no controle da gestão da *res publica*.

Em suma, é necessária uma reflexão da democracia segundo os moldes de uma cidadania plena e participativa no âmbito da *good governance*, colocando o indivíduo na constante axiológica de ator no referencial das ações de controle e prevenção dos males que lesam o patrimônio público econômico.

⁶⁰⁷ SANTOS, Marta Costa. Novos paradigmas no controle do sistema fiscal. In: Sustentabilidade fiscal em tempos de crise / coordenadores: José Casalta Nabais, Suzana Tavares da Silva. Coimbra: Almedina, 2011. p. 205.

⁶⁰⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Ter cidadão/ser cidadão. Aproximação à historicidade da implantação cidadã*. Texto retirado do doutoramento Direito, Justiça e Cidadania no Séc. XXI. Universidade de Coimbra, 2007.p. 15.

3.4 O acesso à informação como condição *sine qua non* para o controle social

O controle social é imprescindível para prevenir e defender o patrimônio público econômico das agressões, violações e ingerências indevidas. No entanto, o controle efetivo pressupõe a existência de alguns instrumentos e condições. Dentre os mecanismos e requisitos destaca-se o acesso à informação como uma condição *sine qua non* no sistema jurídico-constitucional de controle no Estado de Direito.

A Constituição brasileira consagrou o direito à informação como um direito fundamental no rol do artigo 5º que versa sobre os direitos e garantias fundamentais. Deste modo, o inciso XXXIII deste artigo prevê que “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

Na redação do artigo pode ser verificado que não se trata somente de informações de cunho particular, ou seja, baseada no interesse particular, mas abrange também as informações de interesse geral ou coletivo. Neste contexto, podem ser enquadradas às informações relativas à gestão da *res publica* em diversas esferas.

O direito fundamental ao acesso à informação, notadamente, à informação de interesse geral ou coletivo constitui uma condição *sine qua non* ao direito fundamental à proteção do patrimônio público econômico.

Em sede infraconstitucional é relevante destacar a Lei nº 12.527 de novembro de 2011, chamada Lei de Acesso à Informação (LAI) que tem gerado grandes repercussões no âmbito da Administração Pública brasileira. O artigo 3º dispõe que “os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública”.

Os incisos do artigo 3º deste diploma legal contemplam as seguintes diretrizes: I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção; II -

divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações; III - utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação; IV - fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública; V - desenvolvimento do controle social da administração pública.

Outro dispositivo importante é o artigo 5º ao prever que é “dever do Estado garantir o direito de acesso à informação, que será franqueada, mediante procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão.”

Portanto, a LAI menciona que não basta dispor a informação ao cidadão ou ao interessado, a informação tem que ser prestada em tempo certo, mediante procedimentos objetivos e ágeis e de forma transparente, através de uma linguagem acessível e de fácil compreensão. É interessante notar que não se trata apenas de disponibilizar a informação. O direito ao acesso à informação exige que a informação seja transparente, compreensível e fornecida mediante procedimentos ágeis.

Para que o direito fundamental à proteção do patrimônio público possa ser concretizado há que se cumprir o pressuposto quanto à observância do fornecimento da informação sobre a gestão dos bens, dinheiros e valores que compõem a esfera material do patrimônio público. Não se trata de uma informação com dados inteligíveis ou de difícil compreensão do público em geral, faz-se necessário conceder informações que possam ser compreendidas pelo cidadão.

Os economistas George Kopits e Jon Craig dispõem que as informações confiáveis e compreensíveis internacionalmente sobre as atividades governamentais realizadas dentro e fora do setor público concedem aos mercados financeiros e ao cidadão-eleitor o poder de avaliarem exatamente a realidade orçamentária do Estado e os verdadeiros custos e benefícios das atividades públicas.⁶⁰⁹

Neste domínio, outra norma importante em sede de legislação infraconstitucional é a Lei Complementar nº 131/2009, conhecida como Lei da Transparência que trouxe algumas alterações relevantes na ordem fiscal e orçamentária. (artigos 48 – A, 73 – A, 73 – B, E 73 –C).

⁶⁰⁹ KOPITS, George e Jon Craig. Transparency in Government Operations. Occasional Paper nº 158, IMF, 1998. p. 1. Disponível in: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/op/158/op158.pdf> . acesso em 02 de março de 2012.

Entre as alterações, destaca-se o artigo 48, o qual prevê os instrumentos de transparência da gestão fiscal, compreendendo: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos. O parágrafo único deste artigo, dispõe que a transparência será assegurada mediante o incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos.

A Constituição portuguesa consagrou entre os direitos, liberdades e garantias de participação política do Capítulo II, o artigo 48º que trata da participação na vida pública. O item nº 2 prevê que “todos os cidadãos têm o direito de ser esclarecidos objectivamente sobre actos do Estado e demais entidades públicas e de ser informados pelo Governo e outras autoridades acerca da gestão dos assuntos públicos.”

O legislador constituinte português evidenciou neste dispositivo o direito fundamental à informação entre os direitos, liberdades e garantias de participação política. É interessante verificar que o termo utilizado «esclarecidos objetivamente» pode ensejar a conotação de exigência quanto à informação compreensível. Trata-se de conceder informações esclarecedoras de modo objetivo. Este dispositivo também demonstra que o cidadão tem direito de ser informado pelo Poder Público da «gestão dos assuntos públicos» de forma clara e objetiva.

O acesso à informação como direito fundamental também é reconhecido por importantes organismos da comunidade internacional, como a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização dos Estados Americanos (OEA).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos prevê no artigo 19 que “todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”.

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção dispõe nos artigos 10 e 13 que “cada Estado-parte deverá (...) tomar as medidas necessárias para aumentar a transparência em sua administração pública (...) procedimentos ou regulamentos que

permitam aos membros do público em geral obter (...) informações sobre a organização, funcionamento e processos decisórios de sua administração pública (...)."

A Declaração Interamericana de Princípios de Liberdade de Expressão (item 4) consagra que "o acesso à informação mantida pelo Estado constitui um direito fundamental de todo indivíduo. Os Estados têm obrigações de garantir o pleno exercício desse direito".

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (artigo 19) prevê que "toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza (...)".⁶¹⁰

A importância da informação no contexto do reconhecimento do direito fundamental à proteção do patrimônio público é revelada na frase utilizada por Francis Bacon: "conhecimento é poder". Neste domínio, a informação adquire relevância por se tratar de um pressuposto imprescindível para o exercício deste direito fundamental.

Para que o controle social sobre a gestão pública seja realizado de modo efetivo o poder público deve atender os pressupostos da informação conforme o princípio da transparência. Esta perspectiva impõe a veiculação de dados e textos com linguagem compreensível e dotados de credibilidade.

É interessante ressaltar a relação estabelecida entre informação e responsabilidade dos governos no processo de *accountability*. Pavan e Lemme, ao analisarem a comunicação e *accountability* no sistema americano e italiano, dispõem que a informação nos moldes da responsabilização na prestação de contas deveria implicar uma mudança no sistema integrado informativo visando transformar os dados ou resultados econômicos, financeiros e, possivelmente, social e ambiental da ação pública em informações compreensíveis para os cidadãos.

Os autores vislumbram a responsabilidade governamental sob o viés da teoria da comunicação e da metodologia do processo de comunicação da informação, partindo da premissa relacional entre democracia e informação. Segundo eles, o próprio termo

⁶¹⁰ Controladoria-Geral da União. Acesso à Informação Pública. Brasília, 2011. p. 9. Disponível in: <http://www.cgu.gov.br/acessoainformacao/materiais-interesse/cartilhaacessoainformacao.pdf> acesso 02.04.2013.

accountability está vinculado à ideia de ser responsável, mas também está atrelado à noção da capacidade de responder as necessidades de informação dos cidadãos.⁶¹¹

Portanto, a informação é imprescindível ao exercício do direito fundamental à proteção do patrimônio público econômico. Trata-se de um pressuposto essencial ao controle social no tocante à fiscalização da gestão pública.

4. A prevenção como mecanismo indispensável

Os desafios evidenciados como a busca pela credibilidade do poder público, eficiência na gestão, combate à corrupção, transparência dos atos do poder estatal, entre outros, têm ocupado a agenda dos governos contemporâneos.

Diante destes desafios, a efetivação dos instrumentos de tutela do patrimônio público econômico torna-se importante devido às consequências maléficas causadas pelas práticas delituosas que lesam a *res publica*. Neste sentido, a prevenção se configura um mecanismo indispensável de forma a evitar as práticas e as ações ilícitas que causam violações a este direito fundamental.

O combate a estes males deve ser realizado mediante ações preventivas com intuito de inibir e coibir tais práticas. Portanto, a prevenção se torna essencial nesta esfera e uma necessidade proeminente, sobretudo, para combater a corrupção e impedir que ela ocorra.

Deste modo, a importância da prevenção no combate à corrupção foi ressaltada pelos juízes portugueses, inclusive, foi destacado que “a corrupção e outros crimes económico-financeiros devem ser combatidos globalmente, não só pela via da repressão, mas essencialmente através de prevenção”.⁶¹²

⁶¹¹ PAVAN, Aldo e Francesca Lemme. Communication and accountability in the Public Setor: a possible overlap explored in the American and Italian contexts. In: Implementing Reforms in Public Setor Accounting. Universidade de Coimbra, 2008. p. 352 ss.

⁶¹²Jornal de Notícias. Juízes alertam para importância da prevenção no combate à corrupção. 10/10/2011. Disponível in: http://www.jn.pt/PaginaInicial/Nacional/Interior.aspx?content_id=2047030&page=-1 acesso em 05/04/2013.

As principais ações de prevenção podem ser destacadas: a) elaborar normas e identificar os órgãos de fiscalização no ordenamento jurídico interno, uma vez que é preciso verificar a eficácia, clareza e exatidão normativa das regras de tratam dos conflitos de interesses, da corrupção e de outras infrações, b) atuação dos órgãos que são responsáveis pela implementação e aplicação de tais normas; d) conjugar as atividades do Estado e sociedade, tendo em vista a necessidade de se conceder espaços para a atuação e o controle da sociedade nesta matéria.

Para o presente trabalho, torna-se imprescindível tratar dos instrumentos de prevenção à corrupção e da prevenção das situações que podem gerar conflito de interesses.

4.1 Instrumentos de prevenção e combate à corrupção

Diante das graves consequências decorrentes da corrupção, diversos países e organismos internacionais têm elaborado normas, instrumentos e mecanismos de combate a este fenômeno nocivo. O marco legal da prevenção e do combate à corrupção é amplo e passa por diversos domínios.

Dentre os documentos mais importantes no âmbito internacional destaca-se a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção de 29 de setembro de 2003. O Programa Global Anticorrupção também consiste num instrumento de grande relevância neste domínio por atuar no apoio aos projetos que identificam, disseminam e aplicam boas práticas na prevenção e controle da corrupção. Neste domínio houve a elaboração de um kit instrumental anticorrupção que contém guias técnicos e de políticas, além de publicações baseadas em missões e relatos de casos de diversos países.⁶¹³

A Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) também se revela como um importante instrumento de prevenção à corrupção. Firmada em 17 de dezembro de 1997

⁶¹³ Para aprofundar o tema consultar: <http://www.unodc.org/southerncone/pt/corruptcao/index.html>

pelos Estados membros da OCDE, a Convenção entrou em vigor em 1999. O principal objetivo da Convenção é o de prevenir e combater o delito de corrupção de funcionários públicos estrangeiros na esfera de transações comerciais internacionais.

Outro documento importante é a Convenção Interamericana contra a Corrupção, na esfera de atuação dos países membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), firmada em 29 de março de 1996, em Caracas.

No Brasil existe um amplo aparato legal que versa sobre o assunto, tanto na área de auditoria e fiscalização quanto no campo de correição e prevenção à corrupção. O arcabouço é evidenciado pelas leis, decretos, códigos de conduta e resoluções que regulamentam a matéria. Além disso, destaca-se a atuação dos órgãos encarregados de combater a corrupção.

A Controladoria-Geral da União (CGU) atua na fiscalização de fraudes em relação ao uso do dinheiro público federal, sendo também responsável por desenvolver mecanismos de prevenção à corrupção. O objetivo da CGU não é apenas detectar os casos de corrupção, mas também desenvolver meios para prevenir a sua ocorrência. Tal atividade é exercida por meio da Secretaria de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas (SPCI).

Há que se ressaltar a relevância de alguns instrumentos elaborados pela CGU: o Portal da Transparência com o objetivo de conceder publicidade e transparência dos gastos públicos do Governo Federal; e o Programa Olho Vivo no Dinheiro Público voltado para a publicidade e controle social. Além disto, a Controladoria promove a capacitação de agentes públicos e às cooperações institucionais.

Ao lado da Controladoria-Geral da União e as Corregedorias, existem outros órgãos que desempenham um importante papel no tocante à implementação dos mecanismos de controle e combate à corrupção, a saber: o Ministério Público, o Tribunal de Contas da União, a Polícia Federal, Comissões de Ética, entre outros.

Em Portugal também existem diversos órgãos responsáveis pela prevenção e combate à corrupção. O Conselho de Prevenção da Corrupção é uma entidade administrativa independente que funciona junto ao Tribunal de Contas e tem como fim desenvolver, nos termos da lei, uma atividade de âmbito nacional no domínio da prevenção da corrupção e infrações conexas (artigo 1º da Lei nº 54/2008).

Outro órgão que possui uma atuação importante nesta esfera é o Ministério Público encarregado de representar o Estado, exercer a ação penal e defender a legalidade democrática e os interesses que a lei determinar (artigo 1º da Lei Orgânica do Ministério Público). A Polícia Judiciária que tem por missão, nos termos da sua Lei Orgânica e da Lei de Organização da Investigação Criminal (LOIC), coadjuvar as autoridades judiciárias na investigação e desenvolver e promover ações de prevenção, detecção e investigação da sua competência ou que lhe sejam cometidas pelas autoridades judiciárias.⁶¹⁴

Dentro deste contexto, é importante ressaltar as ações inseridas nos programas constitucionais do governo português. No Programa Constitucional XVIII concernente aos anos de 2009-2013 o combate à corrupção consta como um tópico do item VII que trata da Justiça, Segurança e Qualidade da Democracia. Segundo o documento, no tocante ao combate à corrupção, recentemente foram aprovadas novas regras respeitantes a lei de política criminal com objetivo de estabelecer orientações em matéria de prevenção e investigação criminal. Segundo consta no Programa, a prevenção é uma esfera importante no combate à corrupção e deve ser reforçada.⁶¹⁵

O documento ainda menciona que no direito comparado europeu e nos países mais desenvolvidos há uma clara prevalência dos instrumentos de prevenção com o intuito de reforçar a importância e a necessidade da criação dos instrumentos de detecção de riscos e de redução de perigos.

Nesta perspectiva, para além do reforço dos meios utilizados no combate à corrupção, o documento menciona que é preciso criar nos serviços públicos, nos diversos níveis da Administração (central, regional e local) e nas empresas públicas códigos de conduta e medidas de prevenção de riscos de corrupção, de modo a reduzir ocasiões e circunstâncias propiciadoras da corrupção. Estas medidas deverão ser objeto de

⁶¹⁴ As informações foram retiradas do site gestão transparente, para aprofundar o tema ver: http://gestaotransparente.org/?page_id=144

⁶¹⁵ O âmbito das novas perspectivas compreende: a aprovação da responsabilidade penal por corrupção no desporto; consagrou-se no Código Penal a responsabilidade penal das pessoas colectivas; estabeleceram-se novas regras de transparência na lei geral tributária, transpôs-se para ordem interna o novo regime penal da corrupção no comércio internacional público e privado, respeitante ao branqueamento e financiamento do terrorismo; ratificou-se a Convenção Contra a Corrupção da ONU; e criou-se o Conselho de Prevenção da Corrupção.

acompanhamento e controle de modo a garantir a sua efetiva concretização e a existência de consequências na redução efetiva dos perigos de corrupção.⁶¹⁶

Esta premissa também pode ser identificada no Programa Constitucional anterior ao dispor que:

A “revitalização dos valores e princípios do Estado de direito implica, por sua vez, o aprofundamento do regime dos direitos fundamentais, pedra de toque e garante dos valores essenciais da democracia e, ainda, a criação de condições de segurança das pessoas e comunidades, através de um sério esforço de prevenção e combate à acção delituosa, designadamente à criminalidade organizada e económico-financeira, promovendo efectivamente a igualdade perante a lei e o combate à corrupção que mina os próprios fundamentos da democracia e vulnerabiliza a capacidade de atracção de investimento nacional e estrangeiro”.⁶¹⁷

Diversas práticas são citadas no domínio da prevenção e do combate à corrupção. Tais medidas visam reduzir a corrupção e compreendem, principalmente, as seguintes atuações: a) participação dos cidadãos nos instrumentos de controle da Administração Pública; b) recuperação da ética no funcionamento das instituições; c) transparência na gestão pública; d) instituição de mecanismos efetivos de controle do gasto público, seja através de organismos fortes e eficazes, seja pela redução da discricionariedade orçamentária; entre outros.⁶¹⁸

A ética no serviço público é configurada como um paradigma central neste domínio. Ela tem sido evidenciada como um mecanismo de prevenção da corrupção. Leovegildo Morais destaca que a ênfase da ética no contexto atual deve-se à conscientização dos

⁶¹⁶ Programa do XVIII Governo Constitucional, 2009-2013. Disponível in: <http://www.parlamento.pt/Documents/PROGRAMADOXVIII Governo.pdf>

⁶¹⁷ Programa do XVII Governo Constitucional, 2005 – 2009. Disponível in: <http://www.portugal.gov.pt/pt/o-governo/arquivo-historico/governos-constitucionais/cg17/programa-do-governo/programa-do-xvii-governo-constitucional.aspx>

⁶¹⁸ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Curso de Direito Financeiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 289.

cidadãos de que os agentes do Estado têm o dever de pautar suas condutas por padrões éticos diante da exigência de se estabelecer a distinção entre o público e o privado.⁶¹⁹

Em 1998 a OCDE elaborou uma Recomendação para melhorar a conduta ética no serviço público, contendo doze princípios para gestão da ética na Administração Pública. A elaboração deste documento foi desenvolvida em decorrência da análise dos mecanismos de administração da ética adotados pelos países: Reino Unido, Noruega, Holanda, Finlândia, Austrália, Nova Zelândia, Portugal, México e Estados Unidos da América.⁶²⁰

Entre os princípios elaborados, destaca-se o princípio 11º, o qual impõe que os mecanismos adequados de responsabilidade devem ser incluídos no serviço público. A responsabilidade foi citada como um princípio para gestão ética da Administração Pública ao lado de outros princípios como a imparcialidade, a transparência e a eficiência.

Portanto, os governos comprometidos com a promoção da ética devem fazer com que os princípios constitucionais e morais de equidade, responsabilidade, transparência e probidade sejam observados por meio de regras capazes de salvaguardar a *res publica* e fomentar uma cultura de rechaço à corrupção.

Enfim, para tal mister, torna-se imprescindível o fortalecimento das instituições voltadas à implementação da “gestão da ética e da ética na gestão”, cada qual dentro de suas funções e competências, mas com uma missão em comum: prevenir as situações que configuram os conflitos e combater, de modo eficaz, a corrupção.

⁶¹⁹ MORAIS, José Leovegildo Oliveira. Ética e conflito de interesses no serviço público. Brasília: Escola de Administração Fazendária, 2009. p. 13.

⁶²⁰ Dentre os países, destaca-se o Reino Unido que considerou necessária a criação de uma Comissão para investigar procedimentos dos dirigentes políticos quanto às nomeações para cargos públicos, tendo em vista a constatação de que haveria uma “concentração do poder de apadrinhamento” em poucas mãos – as dos Ministros de Estado. Tais autoridades passaram, com o crescimento do número de QUANGOs (Quasi-Autonomous Non Governmental Organisations) naquele país. O Relatório da Comissão sobre Normas de Conduta para a Vida Pública da Câmara dos Comuns do Reino Unido apresentado por Lord Nolan ao Parlamento britânico em maio de 1995 conclui pela necessidade de incluir, entre os Sete Princípios da Vida Pública as recomendações no sentido de que os ocupantes dos cargos públicos deverão tomar decisões baseadas unicamente no interesse público, não devendo decidir com o objetivo de obter benefícios financeiros ou materiais para si, para sua família ou seus amigos (interesse público), e decidir, no desempenho das atividades públicas, inclusive nomeações e recomendações de pessoas para recompensas e benefícios, apenas com base no mérito (objetividade). NOLAN, Lord. Standards in public life. London: HMSO, 1995. Cadernos ENAP- Fundação Escola Nacional de Administração Pública, 1997.

4.2 A prevenção das situações que configuram conflito de interesses

O conflito de interesses, assim como a corrupção, tornou-se um fenômeno global. Para preveni-lo é necessário o desenvolvimento de ações conjuntas na missão de reintroduzir mecanismos de controle e instrumentos eficazes na apuração da responsabilidade dos infratores.

Nota-se que, nas últimas décadas e em todo o mundo, houve um crescimento no arcabouço normativo destinado a regulamentar o comportamento dos agentes públicos. Todavia, para se prevenir a ocorrência do conflito de interesses, torna-se necessário a junção de inúmeras ações, tais como: adoção de vários mecanismos de prevenção; criação de órgãos fiscalizadores; normatização das regras de comportamento; incentivo às práticas de boas condutas; estabelecimento dos instrumentos de transparência dos atos públicos; e, abertura de espaços para atuação e controle da sociedade; entre outros.

4.2.1 Principais mecanismos da OCDE

A Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) auxilia os países no gerenciamento de conflito de interesses por meio do mapeamento "em risco" das áreas e cargos dentro do serviço público. O principal mecanismo desenvolvido consiste na elaboração de um conjunto de princípios orientadores para implementação de políticas de gestão e combate ao conflito de interesses.

Deste modo, torna-se importante citar as principais políticas desenvolvidas pela OCDE: a. Gerenciamento de Conflito de Interesses no Serviço Público: *OECD Guidelines and Country Experiences* (2004) que visa destacar tendências, abordagens e modelos para gerir conflitos de interesses nos países da OCDE, em uma perspectiva comparativa; b. OCDE / SIGMA Conflito de Interesse Políticas e Práticas em nove Estados-Membros: *A Comparative Review* (2005) fornece dados e uma visão analítica dos métodos de gestão de conflitos de interesses no setor público; c. *Diretrizes da OCDE para a Gestão de Conflitos de Interesses no Serviço Público: Relatório sobre a*

Implementação (2007) que destacam os progressos alcançados na gestão de conflitos de interesses no serviço público nos países membros da OCDE. Também descreve as disposições para a prevenção de conflitos de interesse no pós-emprego público e os mecanismos de governação para garantir a transparência; d. Pós-Emprego Público: *Boas Práticas para a Prevenção de Conflitos de Interesse* (2009) que analisa as medidas tomadas nos países da OCDE para evitar conflitos de interesse quando os funcionários deixam cargos públicos.⁶²¹

Nas diretrizes da OCDE foram estabelecidos quatro princípios direcionados aos servidores públicos: servir o interesse público, apoiar a transparência e a promoção responsabilidade individual; e criar uma cultura organizacional de não tolerância aos conflitos de interesse. As Diretrizes fornecem, ainda, recomendações que tratam das seguintes perspectivas: identificar, prevenir, gerenciar e resolver as situações conflituosas.

Um dos principais instrumentos desenvolvidos pela OCDE foi o *toolkit* que consiste num kit de ferramentas que fornecem técnicas aos funcionários. Os kits, projetados em 2005, contemplam os diferentes sistemas jurídicos e administrativos dos países, extraídos membros da OCDE e os países terceiros.⁶²² A OCDE destacou que quanto maior a posição que o agente ocupa maior a responsabilidade, gerando a necessidade de uma política rigorosa e mais transparente. O que vem corroborar e reafirmar a ideia da necessidade de limitação ao poder por meio dos mecanismos de controle e responsabilidade.

4.2.2 Normas e órgãos responsáveis no contexto brasileiro

O comportamento corrupto e demais práticas ilícitas são configuradas nos mais diferentes contextos do poder, não ocorrendo de forma diferente no Brasil. Com as imperfeições e insatisfações no âmbito dos sistemas políticos brasileiros,

⁶²¹ Fonte: “*OECD Guidelines for Managing Conflict of Interest in the Public Service*”. In: Policy Brief, September 2005. www.oecd.org/gov/ethics/conflictinterest

⁶²² Fonte: “*A joint Approach to Dealing with Conflict of Interest*”. In: Strategy Brief: Lessons from the OECD Countries. www.oecd.org/gov

especificamente, no tocante ao comportamento dos agentes públicos, houve a necessidade de implementação dos mecanismos de combate aos fenômenos negativos, principalmente, por meio da identificação de situações que configuram conflitos de interesses.

Antes de tratar das normas, é preciso ressaltar que as mais recentes inovações na gestão do setor público dispõem de instrumentos na área de recursos humanos. A título de exemplo podem ser citadas: as tentativas de reviver os valores de serviços públicos essenciais, construção de culturas colaborativas e desenvolver novas formas de liderança, técnicas de *coaching*, etc. Enfim, há vários mecanismos atuais utilizados para conduzir e balizar a conduta do servidor público.⁶²³

Existem diversas normas que tratam de conflitos e da corrupção. Podem ser citadas: a Constituição Federal (principalmente o art. 37); a Lei de Improbidade Administrativa; o Código Penal na parte dos crimes contra a Administração Pública; a Lei de Licitações que trata da moralidade e igualdade na Administração Pública; a Lei do regime jurídico único, aplicáveis aos servidores públicos; a Lei das Agências Reguladoras; o Código de Conduta da Alta Administração Pública Federal; o Código de Ética da Presidência e Vice-Presidência da República; o Código de Ética dos servidores públicos da Administração Pública Federal, entre outras.

Neste domínio, destacam-se três leis recentes e relevantes para o ordenamento jurídico brasileiro neste domínio: a Lei Complementar nº 135/2010, denominada lei da “ficha-limpa”; a Lei nº 12.846/2013 chamada de “lei anticorrupção” e a Lei nº 12.813/2013 que dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo federal e impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego.

A lei da ficha-limpa estabelece casos de inelegibilidade e visa proteger a probidade administrativa e moralidade para o exercício de um mandato. Trata-se de impedir a candidatura de políticos com “ficha-suja”, ou seja, considera-se a vida pregressa do candidato para fins de inelegibilidade. A lei constitui um marco regulatório no sistema de prevenção à corrupção e ao regime democrático. Ressalta-se que ela é oriunda de um

⁶²³ Department of Economic and Social Affairs. Unlocking the Human Potential for Public Sector Performance. In: World Public Sector Report 2005. United Nations New York, 2005. Disponível in: unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/un/unpan021616.pdf acesso 04/06/2013.

projeto de lei de iniciativa popular (519/09) que reuniu cerca de 1,3 milhões de assinaturas do povo brasileiro.

A lei anticorrupção dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira. É importante observar que o art. 2º prevê que as pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativos e civil, pelos atos lesivos previstos praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não. Trata-se, portanto, de responsabilidade objetiva.

A lei que aborda as situações que configuram conflito de interesses envolvendo ocupantes de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal trata dos requisitos e das restrições aos ocupantes de cargo ou emprego que tenham acesso a informações privilegiadas, bem como os impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego e as competências para fiscalização, avaliação e prevenção de conflitos de interesses.

O artigo 2º da lei menciona o rol dos agentes ocupantes dos seguintes cargos e empregos que estão submetidos à observâncias de tais regras, a saber: I - de ministro de Estado; II - de natureza especial ou equivalentes; III - de presidente, vice-presidente e diretor, ou equivalentes, de autarquias, fundações públicas, empresas públicas ou sociedades de economia mista; e IV - do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS, níveis 6 e 5 ou equivalentes. O parágrafo único dispõe que, além dos agentes públicos mencionados nos incisos I a IV, sujeitam-se ao disposto nesta Lei os ocupantes de cargos ou empregos cujo exercício proporcione acesso à informação privilegiada capaz de trazer vantagem econômica ou financeira para o agente público ou para terceiro, conforme definido em regulamento.

A lei define o conflito de interesses como a situação gerada pelo confronto entre interesses públicos e privados, que possa comprometer o interesse coletivo ou influenciar, de maneira imprópria, o desempenho da função pública. A lei conceitua a informação privilegiada como a que diz respeito a assuntos sigilosos ou aquela relevante ao processo de decisão no âmbito do Poder Executivo federal que tenha repercussão econômica ou financeira e que não seja de amplo conhecimento público.

Segundo a lei, a fiscalização, a avaliação e a apuração serão feitas pela Comissão de Ética Pública e pela Controladoria-Geral da União.

As situações identificadas como conflito de interesses estão dispostas no artigo 5º, compreendendo as seguintes: I - divulgar ou fazer uso de informação privilegiada, em proveito próprio ou de terceiro, obtida em razão das atividades exercidas; II - exercer atividade que implique a prestação de serviços ou a manutenção de relação de negócio com pessoa física ou jurídica que tenha interesse em decisão do agente público ou de colegiado do qual este participe; III - exercer, direta ou indiretamente, atividade que em razão da sua natureza seja incompatível com as atribuições do cargo ou emprego, considerando-se como tal, inclusive, a atividade desenvolvida em áreas ou matérias correlatas; IV - atuar, ainda que informalmente, como procurador, consultor, assessor ou intermediário de interesses privados nos órgãos ou entidades da administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; V - praticar ato em benefício de interesse de pessoa jurídica de que participe o agente público, seu cônjuge, companheiro ou parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, e que possa ser por ele beneficiada ou influir em seus atos de gestão; VI - receber presente de quem tenha interesse em decisão do agente público ou de colegiado do qual este participe fora dos limites e condições estabelecidos em regulamento; e VII - prestar serviços, ainda que eventuais, a empresa cuja atividade seja controlada, fiscalizada ou regulada pelo ente ao qual o agente público está vinculado.

O artigo 12 prevê as sanções ao agente público que praticar os atos descritos como conflito de interesses. O parágrafo único impõe a aplicação da penalidade disciplinar de demissão, prevista no inciso III do art. 127 e no art. 132 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, ou medida equivalente.

Não obstante a existência dos dispositivos da Lei convém mencionar a importância dos Códigos de Ética no âmbito da prevenção. A Comissão de Ética Pública e demais Comissões de Ética Setoriais (dos órgãos ou entidades) que atuam no âmbito do Poder Executivo Federal adotam medidas para prevenir e apurar condutas que possam configurar conflito de interesses.

Deste modo, foram elaborados Códigos de Ética com o objetivo fundamental de fornecer as diretrizes básicas para efetivação e cumprimento do princípio da moralidade pública e demais princípios constitucionais.

A Resolução nº 8 de 25 de setembro de 2003 da Comissão de Ética Pública dispõe um rol de atividades que podem suscitar conflito de interesses, a saber: I. atividades que em razão da sua natureza, seja incompatível com as atribuições do cargo ou função pública da autoridade, como tal considerada, inclusive, a desenvolvida em áreas ou matérias afins à competência funcional; II. atividade que viole o princípio da integral dedicação que exige a precedência das atribuições do cargo público; III. implique a prestação de serviços a pessoa física ou jurídica ou a manutenção de vínculo de negócio com pessoa física ou jurídica que tenha interesse em decisão individual ou coletiva da autoridade; IV. possa, pela natureza, implicar o uso de informação à qual a autoridade tenha acesso em razão do cargo e não seja de conhecimento público; V. possa transmitir à opinião pública dúvidas a respeito da integridade, moralidade, clareza de posições e decoro. É necessário mencionar que, segundo consta na Resolução, a ocorrência de conflito de interesses independe do recebimento de qualquer ganho ou retribuição pela autoridade.⁶²⁴

O Código e as demais normas de conduta ética estabelecem algumas proibições e restrições às autoridades com intuito de prevenir conflitos de interesses. Essas normas podem desempenhar um papel importante para que a Administração Pública esteja em melhores condições para prevenir e combater de forma efetiva a corrupção.

A censura ética é a sanção prevista para a configuração de conflito de interesses e demais desvios éticos cometidos pelas autoridades do Poder Executivo Federal mencionadas no Código de Conduta da Alta Administração Federal. A apuração segue os trâmites do rito processual ético previsto na Resolução nº 10/08 da Comissão de Ética Pública.

4.2.3 Normas e órgãos responsáveis no contexto português

Em Portugal o conflito de interesses é debatido, notadamente, pelo Conselho de Prevenção da Corrupção do Tribunal de Contas. No dia 07 de novembro de 2012, o Conselho aprovou a Recomendação sobre a gestão do conflito de interesses no setor público. O item 1 da Recomendação do Conselho menciona que as entidades de natureza

⁶²⁴ Ver: www.presidenciadarepublica/etica.gov.br

pública, ainda que constituídas ou regidas pelo direito privado, devem dispor de mecanismos de acompanhamento e de gestão de conflito de interesses, devidamente publicitados, que incluam também o período que sucede ao exercício das funções públicas, com indicação das consequências legais.

Na Recomendação consta que a matéria de conflito de interesses é de fundamental importância, sobretudo, nos seguintes sentidos: a) nas relações entre cidadãos e entidades públicas; b) para o estabelecimento da cultura da integridade e transparência na gestão pública; c) no acolhimento das orientações e recomendações de organismos internacionais (ONU, OCDE e GRECO); d) na lembrança e no reforço da Recomendação do Conselho de 1 de julho de 2009 relativa aos planos de prevenção de riscos de corrupção e infrações conexas.

Destes tópicos, ressalta-se que a importância de se evitar e apurar o conflito de interesses. Neste contexto, as questões como a ética no serviço público, a transparência nos procedimentos, o acesso à informação, a eficácia e a eficiência na ação administrativa têm assumido relevo.

Além da Recomendação do Conselho de Prevenção da Corrupção, o ordenamento jurídico português dispõe de outros instrumentos normativos para o controle dos conflitos de interesses, destacando: a Constituição da República Portuguesa relativamente à responsabilidade, estatutos e regime dos funcionários da Administração Pública; o Código de Procedimento Administrativo; o Regime de incompatibilidades do pessoal de livre designação por titulares de cargos políticos (Decreto –Lei nº 11/2012, de 20 de janeiro); o Regime jurídico de incompatibilidades e impedimentos dos titulares de cargos políticos e altos cargos (Lei nº 64/93, de 26 de agosto, com alterações posteriores); o Estatuto do pessoal dirigente dos serviços e organismos da Administração central, regional e local do Estado (Lei n. 2/2004, de 15 de janeiro, com alterações posteriores, Lei 64/2011, de 22 de dezembro); o Estatuto do gestor público (Decreto-lei nº 71/2007 republicado Lei 8/2012); o Regime de vinculação, de carreiras e de remunerações dos trabalhadores que exerçam funções públicas (Lei nº 12-A/2008, com alterações); bem como o Estatuto disciplinar dos trabalhadores que exerçam funções públicas (Lei nº 58/2008).

É importante salientar que, entre 2006 e 2008, segundo informado pelo GRECO (Conselho da Europa) foi detectado que Portugal possui um marco legal adequado, sendo

ressaltado que o país se encontra munido de um conjunto satisfatório de normas e medidas de prevenção sobre os riscos associados a situações de conflitos de interesses.⁶²⁵

4.3 A luta contra a evasão fiscal

A evasão fiscal, conforme mencionado no capítulo anterior, também constitui uma violação ao património público por consistir numa forma de burlar o sistema financeiro e tributário para não pagar os impostos que são devidos aos cofres públicos.

As manobras com intuito de evitar o pagamento se caracterizam de várias formas. As mudanças na administração e gestão dos impostos ocasionaram algumas alterações também nas esferas de prevenção, fiscalização e controle do fisco. Tais alterações podem ser verificadas, segundo Casalta Nabais, na redistribuição dos papéis entre legislador e Administração fiscal, bem como pelas empresas administradoras ou gestoras da generalidade dos impostos.⁶²⁶

Neste domínio, é importante destacar o papel da sociedade civil na conscientização do dever de pagar impostos e no repúdio aos comportamentos de fuga ao pagamento. O reforço do envolvimento cívico conduz à inibição destes comportamentos e atua na prevenção das burlas ao sistema fiscal.

Diante das inúmeras medidas elaboradas para combater a evasão fiscal, Casalta Nabais aponta para a necessidade de simplificação do sistema fiscal, notadamente, no que tange à tributação das empresas. De acordo com o autor, deve-se reduzir

⁶²⁵ Ver: http://www.cpc.tcontas.pt/documentos/recomendacao_conflitos_interesse.pdf

⁶²⁶ NABAIS, José Casalta. Avaliação indirecta e manifestações de fortuna na luta contra a Evasão Fiscal. *Stvdia Ivridica*. 96, Ad Honorem 4, in: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Coimbra editora. 2005. p. 291.

significativamente o número de leis fiscais e simplificar as restantes, tendo em vista a complexidade e ineficiência do sistema de tributação.⁶²⁷

A luta contra a evasão fiscal não se restringe aos limites dos Estados nacionais, mas configura um objeto de preocupação das pautas internacionais. A título de exemplo pode ser citado o Código de Conduta no Domínio da Fiscalidade das Empresas, bem como o Relatório de “Concorrência Fiscal prejudicial: um problema mundial” estabelecido de acordo com o Comitê dos Assuntos Fiscais da OCDE.

No contexto da luta contra a evasão fiscal, Nabais salienta que não basta a atuação dos entes públicos sendo necessária a convocação de toda a sociedade civil, despertando e ativando a cidadania de todos os membros da comunidade na criação e desenvolvimento de um ambiente propício à tal rejeição.⁶²⁸

A mentalidade baseada na sociedade sobre a esperteza do violador, muitas vezes, é a grande vilã que impele à prática da evasão. Por vezes, “é o infrator fiscal, amiúde, desculpabilizado pelos outros cidadãos, como se a sua omissão ou fraude fosse antes uma manifestação de inteligência e um prêmio. Inverter esta perspectiva é tarefa difícil, exigindo mesmo uma alteração de mentalidades.”⁶²⁹ Neste sentido, a luta deve partir da mudança de mentalidade social vislumbrada na perspectiva do rechaço a tais práticas.

5. Controle na perspectiva Comunitária e Internacional

5.1 O controle da União Europeia nos Estados-Membros

É sabido que a União Europeia consiste num modo *sui generis* de organização política de união de Estados-Membros. Philippe Schmitter menciona que se trata de um

⁶²⁷ NABAIS, José Casalta. Avaliação indirecta e manifestações de fortuna na luta contra a Evasão Fiscal. *Studia Iuridica*. 96, Ad Honorem 4, in: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Coimbra editora. 2005. p. 305 e 306.

⁶²⁸ Nabais, José Casalta. *Avaliação Indirecta e Manifestações de Fortuna na Luta Contra Evasão Fiscal*. In: *Direito e Cidadania*, Ano VI, nº 20/21, 2004. p.202

⁶²⁹ *Acórdão do Tribunal de Círculo de Oliveira de Azeméis*, de 24/05/96, publicado em www.cidadevirtual.pt

«*objet politique non-identifié*», ou seja, é configurada como uma experiência sem precedentes na criação pacífica e voluntária de uma organização política de grande escala a partir de organizações políticas previamente independentes.⁶³⁰

A União tem por objetivo “empenhar-se no desenvolvimento sustentável da Europa, assente num crescimento econômico equilibrado e na estabilidade dos preços, numa economia social de mercado altamente competitiva que tenha como meta o pleno emprego e o progresso social, e num elevado nível de proteção e de melhoramento da qualidade do ambiente. A União fomenta o progresso científico e tecnológico”.

David Owen menciona que a União é exigente, em termos políticos e econômicos, para com seus Estados-membros. No tocante aos procedimentos de decisão política, o autor especifica as seguintes esferas: intergovernamental, supranacionais e compartilhados.⁶³¹

Verifica-se que a União Europeia vislumbra a sustentabilidade econômico-financeira de seus Estados-Membros. Neste sentido, passou elaborar um arcabouço jurídico-político de medidas, tratados e proibições destinadas aos Estados-Membros visando àquele fim.

Convém ressaltar a imposição da União quanto à questão dos déficits orçamentários excessivos dos Estados-Membros que não podem ultrapassar os 3% do Produto Interno Bruto (PIB) e a dívida pública que não pode alcançar mais do que 60% do PIB total. Os déficits superiores a estas margens podem levar a imposição de sanções pelo Conselho. Tal medida obriga os Estados a praticar políticas fiscais prudentes e, mais especificamente, manter o orçamento nacional equilibrado. No entanto, mesmo diante dos inúmeros documentos expedidos pela União, alguns Estados passaram e ainda passam por instabilidades econômico-financeiras geradas pelas crises (Grécia, Espanha, Portugal, Itália, entre outros).

Não é possível neste estudo aprofundar tais tópicos, mas convém destacar que o contexto da crise gerou certa instabilidade econômico-financeira dos Estados-Membros afetados impondo a adoção de medidas para conter os gastos, pagar as dívidas e controlar

⁶³⁰ SCHMITTER, Philippe C. O que há para legitimar na União Europeia e como poderá isso ser feito? In: Cidadania e novos poderes numa sociedade global. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian e Publicações Dom Quixote, 2002. p. 62.

⁶³¹ OWEN, David. Organizações regionais/internacionais. In: Cidadania e novos Poderes... p. 94.

a economia. Cabe aos Estados que passam por um desequilíbrio ultrapassando os limites impostos pela União (déficits além de 3% e dívida pública além dos 60% do PIB nacional) elaborar um programa de estabilidade e crescimento visando o reequilíbrio das contas públicas. Tal programa é submetido às autoridades comunitárias.

Nota-se, no entanto, que severas medidas de austeridades são consideradas neste programa de estabilidade e crescimento, podendo ser previsto a venda de patrimônio público, o aumento de impostos, a redução da despesa pública, entre outros. Neste contexto, é identificado um cenário de vulnerabilidade do patrimônio público econômico do Estado-Membro, tendo em vista que algumas medidas podem afetar a *res publica*.

Ademais, é preciso salientar que as consequências da crise são sofridas pelos cidadãos. Por vezes, as decisões recaem, de forma direta ou indireta, sobre eles. Tais perspectivas geram situações complexas que se revelam em diferentes espaços – interno dos Estados-Membros e externo em relação à União Europeia – em variadas dimensões.

A complexidade das relações entre cidadãos, Estados-Membros e União é verificada numa dimensão de soberania. Eduardo Paz analisa o contexto do endividamento e da soberania nacional ao tecer comentários sobre as dívidas públicas, as decisões jurídico-políticas e econômicas no âmbito da Comunidade europeia e a questão da soberania nacional.⁶³²

No liame desta complexidade, vislumbra-se o papel do cidadão em relação a essas perspectivas numa posição perante a União ainda não delineada de forma precisa. Schmitter aduz que os cidadãos/sujeitos/vítimas/beneficiários da União Europeia ainda não sabem quem são – e, não sendo todos membros da União não estão sequer habilitados a participar do seu governo.⁶³³

Neste cenário, torna-se importante reafirmar a concepção de cidadania no domínio da defesa da coisa pública, ou seja, é necessário conceder ao cidadão o efetivo direito de tutelar pelo patrimônio público econômico. Diante das complexidades

⁶³² FERREIRA, Eduardo Paz. Endividamento e Soberania nacional. In: A Crise e o Direito. Coord.: Jorge B. Gouveia e Nuno Piçarra. Almedina: Coimbra, 2013. p. 127ss.

⁶³³ SCHMITTER, Philippe C. O que há para legitimar na União Europeia e como poderá isso ser feito? In: Cidadania e novos poderes numa sociedade global. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian e Publicações Dom Quixote, 2002. p. 65.

existentes, num cenário de vulnerabilidade da *res publica* – crises econômicas, práticas de corrupção e decisões exacerbadas – o cidadão deve atuar no sentido de protegê-la.

Desta forma, a União Europeia deve incentivar os Estados-Membros a conceder espaços cívicos no sentido de abertura ao cidadão para que possa defender o patrimônio público pertencente a todos. A superação da crise passa pela cooperação entre governo e sociedade como forma de criar mecanismos e instrumentos compartilhados e eficazes na busca pela estabilidade financeira.⁶³⁴

O cidadão é parte fundamental no processo de restabelecimento econômico-financeiros dos Estados-Membros, seja na atuação como contribuinte do sistema fiscal, seja como controlador dos gastos públicos, seja como fiscalizador ou beneficiário dos serviços públicos, entre outros papéis relevantes que assume na gestão pública.

Portanto, a União Europeia tem adotado medidas para reestabelecer a economia dos Estados e conter as graves consequências da crise. A governança fiscal, política e orçamentária dos Estados-Membros, exigida pelo Conselho Europeu na reforma do Pacto de Estabilidade e Crescimento em 2005, consiste na adoção de regras, procedimentos e instituições de forma a buscar tal estabilidade financeira.⁶³⁵

É importante mencionar também as medidas adotadas pela União Europeia quanto à elaboração de um conjunto de regras em 2011. Neste contexto, entraram em vigor em 13 de dezembro de 2011 cinco regulamentos e uma directiva – denominado de *six-pack* – que se aplicam aos 27 Estados-Membros com algumas regras específicas para a área dos Estados que adotam o euro como moeda, principalmente, em matéria de sanções financeiras.⁶³⁶

No entanto, embora sejam importantes tais medidas, torna-se relevante salientar que as causas e as consequências da crise não se reduzem aos aspectos econômicos ou financeiros, mas, diante de uma noção holística, devem ser identificadas outras premissas que denotam um abalo mais profundo nos Estados-Membros.

⁶³⁴ DUTRA, Graciele Neto Cardoso Lins. A governança como paradigma do direito fundamental à proteção do patrimônio público no âmbito dos Estados-Membros. In: Debater a Europa. Diálogos Europeus. n. 9, Jul-Dez 2013. p. 230.

⁶³⁵ Disponível in: http://ec.europa.eu/economy_finance/db_indicators/fiscal_governance/

⁶³⁶ Disponível in: http://ec.europa.eu/economy_finance/economic_governance/ e http://ec.europa.eu/economy_finance/articles/governance/2012-03-14_six_pack_en.htm

Neste sentido, Habermas afirma que a redução à perspectiva economicista da crise é incompreensível e que a causa mais profunda da crise está presente na falta de competências da União Europeia para harmonização necessária das economias nacionais. Segundo o autor, o Pacto para a Europa repete o erro antigo evidenciado nos compromissos assumidos pelos chefes de Governo juridicamente não vinculativos que são ineficazes ou não-democráticos, tendo que ser substituídos por uma institucionalização das decisões comuns que seja insuspeita sob o aspecto democrático.

Para Habermas a União Europeia só conseguirá estabilizar-se a longo prazo se os passos necessários para a coordenação das políticas relevantes pressionados por imperativos econômicos não forem dados de acordo com o estilo de governativo-burocrático, mas através de uma juridicização suficientemente democrática.⁶³⁷

Neste domínio, a governança consiste no paradigma essencial mediante a adoção de procedimentos, mecanismos e instrumentos necessários para o restabelecimento dos Estados-Membros. Tal perspectiva já foi evidenciada pela União Europeia no contexto da sustentabilidade econômico-financeira.

No entanto, numa perspectiva de necessidade de juridicização democrática identificada por Habermas, as políticas, os procedimentos e os instrumentos que se inserem na governança fiscal exigida aos Estados-Membros podem ser analisados e implementados através da concepção da gestão pública responsável e participativa nos moldes da *New Public Governance*.

A pretensão da União Europeia quanto à sustentabilidade econômico-financeira dos seus Estados-Membros deve ser inserida no contexto da adoção de medidas capazes de propor aos governos a tutela e a gestão participativa do património público, sobretudo, auxiliá-los quanto à criação de espaços cívicos nas tomadas de decisões e no controle social das finanças públicas. Esta perspectiva está centrada na governança como um paradigma do direito fundamental à proteção do património público no âmbito dos Estados-Membros.

⁶³⁷ HABERMAS, Jürgen. Um ensaio sobre a Constituição da Europa. Lisboa: edições 70, 2012. p. 63 e 82.

5.2 O controle das Organizações Internacionais

A partir do século XIX, ainda que de maneira embrionária, começaram a surgir organizações internacionais, diante de alguns interesses comuns entre os Estados. Num primeiro momento, surgiram acordos de coordenação e cooperação mediante aplicação e compartilhamento de técnicas. Com as intermediações e transações de mercado, as comunicações e as tecnologias houve a necessidade de se formar organismos internacionais universais.

Diante da conjuntura do período pós-guerra mundial foi criada a Organização das Nações Unidas. Desde então, o cenário internacional passou a estar repleto de Organizações. As organizações internacionais são frutos da evolução das relações bilaterais ou multilaterais entre Estados. Elas são configuradas como organizações intergovernamentais segundo a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 e sobre os Direitos dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre organizações Internacionais de 1986.⁶³⁸

Segundo Valério Mazzuoli o conceito consiste numa associação voluntária de sujeitos do Direito Internacional, criada mediante tratado internacional e com finalidades determinadas dotadas de personalidade jurídica, de autonomia e especificidade.

O autor menciona que a atuação positiva das organizações, nos seus diversos campos, é normalmente evidenciada por meio de decisões das suas respectivas Assembleias Gerais. Esta dinâmica é chamada de poder quase legislativo das organizações internacionais, ou seja, o poder de impor obrigações aos seus Estados-partes.⁶³⁹

É importante ressaltar que as organizações internacionais têm personalidade jurídica distinta de seus Estados-membros, o que lhe confere autonomia e independência funcional para gerir seus interesses e alcançar as finalidades para as quais foram criadas.

⁶³⁸Não obstante o termo utilizado no subtítulo “controle das Organizações Internacionais”, ressalta-se que nestes organismos internacionais supracitados ocorre uma supervisão ou mesmo uma fiscalização, em sentido lato, que envolve questões políticas e econômicas dos Estados nacionais.

⁶³⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 599 ss.

O Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento (Bird ou Banco Mundial) e o Fundo Monetário Internacional (FMI) são organismos internacionais de cooperação econômica vinculados à ONU. O FMI foi criado por meio da Conferência Monetária e Financeira das Nações Unidas de 1944 destinada a promover a cooperação internacional nas áreas monetárias e comerciais, de forma a garantir a estabilidade do câmbio e a minimizar o desequilíbrio das balanças internacionais diante da realidade advinda dos anos de 1929 a 1933.

O Banco Mundial também foi criado neste período, por meio do Acordo de Bretton Woods, com intuito de conceder empréstimos de recursos financeiros aos seus Estados-membros, principalmente, no que tange ao financiamento de projetos de infraestrutura de médio e longo prazo nos países periféricos.⁶⁴⁰

É importante salientar que os empréstimos oferecidos pelo FMI aos países com problemas financeiros visam superar o desequilíbrio em suas balanças de pagamento. O empréstimo é realizado mediante metas estipuladas, entre elas destacam-se: o ajuste orçamentário, os cortes nos gastos públicos, o monitoramento da taxa cambial, entre outros.

Para que o empréstimo seja concedido, o governo deve assinar a Carta de Intenções que contém o plano de recuperação econômica, comprometendo-se a cumpri-la. Geralmente, as regras dispõem metas de redução do déficit orçamentário e da inflação. No entanto, algumas metas específicas podem ser exigidas pelo FMI como, por exemplo, a reforma do Sistema Bancário como ocorreu na Tailândia e na Indonésia.⁶⁴¹

Deste modo, as regras são estabelecidas de forma relativamente rígida, denominadas “regras de condicionalidade”. Assim, o FMI vincula o empréstimo por meio de medidas políticas comprováveis. A avaliação a respeito do cumprimento das exigências é feita periodicamente. A análise passa pelos componentes retrospectivos (que

⁶⁴⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 635 ss.

⁶⁴¹ BBC News. IMF and World Bank. Disponível in: http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/country_profiles/3670465.stm BBC Brasil. FMI e o Banco Mundial. Disponível in: http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2001/010000_economia2.shtml

avalia se as condições foram atendidas dentro dos prazos acordados) e pelos componentes prospectivos (análise de alterações diante de novos acontecimentos).⁶⁴²

O Banco Mundial fornece apoio financeiro aos projetos específicos, ou seja, concede financiamentos para os governos aplicarem verbas destinadas especificamente a determinados programas, principalmente, nas esferas de infraestrutura, geração de energia e outras que possam contribuir para o desenvolvimento econômico e social.

O comprometimento econômico-financeiro diante de tais Organizações influencia a gestão do patrimônio público dos países. Nesta medida, há que se vislumbrar um certo controle, em sentido amplo, em relação às imposições das organizações internacionais que interferem no patrimônio público econômico.

⁶⁴² International Monetary Fund. Factsheet. A Condicionalidade do FMI. Disponível in: <http://www.imf.org/external/lang/portuguese/np/exr/facts/conditiop.pdf> Acesso em 15.10.2013.

Capítulo VIII - Os desafios e as tendências para o reconhecimento do direito fundamental à proteção do patrimônio público econômico

“À falta de um ethos democrático, de uma cultura cívica genuína, de uma ideologia de serviço público e de um código respeitado de ética pública, não há fundamento sobre o qual construir uma accountability pública” (CAIDEN, Gerald E.).

No cenário contemporâneo existem inúmeros desafios a serem enfrentados para o devido reconhecimento do direito fundamental à proteção do patrimônio público econômico, a começar pela necessidade de se constituir um regime jurídico que seja capaz de conceder mecanismos de tutela reforçada, conforme visto. Por outro lado, as agressões e as lesões ao bem jurídico – corrupção, evasão fiscal, conflito de interesses, entre outros – evidenciam a urgência no tocante à consagração e efetivação deste direito fundamental.

Em meio às crises sociais, econômicas e financeiras constata-se um cenário de vulnerabilidade da *res publica*. Aliada às crises, a complexidade e a intensidade das relações da Administração Pública – parcerias e privatizações – culminaram na exposição da coisa pública ao âmbito de fragilidade propenso às violações.

Deste modo, a *polis* contemporânea permeada por males – crise de credibilidade, irresponsabilidade e insustentabilidade – deve estar centrada nas respostas a eles – responsabilidade, *accountability*, responsividade e democracia sustentada.

Diante dos desafios e para lidar com este cenário, Estado e sociedade terão que se organizar na medida da gestão pública participativa. Nesta gestão, é imprescindível a adoção de alguns paradigmas norteadores deste aparato político-administrativo com intuito de salvaguardar o patrimônio público: a *governance*, a boa administração, a educação cívica e a preocupação com as gerações futuras.

1. O patrimônio público inserido num ambiente vulnerável

O contexto contemporâneo é marcado por diversas realidades que se vilumbram no cenário estatal, podendo ser identificadas várias situações que denotam um ambiente de fragilidade do patrimônio público.

Conforme exposto, a crise econômica, o crescimento desmedido do Estado, o aumento das demandas sociais, o apoderamento da coisa pública, as privatizações, as parcerias público-privadas, a complexa rede administrativa, o desperdício, a corrupção, entre outros, são situações que envolvem o patrimônio público econômico sob uma perspectiva de vulnerabilidade.

A corrupção e os fenômenos que dilapidam a *res publica*, além das realidades citadas, geram a necessidade de tutela do patrimônio público econômico tornando-se imprescindível um regime reforçado, sobretudo, no campo dos mecanismos de resguardo e de defesa deste bem jurídico.

É diante da fragilidade deste ambiente institucional que se impõe o reconhecimento do direito à proteção do patrimônio que pertence a todos. Cartier-Bresson menciona que “a partir do momento em que a corrupção torna-se um problema sistêmico, uma política sustentável deve levar em conta a fragilidade do ambiente institucional e os fatores históricos, políticos e sociais.”⁶⁴³

Portanto, o patrimônio público econômico está inserido neste ambiente conturbado. Estes cenários aliados às ações de corrupção têm gerado uma situação de insegurança e propensão de violação a *res publica*.

1.1 Trinômio de males: incredibilidade, irresponsabilidade e insustentabilidade

O patrimônio público econômico tem sido objeto de constantes violações. As agressões somadas aos descontentamentos sociais diante das medidas de austeridade, o não atendimento das demandas, entre outros fatores, têm gerado uma crise de credibilidade dos governos.

⁶⁴³ CARTIER-BRESSON, Jean. La Banque Mondiale, la Corruption et la Gouvernance. Revista Tiers Monde, tome 41, n° 160, jan/mar. 2000. p. 178.

A situação gerada pela falta de credibilidade tem abalado às relações entre Estado e cidadão deixando-as instáveis. Não se tem resposta a ser dada à sociedade, apenas a mão visível do Estado está amparando os danos causados pela mão invisível do mercado. Neste domínio, a credibilidade financeira do Estado tornou-se objeto dos debates atuais. Tal situação está, direta ou indiretamente, vinculada à *res publica*, por se tratar do aparato financeiro do Estado.

A irresponsabilidade neste âmbito se faz presente, tanto na esfera da não responsabilidade (impunidade) como no campo da não responsividade. Às vezes, o governo não é capaz de conceder respostas satisfatórias à sociedade, bem como não consegue nominar os responsáveis. Apenas tenta conter as crises por meio das medidas de austeridade que, ao final, recaem sobre os cidadãos, de várias formas. Esta forma “legitimada” de resolver as problemáticas, aliadas às formas ilícitas de gestão da coisa pública (ações corruptas), dentre outros, podem gerar um Estado insustentável.

1.2 O descrédito: desconfiança gera desconfiança

As práticas corruptas e os atos eivados de ilegalidade praticados pelos agentes públicos – no âmbito do Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário – maculam a imagem do Estado e leva à desconfiança social.

A desconfiança da sociedade no Poder Público gera uma insegurança institucional que acaba por abalar a relação entre ambos. O descrédito corrobora para uma imagem corrompida do Estado perante o indivíduo, atacando ainda mais as instituições quando o gestor sai impune de sua prática dolosa.

O Estado democrático está consolidado na confiança da sociedade em relação à ordem estatal. O elo entre Estado e cidadão está amparado na credibilidade dos governos que se configura como um dos paradigmas centrais desta relação.

Neste sentido, o Programa Constitucional XVIII de Portugal concernente aos anos de 2019-2013 destaca que a “democracia exige condições de confiança e segurança das pessoas e das comunidades nos diversos níveis de actuação e responsabilidade do Estado,

através de um sério esforço de prevenção e combate à acção delituosa, designadamente à criminalidade organizada económico-financeira, bem como à corrupção”.⁶⁴⁴

Portanto, os valores democráticos estão pautados pela confiança que a sociedade tem no Estado. A quebra da confiança por meio das ações corruptas gera um descrédito social e uma situação de instabilidade. O descrédito leva a inércia e ao distanciamento do cidadão em relação à vida jurídico-política. A indiferença cívica, muitas vezes, é resultado da quebra de confiança entre sociedade e Estado.

Deste modo, a inércia do cidadão e o seu afastamento são consequências da desconfiança e do descrédito no poder público. Por outro lado, verifica-se uma inércia por comodismo que pode estar vinculada ou não ao descrédito. Von Ihering indaga: como esperar que o indivíduo, acostumado a cuidar apenas de seu interesse material abandonando o bom direito por comodismo ou covardia, tome medidas e pense de outra maneira, quando se trata do direito e da honra da nação?⁶⁴⁵

Neste sentido, Vital Moreira vislumbra alguns problemas não resolvidos do Constitucionalismo democrático, entre eles, a diminuição da participação política e o alheamento do cidadão da coisa pública.⁶⁴⁶

O “descuido do cidadão” – na expressão de Ihering – para com a *res publica* pode ser identificado na pouca utilização da ação popular pelo cidadão. João Aveiro Pereira, juiz conselheiro do Tribunal de Contas de Portugal, ao mencionar sobre a não utilização da ação popular aduz que tanta resignação e indiferença levaram a pensar que a crise e a saturação de casos financeiros mediatizados fazem com que as pessoas tendam a desinteressar-se de mais milhão menos milhão perdido e desistam do exercício do seu direito de participação cívica. O juiz dispõe que a desilusão faz com que elas preferem talvez centrar-se na sua vida interior.⁶⁴⁷

⁶⁴⁴ Tópico do item VII que trata da Justiça, Segurança e Qualidade da Democracia do Programa do XVII Governo Constitucional, 2009-2013. Disponível in: <http://www.parlamento.pt/Documents/PROGRAMADOXVIII Governo.pdf>

⁶⁴⁵ IHERING, Rudolf von. A luta pelo direito. Trad. J. Cretella Jr e Agnes Cretella. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003. p. 79.

⁶⁴⁶ MOREIRA, Vital. O futuro da Constituição. in: Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. Malheiros, 2001. p. 324.

⁶⁴⁷ O juiz do Tribunal ainda comenta que: “(...) o não uso do direito de acção popular, para perseguição judicial de infracções e efectivação de responsabilidades financeiras, quando os lídimos representantes do Estado lesado disso se abstêm, sendo certo até que uma tal acção não tem natureza subsidiária, nem de ultima *ratio* e tão-pouco está sujeita a rígidas formas processuais. Qualquer pessoa singular no gozo dos seus direitos civis e políticos e certas associações podem fazê-lo para assegurar a protecção dos bens do Estado, das regiões autónomas e das autarquias, o mesmo é dizer no interesse comum dos cidadãos ou dos

Dentre os fatores de maior relevância que se destaca como problemática do Estado, Carl Taylor aponta para o alto nível de desconfiança e o ceticismo dos cidadãos em relação ao governo, devido à insatisfação de um sistema elitista.⁶⁴⁸

Portanto, os sistemas de participação cívica ficam atrofiados devido à crise de credibilidade do poder público. A participação cívica está vinculada à boa gestão e aos parâmetros do Estado cooperativo, no qual o agir coletivo proporciona uma gestão mais eficiente e qualificativa, mediante o controle social e a atuação dos cidadãos.

Como já ressaltado, Putnam ao analisar a questão da confiança afirma que nas comunidades com alto grau de civismo e cooperação os cidadãos querem um bom governo e se esforçam para tê-lo, enquanto os cidadãos das regiões menos cívicas, costumam assumir o papel de suplicantes e alienados.⁶⁴⁹

O afastamento do cidadão mediante a desconfiança gera perdas irreparáveis para sociedade. O controle social e a participação cívica são os postulados que devem reger o Estado contemporâneo, tendo em vista que o bom governo está vinculado aos parâmetros de participação dos cidadãos.

Assim, o combate às práticas corruptas e aos demais fenômenos que levam ao ceticismo cívico devem estar na pauta dos governos com intuito de resgatar a confiança da sociedade e a credibilidade do Estado. Segundo António Martins "tudo deve ser feito no sentido da credibilização do Estado e dos poderes soberanos - executivo, legislativo e judicial".⁶⁵⁰ A credibilidade do Estado e a confiança da sociedade no poder público são imprescindíveis para concretização dos paradigmas atuais da governança.

contribuintes - tudo nos termos do art.º 52.º, n.º 3, al. b), da Constituição da República Portuguesa, e da Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto. Numa base holística, esta ideologia preconiza que os problemas graves desta sociedade são globais e o estado-nação, preso nas suas fronteiras, não é capaz de lhes dar solução. Só à escala planetária, a Humanidade consciente de si mesma, com o contributo de forças místicas e religiosas imanentes, os poderá resolver. No entanto, esta postura e esta visão totalizante do mundo negam o princípio democrático e podem dar origem a um totalitarismo mais perigoso do que aqueles que já conhecemos." SILVA, Emanuel. Entrevista do juiz conselheiro da secção regional do Tribunal de Contas, João Aveiro Pereira em 26.05.2012. Diário de Notícias. Disponível in: <http://www.dnoticias.pt/actualidade/madeira/325995-acciao-popular-para-pedir-contas-a-quem-gere-mal-dinheiros-publicos> acesso em 25.04.2012.

⁶⁴⁸ O autor apresenta um quadro de planeamento governamental de políticas e dispõe a participação dos cidadãos como um ponto a ser trabalhado. O Teste ACIDD dispõe das seguintes etapas: análise, escolha, implementação, debate e decisão. Consiste numa estrutura elaborada conceder melhor forma de elaborar o planeamento de políticas. TAYLOR, Carl. "The ACIDD test: a framework for policy planing and decision making". Optimum, The Journal of Public Setor Management, Vol. 27, nº 4.

⁶⁴⁹ PUTNAM, Robert D. Comunidade e Democracia: a experiência da Itália moderna. Rio de Janeiro: Editora de Fundação Getúlio Vargas, 1996.

⁶⁵⁰Jornal de Notícias. Juízes alertam para importância da prevenção no combate à corrupção. 10/10/2011. Disponível in: http://www.jn.pt/PaginaInicial/Nacional/Interior.aspx?content_id=2047030&page=-1 acesso em 05/04/2013.

1.3 O Estado (in)sustentável

O discurso contemporâneo tem evidenciado a problemática da insustentabilidade do Estado diante das crises econômicas, da complexidade envolvida no atendimento das demandas sociais e das inúmeras práticas de corrupção. As crises fiscais e econômico-financeiras têm abalado o desenvolvimento dos países, impondo medidas de austeridade como a redução dos gastos públicos e o aumento de tributos.

A Organização das Nações Unidas faz um alerta no sentido de demonstrar a situação de vulnerabilidade e insustentabilidade causada pelas práticas corruptas. Tal postulado demonstra uma preocupação ao afirmar que a corrupção pode “enfraquecer as instituições e os valores da democracia, da ética e da justiça e ao comprometer o desenvolvimento sustentável e o Estado de Direito”. A corrupção também, segundo consta no preâmbulo, compromete uma proporção importante dos recursos dos Estados e ameaça a estabilidade política e o desenvolvimento sustentável dos mesmos.⁶⁵¹

No entanto, o cenário da insustentabilidade estatal ultrapassa as consequências diretas geradas pelas crises – descontrole nas finanças públicas e instabilidade econômica – e pelas práticas corruptas, porque além de impulsionar e contribuir para tais consequências maléficas aos países também provoca um abalo nas instituições públicas. O abalo chega a causar um impacto nas próprias estruturas do Estado, sobretudo, nos princípios e valores que consagram e constituem o Estado contemporâneo.⁶⁵²

Neste sentido, Canotilho assevera que os estudiosos contemporâneos da República devem vislumbrar os “momentos maquiavélicos” que ela passa. O debate depara-se logo com a tarefa incontornável de dar centralidade a várias dimensões constitutivas que, segundo o autor, compreendem: (i) o princípio da responsabilidade(s) financeira; (ii) o princípio da transparência na utilização e gestão dos valores públicos; (iii) o princípio do controlo da boa administração no âmbito do erário público; (iiii) o

⁶⁵¹ Disponível in: <http://www.unodc.org/southerncone/pt/corruptcao/convencao.html>

⁶⁵² DUTRA, Graciele Neto Cardoso Lins. A governança como paradigma do direito fundamental à proteção do patrimônio público no âmbito dos Estados-Membros. In: Debater a Europa. Diálogos Europeus. n. 9, Jul-Dez 2013. p. 212.

princípio da justiça intergeracional na partilha dos recursos públicos; (iiii) o princípio da unidade da República garantidor de autonomia financeira aos entes territoriais autónomos com respeito da coesão económica e territorial, da solidariedade interterritorial e dos vínculos comunitários europeus.⁶⁵³

A problemática do Estado insustentável desponta várias temáticas a serem enfrentadas no discurso, o que demonstra o carácter preponderante de se (re)definir conceitos jurídico-políticos vinculados à limitação e ao controle do poder, à responsabilidade dos governantes, ao equilíbrio económico-financeiro e à adequação das instituições políticas mediante novos paradigmas que reforçam os valores constitutivos do Estado.

A Convenção das Nações Unidas contra a corrupção trata, ainda, em seu preâmbulo, da necessidade de se dar um enfoque amplo e multidisciplinar para prevenir e combater eficazmente a corrupção. Consta que os Estados devem contar com disponibilidade de assistência técnica para que estejam em melhores condições de poder prevenir e combater eficazmente a corrupção, entre outras coisas, fortalecendo suas capacidades e criando instituições. Menciona, ainda, que prevenção e a erradicação da corrupção são responsabilidades de todos os Estados e que estes devem cooperar entre si, com o apoio e a participação de pessoas e grupos que não pertencem ao setor público, como a sociedade civil, as organizações não-governamentais e as organizações de base comunitárias, para que seus esforços neste âmbito sejam eficazes. Ao final, expõe alguns princípios essenciais neste domínio, a saber: a “devida gestão dos assuntos e dos bens públicos, equidade, responsabilidade e igualdade perante a lei, assim como a necessidade de salvaguardar a integridade e fomento uma cultura de rechaço à corrupção”.⁶⁵⁴

Atualmente, o discurso da sustentabilidade do Estado deve passar pela proteção efetiva da *res publica*. O zelo pela coisa pública consiste num dos pilares centrais da sustentabilidade estatal, tendo em vista que se trata do patrimônio que pertence a todos e está vinculado ao atendimento das demandas sociais, ao desenvolvimento do país e às condições de garantia de vida digna aos cidadãos.

⁶⁵³ CANOTILHO, J.J. Gomes. O Tribunal de Contas como Instância dinamizadora do Princípio Republicano V Assembleia-Geral da organização das ISC da CPLP. Realizado no Porto, 8 e 9 de maio de 2008. Lisboa: Centro de Estudos e Formação, 2008. p. 24-25. Disponível in: http://www.tcontas.pt/pt/publicacoes/outras/ag_cplp/5assembleia_isc_cplp.pdf Acesso em 05.02.2013.

⁶⁵⁴ Disponível in: <http://www.unodc.org/southerncone/pt/corruptcao/convencao.html>

A consciência cívica de que a coisa pública pertence a todos e não aos detentores do poder é imprescindível para esta proteção. Desta forma, Bresser-Pereira afirma que recentemente ficou claro que a primeira preocupação do direito administrativo deve ser a defesa da coisa pública, pois ela tornou-se grande, representando entre um terço e a metade de toda a renda das nações. Segundo ele, a cobiça de indivíduos e grupos em relação a ela aumentou muito, sendo necessária e imperativa sua proteção.⁶⁵⁵

O Estado e os cidadãos terão que recuperar a normalidade financeira. Os cidadãos, por sua vez, deverão suportar os ônus e repartir sacrifícios para que o Estado possa recuperar de forma a tornar-se sustentável. Talvez, neste sentido, pode ser agregado o pronunciamento do Tribunal Constitucional alemão numa decisão em que afirmou “como cidadão participante da e vinculado à comunidade, cada um deve tolerar medidas públicas tomadas no interesse superior da coletividade, sob a estrita observância do mandamento da proporcionalidade, e contanto que não prejudiquem o núcleo intangível da conformação da vida privada.”⁶⁵⁶

Portanto, verifica-se que a sustentabilidade do Estado está vinculada aos paradigmas da boa gestão, da democracia, da governança, da transparência no gasto dos recursos públicos e, sobretudo, na defesa da *res publica*.

2. O patrimônio público econômico e a necessidade de um ambiente equilibrado

À efetiva proteção do patrimônio econômico público exige um ambiente propício e equilibrado. Este ambiente pressupõe a efetivação de alguns postulados centrais: responsabilidade, responsividade e *accountability*.

Enquanto nos séculos passados foi vislumbrada a necessidade do reconhecimento dos direitos e garantias fundamentais, no século atual há que se ressaltar a necessidade de se estabelecer diretrizes sobre a responsabilidade e os deveres em relação a estes direitos.

⁶⁵⁵ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Construção do Estado e Administração Pública. Uma abordagem histórica. FGV-EAESP/GV. PESQUISA 2/202. RELATÓRIO DE PESQUISA Nº 27 /2005.p. 108 ss

⁶⁵⁶ Decisão (Urteil) do Segundo Senado de 15 de dezembro de 1970 após audiência de 07 de julho de 1970 – 2 BvF 1/69, 2 BvR 629/68 e 308/69. p. 180 ss. disponível in:

Neste domínio, destacam-se os deveres fundamentais, tendo como base a necessária atividade e as posturas exigidas do homem para a defesa da coisa pública. Os deveres cívicos advêm da necessidade de se proteger a coisa pública das ameaças e degradações. Tais deveres estão centrados no princípio participativo e pressupõem a ideia de responsabilidade e controle do patrimônio público na perspectiva cívica, contribuindo para sustentabilidade financeira do Estado.

2.1 Trinômio em resposta: credibilidade, responsabilidade e sustentabilidade.

Conforme visto, o ambiente que envolve a coisa pública é marcado por grandes males – falta de credibilidade, irresponsabilidade e insustentabilidade – consequentes dos graves problemas contemporâneos. Em resposta a tais males torna-se necessário estabelecer no ambiente público algumas premissas – responsabilidade, credibilidade e sustentabilidade – com intuito de se criar mecanismos e instrumentos capazes de resguardar a coisa pública.

Deste modo, a abordagem da responsabilidade na gestão do patrimônio público econômico para fins de tutela deve estar atrelada aos paradigmas responsabilidade, credibilidade e sustentabilidade.

Antes de tratar destes paradigmas será realizada uma abordagem da responsabilidade sob o viés dos princípios que norteiam a tutela do patrimônio público. Conforme analisado no capítulo anterior existe um sistema de tutela do patrimônio público composto por diversas ações de defesa (ação popular, ação civil pública, ação de improbidade administrativa, entre outras). O sistema também é composto por alguns princípios que formam o arcabouço normativo da tutela, ou seja, são princípios basilares do sistema de proteção.

Neste âmbito, o artigo 5º da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção dispõe que “cada Estado Parte, de conformidade com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, formulará e aplicará ou manterá em vigor políticas coordenadas e eficazes contra a corrupção que promovam a participação da sociedade e reflitam os

princípios do Estado de Direito, a devida gestão dos assuntos e bens públicos, a integridade, a transparência e a obrigação de render contas.”⁶⁵⁷

A palavra “responsabilidade” deriva do latim *respondere* com significado de comprometer-se perante alguém (*spondere*) em retorno (*re*). Portanto, no sentido etimológico corresponde a capacidade de prestar contas, de se comprometer ou de responder perante alguém.

A gestão pública é permeada por um sistema de normas e diretrizes que direcionam os atos e atividades administrativas. José Tavares menciona que qualquer sistema de gestão tem que estar pautado em princípios, sobretudo, no princípio da responsabilidade que representa uma trave-mestra do sistema da gestão pública.

O autor ressalta a existência de vários tipos de responsabilidade: a) política, quando apreciada por órgãos políticos, por exemplo, o Parlamento; b) criminal, quando apreciada pelos tribunais competentes; c) civil, evidenciada na obrigação de indenização por danos provocados; d) disciplinar, verificada pelos órgãos da Administração competentes quando o ato constituir uma infração disciplinar; e, e) financeira, *latu sensu*, cuja apreciação compete aos Tribunais de Contas.⁶⁵⁸

Segundo o presidente do Conselho de Prevenção da Corrupção do Tribunal de Contas português o tema da responsabilidade é fundamental para a afirmação e consolidação da democracia. Ele ressalta que o tema da responsabilidade cívica, política e jurídica tenha de estar no centro da exigência de aperfeiçoamento permanente da democracia. Tais planos não são estatísticos, mas dinâmicos, constituindo instrumentos ativos de auxílio à gestão e à boa administração.⁶⁵⁹

O discurso contemporâneo coloca em voga o tema da responsabilidade em vários domínios e esferas. Basta analisar a incidência de normas reguladoras e sancionatórias no âmbito do direito penal, civil e administrativo.

Ao gerir a *res publica* o agente deve se pautar pelos parâmetros que visam uma gestão responsável. Trata-se de um dever do Estado a gestão responsável do patrimônio

⁶⁵⁷ Disponível in: <http://www.unodc.org/southerncone/pt/corruptcao/convencao.html>

⁶⁵⁸ TAVARES, José F. F. Estudos de Administração e Finanças Públicas. Coimbra: Almedina, 2004. p. 196.

⁶⁵⁹ MARTINS, Guilherme D'Oliveira. Discurso na Conferência “Estado, Administração e prevenção da Corrupção”. Lisboa: Universidade de Lisboa em 18 de Outubro de 2011. Disponível in: http://www.cpc.tcontas.pt/documentos/discurso_presidente_cpc_2011-10-18.pdf

público, sendo um direito dos cidadãos de que a coisa que pertence a todos seja gerida e conduzida de forma responsável. Canotilho denomina tal premissa como o princípio da condução responsável dos assuntos do Estado.

Neste contexto, o princípio da condução responsável da *res publica* deve partir dos postulados da democracia e da governança. Segundo o autor, este princípio compreende os seguintes avanços: a) aprofundar o contexto político, institucional e constitucional, por meio da avaliação permanente do respeito pelos direitos humanos, dos princípios democráticos e do Estado de Direito; b) centrar no princípio de desenvolvimento sustentável e equitativo que impõe uma gestão transparente e responsável dos recursos humanos, naturais, econômicos e financeiros (boa governação); c) conceber um recorte rigoroso de esquemas procedimentais e organizativos da boa governação.⁶⁶⁰

É importante ressaltar que a condução responsável da coisa pública ou dos assuntos do Estado está centrada também, além dos princípios democráticos e do Estado de Direito, no princípio do desenvolvimento sustentável e equitativo.

Portanto, a *res publica* deve ser administrada, gerida e conduzida de forma responsável e sustentável. Tal premissa impõe a observância de alguns princípios fundamentais no exercício da atividade estatal. Deste modo, o agente público tem que observar alguns postulados com vistas à proteger e zelar o patrimônio público.

O sistema de tutela é composto por regras e princípios que versam sobre a otimização da gestão pública, sobretudo, visam impedir ou reparar os danos causados pelos atos de malversação e dilapidação do patrimônio do Estado. Neste sentido, a gestão pública é concebida com intuito de otimizar a gestão e responsabilizar os infratores.

É importante mencionar que a responsabilidade traduz a ideia da forma negativa da democracia vislumbrada por Popper. Esta fórmula, conforme ressaltado anteriormente, consiste na maneira de selecionar governantes e na adoção dos mecanismos de limitação do poder com o objetivo de criar, desenvolver e proteger as instituições políticas, evitando a tirania.⁶⁶¹ Os mecanismos de controle e o regime de destituição dos dirigentes assumem um papel constitutivo e organizador da ordem constitucional republicana democrática.

⁶⁶⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. Brancos e interconstitucionalidade. Coimbra: Almedina editora, 2008. p. 328ss.

⁶⁶¹ Aristóteles assevera que a democracia aparece sobretudo em casa onde não há senhores (pois nelas todos estão em pé de igualdade). No entanto, Popper assevera que no sistema democrático há senhores instituídos

Estes mecanismos de controle impõem a existência de um espaço público “desconfiado, móvel, vigilante e bem informado” (J. Habermas) de modo a conceder maior participação aos cidadãos nos procedimentos legitimadores mas, sobretudo, nos deslegitimadores (*impeachment, recall*, moção de censura, destituição, entre outros).⁶⁶²

O poder de fiscalizar a atuação dos governantes e de responsabilizá-los pelo cometimento de infrações à ordem constitucional constitui parâmetro fundamental da democracia, sobretudo, quando se trata de restabelecer e reforçar os mecanismos judiciais de ação direta dos cidadãos em defesa da coisa pública.

A credibilidade deve ser tratada como um postulado a ser buscado na relação entre Estado e cidadão, tendo em vista que não basta existir um sistema de tutela disponível à sociedade, se o cidadão não faz uso dele, continuando inerte perante os assuntos públicos. Deste modo, a participação cívica pressupõe a credibilidade e a confiabilidade como condições para assegurar os direitos. A adoção de uma postura mais ativa do cidadão é capaz de gerar resultados positivos no âmbito jurídico-político.

Nesta dimensão, um requisito imprescindível para credibilidade do cidadão é a transparência dos atos da Administração Pública. A transparência leva a credibilidade.

O termo “transparência” serve para designar o objeto como translúcido, isto é, que se deixa atravessar pela luz permitindo enxergar através dele. Tal designação pode ser empregada na esfera pública ao conceber a ideia de um sistema jurídico-político claro, objetivo e de fácil compreensão.

Neste domínio, a transparência vinculada à proteção do patrimônio público econômico pode ser qualificada como “transparência fiscal”. Esta expressão deve designar que o sistema fiscal tem início nas atribuições e responsabilidades do próprio Estado, exigindo que todas as despesas públicas estejam previstas no ordenamento jurídico-democrático de forma clara e fundamentada, passível de controle do cidadão.⁶⁶³

de poderes. in: “*Popper on Democracy*”. The open society and its enemies revisited. In: The economist. April 23, 1988. P. 25 e ss. ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. Quetzal. 2009. p. 215.

⁶⁶² HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da Esfera Pública*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. p. 32 ss. Importante mencionar que este espaço pressupõe um juízo informado dos cidadãos, o que se torna difícil, muitas vezes a dificuldade no acesso à informação e a não publicidade de certas decisões. Neste sentido, ver: THOMPSON, Dennis F. *La ética política y el ejercicio de cargos públicos. Série Cla.de.ma política*. Barcelona. 1999.p. 39 ss.

⁶⁶³ SIRQUEIRA, Marcelo Rodrigues. Os desafios do estado fiscal contemporâneo e a transparência fiscal. In: Sustentabilidade fiscal em tempos de crise / coordenadores: José Casalta Nabais, Suzana Tavares da Silva. Coimbra: Almedina, 2011. p. 150 ss.

A transparência fiscal é um instrumento que assegura o acompanhamento e controle do cidadão na gestão fiscal. Murray Petrie destaca que a transparência fiscal permite que os governos avaliem e desenvolvam sua capacidade de gestão fiscal.⁶⁶⁴

O autor propõe a elaboração de um guia sobre orçamento para o cidadão, devendo ser anual, disponibilizado com intuito de relatar ou explicar as decisões orçamentárias numa linguagem simples na visão das finanças públicas.⁶⁶⁵

É importante mencionar que, no âmbito da informação e da transparência, o FMI editou dois documentos relevantes, a saber: o Código de Boas Práticas para a Transparência Fiscal (Código do FMI) e o Manual de Transparência Fiscal (Manual do FMI) em 1998. A versão 2007 o Código do FMI dispõe algumas revisões na área da transparência do orçamento e das consultas públicas.

Os governos devem conceder informações de forma clara e compreensível para que os cidadãos possam exercer o controle no tocante à elaboração e à execução das leis orçamentárias. É o que prevê o Manual do FMI no item 3.2: “a finalidade é assegurar à sociedade que as principais propostas e os antecedentes econômicos do orçamento sejam explicados de forma clara para o público em geral; que as receitas, despesas e financiamentos sejam divulgados em termos brutos e as despesas sejam classificadas por categoria econômica, funcional e administrativas, bem como os resultados dos programas dos governos sejam apresentados ao legislativo.”⁶⁶⁶

Do mesmo modo o item 2.2 do Código do FMI estabelece que a “elaboração do orçamento deve seguir um cronograma pré-estabelecido e orientar-se por objetivos de política fiscal e macroeconômica bem definidos”.

A responsabilidade também é um tema importante no processo de verificação das contas do governo. Deste modo, Augusto Sherman Cavalcanti aduz que o processo de contas contempla três dimensões relevantes ao cumprimento integral de seus fins. Segundo ele, a primeira diz respeito ao julgamento da gestão do administrador responsável; a segunda, à punibilidade do gestor faltoso; e a terceira, à reparação do dano eventualmente causado ao erário.

O autor identifica a primeira como a mais importante, ela tem natureza política, “tendo em vista que realiza o princípio republicano de informar o povo de como estão

⁶⁶⁴ PETRIE, Murray. Promoting Fiscal Transparency. The complementary roles of the IMF. Disponível in: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2003/wp03199.pdf>

⁶⁶⁵ PETRIE, Murray and Jon Shields. Producing a Citizens' Guide to the Budget: Why, What and How? OECD Journal on Budgeting Volume 2010/2. OECD 2010.

⁶⁶⁶ Ver: <http://www.imf.org/external/np/fad/trans/por/manualp.pdf> acesso em: 02.06.2013.

sendo utilizados os recursos financeiros que, em sua maioria, foram-lhe subtraídos compulsoriamente mediante tributação”.⁶⁶⁷

Portanto, verifica-se que a responsabilidade gera a credibilidade, ambas estão vinculadas ao conceito de sustentabilidade. No âmbito da tutela ao patrimônio público econômico este trinômio é imprescindível.

2.2 Accountability e Responsividade

No âmbito da gestão pública responsável emana a necessidade da prestação de contas sob os moldes da administração transparente dos recursos públicos. Diante dessa realidade surge a ideia de *accountability*.

A *accountability* pode ser diferenciada dependendo do contexto identificado. O Government Accountability Office (GAO) dispõe que *accountability* é um conceito importante, porém dotado de características que se diferem conforme o contexto. Mainwaring afirma que a *accountability* no contexto do poder público, está vinculada à responsabilidade pública dos governantes (autoridades públicas) para com seus governados. Neste domínio, ela concebe o sentido de responsividade dos agentes públicos.⁶⁶⁸

No âmbito jurídico-político, o conceito vincula-se à ideia de imposição dos gestores públicos e responsáveis políticos de cumprir obrigações formais de execução e controle financeiro e de responder pelas ações e pelos resultados obtidos por meio dessas ações.⁶⁶⁹

A doutrina tem vislumbrado algumas espécies de *accountability*. O'Donnell identificou duas espécies ou níveis, compreendendo: *accountability* horizontal e *accountability* vertical. A primeira se refere a responsabilização ou controle realizado no contexto institucional sendo efetuada por órgãos institucionais estatais. A vertical é realizada pelo cidadão nas diversas formas democráticas: voto, ação popular, entre outros.

⁶⁶⁷ O autor menciona que a segunda “decorre do reconhecimento, no julgamento das contas, da ocorrência de irregularidade na gestão”; e a terceira advém do “reconhecimento, no julgamento das contas, da ocorrência de dano ao erário e do nexo de causalidade entre o dano e os atos praticados pelo gestor”.CAVALCANTI, Augusto Sherman. O processo de contas no TCU: o caso de gestor falecido. Revista do Tribunal de Contas da União, Brasília, v. 30, n. 81, p. 17-27, jul./set. 1999.

⁶⁶⁸ MAINWARING, Scott e Welna, Christopher. Democratic Accountability in Latin America. Oxford, Oxford: University Press, 2003. p. 06 ss.

⁶⁶⁹ CATARINO, João Ricardo. Princípios de Finanças Públicas. Coimbra: Almedina, 2011. p. 191.

Dentro deste contexto, pode-se mencionar a *accountability* social ou societal que consiste na atuação de grupos ou organizações sociais.⁶⁷⁰

David M. Walker assevera que a boa governação, a transparência e a prestação de contas são fundamentais para os seguintes ramos: a) no setor privado, para promover a eficiência e a eficácia dos mercados de capitais e de crédito, bem como o crescimento econômico global, nacional e internacional; b) no setor público, para o efetivo funcionamento da democracia no sentido de ser credível e no cumprimento de responsabilidade do governo aos cidadãos; c) nas empresas sem fins lucrativos para promover o uso adequado dos recursos consistentes com a missão de organização das leis aplicáveis e de manter a confiança dos contribuintes; d) nos setores em geral para apoiar uma economia saudável capaz de fornecer benefícios aos cidadãos.

Diante das necessidades, a governação eficaz e a adoção dos mecanismos adequados de responsabilização para os diferentes setores e tipos de organizações são essenciais tanto em escala nacional e quanto na internacional. Segundo o autor, nos Estados Unidos da América, a responsabilização dos agentes do governo enfrenta muitos desafios, principalmente, devido às "áreas de alto risco", à complexidade na gestão (impasses da sustentabilidade fiscal), à questão de se vincular recursos aos resultados; e às expectativas crescentes de resultados demonstráveis e melhor capacidade de resposta das autoridades.⁶⁷¹

O dever de prestação de contas é exigido pelas normas constitucionais e infraconstitucionais. A Constituição trata da prestação de contas, a começar do dever do Presidente da República de prestar contas anualmente ao Congresso Nacional (art. 84, inciso XXIV), sendo fixada competência exclusiva (art. 49) de julgar anualmente essas contas (inciso IX) e de fiscalizar e controlar os atos de execução de administração pública (inciso X). A tarefa do Congresso Nacional de fiscalização e controle dos atos executivos da gestão pública será exercida, mediante controle externo (art. 70), com o auxílio do Tribunal de Contas da União, cujas competências foram constitucionalmente estabelecidas (art. 71). Nos planos estadual e municipal, a Constituição Federal assentou que a desobediência ao princípio da prestação de contas sujeitará os correspondentes entes

⁶⁷⁰ O'DONNELL, Guillermo. "The Horizontal Accountability: The Legal Institutionalization of Mistrust". In: Mainwaring, Scott e Welna Christopher. *Democratic Accountability in Latin America*. Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 37ss.

⁶⁷¹ WALKER, David M. *Transforming Government, Management, and Accountability*. 14th Biennial Pacific Emerging. Issues Conference Waikiki, Hawaii. Government Accountability Office (GAO) August 22, 2007. p. 02ss. <http://www.gao.gov/assets/80/77784.pdf>

federativos à intervenção, respectivamente, pela União (artigo 34, inciso VII, “d”) e pelo Estado (artigo 35, inciso II).

De todas as normas, verifica-se uma norma central prevista no artigo 70, parágrafo único da Constituição Federal ao dispor que “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”.

Existem diversos dispositivos neste sentido expressos na Constituição Portuguesa. A título de exemplo pode ser citado o artigo 162.º que trata da competência de fiscalização da Assembleia da República na alínea “d” ao mencionar que cabe à Assembleia tomar as contas do Estado e das demais entidades públicas que a lei determinar, as quais serão apresentadas até 31 de Dezembro do ano subsequente, com o parecer do Tribunal de Contas e os demais elementos necessários à sua apreciação.

O Artigo 197.º, alínea “h”, dispõe sobre a função de o Governo apresentar à Assembleia da República, nos termos da alínea “d” do artigo 162.º, as contas do Estado e das demais entidades públicas que a lei determinar.

A ideia de *accountability* e responsividade é imprescindível à própria condução dos governos, uma vez que estão vinculadas às responsabilidades e ao cumprimento das normas constitucionais e infraconstitucionais a que as autoridades estão submetidas na condução e administração da coisa pública.⁶⁷²

Portanto, todo agente que administra, em sentido lato, a coisa pública deve prestar contas ao órgão competente para a fiscalização e à sociedade dentro dos ditames legais. Tal postulado é inerente ao Estado de Direito, sendo inconcebível neste âmbito a existência de poder sem o respectivo dever de prestação de contas, passível de responsabilização.

A prestação de contas está atrelada à própria concepção jurídico-política da democracia que implica na observância de todos os atos de gestão da coisa pública. Deste modo, Hely Lopes Meirelles aduz que "a prestação de contas não se refere apenas aos dinheiros públicos, à gestão financeira, mas a todos os atos de governo e de administração".⁶⁷³

⁶⁷² O.P. Dwivedi, Ethics and values of public responsibility and accountability, Revista Internacional de Ciências Administrativas, Bruxelas, v. 5, nº1, p. 63, 1985.

⁶⁷³ MEIRELES, Hely Lopes. Curso de Direito Administrativo. 38ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

É necessário combinar e conciliar os diferentes significados de responsabilidade e capacidade dar resposta. Tais premissas evidenciam a necessidade de se instituir uma gestão responsável da *res publica*. Uma gestão que pressupõe uma administração consciente e sustentável do patrimônio público, com capacidade de evitar *deficits*, reduzir dívidas, salvaguardar ativos, responder às demandas, sendo eficaz e efetiva.

O princípio da gestão orçamentária responsável é exposto por Gilmar Mendes, conforme destacado. Ele aborda os principais objetivos desta gestão: a) evitar os déficits; b) reduzir substancialmente a dívida pública; c) adotar uma política tributária racional; d) preservar o patrimônio público; e) promover uma crescente transparência das contas públicas.⁶⁷⁴

Verifica-se que a preservação do patrimônio público está atrelada ao princípio da gestão orçamentária responsável. Esta premissa consiste numa vertente imprescindível para gestão pública, tendo em vista o caráter preponderante que a administração do patrimônio representa neste domínio.

2.3 Democracia sustentada e sustentabilidade democrática

A responsabilidade na perspectiva da *accountability* pressupõe a prestação de contas perante o cidadão. Diante desta análise vislumbra-se o direito que o cidadão tem de obter informações, de acompanhar, fiscalizar e controlar os atos de gestão dos agentes públicos. É interessante verificar a *accountability* pela perspectiva deste direito quanto à prestação das contas e à resposta dos agentes públicos pelos seus atos de gestão.

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 no artigo 15 dispõe que a “sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração”.

Robert Behn parte da análise do cidadão como “*holder of accountability*” dentro da nova gestão pública. O autor analisa a relação entre a eficácia da estratégia de gestão e a necessidade de uma visão democrática na prestação de contas. Segundo ele, a nova

⁶⁷⁴ MENDES, Gilmar. Arts. 48 à 59. Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal. Organizadores Ives Gandra da Silva Martins e Carlos Valder do Nascimento. Editora Saraiva. 6ª ed, 2012. p. 396.

administração deve reconhecer o papel da política diante da implementação dos requisitos para a responsabilização democrática. ⁶⁷⁵

Deste postulado, pode-se identificar a *accountability* numa perspectiva binária ou dualista. De um lado o direito do cidadão e de outro as responsabilidades e obrigações dos agentes públicos. Secchin assevera que o reconhecimento da necessidade de ação conjunta entre Estado e sociedade remete à ideia de *accountability* e consiste na obrigação de prestar contas e assumir responsabilidades perante os cidadãos, imposta aos que detêm o poder de Estado. ⁶⁷⁶

A existência de efetiva democracia, segundo assevera Gilmar Mendes, proporciona o florescimento de uma cidadania participante que não está somente ligada à questão da *accountability* como condiciona sua própria existência. Não resta dúvidas de que “o exercício de *accountability* é determinado pela quantidade das relações entre governo e cidadão, da mesma forma que o princípio da transparência guarda estreita ligação com o fortalecimento democrático. Portanto, o princípio democrático opera em mão dupla.” ⁶⁷⁷

A vinculação da *accountability* à noção de responsabilização perante os cidadãos é tão forte que Robert Behn aduz que “se seu sistema não assegura *accountability* perante os cidadãos, então ele é, por definição, inaceitável”. ⁶⁷⁸

Portanto, aos cidadãos devem ser prestadas as contas, uma vez que a eles pertencem o poder de controlar e fiscalizar os atos de gestão da coisa pública. Müller destaca que os atos de execução para materializar o cuidado sobre a coisa pública foram delegados aos governantes. Não obstante, essa repartição de tarefas, e como é típico das democracias, o titular do poder – o povo – manteve para si a prerrogativa de diretamente também exercer, a qualquer tempo, a fiscalização e o controle sobre os governantes quanto a seus atos de gestão do patrimônio público.

⁶⁷⁵ BEHN, Robert D. *Rethinking Democratic Accountability*. Washington, DC, Brookings Institution Press, 2001. p. 40ss.

⁶⁷⁶ SECCHIN, Lenise Barcellos de Mello. *Controle Social: transparência das políticas públicas e fomento ao exercício da cidadania*. In: Revista da Controladoria-Geral da União. Ano III. Nº 5. Dez/2008. p. 30.

⁶⁷⁷ O auto menciona ainda que o acesso às informações governamentais que proporciona o princípio da transparência fortalece a democracia; do mesmo modo, o fortalecimento desta estimula um maior acesso àquelas informações. MENDES, Gilmar. Arts. 48 à 59. Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal. Organizadores Ives Gandra da Silva Martins e Carlos Valder do Nascimento. Editora Saraiva. 6ª ed, 2012. p. 397.

⁶⁷⁸ Robert D. Behn, O novo paradigma da gestão pública e a busca da *accountability* democrática, Revista do Serviço Público, Brasília, v. 49, nº4, 1998. p. 5.

O autor dispõe que para ser eficaz, a co-atuação do povo deveria ser tornada obrigatória pela Constituição. Algumas matérias que se encaixam nessa concepção, compreendendo: os acordos e convenções coletivas de trabalho, o direito de proteção ambiental, a proteção do consumidor, de forma especial o planejamento (co-) determinado pelos cidadãos, como o orçamento participativo, planejamento urbano e do tráfego e todas as questões de infraestrutura e da gestão pública que são importantes. A gama de configurações de participação formal da população nos assuntos de interesse público, que podem ser instituídas no quadro do Estado de Direito, apoia-se nas garantias informais asseguradas pelos direitos fundamentais e nas garantias materiais e processuais que sob as exigências do Estado constitucional moderno formam a base jurídica de uma sociedade civil política.⁶⁷⁹

A realidade contemporânea exige a adoção de mecanismos capazes de responder, balizar, monitorizar e gerir os conflitos advindos da crise econômico-financeira, mediante o postulado de um desenvolvimento sustentável. Notória é a necessidade de conjugação de ações dos entes responsáveis – Poder Público e sociedade – na prossecução da proteção do patrimônio público. Ambos, empenhados numa perspectiva de cooperação poderão responder às novas e diferenciadas demandas, aos novos questionamentos, bem como aos problemas complexos que surgem neste domínio.

Esta cooperação entre Poder Público e sociedade exige uma dinâmica intermediária que possa conciliar os interesses contrapostos, sendo necessário um Estado aberto e multifacetado, moldado por um caráter eminentemente democrático.

A consagração do direito fundamental à proteção do patrimônio público econômico exige a contemplação e a sedimentação de um regime de responsabilidade que emana da vertente constitucional desta proteção, conforme mencionado. No entanto, tratar dos deveres e desta responsabilidade impõe a adoção de procedimentos no âmbito da sustentabilidade estatal, o que revela a necessidade de enfrentar questões complexas.

Neste sentido é que se vislumbra a democracia sustentada. Canotilho menciona que o conceito constitucional de democracia é um conceito material alargado quer no sentido

⁶⁷⁹ MÜLLER, Friedrich. Quem é o povo? A questão fundamental da democracia. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 129.

de exigir a participação popular no próprio exercício do poder, quer no sentido de não ser alheio ao objeto e fins do exercício do poder. ⁶⁸⁰

Habermas dispõe sobre uma democracia discursiva, buscando-se uma política humanitária e a reconstrução do direito democrático, através do diálogo. O autor assevera que a intersubjetividade é um diálogo onde as pessoas se colocam pura e abertamente na busca dessa nova racionalidade. ⁶⁸¹

Neste aspecto, a democracia sustentada no contexto da gestão da coisa pública possui algumas nuances diferenciadas da democracia tradicional, a saber: i. consiste na participação cidadã dos processos decisórios; ii. que, por sua vez, impõe uma cidadania ativa; iii. vincula o indivíduo aos deveres impostos pela Constituição no que tange à proteção da *res publica*, iv. encontra-se baseada em juízos de prognose, de forma que a sociedade atual se comprometa com as gerações futuras (responsabilidade intergeracional); v. exige uma atuação individual e coletiva vi. no âmbito do Estado sustentável.

Portanto, a realização da democracia sustentada implica num envolvimento das funções estatais com a participação efetiva de setores da sociedade, residindo nesta atuação comutativa a verdadeira força da estratégia de sustentabilidade a ser desenvolvida.

3. A governança do patrimônio público econômico

No Estado democrático contemporâneo torna-se imprescindível uma postura ativa do cidadão no sentido de defender a *res publica*. Neste limiar, surge a necessidade de uma participação mais intensa no processo político, nas decisões do governo, bem como no controle da Administração Pública.

⁶⁸⁰ CANOTILHO, J.J.Gomes/Vital Moreira. *Constituição da República Portuguesa anotada*. Vol. I, 4ª ed. Coimbra editora. 2007.p. 212.

⁶⁸¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 172.

As expressões atuais como controle, participação e *accountability* configuram elementos imprescindíveis para atuação do cidadão. Deste modo, o Estado contemporâneo deve estar aberto e condizente às exigências democráticas e adotar mecanismos de controle e participação social. Para tal mister, a relação entre indivíduo e Estado deve estar centrada na perspectiva da limitação do poder, da soberania popular, do controle social, da democracia participativa e da cidadania ativa.

A atuação do cidadão assume um papel constitutivo e organizador da ordem constitucional democrática. É nesse contexto que o cidadão cívico, preocupado com a *res publica*, assume um papel primordial no contexto atual da história. Este domínio é delineado pela incidência da governança participativa. Neste mister, destaca-se a importância da proteção do patrimônio público econômico.

3.1 Da antiga à nova *polis*

A *polis* grega foi considerada o berço da democracia. Dotada de características cívicas, as cidades-Estado eram geridas pelos próprios cidadãos que se reuniam em praça pública para tratar dos assuntos da política. Tais características foram modificadas diante das realidades das novas *polis* (romana, medieval e moderna). Hans Jonas, ao relatar a premissa do “bom Estado” e do “bom cidadão”, menciona que o celeiro das virtudes cidadãs existente no mundo grego foram, aos poucos, desaparecendo no mundo moderno.

682

A nova *polis*, vislumbrada a partir do Estado contemporâneo, exige um retorno aos antigos paradigmas da *polis* grega. Todavia, estes paradigmas serão remodelados de acordo com os cenários e as perspectivas atuais. A vertente dos paradigmas presentes no discurso da era pós-moderna – gestão participativa e defesa da *res publica* – tem suas raízes na perspectiva da democracia da antiga civilização. Na atual conjuntura, tais paradigmas pressupõem um espaço de cooperação, de intermediação e deliberação cívica.

⁶⁸² HANS, Jonas. O princípio da responsabilidade. Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Contraponto. Editora PUC Rio. 2006. p. 279.

É neste contexto que se vislumbra a necessidade não somente de resgatar o espaço público como instrumento para efetivação destes paradigmas, mas também a necessidade de resgate das virtudes cívicas para concretização dos mesmos. A virtude cívica estava centrada no interesse e zelo pela coisa pública. Neste sentido, o reconhecimento do direito fundamental à proteção do patrimônio público econômico consagra e resgata o postulado das virtudes cívicas.

No Estado de Direito, Hans Jonas aduz que é possível enumerar alguns aspectos que torna o governo mais eficaz. Dentre estes aspectos, ele menciona que o direito a participar dos processos decisórios sobre a coisa pública é melhor que a sua transferência permanente a gestores oficiais.⁶⁸³

Deste modo, a nova *polis* está delineada sob alguns pressupostos que se encontram remodelados a partir da noção basilar das *polis* gregas. Ela está amparada pelos postulados da *governance*, da boa administração, da educação cívica e da equidade intergeracional.

3.1 A governança como paradigma central

Conforme destacado anteriormente, em meio às crises econômicas e sociais constata-se um cenário de vulnerabilidade da *res publica*. Aliada às crises, a complexidade das relações do Estado, mediante as parcerias público-privada e as privatizações, culminou na exposição da coisa pública ao âmbito vulnerável de propensão às violações, principalmente, no tocante às práticas de corrupção.

Para lidar com este cenário de vulnerabilidade, Estado e sociedade terão que se organizar na medida da *new public governance*. Portanto, a governança – no sentido da gestão participativa – atua como um paradigma substancial para o reconhecimento do

⁶⁸³ HANS, Jonas. O princípio da responsabilidade. Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Contraponto. Editora PUC Rio. 2006. p. 279.

direito fundamental à proteção do patrimônio público. A defesa da coisa pública está alicerçada nas medidas e nos arranjos institucionais da boa governação.

Neste sentido, Canotilho assevera a existência de um direito à boa governança que consiste, em sua perspectiva normativa, na condução responsável dos assuntos do Estado. O autor destaca que não se trata apenas de direção dos assuntos do governo e da administração, mas da prática responsável dos atos por parte dos poderes estatais. Segundo o autor, a governança responsável está fundada na essência do Estado e centrada na pessoa humana por envolver elementos essenciais vinculados ao respeito aos direitos humanos e fundamentais, na democracia, no sistema de governo baseado na transparência e na responsabilidade.⁶⁸⁴

Portanto, o direito à boa governança consiste num direito que o cidadão tem de que as coisas que pertencem à todos sejam administradas e geridas com responsabilidade, eficiência e transparência. Tal direito pode ser configurado como um pressuposto essencial à proteção do patrimônio público econômico.

Deste modo, há uma estreita relação entre a governança e a defesa do patrimônio público econômico no âmbito da gestão pública financeira. A sustentabilidade, eficiência e transparência são realidades fundamentais neste limiar, sobretudo, diante do cenário de vulnerabilidade. Tais objetivos somente serão alcançados mediante à conjugação dos arranjos institucionais e estruturais da governança com os instrumentos e mecanismos de proteção ao patrimônio que pertence a todos.

3.1.1 Definições de governança

O discurso contemporâneo destaca a governança como um dos temas centrais da pauta nos âmbitos social, econômico, jurídico e político-administrativo. Neste vasto domínio, inúmeros significados têm sido atribuídos ao termo diante das diferentes perspectivas e implicações. *Prima facie*, da análise etimológica do termo “governança”, verifica-se que a palavra deriva do latim *gubernare* que significa para governar ou dirigir.

⁶⁸⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. Brancosos e interconstitucionalidade. Coimbra: Almedina editora, 2008. p. 328.

Em 1992, o Banco Mundial definiu a governança segundo a maneira pela qual o poder é exercido na gestão de recursos econômicos e sociais do país visando o desenvolvimento. Recentemente, no plano da estratégia de governança vinculada à questão da proposta da anticorrupção, o Banco salientou que a governança pode ser definida como a maneira pela qual as autoridades e instituições públicas exercem sua autoridade com intuito de moldar as políticas públicas e fornecer bens e serviços públicos.

O Banco sintetiza a boa governança como a formulação de políticas previsíveis, de forma aberta e transparente, mediante os instrumentos de planejamento, formulação, previsão e cumprimento de tarefas destinadas às demandas públicas.⁶⁸⁵

A governança foi definida por Kaufmann e Kraay como as formas e instituições pelas quais a autoridade de um país é exercida, incluindo o processo pelo qual os governos são selecionados, monitorados e substituídos, bem como a capacidade do governo de formular e implementar efetivamente políticas sólidas e o respeito dos cidadãos, do Estado e das instituições e as interações entre eles.⁶⁸⁶

No mesmo sentido Denhardt e Denhardt asseveram que a governança consiste no exercício da autoridade pública. Os autores mencionam que ela pode ser definida como as formas, instituições e processos que determinam o exercício do poder na sociedade, inclusive, os mecanismos das tomadas as decisões sobre questões de interesse público e a abertura aos cidadãos de participação nas decisões públicas. Assim, a governança verifica como a sociedade realmente faz escolhas, aloca recursos e cria valores compartilhados nas tomadas de decisão na esfera pública.⁶⁸⁷

Fukuyama define a governança diferenciando-a dos fins que o governo pretende cumprir. Para ele, a governança consiste no desempenho dos agentes ao realizar os projetos dos diretores, e não sobre as metas que os diretores definem. Deste modo, o autor conceitua governança como a capacidade do governo de fazer e fazer cumprir as regras, bem como de prestar serviços públicos.⁶⁸⁸

⁶⁸⁵ A governança possui três aspectos: a) a natureza do regime político; b) o processo de exercício do poder de gestão dos recursos econômicos e sociais do país; c) a capacidade do governo para preparar, formular e aplicar uma política econômica. The World Bank. World Development Report 1997, "The State in a Changing World," Oxford University Press, June 1997.

⁶⁸⁶ KAUFMANN, Daniel and Aart Kraay. Governance Indicators: Where Are We, Where Should We Be Going? World Bank Research Observer. World Bank Group. Vol. 23(1), Jan., 2008. p. 5ss.

⁶⁸⁷ DENHARDT, Robert B. and Janet Vinzant Denhardt. The New Public Service: Serving Rather than Steering. Arizona State University. <http://www.csus.edu/indiv/s/shulockn/executive%20fellows%20pdf%20readings/par-denhardt%20new%20public%20service.pdf>

⁶⁸⁸ FUKUYAMA, Francis. What Is Governance? CGD Working Paper 314. Washington, DC: Center for Global Development. 2013. p. 07. Disponível: <http://www.cgdev.org/content/publications/detail/1426906>

John Dion verifica a governança no aspecto social como o exercício da autoridade política, econômica e administrativa para gerir os assuntos de um regime político mediante o estabelecimento das regras ordenadas e de ações coletivas. Segundo ele, tudo que é de interesse público é uma questão de governança social. Trata-se, sobretudo, da política de equilíbrio entre os interesses do Estado, das comunidades voluntárias de interesse (sociedade civil) e do mercado, estabelecendo-se, assim, o conjunto de atributos de cidadania prioritária.⁶⁸⁹

Para Cheema a governança consiste na "capacidade de governar" e fazer escolhas políticas importantes, projetar e implementar programas e ações para atingir objetivos políticos, bem como antecipar as tendências e os desafios emergentes.⁶⁹⁰

Segundo Rhodes a inspeção mais superficial revela que a "governança" tem vários significados distintos. Ele destaca a governança como uma mudança no sentido do governo, referindo-se a um novo processo de governar, ou uma condição de mudança do governo ou o novo método pelo qual a sociedade é governada.⁶⁹¹

Portanto, é possível verificar a existência de diversas teorias e autores abordam o tema da governança, dentre os quais, ainda podem ser citados: Kooiman (1999); Kickert (1993); Frederickson (1999); Hanf e SCHARPF (1978); Salamon (2002); Lynn et al. (2001) e Milward e Provan (2003); e Kettl (2000); Duffield (2007); Harrison (2004); entre outros.

Vários contributos significativos foram delineados legitimamente a partir deste paradigma emergente, Osborne menciona o trabalho sobre a natureza e governança do processo político (Klijn e Koppenjan 2000, 2004), o desenvolvimento de habilidades de gerenciamento em um contexto inter-organizacional (McLaughlin e Osborne 2006) e a governança das próprias relações inter-organizacionais (Hudson 2004; Huxham e Vangen 2005).⁶⁹²

Não obstante as diferentes definições e teorias existentes, Kaufmann e Kraay ressaltam que não se deve concluir que existe uma total falta de definição de consenso nesta área, sendo que a maioria das definições de governança concorda sobre a

⁶⁸⁹ DIXON, John and Mark Hyde. Global Governance Considerations for World Citizenship. In: Citizenship. A reality far from ideal. Great Britain, 2009. p. 65ss.

⁶⁹⁰ CHEEMA, G. Shabbir. Linking Governments and Citizenship through Democratic Governance. In: Public Administration and Democratic Governance: Governments Serving Citizens. United Nations Publication, 2007. p. 33.

⁶⁹¹ RHODES, R. A. W. Wave of Governance. In: Oxford Handbook of Governance. Edited by: David Levi-Faur. Oxford: University Press, 2012. p. 33 ss.

⁶⁹² OSBORNE, Stephen P. The New Public Governance? In: Public Management Review, Vol.8, nº 3, 2006. p. 377-387.

importância de um Estado capaz de operar sob a observância da lei com ênfase no papel de responsabilização democrática dos governos e dos seus cidadãos. Os autores mencionam que mesmo os conceitos mais estritos permanecem suficientemente amplos com espaço para uma grande diversidade de medidas empíricas nas várias dimensões da boa governação.⁶⁹³

Deste modo, dentre as definições com diferentes perspectivas, verifica-se um núcleo comum presente na perspectiva da governança inserida no contexto de transformação do Estado e na análise da capacidade dos governos de atender os interesses da sociedade complexa.

Neste contexto, torna-se relevante uma abordagem da governança inserida no contexto da defesa do patrimônio público. A governança surge diante da exigência da capacidade dos governos em dar respostas às demandas complexas e da necessidade de se conceder espaços na gestão pública para participação social.

O paradigma da governança vem compor o cenário da Administração Pública na perspectiva de gerir a coisa pública de forma responsável, eficiente e transparente mediante a utilização dos mecanismos de planejamento, formulação, implementação e cumprimento de tarefas visando à otimização dos recursos. Inúmeros autores reconhecem que a boa governança é um requisito indispensável e fundamental para o desenvolvimento econômico sustentável.⁶⁹⁴

Diante das noções atribuídas ao termo “governança” com diferentes significados e definições, pode-se identificar um núcleo comum consistente na vinculação do termo à concepção do Estado capaz e responsável perante os cidadãos segundo as normas jurídico-políticas. Em suma, é a capacidade do governo de realizar e implementar políticas públicas e de conduzir a sociedade.

Portanto, a noção da governança é um pressuposto indispensável na dimensão do desenvolvimento econômico sustentado, por focar na capacidade do governo em responder as demandas por meio dos processos e dos procedimentos adotados no âmbito da gestão a serem efetivados através das práticas participativas nas diferentes instâncias procedimentais.

⁶⁹³ KAUFMANN, Daniel and Aart Kraay. Governance Indicators: Where Are We, Where Should We Be Going? World Bank Research Observer. World Bank Group. Vol. 23(1), Jan., 2008. p. 12ss.

⁶⁹⁴ KAUFMANN, Daniel and Aart Kraay. Governance Indicators: Where Are We, Where Should We Be Going? World Bank Research Observer. World Bank Group. Vol. 23(1), Jan., 2008.

3.1.2 *New Public Governance*

A governança tem sido destacada como um paradigma fundante do novo sistema administrativo. Este sistema concilia alguns parâmetros do modelo da *New Public Management* (NPM) com as noções contemporâneas de governança. Alguns autores vislumbram, neste sentido, o modelo de Administração Pública denominado *New Public Governance* (NPG).

Na evolução histórica da Administração Pública são identificados dois modelos principais: o modelo tradicional-burocrático e o modelo *New Public Management* (NPM). Neste sentido, Stephen P. Osborne aduz que a Administração Pública passou pelo modelo tradicional caracterizado por um sistema burocrático e estático; depois vivenciou um modelo dinâmico chamado *New Public Management* com técnicas gerenciais do setor privado focado na gestão e na liderança das organizações do setor público.⁶⁹⁵

O modelo gerencial visou o controle de resultado e a eficiência, através de indicadores de desempenho voltado para descentralização das decisões ao conceder mais autonomia aos gestores. No entanto, este modelo tornou-se limitado e unidimensional por priorizar resultados, deixando de analisar os procedimentos e direcionamento das decisões e escolhas jurídico-políticas. Diante desta perspectiva, dentre outras, emerge o modelo denominado *New Public Governance* (NPG)

Osborne menciona que o NPG surge com o potencial de fornecer uma estrutura para abastecer a geração de novo sistema da Administração Pública e de gestão, por se trata de um modelo vislumbrado a partir da análise e da avaliação de políticas públicas.⁶⁹⁶

Segundo ele, o paradigma NPG tem vantagens inerentes por combinar os pontos fortes do NPM, reconhecendo a legitimidade e a inter-relação tanto da formulação de políticas e implementação, bem como os processos e procedimentos da governança. O modelo visa identificar e enfrentar os desafios da Administração Pública no mundo

⁶⁹⁵ OSBORNE, Stephen P. The New Public Governance? *In: Public Management Review*, Vol.8, nº 3, 2006. p. 377-387.

⁶⁹⁶ OSBORNE, Stephen P. The New Public Governance? *In: Public Management Review*, Vol.8, nº 3, 2006. p. 377-387.

complexo e plural, ao fornecer uma estrutura conceitual e coerente com as demandas do século XXI.⁶⁹⁷

Cheema também vislumbra a governança como a quarta fase da Administração Pública, definindo-a como um sistema de valores, políticas e instituições pelas quais a sociedade gere os assuntos sociais, políticos e econômicos por meio de interações, a partir dos mecanismos e dos processos, através dos quais os cidadãos e grupos podem articular seus interesses, mediar suas diferenças, e exercer os seus direitos e obrigações.

Deste modo, três atores estão envolvidos na governança: o Estado ao criar um ambiente político e jurídico favorável; o setor privado ao gerar emprego e renda; e a sociedade civil ao facilitar a interação social e política. A missão do governo é promover a interação entre esses três tipos de atores para fomentar o desenvolvimento.⁶⁹⁸

A governança preconiza um governo aberto e receptivo à sociedade civil, tornando o governo mais responsável, sendo regulado e vigiado por “watchdog”. Ademais, um elemento primordial neste domínio é o papel da sociedade mediante o estabelecimento de “parcerias” com o governo, bem como através de organizações não governamentais (ONGs) e outros modelos de participação comunitária.

O *Department of Economic and Social Affairs* (DESA) vislumbra a *governance* inserida num contexto delineado por um conjunto de mecanismos que se implementam e são gerenciados em rede e não tanto por um sistema hierárquico, sob formas diferenciadas como auto-regulação e parcerias com instituições não-governamentais. Assim, consta no Relatório de 2005 que a teoria da governança está focada no gerenciamento baseado nos novos tipos de vínculos entre Estado e sociedade e as novas formas, sendo multifocais e descentralizadas (incluindo instituições supranacionais, como a União Europeia).

Consta também que o envolvimento dos cidadãos consiste numa nova ênfase gerencial marcada por processos de co-produção de serviços com intuito de atender às necessidades e aos problemas individuais de forma holística, envolvendo grupos de cidadãos diretamente no processo de prestação de serviços.⁶⁹⁹

⁶⁹⁷ OSBORNE, Stephen P. The New Public Governance? *In: Public Management Review*, Vol.8, nº 3, 2006. p. 377-387.

⁶⁹⁸ CHEEMA, G. Shabbir. Linking Governments and Citizenship through Democratic Governance. *In: Public Administration and Democratic Governance: Governments Serving Citizens*. United Nations Publication, 2007. p. 33.

⁶⁹⁹ Department of Economic and Social Affairs. Unlocking the Human Potential for Public Sector Performance. *In: World Public Sector Report 2005*. United Nations New York, 2005. Disponível in: unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/un/unpan021616.pdf acesso 04/06/2013.

É importante mencionar que o DESA também ressaltou as diferentes perspectivas da prestação de contas nos modelos de Administração Pública. Segundo o Departamento, o modelo tradicional era focado na perspectiva hierárquica de prestação de contas dentro do serviço público voltada para os líderes políticos. Na gestão pública foi focada a responsabilidade profissional do gestor público, baseada no treinamento e na experiência. Já na MPN o foco é a responsabilidade para a linha de fundo e para o cliente. No entanto, a governança retrata diversas e complexas formas de prestação de contas, num ângulo de 360 graus em que há múltiplos *stakeholders* estando focada tanto no governo quanto na sociedade.

A governança tende focar na incorporação e inclusão dos cidadãos em todos os papéis de participantes, segundo o DESA. O novo modelo prioriza os cidadãos atuantes, em detrimento da ideia de clientes satisfeitos. Neste domínio é que ecoa a noção de "criação de valor público".⁷⁰⁰

A "criação do valor público" está vinculada à denominada *responsive governance*. Dentro deste contexto, o Banco Mundial colocou em pauta os instrumentos a serem utilizados para o avanço de uma nova agenda prevista para auxiliar os governos rumo ao desenvolvimento. Os recursos deverão ser aproveitados mediante conceitos institucionalizados como transparência e prestação de contas, devido processo legal, probidade e eficiência.⁷⁰¹

A noção de criação do "valor público" é apresentada por Mark Moore no âmbito do setor público. As medidas efetivadas para melhorar o desempenho das organizações públicas são tratadas dentro deste âmbito. O autor, centraliza sua abordagem em quatro dimensões fundamentais na esfera Administração Pública: 1) necessidade de se saber o que os cidadãos e os seus representantes esperam e exigem dos agentes públicos. 2) gerar nos gestores a consciência do valor do que eles produzem e ter uma fonte de auferição; 3) a correlação entre os gestores públicos e os líderes políticos no âmbito da política; 4) adoção de mecanismos capazes de conceder espaços para inovações dos gestores públicos.

⁷⁰⁰ Department of Economic and Social Affairs. Unlocking the Human Potential for Public Sector Performance. In: World Public Sector Report 2005. United Nations New York, 2005. Disponível in: unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/un/unpan021616.pdf acesso 04/06/2013.

⁷⁰¹ Department of Economic and Social Affairs. Unlocking the Human Potential for Public Sector Performance. In: World Public Sector Report 2005. United Nations New York, 2005. Disponível in: unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/un/unpan021616.pdf acesso 04/06/2013.

Moore destaca que no setor privado é fácil identificar o valor ou objetivo do trabalho gerencial, vez que consiste em gerar lucros para os acionistas da empresa. No entanto, a identificação do valor público ou do objetivo da gestão pública é mais complexa devido à falta de clareza. Deste modo, o autor propõe uma ideia simples que consiste na identificação do objetivo do trabalho gerencial no setor público por meio da “criação de valor público”. O setor público deve criar valor público, ao contrário, do setor privado que visa criar valor privado.

Segundo o autor, a “criação de valor público” consiste na capacidade de demonstrar aos cidadãos/contribuintes que o resultados obtidos no serviço público valem o preço pago por eles, ou seja, não basta criar resultados que têm valor, os gestores públicos devem apresentar e mostrar os resultados para que seja criado o valor público. Ele identifica os cidadãos como um “consumidor coletivo” que não se manifesta individualmente como no setor privado, mas mediante aspirações coletivas.⁷⁰²

Neste sentido, a governança se destaca como um arranjo de instrumentos e procedimentos capazes de conceder respostas aos cidadãos, ou seja, trata-se de uma atuação gerencial pública voltada para responsabilidade perante à sociedade. O modelo preconizado no sistema NPG visa a integração entre governo e sociedade, a gerência do primeiro com as demandas do segundo numa perspectiva aberta e correlacional.

Os paradigmas desta prestação de contas no modelo de governança são: abertura e transparência, o que exige novas formas de habilidades e liderança por parte da sociedade civil e do governo.⁷⁰³

Convém ressaltar, ainda, que Denhardt e Denhardt apresentam um modelo chamado *New Public Service* (NPS) que também se contrasta com o modelo da *New Public Management*, tendo em vista o intuito de redirecionar o papel da administração pública do governo e colocar os cidadãos no centro do sistema.

Segundo eles, o NPS consiste num modelo baseado nos seguintes princípios: a) a administração pública é politicamente neutra, valorizando a ideia de competência neutra; b) o foco do governo é a entrega direta de serviços; c) os programas são implementados embora *top-down* mecanismos de controle, limitando discricão, tanto quanto possível; d) o envolvimento dos cidadãos, visando a eficiência e a racionalidade como os valores mais

⁷⁰² MOORE, Mark H. *Creating public value: strategic management in government*. Cambridge: Harvard University, 1996. p. 81ss.

⁷⁰³ Department of Economic and Social Affairs. *Unlocking the Human Potential for Public Sector Performance*. In: *World Public Sector Report 2005*. United Nations New York, 2005. Disponível in: unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/un/unpan021616.pdf acesso 04/06/2013.

importantes em organizações públicas; e) os administradores públicos não desempenham um papel central na formulação de políticas e na governança, em vez disso, eles são alterados com a implementação eficiente dos objetivos públicos.⁷⁰⁴

Os fundamentos desse modelo estão pautados, sobretudo, nos seguintes tópicos: a) servir cidadãos, não consumidores; b) visar o interesse público; c) valorizar a cidadania em detrimento do empreendedorismo; d) pensar estrategicamente, agir democraticamente; e) reconhecer que *accountability* não é simples; f) servir em vez de navegar (em resposta ao movimento Reinventando o Governo, o qual defende que a administração pública deve navegar e não remar); e, g) valorizar pessoas, não apenas produtividade.⁷⁰⁵

O modelo preconizado pelos autores muda a ideia consagrada na figura do indivíduo como um cliente do serviço público para o cidadão inserido num espaço de atuação e participação. O *New Public Service* vem reforçar a necessidade de centralizar o foco do sistema para aqueles que usufruirão dos serviços públicos como cidadãos em face da visão empresarial de consumidores contida nas reformas gerenciais mais radicais.

Neste modelo, o governo continua a desempenhar um papel global no estabelecimento das normas legais e no âmbito político, mas opera no "nível meta", estabelecendo os princípios gerais de governança que se aplicam a todos, isto é, continua a definir as regras gerais do jogo. O governo é responsável pela distribuição de recursos e resolução dos problemas de dependência dentro de várias redes, além de monitorar a interação de estas redes para assegurar que os princípios da democracia e da equidade social sejam mantidos, certificando-se que os processos democráticos serão observados e que o interesse público será atingido.

⁷⁰⁴ Os autores utilizam a analogia esportiva para explicar o NPS. Segundo eles, o campo de jogo seria o espaço do jogo de público no tocante à formação política, os principais jogadores foram eleitos, bem como os funcionários públicos e assessores políticos existentes em todas as agências governamentais. Por sua vez, os administradores públicos, jogando no mesmo campo, encontravam-se preocupados com a gestão de suas organizações para que as coisas fossem realizadas de forma adequadas. Mas tempo e as circunstâncias mudaram. O jogo de formulação de políticas públicas já não é realizado por aqueles no governo de forma principal, sendo que, agora, o público não está mais nas arquibancadas, mas encontram-se no campo, participando de cada jogo. Os autores aliam isso ao fato da ocorrência da reformulação dos mecanismos de direção da sociedade. Eles destacam que hoje muitos grupos e muitos interesses estão diretamente envolvidos no desenvolvimento e na implementação de políticas públicas. DENHARDT, Robert B. and Janet Vinzant Denhardt. *The New Public Service: Serving Rather than Steering*. Arizona State University. <http://www.csus.edu/indiv/s/shulockn/executive%20fellows%20pdf%20readings/par-denhardt%20new%20public%20service.pdf>

⁷⁰⁵ DENHARDT, Robert B. and Janet Vinzant Denhardt. *The New Public Service: Serving Rather than Steering*. London, England. 2007. p. 84ss.

Os autores ressaltam que a direção da sociedade, os papéis e as responsabilidades dos agentes públicos estão em constante mudança. A questão da prestação de contas no contexto atual encontra-se na questão de saber se o trabalho desenvolvido pelos administradores está de acordo com os desejos do povo, tal vertente está vinculada à noção de responsabilização dos gestores e dos líderes políticos eleitos democraticamente.⁷⁰⁶

Diante de tais abordagens teóricas verifica-se que a governança consiste no paradigma central do novo sistema administrativo. Tal perspectiva envolve a criação e a elaboração de mecanismos de gestão participativa e compartilhada, mediante planejamento, formulação, previsão e implementação de políticas públicas que atendam aos interesses do povo.

3.1.3 Diferentes contextos da governança

A governança não se apresenta de forma linear por estar inserida em diversos contextos. Diante desta perspectiva, Guy Peters menciona que há vários modelos de governança, conforme os diferentes problemas situados nos Estados. O autor evidencia um modelo de governança vinculado à gestão de conflitos, ao destacar que se trata de um grau significativo sobre a definição das metas e das prioridades políticas, sendo que tais decisões seriam menos controversas no âmbito da governança do que era na visão convencional de governo.

Cheema diferencia a governança conforme a ação, dividindo-a em três dimensões: governança política, governança econômica e de governança social. A governança política é identificada pelos processos através dos quais uma sociedade alcança consenso e implementa regulamentos, direitos, leis e políticas. A governança econômica é a arquitetura para as atividades econômicas internacionais, incluindo processos gerenciais na produção de bens e serviços, visando proteger os recursos naturais, fiscais e humanos,

⁷⁰⁶ DENHARDT, Robert B. and Janet Vinzant Denhardt. *The New Public Service: Serving Rather than Steering*. London, England. 2007. p. 84ss.

sejam nacionais ou internacionais. Já a governança social é o conjunto de normas, valores e crenças presentes nas decisões e nos comportamentos da sociedade.

Cada dimensão de governança afeta e interage com as outras duas dimensões. Cheema destaca ainda que a boa governança refere-se a questão de como a sociedade pode se organizar para garantir igualdade de oportunidades e igualdade (justiça social e econômica) para todos os cidadãos.⁷⁰⁷

Por outro lado, Rhodes aborda seis usos distintos de governança: a) Estado mínimo; b) governança corporativa; c) a nova gestão pública; d) boa governança; e) sistema social e cibernético; f) sistema de redes de auto-organizadas. Mesmo diante desta diversidade, o autor aborda algumas características comuns: a) a interdependência entre as organizações, sendo que governança é mais ampla que o governo, incluindo os atores não-estatais; b) interações contínuas entre os membros das redes, causado pela necessidade de intercâmbio de recursos e negociar propósitos compartilhados; c) interações enraizadas na confiança e reguladas por regras negociadas e acordadas pelos participantes; d) autonomia do Estado, embora o Estado não ocupe uma posição soberana na orientação das redes.⁷⁰⁸

Não obstante a existência de uma certa correspondência entre as estruturas de governança alternativas (ou sistemas) e a definição de problemas políticos é necessário ter cautela para não se confundir os diferentes padrões de governança com as mudanças e os desafios que enfrentam os Estados. Neste sentido, Guy Peters evidencia que toda a correspondência está longe de ser uniforme em todos os países ou mesmo em toda a área política.⁷⁰⁹

Deste modo, a governança está inserida num contexto variado ou mesmo em realidades diferentes, o que se vislumbra um conjunto de complexidades. Mesmo diante desta realidade diversificada, tem-se admitido algumas nuances comuns, destacando-se algumas características semelhantes que são: participação; Estado de direito, transparência, capacidade de resposta; orientação consenso; equidade, efetividade e eficiência, responsabilidade e visão estratégica.⁷¹⁰

⁷⁰⁷ CHEEMA, G. Shabbir. Linking Governments and Citizenship through Democratic Governance. In: Public Administration and Democratic Governance: Governments Serving Citizens. United Nations Publication, 2007. p. 33.

⁷⁰⁸ RHODES, R. A. W. Wave of Governance. In: Oxford Handbook of Governance. Edited by: David Levi-Faur. Oxford: University Press, 2012. p. 33 ss.

⁷⁰⁹ PIERRE, Jon e B. Guy Peters. Governance, Politics and the State. London: British Library, 2000. p. 193ss.

⁷¹⁰ UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. "Governance for Sustainable Human Development", New York: UNDP, 1997.

A título de exemplo, pode-se citar a análise da mudança do Estado feita por Enrico Gualini que vislumbrou o desenvolvimento de governança no âmbito das novas formas de territorialidade. O autor verificou tais perspectivas a partir de três dimensões de mudança: 1) o surgimento de novas expressões da política territorial; 2) a transformação do aparelho administrativo do Estado; e, 3) o processo de política da formação de um pós-nacional através em um modelo interpretativo do processo de integração europeia.

A análise tece a noção de governança multinível que, segundo ele, constitui novos níveis de influência e participação em arenas, processos e resultados das políticas de desenvolvimento nas tomadas de decisão, a ponto de desafiar o princípio da soberania do Estado a tomada de territorialidade. Tal perspectiva levanta a questão da pluralidade de nível de administração em causa.

O surgimento de novas formas de governança territorial é um fenômeno intimamente ligado aos processos de redefinição das políticas territoriais que emerge da combinação da nova política e da nova dimensão de desenvolvimento sócio-espacial. O autor relata que a centralidade das questões relacionadas com a capacidade das estruturas estatais para responder a estes desafios com formas adequadas de meta-governança.⁷¹¹

Jon Pierre e Guy Peters asseveram que o discurso chegou a debater se o governo consiste na única maneira de se decidir sobre tais metas (orientar a sociedade e a economia e alcançar os objetivos coletivos) ou mesmo se ele continua a ser uma forma eficaz para realização dessas tarefas.

Os autores realizaram um estudo considerando três cenários diferentes: a) a descentralização do poder aos atores e sistemas institucionais; b) a emergência de novas estruturas de governança transnacionais; e, c) a busca de sistemas locais de governança.

Segundo eles, a posição enfraquecida dos governos levou à verificação de como o seu papel pode ser reforçado, sendo reavaliado segundo os moldes da governança política.⁷¹²

É interessante observar que as recentes teorias sobre os governos foram centralizadas na análise da capacidade de governar. O governo passou a ser questionado

⁷¹¹ GUALINI, Enrico. «Governance» dello sviluppo e nuove forme di territorialità: mutamenti nell'azione dello Stato. *Rivista Italiana di Scienza Politica*. Anno XXXVI, n.1, Aprile, 2006. P. 27 ss.

⁷¹² PIERRE, Jon e B. Guy Peters. *Governance, Politics and the State*. London: British Library, 2000. p. 02ss.

em diversos parâmetros, principalmente, no tocante à capacidade de orientar a sociedade e controlar a economia, bem como alcançar os objetivos coletivos pretendidos.

Neste sentido, os governos de diversos países passaram a adotar a governança como pilar central da política. Mesmo diante da existência de realidades diferentes em cada país – e também por causa delas – houve a necessidade de se elaborar alguns indicadores para aferir a prática de sua adoção e os resultados obtidos.

Diante da complexidade da própria definição de governança, bem como das questões dos contextos que a envolvem, Kaufmann e Kraay observam que há muitos indicadores possíveis que se podem lançar à luz das várias dimensões de governança. Não obstante a amplitude dos conceitos, eles ressaltam que uma combinação de indicadores pode proporcionar uma medida completamente viável de qualquer uma destas dimensões de administração.⁷¹³

Deste modo, foram elaborados indicadores específicos com intuito de fornecer sinais observáveis de governança. Esta interpretação enfatiza a importância de se levar em conta possível erro de medição resultante os indicadores de governança na análise e interpretação de tal medida. No entanto, mesmo diante das margens de erro ainda permite as significativas comparações entre países.⁷¹⁴

O Banco Mundial prevê alguns indicadores de governança para verificar e medir a capacidade dos Estados: a) governo eficaz; b) qualidade regulatória; c) ausência ou medidas de combate à violência; c) controle e combate à corrupção.

Destes indicadores podem ser observados inúmeras questões a serem consideradas ao se analisar especificamente cada indicador. A título de exemplo, pode-se verificar que no tocante ao último indicador “controle e combate à corrupção” o Banco Mundial destacou a estratégia do combate com enfoque institucional na governança, conforme quatro vertentes principais: 1) as pesquisas diagnósticas sobre a qualidade dos serviços públicos; 2) novo sistema de gestão pública capaz de funcionar racionalmente com servidores públicos preocupados com o bem-estar coletivo; 3) um arcabouço normativo

⁷¹³ KAUFMANN, Daniel and Aart Kraay. Governance Indicators: Where Are We, Where Should We Be Going? The World Bank World Bank Institute Global Governance Group and Development Research Group Macroeconomics and Growth Team. Policy Research Working Paper 4370. Disponível in: <http://info.worldbank.org/governance/wgi/pdf/wps4370.pdf>

⁷¹⁴ KAUFMANN, Daniel and Aart Kraay. Governance Indicators: Where Are We, Where Should We Be Going? The World Bank World Bank Institute Global Governance Group and Development Research Group Macroeconomics and Growth Team. Policy Research Working Paper 4370. Disponível in: <http://info.worldbank.org/governance/wgi/pdf/wps4370.pdf>

forte e um Poder Judiciário independente; 4) transparência maior e a construção de uma sociedade civil vigilante.⁷¹⁵

É importante mencionar também, neste domínio, o Instituto *Quality of Governance em Gotemburgo* (QoG), fundado em 2004 pelos Professores Bo Rothstein e Sören Holmberg que dispõe pesquisas sobre a qualidade dos governos e a governança.⁷¹⁶

O foco de pesquisa do Instituto QoG é centrado na questão da “boa governação”. O Instituto é considerado um centro de pesquisa que opera em conjunto com mais de sessenta pesquisadores de quinze países europeus diferentes. Foi lançado neste âmbito o projeto denominado ANTICORRP com ênfase em políticas anticorrupção tendências globais e respostas europeias para o Desafio à Corrupção, sendo constituído por 21 grupos de investigação em 16 países europeus.

Como Bo Rothstein observou não é tão fácil delinear a governança como a implementação que o governo pretende atingir. O professor aponta alguns indicadores Mundiais de Governança com intuito de incorporar uma série de políticas normativas como, por exemplo, ter maior regulação. Rothstein também argumenta que o uso do critério de imparcialidade deve ser incorporado para verificar o que a maioria das pessoas entende por “bom governo”.⁷¹⁷

Portanto, o QoG desenvolveu um conjunto de medidas de qualidade de governança de 136 países em todo o mundo, bem como uma análise mais detalhada diante do levantamento das 172 regiões da União Europeia. Baseia-se novamente em pesquisas de especialistas enfocando o grau de imparcialidade do Estado e sua qualidade.

A necessidade de se pensar sobre a capacidade do Estado gerou a percepção no tocante à imprescindibilidade de se avaliar as bases e instituições governamentais. Os indicadores de governança vêm em meio às necessidades preeminentes dos governos e aos padrões de governança a serem adotados na esfera da gestão participativa (redes, instituições e procedimentos existentes neste âmbito).

⁷¹⁵ CARTIER-BRESSON, Jean. La Banque Mondiale, la Corruption et la Governance. Revista Tiers Monde, nº 160, jan/mar. 2000. p. 178.

⁷¹⁶ Trata-se de um Instituto de pesquisa independente dentro do Departamento de Ciência Política da Universidade de Gotemburgo com aproximadamente 30 pesquisadores que realizam e promovem a investigação sobre as causas, conseqüências e da natureza da boa governação e da Qualidade do Governo (QoG) nas competentes instituições governamentais. The QoG. The quality of government Institute. Annual Report 2012. The QoG Institute University of Gothenburg, Sweden. Disponível in: http://www.qog.pol.gu.se/digitalAssets/1436/1436225_qog-annual-report-2012_web.pdf

⁷¹⁷ FUKUYAMA, Francis. What Is Governance? CGD Working Paper 314. Washington, DC: Center for Global Development. 2013. p. 07. Disponível: <http://www.cgdev.org/content/publications/detail/1426906>

É nesta perspectiva que David M. Walker dispõe que alguns requisitos de governança devem ser abordados para garantir um governo econômico, eficiente, eficaz, ético e justo, capaz de responder aos diversos desafios e aproveitar as oportunidades relacionadas no século XXI. Por exemplo, cita-se a revisão da eficácia da auditoria federal, incluindo a supervisão, estrutura e divisão de responsabilidade.⁷¹⁸

Neste sentido, torna-se relevante a visão de Cheema ao destacar a responsabilidade como o pilar da boa governança, mediante três dimensões: a) a responsabilidade financeira que implica numa obrigação por parte da(s) pessoa(s) recursos de manipulação, ou titulares de cargos públicos, ou qualquer outro cargo de confiança, para informar sobre o uso pretendido e real dos recursos; b) a responsabilidade política que mediante os métodos regulares visam sancionar ou recompensar aqueles que ocupam cargos de confiança do público através de um sistema de freios e contrapesos entre os poderes executivo, legislativo e judicial; e, por fim, c) a responsabilidade administrativa identificada pelos sistemas de controle interno ao governo, incluindo as normas do serviço público e incentivos, códigos de ética e as revisões administrativas.⁷¹⁹

Portanto, os indicadores de governança tem permitido aferir as possíveis transformações no contexto estatal, principalmente, quanto à capacidade do Estado de governar, atender as demandas sociais e implementar políticas públicas.

3.1.4 Governança participativa e a meta-governança

Conforme visto, a governança está inserida em diversas perspectivas, definições e contextos. No âmbito da *New Public Governance* voltada para gestão e participação do cidadão é possível adjetivar a governança como participativa, o que significa redirecioná-la no sentido de dar prioridade à participação. Não apenas tratar a participação como uma das esferas ou mecanismos inseridos no *modus operandi* do novo *standard*, mas reconhecer a gestão participativa como um de seus pilares centrais.

⁷¹⁸ WALKER, David M. Transforming Government, Management, and Accountability. 14th Biennial Pacific Emerging. Issues Conference Waikiki, Hawaii. Government Accountability Office (GAO) August 22, 2007. p. 02ss. <http://www.gao.gov/assets/80/77784.pdf>

⁷¹⁹ CHEEMA, G. Shabbir. Linking Governments and Citizenship through Democratic Governance. In: Public Administration and Democratic Governance: Governments Serving Citizens. United Nations Publication, 2007. P 36-37.

Satterthwait menciona que a governança participativa ocorre na arena de ação que vai além de um projeto específico, por envolver o compromisso do governo com grupos da sociedade civil por meios de consulta e dos processos de tomada de decisão. Para ele, o termo "governança" é usado para um aspecto dessa relação cidadão-governo que engloba as instituições e processos, formais e informais, por meio da interação do Estado com outros agentes.

Segundo o autor, a necessidade de se ter mais espaço para a participação entre os cidadãos e o governo. Há muitos projetos participativos que envolvem os cidadãos e governos locais na tomada de decisões, mas os cidadãos pouco fazem para mudar os processos de governo. O autor ressalta que o principal foco da governança participativa está no nível local, por ser também o nível onde a participação direta dos cidadãos e suas organizações comunitárias é mais fácil e, provavelmente, para produzir o maior impacto.

720

Governança participativa visa tornar o governo mais aberto, oferecendo maior capacidade de ação por grupos da sociedade civil organizada, como forma de aumentar a sua legitimidade.

A ideia da governança está fundada na perspectiva do direcionamento da sociedade, ou seja, consiste na capacidade dos governos de implementar a política, determinar as escolhas e direcionar as sociedades de forma eficiente.⁷²¹

Pode-se vislumbrar uma análise fundamental baseada na necessidade de participação do cidadão para conceder maior legitimidade neste quesito. Em outras palavras, a participação torna-se não somente um mecanismo ou ferramenta da governança, mas um requisito essencial capaz de legitimar o novo modelo.

Mesmo o processo intergovernamental trabalhado em diferentes redes comporta uma perspectiva sistêmica de participação cívica. Os mecanismos necessários para intermediação entre Estado e cidadãos sob os moldes da governança participativa estão centrados no papel desempenhado pelos cidadãos frente ao Estado.

⁷²⁰ Assim, a governança participativa implica no envolvimento do governo com grupos com interesses e além daqueles de um único indivíduo. Para que isso ocorra, algum senso de identidade e interesse do grupo é necessário para formar um ponto de partida para um processo de negociação e colaboração entre o grupo e as instituições governamentais. SATTERTHWAIT, David with others. Participatory Governance in Cities. In: Public Administration and Democratic Governance: Governments Serving Citizens. United Nations Publication, 2007. p. 358.

⁷²¹ PIERRE, Jon e B. Guy Peters. Governance, Politics and the State. London: British Library, 2000. p. 02ss.

Neste domínio, Rhodes identifica o processo de interação entre as redes na dimensão da responsabilidade democrática ao delinear os limites importantes para o novo papel do cidadão. Segundo ele, há restrições significativas sobre o discurso autêntico no contexto da rede, tendo em vista que os governos ainda restringem o acesso à informação.

Para o autor há um evidente conflito entre os princípios da prestação de contas em uma democracia representativa e da participação em redes que podem ser abertas. As variadas de redes representam diferentes desafios para o gestor público. O autor indaga se o papel dos gestores consiste em regular redes (no sentido de manter o relacionamento) e se eles ainda possuem a autoridade e a legitimidade para reivindicar uma posição privilegiada na rede.

Tais indagações podem introduzir o tema da relação entre governança e responsabilidade democrática e demonstrar a extensão do desafio da governança como auto-organização de redes interorganizacionais. Para ele, a governança como redes de auto-organização é um desafio para a governabilidade.⁷²²

Neste sentido, a governança participativa torna-se uma esfera da governança democrática, por consistir na adoção de processos e criação de espaços para se chegar a soluções ou decisões que visam expressar de forma legítima a voz do povo.⁷²³

Pode-se mencionar também que a governança participativa pressupõe a governança colaborativa. A governança colaborativa, por sua vez, consiste numa estratégia usada no planejamento de regulação, de políticas e gestão pública com intuito de coordenar, julgar, e integrar os objetivos e interesses dos vários *stakeholders*. Em seu sentido restrito, a governança colaborativa é uma técnica usada para resolver conflitos e facilitar a cooperação entre os órgãos públicos, grupos de interesse e cidadãos .

Ansell assevera que a governança colaborativa refere-se a uma estratégia para reconstruir a democracia ao longo de linhas menos contraditórias e gerenciais. Como uma estratégia de reconstrução democrática e colaborativa a governança procura restaurar a

⁷²² RHODES, R. A. W. Wave of Governance. In: Oxford Handbook of Governance. Edited by: David Levi-Faur. Oxford: University Press, 2012. p. 43ss.

⁷²³ Para aprofundar sobre tal assunto ver: AMIT, Ron. Modes of Democratic Governance. In: Oxford Handbook of Governance. Edited by: David Levi-Faur. Oxford: University Press, 2012. p. 473ss. O autor menciona que as sociologias morais sustentam quatro diferentes formas de governança democrática. A classificação consiste em quatro tipos ideais que está vindo de governo existente democrático, compreendendo: voz como suplemento; voz como corretivo ; voz como transformadora e voz como participação.

confiança no governo e ampliar o consentimento democrático, aprofundando a participação e deliberação dos assuntos públicos.⁷²⁴

A governança participativa também pode ser identificada no contexto da meta-governança, sendo vislumbrada como um processo essencial na reorganização da Administração Pública, sobretudo, na redefinição dos papéis a serem exercidos por cada ator.

Antes de analisar tal perspectiva, é necessário definir, de forma breve, o que se entende por meta-governança. Guy Peters define a meta-governança como os processos orientadores do processo de governança descentralizada. Segundo ele, é a "governança da governança".

A noção de meta-governança está inserida numa série de organizações e processos dentro do setor público que atingiram um elevado grau de autonomia – uma condição muitas vezes descrita como a governança – e que pode haver uma necessidade de impor algum controle sobre os componentes do governo.

Tal noção pode ser inferida da complexidade existente dentro da própria concepção de governança aliada à necessidade de arranjo dos processos e instrumentos utilizados na sua implementação.

O direcionamento das estratégias de implementação da governança requer uma variedade de mudanças e reorganizações. É neste sentido que surge a ideia da meta-governança. Dentro deste contexto de mudanças, a abertura à participação e o controle social configuram-se ferramentas imprescindíveis para sedimentação do novo modelo “*New Public Governance*”.

A meta-governança visa também identificar uma ampla gama de problemas decorrentes da governação em rede. Guy Peters menciona alguns, compreendendo: a tomada de decisão, a coordenação e a prestação de contas. Entre eles, o autor indaga se a democracia tem realmente avançado no contexto da participação e no desenvolvimento da governança por meio de redes e outros mecanismos informais.

O autor salienta que os modelos de rede da democracia dependem do envolvimento dos indivíduos da sociedade. Depois de ter permitido um maior envolvimento dos funcionários e atores sociais, seria difícil eliminar essa participação.⁷²⁵

⁷²⁴ ANSELL, Chris. Collaborative Governance. In: Oxford Handbook of Governance. Edited by: David Levi-Faur. Oxford: University Press, 2012. p. 498 ss.

⁷²⁵ PETERS, B. Guy. Meta-governance and Public Management. In: the New Public Governance? Edited by Stephen P. Osborne. London and New York: Routledge, 2010. p.41 ss.

É neste sentido que se destaca a perspectiva da governança adjetivada “participativa” como razão do próprio modelo. Se indagarmos a finalidade do novo modelo, ou mesmo a *ultima ratio* verificar-se-á que a governança está centrada na relação do cidadão perante o Estado.

Ao indagar a governança ou a expectativa e o alcance dos resultados almejados por meio dela, Hughes destaca que as reações habituais dos decisores políticos para os problemas de governança estão mudando irreversivelmente diante dos resultados das mudanças nos contextos de governar. Segundo ele, o ceticismo relativo a um desenvolvimento político tal se justifica, uma vez que qualquer paradigma exige atores políticos para mudar radicalmente as suas formas de ver seus papéis.⁷²⁶

Não obstante algumas perspectivas céticas ou receosas sobre a governança, aliada as complexidades existentes, a começar pela caracterização e sedimentação de sua definição, o fato é que um novo paradigma está sendo delineado. No afã especulativo e na incidência da “moda” ou “onda”, teorias são elaboradas, modelos desenhados e sistemas desenvolvidos.

Neste contexto, destaca-se um cenário promissor diante da realidade existente e da necessidade dos instrumentos e da expectativa do resultado almejado que se manifestam como fatores impulsionadores de mudanças e abertura para implementação deste novo paradigma. Nestas premissas comuns encontra-se a participação cívica.

A governança participativa é um subtópico da teoria da governança que coloca em evidência o compromisso democrático. Pode ser destacada como resposta ao *deficit* democrático nos sistemas políticos contemporâneos. Deste modo, a governança participativa tem sido adotada por diversas organizações (Banco Mundial). Há um forte empenho no desenvolvimento e avanço dos processos participativos.

Segundo Fischer a governança consiste no novo espaço de tomada de decisão. A governança participativa está fundamentada na teoria da democracia participativa, sobretudo, na dimensão do aumento de poder deliberativo dos cidadãos, bem como no ativismo político. A governança participativa vai além do papel do cidadão como eleitor ou *watchdog* por incluir as práticas deliberativas dos assuntos relevantes da realidade.

A participação do cidadão deve estar centrada nos processos, instituições, métodos e em diversos princípios que o sedimentam. Principalmente, na igual distribuição do poder político, na justa distribuição dos recursos, na descentralização dos processos de

⁷²⁶ HUGHES, Owen. Does governance exist? In: the New Public Governance? Edited by Stephen P. Osborne. London and New York: Routledge, 2010. p.87.

tomada de decisão, no desenvolvimento, transparência e acesso à informação, no estabelecimento de parceiros colaboradores, com ênfase no diálogo interinstitucional e na *accountability*.

A participação democrática é geralmente considerada como virtude política. No entanto, a governança participativa visa ir além, por contribuir para o desenvolvimento das vias comunicativas, concedendo maior poder aos cidadãos. Neste sentido, outra perspectiva deve ser verificada: a capacidade da comunidade para enfrentar coletivamente os problemas, o que pode contribuir para união social. Assim, Frank Fischer menciona que para atingir esta capacidade é necessário descentralizar o poder e os recursos do controle gerencial central para as instituições democráticas locais.

Ele cita diversas formas de participação, entre elas, o orçamento participativo instituído em algumas cidades brasileiras. E conclui que muitas dessas atividades têm oferecido novas perspectivas significativas à análise da teoria política tradicional e na teoria democrática. O autor destacou quatro perspectivas: 1) a necessidade de preencher a insuficiência que a teoria do governo representativo confere; 2) o grau em que os cidadãos são capazes de participar de forma significativa nos processos complexos que envolvem decisões políticas; 3) a capacidade de melhorar a prestação dos serviços públicos; 4) as implicações que a governança participativa tem nas práticas profissionais.

Ao final, o autor enfatiza que a governança permite a participação com intuito de direcionar as tomadas de decisões numa prognose democrática. Neste domínio, a participação tem que ser cuidadosamente organizada, facilitada, cultivada e nutrida.⁷²⁷

Portanto, o reconhecimento e a consagração do direito fundamental à proteção ao patrimônio público como um dos pilares do sistema jurídico-político consiste na assertiva de um modelo centrado na gestão participativa aos moldes da governança.

3.2 O princípio da boa administração

No século XXI, o grande desafio a ser enfrentado pelo sistema administrativo é o de proteger o Estado, mais precisamente, a *res publica*. Esta proteção está vinculada ao

⁷²⁷ FISCHER, Frank. Participatory Governance: From Theory to Practice. In: Oxford Handbook of Governance. Edited by: David Levi-Faur. Oxford: University Press, 2012. p. 458 ss.

cidadão em vários contextos: o cidadão-contribuinte, que paga impostos e tem direito a serviços eficientes e eficazes prestados pelo estado; o cidadão-usuário, que é beneficiário de serviços e tem direito de exigir boa qualidade; entre outros..⁷²⁸

Diante deste desafio e da nova vertente da Administração Pública evidenciada pelo modelo da *New Public Governance* há que se destacar o princípio da «boa administração». Neste domínio, o Estado deve conceber todo um aparato jurídico-administrativo para que este princípio seja concretizado.

Canotilho aduz que a noção de boa administração do Estado Garantidor exige o melhor cumprimento das tarefas públicas em termos de rentabilidade, efetividade e eficiência dos serviços. O autor menciona que neste domínio há que se vislumbrar a dimensão constitutiva da democracia.⁷²⁹

O direito à boa administração é vislumbrado na doutrina em diversos países. Marta Santos assevera que este direito está consagrado no art. 41 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Segundo a autora, os deveres jurídicos plasmados nele são uma síntese dos princípios que o Tribunal de Justiça da União Europeia tem vindo a qualificar como princípios de boa administração. Outro documento que traz tal ideia é o Código Europeu de Boa Conduta Administrativa.⁷³⁰

Administrar de forma eficiente com o objetivo de obter resultados já não basta para dar legitimidade ao sistema administrativo. Outros requisitos são exigidos para esta perspectiva. O Estado deve assumir o dever da “boa administração” em que pese o bom uso do recurso público, visando critérios de governança em atendimento ao que o cidadão espera.

Tal dever está vinculado à tutela do patrimônio público, uma vez que o zelo, o resguardo e administração da *res publica* – em sentido estrito – estão inseridos no domínio do sistema administrativo. Deste modo, o princípio da boa administração contempla outros subprincípios do sistema, pode-se citar o princípio da conservação do patrimônio público.

⁷²⁸ Bresser-Pereira, Luiz Carlos. Construção do Estado e da Administração Pública: uma Abordagem Histórica, São Paulo, GV Pesquisa. 2005. p. 112.

⁷²⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. O Tribunal de Contas como Instância dinamizadora do Princípio Republicano V Assembleia-Geral da organização das ISC da CPLP. Realizado no Porto, 8 e 9 de maio de 2008. Lisboa: Centro de Estudos e Formação, 2008. p. 24-25. Disponível in: http://www.tcontas.pt/pt/publicacoes/outras/ag_cplp/5assembleia_isc_cplp.pdf . Acesso em 05.02.2013.

⁷³⁰ SANTOS, Marta Costa. Novos paradigmas no controle do sistema fiscal. In: Sustentabilidade fiscal em tempos de crise / coordenadores: José Casalta Nabais, Suzana Tavares da Silva. Coimbra: Almedina, 2011. p. 218.

O princípio da conservação do patrimônio público está disposto no artigo 23, I da Constituição brasileira. Este princípio parte da máxima de proteção do patrimônio.

A boa administração revela-se não só na idoneidade, conforme ressalta Regis Oliveira, mas também na capacidade de fazer com que o patrimônio dê lucro em proveito da comunidade.⁷³¹

É interessante notar que o princípio da boa administração configura-se, na concepção de alguns autores, como um direito fundamental do cidadão e um dever do Estado. Juarez Freitas aduz que se trata do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional e cumpridora de seus deveres com transparência, motivação e imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas.⁷³²

O paradigma do controle da gestão pública realizado pelo cidadão nas diversas esferas é evidenciado no contexto desta nova perspectiva. Assim, o controle social não se concentra apenas na verificação do quantitativo dos gastos públicos, mas também na sua economicidade, imparcialidade, racionalidade e no bom uso dos recursos públicos, ou seja, nos parâmetros da boa administração.⁷³³

3.3 A Cidadania e o zelo pela coisa pública no âmbito educacional

No decorrer do trabalho foram expostas algumas perspectivas da cidadania. Neste capítulo, torna-se relevante a abordagem da cidadania no contexto da educação. O despertar sobre a importância da noção da vivência em coletividade na dimensão cívica pressupõe formas e mecanismos educacionais.

⁷³¹ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Curso de Direito Financeiro. 4ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Trinais, 2011. p. 242.

⁷³² FREITAS, Juarez. Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 21ss.

⁷³³ SECCHIN, Lenise Barcellos de Mello. Controle social: transparência das políticas públicas e fomento ao exercício de cidadania. In: Revista da Controladoria-Geral da União. Ano III, Nº 5, Dezembro de 2008. p. 29.

Conforme visto, a cidadania é o atributo que confere direitos e deveres ao cidadão. Na Grécia ela era vinculada à virtude política, ou seja, estava ligada a comunidade política mediante o ambiente virtuoso da prática cívica. Tal prática era tão enraizada ao cidadão daquela época que Aristóteles chegou a mencionar que o homem é, por natureza, um animal político.

Tempos depois, a cidadania estava pautada somente na questão da identidade dominada pelo Estado-nação, ou seja, na pertença ao Estado. Com os diferentes contextos e circunstâncias históricas, a cidadania passou a ter outras dimensões que influenciaram profundamente o direito e a política no desenvolvimento da comunidade.⁷³⁴

O espaço político na antiga *polis* era a praça pública. Neste sentido, Castro Alves diz que “a praça é do povo, como o céu é do condor”.⁷³⁵ Será que tal frase pode ser utilizada no contexto contemporâneo? A resposta pode ser afirmativa a partir da perspectiva da educação. A cidadania, no sentido do atuar coletivo e do zelo pela coisa, poderá ser resgatada mediante processos educacionais.

Para Alávez Corral a cidadania é o processo jurídico jusfundamental de realização da dignidade da pessoa garantida pelo ordenamento, que permite mediante o uso de sua capacidade jurídica jusfundamental aceder a titularidade e exercício dos direitos fundamentais e mover-se entres seus distintos graus. Portanto, a cidadania é um processo jurídico jusfundamental constituído por direitos e condições conforme a abstrata posição jurídica do sujeito no processo dinâmico.⁷³⁶

Os discursos sobre a democracia estão centrados nos direitos cívicos. Acredita-se que o único modo de fazer com que um súdito se transforme em cidadão é o de lhe atribuir aqueles direitos inseridos no contexto da *activae civitatis* (cidadania ativa, direitos do cidadão). Com isso, a educação para a democracia surgiria no próprio exercício da prática democrática.

⁷³⁴ KAKABADSE, Nada and Andrew. Global Governance Considerations for World Citizenship. In: Citizenship. A reality far from ideal. Great Britain, 2009. p. 03-6, 25.

⁷³⁵ ALVES, Castro. O povo ao poder. Disponível in: <http://www.biblio.com.br/default.asp?link=http://www.biblio.com.br/conteudo/CastroAlves/poesiascoligidas.htm>

⁷³⁶ CORRAL, Benedito Alávez. *Nacionalidad, ciudadanía y democracia*. Madrid: Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006. P. 269 e 278.

Bobbio ressalta que a democracia consiste na “matéria bruta” ao ser contrastada com os ideais democráticos com a democracia real. O autor elenca seis promessas não-cumpridas neste âmbito, entre elas, a do cidadão não-educado e a necessidade de se educá-lo para a cidadania.⁷³⁷

Neste domínio, Hannah Arendt assevera que “a educação é o ponto em que decidimos se amamos o mundo o bastante para assumirmos a responsabilidade por ele e, com tal gesto, salvá-lo da ruína que seria inevitável se não fosse a renovação e a vinda dos novos e dos jovens”. Segundo a autora, “a educação é, também, onde decidimos se amamos nossas crianças o bastante para não expulsá-las de nosso mundo...”. Portanto, é necessário assumir a responsabilidade e passar aos jovens os ensinamentos no tocante à importância do exercício da cidadania e a defesa da *res publica*.⁷³⁸

Deste modo, serão apresentados alguns tópicos sobre a cidadania: metacidadania; cidadania ativa e participação cívica; educação para cidadania. Trata-se de uma abordagem essencial para efetivação do direito fundamental à proteção do patrimônio público econômico.

3.3.1 Cidadania e Metacidadania

A cidadania na perspectiva contemporânea remete à ideia da vinculação aos direitos fundamentais e à democracia. Deste modo, Alexandre de Moraes aduz que a cidadania representa um *status* apresentando-se, simultaneamente, como objeto e direito fundamental das pessoas.⁷³⁹

A cidadania nesta dimensão é caracterizada como metacidadania, uma vez que pressupõe todo um processo de evolução histórica e jurídica do sistema de direitos fundamentais nos planos interno e internacional. Assim, Soares menciona que no Estado de Direito, a garantia da concretização dos direitos fundamentais permite aos seus

⁷³⁷ BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000. P. 34.

⁷³⁸ ARENDT, Hannah. Entre o Passado e o Futuro. São Paulo: Perspectiva, 1972. p. 247.

⁷³⁹ MORAES, Alexandre. Direitos Humanos Fundamentais. Teoria Geral. 9ª ed. São Paulo: Ed. Atlas. 2011. p. 48.

titulares exercer plena, efetiva e socialmente a cidadania ativa do Estado, ao satisfazer uma parte decisiva da função de integração, organização e direção jurídica da Constituição.⁷⁴⁰

Nesta dimensão, Shukla aduz que o Estado é obrigado a desenvolver uma nova mentalidade de facilitação devido à necessidade de responder ao novo quadro emergente do multilateralismo. Para ele, os processos de consulta e deliberação devem ser inseridos no desenho institucional. No mundo contemporâneo interdependente, os cidadãos estão experimentando um nível maior de escolhas e oportunidades.⁷⁴¹

No âmbito do Estado Democrático de Direito a cidadania está inserida no contexto dos direitos e deveres do indivíduo perante o Estado. No entanto, a conotação concedida à dimensão cívica passa por diversas realidades não somente na relação do indivíduo e Estado, mas também na relação dos indivíduos para com os demais membros da coletividade.

O conceito contemporâneo de cidadania evidenciou uma realidade complexa para além de uma noção estreita do direito legal de um passaporte com base na nacionalidade de uma estrutura. Tal conceito impõe a avaliação da reciprocidade de relações entre os cidadãos e entre os cidadãos e o Estado, bem como a mistura de responsabilidades entre Estado, mercado e comunidade. Neste contexto, Susan Phillips aduz que a "nova cidadania" enfatiza o papel das organizações da sociedade civil na participação dos cidadãos como atores políticos.⁷⁴²

Portanto, na vertente contemporânea a cidadania está presente em várias esferas e pressupõe a atuação do cidadão nos diversos domínios político, social, jurídico, econômico, entre outros. Não se trata apenas de um direito cívico ou de uma identidade que lhe atesta a pertença ao Estado. Trata-se de uma noção mais ampla por abranger deveres, obrigações, atuações individuais, sociais e políticas.

Neste âmbito, Gerard Delanty dispõe que a cidadania possui quatro componentes: direitos, responsabilidades, participação e identidade. Segundo o autor tais elementos passam da noção clássica para uma configuração contemporânea, ou seja, são reconfigurados a partir das novas realidades atuais. Na nova concepção de direitos surge

⁷⁴⁰ SOARES, Mário Lúcio Quintão. Teoria do Estado: novos paradigmas em face da globalização. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 184.

⁷⁴¹ SHUKLA, Surinder. Citizen action and Governance. In: Participatory Citizenship. Identity, exclusion, Inclusion. Sage Publications: New Delhi, Thousand Oaks, London, 2006. p. 104.

⁷⁴² PHILLIPS, Susan D. The New Citizenship and Governance: alternative intersections. In: Oxford Handbook of Governance. Edited by: David Levi-Faur. Oxford: University Press, 2012. p. 486 ss.

os direitos coletivos, direitos da natureza e direitos culturais. Assim, a cidadania passou a significar mais do que o direito ao acesso aos bens públicos prestados pelo Estado.

Quanto às responsabilidades ele menciona que, muitas vezes, os direitos e responsabilidades dos cidadãos estavam centrados no dever de ser um bom membro da sociedade. Mas, atualmente, com o surgimento da responsabilidade ambiental ou para com as futuras gerações há um retorno a tais parâmetros de responsabilidades no sentido de co-responsabilidade que não exclui a responsabilidade individual, mas expressa o surgimento de uma consciência moral.

No tocante à participação o autor analisa o deslocamento de lugar e espaço, ao descrever que as concepções pós-modernas de espaço sugerem uma recuperação do lugar como um espaço social, localizado nos fluxos desterritorializados de comunicação. Tais espaços conferem maior possibilidade de participação como interação comunicativa, em contraste com o modelo passivo.

Há que se ressaltar o aumento da participação política nas últimas décadas, sobretudo, na forma difusa ocasionada pela mudança social. Esta participação ocorre de diversos modos, que vão desde uma nova era movimentos alternativos ao nacionalismo, ao ambientalismo e todas espécies de ONGs. O autor evidencia a necessidade de abertura de formas locais e regionais de governo para implementação de um tipo mais participativo da cidadania.

Por último, o autor destaca que a identidade é vislumbrada a partir das diferenças entre identidade pessoal e identidade coletiva. A identidade pessoal pode proporcionar uma integração do indivíduo com o meio de sobrevivência e com as escolhas. No entanto, uma forte identidade coletiva pode apresentar problemas em acolher a diversidade, sendo que a cidadania deve enfrentar o desafio de conciliar a busca da igualdade com o reconhecimento da diferença.⁷⁴³

Ao mencionar o aspecto da cidadania e dos valores democráticos do Reino Unido, Crick aborda que a cidadania está vinculada ao dever de cumprir suas obrigações. O autor argumenta que tal realidade parece sugerir um papel mais ativo do cidadão.⁷⁴⁴

⁷⁴³ DELANTY, Gerard. *Citizenship in a global age. Society, culture, politics*. Open University Press. Buckingham: Philadelphia, 2000. p. 134.

⁷⁴⁴ CRICK, Bernard. *A democracia*. Trad. Carla Hilário Quevedo. Vila Nova: Quasi Edições. 2002. p. 105ss.

Outra realidade que amplia a perspectiva da cidadania no contexto contemporâneo é a questão especial. Ela sempre esteve vinculada ao Estado-Nação, mas alguns autores mencionam a existência de uma cidadania regional, comunitária, mundial ou global.

Na União Europeia já se vislumbra uma cidadania comunitária, ou seja, a pessoa que tem nacionalidade de um dos Estados-Membros é considerada cidadã da União. Tal afirmativa está prevista no Tratado de Maastricht.

A cidadania da União Europeia concede alguns direitos como, por exemplo, a liberdade de circulação e de permanência em todo o território da União; o direito de eleger e de ser eleito nas eleições municipais e do Parlamento Europeu no país de residência; a proteção diplomática e consular das autoridades dos Estados-membros e o direito de petição ao Parlamento Europeu e de recurso ao Provedor de Justiça Europeu. É importante ressaltar que a cidadania da União é complementar à cidadania nacional e não a substitui.

Alguns autores têm vislumbrado a cidadania na dimensão global. Nigel Dower menciona a necessidade de se estabelecer uma cidadania em resposta aos problemas globais como o aquecimento global. Tal perspectiva exige respostas coordenadas que, segundo o autor, poderá ser concedida pelo típico 'ativo' cidadão global. Tal premissa está pautada na ideia de que todos os seres humanos têm certos direitos fundamentais e todos os seres humanos têm o dever de respeitar e promover esses direitos.⁷⁴⁵

3.3.2 Cidadania ativa e participação cívica

Em todo o mundo, pode-se observar uma crescente crise de legitimidade caracterizada pela relação entre os cidadãos e as instituições que afetam suas vidas. Em resposta à crise, tem havido uma preocupação com o fortalecimento e a ampliação da participação dos cidadãos nas instituições.⁷⁴⁶

⁷⁴⁵ DOWER, Nigel. Na introduction to Global Citizenship. 2003.

⁷⁴⁶ Segundo o autor, houve um aumento na participação nos seguintes domínios: a) na arena política, houve uma ampliação do entendimento do processo da política com a inclusão de preocupações para o envolvimento dos cidadãos e reconhecimento da importância de diferentes formas de experimental, bem como o conhecimento de especialistas; b) em muitos países do Sul, a última década viu o ingresso de novas formas de descentralização democrática; c) no norte, como os cidadãos participam cada vez menos através de meios tradicionais de engajamento, há um debate crescente sobre o "défice democrático"; e, d) na área

A participação é um elemento essencial na práxis da cidadania ativa. Segundo o Banco Mundial, ela consiste no processo pelo qual as partes interessadas influenciam e compartilham o controle sobre as iniciativas de desenvolvimento e as decisões dos recursos que os afetam. John Gaventa considera que a participação contribui para superação do "déficit democrático" por meio de uma cidadania ativa mas, sobretudo, ela pode auxiliar no cumprimento das metas de melhoria das comunidades e da prestação de serviços de desenvolvimento.⁷⁴⁷

Este processo de participação está consagrado na ideia da cidadania ativa que vislumbra o cidadão não como um sujeito inerte e passivo, mas como sujeito atuante e participante das decisões jurídicas e políticas.

Diante deste contexto, os cidadãos emergem como "atores" em vez de beneficiários passivos de um Estado paternalista e ineficiente, incapaz de atender as necessidades e aspirações sociais. O entendimento comum pautado na vertente do cidadão como ente participativo resultou do seu reconhecimento como um ator importante nos enquadramentos da política social.⁷⁴⁸

A mudança da governança e, mais recentemente, à boa governança, indica que a análise e solução dos problemas e das preocupações dos cidadãos e da sociedade não podem ficar somente na dimensão do Estado. Os próprios cidadãos, grupos, associações e os esforços das organizações não governamentais devem ser incluídos neste processo.⁷⁴⁹

Susan Phillips explora as intersecções existentes entre cidadania e governança ao mencionar que o conceito de cidadania evoluiu com foco na interdependência presente na ação por meio de regimes de Estado e dos atores da sociedade civil, ocorrendo uma mistura de responsabilidades. A governança é colaborativa e em rede, vislumbrada a partir de uma cidadania ativa e empenhada, por meio dos esforços mútuos, sendo que seu principal desafio será criar ou modernizar a arquitetura de apoio e desenvolver a adequada

de desenvolvimento, temos visto aumentar o foco em uma abordagem de desenvolvimento baseada nos direitos, que defende a postura dos direitos dos cidadãos envolvidos nas decisões e processos que afetam suas vidas. GAVENTA, John. Perspectives on Participation and Citizenship. In: Participatory Citizenship. Identity, exclusion, Inclusion. Sage Publications: New Delhi, Thousand Oaks, London, 2006. p. 51.

⁷⁴⁷ GAVENTA, John. Perspectives on Participation and Citizenship. In: Participatory Citizenship. Identity, exclusion, Inclusion. Sage Publications: New Delhi, Thousand Oaks, London, 2006. p. 53.

⁷⁴⁸ SHUKLA, Surinder. Citizen action and Governance. In: Participatory Citizenship. Identity, exclusion, Inclusion. Sage Publications: New Delhi, Thousand Oaks, London, 2006. p. 104.

⁷⁴⁹ SHUKLA, Surinder. Citizen action and Governance. In: Participatory Citizenship. Identity, exclusion, Inclusion. Sage Publications: New Delhi, Thousand Oaks, London, 2006. p. 104.

meta-governança – a política, regulatória e estruturas de financiamento – para lidar com essas interseções.⁷⁵⁰

Neste contexto, a cidadania ativa no Estado de Direito pressupõe a noção do cidadão político como sujeito político dotado de autonomia ativa que deve participar de procedimentos democráticos.⁷⁵¹

É neste sentido que Andrew Kakabadse destaca a cidadania como um conceito dinâmico, por oscilar entre preocupações com o *status* e a realidade da práxis. Segundo ele, há um dilema entre o cidadão passivo e a cidadania ativa (em termos de ação participativa local ou por meio das instituições).⁷⁵²

Não obstante essa dualidade, Heather menciona que bons cidadãos são aqueles que sentem uma lealdade ao Estado e tem um senso de responsabilidade no exercício das suas funções. Como consequência, eles precisam de habilidades apropriadas para esta participação cívica.⁷⁵³

Segundo Dagger, um verdadeiro cidadão vai ter um papel ativo na vida pública quando esta atividade for além do voto, vez que o caráter de sua participação na arena pública deve ser intermediado por interesses públicos. Mas isso não quer dizer que os cidadãos devem constantemente sacrificar seus interesses privados para ajudar a alcançar o interesse público. Sacrifícios ocasionais serão necessários, mas deve haver um acordo substancial entre os interesses pessoais e públicos.⁷⁵⁴

Na intermediação dos interesses pessoais e públicos, o cidadão deve descobrir a importância da realidade social que o cerca, desvinculando-se do individualismo radical de forma a desempenhar um papel participativo nos comandos da vida coletiva.

A consciência da importância da vida cívica e a preocupação com o bem comum configuram elementos essenciais da cidadania ativa. Hamilton Siqueira Jr dispõe que a cidadania significa a ação que permite ao cidadão participar da vida do Estado, constituindo-se o exercício da construção do bem comum realizada pelos cidadãos.

⁷⁵⁰ PHILLIPS, Susan D. The New Citizenship and Governance: alternative intersections. In: Oxford Handbook of Governance. Edited by: David Levi-Faur. Oxford: University Press, 2012. p. 486 ss.

⁷⁵¹ SOARES, Mário Lúcio Quintão. Teoria do Estado: novos paradigmas em face da globalização. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 184.

⁷⁵² KAKABADSE, Nada and Andrew. Global Governance Considerations for World Citizenship. In: Citizenship. A reality far from ideal. Great Britain, 2009. p. 03-6, 25.

⁷⁵³ HEATER, Derek. A Brief History of Citizenship. Edinburg University Press, 2004. p. 02.

⁷⁵⁴ DAGGER, Richard. Civic Virtues. Oxford Political Theory: New York, Oxford, 1997. p. 101ss.

O autor menciona que a Constituição constitui o Estado Democrático em dois fundamentos relacionados ao indivíduo: cidadania e dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana é o valor fundamental do indivíduo, ao passo que a cidadania se refere ao aspecto social.⁷⁵⁵

Pode-se verificar que o discurso da cidadania ativa é desenvolvido numa perspectiva positiva pela doutrina contemporânea. No entanto, o processo participativo envolve diversas complexidades de ordem prática.

Neste âmbito, John Gaventa aborda algumas preocupações que envolvem o processo participativo: a) a preocupação com formas mais ativas e participativas de cidadania; b) a preocupação com a inclusão; c) a preocupação com o envolvimento simultâneo de múltiplas partes interessadas em novas formas de parceria; d) a ênfase em formas mais amplas de prestação de contas, visando permitir que os múltiplos parceiros, as instituições e os políticos possam prestar contas sob as diversas formas de responsabilidade social, jurídica, fiscal e política.⁷⁵⁶

No mesmo sentido, Maria Benedita Urbano dispõe que a prática da cidadania deve ser assumida de forma habitual, sendo precedida de algumas condições, a saber: a) os cidadãos têm que ser capazes de atuar e para isso é necessária a consagração dos direitos; b) a existência de um arranjo institucional apropriado para a prática da cidadania, ou seja, a cidadania pressupõe a existência de múltiplos palcos onde todos potencialmente possam atuar; c) a inculcação de uma atitude mental que leve os indivíduos a assumir seus deveres, obrigações e responsabilidades; d) a indução da participação dos cidadãos, a começar por espaços locais em movimentos cívicos, associações e igreja, com o objetivo de se criar um círculo vicioso de participação.⁷⁵⁷

É neste sentido que Heater identifica três necessidades primordiais para efetivação da cidadania ativa: primeiro, as instituições devem disponibilizar formas eficazes para

⁷⁵⁵ SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. A dignidade da pessoa humana no contexto da pós-modernidade. o direito no século XXI é tolerância, bom senso e cidadania. In: Tradado Luso-brasileiro da dignidade humana. Coord. MIRANDA, Jorge/Marco A. Marques da Silva. p. 272 ss.

⁷⁵⁶ Existem inúmeros desafios para colocar participação em prática. O autor sugere quatro grandes questões que visam à reflexão a partir de tais pontos: a) as vozes ouvidas; b) o espaço criado; c) a finalidade da participação; d) a afetação do poder diante da participação. GAVENTA, John. Perspectives on Participation and Citizenship. In: Participatory Citizenship. Identity, exclusion, Inclusion. Sage Publications: New Delhi, Thousand Oaks, London, 2006. p. 51.

⁷⁵⁷ URBANO, Maria Benedita Malaquias Pires. Cidadania para uma democracia ética. In: Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra: Universidade de Coimbra. Vol. LXXXIII. p. 535 e 536ss.

permitir e incentivar os cidadãos a participar; em segundo lugar, deve haver uma aceitação de que a cidadania pode ser definida como a identidade social de uma pessoa, não sendo propriamente o seu fim, e; em terceiro lugar, as pessoas devem ser ensinadas sobre suas múltiplas funções e como gerenciá-las de forma compatível.⁷⁵⁸

Podem ser citados diversos aparatos necessários à implementação da cidadania ativa na realidade contemporânea, bem como inúmeros desafios a serem enfrentados. Observa-se, contudo, que a educação é um instrumento primordial para este passo.

3.3.3 Educação e Cidadania

A educação para cidadania consiste na premissa primordial para efetivação da prática cívica. Pode-se ter todo o aparato para implementação da cidadania ativa, mediante a criação de espaços participativos, mecanismos e processos abertos, mas se não houver educação, estes serão insuficientes e inoperantes.

É nesta perspectiva que Reis Monteiro assevera que a educação vislumbra a dimensão dos direitos do ser humano e de outros valores cívicos e internacionais, sobretudo, no que tange à cidadania democrática, privilegiando a dimensão cívica.⁷⁵⁹

No mesmo sentido, Dagger afirma que a educação é uma maneira óbvia para cultivar disposições cívicas e morais como o altruísmo. Para ele, a educação tenta capacitar as pessoas para governar os seus desejos e paixões, para que possam viver como indivíduos autônomos em comunidade com outros indivíduos.

O autor indaga sobre a possibilidade de se educar as pessoas para a autonomia e para a virtude cívica de forma concomitante. Em sua opinião é possível por meio da vertente do liberalismo republicano que oferece um relato convincente dos propósitos da educação: promover a autonomia e a virtude cívica.⁷⁶⁰

⁷⁵⁸ HEATER, Derek. *A Brief History of Citizenship*. Edinburg University Press, 2004. p. 144.

⁷⁵⁹ MONTEIRO, Agostinho Reis. *Educação para a Cidadania: Textos Internacionais Fundamentais*. Lisboa: CIE, 2001.

⁷⁶⁰ DAGGER, Richard. *Civic Virtues*. *Oxford Political Theory*: New York, Oxford, 1997. p. 101ss.

O discurso contemporâneo neorepublicano tece uma vertente diferente daquela delineada pelo paradigma jurídico formalista (consentimento, legalidade, legitimidade, etc). Ricardo Pinto aduz que a nova linguagem — com o recurso da história intelectual ou da *Begriffsgeschichte* —, surge numa outra dimensão, esquecida ou adormecida durante muitos anos: o espírito cívico. A virtude face à corrupção, o regresso aos princípios, a educação para a cidadania são expressões inseridas neste domínio.⁷⁶¹

Nota-se que a educação para a cidadania ressalta a necessidade de se despertar o espírito cívico adormecido ou esquecido. A educação permite que o cidadão tenha condições necessárias para tomar decisões relevantes no meio social.

Häberle dispõe que a educação para o respeito constitui um destacado objetivo pedagógico do Estado constitucional, em que a vivência da dignidade de cada um e com referência aos outros depende da responsabilidade de cada um: última instância é o cidadão e o próprio homem, na medida em que “nós mesmos fornecemos um sentido e estabelecemos um objetivo para a história política, um sentido humanamente digno e um objetivo humanamente digno.”⁷⁶²

A Declaração Mundial sobre Educação para Todos, aprovada em 1990, no âmbito do Plano de Ação para satisfazer as necessidades básicas de aprendizagem, em seu art. 1º, item 2, dispõe que:

A educação confere aos “membros de uma sociedade a possibilidade e, ao mesmo tempo, a responsabilidade de respeitar e desenvolver sua herança cultural, linguística e espiritual, de promover a educação de outros, de defender a causa da justiça social, de proteger o meio ambiente e de ser tolerante com os sistemas sociais, políticos e religiosos que difiram dos seus, assegurando respeito aos valores humanistas e aos direitos humanos comumente aceites, bem como de trabalhar pela paz e pela solidariedade internacionais em um mundo interdependente”.

⁷⁶¹ PINTO, Ricardo Leite. Uma introdução ao neo-republicanismo. Lisboa: Análise Social, vol. XXXVI (158-159), 2001. p. 484.

⁷⁶² HABERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento... ob.cit. p.127.

O item 3 do mesmo dispositivo menciona que a educação visa o enriquecimento dos valores culturais e morais comuns. Dispõe, ainda, que é por meio destes valores os indivíduos e a sociedade encontram sua identidade e sua dignidade.

Essa identidade será verificada no compartilhamento dos valores comuns que são transmitidos num processo educacional virtuoso. O zelo, a responsabilidade e o cuidado pelas coisas públicas surgem a partir desta realidade de identidade coletiva.

Crick posiciona a responsabilidade na lista dos conceitos morais e cívicos a serem aprendidos. Para ele, tal preceito precisa estar ancorado na experiência e no bom professor. Temas importantes devem estar na pauta de discussão dos jovens e dos adultos. As crianças devem aprender os valores, seja na escola ou na rua.⁷⁶³

O cidadão virtuoso tem um forte senso de reciprocidade fundado na cooperação e na confiança (altruísmo) que sustenta a ideia da cooperação dos bens coletivos. A virtude cívica permite, então, uma ampliação na atuação dos cidadãos como parceiros no empreendimento comum. Por isto é necessário que o cidadão realmente veja a si mesmo como parte da coletividade.

O cidadão virtuoso será, na visão de Dagger, aquele que desempenha seu papel na participação política como uma contribuição necessária para o bem da comunidade. O autor menciona que a sociedade civil deve atuar nesta esfera não somente para promover a civilidade no sentido de uma relação decente para os direitos e interesses de terceiros, incluindo o direito e interesse de autonomia individual mas, sobretudo, promover a civilidade no sentido de responsabilidade cívica dos cidadãos que trabalham em conjunto para o bem comum.⁷⁶⁴

⁷⁶³ CRICK, Bernard. *Essays on Citizenship*. Continuum: London and New York, 2008. p. 125-127.

⁷⁶⁴ O autor aduz que se esta participação ocorre muitas vezes perto de casa, em associações de bairro, reuniões municipais, eleições distritais e afins, deve ser especialmente eficaz fortalecendo os laços de comunidade. O envolvimento em organizações pode melhorar a comunicação entre os indivíduos dentro e fora do governo ao promover uma melhor compreensão dos assuntos públicos e um sentido de responsabilidade cívica. A participação nestas organizações devem levar as pessoas a olhar para o corpo político como um jogo de garantia exige altruísmo. DAGGER, Richard. *Civic Virtues*. Oxford Political Theory: New York, Oxford, 1997. p. 197ss.

Portanto, a educação atua como chave-mestra da cidadania, uma vez que se trata *conditio sine qua non* para sua efetivação. Tal perspectiva está expressa em vários documentos internacionais.⁷⁶⁵

Neste sentido, a educação cívica consiste numa premissa básica ao direito fundamental à defesa do patrimônio público, tendo em vista que a tutela deste bem pressupõe a atuação consciente do cidadão.

4. A proteção do patrimônio público econômico e a teoria da justiça intrageracional e intergeracional

A proteção do patrimônio público econômico está alicerçada no princípio da equidade intergeracional. Deste modo, a defesa dos bens que pertencem a todos visa assegurar a equidade das gerações presentes e futuras. O patrimônio público – seja no âmbito econômico (objeto do presente estudo), no âmbito dos recursos naturais (esfera ambiental) ou no âmbito histórico-cultural – deve ser protegido e preservado, tendo em vista a sustentabilidade e a equidade intra e intergeracional.

Todo o aparato de proteção do patrimônio público envolve estratégias, planejamento, estruturas, procedimentos, normatizações, sistemas e um conjunto de mecanismos no intuito de viabilizar a preservação e a utilização adequada dos recursos.

Portanto, o patrimônio público deve ser tutelado diante da necessidade de garantir os direitos das gerações presentes e de evitar sérios danos às gerações futuras. O patrimônio ambiental e o patrimônio histórico-cultural estão sedimentados no princípio da equidade intergeracional conforme o entendimento pautado na doutrina. Portanto, torna-se relevante a análise deste princípio no âmbito do patrimônio público econômico.

⁷⁶⁵ Para aprofundamento dos textos internacionais sobre este assunto ver: MONTEIRO, Agostinho Reis. Educação para a Cidadania: Textos Internacionais Fundamentais. Lisboa: CIE, 2001.

4.1 A equidade intergeracional no âmbito da sustentabilidade

É sabido que a sustentabilidade não está restrita à esfera ambiental. No sentido lato, a sustentabilidade está inserida em diversas realidades: social, econômica, financeira, entre outras. A análise da sustentabilidade torna-se fundamental a partir do momento em que se vislumbra situações insustentáveis ou vulneráveis.

Com os desequilíbrios gerados pelas crises no âmbito econômico-financeiro o Estado busca restabelecer à normalidade mediante práticas de sustentabilidade, o que requer um esforço de vários setores. Casalta Nabais menciona que a busca pela sustentabilidade na área da economia de mercado e da adequada cobertura das despesas públicas seja suportável para os membros da comunidade que são chamados a suportá-la.

O autor ressalta que a sustentabilidade pós-moderna se apresenta cada vez mais problemática nos tempos de profunda crise. A falta de crescimento econômico aliada à necessidade e imposição de correção dos graves desequilíbrios acumulados das contas públicas têm conduzido a uma carga fiscal próxima do limite que não é possível manter por muito tempo.⁷⁶⁶

Com intuito de diminuir as despesas, cortar os gastos e reequilibrar a economia, o Estado impõe várias exigências, inclusive, medidas de austeridade. Não obstante a adoção de medidas é necessário salvaguardar os recursos públicos visando à sustentabilidade em diversos domínios.

No tocante à equidade intergeracional, Nabais aduz que o equilíbrio requerido pela sustentabilidade parte-se da perspectiva que nem o passado pode tramar o presente nem o presente pode tramar o futuro. Para ele, os enormes custos que a atual situação de emergência econômico-financeira comporta de um ser repartidos pela cadeia de gerações – a geração passada, a geração presente e a geração futura – em conformidade com estrito princípio de solidariedade intergeracional.⁷⁶⁷

Neste sentido, a sustentabilidade está vinculada à equidade intergeracional. Canotilho aduz que o princípio da sustentabilidade na perspectiva jurídico-constitucional

⁷⁶⁶ NABAIS, José Casalta. Da sustentabilidade do Estado Fiscal. In: Sustentabilidade fiscal em tempos de crise / coordenadores: José Casalta Nabais, Suzana Tavares da Silva. Coimbra: Almedina, 2011. p. 55 e 56.

⁷⁶⁷ NABAIS, José Casalta. Da sustentabilidade do Estado Fiscal. In: Sustentabilidade fiscal em tempos de crise / coordenadores: José Casalta Nabais, Suzana Tavares da Silva. Coimbra: Almedina, 2011. p. 55 e 56.

transporta três dimensões: 1) sustentabilidade interestatal (inter-nacional) – equidade entre países pobres e ricos; 2) sustentabilidade geracional – que se refere a equidade entre os diferentes grupos etários da mesma geração (jovens e velhos); 3) sustentabilidade intergeracional – impositiva da equidade entre pessoas vivas no presente e pessoas que nascerão no futuro.⁷⁶⁸

O patrimônio público deve ser preservado e tutelado tendo em vista as três dimensões supracitadas. A sustentabilidade interestatal presente na premissa que a crise de um país afeta e gera consequências evidentes em outros países, bem como na comunidade global em geral. Pode-se citar o exemplo da recente crise de 2008 que gerou sérias consequências para Estados do mundo todo.

A proteção do patrimônio público também está inserida no contexto da sustentabilidade geracional, uma vez que o desvio de recursos e os danos causados ao patrimônio econômico comprometem a concretização dos direitos fundamentais, sobretudo, dos direitos sociais que dependem de recursos financeiros e da prestação dos serviços públicos (saúde, educação, moradia, entre outros).

No âmbito da sustentabilidade intergeracional verifica-se que os atos, os gastos exacerbados e as escolhas políticas podem comprometer as gerações futuras. Pode-se citar o problema complexo da dívida pública que transfere encargos financeiros para o futuro, podendo reduzir o espaço de atuação financeira e comprometer as gerações futuras.

Neste domínio, Canotilho aponta a questão da relevância do orçamento – e, conseqüentemente, da dívida pública – num processo de desenvolvimento sustentável. O autor elabora a seguinte indagação: qual a razão de a dívida pública se converter em problema de sustentabilidade não apenas orçamental, mas também econômico, social e ecológico? Ou ainda: que motivo conduz a considerar a dívida pública como um problema da democracia constitucional?

Segundo ele, as respostas concentram-se nos mecanismos de decisões parlamentares, porque: i. a dívida pública conduz a uma transferência de encargos para futuras gerações que no momento da decisão não estavam representadas no órgão parlamentar; ii. o parlamento, no modelo do Estado Social, dá guarida política e legislativa à tendência de expansão das tarefas estaduais, criando expectativas crescentes, com a conseqüente pressão no endividamento do Estado.

⁷⁶⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. Sustentabilidade – um romance de cultura e de ciência para reforçar a sustentabilidade democrática. In: Boletim da Faculdade de Direito. Vol. LXXXVIII, Tomo I. Coimbra, 2013. p. 05 e 06.

Na visão do autor, o endividamento público será sustentável quando aos encargos sobre as gerações futuras corresponderam iguais vantagens para estas gerações. O Tribunal Constitucional Alemão salientou esta ideia: os investimentos podem ser financiados com o recurso ao crédito desde que tenham um “Zukunftsbegünstigende Charakter”.⁷⁶⁹

Se a geração atual gasta os recursos de forma exacerbada pode gerar graves consequências às gerações futuras. Por outras palavras, as escolhas de hoje podem afetar as escolhas de amanhã. A justiça intergeracional impõe medidas de conscientização, bem como um sistema político preparado de forma a equilibrar o orçamento, as despesas e os gastos, sem comprometer o futuro das próximas gerações. O gerenciamento dos recursos deve, portanto, levar em conta não somente as realidades contingentes atuais mas também as gerações futuras.

Tais propostas devem estar amparadas em quatro vetores indispensáveis ao desenvolvimento dos projetos políticos que, segundo Canotilho, são os seguintes: a) *eficiência*, através da melhoria e aperfeiçoamento da relação entre a mobilização de recursos e a prestação alcançada; b) *suficiência*, possibilitadora de um novo balanceamento entre os bens materiais e imateriais, e da redução de utilização de recursos, em termos social e ecologicamente sustentáveis, baseado no novo modelo de bem-estar; c) *consistência*, expressa na adaptação da produção e do consumo aos ciclos naturais; d) *participação*, traduzida na democratização dos processos de decisão, a todos os níveis, do nacional ao internacional, aliada a uma maior auto-responsabilidade e auto-organização da própria sociedade.⁷⁷⁰

A insustentabilidade vivenciada ao longo dos anos trouxe graves consequências às gerações sucessoras. A instabilidade econômico-financeira faz com que empréstimos, dívidas e juros se prolonguem para além da geração endividada.

A sustentabilidade e o princípio da justiça intergeracional devem ser conciliados no âmbito do compartilhamento dos recursos públicos. Deste modo, o patrimônio público

⁷⁶⁹ A expressão pode ser traduzida por “caráter favorável para o futuro”. CANOTILHO, J.J. Gomes. Sustentabilidade – um romance de cultura e de ciência para reforçar a sustentabilidade democrática. In: Boletim da Faculdade de Direito. Vol. LXXXVIII, Tomo I. Coimbra, 2013. p. 09ss.

⁷⁷⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. Sustentabilidade – um romance de cultura e de ciência para reforçar a sustentabilidade democrática. In: Boletim da Faculdade de Direito. Vol. LXXXVIII, Tomo I. Coimbra, 2013. p. 08.

deve ser tutelado conforme as necessidades contingenciais das gerações presentes, sem comprometer as gerações futuras.

4.2 A responsabilidade intrageracional e intergeracional

No âmbito da equidade intergeracional surgem novas perspectivas da responsabilidade. As obrigações se estendem numa lógica de prognose, lançada para o futuro, por se projetar numa esfera de intertemporalidade.

Não se trata de um sacrifício total por parte das gerações presentes, mas de uma responsabilidade alargada, assimétrica e, portanto, diferenciada. Trata-se de uma responsabilidade voltada para a consciência de que os gastos e as despesas presentes podem gerar consequências negativas às gerações futuras. E não somente para as futuras. Nesta vertente, tais atos podem gerar sérios danos à geração presente também como, por exemplo, os efeitos da crise financeira que tem evidenciado um cenário desfavorável às gerações presentes.

Neste sentido, Hans Jonas aduz que a responsabilidade em relação à humanidade futura significa um dever para com a existência futura. Para ele, na era contemporânea, em decorrência do direito daqueles que virão, existe um dever como agentes causais, graças ao qual nós assumimos para com eles a responsabilidade por nossos atos cujas dimensões impliquem repercussões de longo prazo.

O autor identifica a responsabilidade intergeracional no aspecto ambiental ao afirmar que um patrimônio degradado degradaria igualmente os seus herdeiros. Então, a proteção do patrimônio impõe a exigência de permanecer semelhante ao que ele é, ou seja, de protegê-lo. Trata-se de assumir a responsabilidade pelo futuro do homem.⁷⁷¹

O viés diferenciado desta responsabilidade é o fato de sua vinculação ao postulado da «intergeracionalidade», ou seja, tem como objeto a tutela patrimonial de forma sustentável, tendo em vista as gerações futuras.

⁷⁷¹ O autor traça a equidade intergeracional na perspectiva ambiental. Mas, a citação selecionada pode ser usada também na perspectiva do patrimônio econômico. HANS, Jonas. O princípio da responsabilidade. Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Contraponto. Editora PUC Rio. 2006. p. 92 e 353.

Conforme menciona Morato Leite, este postulado além de conduzir a uma relação assimétrica entre os titulares de deveres e os beneficiários de direitos, impõe um compromisso jurídico de solidariedade intergeracional. Isto resulta numa estreita indissociabilidade entre interesses comunitários temporalmente distantes que devem ser levados em consideração no processo de decisão quanto à concretização dos objetivos de proteção do bem.⁷⁷²

Tal concepção está baseada na ação responsável diferenciada que se distancia dos paradigmas tradicionais, ou seja, da ação atrelada à culpa mediante um nexo de causalidade. A responsabilidade pelo futuro está pautada na ação que sustenta eticamente o agir humano, uma ação fundamentada nos valores e nas virtudes (moral, prudência, precaução, entre outros) que é suscitada no interior de cada um em razão dos outros ou em solidariedade.⁷⁷³

Neste sentido, é que Denninger aborda a solidariedade como dos pilares do novo trinômio contemporâneo “diversidade, segurança e solidariedade”. A sociedade pós-moderna deve agir conforme a solidariedade em relação aos demais indivíduos, bem como às gerações vindouras.⁷⁷⁴ Nesta perspectiva, Catherine Thibierge apresenta uma responsabilidade baseada no futuro, centrada na responsabilidade preventiva/antecipatória no tocante à ameaça de riscos sérios e ofensas aos interesses essenciais da humanidade.⁷⁷⁵

Esta responsabilidade voltada para o futuro visa tutelar o patrimônio público, conforme os parâmetros do desenvolvimento sustentável em todas as esferas. Neste sentido, Bosselmann desenvolve o conceito holístico de desenvolvimento ecologicamente sustentável, na seguinte vertente: “não pode haver prosperidade econômica sem justiça

⁷⁷² LEITE, José Rubens Morato. *Transdisciplinariedade e a proteção jurídico-ambiental*. Direito Ambiental Contemporâneo. Barueri, SP: Manole, 2004. p. 115.

⁷⁷³ GARCIA, Maria da Glória F.P.D. Estudos de Direito do Ambiente e de Direito do Urbanismo. Coordenação de Marcelo Rebelo de Sousa e Carla Amado Gomes. Instituto de Ciências Jurídico-Políticas Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Novembro/2011. p. 26ss.

⁷⁷⁴ Do trinômio tradicional da Revolução Francesa “liberdade, igualdade e fraternidade” emerge um novo trinômio “diversidade, segurança e solidariedade”. DENNINGER, Erhard. Segurança, Diversidade e Solidariedade ao invés de Liberdade, Igualdade e Fraternidade. In Revista Brasileira de Estudos Políticos, vol.88, dezembro de 2003, p. 37ss

⁷⁷⁵ THIBIERGE, Catherine. “*Avenir de la Responsabilité, Responsabilité de l’Avenir...*” p. 577ss.

social; não pode haver justiça social sem prosperidade econômica e ambas dentro dos limites de sustentabilidade ecológica”.⁷⁷⁶

Hans Jonas assevera que o horizonte da responsabilidade é fornecido muito mais pelo futuro indeterminado do que pelo espaço contemporâneo da ação. Assim, a política pública teve que lidar com essas questões de projeções temporais longas. O Estado terá que lidar com situações futurísticas, diante de uma obrigação prática perante a posteridade de um futuro distante.

Esta é a vertente que Catherine Thibierge propõe quanto à transformação do dever ético de responsabilidade do futuro, consistente numa verdadeira obrigação jurídica.⁷⁷⁷

Desta maneira, pode-se verificar um liame cognitivo consistente no desenvolvimento econômico e social que visa respeitar e proteger o patrimônio público, o qual exige a participação do cidadão na defesa dos recursos e bens públicos, sob o ângulo da sustentabilidade. Esta ideia pressupõe um comando ou direção do Estado. Vislumbra-se, neste modelo, uma relação tríade no âmbito do desenvolvimento sustentável ao interagir as iniciativas econômicas, sociais e estatais (mercado, sociedade e Estado).

A responsabilidade do futuro se constrói no presente em deveres de agir exigidos pela dinâmica do direito. Este direito, segundo Maria da Glória, cada vez mais terá de abandonar a fórmula da norma jurídica rígida, a aplicar ao caso concreto, e tender a manifestar-se através de princípios que dirigem a ação: princípio do desenvolvimento sustentável, no princípio da precaução, no princípio da responsabilidade pelo futuro, no princípio da colaboração interestadual, no princípio da coerência, entre outros.⁷⁷⁸

Este mister pressupõe a conjugação de diversos fatores interligados numa ótica diferenciadora, mas complementar e cooperada de ações institucionais – Estado, sociedade e mercado – centrados no objetivo de prevenção e tutela do patrimônio público.

⁷⁷⁶ ARAGÃO, Alexandra. *Klauss Bolseman – The principle of sustainability: transforming Law and Governance*. Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente. nº 21, Ano XI- 1- 2008. p.171.

⁷⁷⁷ THIBIERGE, Catherine. “*Avenir de la Responsabilité, Responsabilité de l’Avenir*” – Le Recueil Dalloz, 4 Mars, nº 9, 2004. p. 578.

⁷⁷⁸ GARCIA, Maria da Glória F.P.D. Estudos de Direito do Ambiente e de Direito do Urbanismo. Coordenação de Marcelo Rebelo de Sousa e Carla Amado Gomes. Instituto de Ciências Jurídico-Políticas Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Novembro/2011. p. 26ss.

Neste sentido, Hans Jonas retoma a ética sob a fórmula do antigo imperativo categórico de Kant: “Aja de modo que tu também possas querer que tua máxima se torne lei geral”. O autor elabora um novo imperativo: “Aja de modo a que os efeitos da tua ação sejam compatíveis com a permanência de uma autêntica vida humana sobre a Terra”.⁷⁷⁹

E qual seria o imperativo a ser elaborado no cenário atual para tutela do patrimônio público econômico? Aos agentes públicos: “Aja de modo que tua ação seja direcionada à estrita prossecução do interesse público, com vistas a gerir com eficiência a *res publica*?” Aos cidadãos: “Aja de modo que tua ação seja direcionada à participação e atuação na defesa do patrimônio público?”

O objeto da responsabilidade do cidadão contemporâneo é a *res publica*, ou seja, a coisa pública em sentido lato. Hans Jonas menciona que uma república é potencialmente a coisa de todos, mas realmente só o é nos limites do cumprimento dos deveres gerais da cidadania. Este homem ao longo da duração de seu mandato ou poder assume a responsabilidade pela totalidade da vida da comunidade, por aquilo que denominamos de bem público.⁷⁸⁰

É nesta perspectiva que Castanheira Neves expõe que o homem não pode se compreender apenas como destinatário e titular de direitos, mas autenticamente como o sujeito do próprio direito e assim não apenas beneficiário dele, mas comprometido com ele. O direito não deve ser reivindicado no cálculo e sim assumido na existência, não como uma externalidade apenas referida pelos efeitos, sancionatórios ou outros, *mas como uma responsabilidade vivida no seu sentido*.⁷⁸¹

O sentido da participação pública na esfera jurídico-constitucional está plasmado no direito fundamental à proteção do patrimônio público econômicos, correspondendo, portanto, ao direito-dever de tutelar a *res publica*. Exige-se um comprometimento e uma “responsabilidade vivida no seu sentido”: responsabilidade para com a própria sobrevivência, qualidade de vida e dignidade das gerações presentes, sem deixar dívidas e nem comprometer às gerações futuras.

⁷⁷⁹ HANS, Jonas. O princípio da responsabilidade. Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Contraponto. Editora PUC Rio. 2006. p. 44 e 47.

⁷⁸⁰ HANS, Jonas. O princípio da responsabilidade. Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Contraponto. Editora PUC Rio. 2006. p. 180.

⁷⁸¹ NEVES, Castanheira. *O direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito*. Instituto Piaget, 2002. p. 75.

Portanto, a proteção do patrimônio público está inserida nesta nova gênese jurídica que resgata os valores da vivência em comunidade, mediante a preocupação com a defesa da *res publica*. O direito fundamental à proteção do patrimônio público econômico deve ser constituído a partir deste contexto sedimentado nos paradigmas da responsabilidade, da governança e dos princípios constitucionais que visam salvaguardar os bens que pertencem a todos.

CONCLUSÃO

“O melhor governo é aquele que ensina o povo a governar a si mesmo. Ou seja, é aquele que propicia transparência quanto aos seus atos e meios que permitam à sociedade opinar e participar das decisões de governo.” (Goethe)

Os desafios evidenciados no contexto contemporâneo, como a busca por credibilidade do poder público, eficácia na gestão, eficiência na utilização dos recursos públicos, combate à corrupção, transparência dos atos do poder estatal, entre outros, têm ocupado a agenda dos governos.

Diante destes desafios, a efetivação dos instrumentos de tutela do patrimônio público econômico torna-se importante devido às consequências maléficas causadas pelas práticas que lesam a *res publica*. As incessantes violações ao patrimônio público mediante as práticas corruptas, as ingerências indevidas, o desperdício e a ineficiência maculam a gestão pública e comprometem a concretização dos direitos básicos dos indivíduos.

No decorrer da história, chega-se ao ápice dos arranjos institucionais dispostos a controlar e a responsabilizar os administradores. O arcabouço jurídico está pautado na governança, *accountability* e nos demais princípios que norteiam a conduta do agente público. A proximidade do setor público com o setor privado, por meio de parcerias, concessões, publicizações e privatizações, as crises econômico-financeiras, o crescimento das demandas, as complexidades decorrentes das sociedades plurais são situações que o Estado tem se deparado nos últimos anos.

Em meio a estas problemáticas, o patrimônio público encontra-se num ambiente vulnerável. O cenário demonstra a necessidade de se reconhecer o direito fundamental à proteção do patrimônio público econômico. Trata-se do direito que o cidadão tem de defender a *res publica* contra as violações e as ingerências indevidas.

Neste sentido, foram analisadas e desenvolvidas as premissas centrais que amparam este direito fundamental. A abordagem do tema partiu de uma ordem concatenada das premissas: histórica, contemporânea, teórica, principiológica, conceitual, sistemática, pragmática e paradigmática.

O contexto histórico apresentado demonstra uma trajetória não linear, um desencadear de acontecimentos que vislumbra os caminhos e os descaminhos, as conquistas e as transformações que ocorreram no decorrer dos séculos, em vários domínios, sobretudo, na relação entre Estado e indivíduo.

As reminiscências deixadas pela civilização grega – a vida cívica e o dever do cidadão na proteção da coisa pública – foram consolidadas num legado que se destaca nos discursos contemporâneos. Além deste legado, podem ser ressaltados outros valores e postulados verificados em outras épocas, a saber: os preceitos jurídicos deixados pelos romanos que consagraram os cânones tradicionais do Direito; a Idade Média marcada pela instabilidade e a fragmentação do poder que serviu para consolidar as bases do Estado Absoluto centrado no poder único e soberano. Este, por sua vez, deu impulso às Revoluções liberais que consubstanciaram, de certa forma, a passagem para o Estado Social que marcaram os paradigmas do Estado contemporâneo.

Todo este contexto histórico serviu para a consolidação da democracia e da cidadania, preconizadas como postulados relevantes do debate atual, sobretudo, no que tange aos direitos fundamentais. O processo contínuo de surgimento dos direitos fundamentais tem suas raízes reveladas na história vivenciada por lutas, revoluções e desafios.

Não há como reconhecer um direito fundamental sem contextualizá-lo no momento histórico que o precede. Portanto, o contexto histórico apresenta um cenário propício ao reconhecimento do direito fundamental à proteção do patrimônio público econômico, principalmente, na dimensão da consolidação dos direitos difusos, nos processos democráticos e participativos estabelecidos na ordem jurídica.

Os direitos fundamentais surgem dentro de um contexto a partir da evidência da necessidade de se reivindicar, reconhecer e de se tutelar algum bem que, naquele momento, se tornou essencial ao ser humano. Para compreender as necessidades da

realidade contemporânea é preciso analisar diversos fatores, os quais demonstram um ambiente favorável ao reconhecimento deste direito fundamental.

Destacam-se, neste sentido, algumas mudanças profundas ocorridas no sistema administrativo após o despontar do século XXI, como o processo de reforma política-administrativa (*New Public Management* e *New Public Governance*) centrado na ideia de governança e na proposta de um governo aberto à participação social.

Por outro lado, observa-se que o discurso atual baseado no pós-positivismo é propício para a afirmação deste direito, tendo em vista o resgate dos valores morais e éticos, o sistema jurídico pautado por princípios, a nova exegese dos direitos e a efetivação dos direitos fundamentais numa dinâmica neoconstitucional.

No contexto econômico-social ressalta-se um cenário de crises financeiras e de transformações salutares na relação entre Estado, sociedade e mercado diante das medidas e tentativas de sanar os efeitos da crise. Observa-se que a “mão visível do Estado” amparou e amenizou os males da realidade provocada pela “mão invisível do mercado” para salvar a economia.

Neste domínio, verifica-se que as inúmeras opções políticas estão condicionadas pelos fatores econômicos no âmbito das finanças públicas. A conjugação destes fatores leva à constatação na pós-modernidade da necessidade de cooperação entre Estado e atores sócio-econômicos. Ambos, conjugados numa perspectiva de colaboração e corresponsabilidade poderão responder aos desafios advindos das crises, às diferentes demandas financeiras e aos novos questionamentos.

Portanto, todos os âmbitos analisados – jurídico-filosófico, político-administrativo e econômico-social – revelam cenários que corroboram o reconhecimento do direito fundamental à proteção do patrimônio público. Neste mister, destaca-se o caráter vinculativo da democracia centrado no dever e na responsabilidade cívica, tendo em vista a necessidade de controle social e fiscalização do poder público, sobretudo, a exigência de atuação do cidadão nas decisões jurídico-políticas como corresponsável pela tutela da coisa pública.

Não obstante a apresentação das realidades histórica e contemporânea, a análise teórica e dogmática é de extrema para o reconhecimento deste direito. As premissas

teóricas – teoria geracional; teoria jurídico-constitucional e teoria democrática-funcional dos direitos fundamentais – amparam este direito fundamental.

Deste modo, a mera alegação da relevância do direito centrada apenas na necessidade de tutela do bem violado não é suficiente para este processo de reconhecimento e consolidação. Para se conceder o *status* ou caráter «fundamental» a um direito há que se verificar a existência de alguns elementos que o configure como tal.

Neste sentido, a fundamentalização de um direito encontra-se radicada em alguns postulados precípuos que faz com que aquele direito obtenha um *status* diferenciado dos demais e seja levado ao patamar jurídico-constitucional, dotado de um regime distinto e uma tutela reforçada.

O fenômeno da panjusefundamentalização surge mediante os discursos vazios de fundamentos teóricos jurídicos, gerando a banalização dos direitos, colocando em risco o caráter fundamental dos demais direitos. Portanto, a abordagem da «fundamentalidade» dos direitos tornou-se condição *sine qua non* para a determinação, afirmação e consolidação dos direitos fundamentais.

No estudo, vislumbrou-se que o direito à proteção do patrimônio público consiste num autêntico direito fundamental, passível de ser enquadrado no âmbito jurídico-constitucional, inserido na dimensão democrática-funcional e centrado na ideia de direito-dever. Verificou-se que ele está amparado e fundado em princípios jurídico-constitucionais: princípio do Estado de Direito, princípio democrático, princípio republicano, princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da separação dos poderes, bem como os subprincípios da responsabilidade, da moralidade e sustentabilidade. Portanto, trata-se de um direito dotado de caráter jusfundamental.

A delimitação do bem a ser tutelado torna-se imprescindível na esfera jurídico-constitucional. Ressalta-se, neste sentido, que o patrimônio público econômico consiste no conjunto de bens, dinheiros e valores – direitos e créditos – de natureza econômica (passíveis de avaliação pecuniária) pertencentes ao Estado. Tais elementos (bens, dinheiros e valores) compõem o acervo ou o conteúdo do patrimônio público econômico.

Deste modo, torna-se importante avaliar todas as formas de gerenciamento, organização e normatização deste bem. A complexidade da gestão do patrimônio (ativos e passivos) e de suas variações (receitas e despesas) no âmbito estatal não se apresenta apenas no debate sobre recursos financeiros e orçamentários, mas também na definição

de objetivos e na capacidade de concretização de políticas públicas, influenciando todas as etapas do ciclo gerencial, desde *inputs*, processos, *outputs*, até os resultados e impactos esperados pela sociedade. Além da delimitação do bem, tornam-se relevantes o enquadramento e a titularidade deste direito. Nesse sentido, o direito fundamental à proteção do patrimônio público econômico pode ser enquadrado na terceira geração como um direito difuso. A titularidade pertence ao cidadão, ou seja, ao indivíduo que possui vínculo jurídico com o Estado e participa da vontade jurídico-política.

Na dimensão pragmática são identificadas as práticas que violam o patrimônio público econômico. Os males que dilapidam os recursos públicos são identificados por diversos tipos e nomenclaturas, algumas mais conhecidas ou mais evidentes como a corrupção, a sonegação ou evasão fiscal, o nepotismo e a improbidade administrativa. Outras formas não são tão conhecidas ou até mesmo são camufladas como, por exemplo, as políticas públicas para obtenção de benefícios pessoais, os gastos extravagantes com aquisição de bens públicos luxuosos, entre outros.

A identificação das práticas que lesam o patrimônio público econômico é essencial para que se possa estabelecer mecanismos e instrumentos eficazes de proteção do patrimônio, visando combater tais violações. Os problemas causados pelos atos de corrupção e por outros ilícitos podem abalar a estabilidade e a confiança das sociedades em detrimento dos valores democráticos, além de gerar uma estagnação no desenvolvimento sustentável dos países.

A descrença no poder público e demais consequências maléficas geradas pelas incessantes práticas corruptas retomam a necessidade de se debater as formas de limitação e controle do poder, mediante a responsabilização dos agentes que fazem do aparato político um mero instrumento para prossecução de seus próprios interesses.

No âmbito jurídico, sempre que houver uma ameaça, violação ou lesão a um direito deverá haver uma forma de tutela correspondente, pelo menos na esfera teórico-discursiva dos direitos humanos e fundamentais tal lógica deve ser primada. Tal correspondência não consiste num código binário preciso – direito/dever, violação/defesa ou lesão/reparação – tendo em vista as complexidades que envolvem alguns direitos com as respectivas tutelas.

As violações ao patrimônio público econômico são complexas e ultrapassam as vertentes jurídico-positivistas na seara da corrupção. No sentido amplo, as violações e os

danos transcendem os moldes jurídicos, por abranger outras esferas – econômicas, sociais e culturais –, portanto, os mecanismos de tutela também devem ser diversificados.

Neste domínio, ressaltam-se as diversas formas de controle social mediante associações, organizações, mídia e a atuação do cidadãos em diversas esferas. A ação popular destaca-se como uma ação primordial, sobretudo, por consistir no instrumento que o cidadão possui para coibir todos os atos praticados contra o patrimônio público.

Não obstante a complexidade da definição dos mecanismos de tutela decorrente das várias formas de violação do patrimônio público, ressalta-se a necessidade de se estabelecer um regime jurídico de proteção reforçada. Por se tratar de um direito fundamental deve ser tutelado por meio de um regime jurídico garantístico de nível reforçado.

Diante dos desafios, Estado e sociedade terão que se organizar na medida da gestão pública participativa. Deste modo, a realidade contemporânea, permeada por males como a crise de credibilidade, a irresponsabilidade e a insustentabilidade, deve estar centrada nas respostas a eles por meio da responsabilidade, *accountability*, responsividade e democracia sustentada. Para tal mister, é imprescindível a adoção de alguns paradigmas norteadores do aparato administrativo: a *governance*, a boa administração, a educação cívica e a preocupação com as gerações futuras.

Neste contexto, torna-se imprescindível o reconhecimento do direito fundamental à proteção do patrimônio público econômico. Em suma, verificam-se premissas elementares que amparam a sedimentação deste direito, a saber:

- a) *Histórica*, basea-se na evolução dos direitos fundamentais inserida na vertente da relação entre Estado e indivíduo que coaduna com a afirmação do direito à proteção do patrimônio público econômico
- b) *Contemporânea*, centrada no cenário propício existente nas esferas política, social, filosófica, econômica e administrativa, sobretudo, na constatação das violações e na necessidade de tutela da *res publica*
- c) *Teórica*, consiste na afirmação de que se trata de um autêntico direito fundamental a ser inserido no âmbito jurídico-constitucional, uma vez que possui os pressupostos, os princípios fundantes e estruturantes;
- d) *Conceitual*, a partir da delimitação do bem a ser tutelado, tendo em vista que o patrimônio público econômico consiste no conjunto de bens, dinheiros e

valores – direitos e créditos – de natureza econômica (passíveis de avaliação pecuniária) pertencentes ao Estado;

- e) *Sistemática*, a qual permite o enquadramento na terceira geração dos direitos fundamentais como um direito difuso-coletivo, cuja titularidade pertence ao cidadão;
- f) *Pragmática*, mediante a possibilidade de ser violado de várias formas (corrupção ou qualquer uso da função pública para obtenção de benefícios privados, sonegação fiscal, etc);
- g) *Garantística*, na perspectiva da existência de mecanismos de prevenção e defesa consagrados na ordem jurídica, destacando-se, a ação popular como meio idôneo ao cidadão na proteção do patrimônio público;
- h) *Paradigmática*, vislumbrada a partir da análise dos desafios, tendências e paradigmas no âmbito do reconhecimento deste direito fundamental, sobretudo, no que tange à sustentabilidade estatal, à governança e à gestão pública participativa.

No início do trabalho foram apresentadas algumas frases ditas pelo povo nas manifestações: “O gigante acordou” e “Queremos nossas vidas”. Que cada cidadão possa não somente ter o direito de se manifestar ou protestar contra as malversações dos bens e recursos públicos – direito da liberdade de expressão – mas que ele possa ter assegurado o direito fundamental de proteger efetivamente o patrimônio público econômico.

De tudo, ficam três certezas: a certeza de que o estudo deste direito fundamental está apenas iniciando, a certeza de que é preciso continuar e a certeza de que sempre se tem a sensação de que fomos interrompidos antes de terminar.⁷⁸²

No entanto, destas três certezas resta apenas uma: a certeza de que a questão não se deu por encerrada, mas, um grande passo foi dado ao se propor o reconhecimento do direito fundamental à proteção do patrimônio público econômico.

⁷⁸² Fernando Tavares Sabino, Belo Horizonte. [.http://pt.wikiquote.org/wiki/Fernando_Sabino](http://pt.wikiquote.org/wiki/Fernando_Sabino).

BIBLIOGRAFIA

- A. CROIZET/Genuino Amazonas de Figueiredo. *A cidadania na Grécia e em Roma*. 2ª ed. Brasília: Senado Federal, Ministério da Ciência e Tecnologia, 2002.
- ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson. Nem cidadãos nem seres livres: o dilema político do indivíduo na ordem liberal-democrática. *Dados: Revista de Ciências sociais*, v. 28, n. 1, 1985.
- ABREU, Alzira Alves. O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro: atuação e relação com a imprensa. *Direitos e Cidadania. Justiça, Poder e Mídia*. Fundação Getúlio Vargas, 2007.
- ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano. Fundamentos do Direito Constitucional*. Trad. Mauro R. Mello. Belo Horizonte: Del Rey. 2006.
- ACKERMAN, Rose. *Corruption: a Study in Political Economy*, 1978.
- ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica. Para uma Teoria da Dogmática Jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- ALEXY, Robert. “Colisão de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático e realização dos direitos fundamentais.” *Revista de Direito Administrativo, Renovar*, jul/set. 1999.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2008.
- ALLINGHAM, Michael G. e SANDMO, Agnar. Income tax evasion: a theoretical analysis. *Journal of Public Economics*. Amsterdam: North-Holland Publishing Company, V. 1, 1972.
- ALMEIDA, Alberto Carlos. *A Cabeça do Brasileiro*. Rio de Janeiro: Record, 2007.
- ALMEIDA, Gregório Assagra. *Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- AMIT, Ron. Modes of Democratic Governance. *Oxford Handbook of Governance*. Edited by: David Levi-Faur. Oxford: University Press, 2012.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *A Justiça Administrativa*. Almedina editora. 2012.
- ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª ed. Coimbra: Almedina. 2004.
- ANSELL, Chris. Collaborative Governance. *Oxford Handbook of Governance*. Edited by: David Levi-Faur. Oxford: University Press, 2012.

- ARAGÃO, Alexandra. Klaus Boltmann – The principle of sustainability: transforming Law and Governance. *Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*. nº 21, Ano XI- 1- 2008.
- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.
- ARENDT, Hannah. *Crises da República*. Trad.: José Volkmann. São Paulo: Perspectiva, 2008.
- ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. São Paulo: Perspectiva, 2011.
- ARENDT, Hannah. *Verdade e Política*. Lisboa: Relógio d'água. 1995.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. Quetzal. 2009.
- ARISTÓTELES. *Política*. Clássicos Políticos. Edición Bilingüe. Madrid: Instituto de Estudios Políticos. 1951.
- ASSIS, Olney Queiroz e outros. *História da Cultura Jurídica. O Direito na Grécia*. São Paulo: Método, 2010.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- BARBOSA, Rui. O Supremo Tribunal Federal na Constituição Brasileira. *Revista do Supremo Tribunal*, vol. 2, 2ª pt., ag./dez. 1914.
- BARBOSA, Rui. *Obras Completas de Rui Barbosa*, v. 20, t. 5. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1893.
- BARKER, Sir Ernest. *Teoria Política Grega*. Trad. Sérgio F. G. Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1978.
- BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio da direito constitucional no Brasil”. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. nº 9, Maio 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 18ª ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BEHN, Robert D. *Rethinking Democratic Accountability*. Washington, DC, Brookings Institution Press, 2001.
- BILHIM, João Abreu de Faria. *Gestão Estratégica de Recursos Humanos*. Lisboa: ISCSP, 2009.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. De Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. Brasília: Ed. UNB, 1991.

- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política*. Trad. Daniela B. Versiani. Rio de Janeiro: Campus. 2000.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 20^a ed., Malheiros. 2007.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 8^a ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BOUTMY, Émile. *Estudos de Direito Constitucional*. Sorocaba, São Paulo: Ed. Minelli. 2006.
- BRESSER PEREIRA, Luis Carlos e Nuria Cunill Grau. *O público não-estatal na reforma do Estado*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Cidadania e res publica: a emergência dos direitos republicanos*. Brasília: ENAP, 1997.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Construção do Estado e Administração Pública. Uma abordagem histórica*. FGV-EAESP/GV. *Relatório de Pesquisa* nº 27 /2005.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Estratégia e estrutura para um novo Estado*. *Revista de Economia Política*, vol. 17, nº 3 (67), jul-set, 1997.
- BRITO, Wladimir. *Contributo para uma teoria da responsabilidade pública do Estado por acto de função pública soberana*. *Separata da Revista do Ministério Público*, nº 89. Lisboa. 2002.
- BRITTO, Carlos Ayres. *A separação dos poderes na Constituição da República*. *Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal*. Brasília, nº 9, 1979.
- CANHEU, Gustavo Casagrande. *Ação popular no Direito Português: similaridades e disparidades com o direito brasileiro*. *Ação Popular. Aspectos relevantes e controvertidos*. São Paulo: RCS Editora, 2006.
- CANOTILHO, J.J. Gomes e Vital Moreira. *Constituição da República Portuguesa anotada*. Vol I. Coimbra editora, 2007.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade*. Coimbra: Almedina editora, 2008.
- CANOTILHO, J.J. GOMES. *Direito Constitucional Ambiental Português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português*. *Direito Constitucional Ambiental brasileiro*. Saraiva 2007.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Lisboa: Almedina. 7^a ed. 2009.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra editora. 2004.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *O Estado adjetivado*. Disponível in: www.pge.rs.gov.br/revistas/revista_pge_56.pdf

- CANOTILHO, J.J. Gomes. *O Tribunal de Contas como Instância dinamizadora do Princípio Republicano V Assembleia-Geral da organização das ISC da CPLP*. Lisboa: Centro de Estudos e Formação, 2008.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. Sustentabilidade – um romance de cultura e de ciência para reforçar a sustentabilidade democrática. In: *Boletim da Faculdade de Direito*. Vol. LXXXVIII, Tomo I. Coimbra, 2013.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. Ter cidadão/ser cidadão. Aproximação à historicidade da implantação cidadã. *Texto do Doutoramento Direito, Justiça e Cidadania no Séc. XXI*. Universidade de Coimbra, 2007.
- CARTIER-BRESSON, Jean. Corrupções, Liberalizações e Democratizações. In: *Programa Euro Brasil, MPOG. Original: Revue Tiers Monde*, nº 161, jan-mar. 2000.
- CARTIER-BRESSON, Jean. La Banque Mondiale, la Corruption et la Gouvernance. *Revista Tiers Monde*, tome 41, nº 160, jan/mar. 2000.
- CARVALHO, J. Eduardo. *Metodologia do Trabalho Científico*. Lisboa: Escolar, 2009.
- CARVALHO, Orlando de. *Direito das Coisas – Do direito das Coisas em Geral*. Coimbra Editora.1977.
- CASANOVA, J. A. Gonzalez. *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Barcelona: Vicens Vives, 1994,
- CATARINO, João Ricardo. *Princípios de Finanças Públicas*. Coimbra: Almedina, 2011.
- CAVALCANTI, Augusto Sherman. O processo de contas no TCU: o caso de gestor falecido. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v. 30, n. 81, jul./set. 1999.
- CHEEMA, G. Shabbir. Linking Governments and Citizenship through Democratic Governance. In: *Public Administration and Democratic Governance: Governments Serving Citizens*. United Nations Publication, 2007.
- CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- COMPARATO, Fábio Konder. Repensar a democracia. In: *Democracia, Direito e Política*. Florianópolis: Conceito Editorial. 2006.
- CONSTANT, Benjamin. *A liberdade dos antigos comparada com a dos Modernos*, 1819.
- CORRAL, Benedito Alávez. *Nacionalidad, ciudadanía y democracia*. Madrid: Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.
- CORREIA, Fernando Alves. Os direitos fundamentais e a sua proteção jurisdicional efetiva. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXIX, 2003.

- CPC - Conselho de Prevenção da Corrupção do Tribunal de Contas de Portugal. *Recomendação de 07 de novembro de 2012 sobre gestão de conflito de interesses no setor público*, 2012.
- CRICK, Bernard. *A democracia*. Trad. Carla Hilário Quevedo. Vila Nova: Quasi Edições, 2002.
- CRICK, Bernard. *Essays on Citizenship*. Continuum: London and New York, 2008.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Um exame crítico-deliberativo da legitimidade da nova ordem econômica internacional. *Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- CRUZ, Paulo Márcio da. SIRVENT, José Francisco Chofre. “Ensaio sobre a necessidade de uma teoria para a superação democrática do Estado constitucional moderno.” In: *Novos Estudos Jurídicos*. Vol. 11, nº 1, Jan-Jun, 2006.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. Valores e Virtudes no Aprofundamento do Estado de Direito. In: *POLIS. Revista de Estudos Jurídico-Políticos* nº 17, 2008.
- DAGGER, Richard. *Civic Virtues*. Oxford Political Theory: New York, Oxford, 1997.
- DAGGER, Richard. Neo-republicanism and the civic economy. In: *Politics Philosophy Economics June*, vol. 5 no. 2, 2006.
- DAHL, Robert. *Um prefácio à teoria democrática*. Rio de Janeiro: Zahar, 1989.
- DALLARI, Adilson Abreu. A responsabilidade do agente político. *Anais da XVII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil: Justiça, realidade e utopia*. Jun. 2000.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 28ª ed. 2009.
- DELANTY, Gerard. *Citizenship in a global age. Society, culture, politics*. Open University Press. Buckingham: Philadelphia, 2000.
- DENHARDT, Robert B. and Janet Vinzant Denhardt. *The New Public Service: Serving Rather than Steering*. London, England. 2007.
- DENNIGER, Erhard. Segurança, Diversidade e Solidariedade ao invés de Liberdade, Igualdade e Fraternidade. In *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, vol.88, Dez. 2003.
- Department of Economic and Social Affairs. Unlocking the Human Potential for Public Sector Performance. In: *World Public Sector Report 2005*. United Nations New York, 2005.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. A defesa do cidadão e da *res publica*. *Revista do Serviço Público*, Ano 49, nº 2, Abr-Jun 1998.
- DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 20ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

- DIAS, Jorge de Figueiredo. O papel do Direito Penal na proteção das gerações futuras. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas Básicos da Doutrina Penal*. Coimbra: Coimbra, 2001.
- DIMOULIS, Dimitri. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- DIXON, John and Mark Hyde. Global Governance Considerations for World Citizenship. In: *Citizenship. A reality far from ideal*. Great Britain, 2009.
- DOWER, Nigel. *Na introduction to Global Citizenship*. Edinburgh, 2003.
- DWORKIN, Ronald. *Talking Rights Seriously*. Cambridge Mass. Havard University Press, 1977.
- DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Havard University Press, 1985.
- DUTRA, Graciele Neto Cardoso Lins. A governança como paradigma do direito fundamental à proteção do patrimônio público no âmbito dos Estados-Membros. In: *Debater a Europa. Diálogos Europeus*. n. 9, Jul-Dez 2013.
- ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. São Paulo: Perspectiva, 2008.
- FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. *Paradigmas inclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados*. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2005.
- FELD, Lars P.; FREY, Bruno S. Tax Compliance as the Result of a Psychological Tax Contract: The Role of Incentives and Responsive Regulation. *Law & Policy*. V. 29, n. 1, 2007.
- FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil. Jurisdição e Competência*. Vol. 3. 2ª Ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.
- FERNANDES, José Pedro. *Domínio Público*. Dicionário Jurídico da Administração Pública. Vol. IV, 1991.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A corrupção como fenômeno social e político. *Revista de Direito Administrativo* nº 185, Jul-Set, 1991.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A Democracia possível*. São Paulo: Saraiva 1979.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 3ªed. São Paulo: positivo, 2004.
- FERREIRA, Eduardo Paz. Endividamento e Soberania nacional. In: *A Crise e o Direito*. Coord.: Jorge B. Gouveia e Nuno Piçarra. Almedina: Coimbra, 2013.
- FERREIRA, Eduardo Paz e Marta Rebelo. O novo regime jurídico das parcerias público-privadas em Portugal. In: *Revista de Direito Público da Economia RDPE*. Belo Horizonte, ano 1, n.4, out-dez, 2003.

- FERREIRA, Eduardo Paz. O direito económico português e a sombra da constituição económica europeia. In: O direito contemporâneo em Portugal e Brasil. São Paulo: Saraiva, 2004.
- FISCHER, Frank. Participatory Governance: From Theory to Practice. In: *Oxford Handbook of Governance*. Edited by: David Levi-Faur. Oxford: University Press, 2012.
- FRANCO António L. de Sousa. *Finanças Públicas e Direito Financeiro*. 4ª Ed. Vol I e II. Coimbra: Almedina, 2008.
- FREITAS, Juarez. *Discrecionariade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- FREY, Klaus. Políticas Públicas: um debate conceitual e reflexões à prática da análise de políticas públicas no Brasil. In: *Planejamento e Políticas Públicas*, n. 21, Jun. 2000.
- FUKUYAMA, Francis. *What Is Governance?* CGD Working Paper 314. Washington, DC: Center for Global Development. 2013.
- FUKUYUMA, Francis. *Nosso futuro Pós-humano*. Consequências da Revolução da Biotecnologia. Rio de Janeiro: Rocco, 2003.
- FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.
- FUSTEL, de Coulanges. *A cidade antiga*. Trad. Fernando de Aguiar. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 1998.
- GALDINO, Flávio *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos*. Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- GARCIA, Maria da Glória F.P.D. Estudos de Direito do Ambiente e de Direito do Urbanismo. Instituto de Ciências Jurídico-Política. Universidade de Lisboa, 2011.
- GAVENTA, John. Perspectives on Participation and Citizenship. In: *Participatory Citizenship. Identity, exclusion, Inclusion*. Sage Publications: New Delhi, Thousand Oaks, London, 2006.
- GERLOFF, Wilhelm e Fritz Neumark. *Tratado de Finanzas*. Libreria “El Ateneo” editorial. Tomo I. 1961.
- GONÇALVES, Pedro. *Supreme Audit Institutions and Financial Sustainability in the Modern State*. Disponível in: <http://www.tcontas.pt/eurosai/EurosaiOlacefs/Docs/3ST/Brasil-TCU/WS3BR-port.pdf>
- GUALINI, Enrico. «Governance» dello sviluppo e nuove forme di territorialità: mutamenti nell'azione dello Stato. *Rivista Italiana di Scienza Politica*. Anno XXXVI, n.1, Aprile, 2006.
- HÄBERLE, Peter. “A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal.” in: *Dimensões da dignidade*. Porto Alegre: livraria do Advogado. 2005.

- HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Trad.: Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Minima Trotta: Madrid, 1998.
- HÄBERLE, Peter. *Os problemas da verdade no estado constitucional*. Trad. Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. Ed. 2008.
- HABERMAS, Jürgen. *Constellations* Volume I, n I, Published by Blackwell Publishers, I&9 Cowley Road, Oxford OX4 IJF, UK and 238 Main Street, Cambridge, MA 02142, USA, 1994.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, vol. I. Trad: Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, vol. II. Trad: Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da Esfera Pública*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. *Um ensaio sobre a Constituição da Europa*. Lisboa: edições 70, 2012.
- HANS, Jonas. *O princípio da responsabilidade*. Contraponto. Editora PUC Rio. 2006.
- HARDOON, Deborah, Finn Heinrich. *Transparency International. Global Corruption Barometer 2013*.
- HAURIOU, Maurice. *Derecho publico y constitucional*. 2. Ed. Madri: Réus, 1927.
- HEATER, Derek. *A Brief History of Citizenship*. Edinburg University Press, 2004.
- HEIDENHEIMER, Arnold. *Political Corruption: Readings in Comparative Analysis*, New York: Holt, Rinehart and Winston, 1970.
- HESPANHA, Pedro. “Novas Perspectivas sobre os direitos sociais.” In: *Intervenção Social*, nº 15/16. Instituto Superior de Serviço Social. Dezembro 1996.
- HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República da Alemanha*. Trad.: Luís Afonso Heck. Editora: Porto Alegre, 1998.
- HOHFELD, Wesley Newcomb. *Fundamental legal conceptions as applied to judicial reasoning*. Ed. By Walter Wheeler. New Jersey: The Law Book Exchange, 2000.
- HUGHES, Owen. Does governance exist? In: *The New Public Governance?* Edited by Stephen P. Osborne. London and New York: Routledge, 2010.
- HUNTINGTON, Samuel. *Political order in Changing Societies*. New Haven: Yale University, 1968.
- IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. Trad. J. Cretella Jr e Agnes Cretella. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003.
- International Monetary Fund. Factsheet. A Condicionalidade do FMI. Disponível in: <http://www.imf.org/external/lang/portuguese/np/exr/facts/conditiop.pdf>

- JAEGER, WERNER. *Paidéia: a formação do homem grego*. 3.ed. São Paulo: Martins fontes, 1995.
- JELLINEK, G. *Teoría general del Estado*. trad. Fernando de Los Ríos Urruti. Buenos Aires: Albatros. 1943.
- Journal of Public Economics. Amsterdam: North-Holland Publishing Company, V. 1, 1972.
- KAKABADSE, Nada and Andrew. Global Governance Considerations for World Citizenship. In: *Citizenship. A reality far from ideal*. Great Britain, 2009.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Abril, 1980.
- KAUFMANN, Daniel and Aart Kraay. Governance Indicators: Where Are We, Where Should We Be Going? World Bank Research Observer. World Bank Group. Vol. 23(1), Jan, 2008.
- KELSEN, Hans. *A democracia*. Trad. Ivone C. Benedetti e outros. São Paulo: Martins Fontes. 1993.
- KEYNES, John Maynard. *A teoria geral do emprego, do juro e da moeda*. Trad. Mário R. Cruz. São Paulo: Atlas. 1990.
- KLITGAARD, Robert E. *Controlling Corruption*. Berkley: University of California Press, 1988.
- KOHAMA, Hélio. *Contabilidade Pública*. 9ª ed. São Paulo, 2003.
- KOPITS, George e Jon Craig. *Transparency in Government Operations*. Occasional Paper nº 158, IMF, 1998.
- KRUEGER, Anne O. *The political Economy of Rent Seeking Society*. American Economic Review, LXIV, June, 1974.
- KRUGMAN, Paul R. *A crise de 2008 e a economia da depressão*. Trad. Afonso Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- LATTMAN-Weltman, Fernando. Cidadania e audiência no telejornalismo comunitário da Rede Globo. In: *Direitos e Cidadania. Justiça, Poder e Mídia*. Fundação Getúlio Vargas, 2007.
- LEITE, José Rubens Morato. *Transdisciplinariedade e a proteção jurídico-ambiental. Direito Ambiental Contemporâneo*. Barueri, São Paulo: Manole, 2004.
- LIMA, Francisco Gérson Marques de. Os deveres constitucionais: o cidadão responsável. In: *Constituição e Democracia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- LIMA, Hamilton Garcia. *A tragédia do clientelismo*. In: Gramsci e o Brasil. Junho 2008.
- LISA. Biblioteca Integrada. Org. e coord. Derville Ariza e Heródoto Barbeiro. Vol. 5 - *Estudo de Problemas Brasileiros Educação Moral e Cívica*. Campinas: Lisa, 1987.
- LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*. Trad.: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Editora Vozes, 2001.

- LOMBA, Pedro. Teoria da Responsabilidade Política. Coimbra editora, 2008.
- LOPES, Ana Maria D'Ávila. A cidadania na Constituição Federal brasileira de 1988: redefinindo a participação política. In: *Constituição e Democracia*. Estudos em homenagem ao Prof. J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- LOURENÇO, Paula Meira. *Public hearing on a horizontal instrument for collective redress in europe?* Brussels, 2011.
- LUHMANN, Niklas. *A improcedibilidade da comunicação*. 2ª edição. 1999.
- LUHMANN, Niklas. *Law as a social System*. Oxford University Press, 2004.
- LUÑO, Antônio E. Perez. *Los derechos fundamentales*. Temas clave de la Constitución española. Madrid: Tecnos. 2007.
- MAC CRORIE, Benedita. “O recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana na Jurisprudência do Tribunal Constitucional”. *Universidade do Minho*. Almedina, 2004.
- MACIEL, Felipe Guatimosim. *O combate à corrupção no Brasil: Desafios e Perspectivas*. Monografia premiada pela Controladoria Geral da União, 2005.
- MAINWARING, Scott e Welna, Christopher. *Democratic Accountability in Latin America*. Oxford, Oxford: University Press, 2003.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular. Proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos. Conceito e legitimação para agir*. 7ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MANKIW, N. Gregory. *Introdução à Economia: princípios de micro e macroeconomia*. Tra. Maria José C. Monteiro, Rio de Janeiro: Campus, 2001.
- MARSHALL, T.H. *Cidadania e Classe social*. 2ª ed. Brasília: Senado Federal, Centro de Estudos Estratégicos, 2002.
- MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson. 2004.
- MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do Patrimônio Público. Comentários à lei de Improbidade Administrativa*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. *Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental*. Curitiba: Juruá, 2003.
- MARTINS, Guilherme D'Oliveira. Discurso na Conferência “Estado, Administração e prevenção da Corrupção”. Lisboa: Universidade de Lisboa, 2011.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MEDEIROS, Paulo Henrique Ramos. A atuação do Tribunal de Contas da União e o princípio da moralidade administrativa. In: *Revista do Tribunal de Contas da União*, n. 115, v. 41, 2009.
- MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo*. 38ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Direito Administrativo*. 26ª ed. Malheiros. 2009.
- MELO, Débora Thaís de. Os bens jurídicos ofendidos pela corrupção e o problema específico dos bens jurídicos coletivos. In: *A corrupção*. Coimbra editora, 2009.
- MENDES, Gilmar. Arts. 48 à 59. *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. Org.: Ives Gandra S. Martins e Carlos V. do Nascimento. Editora Saraiva, 2012.
- MILL, John Stuart. *Considerations on representative government*. New york: Forum, 1958.
- Ministério das Finanças e da Administração Pública. Orçamento do Estado para 2011. Relatório de Atividades Desenvolvidas. *Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiras*, 2011.
- MIOLA, Cezar. *Regime Constitucional dos Tribunais de Contas*. São Paulo: RT, 1992.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional - Direitos fundamentais*, 4ª ed., IV, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- MIRANDA, Pontes de. *Democracia, Liberdade, Igualdade (os três caminhos)*. 1ª ed. Campinas- São Paulo: Bookseller, 2002.
- MODERNE, Franck. La dignité de la personne comme principe constitutionnel dans les constitutions portugaise et française. In: MIRANDA, Jorge (org.). *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*, vol. I, Coimbra Editora, 1997.
- MONIZ, Ana Raquel. *O domínio Público: O critério e o Regime Jurídico da Dominialidade*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Coimbra, 2003.
- MONTEIRO, Agostinho Reis. Educação para a Cidadania. *Textos Internacionais Fundamentais*. Lisboa: CIE, 2001.
- MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. São Paulo: Martin-Claret. 2006.
- MOORE, Mark H. *Creating public value: strategic management in government*. Cambridge: Harvard University , 1996.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- MORAES, Alexandre. *Direitos Humanos Fundamentais*. 9ª ed. São Paulo: Ed. Atlas. 2011.

- MORAIS, José Leovegildo Oliveira. *Ética e conflito de interesses no serviço público*. Brasília: Escola de Administração Fazendária, 2009.
- MOREIRA, José Carlos. *Do Domínio Público*. Coimbra: Editora Coimbra, 1931.
- MOREIRA, Vital. O futuro da Constituição. *Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. Malheiros, 2001.
- MOSSÉ, Claude. *Atenas: A História de uma democracia*. Trad. João Batista da Costa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979.
- MOTA, Francisco Glauber Lima. *Contabilidade aplicada ao Setor Público*. Brasília: Estefânia Mota. 2009.
- MOTTA, Reuder Cavalcante. *Tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.
- MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- MUSGRAVE, Richard A. e Peggy B. Musgrave. *Public Finance in Theory and Practice*. New York: McGraw-Hill, 1989.
- NABAIS, José Casalta. Avaliação indirecta e manifestações de fortuna na luta contra a Evasão Fiscal. *Studia Ivridica*. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra editora, 2005.
- NABAIS, José Casalta. Avaliação Indirecta e Manifestações de Fortuna na Luta Contra Evasão Fiscal. In: *Direito e Cidadania*, Ano VI, nº 20/21, 2004.
- NABAIS, José Casalta. Da sustentabilidade do Estado Fiscal. In: *Sustentabilidade fiscal em tempos de crise*. Coimbra: Almedina, 2011.
- NABAIS, José Casalta. *Direito Fiscal*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2006.
- NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade. Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Editora Coimbra. 2007.
- NAVARRETE, Miguel Polaino. *Derecho penal, parte general*. Tomo III. Teoría jurídica del delito. Volumen I. Barcelona, Editora Bosch AS, 2000.
- NEVES, Antonio Castanheira. *A Revolução e o Direito: a situação de crise e o sentido do direito no actual processo revolucionário*. Lisboa: Ordem dos Advogados Portugueses, 1976.
- NEVES, Castanheira. *O direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito*. Instituto Piaget, 2002.
- NEVES, Marcelo. Análise da legalidade da aquisição de veículos para utilização por desembargadores de Tribunais Regionais e ministros de Tribunais Superiores. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*. Belo Horizonte, v. 6, n. 69, set. 2007.
- NICHOLLS QC, Colin; Tim Daniel, Martin Polaine e John Hatchard. *Corruption and misuse of public office*. Oxford Press Inc. New York. 2006.

- NIYAMA, Jorge Katsumi e César Augusto T. Silva. *Teoria da Contabilidade*. São Paulo: Atlas, 2013.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O Direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. *Jus Navigandi*. Teresina, a. 4, n. 41, mai. 2000.
- NOLAN, Lord. *Standards in public life*. London: HMSO, 1995. Cadernos ENAP-Fundação Escola Nacional de Administração Pública, 1997.
- NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. Coimbra editora, 2003.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra Editora, 2004.
- NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- O.P. Dwivedi, Ethics and values of public responsibility and accountability. *Revista Internacional de Ciências Administrativas*. Bruxelas, v. 5, nº1, p. 63, 1985.
- O'DONNELL, Guillermo. "The Horizontal Accountability: The Legal Institutionalization of Mistrust". In: Mainwaring, Scott e Welna Christopher. *Democratic Accountability in Latin America*. Oxford: Oxford University Press, 2003.
- OECD "A joint Approach to Dealing with Conflict of Interest". In: Strategy Brief: Lessons from the OECD Countries. www.oecd.org/gov
- OECD "OECD Guidelines for Managing Conflict of Interest in the Public Service". In: Policy Brief, September 2005. www.oecd.org/gov/ethics/conflictinterest
- OECD Journal on Budgeting Volume 2010/2. OECD 2010.
- OECD Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. Confianza en el Gobierno. Medidas para fortalecer le marco ético en los apíses de la OCDE. Novembro, 2001.
- OECD. "Guidelines for Managing Conflict of Interest in the Public Service". In: Policy Brief, September 2005: www.oecd.org/gov/ética.
- OEDC. Trust in Government, Ethics measures in OEDC countries. 2000. Disponível in: <http://www.u4.no/pdf/?file=/document/literature/trust-in-govt.pdf>.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 4ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Trinais, 2011.
- ONU. Convenção das Nações Unidas contra a corrupção. Escritório contra drogas e crimes. Disponível in: http://www.cpc.tcontas.pt/documentos/2007_UNCAC_Port.pdf
- ONU. Dia Internacional contra a corrupção e Compromisso Mundial anticorrupção. 2007. Disponível in: <http://www.unodc.org/brazil/pt/diamundialanticorruptao2007.html>

- ONU. UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. *Governance for Sustainable Human Development*. New York: UNDP, 1997.
- OSBORNE, David e GLAEBLER, Ted. *Reinventing Government*. How the Entrepreneurial Spirit is Transforming the Public Sector. Reading, Massachusetts: Addison Wesley, 1992.
- OSBORNE, Stephen P. The New Public Governance? In: *Public Management Review*, Vol.8, nº 3, 2006.
- OTERO, Paulo, Alexandre S. Pinheiro e Pedro Lomba. *Comentário à Constituição Portuguesa*. Vol. III, Almedina, 2008.
- OWEN, David. Organizações regionais/internacionais. In: *Cidadania e novos Poderes*.
- PASCOAL, Valdecir Fernandes. *Direito financeiro e controle externo*. Campus, 2004.
- PAULA, Alexandre Sturion de. *Ensaio constitucionais de direitos fundamentais*. Campinas: Servanda, 2006.
- PAVAN, Aldo e Francesca Lemme. Communication and accountability in the Public Setor: a possible overlap explored in the American and Italian contexts. In: *Implementing Reforms in Public Setor Accounting*. Universidade de Coimbra, 2008.
- PAZZAGLINI FILHO, Marino e outros. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. São Paulo: Atlas, 1999.
- PECEQUILO, Cristina S. Carl Schmitt, O conceito do político e as relações internacionais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. nº 83, Julho de 1996.
- PEÑA, Carlos Rosano. A modelo of Evaluation of the Efficiency of the Public Sector through the Method Data Envelopment Analysis (DEA). *RAC*, Curitiba, v. 12, n. 1, Jan. Mar, 2008.
- PEREIRA, Paulo Trigo; Antônio Afonso; Manuela Arcanjo e José Carlos Gomes Santos. *Economia e Finanças Públicas*. 3ª ed. Lisboa: Escolar Editora, 2009.
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Trad. João A. S. Duarte. Instituto Piaget, 1990.
- PÉREZ, Jesús Gozáles. *La ética en la administración pública*. Madri: civitas, 1983.
- PERRINI, Raquel Fernandes. A ação popular como instrumento de defesa ambiental. in: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v.11, Abr./Jun./1995.
- PETERS, B. Guy. "Policy Transfers Between Governments: the Case of Administrative Reforms". *West European Politics*, 20 (4), 1997.
- PETERS, B. Guy. *Meta-governance and Public Management*. In: *the New Public Governance?* Edited by Stephen P. Osborne. London and New York: Routledge, 2010.
- PETTIT, Philip. *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*. Barcelona: Paidós. 2009.

- PETRIE, Murray and Jon Shields. Producing a Citizens' Guide to the Budget: Why, What and How? <http://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2003/wp03199.pdf>
- PETRIE, Murray. Promoting Fiscal Transparency. The complementary roles of the IMF. Disponível in: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2003/wp03199.pdf>
- PHILLIPS, Susan D. The New Citizenship and Governance: alternative intersections. In: *Oxford Handbook of Governance*. Edited by: David Levi-Faur. Oxford: University Press, 2012.
- PIERRE, Jon e B. Guy Peters. *Governance, Politics and the State*. London: British Library, 2000.
- PINTO, Paulo Brossard de Souza. *O Impeachment*. Porto Alegre: Editora Globo, 1965.
- PINTO, Ricardo Leite. Uma introdução ao neo-republicanismo. Lisboa: *Análise Social*, vol. XXXVI (158-159), 2001.
- PINZKY, Jaime. História da Cidadania. São Paulo: Contexto, 2003.
- POLLITT, Christopher e Geert Bouckaert. Public Management Reform: a Comparative Analysis, Oxford, Oxford University Press. 2004.
- POPPER, Karl R. "Popper on Democracy". The open society and its enemies revisited. In: *The economist*. April 23, 1988.
- POPPER, Karl R. *Em busca de um mundo melhor*. São Paulo: Martins, 2006.
- PUIG, Santiago Mir. *Derecho Penal: parte general*. 5ª. Ed. Barcelona, Reppertor, 1998.
- PUTNAM, Robert D. *Comunidade e Democracia: a experiência da Itália moderna*. Rio de Janeiro: Editora de Fundação Getúlio Vargas, 1996.
- QoG. The quality of government Institute. *The QoG Institute. Annual Report* 2012.
- RHODES, R. A. W. Wave of Governance. In: *Oxford Handbook of Governance*. Edited by: David Levi-Faur. Oxford: University Press, 2012.
- RIBEIRO, José Joaquim Teixeira. *Lições de Finanças Públicas*. 5ª Ed. Coimbra editora, 2011.
- Robert D. Behn, O novo paradigma da gestão pública e a busca da *accountability* democrática. *Revista do Serviço Público*, Brasília, v. 49, nº4, 1998.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- ROIG, F. J. Ansuátegui/J.A. López García/ A. Del Real Alcalá/R. Ruiz Ruiz. *Derechos Fundamentales, Valores y Multiculturalismo*. Dykinson: Madrid. 2005.
- ROSEN, Jay, Getting the Connections Right. *Public Journalism and the Troubles in the Press*. New York, The Twentieth Century Fund Press, 1996.
- ROSEN, Jay, Para Além da Objectividade. In: *Jornalismo Cívico*, Lisboa, Livros Horizonte, 2003.

- ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à economia*. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- ROUSSEAU, Jean-Jaques. *Do contrato social*. Trad. Antônio P. Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1989.
- SACHS, Jeffrey D. *The Price of Civilization*. New York: Random House, 2011.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional*. Del Rey, 2002.
- SANCHES, Osvaldo Maldonado. *Dicionário de Orçamento, Planejamento e Áreas afins*. Brasília: Primas/OMS, 2004.
- SANTOS, Fernando Ferreira dos. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. *Jus Navigandi*. Teresina, a. 3, n.º 27, dez. 1998.
- SANTOS, J. Albano. *Finanças Públicas*. Oeiras: INA Editora, 2010.
- SANTOS, Marta Costa. Novos paradigmas no controle do sistema fiscal. In: *Sustentabilidade fiscal em tempos de crise*. Coimbra: Almedina, 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7 ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da dignidade. Ensaios da Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do advogado. 2005.
- SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses privados na perspectiva da Teoria e da filosofia constitucional. In: *Constituição e Crise Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- SATTERTHWAIT, David with others. Participatory Governance in Cities. In: *Public Administration and Democratic Governance: Governments Serving Citizens*. United Nations Publication, 2007.
- SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade Civil do Estado Intervencionista*. São Paulo: Renovar, 2001.
- SCHMITT, Carl. *El concepto de lo "político"*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.
- SCHMITTER, Philippe C. O que há para legitimar na União Europeia e como poderá isso ser feito? In: *Cidadania e novos poderes numa sociedade global*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian e Publicações Dom Quixote, 2002.
- SECCHIN, Lenise Barcellos de Mello. Controle social: transparência das políticas públicas e fomento ao exercício de cidadania. In: *Revista da Controladoria-Geral da União*. Ano III, nº 5, Dezembro de 2008.
- SÉGUR, Philippe. Qu'est-ce que la responsabilité politique?. In: *Revue Du Droit Public et de la Science Politique en France et l'étranger*. nº6. 1999.

- SEN, Amartya Kumar. *Sobre ética e economia*. Trad. Laura T. Motta. São Paulo: Companhia das letras, 1999.
- SHAEFER, João José Ramos. Ada Pellegrini Grinover. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SHUKLA, Surinder. Citizen action and Governance. In: *Participatory Citizenship. Identity, exclusion, Inclusion*. Sage Publications: New Delhi, Thousand Oaks, London, 2006.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 26ª ed. Rio de Janeiro, 2005.
- SILVA, Emanuel. Entrevista do juiz conselheiro da secção regional do Tribunal de Contas, João Aveiro Pereira em 26.05.2012. Diário de Notícias. Disponível in: <http://www.dnoticias.pt/actualidade/madeira/325995-accao-popular-para-pedir-contas-a-quem-gere-mal-dinheiros-publicos>.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- SILVA, José Afonso. *Ação Popular constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.
- SILVA, Suzana Tavares. *Um novo Direito Administrativo?* Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010.
- SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. A dignidade da pessoa humana no contexto da pós-modernidade. In: *Tradado Luso-brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- SIRQUEIRA, Marcelo Rodrigues. Os desafios do estado fiscal contemporâneo e a transparência fiscal. In: *Sustentabilidade fiscal em tempos de crise*. Coord.: José Casalta Nabais, Suzana Tavares da Silva. Coimbra: Almedina, 2011.
- SKINNER, Quentin. *Hobbes e a liberdade republicana*. Trad. Modesto Florenzano. São Paulo: Editora Unesp, 2010.
- SKINNER, Quentin. La libertad de las repúblicas: un tecer concepto de libertad? *Revista de Filosofia Moral y Política*. Madrid: ISEGORÍA. nº 33, diciembre 2005.
- SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. Trad. Luiz J. Baraúna. Vol II. Nova Cultural, 1996.
- SMITH, Adam. *The theory of moral sentiments*. Ed. Revista. Oxford: Clarendon Press. 1975.
- SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado: novos paradigmas em face da globalização*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- SOTTO MAIOR, Mariana. O direito de acção popular na Constituição da República Portuguesa. *Documentação e Direito Comparado*, n.º 75/76, 1998.
- SOUSA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *Consenso e Democracia constitucional*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002.

- SOUSA, Luís de e João Triães. *Corrupção e os Portugueses*. Rui Costa Pinto edições. Lisboa, 2008.
- SOUSA, Marcelo Rebelo de e Sofia Galvão. *Introdução ao Estudo do Direito*. Lisboa: Lex, 2000.
- SPINOZA, B. *Ética*. Trad. Tomaz Tadeu. 2 ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2008.
- STERN, Klaus. O Estado do presente – tarefas, limites e reflexões sobre sua reforma. In: *Constitucionalismo e Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- STRECK, Lênio Luiz. A baixa constitucionalidade e a inefetividade dos direitos fundamentais sociais em Terrae Brasilis. In: *Revista brasileira de Direito Constitucional*, nº 4, jul/dez. 2004.
- STRECK, Lênio. Bem jurídico e constituição: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Disponível in: <http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/2.pdf>, 2011.
- STUART’S, George Moody. *Grand Corruption in Third World Development*. Berlim: Transparency International, 1994.
- SUNSTEIN, Cass e Stephen Holmes. *The cost of rights*. Cambridge: Havard University Press. 1999.
- SWEET, Alec Stone. Cidadania transnacional e Sociedade Global. In: *Cidadania e novos poderes numa sociedade global*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- TAVARES, José F. F. *Estudos de Administração e Finanças Públicas*. Coimbra: Almedina, 2004.
- TAYLOR, Carl. The ACIDD test: a framework for policy planning and decision making. Optimum, *The Journal of Public Setor Management*, Vol. 27, nº 4.
- TAYLOR, Frederick Winslow. *The principles of Scientific Management*. Dover publications, 1998.
- TCU. Tribunal de Contas da União. Plano estratégico 2006-2010. *Tribunal de Contas da União*. Brasília : TCU, Secretaria de Planejamento e Gestão, 2006.
- The World Bank. *World Development Report 1997*. The State in a Changing World. Oxford University Press, June 1997.
- THIBIERGE, Catherine. *Avenir de la Responsabilité, Responsabilité de l’Avenir*. Le Recueil Dalloz, 4 Mars, nº 9, 2004.
- THOMPSON, Dennis F. *La ética política y el ejercicio de cargos públicos*. Série Cla.de.ma política. Barcelona. 1999.
- TORRES, Ricardo Lobo. *A cidadania multidimensional na Era dos Direitos*. Teoria dos direitos fundamentais. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- TUCÍDIDES. *La guerra del Peloponneso*, II, 37 e 40, Turim, 1996.

- TULLOCK, Gordon, Arthur Seldon, and Gordon L. Brady. *Government Failure. A primer in Public Choice*. Cato Intitute. Washington D.C, 2002. p. 43 ss.
- TULLOCK, Gordon, Arthur Seldon, and Gordon L. Brady. *Government Failure. A primer in Public Choice*. Cato Intitute. Washington D.C, 2002.
- University of Gothenburg. Sweden. Disponível in: http://www.qog.pol.gu.se/digitalAssets/1436/1436225_qog-annual-report-2012_web.pdf
- URBANO, Maria Benedita Malaquias Pires. Cidadania para uma democracia ética. In: *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra. Vol. LXXXIII.
- URBANO, Maria Benedita Malaquias Pires. *Representação Política e Parlamento: contributo para teoria político-constitucional dos princípios e mecanismos de protecção do mandato*. Tese de Doutoramento. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 2004.
- URBANO. Maria Benedita Malaquias Pires. Responsabilidade política e Responsabilidade jurídica: baralhar para governar. In: *Boletim da Ordem dos Advogados*. Bimestral, nº 27 Jul. Ago. 2003.
- VAN CREVELD, Martin. *Ascensão e declínio do Estado*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes. 2004.
- VIEIRA, Fabiano Mourão. Cultura brasileira e corrupção. In: *Revista da Controladoria-Geral da União*. Ano III, nº 4. Junho/2008.
- VIEIRA, Liszt. *Cidadania e Globalização*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2005.
- WALKER, David M. Transforming Government, Management, and Accountability. *14th Biennial Pacific Emerging. Issues Conference Waikiki, Hawaii. Government Accountability Office (GAO)*. August 22, 2007.
- WEBER, Max. *Ciência e Política duas vocações*. Trad. Leonitas Hegenberg e outro. São Paulo: Editora Cultrix. 2008.
- WEBER, Max. Os Fundamentos da Organização Burocrática: uma Construção do Tipo Ideal. Eduardo Campos (org.). *Sociologia da Burocracia*. Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1971.
- WOLFF, Hans J, Otto Bachof e Rolf Stober. *Direito Administrativo*. Vol. I Trad.: Anatónio F. de Sousa. 11ª ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

Sites pesquisados:

<http://ec.europa.eu>

<http://info.portaldasfinancas.gov.pt>

<http://internet.sefaz.es.gov.br>

<http://static.publico.pt>

<http://www.cfc.org.br>

<http://www.cgu.gov.br>

<http://www.dgtf.pt>

<http://www.imf.org>

<http://www.kas.de>

<http://www.planalto.gov.br>

<http://www.portugal.gov.pt>

<http://www.stf.jus.br>

<http://www.transparency.org>

<http://www.transparencyinternational.org>

<http://www.unodc.org>