

FACULDADE ESTADUAL DE DIREITO DO NORTE PIONEIRO

ILEGITIMIDADE DA EXECUÇÃO DA POLÍTICA URBANA E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR INOBSERVÂNCIA DA GESTÃO DEMOCRÁTICA DA CIDADE

Linha de Pesquisa

ESTADO E RESPONSABILIDADE: QUESTÕES CRÍTICAS

(Poder e Legitimidade)

Mestrando: Hélder Gonçalves Dias Rodrigues

Orientadora: PROFª DRª HILDEGARD TAGGESELL GIOSTRI

Jacarezinho - Paraná

2006

HÉLDER GONÇALVES DIAS RODRIGUES

ILEGITIMIDADE DA EXECUÇÃO DA POLÍTICA URBANA E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR INOBSERVÂNCIA DA GESTÃO DEMOCRÁTICA DA CIDADE

Dissertação de Mestrado em Ciência Jurídica da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro – FUNDINOPI (Área de Concentração - Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão), adotando a linha de pesquisa "Estado e Responsabilidade: Questões Críticas", a partir da abordagem "Poder e Legitimidade", como pré-requisito para obtenção do título de Mestre, orientado pela Professora Doutora HILDEGARD TAGGESELL GIOSTRI

Jacarezinho - Paraná
2006

HÉLDER GONÇALVES DIAS RODRIGUES

ILEGITIMIDADE DA EXECUÇÃO DA POLÍTICA URBANA E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR INOBSERVÂNCIA DA GESTÃO DEMOCRÁTICA DA CIDADE

Jacarezinho,
31/10/ 2006.

BANCA EXAMINADORA

Nome: Professora Orientadora Drª Hildegard Taggesell Giostri
Instituição: Faculdade de Direito do Norte Pioneiro - FUNDINOPI. Jacarezinho – PR
Assinatura:

Nome: Professor Dr. Roberto Eurico Schmidt Junior
Instituição: Faculdade de Direito do Norte Pioneiro - FUNDINOPI. Jacarezinho – PR
Assinatura:

Nome: Professor Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho
Instituições: Universidade Federal do Paraná – UFPR. Pontifícia Universidade Católica do Estado do Paraná – PUC/PR.
Assinatura:

Dedico este trabalho ao meu pai Messias Rodrigues, o qual iniciou seu ministério da advocacia em 1962 e até os dias de hoje vem exercendo com zelo e determinação, e à minha mãe Terezinha do Carmo Dias Rodrigues, aposentada no magistério público fundamental. Agradeço pelo amor, paciência e pelas constantes lições que, com exemplo de vida, vêm me ensinando dia-a-dia.

Dedico aos meus filhos Leonardo e Júnior, as verdadeiras inspirações para o meu trabalho e pela pretensiosa tentativa de contribuir para um mundo de paz, de compreensão, de respeito ao ser humano, de liberdade, de oportunidade e de justiça.

Dedico à minha esposa Simone, a qual, pacientemente, tem prestado inestimável auxílio à minha formação pessoal, à criação dos nossos filhos, à manutenção de uma família saudável e feliz e à conquista de novas e valorosas amizades.

À minha orientadora, Professora Drª Hildegard Taggesell Giostri, meus profundos agradecimentos pela magnífica orientação, pela paciência e pelo constante estímulo durante todo o decorrer desta pesquisa.

Agradeço a todos os Professores que nos abrilhantaram com um pouco de seus conhecimentos, contribuindo em muito para formação do nosso conhecimento.

Não poderia de deixar de registrar o quanto sou grato à Faculdade de Direito do Norte Pioneiro onde fiz o curso de Direito nos anos de 1990-1994 e, agora, tenho a oportunidade de cursar o presente Mestrado.

Da mesma forma, à Maria Natalina, muito obrigado por todo o auxílio que me prestou durante todo o decorrer deste Mestrado.

Finalmente, com muita estima, agradeço a todos os meus colegas de Mestrado pelos momentos que pude ter de alegria, companheirismo e aprendizado: Alaymer Bonesso, Alexandre Coelho, Daniel Camargo, Daniele Marcon, Elidia Correa, Eros Benedetti Junior, Maria da Glória Navarro, José Carlos Abraão, José Roald Contrucci, Marcelo Conrado, Marcelo Saliba, Marcio Mota, Marisilvia Fonseca, Mateus Pelizari, Ocimar Estralioto, Romualdo Dropa, Cláudio Thiago Malta e Vinícios Martinez.

RESUMO

Conforme a linha do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da FUNDINOPI, “Estado e Responsabilidade: Questões Críticas”, utilizando-se do método de pesquisa racional, foi adotada uma proposta de trabalho que buscou atacar o problema social da exclusão por meio do reconhecimento e expansão da gestão democrática da cidade, sustentada no direito positivo que exige, para seu propósito, leis e suas interpretações e aplicações com conteúdo social, por exigência da base ideológica do Estado, dos princípios, dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais. Afirmou-se a legitimidade deste instrumento jurídico, abordando, num primeiro momento, aspectos da convivência e do desenvolvimento humano como fundamento social, dividindo este tema em quatro itens: pessoa humana como “valor-fonte” do direito e da justiça, convivência humana e desenvolvimento, cidade e justiça social e política urbana. Em continuidade, ressalvou-se a improbidade como uma das possíveis conseqüências da inobservância da gestão participativa na implementação da política urbana. Além de seus aspectos gerais, foram tratados dos atos de improbidade que atentam contra os princípios da administração pública, de pontos sobre princípios e regras conflitantes e de alguns instrumentos postos à disposição da sociedade para questionar a probidade administrativa. Feitas as citações de base, chegou-se ao tópico específico do tema abordando a gestão democrática, a ilegitimidade da execução da política urbana pela inobservância da gestão democrática, a violação da gestão democrática como improbidade e, por fim, a alguns limites à política urbana e à gestão democrática.

Palavras chave: Ilegitimidade - Política Urbana - Improbidade Administrativa
Gestão Democrática

ABSTRACT

According to the line Program of Juridical Science Master of FUNDINOPI, ”State and Responsibility: Critics Matters”, using the method of rational search, it was adopted a purpose of work that tried to attack social problems as exclusion through the recognition and expansion of the democratic gesture of the city, held on the positive right that demands, to its purpose, laws and its interpretations and appliance with social content, because demands of the ideologists basis of the State, from principles, rights and fundamental constitutional garantees. It was asserted the legality of this juridical tool, approaching, at first moment, aspects of living and human development as a social fundament, sharing this theme into four itens: human being as “value-source” of the right and justice, human living and development, city and social justice and urban politics. Following, it was focused the improbity as one of the possible consequences of an inobservance of the participative gesture on urban politics implementation. Besides its general aspects, it was discussed about acts of improbity that reach the principle of public administration, from points about principles and rules confidantes and of some tools shown to society so that they can wonder the administrative probity. After the citation of basis, it was reached the specific topic of the theme approaching the democratic gesture, the illegitimate of execution of urban politics through a non-observation of democratic gesture, the violation of democratic gesture as improbity and, at last, to some limits to urban politics and democratic.

Key-words: Illegitimacy - Urban Politics - Administrative Improbity - Democratic Gesture.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO 9

2. CONVIVÊNCIA E DESENVOLVIMENTO HUMANO COMO FUNDAMENTO SOCIAL 18
2.1. Pessoa humana como “valor-fonte” do direito e da justiça 18
2.2. Convivência humana e desenvolvimento 29
2.3. A cidade e a justiça social 43
2.4. Política urbana 57

3. ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUE ATENTAM CONTRA OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 71
3.1 Improbidade administrativa em seus aspectos gerais 71
3.2 Atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública 89
3.3. A improbidade diante dos princípios e regras conflitantes 106
3.4. Instrumentos postos à disposição da sociedade para questionar a probidade administrativa 120

4. ILEGITIMIDADE DA EXECUÇÃO DA POLÍTICA URBANA E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR INOBSERVÂNCIA DA GESTÃO DEMOCRÁTICA DA CIDADE 135
4.1 Gestão Democrática 136
4.2 Ilegitimidade da execução da política urbana pela inobservância da gestão democrática da cidade 151
4.3. A violação da gestão democrática como improbidade 166
4.4. Limites à política urbana e à gestão democrática 180

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS 193

6. BIBLIOGRAFIA 195

1. INTRODUÇÃO

A presente Dissertação foi desenvolvida tendo como norteadores, tanto a "Proposta do Programa de Mestrado", como a linha de pesquisa "Estado e Responsabilidade: Questões Críticas":

> O Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da FUNDINOPI apresenta, como proposta, a investigação crítica da problemática social da exclusão, buscando a compreensão dos mecanismos de alargamento do acesso popular ao judiciário, preocupado em resgatar uma interpretação de cunho muito mais social que formal, de modo a criar no pesquisador – baseado na investigação científica – a consciência de seu papel político, de via da cidadania e de afirmação do Estado das leis e não do Estado dos Governos.
> Centra-se a proposta em desvendar o sentido do Estado Social, de matriz humanística, discernindo, no império das leis, o cumprimento daquelas que possuam conteúdo e adequação sociais
> I – Estado e Responsabilidade: Questões Críticas
> Esta linha de pesquisa, a partir da conformação da estrutura estatal, propicia a investigação histórica das Teorias do Estado, priorizando a defesa do regime democrático como regra fundante da preservação dos valores da pessoa humana, estruturada na relação Estado-Sociedade, conduzida pelo império das leis que apresentem adequação e conteúdos sociais.[1]

Em um Estado Republicano e Democrático[2], de onde decorre o foco objeto[3] desta pesquisa, os direitos estabelecidos visam assegurar tanto a Justiça como a inclusão social, por meio de um processo de aperfeiçoamento da cidadania[4].

---

[1] Proposta e Linha de Pesquisa do Programa de Mestrado da FUNDINOPI, conforme prospecto de divulgação.

[2] "O termo *República* tem sido empregado no sentido de forma de governo contraposta à monarquia. No entanto, no dispositivo em exame, ele significa mais do que isso. Talvez fosse melhor até considerar República e Monarquia não simples formas de governo, mas *formas institucionais do Estado*. Aqui ele se refere, sim, a uma determinada *forma de governo*, mas é, especialmente, designativo de uma coletividade política com características de *res publica*, no seu sentido originário de coisa pública, ou seja: coisa do *povo* e para o *povo*, que se opõe a toda forma de tirania, posto que, onde está o tirano, não só é viciosa a organização, como também se pode afirmar que não existe espécie alguma de República."
"... *Estado Democrático*. Este se funda no princípio da soberania popular (...) Conclui-se daí que a igualdade do Estado de Direito, na concepção clássica, se funda num elemento puramente formal e abstrato, qual seja a generalidade das leis. Não tem base material que se realize na vida concreta. A tentativa de corrigir isso, como vimos, foi a construção do Estado Social de Direito, que, no entanto, não foi capaz de assegurar a justiça social nem a autêntica participação democrática do povo no processo político, de onde a concepção mais recente do Estado Democrático de Direito, como Estado de legitimidade justa (ou Estado de Justiça material), fundante de uma sociedade democrática, qual seja a que instaure um processo de efetiva *incorporação* de todo o povo nos mecanismos do *controle das decisões*, e de sua *real participação* nos *rendimentos da produção*." (SILVA, José Afonso da. ***Curso de Direito Constitucional Positivo***. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 104, 118-119).

[3] O objeto da presente investigação é a gestão democrática da cidade e, por sua inobservância, a ilegitimidade da execução da política urbana e improbidade administrativa.

[4] "Percorremos um longo caminho, 178 anos de história do esforço para construir o cidadão brasileiro. Chegamos ao final da jornada com a sensação desconfortável de incompletude. Os progressos feitos são inegáveis mas foram lentos e não escondem o longo caminho que ainda falta percorrer. O triunfalismo exibido nas celebrações oficiais dos 500 anos da conquista da terra pelos portugueses não consegue ocultar o drama dos milhões de pobres, de desempregados, de analfabetos e semi-analfabetos, de vítimas da violência particular e oficial. Não há indícios de saudosismo em relação à ditadura militar, mas perdeu-se a crença de que a

O desenvolvimento deste processo que tende a resultar na afirmação popular, na liberdade e independência dos membros da comunidade depende de modificações da realidade social, as quais possuem maior probabilidade de ocorrer em suas instâncias primárias, devendo as posteriores transformar-se em meros instrumentos de correções das distorções e abusos verificados na origem dos acontecimentos sociais. Imagina-se mais dificultado, num País multifacetário[5], o desejo de inclusão social ou de justiça voltando-se os mecanismos de atuação estatal para a defesa de abstrações uniformemente estabelecida e normalmente utilizada para solução de todos as situações suposta ou acolhida como semelhantes, razão pela qual este trabalho busca ressaltar o poder ou a legitimidade de cada diferente núcleo social para construir, por meio da gestão democrática, o seu Município[6], de acordo com suas diferentes realidades sociais, econômicas e culturais, em vista da igualdade de oportunidade participativa assegurada pelas normas que visam ampliar a informação, fomentar e conceder a liberdade de manifestação para que a comunidade construa, elegendo, formulando, executando e acompanhando, as prioridades que, a seu ver, possam melhor atender as necessidades locais, reservando aos poderes instituídos e aos membros das instituições essenciais à realização da justiça o dever[7] de assegurar, neste Estado, a prevalência dos princípios republicano, federal e democrático de direito estabelecido.

---

democracia política resolveria com rapidez os problemas da pobreza e da desigualdade." (CARVALHO, José Murilo de. ***Cidadania no Brasil o longo caminho***. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004. p. 219).

[5] A presente pesquisa, embora embasada em diversos trabalhos de origem estrangeira, inclusive pelas limitações do mestrando, restringiu-se ao que se pensa como divulgada realidade brasileira, em vistas das suas enormes diferenças culturais, econômicas e sociais, razão pela qual foi escolhido o termo país multifacetário.

[6] "O *Município* pode ser conceituado sob três aspectos distintos: o *sociológico*, o *político* e o *jurídico*. Do ponto de vista *sociológico*, o Município brasileiro, como qualquer outro, é o agrupamento de pessoas de um mesmo território, com interesses comuns e afetividades recíprocas, que se reúnem em sociedade para a satisfação de necessidades individuais e desempenho de atribuições coletivas de peculiar interesse local. Sob o aspecto *político*, o Município brasileiro é entidade estatal de terceiro grau, na ordem federativa, com atribuições próprias e governo autônomo, ligado ao Estado-membro por laços constitucionais indestrutíveis (CF, arts. 18, 29 e 34, VII, 'c'). Na ordem *legal*, o Município brasileiro é pessoa jurídica de Direito Público interno (CC, art. 14, III), e, como tal, dotado de capacidade civil plena para exercer direitos e contrair obrigações em seu próprio nome, respondendo por todos os atos de seus agentes (CF, art. 37, § 6º)." (MEIRELLES, Hely Lopes. ***Direito municipal brasileiro***. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 111-112).

[7] Como um dos indicativos da base do surgimento do dever de que se fala, cite-se: "67. As normas programáticas, introduzidas na constituição como resultado do conflito de interesses, importam, ao menos, uma tentativa de superação da democracia formal e tendem, como visto, a instaurar um regime de democracia substancial, ao determinarem a realização de fins sociais, através da atuação de programas de intervenção na ordem econômica, com vistas à realização da justiça social e do bem comum."

"71. Eis onde se descobre a grande relevância das normas programáticas. Constituem elas, como regras reveladoras das tendências sócio-culturais da comunidade, princípios básicos que, entre outros, informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordem jurídica positiva vigente, Ora, conjugada essa idéia com os fundamentos da interpretação indicados por Recaséns Siches, acima transcritos, vê-se que elas se manifestam exatamente como aqueles *critérios hierárquicos de valor sobre os quais está fundada e pelos quais*

A liberdade é um dos princípios que inspiram a formação deste Estado, sendo a sua restrição um dos marcos de origem da formação da própria sociedade[8], decorrência pela qual há séculos os filósofos buscam esclarecer as motivações originais que levaram os indivíduos a cederem parte de suas liberdades para a Formação do Estado. Aristóteles (382-384 a.C) denominou como causa desta cessão a busca da felicidade[9], Tomas Hobbes (1588-1679) citou como sendo a própria sobrevivência[10] enquanto John Locke (1632-1704) afirmou que foi a necessidade de preservação da propriedade[11]. Mesmo que prevaleça uma ou outra corrente, a premissa aparentemente comum a todos é a de que o Estado só foi aceito porque houve, desde a sua origem, a busca de um bem comunitariamente aceito como bom ou vantajoso aos indivíduos que compuseram o pacto social.

---

se inspira a ordem jurídica positiva, de que deve servir-se o juiz para resolver o caso submetido à sua jurisdição, como todo intérprete e aplicador do direito objetivo.
72. Esses ditames estão, aliás, configurados expressamente na ordem jurídica brasileira, quando estatui, no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, que, *na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*. Ora, as normas constitucionais de princípio programático têm por objeto precisamente configurar os fins sociais a que se dirigem o Estado e a sociedade, consoante exigências do bem comum; se assim é, toda lei ou norma (inclusive as constitucionais) integrantes da ordem jurídica nacional há que conformar-se à pauta de valor indicada, ao menos tendencialmente, pelas normas programáticas da constituição." (SILVA, José Afonso da. ***Aplicabilidade das normas constitucionais***. 6ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 156-158).

[8] "O primeiro que, cercando um terreno, se lembrou de dizer: *'isto é meu'* e encontrou pessoas bastante simples para o acreditar, foi o verdadeiro fundador da sociedade civil". (ROUSSEAU, Jean-Jacques. ***A origem da desigualdade entre os homens***. Tradução de Ciro Mioranza. Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal. São Paulo: Escala [s.d]a. Vol. 7. p. 57).

[9] "... não é somente para viver, mas para viver felizes, que os homens estabeleceram entre si a sociedade civil" (ARISTÓTELES. ***A Política.*** Tradução de Nestor Silveira Chaves. *Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal. V*ol. 16. São Paulo: Editora Escala [s.d]. p. 89).

[10] "... No estado da natureza, 'a utilidade é a medida do direito'. Isso significa que, levado por suas paixões, o homem precisa conquistar o bem, ou seja, as comodidades da vida, aquilo que resulta em prazer. O altruísmo não seria, portanto, natural. Natural seria, inclinação geral do gênero humano, constituído por 'um perpétuo e irrequieto desejo de poder e mais poder que só termina com a morte'. Essa idéia é afirmada por Hobbes em relação a todos os homens. Apesar de defensor do despotismo político e adversário da democracia política, Hobbes afirma que 'todos os homens são naturalmente iguais'. Essa igualdade baseia-se no desejo universal de autopreservação, isto é, da procura do que é necessário e cômodo à vida. Com isso, fica estabelecido um direito fundamental de autoconservação (...) Como o instinto de conservação é básico na filosofia de Hobbes, para ele os indivíduos entram em sociedade só quando a preservação da vida está ameaçada. Os homens não vivem em cooperação natural, como o fazem as abelhas e as formigas. O acordo entre elas é natural; entre os homens, só pode ser artificial." (HOBBES, Thomas. ***Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil.*** Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural. 2004. p. 13-14).

[11] "123. Se, como disse, o homem no estado da natureza é tão livre, dono e senhor da sua própria pessoa e de suas posses e a ninguém sujeito, por que abriria mão dessa liberdade, por que abdicaria ao seu império para se sujeitar ao domínio e controle de outro poder? A resposta óbvia é que, embora o estado de natureza lhe dê tais direitos, sua fruição é muito incerta e constantemente sujeita a invasões porque, sendo os outros tão reis quanto ele, todos iguais a ele, e na sua maioria pouco observadores da eqüidade e da justiça, o desfrute da propriedade que possui nessa condição é muito insegura e arriscada. Tais circunstâncias forçam o homem a abandonar uma condição que, embora livre, atemoriza e é cheia de perigos constantes. Não é, pois, sem razão que busca, de boa vontade, juntar-se com outros que estão já unidos, ou pretendem unir-se, para a conservação recíproca da vida, da liberdade e dos bens a que chamo de 'propriedade'. 124. O maior e principal objetivo, portanto, dos homens se reunirem em comunidades, aceitando um governo comum, é a preservação da propriedade." (LOCKE, John. ***Segundo tratado sobre o governo***. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2005. p. 92).

Nesta Dissertação, o bem comum vislumbrado, e que deverá ser objeto de estudo, é o alcance das funções sociais da cidade, a utilidade coletiva, a segurança, o bem estar dos cidadãos e o equilíbrio ambiental por meio da participação da população e das associações representativas dos vários segmentos da comunidade pela ora focada garantia da gestão democrática das cidades, instituída pelo inciso II do art. 2º da Lei nº 10.257, de 10 de Julho de 2001[12].

Apesar da indiscutível competência e esforço da sua orientadora, a pesquisa restringiu-se ao destacado inciso II e algumas de suas conseqüências em razão dos vários e acentuados limites do mestrando que a elaborou a fim, única e exclusivamente, de sugerir mais um pensamento para o debate acerca desta importante vertente normativa dos princípios republicano e democrático.

O tema proposto recebe a designação de *ilegitimidade da execução da política urbana e improbidade administrativa por inobservância da gestão democrática da cidade* e passará a ser desenvolvido, após esta introdução, no título 2. *Convivência e desenvolvimento humano como fundamento social*, o qual buscará acentuar a legitimidade da gestão democrática analisando, a partir do sub item 2.1., a *pessoa humana como "valor-fonte" do direito e da justiça*.

Seguindo a denominação dada ao item, a intenção é a de propor algumas considerações sobre a pessoa humana, tendo-a como "valor-fonte" do direito e da justiça. Centrado neste valor, discorrer sobre o entendimento do direito como reflexo da sociedade[13] e a consideração da justiça[14] como um "fenômeno em perspectiva"[15].

O estudo manterá em vista os princípios da dignidade da pessoa humana e da cidadania, na condição de destacados fundamentos constitucionais desta República[16].

A nominação do presente item foi inspirada no comentário sobre a ruptura totalitária e a reconstrução dos direitos humanos na visão de Hannah Arendt,

---

[12] O parágrafo único de seu art. 1º denominou esta lei de Estatuto da Cidade.

[13] ASSIER-ANDRIEU, Louis. ***O direito nas sociedades humanas***. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. XI.

[14] Como conceito de justiça, dentro do tema proposto, tem-se como mais apropriado o estabelecido pelo indiano que em 1998 conquistou o prêmio Nobel de economia: "A abordagem escolhida concentra-se em nossa capacidade de realizar funcionamentos valiosos que constituem nossas vidas e, mais genericamente, nossa liberdade para promover objetivos aos quais temos razões para atribuir valor" (SEN, Amartya. ***Desigualdade reexaminada***. Tradução de Ricardo Doninelli Mendes. Rio de Janeiro. São Paulo: Record, 2001. p. 24).

[15] Paráfrase à expressão de Louis ASSIER-ANDRIEU: "... o direito é um fenômeno em perspectiva. Dá-se com ele o mesmo que com um monumento ou uma paisagem que muda de aspecto conforme a luz e a distância do olhar. O ponto de vista de onde o direito é observado delineia sua plástica, ainda mais que uma de suas faculdade é modelar, por sua vez, esse ponto de vista." (*ibid*. p. XIV).

[16] Art. 1º, II e III da Constituição Federal (CF).

elaborado por Celso Lafer[17], onde se lê que *"O valor da pessoa humana enquanto 'valor-fonte' da ordem de vida em sociedade encontra a sua expressão jurídica nos direitos fundamentais do homem"*.

Miguel Reale[18] e Edgar Morin[19], dentre outros, nortearão o desenvolvimento do tópico em comento.

Após rápida consideração sobre o ser humano, como "valor fonte" do direito e da justiça, o presente trabalho buscará tratar, no item 2.2., de questões afetas à *convivência humana e desenvolvimento*.

Serão propostos pontos sobre a convivência humana como meio de sobrevivência da própria espécie, bem como explanada questão afeta à necessidade de se reconhecer os direitos postos, tais como a igualdade de participação e liberdade de expressão para a instituição da gestão democrática das cidades, de forma a possibilitar o desenvolvimento pretendido pela comunidade, independentemente das competições naturais nela existentes.

A base normativa desta discussão está localizada no preâmbulo e nos incisos I a IV do art. 3º da Constituição Federal.

Em termos de consulta bibliográfica, dentre outras, para o desenvolvimento deste tema podem ser citadas as obras de M. B. L. Della Torre[20], Amartya Sen[21] e Alain Touraine[22].

Em seguida, no item 2.3, serão pontuados alguns fatores atinentes à *cidade e à justiça social*, cujo tema foi inspirado na obra de David Harvey[23], para quem, a "consciência espacial" ou "imaginação geográfica" "... habilita o indivíduo a reconhecer o papel do espaço e do lugar em sua própria biografia".

---

[17] LAFER, Celso. ***A reconstrução dos direitos humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt***. 5ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2003. p. 20.
[18] REALE, Miguel. ***Filosofia do Direito***. 3ª edição revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 1962. v. I.
[19] MORIN, Edgar. ***O método 5 – a humanidade da humanidade – a identidade humana.*** 3ª edição. Tradução de Juremir Machado da Silva. Porto Alegre-RS: Sulina, 2005.
[20] TORRE, M. B. L. Della. ***O homem e a sociedade – uma introdução à sociologia.*** 6ª Edição. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1977.
[21] SEN, Amartya. ***Desenvolvimento como liberdade***. Tradução de Laura Teixeira Motta. 4ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
Op. c*it*. 2001.
[22] TOURAINE, Alain. ***Poderemos viver juntos? iguais e diferentes***. Tradução de Jaime A. Clasen e Ephraim F. Alves. Petrópolis: Vozes, 2003.
[23] HARVEY, David. ***A justiça social e a cidade***. Tradução de Armando Corrêa da Silva. São Paulo: HUCITEC, 1978. p. 14.

A justiça social factível, uma vez reconhecida, tende, ao mesmo tempo, libertar e afastar os indivíduos da violência.[24]

Além de outras, a já citada obra de Aristóteles, contribuirá para o desenvolvimento deste tema.

A preocupação com a justiça social nas cidades está na atual pauta normativa, inserida que foi, expressamente, no *caput* do art. 182 da Constituição Federal e, de forma especial, nos arts. 1º e 2º do Estatuto da Cidade. Esse atual contexto legislativo já levou alguns autores a se referirem à "... potencial inconstitucionalidade da lei injusta."[25]

Elaboradas as análises em torno do tema sugerido, o trabalho passa a tratar, no item 2.4., da *política urbana*.

Situar a gestão democrática no contexto da política urbana é o propósito, ora a ser desenvolvido, bem como ressaltar aspectos atinentes à República, Federação, Democracia, Estado de Direito e alguns de seus mais relevantes princípios, dentro da abordagem da pesquisa em andamento.

Como fundamento desta abordagem, serão citados autores como Boaventura de Souza Santos[26], J. J. Gomes Canotilho[27], Hely Lopes Meirelles[28] e José Afonso da Silva[29].

Findo os estudos mais destacados ao aspecto da *convivência e desenvolvimento humano como fundamento social*, dentro da perspectiva de pensamento já abordada, o projeto será encaminhado para o item 3. *Atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública*, iniciando o tema no item 3.1 *improbidade administrativa em seus aspectos gerais.*

---

[24] "Para que a utopia seja possível, é preciso mediá-la com projetos e programas concretos de ação. Estes programas iniciam-se por uma análise cuidadosa (militante, de expertos, cientistas críticos, etc.) das circunstâncias reais, objetivas, que constituem o contexto da ação próxima possível. Aqui, novamente, será a comunidade democrática das vítimas, discursivamente simétrica e participativa, que operará essa análise e programará os passos do processo." (DUSSEL, Henrique. ***Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão***. Vozes. § 6.5 [s.d]. p. 564).

[25] CLÈVE, Clèmerson Merlin. ***Atividade legislativa do poder executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1998***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 79.

[26] SANTOS, Boaventura de Sousa. ***Pela mão de Alice – O social e o político na pós-modernidade***. 10ª edição. São Paulo: Editora Cortez, 2005.

[27] CANOTILHO, J. J. Gomes. ***Direito Constitucional e Teoria da Constituição***. 7ª Edição. Coimbra – Portugal: Almedina, 2003.

[28] MEIRELLES, Hely Lopes. *Ibid.* 1993.

[29] SILVA, José Afonso da. *Ibid.* 1996.

Neste ponto, a intenção é passar ao leitor uma noção do que se entende por improbidade, sobre quais seriam seus possíveis sujeitos ativos e passivos, a aferição da responsabilidade, suas sanções e outros aspectos mais generalizados, todos focados na Lei 8.429, de 2 de Junho de 1992[30].

Como apoio, serão citados os trabalhos de autores como Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves[31] e Maria Sylvia Zanella Di Pietro[32].

Na seqüência, item 3.2, serão anotados pontos sobre os *atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública*.

O objetivo deste tópico é o de identificar quais seriam as condutas e os possíveis princípios, afetos à administração pública, tutelados pela lei de improbidade a partir de uma análise tópica para a contextual e sistemática e, finalmente, iniciar a correlação deles com o foco primário desta Dissertação: a gestão democrática.

A título de sustentação, dentre outros, afirmações serão feitas com suporte em autores como Juarez Freitas[33] e Alexandre de Moraes[34].

Após elaborada esta tentativa, segue o ponto 3.3., discorrendo sobre *a improbidade diante dos princípios e regras conflitantes*, com a proposta de visualizar situações de conflito que poderiam ser resolvidas a teor dos Princípios Republicano e Democrático de Direito, com base nos fundamentos do próprio Estado.

A título de base doutrinária, cita-se Norberto Bobbio[35] e Miguel Reale[36].

Finalizando esta linha de raciocínio, que busca identificar a improbidade e sugerir meios de ultrapassar eventuais conflitos porventura existentes, vem, em seguida, o item 3.4. tratando de *instrumentos postos à disposição da sociedade para questionar a probidade administrativa*.

Caso sejam visualizadas suspeitas de improbidade, com o desenvolver deste tópico, se espera indicar à sociedade algumas condutas práticas para acompanhar,

---

[30] Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Esta é a "lei de improbidade administrativa".
[31] ***Improbidade administrativa***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
[32] PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. ***Direito Administrativo***. 19ª edição. São Paulo: Atlas, 2006.
[33] FREITAS, Juarez. ***O controle dos atos administrativos*** e os princípios fundamentais. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
[34] MORAES, Alexandre de. ***Direito Constitucional***. 19ª edição. São Paulo: Atlas, 2006.
[35] BOBBIO, Norberto. ***A era dos direitos***. 13ª tiragem. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
[36] REALE, Miguel. *Ibid.* 1962. v. I.

questionar e, se for o caso, buscar reconduzir a gestão da cidade à probidade administrativa.

Neste momento, os maiores parâmetros das afirmações virão do Supremo Tribunal Federal, mesmo que a título de contraponto, de autores como os já citados e, dentre outros, de Luis Roberto Barroso[37].

Encerrados os itens de base, no tópico seguinte a pesquisa restringe-se a anotar os pontos que se envolvem mais diretamente com o tema sugerido para a presente Dissertação.

Item 4. *A ilegitimidade da execução da política urbana e improbidade administrativa por inobservância da gestão democrática da cidade*.

As ponderações iniciam-se da análise contida no tópico 4.1 *gestão democrática*. Com base nas já tratadas argumentações, serão traçadas novas alusões à gestão democrática das cidades de forma a permitir pequenos acréscimos ao tema, bem como a identificação de alguns instrumentos postos a serviço da comunidade em geral para a sua realização, como as audiências, consultas, orçamento participativo e plano diretor.

O auxílio para o desenvolvimento das argumentações virá de publicações como a da Câmara Federal[38] e da Fundação Prefeito Faria Lima[39], além de outros materiais doutrinários e artigos de leis.

Em seguida, levar a pesquisa ao item 4.2 *ilegitimidade da execução da política urbana pela inobservância da gestão democrática da cidade.*

Neste ponto serão abordados aspectos que intencionam relacionar a gestão democrática como sendo uma extensão realizadora dos valores republicanos, federativos, democráticos e de soberania, sem abandonar a norma que a identifica como uma das diretrizes gerais da política urbana.

Como apoio, dentre outras, serão utilizadas as doutrinas de Paulo Bonavides[40], Dalmo de Abreu Dallari[41] e Sahid Maluf[42].

---

[37] BARROSO, Luís Roberto. ***O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*** – *limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7ª ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.

[38] Câmara dos Deputados. ***Estatuto da Cidade – guia para implementação pelos municípios e cidadãos***. Brasília: Coordenação de publicações, 2001.

[39] Fundação Prefeito Faria Lima – Cepam. Centro de Estudos e Pesquisas de Administração Municipal. ***O Município no século XXI: cenários e perspectivas.*** Edição comemorativa dos 30 anos do Cepam / 30 anos da ECT. São Paulo: Pro editores, 1999.

[40] ***Teoria do Estado***. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

[41] ***Elementos de teoria geral do Estado***. 25ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006.

[42] ***Teoria geral do Estado***. 26ª ed. Atualizada por Miguel Alfredo Malufe Neto. São Paulo: Saraiva, 2003.

A violação da gestão democrática como improbidade, de forma mais específica, será estudada no item 4.3, numa espécie de soma dos argumentos já expostos, buscando, ainda, identificar alguns momentos em que a violação da gestão democrática poderá gerar uma improbidade.

Esta é uma afirmação que decorrerá dos valores participativos existentes na base da constituição do Estado e em suas normas fundamentais, inclusive levando à possibilidade de afirmar a gestão democrática como um dos princípios a ser observado pela administração pública.

Outra questão levantada diz respeito à necessidade de violação do sistema administrativo para resultar em improbidade e não, isoladamente, de um único princípio, quando houver finalidade pública na atuação em questão.

A título de suporte, foram utilizadas obras de autores como Celso Bastos[43] e John Locke[44].

Após esta pretendida demonstração, finalizando este item, no tópico 4.4 serão abordados alguns *limites à política urbana e à gestão democrática*, com base em fatores externos que, além de causar dificuldades podem, de fato, limitar não só a participação popular como, também, o resultado soberano proveniente da gestão comunitária local, com base num interesse maior que visa garantir as gerações futuras.

A título de dificuldades ou limites, foram citadas algumas circunstâncias como as culturais, financeiras, tributárias, ambientais e técnicas.

Como suporte foram utilizados alguns dados obtidos na internet e, dentre as obras citadas, pode ser referida a de Vittorio Cassone[45].

Finalmente, após toda a pesquisa sugerida, no item 5 serão traçadas as *considerações finais*, seguida, no item 6, pela ordenação das referências bibliográficas.

---

[43] ***Curso de Direito Administrativo***. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.
[44] LOCKE, John. *Ibid.*
[45] ***Direito Tributário***. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

2. CONVIVÊNCIA E DESENVOLVIMENTO HUMANO COMO FUNDAMENTO SOCIAL

A pretensão deste trabalho, neste tópico, restringe-se a uma análise da pessoa humana como "valor-fonte" do direito e da justiça, da convivência humana e desenvolvimento, da cidade e justiça social e da política urbana, sem perder de vista o já referido valor-fonte do direito e da justiça, não como uma invenção ora proposta, mas, sim, como reflexo da base axiológica já positivada pelo atual Estado de Direito[46].

Toda esta base valorativa é o que se entende como contribuição da doutrina e das normas positivadas para a formação e legitimação da gestão democrática da cidade. Sem que fossem feitas estas considerações, delineada na forma da introdução, haveria uma limitação muito grande ao que se refere ao teor da proposta ora em desenvolvimento[47].

Refletir, embasado nos citados valores, sobre pontuais dispositivos legais, seus reflexos e suas capacidades de integração e transformação social faz parte, inicialmente, deste tópico. A todo tempo, o anotado amparo normativo será o descrito no preâmbulo da atual Constituição Republicana e em seus dois primeiros títulos, os quais expressam os princípios, os direitos e as garantias fundamentais.

2.1. Pessoa humana como "valor-fonte" do direito e da justiça

O vocábulo Direito pode comportar numerosos significados, como aquilo que é reto (*directum*), ou o poder que alguém detém sobre determinada coisa ou sobre determinado fato, bem como um complexo de normas que tratam das relações

[46] A expressão 'Estado de Direito' vai ser utilizada no presente estudo, como sinônimo de Estado regrado, cujos valores já estão pré-estabelecidos pelo documento constitucional que organiza o Estado e as suas funções primordiais, sem permitir que se perca de vista aquilo que elegeu como sua própria base de valor, os seus princípios fundamentais e os seus direitos e garantias fundamentais. "Quanto ao Estado de Direito, não é forma de Estado nem forma de governo. Trata-se de um 'estatu quo' institucional, que reflete nos cidadãos a confiança depositada sobre os governantes como fiadores e executores das garantias constitucionais, aptos a proteger o homem e a sociedade nos seus direitos e nas suas liberdades fundamentais (...) o Estado de Direito teve sua base ideológica principal formada à sombra dos combates que a liberdade feriu contra o absolutismo..." (BONAVIDES, Paulo. ***Teoria do Estado***. 3ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 190).

[47] A gestão democrática da cidade (Inc. II do art. 2º do Estatuto da Cidade - Lei 10.257/2001), sua legitimidade ou, eventualmente, a improbidade por sua inobservância.

sociais, seja da relação indivíduo-indivíduo, indivíduo-coletividade, indivíduo-Estado, coletividade-coletividade, coletividade-Estado ou da relação existente entre Estados.

Buscando resumir os seus vários sentidos, Miguel Maria de Serpa Lopes[48] assevera que "A palavra 'direito' pode ser tomada em três sentidos: 1º) como um conjunto de regras ou de preceitos; 2º) como faculdades ou prerrogativas pertinentes a cada indivíduo; 3º) ou, finalmente, como um movimento científico."

> A característica dominante do Direito, no seu sentido objetivo, está portanto na *coação social*, meio de que se utiliza a própria sociedade para fazer respeitar os deveres jurídicos, que ela mesma instituiu, a fim de manter a harmonia dos interesses gerais e implantar a ordem jurídica.[49]

Fruto da condição[50] humana, é viável concluir da doutrina que o direito, na expressão de uma faculdade ou prerrogativa do ser humano, assim que foi reconhecido tanto pelo homem que o reivindicou como por seu semelhante, permitiu o desenvolvimento da própria vida, o convívio e a formação da sociedade, variando de conteúdo e forma de acordo com o seu tempo e as características da sua comunidade.

"O primeiro capital humano é a cultura. O ser humano, sem ela, seria um primata do mais baixo escalão."[51] É possível relembrar, através de Flávia Lages de Castro[52], que o Direito é produto da cultura e que o "Homem é naturalmente produtor de Cultura (...) Isto é, tudo o que o homem produz faz parte da cultura do homem". Porém, ensina Miguel Reale "... que não é cultura apenas o produto da atividade do homem, porque também *é cultura a atividade mesma do homem enquanto especificamente humana*"[53]. Ou seja, tanto o produto quanto a conduta humana são objetos culturais. De sua lição, pode-se concluir que o homem será considerado uma pessoa, ou um ser humano, a partir da expressão do seu espírito objetivo, ou seja, do seu reconhecimento como ser humano. E que o direito, como manifestação cultural, "é a expressão do espírito objetivo", ou seja, do seu reconhecimento enquanto direito.

---

[48] ***Curso de Direito Civil***. 3ª Ed. Rio de Janeiro – São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1960. v. I, p. 7.
[49] SILVA, De Plácido e. ***Vocabulário jurídico***. 1ª ed. Rio de Janeiro – São Paulo: Forense, 1963. v. II, p. 529.
[50] Condição no sentido de sua maior ou menor evolução, igualdade ou liberdade.
[51] MORIN. *Ibid.* p. 35.
[52] CASTRO, Flávia Lages de. ***História do Direito Geral e Brasil***. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. p. 3-4.
[53] REALE. *Ibid*, v. I, p. 199-198.

> Dizia Hegel que o direito é a expressão do espírito objetivo (...) O direito é expressão do espírito objetivo, do espírito que toma consciência de si mesmo enquanto se realiza no plano da natureza (...) O homem, como ser natural biopsíquico, é apenas um indivíduo entre outros indivíduos, um ente animal entre os demais da mesma espécie. O Homem na sua objetividade espiritual, é uma pessoa.[54]

O Direito surgiu, como atividade humana expressa culturalmente, a partir do momento em que o homem, após reconhecer-se a si próprio e a seu semelhante como pessoa, respeitou aquilo que o outro dizia ser-lhe uma faculdade ou prerrogativa própria ou de outrem por direito. Essa época é anterior a própria escrita[55]. Antecedeu a escrita e permitiu o convívio sob regras, as quais, posteriormente, deram origem à formação das cidades, ou do Estado[56]. Por esta razão, é possível afirmar o Direito como concepção antecedente ao Estado enquanto "ordem normativa"[57], o qual foi precedido pela reunião comunitária ou formação de sociedades[58]. Segundo Rousseau, "A mais antiga de todas as

[54] REALE. *Ibid*, v. I, p. 198.

[55] "Embora algumas vezes as pessoas confundam Direito e Lei escrita, se partirmos do pressuposto de que um conjunto de regras ou normas que regulamentam uma sociedade pode ser chamado (ainda que humildemente) de direito, todas as comunidades humanas que existem ou existiram no mundo – indiferentemente de quaisquer características que tenham – produziram ou produzem 'Direito'" (CASTRO. *Ibid.* p. 7).

[56] Quanto a formação da cidade/Estado, a título de registro histórico, não sem antes anotar a informação de que as leis em princípio foram atreladas à religião, motivo pela qual durante muito tempo foram consideradas "coisa sagrada" (COULANGES, Fustel de. ***A cidade antiga***. Tradução de Jean Melville. Coleção a obra-prima de cada autor. São Paulo: Martin Claret, 2005. p. 206-210), segundo ainda este autor, "A tribo, como a família e a fratria, constituía-se em corpo independente, com culto especial de onde se excluía o estrangeiro. Uma vez formada, nenhuma nova família podia nela ser admitida. Duas tribos de modo algum podiam fundir-se em uma, pois a religião a isso se opunha. Mas, assim como várias fratrias estavam reunidas em uma tribo, diversas tribos puderam associar-se, sob a condição de o culto de cada uma ser respeitado. No dia em que se firmou essa aliança nasceu a cidade. (...) Assim, a sociedade humana, nessa raça, não cresceu como um círculo que se alastrasse pouco a pouco, mas, ao contrário, pela agregação de pequenos grupos, de há muito constituídos. Várias famílias formaram a fratria, várias fratrias a tribo, e diversas tribos a cidade. Família, fratria, tribo, cidade são, portanto, sociedades perfeitamente análogas e nascidas umas das outras por uma série de federações..." (*Ibid*. p. 137-138).

[57] MIRANDA, Pontes de. ***Comentários à constituição de 1967***. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1970. t. I, p. 45.

[58] "No entanto, há um outro aspecto a salientar: na medida em que foram surgindo essas comunidades, por menores que fossem, elas davam lugar – necessariamente – ao surgimento de desafios consistentes em resolver os problemas da própria comunidade. É possível, reconhecermos, que num primeiro momento esses problemas da sobrevivência coletiva tenham primado sobre os da própria individualidade. Mas é inegável que, tornando-se os homens responsáveis não só pela sobrevivência pessoal mas também pela resolução dos problemas que permitissem a manutenção e a sobrevivência do grupo social, deu-se lugar aí a uma função voltada aos interesses da coletividade, à resolução dos problemas que ultrapassam os indivíduos, os problemas transpessoais, os problemas coletivos enfim. Trata-se do aparecimento do político. (...) Em outras palavras, um Estado não é somente uma forma muito recente na vida da humanidade organizar-se politicamente. Antes do Estado o homem passou por formas bastante diferentes de organização do poder político. Mas, já aqui, não há que se falar em formação da sociedade, uma vez que esta já estava formada e já trazia dentro de si o próprio fenômeno político." (BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. ***Comentários à Constituição do Brasil***. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 1, p. 107-108).

sociedades, e a única natural, é a sociedade da família."[59]. Durante muito tempo a religião orientou o governo, até que foi substituída pelo interesse público, momento em que a "política passou à frente da religião, e o governo dos homens tornou-se coisa humana"[60].

> As origens do Direito situam-se na formação das sociedades e isto remonta a épocas muito anteriores à escrita e o que se mostra mais interessante neste estudo especificamente é que, dependendo do povo de que tratamos, esta "época" ainda é hoje.
>
> Povos sem escrita ou ágrafos (a = negação + grafos = escrita) não têm um tempo determinado. Podem ser os homens da caverna de 3.000 a.C. ou os índios brasileiros até a chegada de Cabral, ou até mesmo as tribos da floresta Amazônica que ainda hoje não entraram em contato com o homem branco.[61]

Entretanto, a presente Dissertação não se propõe a tratar dos direitos originários, não apresenta a pretensão de adentrar o campo das investigações dos direitos dos povos ágrafos, bem como não tem por mérito estudar a história do Direito, servindo, apenas, para identificar a base do pensamento ora proposto em forma das alegações que virão, todas, em torno das vigentes normas positivas[62].

Parafraseando Norberto Bobbio[63], a intenção é a de *identificar um dos fundamentos de um direito que se tem* e não de um direito que se gostaria de ter,

---

[59] ROUSSEAU, Jean-Jacques. ***O contrato social ou princípios do Direito Político***. Tradução de Ciro Mioranza. Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal. São Paulo: Escala. s.d. v. 13, p. 15.

[60] "A revolução que fez cair a dominação da classe sacerdotal e elevou a classe inferior ao nível dos antigos chefes da *gentes*, assinala o início de novo período na história das cidades. (...) O velho regime desapareceu, levando consigo as regras rigorosas que estabelecera para todas as coisas; fundou-se um novo regime, e a vida humana mudou. A religião foi durante longos séculos, a única orientação de governo. Era preciso encontrar outro princípio capaz de substituí-la e que, como ela, pudesse governar as sociedades, resguardando-as, tanto quanto possível, de flutuações e conflitos. O princípio que a substituiu, dali em diante, foi o interesse público." (COULANGES. *Ibid.* p. 342-344).

[60] CASTRO. *Ibid.* p. 7.

[61] CASTRO. *Ibid.* p. 7.

[62] Para a presente dissertação, há uma diferenciação entre: *princípio*, que informa um campo a ser atingido, um fim a ser perseguido, sem, entretanto, delimitar o seu alcance; *diretrizes*, as quais estabelecem os campos que devem ser autuados, com objetivos mais delimitados que os princípios, embora possam ser considerados os pontos de partida (*princípios*) ou, mesmo, os fins dos atos administrativos (art. 2º, III e XI do Estatuto da Cidade); *normas*, indicam o ser (regras) e o dever ser (princípios) e não se confundem com a regra legal.

[63] "2. O problema do fundamento de um direito apresenta-se diferentemente conforme se trate de buscar o fundamento de um *direito que se tem* ou de um *direito que se gostaria de ter*. No primeiro caso, investigo no ordenamento jurídico positivo, do qual faço parte como titular de direitos e de deveres, se há uma norma válida que o reconheça e qual é essa norma; no segundo caso, tentarei buscar boas razões para defender a legitimidade do direito em questão e para convencer o maior número possível de pessoas (sobretudo as que detêm o poder direto ou indireto de produzir normas válidas naquele ordenamento) a reconhecê-lo. (...) 3. Da finalidade visada pela busca do fundamento, nasce a ilusão do fundamento absoluto, ou seja, a ilusão de que – de tanto acumular e elaborar razões e argumentos – terminaremos por encontrar a razão e o argumento irresistível, ao qual ninguém poderá recusar a própria adesão (...) toda busca do fundamento absoluto é, por sua vez, infundada." (BOBBIO. *Ibid.* 1992. p. 15-17).

mais apropriado ao estudo da filosofia[64], sem ter a pretensão de contribuir com a ilusão de um fundamento absoluto[65].

Como objeto cultural, fruto do produto ou da conduta humana, que possibilitou a convivência e o desenvolvimento do ser humano é possível, ainda, afirmar o direito como um fato social[66] reflexo da sociedade:

> O direito é uma realidade social (...) Ele é a um só tempo o reflexo de uma sociedade e o projeto de atuar sobre ela, um dado básico do ordenamento social e um meio de canalizar o desenrolar das relações entre os indivíduos e os grupos. O direito adere, assim, intimamente ao estado da sociedade por ele representada, mas dela se distingue para exercer sua missão de organização, sua tarefa normativa. Se o direito é uma realidade social, é também uma teoria ativa da sociedade, uma avaliação do que existe cuja meta é determinar o que deverá existir.[67]

Sendo uma manifestação cultural, um fenômeno social destinado a permitir o desenvolvimento da vida social, pretendeu-se, com o Direito, resguardar e alcançar aquilo que se entende e se pretende como Justiça, no seu determinado tempo e espaço.

Por esta razão, muitos, ao que parece, conceituaram justiça como a realização do Direito[68]. Justa seria a conduta que se adequava à lei. E, em princípio, não haveria de ter qualquer motivo lógico para não aceitar a presente definição de justiça como sendo a conformidade com o Direito, ou seja, como o resultado das aplicações das leis. Ora, se os direitos vieram permitir o desenvolvimento da vida em sociedade e as leis vieram fixar os direitos, qualquer que fosse a violação da lei

---

[64] Sobre o conceito de filosofia, abreviada no origem com a letra "F.": "A disparidade das F. tem por reflexo,obviamente, a disparidade de significações de "F.", o que não impede reconhecer nelas algumas *constantes*. Destas, a que mais se presta a relacionar e articular os diferentes significados desse termo é a definição contida no *Eutidemo* de Platão: F. é o uso do saber em proveito do homem." (ABBAGNANO, Nicola. ***Dicionário de filosofia***. Tradução da 1ª ed. brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi e revisão da tradução e tradução dos novos textos de Ivone Castilho Benedetti. 4ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 442).

[65] Esta questão de ilusão do fundamento dos Direitos do Homem como direito absoluto irá ser tratada um pouco mais detidamente no tópico 3.3. A improbidade diante dos princípios e direitos conflitantes.

[66] Embora não seja o único, o Direito é um fato social. Os fatos sociais podem ser apreciados do ponto de vista jurídico, ou seja, através do Direito, embora com este não se confunda. Louis Assier-Andrieu cita: "Não há atividade social que não se reporte mais ou menos diretamente a um âmbito jurídico, e não existe encaminhamento intelectual que não passe, por uma ou outra de suas indagações, pela relação com a lei." (*Ibid.* p.3).

[67] ASSIER-ANDRIEU. *Ibid.* p. XI.

[68] "JUSTIÇA. Derivado de *justitia*, de *justus*, quer o vocábulo exprimir, na linguagem jurídica, o que se faz conforme o Direito ou segundo as regras prescritas em lei. É, assim, a prática do *justo* ou a razão de ser do próprio Direito, pois que por ela se reconhece a legitimidade dos direitos e se estabelece o império da própria lei." (SILVA, D. *Ibid*. v. III, 1963).

haveria de ser algo injusto, porque o direito deve ser justo, razão pela qual justa seria a conduta adequada à lei.

Segundo Hans Kelsen, "A conduta social de um indivíduo é justa quando corresponde a uma norma que prescreve essa conduta, isto é, que a põe como devida e, assim, constitui o valor justiça".[69]

Porém, com o passar dos tempos, as revelações culturais demonstraram a não completude ou, melhor, a insuficiência da correlação entre lei e justiça para a conceituação desta, inspirando o surgimento de novos parâmetros para o delineamento de seu conteúdo. Isso porque, em determinados casos, leis injustas positivaram situações de injustiça que não permitiriam o seu acolhimento a título de proclamação da justiça.

Já dentro deste novo contexto, Nicola Abbagnano, dentre outras lições, assegura a possibilidade de se distinguir dois significados principais ao termo justiça, abreviada, em seu dicionário, através da letra "J.":

> 1º J. como conformidade da conduta a uma norma; 2º J. como *eficiência* de uma norma (ou de um sistema de normas), entendendo-se por eficiência de uma norma certa capacidade de possibilitar as relações entre os homens. (...)
> 1º No primeiro significado (...) Aristóteles diz: 'Uma vez que o transgressor da lei é injusto, enquanto é justo quem se conforma à lei, é evidente que tudo aquilo que se conforma à lei é de alguma forma justo; de fato, as coisas estabelecidas pelo poder legislativo conformam-se à lei e dizemos que cada uma delas é justa' (...)
> 2º No segundo conceito, a J. não se refere ao comportamento ou à pessoa, mas à norma; expressa a eficiência da norma, sua capacidade de possibilitar as relações humanas. Neste caso, obviamente, o objeto do juízo é a própria norma, e desse ponto de vista as diferentes teorias da J. são os diferentes conceitos do *fim* em relação ao qual se pretende medir a eficiência da norma como regra para o comportamento intersubjetivo...[70]

No primeiro conceito de justiça, tem-se em vista o comportamento da pessoa e a relação deste com a norma. No segundo, a própria norma e a possibilidade que esta tem de permitir o desenvolvimento das relações humanas. Já não se questiona,

---

[69] Aprofundando ainda mais sua tese, em seqüência, continua: "A conduta social de um indivíduo é injusta quando contraria uma norma que prescreve uma determinada conduta. A justiça de um indivíduo é a justiça da sua conduta social; e a justiça da sua conduta social consiste em ela corresponder a uma norma que constitui o valor justiça e, neste sentido, ser justa. Podemos designar esta norma como norma da justiça." (***O problema da justiça***. Tradução de João Baptista Machado. 4ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 3). Nesta mesma obra o autor afirma que "O fundamento de validade do direito positivo é essencialmente vinculado ao seu conteúdo. O direito positivo é válido porque tem um determinado conteúdo e, por isso mesmo, é justo." (p. 116).
[70] ABBAGNANO. *Ibid.*

aqui, o comportamento da pessoa, mas a capacidade que a própria norma possui de contribuir para o desenvolvimento humano, para harmonizar os relacionamentos intersubjetivos.

Essa mudança de parâmetro, objeto de uma evolução cultural[71], pode ter como uma de suas causas justificadoras o fato de que muitos, afirmando estar atendendo às normas, acabaram por dilacerar a própria vida humana.

Esta hipótese, que atribui uma maior importância ao segundo significado do termo justiça, pode encontrar fundamento histórico em algumas das conseqüências provenientes de governos ou regimes totalitários.

> Num regime totalitário, que almeja o domínio total dos indivíduos, os campos de concentração, observa Hannah Arendt, são a verdadeira instituição, constitutiva do cerne do poder organizacional do regime. De fato, na análise arenditiana os campos de concentração tem este papel central, pois são: (I) o *laboratório* que demonstra a convicção totalitária de que tudo é possível; (II) o *locus* que permite não apenas o extermínio físico das pessoas mas também a eliminação da espontaneidade como dimensão e expressão da conduta humana e, conseqüentemente, o ambiente que verdadeiramente permite a transformação da personalidade humana numa simples coisa; e (III) a *instituição* essencial para a preservação do poder do regime pelo medo indefinido que os campos de concentração inspiram na sociedade e pelo treinamento muito definido que oferecem em matéria de dominação total, que em nenhuma parte, a não ser no isolamento dos campos, pode ser testado em todas as suas radicais possibilidades.
>
> (...) Daí a razão pela qual um regime totalitário não pode comportar a justiça como legalidade, pois as normas jurídicas, por mais injustas que sejam, representam um limite e uma estabilização e, destarte, um obstáculo à tentativa totalitária de tornar supérfluos todos os homens (...) realizando, desta maneira, o ideal da dominação total a que aspira um regime totalitário.[72]

Daí ser possível sustentar a já citada paráfrase à expressão de Louis Assier-Andrieu[73] no sentido de se considerar *justiça como um fenômeno em perspectiva*, na

---

[71] "O aparecimento da cultura opera uma mudança de órbita na evolução. A espécie humana evoluirá muito pouco anatômica e fisiologicamente. São as culturas que se tornam evolutivas, por inovações, absorção do aprendido, reorganizações; são as técnicas que se desenvolvem; são as crenças e os mitos que mudam; foram as sociedades que, a partir de pequenas comunidades arcaicas, se metamorfosearam em cidades, nações e impérios gigantes. No seio das culturas e das sociedades, os indivíduos evoluirão mental, psicológica, afetivamente." (MORIN. *Ibid.* p. 35).

[72] LAFER. *Ibid.* p. 103-104.

[73] "... o direito é um fenômeno em perspectiva. Dá-se com ele o mesmo que com um monumento ou uma paisagem que muda de aspecto conforme a luz e a distância do olhar. O ponto de vista de onde o direito é observado delineia sua plástica, ainda mais que uma de suas faculdade é modelar, por sua vez, esse ponto de vista." (ASSIER-ANDRIEU. *Ibid.* p. XIV).

medida em que sua incidência ou não irá depender da aplicação das normas, segundo o valor lhes atribuído e aos fatos[74]. "Só o homem é um ser que inova, e é por isso que só o homem é capaz de valor (...) Há possibilidade de valores porque existe liberdade espiritual, possibilidade de escolha constitutiva de bens (...) O valor é dimensão do espírito humano...".[75]

A perspectiva ora abordada, citada na introdução, é a que considera a pessoa humana como "valor-fonte" do direito e da justiça. Daí a justificativa da melhor valia da segunda corrente que considera a justiça partindo da análise das normas que possibilitam melhor convivência e desenvolvimento dos seres humanos. "O problema humano, hoje, não é somente de conhecimento, mas de destino."[76] Foi visto, da obra de Celso Lafer, que nos períodos totalitários o valor da pessoa humana foi descartado. Isso porque naquele período, quem detinha o poder de escolha dentro do regime totalitário, não elegeu a pessoa humana como fundamento das variações do direito e da justiça. Embora esta possa ser uma afirmação com confirmação histórica, jamais pode ser tida como uma exclusividade do período totalitário:

> Com efeito, no mundo contemporâneo, caracterizado pelo desemprego crônico, pela automação, pela superpopulação e pelo risco onipresente da guerra nuclear, não há como não concordar com Hannah Arendt quando ela afirma: "Os acontecimentos políticos, sociais e econômicos de toda parte conspiram silenciosamente com os instrumentos totalitários inventados para tornar os homens supérfluos". De fato, se a guerra e a miséria são indiscutivelmente dois dos problemas centrais do nosso tempo e se estes dois problemas têm como núcleo o absurdo e paradoxal contraste entre um excesso de poder – que cria, através da multiplicação dos meios da violência, as condições para uma verdadeira guerra de extermínio nuclear e também para o terrorismo de indivíduos e pequenos grupos – e um excesso de impotência – que vem condenando grandes massas à miséria e à fome –, parece-me que a reflexão de Hannah Arendt sobre o totalitarismo e os riscos que ele contém de converter todos em supérfluos guarda uma terrível e impressionante atualidade.[77]

---

[74] Miguel Reale afirma que o conhecimento do direito é especificamente tridimensional, composto de fato, valor e norma: "Tal concepção cessa de apreciar fato, valor e norma como *elementos separáveis* da experiência jurídica e passa a concebe-los, ou como perspectivas (Sauer e Hall) ou como *fatores* ou *momentos* (Reale) inilimitáveis do Direito: é o que denominado de tridimensionalidade específica (...) a minha concepção procura correlacionar dialeticamente os três elementos em uma unidade integrante. (...) Tais discriminações nos auxiliam, por outro lado, a repelir a norma jurídica como pura categoria lógica, estática, simples juízo caracterizável como hipotético, disjuntivo ou conjuntivo. A norma jurídica é uma entidade histórico-cultural, momento de um processo, que reclama e envolve os outros dois para sua plena compreensão." (REALE, Miguel. ***Filosofia do Direito***. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1962. v. II, p. 629 e 639).

[75] REALE. *Ibid*. 1962. v. I, p. 191.

[76] MORIN. *Ibid*. p. 19.

[77] LAFER. *Ibid*. p. 113.

Diante do atual contexto social seria difícil discordar desta alegação. Embora expresse uma realidade, para que a justiça se efetivasse, não deveria ser assim. Reale afirma que "O homem é o valor fundamental, algo que vale por si mesmo (..) Quando se estuda (...) o problema do valor, devemos partir daquilo que significa o próprio homem"[78]. Esta afirmação deve superar o ponto de vista filosófico, como quer a própria constituição ao eleger a dignidade da pessoa humana[79] como um dos fundamentos deste Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, da CF).

Portanto, cabe ao Estado, por meio de suas funções, atuar concretamente em busca de seus fins de forma a garantir a dignidade da pessoa humana, ou a conquista desta. Nicola Abbagnano cita uma lição de Kant sobre dignidade, usando para defini-la a letra "D.": "O que tem preço pode ser substituído por alguma outra coisa equivalente; o que é superior a qualquer preço, e por isso não permite nenhuma equivalência, tem D."[80]

Alcançar a justiça, fazendo a prevalência das normas que permitam a convivência e o desenvolvimento do ser humano, é um dos propósitos da gestão democrática. Referindo-se ao sentido da indicação do princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição, Bastos e Martins apontam o sentido que entendem como o encampado pelo constituinte ao estabelecer esta referência:

> O que ele quis significar é que o Estado se erige sob a noção da dignidade da pessoa humana.
>
> Portanto, o que ele está a indicar é que é um dos fins do Estado propiciar as condições para que as pessoas se tornem dignas.
>
> É de lembrar-se, contudo, que a dignidade humana pode ser ofendida de muitas maneiras. Tanto a qualidade de vida desumana quanto a prática de medidas como a tortura, sob todas as suas modalidades, podem impedir que o ser humano cumpra na terra a sua missão, conferindo-lhe um sentido.
>
> Esta é uma tarefa eminentemente pessoal. O sentido da vida humana é algo forjado pelos homens. O Estado só pode facilitar esta tarefa na medida em que amplie as possibilidades existenciais do exercício da liberdade.[81]

---

[78] REALE. *Ibid.* 1962. v. I, p.188-189.

[79] "O que é ou que sentido tem uma República baseada na dignidade da pessoa humana? A resposta deve tomar em consideração o princípio material subjacente à idéia de dignidade da pessoa humana. Trata-se do *princípio antrópico* que acolhe a idéia pré-moderna e moderna da *dignitas-hominis* (Pico della Mirandola) ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projecto espiritual (*plastes et fictor*)." (CANOTILHO. *Ibid*. 2003. p. 225).

[80] ABBAGNANO. *Ibid.*

[81] BASTOS; MARTINS. *Ibid.* 1998. p. 425.

Assiste razão aos citados apontamentos. Não é sem motivos que todo o poder emana do povo, que pode exercê-lo diretamente ou por intermédio de seus representantes eleitos (Parágrafo único do art. 1º da CF). O significado deste poder é o de atribuir ao povo, os constituintes e a verdadeira razão de ser do Estado, a centralidade legitimadora de todo o poder estatal, ora exercido pelas funções instituídas, ora exercido diretamente pelo próprio povo. Neste caso, a título de exemplo, pode ser citado o próprio voto, o plebiscito, o referendo, a iniciativa popular à elaboração dos projetos de lei ou, mesmo, a gestão democrática da cidade.

Com relação às funções instituídas, estas, se puderam em outra época, já não mais podem ser consideradas um fim em si mesmas. Todas as funções públicas, do Executivo, Legislativo ou do Judiciário, devem ser consideradas legítimas na medida em que atentam para os interesses e a vontade do povo que detém a unicidade do poder estatal e custeia as funções públicas, as quais, além de onerar o contribuinte, até o momento não conseguiram estabelecer um Estado Republicano e Democrático que assegure a dignidade do povo deste País.

Povo, em grande parte, por um lado, mal atendido pelas estruturas públicas e, por outro, sem capacidade financeira ou de oportunidade para ser atendido pela iniciativa privada ou de fazer parte desta. Fatores que têm levado um número cada vez mais crescente de pessoas à procura dos serviços públicos que, por sua vez, não têm condições, por saturação econômica e estrutural, de atendê-las.

Ou seja, num País democrático que tem por fundamento também a cidadania (Art. 1º, II, da CF), a efetiva participação do seu povo na sua comunidade está longe de ser considerado uma conquista, embora não lhe falte instrumento normativo para tanto. Se há instrumento normativo e não há uma efetivação da cidadania, identifica-se a falha do Estado enquanto ordenador da própria comunidade. José Murilo de Carvalho expressa no Capítulo I da sua obra, o título "cidadãos em negativo", citando o radicalismo de uma frase já há muito tempo citada pelo biólogo francês Louis Couty: "O Brasil não tem povo."[82]

[82] "Em 1881, um biólogo francês que ensinava no Rio de Janeiro, Louis Couty, publicou um livro intitulado *A escravidão no Brasil*, em que fazia uma afirmação radical: 'O Brasil não tem povo.' Dos 12 milhões de habitantes existentes à época, ele separava, em um extremo, 2 milhões e meio de índios e escravos, que classificava como excluídos da sociedade política. No outro extremo, colocava 200 mil proprietários e profissionais liberais que constituíam a classe dirigente. No meio ficavam 6 milhões que, segundo ele, 'nascem, vegetam e morrem sem ter servido ao país'. Não havia em lugar algum, é ainda Couty quem fala, massas organizadas de produtores livres, 'massas de eleitores sabendo pensar e votar, capazes de impor ao governo uma direção definida."(*Ibid*. p. 64).

Embora esta frase seja realmente considerada radical, é a realidade de milhares de brasileiros que, na condição de excluídos, *não fazem parte deste povo* em virtude do Estado deixá-los à margem dos direitos, dos fundamentos e objetivos do próprio Estado. Ou seja, as funções instituídas para garantir os princípios fundamentais do Estado, ou os direitos e as garantias fundamentais, não estão funcionando de forma a suprir as necessidades do povo brasileiro. O povo quer ser atendido pelo Estado e uma das formas de conseguir seus intentos é participar efetivamente do governo da sua cidade. A dignidade da pessoa humana e a cidadania já constituem matérias tratadas pelos tribunais[83], embora as instâncias dos tribunais, ao tempo em que podem servir para correção de distorções, não apresentam as melhores condições de efetivar uma transformação na realidade social. Os tribunais refletem a realidade de uma minoria. É através da participação da maioria, da atenção e realização das necessidades e desejos desta que a justiça se realiza. Na realização da gestão democrática, os conhecimentos abstratos dão lugar aos valores concretos manifestados pela sociedade.

> Ao homem é dada a oportunidade para realizar seu projeto existencial. O perfil de sua personalidade ética quem traça e esculpe é o próprio indivíduo. Neste sentido, o homem é o que decide ser. Tudo vai depender das opções assumidas pelo livre-arbítrio de cada um.[84]

Daí também ser possível afirmar o direito como um dado reflexo da sociedade e a justiça como um fenômeno em perspectiva. Na medida em que a sociedade participa da gestão democrática da cidade, a sociedade cria um direito a ser observado para a realização das necessidades que entende apropriada e capaz de permitir a convivência e o desenvolvimento humano. Esse conjunto de afirmações valoriza o homem e o aponta como o valor-fonte do direito e da justiça.

---

[83] A título de exemplo: **Supremo Tribunal Federal (STF)**: "Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País." (**STF.** HC 82.424-QO, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 19/03/04)". "Ninguém é obrigado a cumprir ordem ilegal, ou a ela se submeter, ainda que emanada de autoridade judicial. Mais: é dever de cidadania opor-se à ordem ilegal; caso contrário, nega-se o Estado de Direito." (**STF**. HC 73.454, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 04/06/96).

[84] MIRÀNDOLA, Pico Della. ***A dignidade do homem***. Tradução de Luiz Ferracine. Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal. São Paulo: Escala (s.d). v. 26, p. 42.

2.2. Convivência humana e desenvolvimento

Foi visto no item anterior que o direito surgiu para permitir o desenvolvimento da humanidade e relembrado que, embora em princípio fosse considerada justa a conduta que se adequava à lei, por fatos que se destacaram no regime totalitário, o conceito de justiça se afastou daquele que a admitia como a adequação da conduta humana à norma legal e passou a entrar na capacidade que esta detém de produzir uma harmoniosa convivência social.

Da mesma forma, foi estabelecida a pessoa humana como valor-fonte do Direito e da justiça, ou seja, como o pilar axiológico a partir do qual se deve partir a elaboração do direito e estudar a valoração da justiça. Enquanto foi citada a elaboração do Direito como reflexo da sociedade, foi observada a consideração de justiça conforme a perspectiva, ou sentimento, de seu intérprete.

Mesmo reconhecendo a atribuição do Direito como um instrumento de convivência comunitária, regulador do Estado e, no Brasil, de afirmação da pessoa humana como valor-fonte do Direito (art. 1º, III da CF), da cidadania (art. 1º, II, da CF) e da justiça (art. 3º da CF), a título de princípio basilar e objetivo fundamental desta República, a questão da convivência humana está longe de poder ser considerada harmoniosa ou justa.

> A experiência da violência é uma experiência de violação de direitos individuais ou civis, e portanto afeta a qualidade da cidadania brasileira. Analisei o aumento da violência e do medo do crime em São Paulo de uma série de perspectivas interligadas, e concluo considerando-os a partir do ponto de vista da democracia. A violência e o desrespeito aos direitos civis constituem uma das principais dimensões da democracia disjuntiva do Brasil. Ao denominá-la disjuntiva, James Holston e eu (1998) chamamos a sua atenção para seus processos contraditórios de simultânea expansão e desrespeito aos direitos da cidadania (...) A cidadania brasileira é disjuntiva porque, embora o Brasil seja uma Democracia política e embora os direitos sociais sejam razoavelmente legitimados, os aspectos civis da cidadania são continuamente violados.[85]

Caldeira, na mesma página da citação acima referida, explica o que entende por dimensões civil, política e social da cidadania, afirmando que a política e social

[85] CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. ***Cidade de muros – Crime, segregação e cidadania em São Paulo***. 2ª ed. Tradução de Frank de Oliveira e Henrique Monteiro. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2003. p. 343.

estão razoavelmente legitimadas, enquanto a civil encontra-se continuamente violada. Por dimensão *política,* refere-se ao direito de participar de organizações políticas, de votar e de candidatar-se aos cargos públicos. Já no que se refere a dimensão *social,* entende os direitos associados ao estado do bem-estar social ou, nas palavras de Jock Young, "... um mínimo de emprego, renda, educação, saúde e habitação".[86] Quanto à violada dimensão *civil* da cidadania, compreende como sendo os direitos necessários para garantir a liberdade individual, a asserção da igualdade perante a lei e os direitos civis em geral.

Em momento algum de seu quadro comparativo, a autora se referiu a ausência de normas jurídicas. Assim, ao que tudo indica, compreende como vilipendiada dimensão civil da cidadania, não um problema que decorra da falta de positivação dos direitos, os quais até mesmo podem ser reconhecidos da sua dimensão política ou social. Pelo contrário, preocupou-se em demonstrar como violados os inúmeros direitos já estabelecidos. Isso em razão do notório conflito de competência tanto no que se refere ao poder para elaborar como, em especial, para efetivar a legislação em questão.

Desde a instituição do Estado, advinda com a promulgação de sua Constituição[87], o estabelecimento da sua base ideológica[88] e a positivação de seus valores normativos fundamentais possuem as funções instituídas, na presente Republica Federativa e Democrática de Direito, normas que efetivamente são capazes de possibilitar o estabelecimento da dimensão civil da cidadania, porém, não são aplicadas e muito menos cobradas. Daí a sugestão da pesquisa em ressaltar a defesa do dever de observar[89] e estabelecer a liberdade de participação

---

[86] "Nos termos do famoso ensaio de T.S.Marshall (1950), a cidadania deve conferir não apenas direitos legais e políticos, mas direitos sociais: um mínimo de emprego, renda, educação, saúde e habitação." (YOUNG, Jock. ***A sociedade excludente – exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente***. Tradução de Renato Aguiar. Instituto carioca de criminologia. Coleção pensamento criminológico. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p.19).

[87] "Constituição é o corpo de normas que organiza a ação do Estado, com o propósito de lhe atribuir as funções necessárias, disciplinando-as em sistema de poderes de órbitas definidas, com a ressalva dos direitos, a que devem respeito. É, pois, a Lei máxima, Magna Carta (...) ou Pacto fundamental da nação (...) Entende-se que nela reside a vontade nacional – que é a soberania do povo – na forma positiva de governo legal, de regime jurídico, de ordem pública. E que contra a Constituição, tudo o que se praticar será lesivo à Pátria, senão fatal à sua integridade – que ela configura, preserva, mantém. Evidentemente, não é imutável..." (CALMON, Pedro. ***Curso de Direito Constitucional brasileiro. Constituição de 1946***. 2ª ed. Rio de Janeiro – São Paulo: Livraria Freitas Bastos S.A., 1951. p. 23-24).

[88] Como base ideológica, tem-se o preâmbulo da CF: "O preâmbulo costuma dar a altura ideológica, numa fórmula imperativa, à Constituição (...) serve para o esclarecer como um solene e antecipado compromisso. Diz incisivamente o que se pretende..." (CALMON. *Ibid*. p. 19).

[89] Obrigando o Executivo, o Legislativo e o Judiciário a zelarem do convite à participação pública e, em especial, do dever de obediência ao resultado da livre participação popular, fomentando o processo da cidadania.

na gestão democrática da cidade como forma de permitir a manifestação das mais diversas pessoas da comunidade em benefício da satisfação das suas necessidades e interesses[90] para, enfim, aceitar como seu o projeto comunitário em construção.

A convivência humana que é um dos fatores de sobrevivência da própria espécie[91] e do próprio reconhecimento do ser humano enquanto pessoa[92], no seu já visto espírito objetivo, pode levar ou à violência ou à harmonia social, a depender, ao que parece, da forma de condução deste processo capacitador de convivência.

É próprio da sociedade excludente, ao que tudo indica, a geração de violência, enquanto parece ser favorável à harmonia social a sociedade inclusiva.

> A insatisfação face à situação social, a frustração de aspirações e o desejo podem dar lugar a uma variedade de respostas políticas, religiosas e culturais capazes de abrir possibilidades para os imediatamente concernidos, mas também podem, freqüentemente de propósito, fechar e restringir as possibilidades de outros. Também podem criar respostas criminais, e estas encerram muito freqüentemente a característica de restringir terceiros. (...)
>
> Homens jovens que enfrentam uma tal negação de reconhecimento se voltam, em todo o mundo, no que deve ser quase uma lei criminológica universal, para a criação de culturas de machismos, para a mobilização de um dos seus únicos recursos, a força física, para a formação de gangues e a defesa do seu próprio "quintal". Tendo-lhes sido negado o respeito de outros, eles criam uma subcultura que gira em torno de poderes masculinos e de "respeito".[93]

As respostas sociais contra a exclusão devem ser possibilitadas, não do ponto de vista da sociedade inclusa, da sociedade dos gabinetes, da sociedade dos

---

[90] Na medida em que forem sustentados e aceitos pela própria comunidade que, tendo esta possibilidade de participação aberta, ciente desta liberdade real, vão estabelecendo a cultura de participar da gestão democrática das políticas públicas sem qualquer receio de represália ou de cerceamento de suas liberdades.

[91] "Quer, portanto, do ponto de vista social (o homem isolado desde o nascimento não se torna humano – é *Homo ferus*), quer do ponto de vista biológico (pelos cuidados que exige), a vida social, em grupos e em sociedade, é condição de sobrevivência da espécie humana. 2 – Vivendo em sociedade, o homem, que ao nascer possui apenas a natureza biopsíquica, adquire a natureza social, formando e desenvolvendo sua personalidade. Além disso, o homem cria cultura e, através desta, satisfaz suas necessidades e adapta-se ao meio ou adapta o meio a si, modificando-o." (TORRE. *Ibid*. p. 44).

[92] "Por volta de 1921 foram encontradas, nas florestas da Índia, duas meninas vivendo em cavernas, com lobos. Suas idades eram de 2 a 4 anos para a mais jovem e entre 8 e 9 para a mais velha. Como e com que idade foram abandonadas ali, não se pode precisar. Levadas a um orfanato, a menor morreu em menos de um ano e a outra sobreviveu mais alguns, de modo que foi possível avaliar seu comportamento e tentar reeducá-la. Locomovia-se engatinhando, pois não sabia andar só com os membros inferiores; não conhecia palavras, embora emitisse gritos; comia carne crua, não se acostumava às roupas, possuía olfato tão desenvolvido como o faro de certos animais, e seus olhos, no escuro, tinham um brilho peculiar. 1) Casos excepcionais de sobrevivência de seres humanos isolados nos primeiros anos de vida confirmam que o homem é um ser social por natureza, pois só vivendo em sociedade torna-se humano. Do contrário, em quase nada difere dos outros animais – é o que chamamos *Homo ferus*." (TORRE. *Ibid*. p. 43).

[93] YOUNG. *Ibid.* p. 30-31.

membros que exercem as funções instituídas, mas, especialmente, partindo do reconhecimento, da aceitação e da valorização dos excluídos, enquanto cidadãos, valiosos que são, inclusive, para apontarem suas necessidades e traçarem seus objetivos sociais e de vida. Da mesma forma como o custo dos inclusos é assegurado também pelos excluídos[94], estes devem ter a possibilidade real de requerer a abertura de novas e contínuas oportunidades que se ajustem às suas necessidades, através dos esforços da sociedade, e que possam corresponder às suas aspirações de um futuro melhor e mais justo tanto para si como para os seus próximos ou, ainda, para o restante da comunidade.

A convivência humana procura buscar, com equilíbrio, o desenvolvimento do conjunto humano, ou seja, da sociedade, valorando condignamente todos os homens que compõe a comunidade, no mínimo, enquanto cidadãos de direitos postos ainda não reconhecidos. Esta harmonia social pode ser provocada através da instigação de uma valoração recíproca capaz de ocorrer entre os indivíduos ou entre estes e os demais grupos sociais.

Em uma cidade, esta valoração pode ser dada e reconhecida[95] através de seu planejamento conjunto, ou conjugação de esforços para o crescimento comum. Outro não é propósito ora defendido, frente aos desígnios da atual política urbana que prevê a atenção ao interesse social, à segurança, ao bem-estar, à oferta de serviços públicos adequados aos interesses e necessidades da população[96], tudo, em conformidade e garantido por meio da gestão democrática das políticas públicas.

Há uma crescente e constante necessidade, fazendo uso da expressão de Amartya Sen, de expandir as capacidades que as pessoas possuem de levar o tipo

---

[94] Os excluídos de que se fala, não são somente os economicamente excluídos, mas estes e todos os demais "sem vozes", ou seja, todas as pessoas da sociedade que por não estarem ocupando cargo ou função instituída se vêem impedidas de participar da construção da sua cidade, por não lhe ser aberto amplo espaço público e seguro de participação, de discussão, de construção, acompanhamento e fiscalização das políticas públicas. O fechamento desse espaço de discussão pode se dar ou por falta de convite ou por desconhecimento das agendas ou das oportunidades que todos possuem de participar da construção das políticas urbanas ou, ainda, pelo descaso ou abandono das decisões comunitárias.

[95] As conquistas ofertadas e não levadas ao conhecimento daqueles que podem usufruí-las tendem a não fazer qualquer diferença, posto que o não conhecimento leva ao não uso, tornando investimentos primorosos em supérfluos. De que vale uma biblioteca se ninguém sabe o que ela ofereça, onde ela está ou até mesmo como poder utilizá-la.

[96] "Em seu clássico *Learning to Labour* [Aprendendo a trabalhar] (1977), Paul Willis trilha o caminho pelo qual 'os rapazes', percebendo a irrelevância da sua escolaridade para os trabalhos manuais aos quais estão sendo encaminhados, criam uma subcultura de resistência contra a escola e o mundo mais amplo da classe média. Mas sua reação face à exclusão do mercado de trabalho primário, da carreira, de boas perspectivas e um futuro promissor é de endossar sua própria exclusão como se rotina fosse, corroborando a exclusão de outros igualmente vulneráveis. Assim, sua subcultura ou resistência eleva a obstinação e a força física à categoria de virtude primeira: é sexista, freqüentemente racista e explicitamente anti-intelectual." (YOUNG. *Ibid.* p. 31).

de vida que elas valorizam; propósito, este, implícito dos comandos que garantem a gestão democrática das cidades[97].

> A análise do desenvolvimento apresentada neste livro considera as liberdades dos indivíduos os elementos constitutivos básicos. Assim, atenta-se particularmente para a expansão das 'capacidades' [*capabilities*] das pessoas de levar o tipo de vida que elas valorizam – e com razão. Essas capacidades podem ser aumentadas pela política pública, mas também, por outro lado, a direção da política pública pode ser influenciada pelo uso efetivo das capacidades participativas do povo. Essa *relação de mão dupla* é central na análise aqui apresentada. (...)
>
> Ter mais liberdade para fazer as coisas que são justamente valorizadas é (1) importante por si mesmo para a liberdade global da pessoa e (2) importante porque favorece a oportunidade de a pessoa ter resultados valiosos. Ambas as coisas são relevantes para a avaliação da liberdade dos membros da sociedade e, portanto, cruciais para a avaliação do desenvolvimento da sociedade.[98]

Estabelecer o convívio público por meio do possibilitado debate aberto à comunidade e, desta forma, provocar a atenção às diferenças sociais, individuais e culturais, de forma fraterna, sem preconceitos e comprometida com a harmonia social, faz parte das argumentações regradas pela organização, igualdade de participação e liberdade de expressão. Ao tempo em que implica dificuldade, comprometimento e readequação administrativa, gera o convívio em respeito[99] e

---

[97] "A princípio, a enorme importância do tema dos direitos do homem depende do fato de ele estar extremamente ligado aos dois problemas fundamentais do nosso tempo, a democracia e a paz. O reconhecimento e a proteção dos direitos do homem são a base das constituições democráticas, e, ao mesmo tempo, a paz é o pressuposto necessário para a proteção efetiva dos direitos do homem em cada Estado e no sistema internacional (...) Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e efetivamente protegidos não existe democracia, sem democracia não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos que surgem entre os indivíduos, entre grupos e entre as grandes coletividades tradicionalmente indóceis e tendencialmente autocráticas que são os Estados, apesar de serem democráticas com os próprios cidadãos." (BOBBIO. *Ibid.* p. 223).

[98] SEN. *Ibid.* 2000. p. 32-33.

[99] "... a política do consenso social requer não apenas a ação com base em preferência individuais *dadas*, mas também a sensibilidade das decisões sociais para o *desenvolvimento* de preferências e normas individuais. Nesse contexto, é preciso atribuir particular importância ao papel da discussão e das interações públicas na emergência de valores e comprometimentos comuns. Nossas idéias sobre o que é justo e o que não é podem ser influenciadas pelos argumentos apresentados para discussão pública, e tendemos a reagir às opiniões uns dos outros às vezes com um comprometimento ou até mesmo um trato, e outras vezes com inflexibilidade e obstinação implacáveis (...) as disposições sociais surgidas do consenso e as políticas públicas adequadas não requerem que haja uma 'ordenação social' única que contenha um *ranking* completo de todas as possibilidades sociais alternativas. Concordâncias parciais ainda distinguem opções aceitáveis (e eliminam as inaceitáveis), e uma solução viável pode basear-se na aceitação contingente de medidas específicas, sem exigir a unanimidade social completa. Também se pode argumentar que os juízos sobre 'justiça social' não requerem de fato uma precisão perfeitamente sintonizada (...) Em vez disso, o necessário é um acordo viável sobre algumas questões básicas de injustiça ou desigualdade identificavelmente intensas." (SEN. *Ibid.* 2000. p. 288-289).

ajustes sociais mútuos que podem vir a possibilitar, na ressaltada expressão de Amartya Sen, a expansão das capacidades das pessoas levarem o tipo de vida que elas valorizam para buscar os resultados que julgam valiosos[100], ou seja, o desenvolvimento humano, social ou econômico.

Há diversas dificuldades[101] que faz com que as sugestões apontadas possam não ser todas acatadas como, por exemplo, as impossibilidades físicas, econômicas ou técnicas, assim como há barreiras culturais que deverão ser transpostas para o estabelecimento da inclusão ou "evolução" social entre todos os membros da comunidade. Dificuldades[102] que poderão ser visualizadas com o tempo ou através das práticas de medidas inclusivas, a começar pela divulgação da própria crença na eficiência e resultados da participação comunitária. Vencer os conflitos de "valores" entre as escolhas que farão e superar, sendo o caso, "tradições estabelecidas", ou o pensamento de "autoridades" da cultura, dos poderes instituídos, da religião ou qualquer outra que impõe a observância de tradições reais ou imaginárias, também faz parte deste desafio. Todas as questões, tal como o sentimento de Direito e a justiça, são proposições culturais a ser debatida, a ser enfrentada pelos que, diante de princípios como da cidadania, da dignidade da pessoa humana e da liberdade de participação, buscam uma arena de debate público e uma maior igualdade de realizações entre os diversos setores sociais. Neste sentido, o prêmio Nobel da economia Amartya Sen, discorre:

---

[100] "Com efeito, um dos argumentos mais poderosos em favor da liberdade política reside precisamente na oportunidade que ela dá aos cidadãos de debater sobre valores na escolha das prioridades e de participar da seleção desses valores (...) A liberdade individual é essencialmente um produto social, e existe uma relação de mão dupla entre (1) as disposições sociais que visam expandir as liberdades individuais e (2) o uso de liberdades individuais não só para melhorar a vida de cada um, mas também para tornar as disposições sociais mais apropriadas e eficazes." (SEN. *Ibid.* 2000. p. 46).

[101] "Euclides supostamente teria dito a Ptolomeu: 'Não existe 'estrada régia' para a geometria'. Também não está claro se existe alguma estrada régia para a avaliação de políticas econômicas ou sociais. Diversas considerações que requerem atenção estão envolvidas, e as avaliações têm de ser feitas com sensibilidade para com essas preocupações. Boa parte do debate sobre as abordagens alternativas da avaliação relaciona-se às prioridades na hora de decidir o que deve estar no centro de nossa consideração normativa." (SEN. *Ibid.* 2000. p. 106).

[102] Dispondo sobre a compatibilização das normas de direito: um novo uso dos direitos humanos: "A análise do filósofo Jean Ladrière ajuda a compreender como uma racionalidade tão radicalmente oposta à do direito tradicional pode pretender integrar-se em uma construção jurídica coerente: 'o conceito de direitos humanos, mais uma vez, é indispensável para assegurar a mediação entre as exigências da ética pura, que se referem de maneira direta ao horizonte da universalidade, e a efetividade da vida política, enquanto a mesma tende a inscrever-se em uma ordem jurídica. Encontramos aqui algumas condições de possibilidade da vida democrática. Para que possam ser tomadas decisões efetivas em uma base democrática, é preciso que sejam dados, ao mesmo tempo, a força da convicção e o espaço da discussão. É preciso que opiniões firmes possam ser formadas e expressas, mas é também preciso que as convicções não tenham o caráter de uma intransigência absoluta, que não tenham a pretensão de levar incondicionalmente todas as vontades a elas mesmas. E, além disso, é preciso que as opiniões possam afrontar-se, mas é preciso também que o confronto não leve ao relativismo puro e simples". (DELMAS-MARTY, Mireille. ***A imprecisão do Direito – do Código Penal aos Direitos Humanos***. Tradução de Denise Radanovic Vieira. São Paulo: Manoele, 2005. p. 285).

> A questão mais séria, na verdade, diz respeito à fonte de autoridade e legitimidade. Existe um inescapável problema valorativo na decisão do que se deva escolher se e quando acontecer de algumas partes da tradição não puderem ser mantidas juntamente com mudanças econômicas e sociais que possam ser necessárias por outras razões. Essa é uma escolha que as pessoas envolvidas têm de enfrentar e avaliar. A escolha não é fechada (como muitos apologistas do desenvolvimento parecem sugerir) nem é de alçada da elite dos "guardiães" da tradição (como muitos céticos do desenvolvimento parecem presumir). Se um modo de vida tradicional tem de ser sacrificado para escapar-se da pobreza devastadora ou da longevidade minúscula (que é como vivem muitas sociedades tradicionais há milhares de anos), então são as pessoas diretamente envolvidas que têm de ter a oportunidade de participar da decisão do que deve ser escolhido[103].

A abertura da discussão deve ser tanto maior quanto maior for a dificuldade a ser vencida[104]. O desenvolvimento, ou o progresso, que se pretende é o da sociedade, naquilo que ela mais valoriza, ou seja, no seu bem-estar, no seu pretendido modo de vida em condições de realizar as finalidades às quais se propõe alcançar em seus vários estágios de vida. Não parece que a restrição do espaço público de participação comunitária possa, de melhor forma, contribuir para o aperfeiçoamento da vida em sociedade[105]. Vale observar que a gestão democrática da cidade, que privilegia a convivência humana e a busca do desenvolvimento, não deve ser estabelecida em um único estágio de um determinado ciclo político. De conformidade com a lei, deve ser uma constante rotina na vida política comunitária, como razão desta República Federativa e Democrática. As decisões democráticas não fazem parte de um sistema de princípios aptos a comportar uma única valoração de eficiência ou identidade, nem estabelecem um planejamento anotado de forma inflexível, porque sua base de sustentação, de aprovação comunitária[106], é variável, assim como a própria seqüência de interesses e necessidades humanas, as quais

---

[103] (SEN. *Ibid.* 2000. p. 47).

[104] "Por último, a dignidade da pessoa humana exprime a abertura da República à idéia de **comunidade constitucional inclusiva** pautada pelo multiculturalismo mundivivencial, religioso ou filosófico. O expresso reconhecimento da dignidade da pessoa humana como *núcleo essencial* da República significará, assim, o *contrário* de 'verdades' ou 'fixismos' políticos, religiosos ou filosóficos." (CANOTILHO.2003. p. 225/226).

[105] "O mundo contemporâneo está invadido por antimovimentos sociais; particularmente quando a defesa da identidade separa-se do domínio da produção, volta-se para si mesma e torna-se a afirmação duma diferença cultural ou histórica (...) Os antimovimentos sociais são sempre dominados por um poder político, seja ele o guru de uma seita ou a vanguarda política que mobiliza recursos culturais na sua luta pelo poder. O que os opõe absolutamente aos movimentos societais é que eles se identificam com um ser histórico concreto, um grupo, uma etnia, uma comunidade religiosa ou outra, e nunca apelam para a noção de sujeito e para o universalismo que esta noção contém." (TOURAINE. *Ibid.* p. 140).

[106] A aprovação da comunidade pode variar por força do tempo, em razão da conseqüência dos projetos em andamento, em razão de novas perspectivas, de fatos novos ou de inúmeros outros fatores.

são frutos de um momento histórico, da realidade, da cultura de um povo ou, em outros termos, do produto ou da própria atividade das pessoas[107].

A pretendida convivência comunitária não imagina uma sociedade despida de rivalidade, competição[108] ou de colisão de interesses. Esses são imprescindíveis ao estabelecimento de novas idéias, de novas propostas e da própria evolução. A democracia não se alimenta de unanimidade, mas, sim, de novas perspectivas[109], das momentâneas discussões de valores, de necessidades variáveis, da possibilidade de uma renovada e periódica participação comunitária que revele igualdade de oportunidade e liberdade conjunta de participação ou, por que não, de solidariedade. Nos locais em que se demonstram o respeito às participações alheias e às decisões plurívocas, há reciprocidade social. Segundo Morin (*ibid*. p. 197):

> 1. Uma sociedade humana não pode ser totalmente submetida a uma ordem mecânica (...)
> 2. Uma sociedade é sempre a união da comunidade e da rivalidade, da coalizão e da competição, dos interesses sociocêntricos e dos interesses egocêntricos, do *fitting* (ajuste mútuo) e do *matching* (rivalidade, concorrência). Quando as complementariedades se atualizam, os antagonismos se virtualizam e vice-versa. Assim, a luta de classes virtualiza a colaboração das classes, e a colaboração das classes virtualiza a luta de classes. É nesse jogo de virtualização e de atualização que a nação é, ao mesmo tempo, comunidade e sociedade. O conflito é inerente a uma sociedade complexa e, como dissemos, a democracia alimenta-se de conflitos. Mas também é sempre preciso, na sociedade complexa, comunidade, solidariedade, amor.

---

[107] "Os valores não são, por conseguintes, objetos ideais, modelos estáticos (...) o valor não se reduz ao real, nem pode coincidir *inteiramente, definitivamente*, com ele: um valor que se *realizasse integralmente*, converter-se-ia em 'dado', perderia a sua essência que é a de *superar* sempre a realidade graças à qual se revela e na qual jamais se esgota." (REALE. *Ibid.* 1962. v. I, p. 186).

[108] "A competição, em seu sentido lato, significa luta pela existência. Não só o homem, mas todos os seres vivos, animais e plantas competem. As plantas se excluem umas às outras, competindo pela umidade e luz do sol. (...) O próprio homem pode viver somente à custa da vida das plantas e de animais e, além disso, compete socialmente pela sobrevivência (...) por exemplo, há mais indivíduos procurando empregos do que vagas disponíveis. Surge então a competição para o preenchimento das vagas. A competição é luta impessoal. Os estudantes não consideram adversários seus companheiros de classe, embora todos lutem para passar de ano. Estes estudantes podem, porém, ficar conscientes da competição e preocupados com suas notas. Ainda assim, temos competição, enquanto a atenção deles estiver dirigida para os objetivos (no caso, as notas). Mas quando são ultrapassados os objetivos da competição, surge a rivalidade, isto é, uma forma de conflito. Diferentemente da competição, a rivalidade é pessoal. O estudante A não deseja então apenas passar, mas vencer o colega B. A competição produz: divisão do trabalho, ordem econômica e distribuição dos indivíduos e instituições no espaço social. (...) Na sociedade humana, há muitas vezes subordinação de interesses individuais do grupo, pois a vida social exige cooperação e o grupo impõe isso aos seus membros." (TORRE. *Ibid.* p. 75-78).

[109] Cite-se um diálogo tentando identificar e promover a idéia de sociedade melhores: "Aristóteles concordou com Ágaton em que nem mesmo Deus podia mudar o passado. Mas também concluiu que o futuro pode ser moldado por nós. Isso poderia ser feito baseando nossas escolhas na razão. Precisamos, então, de uma estrutura avaliatória apropriada; precisamos também de instituições que atuem para promover nossos objetivos e comprometimentos valorativos, e, ademais, de normas de comportamento e de um raciocínio sobre o comportamento que nos permitam realizar o que tentamos realizar." (SEN. *Ibid.* 2000. p. 284).

A afirmação de que a concorrência leva à cooperação e vice-versa pode ser percebida cotidianamente a partir das competições que ocorrem entre grupos, entre cidades ou entre Estados. Grupos se unem em cooperação para a sustentação de seus objetivos sociais ou, com este mesmo sentido, buscam contribuir para o sucesso da sua cidade e assim sucessivamente. A maior cooperação, organizada, tende a levar ao sucesso do grupo, da cidade ou do Estado. Enquanto "concorre" com outros grupos por uma maior participação social ou por novas conquistas, a solidariedade, a harmonia ou a cooperação passa a integrar os grupos que se unem, mesmo que implicitamente, compartilhando direitos e obrigações para a realização de trocas que possam levar a uma finalidade comum, mesmo que seja pessoal, como um lucro (pessoal) qualquer. A organização social é fruto da cooperação[110].

> A maior parte do tempo e da energia humana é empregada mais em fatos que unem os homens e aumentam a solidariedade que em fatos que os separam. É verdade que o conflito não é acidental nem anormal na vida humana, mas também não é contínuo, e sim intermitente. A paz e o equilíbrio são necessários para o indivíduo, grupos e sociedade, pois sem eles não há organização e estabilidade.[111]

A cooperação que se visualiza para o pretenso desenvolvimento humano, social e de perspectivas é a da participação comunitária no planejamento das cidades que deverá ocorrer por intermédio da suas gestões democráticas. A própria Assembléia Nacional Constituinte se reuniu para instituir um Estado Democrático, destinando-se a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias (Preâmbulo da CF).

Não é demasiado observar, inclusive no que se refere à própria instituição do Estado, que a colaboração constitutiva deste não se restringiu apenas à elaboração

---

[110] "Para vivermos em sociedade, os homens se organizam de tal modo que, embora sejam unidades biopsíquicas, formam unidades maiores: os grupos, as comunidades, as sociedades. Para se organizarem, os homens cooperam entre si. Chamamos de cooperação a união de esforços ou auxílio mútuo para a realização de objetivos comuns. Cooperação significa atuação, ação em comum, em harmonia. Entende-se por *cooperação* desde o auxílio mútuo para realizar os trabalhos mais simples, como remover uma pilha de tijolos ou arrancar o mato do jardim, até a união de esforços, de alta complexidade, exigindo especialização e conseqüente divisão do trabalho para governar um Estado, elaborar um plano de trabalho para uma grande empresa ou mesmo a conquista da Lua." (TORRE. *Ibid.* p. 72).

[111] TORRE. *Ibid.* p. 88.

dos trabalhos da Assembléia Constituinte. Como visto, foi ressaltada a partir do preâmbulo da atual Constituição como um dever positivado de cooperação social. Passou a representar um norte à própria instituição da República Federativa que se instituiu sob a forma de Estado Democrático de Direito, fundado na cidadania, na dignidade da pessoa humana, no pluralismo político e, sobretudo, na concentração do poder soberano nas mãos da comunidade.

O Estado de cooperação social (e a própria gestão democrática) passou a integrar os princípios fundamentais, inclusive nas relações internacionais, como meio de contribuição para assegurar o progresso da sociedade brasileira (arts. 1º e 3º da CF) e da humanidade (art. 4º, IX da CF).

Assim, a convivência humana e o desenvolvimento saíram da esfera do que Kelsen talvez pudesse denominar de um "direito natural" de sobrevivência em pretensa condição de dignidade para adentrar a esfera positiva de uma República Federativa Democrática de Direito[112].

Qual a importância de se identificar desde o preâmbulo da Constituição, o direito assegurado à convivência humana e ao desenvolvimento? É que, a partir de então, esta que seria apenas a pretensão de boa parte da sociedade e de estudiosos, como os citados, passou à condição de alicerce do sistema jurídico constitucional.

Vladimir Brega Filho[113], descrevendo a opinião de Jorge Miranda[114], cita que "Embora o preâmbulo da Constituição seja dispensável, não há dúvida de que na hipótese de o mesmo existir, ele possui a mesma força jurídica dos demais preceitos constitucionais". Também fazendo alusão aos ensinamentos de Jorge Miranda, Walter Claudius Rothenburg assevera que "... onde aparecer, o preâmbulo deve merecer prestígio em toda a sua capacidade normativa."[115]

No preâmbulo, o constituinte estabeleceu a base da Constituição que se seguia, ou seja, o suporte ideológico[116] ou de valor do novo Estado que a partir daí

---

[112] "A teoria do direito natural é uma teoria jurídica dualista, pois, segundo ela, ao lado do direito positivo há um direito natural. A Teoria Pura do Direito, porém, é uma teoria jurídica monista. Segundo ela, só existe *um* direito: o direito positivo." (*Ibid*. p. 117).

[113] ***Direitos fundamentais na Constituição de 1988. Conteúdo jurídico das expressões***. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 58.

[114] ***Manual de Direito Constitucional***. Tomo II, p. 240.

[115] ***Princípios constitucionais***. 2ª tiragem. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 74-75. No contexto desta sua obra, Walter C. Rothenburg escreve que "... os princípios instalam-se confortavelmente no preâmbulo (autêntica 'declaração de princípios': Slaibi Filho 1993: 104), plenos de força normativa." (p. 74)

[116] CALMON. *Ibid*. p. 19.

surgiu. Tal foi o valor imposto à base ideológica do Estado que todas as suas expressões, com capacidade normativa, foram acolhidas no corpo normativo constitucional como princípios[117].

Distinguindo a titularidade do exercício do Poder Constituinte[118], Michel Temer diz que o titular seria o povo, enquanto o exercente aquele que, em nome do povo, implanta o Estado, editando a Constituição. Sendo assim, o único limite ao exercício da atividade constituinte, por ocasião da formação deste Estado, seria a vontade popular legitimadora do Estado aceito. A partir do Estado constituído, como limitação à vontade do próprio Estado, há a constituição deste. No parágrafo único de seu art. 59, a Constituição reservou à lei complementar o poder de dispor sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis. Veio esta lei (Lei Complementar nº 95/98) estratificando a estruturação das leis em três partes básicas, separando a parte preliminar, que contém o preâmbulo, da parte normativa[119]. Na seqüência, incumbiu o preâmbulo de indicar a base legal da lei a ser editada[120].

Ao que parece, por evidência, as normas não podem contrariar sua base de sustentação, mas com esta não se confundem. Mesmo não constituindo uma norma, os valores base da instituição da própria constituição (contidos no preâmbulo) não são passíveis de contradição, sob pena de suprimir o fundamento de validade da própria norma. Quando transformados em normas (princípios ou regras), dão legitimidade a estas, e segurança tanto à sociedade como à própria atuação do Estado[121].

---

[117] É próprio de uma República Federativa e Democrática de Direito que os valores sociais mais imperativos acabem por legitimar as normas e a gestão do Estado, como quer a gestão democrática. Ao menos aparentemente num sentido próximo do citado, "Atualmente, devido a tematização nos trabalhos dos espanhóis Perez Luño, Prieto Sanchis e García de Enterria, chega-se a divisar, no gênero norma, mais um espécie categorial normativa: os valores. Assim, segundo essas tematizações, norma é o gênero do qual os princípios, as regras e os valores são espécies." (ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. ***Conceitos de princípios constitucionais***. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 66-67).

[118] "Costuma-se distinguir a *titularidade* e o *exercício* do Poder Constituinte. Com isto quer-se significar que o *titular* nem sempre é o *exercente* desse poder. O titular seria o povo. Exercente é aquele que, em nome do povo, implanta o Estado, edita a Constituição." (TEMER, Michel. ***Elementos de Direito Constitucional***. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 31).

[119] Art. 3º A lei será estruturada em três partes básicas: I – parte preliminar, compreendendo a epígrafe, a ementa, o preâmbulo, o enunciado do objeto e a indicação do âmbito de aplicação das disposições normativas; II – parte normativa, compreendendo o texto das normas de conteúdo substantivo relacionadas com a matéria regulada; III – parte final...

[120] Art. 6º O preâmbulo indicará o órgão ou instituição competente para a prática do ato e sua base legal.

[121] Segundo Walter Claudius Rothenburg, "Os princípios, portadores dos mais altos valores que uma dada sociedade resolve transformar em preceitos jurídicos, revelam as 'decisões políticas fundamentais' (Carl Schmitt), tendo, portanto, uma iniludível carga ideológica, que deve ser reconhecida, assumida, prestigiada ou criticada." (*Ibid.* p. 77).

Não é demasiado concluir, por uma leitura derivada da própria Constituição, que o preâmbulo integra a Constituição. Não que todo seu conteúdo indique de forma obrigatória ou, apenas, diga respeito às normas centrais da Constituição[122], mas o fato é que o mesmo aponta para os valores fundamentais desta. Tanto esta afirmação deve poder receber credibilidade que, se não bastasse estar contido no preâmbulo, os valores ali instituídos foram novamente citados nos artigos que revelam os princípios, os direitos e as garantias fundamentais da Constituição, como, a título de exemplo, o objetivo de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com a erradicação da pobreza, da marginalização, com a redução das desigualdades sociais e regionais e com a promoção do bem de todos sem qualquer forma de discriminação[123].

Enfim, buscar os objetivos e os fundamentos de constituição deste Estado é o que se pretende com a possibilidade de aumentar as capacidades das pessoas levarem o tipo de vida que valorizam, por meio da igualdade de oportunidade e da liberdade de participação na gestão democrática das cidades. Princípios gerais que devem ser observados tanto pelos poderes Executivo e Legislativo como pelo Judiciário. Este, para firmar a obrigação dos demais, tanto no que se refere à

---

[122] A título de ilustração do que se pretende afirmar, cite-se que o **Supremo Tribunal Federal** (**STF**), ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.076-5 Acre, referindo-se à "Invocação da proteção de Deus", julgou que o preâmbulo da Constituição não constituía norma central, não tendo, portanto, força normativa. Quanto a invocação em apreço, outra não haveria de ser a decisão posto que a mesma não revela comando ou conduta alguma, ou seja, se não revela comando não possui maior valor à base normativa, independentemente da frase estar no preâmbulo ou relacionada em qualquer outro artigo da Constituição. Mesmo que a frase "Invocação da proteção de Deus" constasse de um artigo da Constituição, não haveria qualquer confronto entre esta expressão com o disposto, por exemplo, no art. 5º, *caput* e inc. VIII da Constituição Federal, por não expressar conflito de normas, ou de mandamentos. A invocação da proteção de Deus não revela qualquer privação de direito, nem viola a liberdade de crença ou de religião. Apenas manifesta a ideologia reitora daquele processo democrático ou o estado de espírito dos então exercentes do poder constituinte. Outra deveria ser a decisão, se a mesma estivesse levando em conta algum valor que representasse um comando instituído pelo preâmbulo da Constituição. Explicitando, se houvesse algum comando na "Invocação da proteção de Deus", por sua base (valor) Constitucional, não poderia ser contrariado (embora na CF haja normas de exceção). Se o ato que contraria o comando da lei, em tese, pode ser considerado ilegal, não é equivocado afirmar que o ato contrário a base de sustentação da constituição deva ser considerado inconstitucional. Sobre esse tema, Pedro Calmon lecionou "... A invocação do nome de Deus, restabelecendo uma praxe nacional (*preâmbulo* das Constituições de 1824 e de 1934), tem aqui a fôrça de uma preferência religiosa, na exaltação preliminar dos sentimentos conservadores da assembléia, afastada com isto, quer da indiferença laicista – isento o Estado de ligações confessionais – que predominou em 1891, quer da hostilidade ao culto abraçado pela maioria da população. O espiritual soabrepõe-se ao material, no pórtico da Lei Suprema (3) A conseqüência prática deste apêlo à proteção divina ('sob a proteção de Deus') é a interpretação dos artigos constitucionais referentes à liberdade de crença, em respeito a harmonia com o pensamento de, por nenhum modo, criar embaraços ao Cristianismo, que tão intimamente penetrou a alma nacional. Vigora o princípio da separação. O Estado e a Igreja desvincularam-se desde 1890 e vivem em órbitas independentes. Mas se o Estado não é religioso, também não é anti-religioso..." (*ibid*. p. 21).

[123] CF: Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

confirmação necessária de abertura do debate público como, especialmente, para assegurar a atenção às decisões elegidas pela comunidade como sendo as suas prioridades.

Ao abrir o espaço de debate e afirmação das políticas públicas, ao mesmo tempo em que se reconhece a vertente de auto-interesse dos indivíduos da sociedade, se afirma a necessidade de se estabelecer condições de convivência[124] com os outros indivíduos e ressalta-se como certa a possibilidade das pessoas afastarem a incidência dos projetos menos contemplativos das necessidades sociais ou, ao menos, os mais injustos[125].

> Pessoas diferentes podem ter modos muito diferentes de interpretar idéias éticas, incluindo as de justiça social, e podem até mesmo nem sequer saber ao certo como organizar seus pensamentos sobre o assunto. Mas as idéias básicas de justiça não são estranhas a seres sociais, que se preocupam com seus próprios interesses, mas que também têm capacidade de pensar em membros da família, vizinhos, concidadãos e outras pessoas do mundo.[126]

---

[124] "... A necessidade de conviver com outros nos leva à necessidade de estabelecermos relações que permitam a sobrevivência de todos os que compõe a coletividade. Isso significa na prática que os meus direitos e interesses não podem ser absolutizados na medida em que entram em conflito com interesses e direitos de outros com os quais necessito conviver. A absolutização dos meus interesses seria a negação dos direitos de outros e a declaração de que eu não necessito deles para viver. Se cada um toma este tipo de atitude, torna-se impossível a vida em um grupo social (...) Por trás de normas e valores morais que regulam este tipo de conflito está uma experiência humana secular: um membro de uma coletividade não sobrevive se esta mesma coletividade vier a se extinguir. É claro que existem exceções para membros que conseguem encontrar novos grupos em substituições daquele que acabou. Mas quando a coletividade que acaba é a própria humanidade, com a inviabilização da vida humana na terra, nenhum indivíduo poderá se tornar esta exceção." (SUNG, Jung Mo; SILVA, Josué Cândido. ***Conversando sobre ética e sociedade***. 12ª ed. Petrópolis: Vozes, 2003. p. 20-21).

[125] "A maior relevância das idéias de justiça está na identificação da *injustiça patente*, sobre a qual é possível uma concordância arrazoada, e não na derivação de alguma fórmula ainda existente para o modo como o mundo deve ser precisamente governado (...) O papel da discussão pública no questionamento dos ditames da sabedoria convencional quanto a aspectos práticos e valorações pode ser decisivo para o reconhecimento da injustiça. Dado o papel que as discussões e os debates públicos precisam ter na formação e utilização de nossos valores sociais (lidar com reivindicações concorrentes de diferentes princípios e critérios), as liberdades políticas e os direitos civis básicos são indispensáveis para a emergência de valores sociais. A liberdade para participar da avaliação crítica e do processo de formação de valores é, com efeito, uma das liberdades mais cruciais da existência social. A escolha de valores sociais não pode ser decidida meramente pelos pronunciamentos daqueles que se encontram em posições de mando e controlam as alavancas do governo. Como já foi discutido (...), devemos considerar fundamentalmente mal orientada uma pergunta formulada com muita freqüência na literatura sobre desenvolvimento: a democracia e os direitos políticos e civis básicos ajudam a promover o processo de desenvolvimento? Na verdade, podemos ver a emergência e a consolidação desses direitos como *constitutivas* do processo de desenvolvimento." (SEN. *Ibid.* 2000. p. 325-326)

[126] SEN. *Ibid.* 2000. p. 297.

Este contexto ideário leva em conta a pretendida democracia[127] legitimada pela busca da afirmação dos indivíduos que compõem as diversas classes dos diferentes núcleos sociais do Estado, o acolhimento do Governo de alcance e fins públicos e os demais valores aceitos e as normas postas como decorrência da necessidade de colaboração social para um convívio humano e harmonioso "Pois os seres humanos não são meramente meios de produção, mas também a finalidade de todo o processo".[128] "O Estado existe para atender à sociedade civil, e não o contrário."[129] "Neste sentido, a República é uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos político-organizatórios."[130] Por essa razão, as pessoas devem ser admitidas ao dialético convívio comunitário, abrindo-se os espaços públicos à efetiva participação social[131], em especial, nos processos que almejam o desenvolvimento dos indivíduos e da comunidade, inclusive, como meio de incentivar a valorização do espaço e das políticas urbanas, da cidade e dos sentimentos de justiça social[132].

---

[127] "Outro dado incompatível com a democracia é o regime em que se tolhe a liberdade individual ao ponto de se colocar o Estado, como fim; e o homem, na qualidade de instrumento deste. O ideal democrático exige o contrário: que o *Estado seja instrumento* corroborador da realização do *indivíduo*, enquanto *pessoa humana*. A *liberdade* individual é fundamental, para ser possível a evolução do sujeito. E indispensável se faz, no espaço democrático, o convívio pacífico das múltiplas liberdades." (GOMES, Sergio Alves. ***Hermenêutica jurídica e constituição no Estado de Direito democrático***. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 14).

[128] SEN. *Ibid.* 2000. p. 334.

[129] SUNG; SILVA. *Ibid.* p. 81.

[130] "Perante as experiências históricas da aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos) a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. Neste sentido..." (CANOTILHO. *Ibid*. 2003. p. 225).

[131] "Resumindo, os seres humanos, por causa da sua própria condição biológica, se exterioriza criando um conjunto de instrumentos materiais e espirituais (cultura) para construir um mundo humano (...) As novas gerações interiorizam esta cultura e assimilam este modo de organizar o mundo humano como ´a` realidade e se exteriorizam reproduzindo a ordem estabelecida, e, portanto, também os valores e normas morais estabelecidos (...) Felizmente este processo de construção social da realidade não é perfeito, isto é, a interiorização nunca é total, e com isso a exteriorização dos membros não reproduz completamente a ordem estabelecida. Se isso ocorresse, viveríamos num mundo totalitário, onde tudo seria uma simples reprodução do conhecido e onde tudo seria determinado e controlado pela ordem estabelecida. Sem nenhum espaço para contestação e novidade. É essa imperfeição que nos possibilita viver o espaço de liberdade e de pensar num mundo diferente e melhor que o atual." (SUNG; SILVA. *Ibid*. p. 32-33).

[132] "A ordem social é agora legitimada não mais pela religião e moral, mas pelo mito do progresso técnico. Tudo é feito em nome do progresso, e em seu nome tudo é justificado. Em nome do progresso ou da modernização condenam-se milhões de pessoas à miséria ou à morte, provocam-se desequilíbrios no meio ambiente e põem em risco a vida humana na terra. (...) Mas, como vimos acima, a interiorização desta ordem burguesa moderna não é perfeita, e por isso continuam existindo pessoas que a contestam em nome de outros valores. Mais do que isso, a vida continua levantando questões que a técnica não consegue responder e que o mito do progresso não consegue abafar. Morte, miséria, violência, corrupção, frustrações pessoais, dúvidas existenciais, desastres ecológicos... continuam existindo e teimam em negar o mito do progresso e da onipotência da técnica. É por isso que a ética voltou a ser um tema importante na nossa sociedade. As pessoas continuam buscando respostas às perguntas fundamentais na vida pessoal e coletiva. Só que não há uma única resposta, nem uma única forma de procurá-las. Algumas são mais claras e coerentes, outras nem tanto." (SUNG; SILVA. *Ibid*. p. 37-38).

Embora tímido frente às necessidades e aos instrumentos normativos que existem para que a sociedade, efetivamente, participe e institua seus interesses em liberdade e aceitáveis condições de dignidade, já se percebe o fortalecimento da nova cultura de busca e respeito ao espaço participativo. Este trabalho visa contribuir para difundir a importância da gestão democrática e a sua instituição como absolutamente obrigatória para se evitar a argüição de improbidade e garantir legitimidade à execução da política urbana.

2. 3. A cidade e a justiça social

Foi visto no item anterior que a convivência humana é um dos fatores de sobrevivência da própria espécie e que se pretende, por meio da interação das forças sociais, buscar o desenvolvimento do conjunto humano, ou seja, da sociedade, valorizando todos os homens que compõem a comunidade, no mínimo, enquanto cidadãos de direitos postos, ainda não reconhecidos.

Como meio de interação, frisou-se a necessidade de se estabelecer o convívio através do debate aberto à comunidade, regrado pela igualdade de participação e liberdade de expressão, e por meio deste atentar às diferenças sociais, individuais e culturais, de forma fraterna, sem preconceitos e comprometido com a harmonia social, a qual provém do reconhecimento de direitos, como o de igualdade de participação e liberdade de expressão, por ocasião da ampla possibilidade de cooperação social na gestão democrática da cidade. Esta, parafraseando Amartya Sen, tem o poder de expandir as capacidades que as pessoas possuem de levar o tipo de vida que elas valorizam. Este é o propósito de desenvolvimento que se pretende com a admissão da convivência humana, a qual, além de ser fator de sobrevivência da própria espécie, faz parte do reconhecimento do ser humano enquanto pessoa e da harmonização social.

A cidade[133] que se almeja é a que permite o intercâmbio entre as estruturas e funções administrativas e de governo com os seus cidadãos, repercutindo, ao

[133] Quando aparece o termo cidade neste trabalho, normalmente, se está fazendo alusão ao Município. Isso porque, ao que parece, impropriamente, o Estatuto da Cidade ao se referir à gestão democrática, no inc. II do seu art. 2º, por força do *caput* deste mesmo artigo, o fez em relação a "cidade" e a "propriedade urbana", quando, em verdade, deveria se referir ao Município. Essa afirmação leva em conta o fato das diretrizes gerais da política urbana se destinarem a servir às cidades e ao restante do Município, incluindo a zona rural e, ocasionalmente, às suas demais áreas de influência. O inc. IV, deste mesmo artigo, assegura a sua "... área de influência...".

mesmo tempo, as aspirações destes e o reflexo de suas intenções e condutas[134]. Estas refletem intensa expressão social, ocupando espaços da individualidade e de inter-relação social, podendo a um só tempo ser agente de transformação social inclusiva ou de exclusão. Assim, a medida de importância que a cidade dá aos seus munícipes tende a ser proporcional àquela que estes atribuem a ela.

> ... o espaço só ganha significado em termos de "relacionamentos significativos", e um relacionamento significativo não pode ser determinado independentemente do estado cognitivo de alguns indivíduos, e do contexto no qual eles se encontram. O espaço social, por isso, é tomado como um complexo de sentimentos e imagens individuais sobre ele e de reações dirigidas ao simbolismo espacial que cerca esses indivíduos. Cada pessoa, parece, vive em sua própria teia, construída pessoalmente por relacionamentos espaciais, contida, por assim dizer, em seu próprio sistema geométrico. Tudo isso conduziria a uma pintura depressiva do ponto de vista analítico, se não fosse verdade o fato de que os grupos de pessoas parecem identificar, substancialmente, imagens similares a respeito do espaço que os circundam, e parecem também desenvolver modos similares de significado de juízo e comportamentos no espaço.[135]

Os relacionamentos significativos estão se perdendo por ausência de um espaço que permita a composição da individualidade dos componentes do grupo social, tornando-se tão reduzidos para um imenso contingente da sociedade que passa a ser inadequado para uma condição digna de sobrevivência, assim como as áreas de interação pública estão ficando aquém das expectativas sociais, fazendo com que se proliferem situações efetiva de segregação social. O fenômeno desta disjunção surge da falta de interação entre os diversos grupos ou indivíduos que compõem a comunidade e, ainda, entre estes e os executores das políticas públicas, os quais estão distantes e ilusoriamente protegidos das adversidades sociais.

Os espaços influem no significado dos relacionamentos. Quando os diferentes espaços reconhecidamente geram novas oportunidades sociais, passam a demonstrar essas possibilidades e a atrair pessoas que deles querem se ocupar para um fim comum. Importa, pois, em planejamento conjunto de interesse social.

---

[134] "É útil contrastar com essa 'imaginação sociológica' a existência mais do que difundida do que chamei 'consciência espacial' ou 'imaginação geográfica'. Esta imaginação habilita o indivíduo a reconhecer o papel do espaço e do lugar em sua própria biografia; a relacionar-se aos espaços que ele vê ao seu redor, e a reconhecer como as transações entre os indivíduos e entre as organizações são afetadas pelo espaço que os separa." (HARVEY. *Ibid.* p. 14).

[135] HARVEY. *Ibid.* p. 23.

Criar alternativas que possam efetivamente contribuir para afastar as deficiências locais, estimulando e desenvolvendo áreas capazes de promover a sadia interação dos diferentes grupos comunitários deve ser objeto de planejamento contínuo, aberto e acessível à comunidade, de forma a inibir a prevalência de qualquer política de conveniência eventualmente voltada para a conquista de soluções ocasionais de maior retorno pessoal, as quais nem sempre se compatibilizam com a expectativa ou com os interesses sócio-individuais.

Um mesmo Município pode conter intensas e acentuadas variações de infra-estrutura[136]. Há localidade onde a oferta e a qualidade dos equipamentos urbanos e comunitários, quando existentes, sofrem profundas disparidades, provocando, por esta razão, carências à população, falta de perspectivas sociais e segurança, acompanhadas de revolta e sentimentos de indignação, os quais podem culminar com atitudes alternativas visando suprir a ausência do Estado, a falta de afirmação pessoal ou, ainda, o acesso aos meios de consumo ou de produção, ascendendo, não raramente, a uma onda crescente de violência[137].

---

[136] "A segregação – tanto social quanto espacial – é uma característica importante das cidades. As regras que organizam o espaço urbano são basicamente padrões de diferenciação social e de separação. Essas regras variam cultural e historicamente, revelam os princípios que estruturam a vida pública e indicam como os grupos sociais se inter-relacionam no espaço da cidade. Ao longo do século XX, a segregação social teve pelo menos três formas diferentes de expressão no espaço urbano de São Paulo. A primeira estendeu-se do final do século XIX até os anos 1940 e produziu uma cidade concentrada em que os diferentes grupos sociais se comprimiam numa área urbana pequena e estavam segregados por tipos de moradia. A segunda forma urbana, a centro-periferia, dominou o desenvolvimento da cidade dos anos 40 até os anos 80. Nela, diferentes grupos sociais estão separados por grandes distâncias: as classes média e alta concentram-se nos bairros centrais com boa infra-estrutura, e os pobres vivem nas precárias e distantes periferias. Embora os moradores e cientistas sociais ainda concebam e discutam a cidade em termos do segundo padrão, uma terceira forma vem se configurando desde os anos 80 e mudando consideravelmente a cidade e sua região metropolitana. Sobrepostas ao padrão centro-periferia, as transformações recentes estão gerando espaços nos quais os diferentes grupos sociais estão muitas vezes próximos, mas estão separados por muros e tecnologias de segurança, e tendem a não circular ou interagir em áreas comuns. O principal instrumento desse novo padrão de segregação espacial é o que chamo de 'enclaves fortificados'. Trata-se de espaços privatizados, fechados e monitorados para residência, consumo, lazer e trabalho. A sua principal justificação é o medo do crime violento. Esses novos espaços atraem aqueles que estão abandonando a esfera pública tradicional das ruas para os pobres, os 'marginalizados' e os sem-teto." (CALDEIRA. *Ibid.* p. 211).

[137] "O aumento da criminalidade gera toda uma série de barreiras para prevenir ou administrar o crime. Assim, temos uma privatização do espaço público em termos de *shopping centers*, parques privados, instalações de lazer, estradas de ferro, aeroportos, juntamente com residências particulares gradeadas. Essas preocupações, que hoje são lugar comum, se apóiam em robustas fortificações externas, patrulhas de segurança e câmeras de vigilância. A indústria da segurança, cuja tarefa mesma é a exclusão, se torna uma das mais importantes áreas de crescimento (South, 1994). Assim, a cidade se torna cidade das barreiras, excluindo e filtrando, embora deva-se destacar que tais barreiras não são apenas imposição de poderosos; sistemas de exclusão, visíveis e invisíveis, são criados tanto pelos ricos como pelos despossuídos. Entre estes últimos, há quem possa ser tão discriminatório quanto os poderosos (Ruggiero e South, 1997), mas grande parte do seu comportamento pode ser visto como de *exclusão defensiva*. (...) Além disso, devemos lembrar que as barreiras mais corriqueiras e de longe as mais onerosas são precisamente as que somos obrigados a erguer para proteger nossas próprias casas." (YOUNG. *Ibid. p*. 38-39)

Tais disparidades, discursivamente, são advindas de ocupações irregulares e de insuficiências de várias ordens, como a econômica, as quais impedem a ampliação dos serviços comunitários. Mesmo sendo uma questão real, deve ser abordada a partir do planejamento urbano concebido e aceito pela comunidade presente nos diferentes momentos da organização social, para que os interessados possam pleitear, do ponto de vista da localidade envolvida, participação nas políticas públicas e meios adequados de acesso ou de interação entre os espaços diversos. Ou seja, a comunidade deve ter condições ou de chegar aos locais adequados de intercâmbio de relações sociais e de usufruí-los, ou estes espaços devem ser transportados à sociedade[138]. O que não se pode é privar um grupo, aleatoriamente, em privilégio de outro[139]; isso porque em uma democracia "... o espaço público é o *locus* onde o significado do social e do que é legitimado são negociados"[140].

O espaço público da convivência que se deseja, com igualdade de acesso e liberdade de participação, é a fonte primária de articulação da justiça social. A justiça deve ser pensada como uma série de princípios para resolver direitos conflitivos, através da cooperação social que almeje o desenvolvimento individual[141].

> A descrição ampliada de algumas características da comunidade de comunicação *ideal* poderia ser enunciada da seguinte maneira: 1) Toda argumentação sempre pressupõe, é claro, uma comunidade de comunicação ideal, isenta de dominação, imbuída do respeito à *igualdade* das pessoas de todos os seus possíveis participantes (*positivamente*) e na qual 2) cada um de seus membros atuais ou possíveis, a *priori* já pressupostos, possui pragmática e transcendentalmente, o direito de sempre poder virtualmente se posicionar *como Outro* em face a essa comunidade (*negativamente*).[142]

---

[138] "Pessoas mais pobres não estão prontas a deixar a cidade e suas conveniências; ao contrário, estão ansiosas para tornar-se ainda mais urbanizadas, tanto ao transformar-se em proprietários quanto ao incorporar-se mais plenamente ao mercado de consumo que ela oferece. Os paulistanos de classe baixa e média baixa querem fazer parte da sociedade, não escapar dela. Quando percebem que não podem desfrutar do espaço da cidade e de sua vida pública como gostariam, sentem-se restringidos e aprisionados. Retirar-se da vida pública da cidade e do uso de seus espaços públicos é provavelmente um privilégio só para aqueles cuja participação nela é dada como certa e que podem sonhar em criar universos melhores e mais exclusivos." (CALDEIRA. *Ibid.* p. 291).

[139] "Os governos viciados são: a tirania, a oligarquia, para a demagogia para a república. A tirania é uma monarquia que não tem outro objeto além do interesse dos ricos; a demagogia só enxerga os pobres. Nenhum desses governos se ocupa do interesse geral." (ARISTÓTELES. *Ibid.* p. 87).

[140] CALDEIRA. *Ibid.* p.307.

[141] Essa é a idéia que se absorve de Harvey: "O conceito de justiça social não é do tipo inclusivo total no qual englobamos nossa visão de uma boa sociedade. Ele é, antes, bem limitado. A justiça deve ser pensada, essencialmente, como um princípio (ou série de princípios) para resolver direitos conflitivos. Esses conflitos podem surgir de várias maneiras. A justiça social é uma aplicação particular de princípios justos e conflitos que surgem da necessidade de cooperação social na busca do desenvolvimento individual." (*Ibid.* p. 82).

[142] DUSSEL, Henrique. ***Filosofia da libertação – crítica à ideologia da exclusão***. Tradução de Georges I. Maissiat. São Paulo: Paulus, 1995. p. 61-62.

Na seqüência desta informação, Dussel afirma que graças a esta característica é que a comunidade se torna *humana*, posto possuir cada um de seus membros o direito de tomar uma posição dentro desta mesma comunidade, na qualidade de *"Outro*". A tomada de posição seria para o citado autor o direito da pessoa se exteriorizar dentro da comunidade, guardada a razoabilidade para evitar situações inadmissíveis (de exterioridade) como a morte e a loucura. Assim, a comunidade deve preservar o direito de qualquer um de seus membros se posicionar dentro deste círculo social, mesmo que este "*Outro*" se posicione contrariamente ao grupo. O direito de se discordar deve ser preservado inclusive quando aquele que o sustenta não consiga demonstrar ou provar as razões que motivaram o seu posicionamento ou, segundo as palavras de Dussel, "a validade de sua *nova* descoberta." Afirma, da mesma forma, que a razão que se preze (como razão) deve sempre estar aberta a outra razão, motivo pelo qual deve ser preservada a comunidade de pessoas livres, umas em relação às outras, admitindo-se a exteriorização de seus membros que formam, por suas manifestações, aquilo que se denomina de razões crítica, histórica e ética.

Além de se disseminar a possibilidade de uma maior extensão do sentimento de justiça social, pacificando os anseios sociais, a participação comunitária tem a faculdade de desenvolver um modo de vida aceito como melhor pela comunidade. Isso porque a experiência social aprofunda o conhecimento sobre os problemas sociais enfrentados pelos atores participantes e revela os anseios e as necessidades reais enfrentadas pela sociedade em questão. Aristóteles já dizia que "Não compete apenas ao arquiteto que construiu uma casa apreciar-lhe o conforto, mas o que dela se serve o julgará melhor ainda..."[143].

[143] Não se afirma uma novidade. Apenas sugere-se uma "reorganização idearia" a partir do sistema legislativo atual, já positivado. Por sua riqueza secular, com o intuito de ilustrar e facilitar o acesso ao contexto da afirmação ora anota, cite-se uma passagem do texto de Aristóteles: "Mas qual será o soberano do Estado? Esta é uma questão difícil de resolver. Porque há de ser a multidão, os ricos ou os homens famosos por seu talento e virtude, ou apenas um homem que será o mais virtuoso de todos, ou ainda um tirano? Todas essas questões parecem apresentar as mesmas dificuldades. O quê! Os pobres, porque sejam em maioria, podem usurpar os bens dos ricos? Não é isso uma injustiça? – Não, certamente, dirão, porque o soberano achou que era justiça. Então que nome se deve dar ao último grau de injustiça? Tomemos todos os cidadãos em massa; se, por sua vez, uma segunda maioria vier a usurpar os bens da minoria, é claro que isso trará a destruição da cidade. E no entanto, a virtude ao menos não destrói aquele que possui, a justiça não é um princípio de destruição do Estado. Fica provado, pois, que esta pretendida lei do soberano jamais poderia ser justa. (...) Mas, então, será justo que a minoria e os ricos tenham o poder? No entanto, e eles operam do mesmo modo, se eles saqueiam a multidão e lhe roubam os haveres, será isso justiça? Então também seria justiça do outro lado. Vê-se que tudo é vicioso e injusto de uma outra parte. (...) Cada indivíduo, em uma multidão, tem a sua parte de prudência e virtude. Da união desses indivíduos faz-se, por assim dizer, um só homem que possui uma infinidade de pés, mãos e sentidos. O mesmo acontece em relação aos costumes e à inteligência. Aí está porque a multidão julga melhor as

Fazendo uso dos ensinamentos ressaltados, vê-se como legítimo competir ao povo a análise dos seus investimentos, segundo seus interesses.[144] Da mesma forma, compete ao povo direcionar as obras e os serviços públicos, rechaçando, sendo o caso, aqueles que julgarem ineficientes ou inadequados. Mesmo a estabilidade funcional não poderia superar a aceitabilidade popular[145]. Isso, evidentemente, em razão dos valores desta República Federativa Democrática de Direito e da soberania popular[146]. Daí também a razão pela qual a igualdade de participação e liberdade de expressão, por meio da gestão democrática do Município, tem a efetiva possibilidade de promover justiça social[147].

---

obras dos músicos e dos poetas; porque um aprecia uma parte, outro outra, e todos reunidos apreciam o conjunto. (...) Todo Estado onde a multidão é pobre e sem qualquer regalia, deve forçosamente andar repleto de inimigos. Resta, pois, dar à multidão uma parte nas deliberações públicas e nos juramentos. É por isso que Sólon e alguns outros legisladores mandam que essa classe de cidadãos seja encarregada de eleger os magistrados e obrigá-los a prestar contas de sua gestão, sem contudo permitir aos indivíduos o acesso à magistratura. Reunidos em assembléia geral, todos eles têm uma inteligência suficiente; uma vez que sejam misturados a homens de mais talento e virtude, prestam serviços ao Estado. (...) uma multidão completamente embrutecida. Porque cada um dos indivíduos que a compõe será, sem dúvida, pior juiz que os entendidos; mas, reunidos, julgarão melhor, ou, pelo menos, não julgarão pior. Aliás, há coisas das quais o melhor juiz não é aquele que as faz. (...) Não compete apenas ao arquiteto que construiu uma casa apreciar-lhe o conforto, mas o que dela se serve o julgará melhor ainda (...) Porque o soberano não é um juiz, um senador, ou um membro da assembléia, mas o tribunal, o senado e o povo. Cada indivíduo não é mais que uma parte desses três campos; entendo por uma parte cada senador, cada cidadão, cada juiz. É justo, pois, que a multidão tenha um poder maior, visto que é ela que constitui o povo, o senado e o tribunal." (ARISTÓTELES. *Ibid.* p. 91-94).

[144] "Perigos: a alta complexidade traz pluralidade, liberdade, tolerância, mas liberdade e tolerância favorecem os antagonismos e as desordens e, para além de um certo limite, as desordens e os antagonismos fazem regredir ou desaparecer a complexidade adquirida. O único antídoto à extrema fragilidade da alta complexidade é o sentimento experimentado de solidariedade, ou seja, de comunidade entre os membros de uma sociedade." (MORIN. *Ibid.* p. 220).

[145] "Do ponto de vista teorético-constitucional, a legitimação fundamental das forças pluralistas da sociedade para participar da interpretação constitucional reside no fato de que essas forças representam um pedaço da publicidade e da realidade da Constituição (...), não podendo ser tomadas como fatos brutos, mas como elementos que se colocam dentro do quadro da Constituição: a integração, pelo menos indireta, da 'res publica' na interpretação constitucional em geral é expressão e conseqüência da orientação constitucional em geral é expressão e conseqüência da orientação constitucional aberta no campo de tensão do possível, do real e do necessário (...). Uma constituição, que estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a própria esfera pública (...), dispondo sobre a organização da própria sociedade e, diretamente, sobre setores da vida privada, não pode tratar as forças sociais e privadas como meros objetos. Ela deve integrá-las ativamente enquanto sujeitos." (HÄBERLE, Peter. ***Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da constituição.*** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 33).

[146] Neste sentido: "A exigência de prestação de contas pelos mandatários de seus *atos de governo* à sociedade impõe-se como elemento básico de uma autêntica *república*, porquanto esta se vincula ao principio fundamental da *soberania popular* (CF, art. 1º, *caput*, Inciso I e parágrafo único)." (GOMES. *Ibid.* p. 25).

[147] "Igualmente distante do individualismo e do essencialismo está a ética da responsabilidade. Nessa perspectiva cada grupo social determina consensualmente os padrões de conduta que devem ser seguidos pelos indivíduos desse grupo. Estes padrões, porém, não devem ser vistos como universais e imutáveis, mas sim relativos a cada situação determinada e sempre sujeitos a mudanças, caso a comunidade as julgue necessárias. (...) As normas morais,assim como a sociedade, não são fruto de uma ordem transcendente, mas sim uma criação dos próprios seres humanos. O objetivo dessas normas é assegurar a sobrevivência do grupo social e de cada indivíduo, e só de acordo com este objetivo se justifica o seu cumprimento..." (SUNG; SILVA. *Ibid.* p. 50-51).

> O ser humano define-se, antes de tudo, como trindade indivíduo/sociedade/espécie (...) Cada um desses termos contém os outros. Não só os indivíduos estão na espécie, mas também a espécie está nos indivíduos; não só os indivíduos estão na sociedade, mas a sociedade também está nos indivíduos, incutindo-lhes, desde o nascimento deles, a sua cultura.[148]

A Constituição Federal, no seu artigo 182, assevera que a política de desenvolvimento urbano tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, conforme diretrizes gerais fixadas em lei.

Quando assegurou a observação às funções sociais da cidade e a garantia do bem-estar a seus habitantes, a Constituição trouxe para o capítulo da política urbana normas já inscritas na base desta Lei Maior e em seus princípios fundamentais, como fundamentos e objetivos desta República Federativa. A repetição desses termos ressalta expressamente o alcance social que se pretendeu dar ao Estado instituído, sem que, a princípio, pudesse deixar dúvidas à sua execução ou, no mínimo, vedando qualquer ação que pudesse levar à sua violação.

Quanto à almejada justiça social, capaz de continuamente possibilitar aos indivíduos buscarem as condições para realizar aquilo que julgam ser-lhes útil, o Estatuto da Cidade ressalta a cogência de suas normas[149] (art. 1º, parágrafo único), ao se auto-estabelecer como norma de ordem pública e interesse social[150] em prol do bem coletivo, da segurança, do bem-estar dos cidadãos e do equilíbrio ambiental.

Por tais razões, esta lei configurou mecanismos que podem ser tidos como norteadores gerais da pretendida justiça social imaginada pelo legislador que, ao se aproximar do quadro de valores republicanos, federativos e democráticos, assegurou, na condição de diretrizes gerais à política urbana, dentre outras, a "garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos

---

[148] MORIN. *Ibid.* p. 52.

[149] "Normas cogentes são todas aquelas que se impõem por si mesmas, excluindo qualquer arbítrio individual, sendo aplicáveis ainda quando as pessoas por elas beneficiadas hajam renunciado o favor protecional" (LOPES. *Ibid.* p. 47-48).

[150] "... é de ordem pública e interesse social, de onde se infere que os comandos dele constantes são de natureza cogente, ou seja, não é facultado às partes a possibilidade de optar pela aplicação ou não de seus dispositivos, que, portanto, não podem ser afastados por simples convenção dos interessados..." (ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza; ALVIM, Eduardo Arruda; MARINS, James. ***Código do consumidor comentado***. Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor. Biblioteca de Direito do Consumidor. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. v. 8, p. 16).

serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações" (art. 2º, I)[151], a “cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social” (art. 2º, III)[152], o “planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente” (art. 2º, IV)[153], a “oferta de equipamentos urbanos e comunitários, transporte e serviços públicos adequados aos interesses e necessidades da população e às características locais” (art. 3º, V)[154], a “ordenação e controle do uso do solo...” (art. 3º, VI), a “integração e complementariedades entre as atividades urbanas e rurais, tendo em vista o desenvolvimento socioeconômico do Município e do território sob sua área de influência” (art. 2º, VII)[155], a “adoção de padrões de produção e consumo de bens e serviços e de expansão urbana compatíveis com os limites da sustentabilidade ambiental, social e econômica do Município e do território sob sua área de influência” (art. 2º, VIII) e a “adequação dos instrumentos de política econômica, tributária e financeira e dos gastos públicos aos objetivos do desenvolvimento urbano, de modo a privilegiar os investimentos geradores de bem-estar geral e a fruição dos bens pelos diferentes segmentos sociais” (art. 2º, X)[156].

Não há, ao que se denota, qualquer diretriz da política urbana que não deva observar o contido no art. 2º, II desta mesma Lei, ou seja, a gestão participativa proveniente da democracia direta, tanto na formulação, como na execução e no

---

[151] “... o direito a cidades sustentáveis preconiza a meta fundamental da República Brasileira para o desenvolvimento urbano: tornar as cidades brasileiras mais justas, humanas, democráticas e sustentáveis (...) Assegurar o pleno exercício do direito à cidade é a diretriz chave da política urbana que deve sem implantada nas cidades brasileiras, tendo as pessoas humanas como a prioridade desta política. O pleno exercício do direito a cidades sustentáveis compreende condições dignas de vida, de exercitar plenamente a cidadania e os direitos humanos (direitos civis e políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais), de participar da gestão da cidade, de viver numa cidade com qualidade de vida, sob os aspectos social e ambiental.” (Câmara dos Deputados. ***Estatuto da Cidade – guia para implementação pelos municípios e cidadãos***. Brasília: Coordenação de Publicações, 2001. p. 32).

[152] “Expõe-se a dimensão da necessidade de parcerias entre o poder público e os vários setores da sociedade civil ...”(Câmara dos Deputados. *Ibid.* p. 33).

[153] “O Estatuto da Cidade compreende o crescimento e desenvolvimento urbano como um processo que pressiona o equilíbrio social e ambiental. A prática do planejamento (...) deve contemplar os conflitos e possuir uma função de correção dos desequilíbrios...” (Câmara dos Deputados. *Ibid.* p. 33).

[154] “... necessidade de estabelecer uma política de investimento público baseada na equidade e universalização do acesso aos serviços e equipamentos públicos...”(Câmara dos Deputados. *Ibid.* p. 33).

[155] “Leva-se em conta a relação de dependência entre as regiões urbanas e rurais...” (Câmara dos Deputados. *Ibid.* p. 34).

[156] “... devem promover justiça social, e devem ser coerentes com os objetivos da política de desenvolvimento urbano” (Câmara dos Deputados. *Ibid.* p. 35).

acompanhamento das discussões e elaboração dos planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano.

Esta garantia de participação popular, sem qualquer forma de discriminação, em razão dos princípios da cidadania, da dignidade da pessoa humana, do pluralismo político (art. 1º, II, III e V, da CF), do dever de promover o bem de todos (art. 3º, IV, da CF) e do princípio da igualdade estabelecido no art. 5º, *caput* da CF, em todas as fases de gestão da política de desenvolvimento urbano tem, mesmo que por mérito implícito, garantir a legitimidade[157] das atividades públicas através do encontro de vontades, tanto na arrecadação, como na execução de serviços e obras com a manifesta necessidade[158] e interesse[159] da comunidade.

Não é por outra razão que este Estado normatizou seus valores fundamentais em critérios como "dignidade humana", "cidadania", "soberania popular", "liberdade", "solidariedade", "justiça", "desenvolvimento" e "promoção do bem de todos" (arts. 1º e 3º da CF). Esse conjunto de valores representa o conteúdo mínimo de retorno que deve advir do exercício das funções políticas, Executiva, Legislativa e Judiciária:

> No Direito Brasileiro, por exemplo, o quadro de valores que deverá ser atuado pela lei pode ser localizado pela leitura do Preâmbulo, dos Princípios Fundamentais (...), inclusive dos objetivos fundamentais (...) e, igualmente, do Título II, dedicado aos direitos e garantias fundamentais. Este quadro constitucional de valores identifica o conteúdo mínimo da lei. Nenhuma lei poderá contrariá-lo sob pena de inconstitucionalidade. No sistema constitucional brasileiro, não é impossível se advogar a tese da potencial inconstitucionalidade da lei injusta. A liberdade do legislador encontra como limite a Constituição. A Constituição de um Estado Democrático, que agasalha princípios como a liberdade, a democracia, o pluralismo e constrói um sistema "essencialmente aberto, abertura que supõe o livre acesso de todos ao processo político e aos instrumentos do câmbio político, isto é, a admissão como essencial de distintas opções políticas e da hipótese de uma renovação futura das decisões atuais".[160]

---

[157] "Não é possível pensar e estabelecer uma dada ordem política e jurídica centrada exclusivamente na forma material do poder. Por trás de todo e qualquer poder, seja ele político ou jurídico, subsiste uma condição de valores consensualmente aceitos e que refletem os interesses, as aspirações e as necessidades de uma determinada comunidade." (WOLKMER, Antonio Carlos. ***Ideologia, Estado e Direito***. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 83).

[158] "A consciência da necessidade é um produto social; ela é apenas parte da superestrutura ideológica que repousa sobre o funcionamento da base econômica. O nível da necessidade varia de sociedade para sociedade e de época para época; ele é contingente ao próprio modo de produção." (HARVEY. *Ibid.* p. 186).

[159] "I" representa Interesse. "... Segundo Dewey, os caracteres do I. são a *atividade*, a *projetividade* e a *propulsividade*. Pelo primeiro, o I. é dinâmico, impele a ação. Pelo segundo, o I. tem objetivo fora de si, em algum objeto ou finalidade à qual se apega. Pelo terceiro, I. significa realização interna ou sentimento de valor (*Ibid*, pp. 90-91)" (ABBAGNANO. *Ibid).*

[160] CLÈVE. *Ibid.* 1993a. p. 70.

Na análise dos conceitos de Direito e justiça, com base em três de seus julgados, nota-se uma considerável evolução nas posições já assumidas pelo Supremo Tribunal Federal. Ao menos em épocas passadas, o Supremo separou a aplicação daquilo que entendia como Direito do entendimento de Justiça quando este divergia daquele, sob o argumento de que não poderia o juiz deixar de aplicar a lei injusta por não lhe ser facultado substituir a concepção de justiça do legislador[161]. Poderia deixar de aplicar a lei se entendesse que a mesma fosse inconstitucional, não, porém, se "apenas" a entendesse como injusta (AI 19747)[162]. Logo em seguida, embora dispondo sobre fato diverso, houve uma evolução no pensamento deste Tribunal, partindo, ao que parece, de um novo valor dado ao conjunto normativo tomando como enfoque a mesma lição originária que havia embasado o julgamento anterior. Neste novo julgamento, o Supremo Tribunal continuou a afirmar que o juiz não poderia substituir pelas suas, as concepções da justiça do legislador, estabelecendo, por outro lado, que o juiz poderia deixar de aplicar a lei considerada injusta, toda vez que a sua letra ou espírito autorizassem (RE 47588)[163]. Valorando o sistema normativo, o Supremo Tribunal Federal, preservando sua função e

[161] Neste sentido, em razão do princípio da legalidade, recentemente, se posicionou o **Superior Tribunal de Justiça (STJ)**: REsp 201972. Relator: Ministro Demócrito Reinaldo (1095). Órgão Julgador: T1 – Primeira Turma. Data do Julgamento: 17/06/1999. Data da Publicação/Fonte:DJ 30.08.1999 p. 41. Ementa: DIREITO FINANCEIRO E PROCESSUAL CIVIL. CRUZADOS NOVOS BLOQUEADOS E CONVERTIDOS EM CRUZEIROS (PLANO COLLOR)... No sistema-jurídico-constitucional brasileiro, o juiz é essencial e substancialmente julgador, função jurisdicional estritamente vinculada à lei**,** encastoando-se do poder do *jus dicere*, descabendo-lhe recusar cumprimento à legislação em vigor (salvante se lhe couber declarar-lhe a inconstitucionalidade), sob pena de exautorar princípios fundamentais do direito público nacional. A correção monetária, em nosso direito, está sujeita ao princípio da legalidade estrita, constituindo seu primeiro pressuposto a existência de lei formal que a institua. Se o Estado democrático de direito adotou o princípio do nominalismo monetário, estabelecendo o valor legal da moeda, é juridicamente inadmissível que esta (moeda) tenha, pari passu, um valor econômico sem autorização legal. Só a lei é o instrumento adequado para instituir a correção monetária. (...) É, pois, antijurídico, na espécie, omitir-se, o julgador, em aplicar a lei e desbordando-se na apreciação dos fatos da causa (sob divisar existência de prejuízo ou possível enriquecimento da parte adversa), enveredar na busca de outro índice que, do ponto de vista econômico, possa ser mais aconselhável do que o preconizado pelo legislador (...) Transmudar-lhe, é defeso ao Judiciário, ao qual é vedado investir-se na condição de legislador positivo. (...) Por mais injusta que possa ser, a correção monetária consiste, apenas, na parcela de inflação reconhecida por lei. (...) O Estado só responde (em forma de indenização, ao indivíduo prejudicado) por atos legislativos quando inconstitucionais, assim declarados pelo Supremo Tribunal Federal...

[162] **STF**: AI 19747. Relator(a): Min. Luis Gallotti. Julgamento: 11/09/1958. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: Ement Vol-00361 PG-00209 Ement Vol-00361-01 PG-00209 RTJ Vol-00007-01 PG-00117. Ementa: Lei injusta. Não pode o juiz deixar de aplicá-la, pois não lhe e facultado substituir pelas suas as concepções de justiça do legislador (HOLMES). O juiz só poderá desprezar o mandamento de lei, quando for inconstitucional e não apenas injusto. (...).Recurso Extraordinário sem cabimento. Agravo desprovido. (*) Publicado, por acórdãos de 30 de outubro de 1958, publ. em aud. de 3 de dez. do mesmo ano.

[163] **STF**: RE 47588. Relator(a): Min. Luis Gallotti. Julgamento: 27/07/1961. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: ADJ Data 27-11-1961 PG-00423 Ement Vol-00474-02 PG-00535. Ementa: Locações. Legislação de emergência. Sua iniqüidade não e das que os juizes podem corrigir, pois a Constituição permite que o legislador condicione o uso da propriedade ao bem estar social (art. 147), e, como disse o grande HOLMES, na Corte Suprema dos Estados Unidos, o juiz não pode substituir pelas suas as concepções da justiça do legislador. O que o juiz pode fazer e deixar de aplicar a lei injusta toda vez que a sua letra ou seu espírito isso autorizem.

independência, admitiu a viabilidade do afastamento da lei injusta. Recentemente, já não mais sob a vigência da Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1946[164], o mesmo Supremo Tribunal Federal, diante do atual conjunto de valores constitucionais, julgando causa diversa, asseverou que as leis devem ser elaboradas com justiça, dotadas de razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*rationality*), guardando um real e substancial nexo com o objetivo que se quer atingir (ADI 1.511)[165].

Sistematicamente, na República Federativa do Brasil, os objetivos que devem ser perseguidos e atendidos vão descritos, como visto, na base de instituição do Estado Democrático, em seus princípios, direitos e garantias fundamentais, os quais, por sua constitucionalidade, têm o poder efetivo de garantir a inclusão ou a justiça social ou, no mínimo, de impedir a violação desses valores. Assim, revela-se importante ter conhecimento de que a abordagem de questões envolvendo a justiça da lei já vem sendo discutida pelo Supremo Tribunal Federal.

Por competir a este Tribunal, precipuamente, a guarda da Constituição Federal, cabendo-lhe, processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, bem como, ainda, julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivos desta Constituição, entre diversas outras questões de natureza constitucional, outro, em princípio, não poderia ser o posicionamento do Supremo, diante do quadro constitucional normativo de valores, senão o de aceitar, para julgamento, questões afetas a inconstitucionalidade da lei injusta (art. 102, da CF).

Assim, restaria, portanto, perquirir a respeito de como contribuir para a formação de um critério capaz de avaliar a justiça da Lei. Deveria ser a partir do

---

[164] Embora as decisões citadas (AI 19747 e RE 47588) tenham ocorrido em governos distintos (Juscelino Kubitschek: 31.01.1956/31.01.1961 – Jânio Quadros: 31.01.1961/25.08.1961), em ambos os julgamentos, a ordem constitucional era a mesma. Vigia a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18.09.1946, promulgada no Rio de Janeiro, pelo Presidente da Assembléia Constituinte Fernando de Mello Viana (época do Governo Gaspar Dutra), a qual também instituía um Estado Republicano e Democrático.

[165] **STF**: "Abrindo o debate, deixo expresso que a Constituição de 1988 consagra o devido processo legal nos seus dois aspectos, substantivo e processual, nos incisos LIV e LV, do art. 5º, respectivamente. (...) *Due process of law*, com conteúdo substantivo — substantive *due process* — constitui limite ao Legislativo, no sentido de que as leis devem ser elaboradas com justiça, devem ser dotadas de razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*rationality*), devem guardar, segundo W. Holmes, um real e substancial nexo com o objetivo que se quer atingir. Paralelamente, *due process of law*, com caráter processual — *procedural due process* — garante às pessoas um procedimento judicial justo, com direito de defesa." (ADI 1.511-7, Voto do Min. Carlos Velloso, DJ 06/06/03).

ponto de vista textual, ou seja, de considerar o nexo da sua redação com o objeto pretendido pela mesma? Sendo um objeto injusto, embora houvesse nexo textual, como ficaria?

O Ministro Carlos Veloso, citando vários doutrinadores, informa que o direito alemão adotou, como princípio equivalente ao da proporcionalidade, o princípio da razoabilidade que busca evitar restrições desnecessárias ou abusivas contra os direitos fundamentais. Posteriormente, cita outra doutrina assegurando que a proporcionalidade impede excessos, enquanto a razoabilidade faz com que se atente ao espírito dos princípios constitucionais[166].

Ao que se imagina, é de bom alvitre observar o fato de que a justiça da lei não guarda relação exclusiva entre seus termos e seu objeto, mas, sim, com a base, com os princípios, com os fundamentos constitucionais, com os valores positivados e fundantes do próprio Estado. Esse conjunto normativo, legitimado pela necessidade e aceitabilidade popular, norteia expressamente, neste fenomenal Estado de excluídos, a abertura de uma fonte cada vez maior de inclusão social, pela liberdade e igualdade de participação popular, seja em processos de representação, mas, especialmente, na construção desta República, também, por intermédio da gestão democrática da política urbana, cujo resultado deve ultrapassar as vontades daqueles que, servindo aos ditames deste Estado Democrático, exercem funções de fins públicos nos diversos escalões e áreas dos Poderes instituídos.

Legitimar o atual Estado Republicano, ou seja, o Estado do Povo que, ao invés de servir ao povo, ainda, se serve deste em benefício de poucos, é um objetivo de justiça social. É possível considerar os crescentes gastos públicos do Estado, os quais são financiados por pessoas que notoriamente não observam suficiente

[166] **STF**: ADI 1.511-7. Voto do Ministro Carlos Velloso: "... 'due process of law' adquire postura substantiva ao lado do seu caráter processual, passando a limitar o mérito das ações estatais (...) Caio Tácito, em precioso artigo de doutrina, informa que em sentido equivalente ao princípio da razoabilidade, 'o direito alemão adotou o princípio da proporcionalidade, ou o princípio da proibição de excesso, conferindo-lhe a natureza de norma constitucional não escrita, que permite ao intérprete aferir a compatibilidade entre meios e fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas contra os direitos fundamentais (...) (Caio Tácito, 'A Razoabilidade das Leis', RDA.204/1) (...) Também dissertou sobre o tema a professora Carmem Lúcia Antunes Rocha, distinguindo o princípio da proporcionalidade do princípio da razoabilidade, podendo aquele ser visualizado sob dois aspectos: pelo primeiro, enfocando-se 'a proporcionalidade dos valores protegidos pelos princípios constitucionais', e, pelo segundo, examinando-se o 'aspecto da proporção entre o quanto contido no princípio e a sua aplicação, proibindo-se qualquer excesso na prática do princípio, donde ser ele também chamado de princípio da vedação de excessos', segundo o magistério de Gomes Canotilho. Já o princípio da razoabilidade assenta-se em que 'cada norma tem uma razão de ser', tem uma razão. Enquanto a proporcionalidade impede excessos, a razoabilidade faz com que se conheça o espírito dos princípios constitucionais a serem aplicados.' (Carmem Lúcia Antunes Rocha, 'Princípios Constitucionais da Administração Pública', Del Rey Ed., Belo Horizonte, 1994, págs. 52-54)..." (p. 81-84).

contrapartida estatal por meio de obras e serviços de qualidade suficiente para suprir suas necessidades. Há certo contra-senso entre os serviços públicos e suas finalidades. Enquanto os serviços dão estabilidade aos seus servidores, estes não asseguram estabilidade à população. Satisfeitos ou insatisfeitos, às vezes bem e outras vezes mal remunerados, embora financiados pela comunidade, não submetem a qualidade e a utilidade de seus serviços à aquiescência popular, exceto, obviamente, os ocupantes de cargos eletivos e, por conseqüência, os comissionados.

As políticas públicas e sua utilidade, analisadas por meio da apreciação das obras e dos serviços, num Estado Republicano e Democrático, deveriam se submeter à criteriosa análise de estabilidade resultante da aceitabilidade popular, verificada temporariamente, pela comunidade diretamente interessada, ou seja, pela aprovação da sua necessidade, qualidade, utilidade, capacidade e adequação aos fins a que se destina. Esta é, ao ver deste estudo, a derradeira ponte que falta para que a gestão democrática possa efetivamente garantir as funções sociais da cidade geradoras de bem-estar geral, recompensando melhor aqueles que, pública e reconhecidamente, prestarem bons serviços públicos. Seria a estabilidade democrática contribuindo para a inclusão e realização da justiça social.

Fazer com que as questões excluídas da sociedade ou ausentes do debate público ou da possibilidade de proporcionar uma cooperação social que visualize a comunidade e todos os seus indivíduos se incluam na gestão democrática, auxilia a superação do que Touraine definiu como antimovimentos sociais[167], despreocupados e descompromissados com o restante da comunidade, a qual, ao ver destes movimentos, são obstáculos ou adversários a eliminar, posto que

[167] "Os movimentos societais, como os movimentos históricos e os movimentos culturais, podem virar antimovimentos sociais. Este é o caso quando um ator social identifica-se inteiramente com uma aposta cultural, por exemplo no progresso, e então rejeita seu adversário como inimigo, traidor ou simples obstáculo a eliminar. O que define um movimento societal – isto é, o conflito de atores pela gestão social de uma aposta cultural, conflito que nunca se reduz completamente aos interesses de um e de outro – quebra-se, então, e a ação que questiona as grandes orientações da sociedade degrada-se em seita ou em mobilização autoritária. O mundo contemporâneo está invadido por antimovimentos sociais; particularmente quando a defesa da identidade separa-se do domínio da produção, volta-se para si mesma e torna-se a afirmação de uma diferença cultural ou histórica (...) Os antimovimentos sociais são sempre dominados por um poder político, seja ele o guru de uma seita ou a vanguarda política que mobiliza recursos culturais na sua luta pelo poder. O que os opõe absolutamente aos movimentos societais é que eles se identificam com um ser histórico concreto, um grupo, uma etnia, uma comunidade religiosa ou outra, e nunca apelam para a noção de sujeito e para o universalismo que esta noção contém." (TOURAINE. *Ibid.* p. 140).

representam uma ameaça àqueles que se sentem "exclusivos"[168] no sentido percebido por estes de perderem sua autonomia ou independência.

> A baixa complexidade comporta dominação e exploração da sociedade pelo centro e pela cúpula do poder.
> A alta complexidade permite a expressão de seus antagonismos e da concorrência de interesses e, sobretudo, de idéias, no âmbito das leis democráticas; tolera desordens e incertezas, mas está pronta a responder aos riscos. Dissemina, retroativamente, as suas emergências sobre o conjunto dos indivíduos, que dispõem da possibilidade de controlar os controladores. A alta complexidade comporta a autonomia individual e o civismo.[169]

A resposta às desordens e incertezas nasce, previamente, da manutenção de abertura às realizações e participações sociais[170], as quais, inclusive, devem se manifestar sobre a adequação e eficiência dos meios instituídos pelo Estado e classificados, na expressão de Dussel, como realizadores da coação legítima[171], ou seja, que nos momentos de necessidade possa garantir a vida de todos os afetados que participam simetricamente nas decisões de mediações factíveis eticamente.

Daí a necessidade de se atentar tanto para a instituição da gestão democrática como para o resultado destas, a título de verdadeiro suporte de validade constitucional para os atos das instituições públicas, em benefício do reconhecimento e da afirmação dos indivíduos componentes das diferentes comunidades, através do planejamento, do desenvolvimento e da execução da política urbana, impondo-se tanto aos Poderes Executivo e Legislativo como ao próprio Judiciário, a título de reflexo dos valores apontados pelo Estado constituído em benefício de mais uma efetiva possibilidade de realização da integração e justiça social.

---

[168] Termo utilizado para designar qualquer grupo que se apresente arredio às idéias ou interesses comunitários.
[169] MORIN. *Ibid.* p.190.
[170] "A solução justa de tais litígios pressupõe a valorização da idéia da *igual dignidade* de que são dotadas as pessoas, protegidas pelo manto da democracia. Onde essa concepção não se faz presente, ou não é levada a sério, também não é possível realizar-se aquela. Quando um dos sujeitos envolvidos em uma relação não goza de *dignidade* equivalente a de seu interlocutor e passa a ser tratado como um *objeto*, tal relação deixa de ser um diálogo respeitoso e ganha características de um contato entre dominante-dominado, sujeito-coisa. É o que ocorre, quando, nas relações intersubjetivas – seja entre indivíduos; ou, entre estes e o Estado; ou, entre Estados ou nações -, os limites do poder de um são extrapolados em detrimento do outro, a subjugá-lo, seja pelo poder político, econômico ou de qualquer natureza, a transformá-lo em objeto." (GOMES. *Ibid.* p. 15).
[171] "A coação legítima é ética na medida em que se exerce cumprindo com as exigências dos princípios material, formal, discursivo e de factibilidade ética: que se garanta a vida de todos os afetados, que participem simetricamente nas decisões de mediações factíveis eticamente." (DUSSEL. *Ibid.* 2000. § 6.4. p. 545).

2. 4. Política urbana

No tópico anterior foram feitos apontamentos tentando demonstrar qual seria a cidade, ou o Município, pretendida pela sociedade. Como resposta, buscou-se a afirmação de que esta seria a que refletisse, em seus serviços e em suas obras, os interesses de seus cidadãos. Ao mesmo tempo em que se fazia esta proposição, foi ressaltada a condição do Município como sendo um reflexo das aspirações e das condutas de sua comunidade.

Quanto à busca da pretendida justiça social, como forma de evitar a exclusão e a segregação social, foi sugerida a necessidade de atentar tanto para a instituição da gestão democrática como para o resultado desta, garantidos, como deveriam ser, pelas funções dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. A instrumentalização da gestão democrática, não entrando no mérito da necessidade do amplo e explicativo convite público, seria garantida através da igualdade de acesso e liberdade de participação nos espaços públicos abertos, seguindo o propósito desta Dissertação, à formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento da política urbana. Essa seria a fonte primária de articulação da justiça social.

Situar a gestão democrática no sistema da política urbana é o propósito, ora a ser desenvolvido, bem como ressaltar aspectos atinentes à República, Federação, Democracia, Estado de Direito e alguns de seus mais relevantes princípios para a política urbana, dentro do contexto da pesquisa em andamento. Não há a intenção de se aprofundar no mérito das matérias afetas à política urbana, mas, tal como nos itens anteriores, tão somente dar continuidade ao esboço de uma justificativa à central questão da gestão democrática da cidade.

Não se pode falar de política urbana sem que se tenha uma idéia, mesmo que rápida, de urbanismo. Para Hely Lopes Meirelles o conceito de urbanismo evoluiu com o tempo, passando da “arte de embelezar a cidade” (conceito estético da escola francesa) para a concepção social da escola inglesa, a qual visava a “unidade fundamental entre a Natureza e o Homem“, que seria atingida por meio do “desenvolvimento integral dos recursos da área planificada, (...) aproximando e relacionando a cidade e o campo para obtenção do bem-estar da coletividade em todos os espaços habitáveis”. Ressalta, entretanto, que entende como urbanismo “o *conjunto de medidas estatais destinadas a organizar os espaços habitáveis, de*

modo a propiciar melhores condições de vida ao homem na comunidade", definindo os espaços habitáveis como sendo "todas as áreas em que o homem exerce coletivamente qualquer das quatro funções sociais: *habitação, trabalho, circulação, recreação*".[172]

Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, apontam o surgimento das primeiras cidades "há mais ou menos 5.500 anos" revelando, entretanto, a urbanização como "muito mais recente, no qual ingressou-se num novo estágio do processo, marcado por aglomerações humanas de dimensões inéditas." Para esses autores, há uma nítida correlação entre o processo de urbanização com o fenômeno da industrialização, em razão da concentração da mão-de-obra.[173]

De acordo com Adriana Bernardes, no Brasil, a urbanização propriamente dita somente surgiu em meados do século XX. Até este período, assegura que na maior parte do País, a vida urbana resumia-se "... a funções administrativas voltadas a garantir a ordem e coordenar a produção agrícola. Após a década de 50, como reflexo da industrialização, os nexos econômicos e o fator urbano tornam-se correlatos...", impondo "... uma nova lógica na organização da sociedade brasileira. As inovações econômicas e sociais são enormes, pois se associam, neste contexto, à revolução demográfica, ao êxodo rural e à integração do território pelos transportes e comunicações."[174]

---

[172] MEIRELLES. *Ibid*. 1993. p. 376-377.

[173] Kingsley Davis (A urbanização da humanidade, in *Cidades*, Zahar) afirma que antes de 1850 nenhuma sociedade poderia ser descrita como predominantemente urbana. Em 1900 apenas a Grã-Bretanha atingia essa condição. Assevera, ainda, que, às vésperas da Revolução Industrial, a Europa era uma região quase completamente agrária, tendo sido a industrialização que a transformou radicalmente. Há, portanto, uma nítida correlação entre industrialização e urbanização. O desenvolvimento da primeira gerou, sem dúvida, uma concentração da mão-de-obra assim como deu lugar a uma espécie de força atrativa que desequilibrou seriamente a proporção existente entre a população urbanizada e a rurícola. No entanto, não é menos certo que, num segundo momento, o fenômeno de inchamento das cidades passou a incidir também em países subdesenvolvidos. (BASTOS; MARTINS. *Ibid*. 1990. p. 199).

[174] Crescem cidades de todos os tipos e com diferentes níveis funcionais. Tem início o processo de metropolização. A nova base econômica, pautada na indústria e no urbano, ultrapassa, já em meados da década de 60, a região Sudeste. Consolida-se a formação do mercado nacional e um de seus principais pilares é exatamente a urbanização do território e seu respectivo sistema de cidades. A evolução da taxa de urbanização no Brasil indica a importância e a velocidade das transformações. Em 1950 este índice alcançava 36,16% sobre o total da população do País. Em 1970 representava 56,80%, ou seja, mais da metade da população, e em 1990, chega a 77,13%. A população urbana no Brasil, em 1991 - 115.700.000 de habitantes -, se aproximava da população total do País da década anterior - 119.099.000 habitantes em 1980. Na década de 90 constata-se uma elevação nas taxas de urbanização das diversas regiões do País. O Sudeste, pioneiro do moderno sistema urbano brasileiro, apresentava, em 1996, um índice em torno de 88%, seguido pelo Centro-oeste, com 81%, o Sul, com 74,1%, o Nordeste, com 60,6%, e, por fim, o Norte, com 57,8%. De modo geral, o fenômeno é significativo e os diferentes índices refletem diferenças qualitativas ligadas à forma e ao conteúdo da urbanização. Tal fato é resultado do impacto da divisão social e territorial do trabalho que ocorreu, ao longo deste século, de modo diferenciado no território. No Sudeste e no Sul, o desenvolvimento industrial e o dinamismo dos diversos tipos de trabalho asseguraram uma rede urbana mais complexa. Com a expansão recente da moderna economia de

A política urbana foi tratada como um capítulo de uma Constituição brasileira, somente com a promulgação, em 05.10.1988, da Lei Maior vigente (Capítulo II – Da política urbana, do Título VI – Da ordem econômica e financeira, da CF)[175], com o objetivo instituído de "ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade[176] e de garantir o bem-estar[177] de seus habitantes" (art. 182, *caput*).

À União teve reservada a competência para instituir as diretrizes gerais ao desenvolvimento urbano (art. 21, XX e § 1º e art. 180, *caput*, ambos, da CF), enquanto ao Estado e ao Distrito Federal restou a competência suplementar, na forma do contido no art. 24, I e §§ 1º ao 4º da CF.

Em caráter regional, limitado por seu espaço federativo, objetivando integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum, o Estado poderá instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes (art. 25, § 3º da CF). Esta diretiva não impede que a União legisle sobre normas gerais de direito urbanístico e sobre normas para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios em relação à política urbana, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. Da mesma forma, não impede que a União promova, por iniciativa própria e em conjunto com os Estados, o Distrito

---

serviços de apoio à produção surgiu uma nova urbanização, marcada pela demanda e conseqüente aumento exponencial de trabalho intelectual. As cidades de todos os níveis acolhem os novos trabalhos - altamente especializados e qualificados - envolvendo profissionais voltados à inovação tecnológica e à regulação mais eficaz da distribuição e circulação dos produtos. Justamente estas novas demandas do sistema produtivo é que encontram correspondência, por sua vez, em uma maior demanda de urbanização. Há uma distribuição das funções produtivas entre as cidades. Estas passam a regular, através do trabalho intelectual, não somente a produção urbana, mas também a produção rural. Com a revolução dos transportes e das telecomunicações, paralela às novas formas de crédito e consumo, há maior acessibilidade física e financeira dos indivíduos. A rede urbana tende a diferenciar-se. Aprofunda-se a divisão territorial do trabalho no sistema urbano, entre cidades locais, cidades médias, metrópoles regionais e metrópoles nacionais (Ministério das Relações Exteriores. Fonte: http://www.mre.gov.br/CDBRASIL/ITAMARATY/WEB/port/consnac/ocupa/procurb/. Capturado 16.05.06).

[175] "A Constituição de 1988, pela primeira vez na história constitucional do País, consagra um capítulo à *política urbana*." (SILVA, J. *Ibid*. 1996. p. 747).

[176] Matérias afetas à função social da cidade já foram defendidas no **STF**: "Direito de construir. Limitação administrativa. I — O direito de edificar é relativo, dado que condicionado à função social da propriedade: CF, art. 5º, XXII e XXIII. Inocorrência de direito adquirido: no caso, quando foi requerido o alvará de construção, já existia a lei que impedia o tipo de imóvel no local. II — Inocorrência de ofensa aos §§ 1º e 2º do art. 182, CF." (RE 178.836, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 20/08/99).

[177] A garantia de bem-estar em discussão no **STF**: "Município de Belo Horizonte. Pedido de licença de instalação de posto de revenda de combustíveis. Superveniência de lei (Lei nº 6.978/95, art. 4º, § 1º) exigindo distância mínima de duzentos metros de estabelecimentos como escolas,igrejas e supermercados (...). Requerimento de licença que gerou mera expectativa de direito, insuscetível — segundo a orientação assentada na jurisprudência do STF —, de impedir a incidência das novas exigências instituídas por lei superveniente, inspiradas não no propósito de estabelecer reserva de mercado, como sustentado, mas na necessidade de ordenação física e social da ocupação do solo no perímetro urbano e de controle de seu uso em atividade geradora de risco, atribuição que se insere na legítima competência constitucional da municipalidade. " (RE 235.736, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 26/05/00).

Federal e os Municípios, programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico, além de elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social (art. 3º do Estatuto da Cidade). Por sua vez, os Municípios não estão impedidos, em razão de sua área de influência (art. 2º, IV, V, VII e VIII do Estatuto da Cidade) e da ordem pública, de estabelecer seus planejamentos em conjunto com outros Municípios limítrofes, ou de seu interesse, por meio de cooperação que deve ser característica da união federativa, em prol dos fundamentos e objetivos republicanos (arts. 1º e 3º da CF)[178].

Segundo Zimmermann, o pluralismo jurídico proveniente do pacto federativo tem como uma de suas características marcantes a adaptação normativa conforme as peculiaridades locais, resguardada a competência constitucional que vem a ser a sua condição de validade. "Assim, parece-nos ser evidente que quanto mais extenso for o território nacional, e quanto maior forem as diversidades socioeconômicas e culturais, maior a imperatividade pluralista."[179]

Para Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, a primeira Federação conhecida foi a norte-americana, de 1787, no sentido de buscar resolver um problema de convivência entre as treze colônias inglesas que, embora independentes, desejavam adotar um poder político unificado mas "não queriam perder a independência, a individualidade, a liberdade e a soberania que tinham acabado de conquistar. Com tais pressupostos surgiu, então, a Federação como uma associação de Estados pactuada por meio da Constituição". Nesse sentido, ressaltam os autores, no Brasil "a Federação perdeu sua razão de ser. No Brasil, poder-se-ia mesmo dizer, nunca teria tido razão de existir porque a nossa unidade nacional precedeu a própria implantação do federalismo." Com essa consciência, apontam, como "necessário que busquemos os princípios da Federação noutros

[178] "Por fim, o mais correto funcionamento da organização federal é profundamente ancilar à aceitação do *espírito federativo*, consubstanciado no sentimento de solidariedade nacional. (...) O Estado federal possui a peculiaridade capaz de assim se transformar num agente regulador da convivência harmônica entre os grupos territoriais (...) a tolerância e o respeito são as palavras-chave deste sistema expressado na garantia constitucional da autonomia das partes, dentro do qual distintas esferas de poder são legitimadas a governar sobre um mesmo território e um mesmo grupo de pessoas (...) o pluralismo federativo serve de sustentáculo à participação do indivíduo na gestão dos assuntos públicos, quer seja diretamente, quer essa atuação se opere pelo controle dos atos governamentais. Desta maneira, a liberdade concernente ao federalismo permite a própria construção democrática, donde cada pessoa ou grupo de pressão, no seio da unidade federativa própria, torna-se livre para empenhar toda a sua força de reivindicação nos interesses particulares e da moralidade pública."(ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria geral do federalismo democrático*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p.42, 47 e 189).

[179] (ZIMMERMANN. *Ibid*. p. 176).

propósitos, metas, ideais e valores. Dentre esses há um que sobreleva a todos os demais e serve, inclusive, para explicar a Federação americana." E este propósito veio da "firme convicção de que a descentralização do poder é um instrumento fundamental para o exercício da democracia."[180]

Com essa idéia, a presente Dissertação, ao menos no atual contexto político brasileiro, considera o Município como a entidade federativa de maior importância, ou seja, prioritária ao Estado, ao Distrito Federal e à União, desde que, no atual sistema constitucional brasileiro, esta possa ser considerada um Ente federal. Há quem, mesmo reconhecendo, entenda como equívoco ter o Município como componente da federação[181]. Não é o caso desta pesquisa, uma vez que há uma descentralização político-administrativa para o Município, mesmo que ainda não seja a mais satisfatória[182]. Isso porque a soberania, especialmente sobre os interesses locais, deve pousar nas mãos da comunidade que, diretamente, apresenta seus interesses, suas necessidades, convive com seus problemas e se propõe a resolvê-los. Daí o império que deve haver de prevalência do Município enquanto ente

[180] "... Quer dizer, quanto mais perto estiver a sede do poder decisório daqueles que a ele estão sujeitos, mais probabilidade existe de o poder ser democrático. Este é um ponto fundamental. Urge, pois, abrir mão de certas velharias inseridas na Constituição e que confundem a Federação com um mecanismo de convivência de Estados carentes de unidade nacional para compreendê-la como instrumento da democracia. A regra de ouro poderia ser a seguinte: nada será exercido por um poder de nível superior, desde que possa ser cumprido pelo inferior. Isso significa dizer que só serão atribuídas ao governo federal e ao estadual aquelas tarefas que não possam ser executadas senão a partir de um governo com esse nível de amplitude e generalização. Em outras palavras, o município prefere ao Estado e à União. O Estado, por sua vez, prefere à União." (BASTOS; MARTINS. *Ibid.* 1988. p. 415-416).

[181] José Afonso da Silva, embora o reconheça, tem como equívoco o Município como componente da federação: "O *federalismo* (...) nasceu com a Constituição norte-americana de 1787. (...) caracterizada pela união de coletividades públicas dotadas de autonomia político-constitucional, autonomia federativa. O Brasil, como vimos, assumiu a *forma de Estado federal*, em 1889, com a proclamação da República, o que foi mantido nas constituições posteriores, embora o federalismo da Constituição de 1967 e de sua Emenda 1/69 tenha sido apenas *nominal*. A Constituição de 1988 recebeu-a da evolução histórica do ordenamento jurídico. Ela não instituiu a federação. Manteve-a mediante a declaração, constante do art. 1º (...). *Estado federal* é o todo, dotado de personalidade jurídica de Direito Público internacional. A *União* é a entidade federal formada pela reunião das partes componentes, constituindo pessoa jurídica de Direito Público interno, autônoma em relação aos Estados e a que cabe exercer as prerrogativas da soberania do Estado brasileira. (...). No Estado federal há que distinguir *soberania* e *autonomia* e seus respectivos titulares (...) o Estado federal, o todo, como pessoa reconhecida pelo Direito internacional, é o único titular da soberania, considerada *poder supremo consistente na capacidade de autodeterminação*. Os Estados federados são titulares tão-só de autonomia, compreendida como *governo próprio dentro do círculo de competências traçadas pela Constituição Federal*. A *autonomia federativa* assenta-se em dois elementos básicos: a) na *existência de órgãos governamentais próprios* (...) b) na *posse de competências exclusivas* (...). Foi equívoco do constituinte incluir os Municípios como componentes da federação. Município é divisão política do Estado-membro (...) um princípio fundamental do Estado federal: *o princípio da indissociabilidade*." (SILVA, J. *Ibid*. 1996. p. 101-103).

[182] "De início, a Constituição da República de 1988, corrigindo falha das anteriores, integrou o Município na Federação como *entidade de terceiro grau* (arts. 1º e 18), o que já reivindicávamos desde a 1ª edição desta obra, por não se justificar a sua exclusão, já que sempre fora peça essencial da organização político-administrativa brasileira. A característica fundamental da atual Carta é a ampliação da autonomia municipal, no tríplice aspecto político, administrativo e financeiro, conforme estabelecido nos arts. 29 a 31, 156, 158 e 159, outorgando-lhe, inclusive, o poder de elaborar a sua lei orgânica (Carta Própria)...". (MEIRELLES. *Ibid.* 1993. p. 36-37).

federal, diretamente, convivente e organizador dos problemas e expectativas sociais mais intensas.

As normas específicas da política urbana foram reservadas à competência dos Municípios (art. 30, I, III, IV, V e VIII da Constituição Federal), aos quais cabe desenvolvê-las em seus aspectos de planejamento, implementação ou execução[183]. Além desta reserva de competência específica, a Constituição estabeleceu meios para que a política urbana fosse realmente instituída, através dos seguintes instrumentos: "plano diretor" (art. 180, § 1º)[184], "desapropriações" (art. 180, §§ 3º e 4º, III)[185], "parcelamento ou edificação compulsório" (art. 180, § 4º, I)[186], "imposto predial e territorial urbano – IPTU progressivo" (art. 180, § 4º, II)[187] e "usucapião urbano de imóveis particulares" (art. 183)[188]. Este em benefício exclusivo da pessoa física, já que a administração pública dispõe da desapropriação para haver como

[183] "... Aos municípios só pode caber a edição de uma normatividade já pronta para ser cumprida e não ao nível de uma legislação meramente diretiva e de caráter genérico. Portanto, resulta claro que há dois níveis legislativos: o das leis de diretrizes gerais e o das leis implementadoras dessas mesmas diretrizes. Só esta segunda cabe ao Município." (BASTOS; MARTINS. *Ibid.* 1990. p. 207).

[184] "O *Plano diretor* ou *plano diretor de desenvolvimento integrado*, como modernamente se diz, é o complexo de normas legais e diretrizes técnicas para o desenvolvimento global e constante do Município, sob os aspectos físico, social, econômico e administrativo, desejado pela comunidade local. Deve ser a expressão das aspirações dos Munícipes quanto ao progresso do território municipal no seu conjunto cidade-campo. É o instrumento técnico-legal definidor dos objetivos de cada Municipalidade, e por isso mesmo com supremacia sobre os outros, para orientar toda atividade da Administração e dos administrados nas realizações públicas e particulares que interessem ou afetem a coletividade. O *plano diretor* deve ser uno e único, embora sucessivamente adaptado às novas exigências da comunidade e do progresso local, num processo perene de planejamento que realiza a sua adequação às necessidades da população, dentro das modernas técnicas de administração e dos recursos de cada Prefeitura. O plano diretor não é estático; é dinâmico e evolutivo. Na fixação dos objetivos e na orientação do desenvolvimento do Município, é a *lei suprema geral* que estabelece as prioridades nas realizações do governo local, conduz e ordena o crescimento da cidade, disciplina e controla as atividades urbanas em benefício do bem-estar social. O plano diretor não é um projeto executivo de obras e serviços públicos, mas sim um instrumento norteador dos futuros empreendimentos da Prefeitura, para o racional e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade..." (MEIRELLES. *Ibid*. 1993. p. 393-394).

[185] "Na verdade, a propriedade urbana pode ser desapropriada como qualquer outro bem de propriedade privada, mas a Constituição prevê dois tipos de desapropriação para o imóvel urbano. Um é a *desapropriação comum*, que pode ser por utilidade ou necessidade pública ou por interesse social nos termos dos arts. 5º, XXIV, e 182, § 3º, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. O outro é a *desapropriação-sanção*, que é aquela destinada a punir o não cumprimento de obrigação ou ônus urbanístico imposto ao proprietário de terrenos urbanos (...) como se estatui no art. 182, § 4º, III..." (SILVA, J. *Ibid.* 1996. p. 749).

[186] "A primeira previsão é a mais fácil e concretamente factível. A edificação compulsória nos dias atuais é praticamente inviável. Parcelando o imóvel, pode o Poder Público urbaniza-lo, promovendo a abertura de ruas pavimentando-as, colocando rede de água e esgotos sanitários e iluminação pública, tudo por conta do proprietário. Este não solvendo o pagamento lança-se o débito em dívida ativa e promove-se a execução contra devedor solvente através de ação de execução forçada, baseada em título extra-judicial" (FERREIRA, Wolgran Junqueira. ***Comentários à Constituição de 1998***. Vol. 3. 1ª ed. Campinas: Julex Livros Ltda, 1989. p. 998).

[187] O **STF** sumulou: "É inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da Emenda Constitucional 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana." (Súmula 668).

[188] "... o art. 183 institui o *usucapião pró-moradia*, em favor de quem possuir como sua área urbana de até duzentos e cinqüenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural..." (SILVA, J. *Ibid.* 1996. p. 749).

seu o imóvel de seu interesse ou, ainda, o imóvel não edificado, subutilizado ou não utilizado, desde que obedecidos os termos da lei.

Além desses instrumentos, relacionados no capítulo da política urbana, há vários outros que favorecem de forma direta a implantação e a execução da política urbana, como, por exemplo, os provenientes da instituição e arrecadação tributária, da gestão orçamentária ou da própria gestão democrática da cidade, expressada através do Estatuto das Cidades[189].

Com esta lei, a União exercitou a competência a si reservada no sentido de estabelecer as diretrizes gerais da política urbana, com destaque à focada gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano (art. 2º, II).

Entretanto, todas as diretrizes, como as demais normas específicas direcionadas à política urbana, deverão considerar em seus termos a linha republicana, federativa e democrática de condução deste Estado.

As ações de governo[190] republicano[191] que se disseminam através de funções instituídas postas e destinadas ao alcance[192] e ao favorecimento público[193], cada

[189] Observar o Capítulo II do Estatuto da Cidade – Instrumentos da Política Urbana.

[190] "O Estado, como estrutura social, carece de vontade real e própria. Manifesta-se por seus *órgãos* que não exprimem senão vontade exclusivamente humana. Os órgãos do Estado são *supremos* (constitucionais) ou *dependentes* (administrativos). Aqueles são os a quem incumbe o exercício do poder político, cujo conjunto se denomina *governo* ou órgãos governamentais. Os outros estão em plano hierárquico inferior, cujo conjunto forma a Administração Pública, considerados de natureza administrativa (...) O *governo* é, então, o conjunto de órgãos mediante os quais a vontade do Estado é formulada, expressada e realizada, ou o conjunto de órgãos supremos a quem incumbe o exercício das *funções do poder político*. Este se manifesta mediante suas *funções* que são exercidas e cumpridas pelos órgãos de governo. Vale dizer, portanto, que o poder político, *uno, indivisível e indelegável*, se desdobra e se compõe de *várias funções*, fato que permite falar em *distinção das funções*, que fundamentalmente são três: a *legislativa*, a *executiva* e a *jurisdicional*." (SILVA, J. *Ibid.* 1996. p. 109).

[191] "REPÚBLICA. Do latim *respublica*, de *res* (coisa, bem) e *publica* (público, comum), entende-se originariamente a coisa comum ou o bem comum, isto é, o que é de todos ou pertence a todos." (SILVA, De Plácido e. ***Vocabulário jurídico***. 1ª ed. Rio de Janeiro – São Paulo: Forense. 1963. v. IV). "Como princípio fundamental e básico, informador de todo o nosso sistema jurídico, a idéia de *república* domina não só a legislação, como o próprio Texto Magno, inteiramente, de modo inexorável, penetrando todos os seus institutos e esparramando seus efeitos sobre seus mais modestos escaninhos ou recônditos meandros. Tal é sua importância no contexto do nosso sistema, tão dominadora sua força, que influi, de modo decisivo, na interpretação dos demais princípios constitucionais e, com maior razão, de todas as regras constitucionais. A *fortiori*, todas as leis devem ter sua exegese conformada às suas exigências, inclusive as leis constitucionais, a começar do próprio texto magno." (ATALIBA, Geraldo. ***República e Constituição***. 2ª ed. Atualizada por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 32).

[192] "Em todas as ciências e em todas as artes o alvo é um bem; e o maior dos bens acha-se principalmente naquela dentre todas as ciências que é a mais elevada; ora, essa ciência é a Política, e o bem em Política é a justiça, isto é a utilidade geral..." (ARISTÓTELES. s.d. p. 95).

vez mais se impõem como representação necessária às suas expressões, e somente podem ser aceitáveis quando adequadas aos manifestos interesses sócio-comunitários[194], como um dever não só de legitimidade mas, sobretudo, de adequação constitucional.

Ponderações desta natureza podem frutificar-se partindo, ainda, de vários outros princípios como o da soberania popular[195] e o da dignidade da pessoa humana, ambos, igualmente adequados às ações de governo erigido sob valores e normas como as citadas. Neste sentido, infere-se como inarredável dever de resultado dos órgãos públicos voltarem-se ao adequado atendimento do povo, de suas diferentes pessoas ou grupos[196], onde quer que estejam insertos, desde que sob o alcance jurisdicional das funções instituídas e aceitas para concretizar os objetivos e os fundamentos constituídos e, da mesma forma, os frutos do esforço democrático[197], ou seja, dos desejos manifestos, das necessidades ou expectativas que possam vir a atender os cidadãos que estão à mercê das políticas públicas ou que influem para os resultados destas.

---

[193] Falando sobre nepotismo, em 15.02.2006, no que se refere a República: "O ministro Vidigal considerou naturais as resistências advindas de alguns setores do Judiciário no sentido de não fazer cumprir uma resolução do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Para o presidente Vidigal, esses focos decorrem da cultura de 'algumas ilhas do Judiciário', mas que tal prática ocorre também no Executivo e no Legislativo. 'A cultura segundo a qual os poderes da República não têm muito a ver com a República. Não têm a ver, portanto, com a sociedade. É importante que nós forcemos essa aproximação e essas cobranças da sociedade em relação aos poderes da República. Especialmente o Poder Judiciário, que não é uma nave extraterrestre, que, volta e meia, foca um binóculo e visualiza o que está acontecendo", disse o ministro. E continuou: 'É preciso que todos nós tenhamos essa consciência de que somos empregados do povo brasileiro. Somos servidores públicos e, como tal, estamos enquadrados no princípio da igualdade, que é o princípio da República. Repito: todos são iguais perante a lei.'" (Fonte: Notícias do STJ. Roberto Cordeiro (61) 3319 8268. http://www.stj.gov.br/webstj/Noticias/Detalhes_Noticias.asp?seq_noticia=16460).

[194] Faz-se oportuno citar que estes não são aferidos apenas do ponto de vista abstrato, nem ficam a mercê da vontade dos ocupantes das funções públicas. Devem, sempre que possível, ser adequados às necessidades e manifestações da comunidade envolvida.

[195] A Constituição Federal estabeleceu a regra segundo a qual a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante plebiscito, referendo e iniciativa popular (art. 14). Mesmo esta regra tendencialmente limite não impede novas hipóteses de participação pública como expressão desta soberania, por força dos princípios adotados por esta Constituição e de regulamentos às regras constitucionais como, por exemplo, a gestão democrática da cidade. Embora esta seja uma regra de caráter administrativo (e não constitucional), a sua força se impõe, inclusive, às funções constitucionalmente instituídas (legislativa, executiva e judiciária) como obrigação legal (art. 5º, II da CF).

[196] Maioria ou minoria, excluído ou incluído, em respeito a individualidade de seus componentes.

[197] "A democracia exige conformidade máxima entre a vontade geral expressa na ordem jurídica e a vontade dos indivíduos sujeitos à ordem; por essa razão, a ordem jurídica é criada pelos próprios indivíduos por ela obrigados, de acordo com o princípio da maioria. A conformidade da ordem à vontade da maioria é o objetivo da organização democrática. Mas as normas centrais da ordem, validades para o território inteiro, podem entrar facilmente em contradição com a vontade majoritária de um grupo que vive num território parcial. (...) Para diminuir a possível contradição entre o conteúdo da ordem jurídica e a vontade dos indivíduos a ela sujeitos, para que se chegue o mais próximo possível do ideal de democracia, pode ser necessário que, sob certas circunstâncias, certas normas da ordem jurídica sejam válidas apenas para certos territórios parciais e sejam criadas apenas pelo voto majoritário dos indivíduos que vivem nesses territórios." (ZIMMERMANN. *Ibid*. p. 186).

Pelo princípio da cidadania deve-se reconhecer o direito, como alguns já positivados[198], aos populares de pleno e prévio acesso, participação e aprovação às iniciativas, aos atos e às ações de governo voltadas para a implementação da política urbana, não só para suprir suas insuficiências mas, ainda, para atender suas esperanças como aquelas advindas do processo eleitoral[199].

> A República assume-se como *res publica-res populi* para excluir qualquer título de legitimação metafísico. Esta rejeição de legitimação metafísica abrange não apenas as tradicionais justificações de domínio de caráter dinástico-hereditário, divino ou divino-dinástico, mas também as "experiências" modernas de "condução dos povos" assentes na "vontade do chefe" (*Führerprinzip*), na "vanguarda do partido único" (leninismo) ou na "vontade de deus" (fundamentalismo). A República é ainda uma ordem de domínio – de pessoas sobre pessoas –, mas trata-se de um domínio sujeito à *deliberação política* de cidadãos livres e iguais. Precisamente por isso, a forma republicana de governo está associada à idéia de **democracia deliberativa**. Por democracia deliberativa entende-se uma ordem política na qual os cidadãos se comprometem: (1) a resolver colectivamente os problemas colocados pelas suas escolhas colectivas através da discussão pública; (2) a aceitar como legítimas as instituições políticas de base na medida em que estas constituem o quadro de uma deliberação pública tomada com toda a liberdade.[200]

Porém, reconhecendo-se a República como a forma representativa popular de governo no qual "Todo o poder emana do povo e em seu nome é exercido"[201], a democracia[202] como o exercício da manifestação de governo baseado no "princípio

---

[198] Como forma de acesso e aprovação dos atos de governo, podem ser citados os direitos a informações, o direito de petição ou à obtenção de certidões (art. 5º, XXXIII e XXXIV da CF), a igualdade de acesso aos cargos e funções públicas de acordo com os requisitos previstos em lei (art. 14 e 37, I e II da CF), o dever de prestar contas (art. 70 da CF) e a ação popular (art. 5º, LXXIII da CF).

[199] As divulgadas promessas de campanha, seja sob a égide de um plano de atuação ou de uma bandeira partidária deveriam, quando não conflitantes com a gestão democrática, tornar-se uma imposição ao agente político que nesta situação se elegeu, já que o voto, sob estas circunstâncias, influíram na decisão dos eleitores. Esse é um princípio de respeito à formação da vontade popular expressada através do sufrágio direto e universal, ou seja, da mais ampla e completa aquiescência popular que se pode esperar de um processo democrático, de consideração à dignidade dos eleitores e de respeito às concepções ideológicas das bandeiras defendidas pelo pluralismo político. Ao voltar-se deliberadamente contra suas promessas, o eleito perderia a legitimidade de seus votos e deveria ser afastado por representar uma fraude eleitoral que atenta contra os mais lídimos princípios constitucionais, sobretudo o moral.

[200] CANOTILHO. *Ibid.* 2003. p. 224.

[201] ATALIBA. *Ibid.* p. 13.

[202] Para se ter uma idéia histórica da busca de afirmação e da ascensão da democracia sobre a aristocracia, por sua acreditada importância, destaca-se da obra de Coulanges: "De imediato, não foi a democracia o regime que sucedeu à dominação da aristocracia. (...) Destronada a religião hereditária, não havia outro elemento de distinção social senão o da riqueza. (...) A constituição republicana conservou essas distinções estabelecidas por um rei, e a plebe não se mostrou desde cedo muito afoita para estabelecer a igualdade entre seus membros. (...) Notemos que essa aristocracia não fundou unicamente na riqueza a sua superioridade. Em toda parte buscou ser da classe militar, procurou defender as cidades, ao mesmo tempo que procurava governá-las. (...) A classe rica

da soberania popular"[203] e a cidadania como "o direito a ter direitos"[204], não se pode mais pensar em democracia apenas em termos de eletividade representativa[205], embora esta ainda seja a mais universal de todas as representações democráticas.

O "princípio democrático implica **democracia participativa**"[206], estando a gestão democrática imposta pela política urbana, além de expressos nos arts. 182 e 183 da CF, arraigada nos princípios fundamentais constitutivos deste Estado, em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos e do equilíbrio ambiental (art. 1º, parágrafo único, Estatuto da Cidade). A participação ativa da comunidade começa a ganhar maior reconhecimento e espaço no processo de manifestação do poder político ou poder estatal[207], como fruto de uma consolidação republicana, federativa e democrática, impondo-se aos agentes dos poderes

---

não conservou o domínio por tanto tempo quanto a antiga nobreza hereditária. Seus títulos para o governo não se revestiam de igual valor. Essa classe não tinha o caráter sagrado que revestia o antigo eupátrida; não reinava em virtude de crenças e pela vontade dos deuses. (...) Diante da riqueza, o sentimento mais comum no homem não é o respeito, mas a inveja. A desigualdade política resultante da desigualdade de riquezas logo lhes pareceu iniqüidade, e os homens trabalharam para faze-la desaparecer. (...) A nova aristocracia, foi logo atacada como a antiga o fora: os pobres quiseram ser cidadãos e esforçaram-se, por sua vez, por participar do corpo político. É impossível descrever em detalhes essa nova luta. A história das cidades, à medida que se afasta da sua origem, diversifica-se cada vez mais. (...) E era justamente à classe rica que o serviço militar mais onerava, por ser aquela que ocupava a primeira linha nas batalhas. Muitas vezes, ao retornar de alguma campanha, voltava à cidade dizimada, enfraquecida e, por conseqüência, impossibilitada de fazer frente ao partido popular. Em Tarento, por exemplo, como a classe alta perdera a maior parte dos seus membros numa guerra contra os jápiges, a democracia imediatamente se estabeleceu na cidade. O mesmo aconteceu em Argos, cerca de trinta anos antes (...) É portanto fora de dúvida que, aos poucos, a guerra preencheu a lacuna que a aristocracia de riqueza interpusera entre si e as classes inferiores. Por isso, logo as constituições se encontraram em desacordo com o estado social, sendo necessário modificá-las. Além disso, devemos reconhecer que todo privilégio estava necessariamente em contradição com os princípios que então governavam os homens. O interesse público não era um princípio capaz de autorizar e manter por muito tempo a desigualdade; conduzia inevitavelmente as sociedades à democracia. (...) A maior parte das cidades viu, pois, o surgimento de assembléias verdadeiramente populares e o estabelecimento do sufrágio universal. Ora, o direito de sufrágio tinha então valor incomparavelmente maior do que tem hoje, nos Estados modernos. Pelo voto, o último dos cidadãos participava de todos os negócios, nomeava magistrados, fazia as leis, administrava a justiça, decidia a guerra ou a paz e redigia tratados de aliança." (*Ibid.* p. 347-352).

[203] SILVA, J. *Ibid.* 1996. p. 118.

[204] LAFER. *Ibid*. p. 146.

[205] "A questão da democracia não pode ser posta em tornos de representatividade. Não há dúvida que em Estados como os modernos não há lugar para a prescindibilidade da representação política. Os Estados modernos, quando democráticos, reclamam pela técnica da representação popular. A nação, detentora da vontade geral, fala pela voz de seus representantes eleitos. Mas a cidadania não se resume na possibilidade de manifestar-se, periodicamente, por meio de eleições para o Legislativo e para o Executivo. A cidadania vem exigindo a reformulação do conceito de democracia, radicalizando, até, uma tendência que vem de longa data. Tendência endereçada à adoção de técnicas diretas de participação democrática. Vivemos, hoje, um momento em que se procura somar a técnica necessária da democracia representativa com as vantagens oferecidas pela democracia direta. Abre-se espaço, então, para o cidadão atuar, direta e indiretamente, no território estatal." (CLÈVE, Clémerson Merlin. ***Temas de Direito Constituiconal (e de Teoria do Direito)***. São Paulo: Acadêmica, 1993. p. 16-17).

[206] "... isto é, a estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efectivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controle crítico na divergência de opiniões, produzir *inputs* políticos democráticos" (CANOTILHO. 2003. p. 288).

[207] Poderes advindos das funções legislativa, executiva e judiciária.

instituídos como um direito fundamental da comunidade (art. 5º , § 2º, CF)[208], protegidos, como podem ser considerados, inclusive, contra eventual tentativa de revogação pelos transitoriamente ocupantes das funções públicas[209].

Desta forma, esta conquista social deve vir a tornar-se constitucionalmente irreversível e, culturalmente, cada vez mais difundida, passando a fazer parte da aproximação do povo com o poder político[210] e de um longo caminho ainda por ser trilhado de aperfeiçoamento do processo de cidadania[211] no Brasil.[212]

Sendo correto, segundo a doutrina, que os valores que inspiram a democracia são a liberdade e a igualdade[213], não parece equivocada a proposição segundo a

---

[208] "... interpretação é um processo aberto. (...) A vinculação se converte em liberdade na medida que se reconhece que a nova orientação hermenêutica consegue contrariar a ideologia da subsunção. A ampliação do círculo dos intérpretes aqui sustentada é apenas a conseqüência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação. É que os intérpretes em sentido amplo compõem essa realidade pluralista. (...) A vinculação judicial à lei e a independência pessoal e funcional dos juízes não podem escamotear o fato de que o juiz interpreta a Constituição na esfera pública e na realidade (... *in der Öffentlichkeit und Wirklichkeit die Verfassung interpretiert).* Seria errôneo reconhecer as influências, as expectativas, as obrigações sociais a que estão submetidos os juízes apenas sob o aspecto de uma ameaça a sua independência. Essas influências contém também uma parte de legitimação e evitam o livre arbítrio da interpretação judicial. A garantia da independência dos juízes somente é tolerável, porque outras funções estatais e a esfera pública pluralista (*pluralistiche Öffentlichkeit)* fornecem material para a lei (... *Material 'zum' Gesetz liefern)*" (HÄBERLE. *Ibid.* p. 31/32). Embora haja o reconhecimento de um processo aberto de interpretação, quanto a avaliação deste há um certo paradoxo: cabe ao Judiciário (em princípio, independente, vitalício e inamovível - arts. 2º e 95 da CF), decidir sobre a aplicação ou vigência dos direitos e garantias constitucionais. Assegurar institucionalmente a soberania popular e julgar os atos que intentam efetivar princípios como o da dignidade da pessoa humana e da construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Possui o poder da decisão final, inclusive contra ato dos demais Poderes, ao tempo em que revela a estrutura institucional mais distante do efetivo controle democrático, ou seja, os erros e acertos das escolhas públicas são submetidos à decisão final de agentes que estão distantes da periódica e livre avaliação e aprovação popular. Não se questiona o justo critério de ingresso no exercício da função, mas a ausência de submissão dos atos e ações dos membros das funções judiciárias à constante e legítima avaliação da comunidade servida.

[209] Como princípios fundamentais, base das demais normas, a cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV, CF) os garante.

[210] Falando sobre "crise do fordismo ou do capitalismo organizado", Boaventura de Souza SANTOS assim se expressou: "A representação democrática perdeu o contacto com os anseios e as necessidades da população representada e fez-se refém dos interesses corporativos poderosos. Com isto, os cidadãos alhearam-se da representação sem, no entanto, terem desenvolvido novas formas de participação política, exercitáveis em áreas políticas novas e mais amplas." (SANTOS. *Ibid.* 2005. p. 249).

[211] "... A cidadania não é, por isso, monolítica; é constituída por diferentes tipos de direitos e instituições; é produto de histórias sociais diferenciadas e protagonizadas por grupos sociais diferentes." (SANTOS. *Ibid.* p. 244).

[212] "... Não seria sensato reduzir o tradicional papel do Estado da maneira radical proposta pelo liberalismo redivivo. Primeiro, por causa da longa tradição de estatismo, difícil de reverter de um dia para outro. Depois, pelo fato de que há ainda entre nós muito espaço para o aperfeiçoamento dos mecanismos institucionais de representação. Mas alguns aspectos das mudanças seriam benéficos. O principal é a ênfase na organização da sociedade. A inversão da seqüência dos direitos reforçou entre nós a supremacia do Estado. Se há algo importante a fazer em termos de consolidação democrática, é reforçar a organização da sociedade para dar embasamento social ao político, isto é, para democratizar o poder. A organização da sociedade não precisa e não deve ser feita contra o Estado em si. Ela deve ser feita contra o Estado clientelista, corporativo, colonizado." (CARVALHO. *Ibid.* p. 226-227).

[213] "Fundamentalmente são dois os valores que inspiram a democracia: *liberdade* e *igualdade*, cada um destes valores, é certo, com sua constelação de valores secundários. Não há concepção de democracia que não lhes renda vassalagem, ainda que em grau variabilíssimo." (FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. ***Curso de Direito Constitucional***. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 99).

qual a gestão democrática possa ser vista como um valor especial à inspiração da política urbana, instrumentalizada através do direito urbanístico[214], a qual visa, além da ordenação das cidades, estabelecer melhores condições ao desenvolvimento da vida humana, atingindo, portanto, todo o meio ambiente, o qual é considerado como bem de uso comum ao povo e essencial à sadia qualidade de vida (art. 225, *caput*).

Por todas essas razões, a política urbana pode ser considerada como a política de desenvolvimento humano executada pelo Poder Público municipal (art. 182, *caput* da CF), a qual possui alcance para além do território do urbano da cidade, e do próprio Município, atingindo toda a sua área de influência (art. 2º, IV, VII e VIII do Estatuto da Cidade)[215]. Resta, portanto, à política urbana, permeada pela gestão democrática das comunidades envolvidas, garantir o bem-estar de todos aqueles que podem ser beneficiados por sua capacidade de produção e serviços, sem quaisquer formas de discriminação[216]. Essa soma de esforços igualmente leva em consideração, de forma precípua, a dignidade da pessoa humana, coletivamente amparada pelos princípios republicanos e democráticos, os quais, ao tempo em que devem acompanhar a elaboração dos atos, ações e manifestações das funções públicas, devem vir expressos como resultados destes.

A forma global de valorização da pessoa humana[217], reconhecida nesta oportunidade como sujeito de princípios e direitos fundamentais republicanos, federativos e democráticos, veio através da gestão democrática da política urbana, a qual assegura a igualdade de acesso e liberdade de participação nas escolhas necessárias à formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e

---

[214] "... o Direito Urbanístico visa precipuamente à ordenação das cidades, mas os seus preceitos incidem também sobre as áreas rurais, no vasto campo da ecologia e da proteção ambiental, intimamente relacionadas com a condição da vida humana em todos os núcleos populacionais, da cidade ou do campo. Pois é fato incontroverso que a qualidade de vida dos moradores urbanos depende fundamentalmente dos recursos da Natureza, e muito em particular das terras, das águas e das florestas que circundam as grandes e as pequenas cidades, assim como das atividades exercidas em seus arredores." (MEIRELLES. *Ibid.* 1993. p. 381).

[215] Embora destaque esforços para as funções essenciais da cidade e da propriedade urbana, a política urbana não perde de vista a integração e a complementariedade entre as atividades urbanas e rurais (art. 2º, *caput* e inc. VII do Estatuto da Cidade). A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no Plano Diretor, o qual deve englobar todo o território do Município (arts. 39 e 40, § 2º do Estatuto da Cidade).

[216] Isso também decorre do objetivo da República Federativa do Brasil ser destinado a construir uma sociedade solidária, a garantir o desenvolvimento nacional, a erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem qualquer preconceito (art. 3º, I a IV da CF).

[217] "As expressões 'direitos do homem' e 'direitos fundamentais' são freqüentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: **direitos do homem** são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); **direitos fundamentais** são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. (...) os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta." (CANOTILHO. 2003. p. 393).

projetos de desenvolvimento urbano. Ao que parece, na expressão de Canotilho, esta pode ser uma norma proveniente do "**Estado de Direito democrático**[218], isto é, como uma ordem de domínio legitimada pelo povo. (...) O princípio da soberania popular é, pois, uma das traves mestras do Estado constitucional[219]. O poder político deriva do 'poder dos cidadãos.'"[220]

> A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, II), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de idéias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício.
>
> É um tipo de Estado que tende a realizar a síntese do processo contraditório do mundo contemporâneo, superando o Estado capitalista para configurar um Estado promotor de justiça social que o personalismo e o monismo político das democracias populares sob o influxo do socialismo real não foram capazes de construir (...).
>
> O certo, contudo, é que a Constituição de 1988 não promete a transição para o socialismo com o Estado Democrático de Direito, apenas abre as perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais que ela inscreve e pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania e que possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana.[221]

Em defesa do Estado democrático de Direito cite-se, ainda, a vigência do princípio da legalidade, com vertentes conceituais diferentes considerando-se a

---

[218] Estado de Direito Democrático pode ser entendido como o Estado cujas regras de direito são estabelecidas democraticamente, enquanto no Estado Democrático de Direito, a democracia é que foi estabelecida pelas regras de direito. Haveria diferenciação na extensão democrática.

[219] "O **Estado constitucional** é 'mais' do que Estado de direito. O elemento democrático não foi apenas introduzido para 'travar' o poder (*to check the power*); foi também reclamado pela necessidade de *legitimação* do mesmo poder (*to legitimize State power*). Se quisermos um Estado constitucional assente em fundamentos não metafísicos, temos de distinguir claramente duas coisas: (1) uma é a da legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legislação no sistema jurídico; (2) outra é a da *legitimidade de uma ordem de domínio* e da *legitimação do exercício do poder político*. O Estado 'impolítico' do Estado de direito não dá resposta a este último problema: donde vem o poder. Só o princípio da *soberania popular* segundo o qual 'todo o poder vem do povo' assegura e garante o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular..." (CANOTILHO. *Ibid.* 2003. p. 100).

[220] CANOTILHO. *Ibid.* 2003. p. 98.

[221] SILVA, J. 1996. p. 120-121.

pessoa privada ou pública. Para aquelas, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II da CF). Já as pessoas públicas, mesmo quando em exercício das funções de governo, ficam limitados aos comandos da lei. Essa é uma citação que encontra respaldo tanto na ordem inversa do comando contido no art. 5º, II da Constituição, como no art. 37, *caput* da CF e, ainda, nos princípios republicanos e democráticos de direito. Em síntese, a legalidade a ser observada pela política urbana é a proveniente dos princípios republicanos, federativos e democráticos de direito, do princípio da soberania popular, da cidadania, da dignidade da pessoa humana e dos demais já anteriormente abordados, resumidamente concatenados em sua diretriz de gestão democrática.

O STF, na sua função de guardião da Constituição Federal, dispondo sobre processo legislativo, se posicionou quanto aos princípios constitucionais estabelecidos a título de limitações de autonomia dos entes federados.

> Se é certo que a Nova Carta Política contempla um elenco menos abrangente de princípios constitucionais sensíveis, a denotar, com isso, a expansão de poderes jurídicos na esfera das coletividades autônomas locais, o mesmo não se pode afirmar quanto aos princípios federais extensíveis e aos princípios constitucionais estabelecidos, os quais, embora disseminados pelo texto constitucional, posto que não é tópica a sua localização, configuram acervo expressivo de limitações dessa autonomia local, cuja identificação - até mesmo pelos efeitos restritivos que deles decorrem - impõe-se realizar. (...) Da resolução dessa questão central, emergirá a definição do modelo de federação a ser efetivamente observado nas práticas institucionais...[222]

O que se pode esperar deste Tribunal, e do Poder Judiciário em geral, é que não perca de vista os valores basilares da Constituição, os seus princípios, os direitos e as garantias fundamentais, embasados na soberania popular de onde deve provir, inclusive, a sustentação de suas decisões, de suas reivindicações e, enfim, do exercício de suas funções. Do Legislativo e do Executivo se espera a atenção à necessidade de implantação e desenvolvimento da gestão democrática da política urbana, tanto na divulgação e explicação desta como na atenção às necessidades e interesses expostos pela comunidade envolvida neste processo que pode ser tido como um princípio de inclusão social.

[222] **STF**. ADI 216-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 23/05/90.

3. ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUE ATENTAM CONTRA OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Findas as breves anotações sobre os aspectos da *convivência e desenvolvimento humano como fundamento social*, dentro da perspectiva adotada, encaminha-se a presente Dissertação para o estabelecimento de um liame entre o que se entende por improbidade e as condutas que possam vir a ser caracterizadas como ímprobas diante de eventual repulsa à pretendida gestão democrática da cidade.

A abordagem dessa proposta será feita dividindo-se a pesquisa em quatro momentos, a saber: improbidade administrativa em seus aspectos gerais; atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública; a improbidade diante dos princípios e regras conflitantes; e instrumentos postos à disposição da sociedade para questionar a probidade administrativa.

Essas temáticas serão abordadas sem que tenha a presente pesquisa, como anteriormente já afirmado, qualquer pretensão de esgotar as matérias tratadas ou de apontar um fundamento que não pudesse, após ser avaliado, receber críticas daqueles que se propuserem a abordar quaisquer dos temas em tela.

3.1. Improbidade administrativa em seus aspectos gerais

A Constituição Federal tratou da improbidade em seu art. 37, § 4º, asseverando que "*os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos*[223]*, 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*." Anteriormente, porém, já havia ressaltado que a improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º, seria uma das cinco hipóteses geradoras da cassação dos direitos políticos (art. 15, V da Constituição Federal)[224].

[223] Segundo o legislador constituinte, a inelegibilidade é uma das formas de penalidade da improbidade administrativa (art. 14, § 9º da CF).

[224] CF - Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: I – cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; II – incapacidade civil absoluta; III – condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; IV – recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII; V – improbidade administrativa, nos termos do art. 37,§ 4º.

O termo improbidade é derivado "do latim *improbitas* (má qualidade, imoralidade, malícia), juridicamente, liga-se ao sentido de desonestidade, má fama, incorreção, má conduta, má índole, mau caráter."[225]

Embora a ementa da Lei nº 8.429, de 2 de Junho de 1992 (lei de improbidade administrativa), faça referência expressa, unicamente, às sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito (art. 9º)[226], dando a entender que somente seriam considerados atos de improbidade no momento em que houvesse a ocorrência de enriquecimento ilícito, as regras dispostas por esta lei também incidirão quando, por seus atos, os agentes públicos causarem prejuízo ao erário (art. 10) ou atentarem contra os princípios da administração pública (art. 11), independentemente de qualquer questionamento versando sobre dano patrimonial[227] ou de enriquecimento ilícito por parte do agente público, posto ser este dispensável nestas últimas hipóteses.

Nestes três artigos, por ocasião da elaboração desta lei, o legislador relacionou uma série de condutas que entendeu, exemplificativamente, serem notáveis casos de improbidade, desde que presente o elemento subjetivo caracterizador da conduta tipificada[228]. Não afastou, com esta atitude, outras possibilidades de violações que pudessem vir a ser caracterizadas como ato desta natureza, independentemente de constar no rol indicado[229]. Presente o dolo ou a culpa[230], bastaria para que outro ato qualquer viesse a ser caracterizado como ímprobo que fosse devidamente demonstrada a violação das regras e dos valores

---

[225] SILVA, D. *Ibid.* 1963a. Continua: "ÍMPROBO. Do latim *in* e *probus*, entende-se mau, perverso, corrupto, devasso, desonesto, falso, enganador. É atributivo da qualidade de todo homem ou de toda pessoa que procede atentando contra os princípios ou as regras da lei, da moral e dos bons costumes, com propósitos maldosos ou desonestos. O ímprobo é privado de idoneidade e de boa fama.".

[226] Lei 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.

[227] "A aplicação das sanções previstas nesta lei independe: I - da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público" (art. 21, I, da Lei de Improbidade).

[228] "Há as condutas inquestionavelmente configuráveis como ímprobas. Há as condutas inquestionavelmente qualificáveis como probas. E há aquelas que geram dúvidas e que são o núcleo da discussão prática." (JUSTEN FILHO, Marçal. ***Curso de Direito Administrativo***. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 687).

[229] "... a lei arrola exemplificativamente certas situações ou condutas (reveladas pela expressão *e notadamente*), pois o *caput* dos arts. 9º, 10 e 11 já definem no que consistem essas espécies ou modalidades. Assim sendo, mesmo imprevisto o ato em qualquer das hipóteses do rol desses dispositivos, constituirá improbidade administrativa se se acomodar à definição de enriquecimento ilícito, prejuízo ao patrimônio público e atentado aos princípios da Administração Pública (e esta última residual em relação às primeiras)" (MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. ***Probidade administrativa.*** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 197).

[230] Código Penal. Art. 18. Diz-se o crime: I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; II – culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. Parágrafo único. Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

principiológicos constitucionais e administrativos voltados à administração pública, conforme exigido por lei[231].

São de duas ordens as pessoas passíveis de serem qualificadas como sujeito ativo da conduta ímproba: o agente público (art. 1º, *caput,* 1ª parte) e o terceiro que induza ou concorra para a prática deste ato ou dele se beneficie de qualquer forma, direta ou indireta (art. 3º).

> O terceiro, o particular, aquele que não é servidor ou agente público, segundo a lei, somente poderá ser co-autor ou participante na conduta ilícita. De fato, o agente ou servidor público é quem dispõe efetivamente de meios e condições muito mais eficazes de realização das condutas materiais (positivas ou negativas), porquanto é dele o poder de praticar o ato estatal lesivo. Isso não impede que o particular ou terceiro seja o mentor intelectual da ação de improbidade, seja o verdadeiro "gerente" dos atos ilícitos. Contudo, a lei é clara: as figuras para terceiros circunscrevem-se a duas ações: "induzir" ou "concorrer".[232]

Esta mesma lei qualificou o agente público definindo-o como "todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função" (arts. 2º e 1º) em entidades da (a) administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes[233] da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios ou de Território[234]; (b) de empresa

---

[231] "Configurar uma conduta como ímproba não é questão de conveniência administrativa, mas de prova quanto aos fatos. Prova-se a improbidade. Se não houver prova suficiente, não é possível emitir juízo de improbidade." (JUSTEN FILHO. *Ibid.* p. 687).

[232] FIGUEIREDO, Marcelo. ***Probidade administrativa – Comentários à Lei 8.429/92 e Legislação Complementar*.** 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 52-53.

[233] "A improbidade administrativa envolve o exercício de competências próprias da função administrativa, ainda que não no âmbito do Poder Executivo" (JUSTEN FILHO. *Ibid.* p. 687).

[234] "... o Estado se manifesta por seus *órgãos*, que são *supremos* (constitucionais) ou *dependentes* (administrativos). Aqueles são os a quem incumbe o exercício do poder político, cujo conjunto se denomina *governo* ou órgãos governamentais. Os outros estão em plano hierárquico inferior, cujo conjunto forma a Administração Pública. Esta encontra suas bases, agora mais desenvolvidas, na Constituição, quer quando estrutura o Poder Executivo, referido às várias esferas de governo, quer quando nos arts. 37 a 43, define os fundamentos de sua organização, os seus princípios e o regime do pessoal administrativo civil e militar (...) A complexidade aumenta se nos lembrarmos que cada qual dessas Administrações pode descentralizar-se, de onde a formação, de um lado, de *administração centralizada*, como conjunto de órgãos administrativos subordinados diretamente ao Poder Executivo de cada uma daquelas esferas governamentais autônomas – chamada, por isso, *Administração direta* -, e, de outro lado, de *administração descentralizada*, como órgãos integrados nas muitas entidades personalizadas de prestação de serviços ou exploração de atividades econômicas, vinculadas a cada um dos Poderes Executivos daquelas mesmas esferas governamentais – dita, por isso, *Administração indireta*, e ainda a *fundacional*. A Constituição considera entidades da administração indireta as *autarquias, as empresas públicas e as sociedades de economia mista;* não assim as *fundações* instituídas pelo Poder Público, pois sempre menciona estas especificadamente quando usa a expressão administração indireta." (SILVA, J. *Ibid.* 1996. p. 604-605).

incorporada ao patrimônio público[235]; (c) de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinqüenta por cento do patrimônio ou da receita anual[236]; (d) ou em entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público[237]; (e) aquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinqüenta por cento do patrimônio ou da receita anual[238]. Estas são as entidades que, em princípio, podem ser vítimas do ato de improbidade, ou seja, o local onde estarão atuando as pessoas sobre as quais recaem os atos ímprobos (ou os sujeitos passivos da conduta ímproba).[239]

---

[235] "As sociedades de economia mista e as empresas públicas, pessoas jurídicas dotadas de personalidade jurídica de direito privado, no exercício das atividades que lhes são próprias, podem incorporar outras empresas privadas, sucedendo-lhes em todos os direitos e obrigações, culminando com a extinção da empresa incorporada (vide art. 227 da Lei nº 6.404/76). Nestes casos, tem-se a empresa incorporada a que se refere o art. 1º da Lei nº 8.429/92, a qual pressupõe a total incorporação do ativo e do passivo pelo ente da administração indireta (...)" (GARCIA; ALVES. *Ibid.* p 195).

[236] "É evidente que, neste último caso, trata-se de empresas que estão sob controle direto ou indireto do Poder Público, pois, de outro modo, não teria sentido o Estado contribuir com parcela tão significativa para a formação do patrimônio da entidade e deixar seu controle em mãos do particular, em um ato de liberalidade inadmissível quando se trata de dinheiro público" (PIETRO. *Ibid.* p. 777).

[237] "Assim, também poderão ser sujeitos passivos dos atos de improbidade as entidades, ainda que não incluídas dentre as que compõe a administração indireta, que recebam investimento ou auxílio de origem pública (...) Justifica-se a previsão legal, pois se o Poder Público cede parte de sua arrecadação a determinadas empresas, tal certamente se dá em virtude da presunção de que a atividade que desempenham é de interesse coletivo, o que torna imperativa a utilização do numerário recebido para este fim. Por derradeiro, as entidades que recebam subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público, qualquer que seja o montante, poderão ser igualmente atingidas pelos atos de improbidade (...) É importante observar, no entanto, que a interpretação do art. 1º, parágrafo único, da Lei de Improbidade não pode servir de esteio a conclusões desarrazoadas e desvinculadas do sistema (...) os benefícios, incentivos e subvenções não deverão ter sido concedidos em caráter genérico." (GARCIA; ALVES. *Ibid.* p 196).

[238] "Pela norma do parágrafo único, são ainda incluídas outras entidades que não compõem a Administração Pública, direta ou indireta, nem podem ser enquadradas como entidades públicas de qualquer natureza. São entidades privadas em relação as quais o Estado exerce relação de fomento, por meio de incentivos, subvenções, incentivos fiscais ou creditícios, ou mesmo contribuição para a criação ou custeio. Podem ser incluídas nessa modalidade as entidades do tipo dos serviços sociais autônomos (Sesi, Senai, Sesc e outras semelhantes), as chamadas organizações sociais, as organizações da sociedade civil de interesse público e qualquer outro tipo de entidade criada ou mantida com recursos públicos." (PIETRO. *Ibid.* p. 777). O parágrafo único em comento, não parece exigir que qualquer dos órgãos públicos tenha criado ou mantido a entidade a custas do erário. Bastaria que houvesse uma contribuição menor do que cinqüenta por cento do patrimônio ou da receita anual para, sendo o caso, os sujeitos passivos possam vir a responder por improbidade.

[239] Com vistas nestas entidades, Emerson Garcia afirma que "Os sujeitos ativos do ato de improbidade são individualizados a partir da identificação do sujeito passivo". Continua: são "... as pessoas físicas que possuem algum vínculo com as entidades que recebam qualquer montante do erário (...) e aqueles que não possuam qualquer vínculo com o Pode Público, exercendo atividade eminentemente privada junto a entidades que, de qualquer modo, recebam numerário de origem pública (...) não abrangendo, em seu art. 2º, aqueles que possuam vínculo com as concessionárias e permissionárias de serviços públicos que não tenham sido criadas ou custeadas pelo erário, ou que não recebam subvenções, benefícios ou incentivos deste (...) Com muita propriedade, Wallace Paiva Martins Júnior observa que o art. 2º da Lei de Improbidade alcança todos aqueles que mantenham algum tipo de vínculo com o Poder Público, o que inclui os agentes públicos delegados, os quais desempenham uma função pública. Acrescenta, em seguida, que por ser cogente a existência de uma relação com as entidades elencadas no art. 1º, a qual se estabelece entre o delegatário (administração pública direta ou indireta) e o delegado (pessoa física ou jurídica), somente não estarão sujeitos às sanções da Lei de Improbidade aqueles que mantenham relações com este último, vale dizer, seus empregados." (GARCIA; ALVES. *Ibid.* p. 219-222).

Não importa questionar o nível ou a hierarquia do agente público para que ele venha a responder por improbidade administrativa (art. 4º). Basta a sua efetiva participação no ato ímprobo, com dolo ou culpa, conforme o caso, para que, por este motivo, possa ser responsabilizado, já que todos os agentes públicos devem velar pela estrita observância aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos, certamente, dentro da sua possibilidade de atuação e competência funcional.

> Com a constitucionalização dos princípios, que terminaram por normatizar inúmeros valores de cunho ético-jurídico, a concepção de legalidade cedeu lugar à noção de juridicidade, segundo a qual a atuação do Estado deve estar em harmonia com o Direito, afastando a noção de legalidade estrita – com contornos superpostos à regra –, passando a compreender regras e princípios.[240]

Segundo Alexandre de Moraes, "A lei de improbidade, portanto, não pune a mera ilegalidade, mas sim a conduta ilegal ou imoral do agente público, e de todo aquele que o auxilie, voltada para a corrupção."[241] Daí a razão pela qual é possível afirmar que não basta a participação no ato[242], mas, sim, a caracterização da ocorrência de dolo ou culpa do sujeito ativo para que haja a possibilidade de responsabilização a título de conduta demonstravelmente ímproba[243].

Através da conjugação das redações do art. 5º com o texto do *caput* dos arts. 9º, 10 e 11, da lei de improbidade, a única modalidade de ação que poderia ser atribuída a aqueles que cometem uma conduta ímproba, a título de culpa, seria na hipótese do ato causador de improbidade gerar prejuízo ao erário (art. 10). O legislador não admitiu a possibilidade da modalidade de improbidade culposa nem aos atos que importam enriquecimento ilícito nem àqueles que atentam contra os princípios da administração pública.

---

[240] GARCIA; ALVES. *Ibid.* p. 47.
[241] MORAES. *Ibid.* p. 335.
[242] STJ. REsp 269683 / SC. Relatora Ministra LAURITA VAZ (1120). Relato para o Acórdão Ministro PAULO MEDINA (1121). DJ 03.11.2004 p. 168. (...)II - Lei n. 8.429/92. Fixação do âmbito de aplicação. Perspectiva teleológica. Artigos 15, inc. V e 37, § 4º, da CF. O ato de improbidade, a ensejar a aplicação da Lei n. 8.429/92, não pode ser identificado tão somente com o ato ilegal. A incidência das sanções previstas na lei carece de um plus, traduzido no evidente propósito de auferir vantagem, causando dano ao erário, pela prática de ato desonesto, dissociado da moralidade e dos deveres de boa administração, lealdade e boa-fé. (...).
[243] Para a análise da competência funcional pode ser questionado se o sujeito ativo do ato detinha competência para praticar o ato. Se houve a avaliação técnica competente para verificar a adequação do ato. Se o sujeito ativo, dentro de sua esfera de conhecimento e, especialmente, de atribuição, detinha a possibilidade de discordar, técnica e funcionalmente da avaliação técnica realizada.

Como não é o erário público, nem são as pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado prestadoras de direito público, quem pratica a improbidade e, sim, o agente ou o terceiro, conforme já ressaltado, não há que se falar em responsabilidade objetiva do sujeito ativo para a imputação da improbidade. Constitucionalmente, as responsabilidades objetivas são das pessoas jurídicas de direito público e das de direito privado prestadoras de serviços públicos e não do servidor ou responsável, os quais devem responder somente a título de dolo ou culpa[244], inclusive, na esfera penal. Isto é, mesmo considerando que a improbidade vise a proteção do patrimônio público e que qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos, ou que assuma obrigações de natureza pecuniária com verbas destinadas aos entes públicos, tenha o dever de prestar contas (art. 70, parágrafo único da CF), a título de improbidade, só respondem pessoas físicas. O estabelecimento da forma e da gradação dos atos de improbidade administrativa, por força constitucional (art. 37, § 4º), foi reservado à lei. Esta lei especial de que se fala é a nº 8.429/92 (lei de improbidade). Portanto, desde que não haja violação constitucional, as normas provenientes dessa lei devem ser auto-aplicáveis[245].

Na linha de admissão da improbidade administrativa somente a título de dolo ou culpa, há as citações de Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirmando que "O enquadramento na lei de improbidade exige culpa ou dolo por parte do sujeito

[244] CF. Art. 37, § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

[245] Sobre a aplicabilidade das normas, citando José Afonso da Silva: "a) *Normas constitucionais de eficácia plena*: são aquelas de aplicabilidade imediata, direta, integral, independendo de legislação posterior para a sua inteira operatividade. Desse teor é a norma do art. 1º da Carta Constitucional. (...) Como a do art. 2º (...). São normas bastante em si, que não necessitam da intermediação do legislador infraconstitucional. b) *Normas constitucionais de eficácia contida*: são aquelas que têm aplicabilidade imediata, integral, plena, mas que podem ter reduzido sue alcance pela atividade do legislador infraconstitucional. (...) preferimos denomina-las de *normas constitucionais de eficácia redutível ou restringível*. Desse teor é o preceito do art. 5º, XIII: 'É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer'. (...) c) *Normas constitucionais de eficácia limitada*: são aquelas que dependem 'da emissão de uma normatividade futura, em que o legislador ordinário, integrando-lhes a eficácia, mediante lei ordinária, lhes dê capacidade de execução em termos de regulamentação daqueles interesses visados.' São divididas, pelo aludido monografista, em *normas de princípio institutivo* e *normas de princípios programáticos*. Ambas de eficácia limitada. As primeiras são as que dependem de lei para dar corpo a instituições, pessoas, órgãos, previstos na norma constitucional. Desse teor é a prescrição do art. 18, § 3º, da CF (...) As últimas (programáticas) são as que estabelecem um programa constitucional a ser desenvolvido mediante legislação integrativa da vontade constituinte. Desse teor é a norma do art. 205 (...). São normas dotadas de eficácia jurídica porque têm o efeito de impedir que o legislador comum edite normas em sentido oposto ao direito assegurado pelo constituinte, antes mesmo da possível legislação integrativa que lhes dê plena aplicabilidade." (TEMER. *Ibid.* p. 23-25).

ativo"[246]; de Marçal Justen Filho alegando que a hipótese de admissão da improbidade culposa prevista no art. 10 somente pode ser admitida em situação excepcional[247] e de Alexandre de Moraes assegurando que "Afastou-se, portanto, a responsabilização objetiva do servidor público"[248].

Mesmo diante de tais argumentos, esta questão ainda não é pacífica no Superior Tribunal de Justiça. Dois julgados recentes, parcialmente anotados[249], dão conta da atual divergência, filiando o presente trabalho à corrente que não admite a possibilidade da improbidade ser imputada a título de responsabilidade objetiva pela "simples" participação no ato ímprobo, entendendo como necessário, por parte do sujeito ativo, a concorrência na atividade com dolo ou culpa, por ocasião da violação de regra ou de princípio jurídico que sustentam a administração pública para que possa ser-lhe imputada uma conduta ímproba. Kele Cristiani Diogo Bahena, igualmente entendendo esta como uma responsabilidade subjetiva, ou seja, dependente de dolo ou culpa, relembra que "a responsabilidade objetiva pressupõe normatização expressa."[250]

---

[246] PIETRO. *Ibid.* p. 785. Continuando, assevera: "Mesmo quando algum ato ilegal seja praticado, é preciso verificar se houve culpa ou dolo, se houve um mínimo de má-fé que revele realmente a presença de um comportamento desonesto. A quantidade de leis, decretos, medidas provisórias, regulamentos, portarias torna praticamente impossível a aplicação do velho princípio de que todos conhecem a lei. Além disso, algumas normas admitem diferentes interpretações e são aplicadas por servidores públicos estranhos à área jurídico. Por isso mesmo, a aplicação da lei de improbidade exige bom-senso, pesquisa da intenção do agente...".

[247] "A configuração da improbidade depende da consciência e da intenção de promover as condutas ímprobas. Não há improbidade culposa, o que não significa exigir dolo específico nem equivale a negar a diversidade de graus de consciência e reprovabilidade. O art. 10 alude a ações ou omissões de cunho culposo. Essa hipótese apenas pode ser admitida como geradora de responsabilidade limitada, em situação excepcional." (JUSTEN FILHO. *Ibid*. p. 687).

[248] MORAES. *Ibid.* p. 336.

[249] **RE** nº 708.170-MG.Relatora: Ministra Eliana Calmon. DJ: 19.12.2005: ... 3. O ato de improbidade é constatado de forma objetiva, independentemente de dolo ou culpa e é punido em outra esfera, diferentemente da via penal, da via civil ou da via administrativa. 4. Diante das Leis de Improbidade e de Responsabilidade Fiscal, inexiste espaço para o administrador "desorganizado" e "despreparado", não se podendo conceber que um Prefeito assuma a administração de um Município sem a observância das mais comezinhas regras de direito público. Ainda que se cogite não tenha o réu agido de má-fé, os fatos abstraídos configuram-se atos de improbidade e não meras irregularidades, por inobservância do princípio da legalidade. **RE** nº 721190-CE. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ: 13.02.2006: ... 2. A questão positivista resta superada pela mais odiosa das exegeses, qual, a literal, por isso que se impõe observar se realmente toda ilegalidade encerra improbidade**,** sob pena de, em caso positivo, em qualquer esfera dos poderes da República, ressoar inafastável a conclusão inaceitável de que o *errores in judicando* e *in procedendo* dos magistrados implicam sempre e sempre improbidade**,** o que sobressai irrazoável. 3. Destarte, a improbidade arrasta a noção de ato imoral com forte conteúdo de corrupção econômica, o que não se coaduna com a hipótese dos autos assim analisada, verticalmente, pela instância *a quo*. 4. É uníssona a doutrina no sentido de que, quanto aos aspectos sancionatórios da Lei de Improbidade**,** impõe-se exegese idêntica a que se empreende com relação às figuras típicas penais, quanto à necessidade de a improbidade colorir-se de atuar imoral com feição de corrupção de natureza econômica.

[250] BAHENA, Kele Cristiani Diogo. ***O princípio da moralidade administrativa e seu controle pela lei de improbidade***. Curitiba: Juruá, 2004. p. 131.

A incidência do dolo ou da culpa do sujeito passivo deve ser avaliada levando-se em conta a possibilidade de atuação[251] e a competência funcional[252] do sujeito ativo, de onde se pode inferir o reflexo do princípio da eficiência[253], o qual guarda direta conotação com as atribuições específicas do órgão[254] dentro da organização estatal[255]. Isso em razão da lei e dos demais atos normativos propugnarem pela especificidade de atuação administrativa, enquanto o volume, a importância e a complexidade destas atividades impedem que haja desvio de função por meio da conduta administrativa[256]. A meta da administração, com áreas administrativas especializadas, é a de alcançar as finalidades públicas da melhor forma possível, respondendo os sujeitos ativos somente por dolo ou culpa no exercício de suas funções, já que, no exercício e limite de suas atividades

[251] A possibilidade de atuação considera não só a competência funcional para a prática do ato, mas o conhecimento técnico para questioná-lo diante, por exemplo, das explanações técnicas emanadas por quem detém a competência funcional para tanto. Diversas atuações do Executivo, por exemplo, são para dar forma à exteriorização de atos elaborados em resposta e com aval técnico administrativo emanado por quem possuí competência funcional para tanto. Não adentra no poder de discricionariedade do Executivo. "Os *poderes* e *deveres do administrador público* são os expressos em lei, os impostos pela moral administrativa e os exigidos pelo interesse da coletividade. Fora dessa generalidade não se poderá indicar o que é *poder* e o que é *dever* do gestor público, porque, estando sujeito ao ordenamento jurídico geral e às leis administrativas especiais, só essas normas poderão catalogar, para cada entidade, órgão, cargo, função, serviço ou atividade pública, os poderes e deveres de quem os exerce. (...) O poder administrativo, portanto, é atribuído à autoridade para remover os interesses particulares que se opõem ao interesse público. Nessas condições, o *poder de agir* se converte no *dever de agir* (...) Eis porque a Administração responde civilmente pelas omissões lesivas de seus agentes." (MEIRELLES, Hely Lopes. ***Direito administrativo brasileiro***. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 100-101).

[252] "No direito administrativo não basta a capacidade; é necessário também que o sujeito tenha competência. (...) Assim, a competência tem que ser considerada nesses três aspectos; em relação às pessoas jurídicas políticas, a distribuição de competência consta da Constituição Federal; em relação aos órgãos e servidores, encontram-se nas leis. (...) Aplicam-se à competência as seguintes regras: 1. decorre sempre da lei, não podendo o próprio órgão estabelecer, por si, as suas atribuições; 2. é inderrogável, seja pela vontade da Administração, seja por acordo com terceiros; isto porque a competência é conferida em benefício do interesse público; 3. pode ser objeto de delegação ou de avocação, desde que não se trate de competência conferida a determinado órgão ou agente, com exclusividade, pela lei." (PIETRO. *Ibid.* p. 213-215).

[253] Referindo-se ao princípio da eficiência como "situada sob a epígrafe das 'utopias públicas'", Emerson GARCIA afirma que este princípio "assume um papel de norma de conduta, de imperativa observância pela administração." Antes mesmos destas alegações, assevera: "Esse princípio consagra a tese de que a atividade estatal será norteada por parâmetro de economia e de celeridade na gestão dos recursos públicos, utilizará adequadamente os meios materiais ao seu dispor e que não será direcionada unicamente à busca de um *bom resultado*, mas, sim, que deve visar, de forma incessante, ao *melhor resultado* para os administrados. Com isto, o próprio vetor da legalidade passará a ser valorado sob uma ótica material, deixando de ser analisado sob um prisma meramente formal." (GARCIA; ALVES. *Ibid.* p. 51).

[254] "Órgãos públicos – São centros de competência instituídos para o desempenho de funções estatais, através de seus agentes, cuja atuação é imputada à pessoa jurídica a que pertencem. São unidades de ação com atribuições específicas na organização estatal." (MEIRELLES. *Ibid.* 2003. p. 66).

[255] "Parecer técnico: é o que provém de órgão ou agente especializado na matéria, não podendo ser contrariado por leigo ou, mesmo, por superior hierárquico. Nessa modalidade de parecer ou julgamento não prevalece a hierarquia administrativa, pois não há subordinação no campo da técnica." (MEIRELLES. *Ibid.* 2003. p. 190).

[256] As atividades administrativas devem guardar correspondência com as normas legais, por força do Estado de Direito e de princípios como o da legalidade, da segurança (tanto aos usuários do serviço público quanto aos servidores) e o da eficiência. O campo de atuação das atividades ou das funções públicas é regulado por lei que também tem o dever de dar aos atos finalidades públicas, tornando-as, ainda, de conhecimento público.

funcionais, não manifestam a sua vontade mas, sim, exteriorizam os projetos das pessoas jurídicas às quais pertencem[257].

Como a finalidade da administração pública é a de propiciar o bem comum, delineado pela base da Constituição Federal e por seus princípios, direitos e garantias fundamentais, como valor supremo do Estado, as atividades da administração deveriam assentar-se no interesse público e não na vontade particular dos agentes públicos, restando evidenciado como um dos questionamentos basilares para a verificação da ocorrência de improbidade responder se o ato praticado atende ou não aos interesses públicos. Ímprobos, portanto, poderiam ser, também, os atos contrários ao interesse público, desde que os sujeitos ativos os pratiquem com inafastável dolo ou culpa[258].

Desta forma, a conduta punível a título de improbidade, pode ser tanto a ativa (conduta positiva, entabulada como um "fazer") quanto a omissiva (conduta negativa, deixar de fazer algo que se deveria fazer), desde que praticada pelo sujeito ativo com dolo ou culpa (art. 5º), conforme a exigência da lei. A *conduta culposa* que não gera prejuízo ao erário não é punida a título de improbidade, embora possa ser anulada por outra via como, por exemplo, por meio de uma ação popular[259].

> Como último argumento, a culpa nas suas modalidades negligência, imprudência e imperícia induz a um agir ineficiente e incompetente do administrador, que, não tendo causado prejuízo ao erário, não será punido a título de improbidade, mesmo sendo o princípio da eficiência dogmatizado constitucionalmente. Eis que a lei pretende limitar e conter a conduta do administrador ímprobo e não a do administrador incompetente.[260]

---

[257] "Deve ser objeto de novas reflexões o entendimento de que 'a lei não pune o administrador incompetente, mas unicamente o desonesto', máxime quando se constata a inclusão do princípio da eficiência no rol constante do art. 37, *caput*, da Constituição. Incompetência e eficiência veiculam premissas conceituais que se excluem, não sendo suscetíveis de coexistir harmonicamente como vetores da atividade estatal." (GARCIA; ALVES. *Ibid.* p. 46). Ao que tudo indica, essa responsabilização deve partir da constatação de uma omissão, da inobservância do conteúdo dos pareceres técnicos ou, inclusive, de equívocos dolosos ou culposos, conforme o caso, desses pareceres ou, somente em caso excepcional (por maior dificuldade de constatação), pela eleição do técnico incompetente.

[258] "... os arts. 9º e 11 só dispõem acerca da ação ou omissão dolosa, nada mencionando quanto ao elemento subjetivo da *culpa*. Destarte, a culpa só é admitida quando a conduta ímproba causar prejuízo ao erário. É o que se deduz de uma exegese sistemática e teleológica desses artigos em que somente o art. 10 é punido a título de culpa e o 9º e o 11 só se contenta com o *dolo*." (BAHENA. *Ibid.* p. 131).

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

[260] BAHENA. *Ibid.* p. 135-136.

Ocorrendo lesão ao patrimônio público[261], dar-se-á o integral ressarcimento do dano. Nesta hipótese, poderá haver a indisponibilidade, ou a perda de bens ou valores até que haja seu ressarcimento integral. Os bens ou os valores atingidos são do sujeito ativo da improbidade (arts. 5º e 7º da lei de improbidade)**.** Seguindo as normas do *caput* do art. 10 desta lei, os atos que causam lesão ao patrimônio público estão arrolados, exemplificativamente, em seus treze incisos. Embora a seção trate de prejuízo ao erário, o *caput* do art. 10 alarga este conceito abrangendo a lesão patrimonial ao incluir "qualquer ação ou omissão (...) que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei...", ressaltando as expressões contidas nos mencionados arts. 5º e 7º.[262] Finalísticamente, ao que tudo indica, exclui-se desta noção de patrimônio, unicamente, o patrimônio moral, posto pertencer, especificamente, às condutas descritas no art. 11 desta mesma lei, destinado à avaliação dos atos de improbidade que atentam contra os princípios da administração.

Havendo enriquecimento ilícito[263], mesmo que não haja lesão ao patrimônio público, poderá haver a indisponibilidade, ou a perda de bens ou valores, tanto do

---

[261] "Não raras vezes, a atividade estatal é envolta em uma atmosfera de extremo risco, o que torna comum o insucesso de iniciativas potencialmente úteis ao interesse público, sendo exemplo marcante os sucessivos planos econômicos que foram editados no Brasil, em sua grande maioria fracassados. Em razão disto, o dano ou o prejuízo ao erário não pode ser erigido à categoria de elemento único de consubstanciação da improbidade disciplinada pela Lei nº 8.429/02, sendo imprescindível que a conduta que os causou tenha sido fruto de inobservância dos princípios que informam os atos dos agentes públicos. (...) Inexistindo dolo ou culpa, não haverá que se falar na incidência do art. 10 da Lei de Improbidade." (GARCIA; ALVES. *Ibid.* p. 258).

[262] "Em rigor técnico, erário e patrimônio público não designam objetos idênticos, sendo este mais amplo do que aquele, abrangendo-o. Entende-se por erário o conjunto de bens e interesses de natureza econômico-financeira pertencentes ao Poder Público (...) Patrimônio público, por sua vez, é o conjunto de bens e interesses de natureza moral, econômica, estética, artística, histórica, ambiental e turística pertencentes ao Poder Público, conceito este extraído do art. 1º da Lei nº 4.717/65 e da dogmática contemporânea, que identifica a existência de um patrimônio moral do poder Público..." (GARCIA; ALVES. *Ibid.* p. 261).

[263] "Para a configuração do enriquecimento ilícito não é necessária a verificação de dano ou prejuízo ao erário. Na verdade, o bem jurídico protegido é a probidade na Administração, e esse bem é agredido sempre que o agente público se desvia dos fins legais a que está atrelado, em contrapartida à percepção de vantagem patrimonial. Poderá, é certo, resultar prejuízo ao erário de uma conduta tipificada pelo art. 9º. Esse prejuízo, no entanto, não compõe as figuras típicas de enriquecimento ilícito e será irrelevante para a caracterização das infrações, enquanto possa ter relevância para a dosagem das sanções cabíveis (cf. art. 12, parágrafo único)" (PRADO, Francisco Octavio de Almeida. ***Improbidade administrativa***. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 72). "O simples enriquecimento à custa de outrem não infringe a ordem moral, o que a infringe é o enriquecimento injusto, o qual acarreta o dever moral de indenizar aquele que empobreceu. São comumentes identificados quatro requisitos essenciais para a verificação do enriquecimento indevido: a) o enriquecimento de alguém, o qual pode ser de ordem material, intelectual ou moral; b) o empobrecimento de outrem, quer seja positivo (ex.: perda patrimonial) ou negativo (ex.: não-pagamento de um serviço prestado); c) ausência de justa causa, vale dizer, o enriquecimento deve ser desvinculado do direito, não podendo advir da vontade do empobrecido, ou decorrer de obrigação preexistente ou da lei; d) nexo-causal entre o enriquecimento e o empobrecimento, sendo que cada um destes elementos deve estar ligado ao outro em uma relação de causa e efeito" (GARCIA; ALVES. *Ibid.* p. 248). Não pressupõe lucro ou vantagem (**STJ**. REsp 439280-RS. Rel. Min. LUIZ FUX (1122). DJ 16.06.2003, p. 265).

sujeito ativo quanto do terceiro beneficiário do acréscimo patrimonial (arts. 6º e 7º da lei de improbidade), mesmo que esse não seja um sujeito ativo da improbidade[264]. Atendendo ao comando contido no *caput* do art. 9º, exemplificativamente, conforme ressaltado, estes atos estão relacionados em seus doze incisos.

O sucessor[265] daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente está sujeito às cominações desta lei até o limite do valor da herança (art. 8º)[266]. Isso porque "nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido" (arts. 5º, XLV e 60, § 4º, IV, ambos, da C F).

Da interpretação do art. 5º, XLV da CF, à luz dos princípios do devido processo legal, da pessoalidade das penas e da presunção de inocência, embasando-se, ainda, no entendimento segundo o qual a garantia do contraditório e da ampla defesa é personalíssima ao acusado, Prado declarou:

> É importante assinalar que só se poderá cogitar da excepcional transmissão de responsabilidade civil quando a sanção já tiver sido aplicada ao infrator em caráter definitivo. (...) Se o falecimento deste se der antes da efetiva aplicação das sanções não existirão obrigação de reparar o dano nem decretação de perdimento de bens que possam ser transmitidas a quem quer que seja. Neste caso, extingue-se a punibilidade com a morte. Entendimento contrário conduziria ao absurdo de impor aos sucessores do suposto infrator a condição de réus no processo punitivo, ficando na contingência de se defenderem de acusação imputada a outrem...[267]

De fato, se não houver transcorrido a instrução processual, parece ser esta uma afirmação acertada. Isso porque a imputação só poderá ser feita ao sujeito ativo

---

[264] Como a "fonte" de caráter público gerou o enriquecimento sem causa, parece aceitável que o objeto do enriquecimento se volte à administração que deverá utilizá-lo, novamente, em benefício público.

[265] "A transmissibilidade das sanções derivadas da improbidade administrativa limita-se às hipóteses da perda dos bens ou valores ilicitamente acrescidos e ao ressarcimento integral do dano, excluindo-se as demais cabíveis em face de seu caráter personalíssimo." (MARTINS JÚNIOR. *Ibid.* p. 294).

[266] "Examinando o preceito do art. 8º à luz da regra constitucional do inciso XLV do art. 5º, verifica-se que nem todas as sanções de que cogita a Lei 8.429, de 1992, são suscetíveis de transmissão aos sucessores, uma vez que as únicas exceções contempladas pela Lei Maior dizem respeito á reparação do dano e ao perdimento de bens. Excluídas ficam, portanto, da possibilidade de transmissão aos sucessores as multas civis e, obviamente, as demais sanções sem conteúdo pecuniário determinado, tais como a suspensão dos direitos políticos, a proibição de contratar com o Poder Público e de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios." (PRADO. *Ibid.* p. 142).

[267] (PRADO. *Ibid.* p. 143). Por sua afirmação nesta mesma obra, é de se ressaltar, ainda, o entendimento deste autor no sentido de que "A única disposição de caráter penal constante da Lei 8.429, de 1992, está em seu art. 19 ..." (p. 205).

ou ao beneficiário, acaso este tenha agido com dolo ou culpa. Com o falecimento de qualquer destes antes mesmo da instrução processual, por razões óbvias, não parece ser possível imputar-lhe dolo ou culpa, posto já não possuírem a possibilidade de promover defesa alguma. É necessário propiciar ao acusado, ou aos litigantes, a possibilidade real de se defender. Uma vez morto, o presumivelmente inocente (art. 5º, LVII, CF) perdeu a possibilidade de se defender (art. 5º, LIV e LV, CF), razão pela qual poderia ser extinto o processo que busca demonstrar sua eventual ação culposa ou dolosa. Incumbir terceiros (sucessores) de fazer prova que outrem não agiu com dolo ou culpa parece não ser razoável, assim como não parece ser razoável[268] atribuir aos sucessores do suposto sujeito ativo ou do terceiro beneficiário a possibilidade de motivar as razões *políticas* ou *públicas* de seus atos, já que estas questões nem sempre são de fácil domínio público.[269]

Uma vez ultrapassada a fase de instrução processual, a afirmação, embora considerável, tem a possibilidade de receber argumentos contrários mais eficazes como a prevalência republicana do interesse público sobre o particular. Transcorrida a instrução processual, foi garantido ao acusado a possibilidade de promover o contraditório e a sua defesa. Ao que parece, ainda que a presunção de inocência só termine com o fim das possibilidades recursais, ou seja, com o trânsito em julgado da sentença[270], este seria o entendimento de maior razoabilidade. Visando sustentá-lo, não se pode olvidar, da mesma forma, que a extinção da punibilidade penal pela morte (art. 107, I do Código Penal) não afeta o trâmite da ação de improbidade pelo

[268] Em sentido contrário, quanto a imoralidade administrativa, cite-se: "A investigação jurídica acerca da verificação da imoralidade, num determinado ato administrativo não deve ser perscrutada no domínio da vontade do agente público, mas sim, quando da análise da finalidade do ato, seu objeto e motivos, o que constitui ponto de diferenciação da eficiência da moralidade no direito administrativo, do direito penal, pois, na seara administrativa, o dolo é estabelecido *in re ipsa*, ou seja, decorre das circunstâncias do fato ou se perquire a culpa quando cabível." (BAHENA. *Ibid.* p. 132).

[269] Normalmente, o agente público determina-se conforme orientação técnica. "Hoje, em face da ampliação do princípio do acesso ao Judiciário (CF, art. 5º, XXXV), conjugado com o da moralidade administrativa (CF, art. 37, *caput*), a motivação é, em regra, obrigatória. Só não o será quando a lei a dispensar ou se a natureza do ato for com ela incompatível. Portanto, na atuação vinculada ou na discricionária, o agente da Administração, ao praticar o ato, fica na obrigação de justificar a existência do motivo, sem o quê o ato será inválido ou, pelo menos invalidável, por ausência da motivação. Quando, porém, o motivo não for exigido para a perfeição do ato, fica o agente com a faculdade discricionária de praticá-lo sem motivação, mas, se o fizer, vincula-se aos motivos aduzidos, sujeitando-se à obrigação de demonstrar sua efetiva ocorrência. A referida Lei 9.784/99 aponta atos cujas motivações são obrigatórias (cf. art. 50, I a VIII)." (MEIRELLES. *Ibid*. 2003. p. 149-150).

[270] Código de Processo Civil (CPC)- Art. 467: "Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário". Significa dizer que se ainda não houve o trânsito em julgado, tem o acusado a possibilidade de promover sua defesa, de argüir o contraditório e, inclusive, de apresentar novas provas. "É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos" (art. 397, do CPC).

fato desta possuir natureza civil, segundo declarou o Supremo Tribunal Federal[271]. O Código de Processo Penal assegura que a extinção da punibilidade não impedirá a propositura da ação civil (art. 67, II). Neste caso, e não dispondo a lei de improbidade de forma contrária, aplica-se o Código de Processo Civil, o qual assenta que "Ocorrendo a morte de qualquer das partes, dar-se-á a substituição pelo seu espólio ou pelos seus sucessores[272], observado o disposto no art. 265", que prevê a suspensão do processo pela morte da parte até que seja promovida a habilitação dos sucessores[273]. O que diferencia a lei de improbidade da lei civil são as suas peculiaridades como, por exemplo, a não presunção da atividade culposa ou dolosa. Daí a razão das alegações contidas no parágrafo anterior.

A ação de improbidade administrativa visa proteger, precipuamente, o patrimônio público, inclusive o moral. Por esta razão, a lei de improbidade busca vedar o enriquecimento ilícito, a malversação do erário (e patrimônio) público e os princípios da administração. Reparar o dano provocado, juntamente com a finalidade de inibi-lo é a meta da lei de improbidade. A sentença que julgar procedente ação de reparação de dano ou que decretar a perda dos bens havidos ilicitamente possui natureza civil e deverá determinar o pagamento ou a reversão dos bens, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito (art. 18 da lei de improbidade). Para que isso seja possível, esta lei previu a possibilidade de requerer a indisponibilidade de bens e, posteriormente, a perda dos mesmos pelo sujeito ativo quando a ação causar lesão ao patrimônio público ou quando houver enriquecimento ilícito[274]. Havendo enriquecimento ilícito, mesmo que não seja sujeito ativo, o terceiro beneficiário perderá os bens ou os valores acrescidos ao seu patrimônio. A indisponibilidade poderá recair sobre o acréscimo patrimonial

---

[271] "O Tribunal concluiu julgamento de duas ações diretas ajuizadas pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP e pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB para declarar, por maioria, a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 84 do Código de Processo Penal, inseridos pelo art. 1º da Lei 10.628/2002 — v. Informativo 362. (...) Ressaltou-se, ademais, que a ação de improbidade administrativa é de natureza civil, conforme se depreende do § 4º do art. 37 da CF, e que o STF jamais entendeu ser competente para o conhecimento de ações civis, por ato de ofício, ajuizadas contra as autoridades para cujo processo penal o seria. (...) ADI 2797/DF e ADI 2860/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 15.9.2005. (ADI-2797) (ADI-2860)" (**STF**. Brasília, 12 a 16 de Setembro de 2005. Informativo nº 401. Improbidade Administrativa e Prerrogativa de Foro – 2).

[272] O CPC faz menção à representação do espólio em seu art. 12, V e § 1º.

[273] A Habilitação se procede na forma contida no Capítulo XI, do Título I, do Livro IV, do CPC.

[274] "... a Lei Federal n. 8.429/92 oferece uma tutela mais adequada e eficaz da probidade administrativa, censurando com gravidade os atos de improbidade, seus autores e beneficiários, constituindo um significativo avanço. O art. 37, § 4º, da Constituição Federal mencionou sanções contra a improbidade administrativa que foram dilatadas na legislação infraconstitucional." (MARTINS JÚNIOR. *Ibid*. p. 298-299).

resultante do enriquecimento ilícito ou sobre bens que possam assegurar o integral ressarcimento do dano.

Portanto, somente poderá haver a indisponibilidade e a perda de bens nos casos de violação aos arts. 9º e 10 da lei de improbidade, atingindo os patrimônios ou os valores daqueles que efetivamente se enriqueceram ilicitamente. Esse entendimento provém da leitura dos arts. 5º ao 7º da referida lei. Todavia, com a possibilidade de aplicação da multa civil, inclusive na hipótese das ações contidas no art. 11 desta mesma lei, poderá haver a indisponibilidade e a perda de bens para assegurar o pagamento desta[275].

Em que pese a aceitação de todas as penalidades impostas pela lei de improbidade por grande parte da doutrina[276] e pelos Tribunais[277], ao que se percebe, esta não demonstra ser a melhor exegese constitucional[278]. Ao estabelecer a improbidade em seu § 4º do art. 37, a Constituição Federal elencou as espécies de penalidades cabíveis aos atos de improbidade. São elas, a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, tão-somente[279]. Nenhuma outra espécie de sanção foi relacionada porque não foi admitida pelo legislador constituinte ("*Qualquer lei que complete texto constitucional há que limitar-se a desenvolver os princípios traçados no texto*"[280]) na

[275] Neste caso, ao que tudo indica, em hipótese excepcionalíssima, sopesando, inclusive, a presunção de inocência que acompanha a parte até o momento do trânsito em julgado da sua condenação, a falta de prejuízo econômico ao erário público e a alta gravidade dos efeitos decorrentes da indisponibilidade de bens.

[276] "Em que pese o fato de o dispositivo constitucional não ter previsto as sanções de perda dos bens, multa e proibição de contratar com o Poder Público ou receber incentivos fiscais ou creditícios, tal não tem o condão de acarretar a inconstitucionalidade material de parte das sanções previstas nos incisos do art. 12 da Lei nº 8.429/92." (GARCIA; ALVES. *Ibid.* p. 425).

[277] Como referência a aceitação das penalidades impostas pela lei de improbidade, pode ser citado os seguintes julgados: **STJ**: REsp 507574-MG. Relator Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI (1124). DJ 20.02.2006, p. 206. **STF:** MS 22728-PR. Relator Ministro MOREIRA ALVES. DJ 13-11-1998 PP-00005 EMENT VOL-01931-01 PP-00150.

[278] "A lei alude a uma '*multa civil*', a qual se configura como inconstitucional. (...) Ou seja, impõe-se a condenação do sujeito a ressarcir todos os prejuízos, mas não se admite o pretexto da improbidade para enriquecimento estatal." (JUSTEN FILHO. *Ibid.* p. 695).

[279] Art. 37, § 4º. Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

[280] "... Toda constituição é feita para ser aplicada. Nasce com o destino de reger a vida de uma nação, construir uma nova ordem jurídica, informar e inspirar um determinado regime político-social. (...) Nessa acepção lata, *leis complementares da constituição* são todas as leis que a completem, tornando plenamente eficazes os seus dispositivos, ou desenvolvendo os princípios neles contidos. (...) 13. Finalmente, convém não olvidar que essas leis são puramente complementares das normas constitucionais. Não podem, portanto, distorcer o sentido do preceito complementado, mudando o sentido da constituição. Isso desdobraria de sua competência, e implicaria verdadeira mutação constitucional por via indireta..." (SILVA, J. 2004. p. 225-230).

seara da improbidade[281]. O que a Constituição reservou à lei foi, exatamente, a possibilidade de esta estabelecer a forma de aplicação das penalidades, bem como a sua gradação, atendendo, conforme disposto no parágrafo único do art. 12, a extensão do dano causado e o proveito patrimonial obtido. Não foi além. Ultrapassar a determinação constitucional aceitando a constitucionalidade das penas existentes na lei de improbidade com base na relação de penas contidas no art. 5º, XLVI da Constituição Federal é, ao que parece, por desejo subjetivo, estender forçosa e demasiadamente aos ímprobos uma relação de penalidades que se julga sistematicamente mais apropriada, sem, entretanto, guardar relação com o conteúdo explicitado pelo constituinte ao tratar, especificamente, do tema improbidade. Não se quer afirmar que as mesmas não devam ser impostas, mas que, sendo o caso, possam ser imputadas através de outro diploma legal como, por exemplo, o direito penal[282]. Alguns autores, aceitando a constitucionalidade das penalidades contidas no art. 12 da lei de improbidade, entendem que as medidas arroladas no § 4 do art. 37 da Constituição não foram referidas como sanções, a exemplo do caso da indisponibilidade de bens[283]. Porém, adotando a visão constitucional sistemática de pena, evidencia-se, mesmo com relação a "indisponibilidade de bens"[284], que esta possui natureza constitucional de pena, restritiva de direito que é[285], a teor do art. 5º, XLVI, "d", da Constituição Federal[286].

---

[281] Em sentido contrário: "O art. 37, § 4º, da Constituição prevê sanções que deveriam ser necessariamente disciplinadas pelo legislador, o que não importou em qualquer limitação ao seu poder discricionário na cominação de outras mais. E ainda, a indisponibilidade de bens previstas na Constituição não é um fim em si mesma, mas instrumento garantidor da eficácia das sanções pecuniárias, o que reforça a assertiva de que ao legislador infraconstitucional foi delegada a tarefa de discriminar aquelas que seriam por seu intermédio garantidas." (GARCIA; ALVES. *Ibid.* p. 426).

[282] O Título XI da Parte Especial do Código Penal trata dos crimes contra a administração pública.

[283] Neste sentido: "Note-se que o dispositivo constitucional, ao indicar as medidas cabíveis, não se refere a elas como sanções. E, na realidade, nem todas têm essa natureza. É o caso da indisponibilidade dos bens, que tem nítido caráter preventivo..."(PIETRO. *Ibid.* p. 786).

[284] A indisponibilidade de bens é uma prévia restrição de direitos, enquanto, por exemplo, a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos dependem, para sua efetivação, do trânsito em julgado da sentença condenatória (art. 20 da lei de improbidade). O trânsito em julgado não é requisito para a aplicação da indisponibilidade de bens.

[285] Código Penal. Art. 43. As penas restritivas de direito são: I – prestação pecuniária; II – perda de bens e valores; IV – prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas; V – interdição temporária de direitos; VI – limitação de fim de semana. "A lei nº 9.605, de 12-2-1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e dá outras providências, estabelece como penas restritivas de direitos aplicáveis às pessoas jurídicas: suspensão parcial ou total de atividades; interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade; e proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações (art. 22)." (MIRABETE, Julio Fabbrini. ***Código Penal interpretado***. Atualizado por Renato N. Fabbrini. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 378).

[286] CF, art. 5º XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.

> Pena. Do latim *poena*, é o vocábulo, no sentido técnico do Direito, empregado em acepção ampla e restrita. Em sentido amplo e geral, significa qualquer espécie de *imposição* ou *castigo* ou de aflição, a que se submete a pessoa por qualquer espécie de *falta* cometida. (...) Segundo as circunstâncias, a pena recebe várias classificações: *civil, convencional, criminal, pública, corporal, de prisão, complementar, acessória, principal, etc.*[287]

Assim, embora esta pesquisa admita a inconstitucionalidade das sanções previstas na lei de improbidade, em conformidade com os termos anteriormente expostos, a lei de improbidade faz referência a diversas penalidades em seus arts. 5º (ressarcimento do dano); 6º (perda de bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio); 7º (indisponibilidade de bens); 13, § 3º (demissão); 16 (seqüestro dos bens) e § 2º (bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras) e art. 20 (perda da função pública e suspensão dos direitos políticos) e seu parágrafo único (afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração), além, obviamente, das previstas no art. 12, aplicáveis nas hipóteses de enquadramento da ação nos tipos descritos nos arts. 9º, 10 e 11.

Atendendo o comando constitucional (art. 37, § 4º) que possibilitou ao legislador infraconstitucional graduar as penalidades cabíveis, houve, para tanto, a adoção legislativa do critério, exclusivamente, embasado na extensão do dano e no proveito patrimonial obtido pelo agente[288].O parágrafo único do art. 12 assegura que na fixação das penas previstas na lei de improbidade o juiz deverá levar em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente. Em vista da reserva legal, especialmente no que se refere a critérios sancionadores[289], a verificação da gradação da penalidade e a aplicação das sanções devem ser autuadas segundo esta base legal, razão pela qual as penalidades previstas poderão ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa[290] a

---

[287] SILVA, D. *Ibid.* 1963. v. III.

[288] **STJ**: REsp 213994-MG. Relator Ministro GARCIA VIEIRA (1082). DJ 27.09.1999 p. 59. "... Não havendo enriquecimento ilícito e nem prejuízo ao erário municipal, mas inabilidade do administrador, não cabem as punições previstas na Lei nº 8.429/92. A lei alcança o administrador desonesto, não o inábil. Recurso improvido..."

[289] Para proteção do povo contra o arbítrio Estatal, o legislador constituinte estabeleceu a regra segundo a qual ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II).

[290] **STJ**: REsp 505068-PR. Relator Ministro LUIZ FUX (1122). DJ 29.09.2003 p. 164. 1. As sanções do art. 12, da Lei n.° 8.429/92 não são necessariamente cumulativas, cabendo ao magistrado a sua dosimetria; aliás, como deixa claro o Parágrafo Único do mesmo dispositivo. 2. No campo sancionatório, a interpretação deve conduzir à dosimetria relacionada à exemplariedade e à correlação da sanção, critérios que compõem a razoabilidade da punição, sempre prestigiada pela jurisprudência do E. STJ.

depender, finalisticamente[291], da gravidade da lesão ou do tamanho do proveito patrimonial obtido pelo agente.

O Superior Tribunal de Justiça, adotando posição diversa, entende como possível a utilização de outros critérios, além dos citados, para a determinação da aplicação isolada ou conjunta da penalidades previstas, ocasião em que o juízo deve atentar para as circunstâncias peculiares do caso concreto e para a incidência do princípio da proporcionalidade.[292]

Com lastro nas sanções previstas no art. 12[293] da lei de improbidade, Wallace Paiva Martins Júnior deu sua classificação consubstanciando-as em provimentos condenatórios, desconstitutivos e restritivos de direitos.[294] Este artigo prevê as cominações às quais o responsável pelo ato de improbidade estará sujeito, independentemente das sanções penais, civis e administrativas. No seu inc. I,

---

[291] "Sob o aspecto axiológico, por sua vez, as sanções apresentarão diferentes dosimetrias conforme a natureza da norma violada e a importância do interesse tutelado, distinguindo-se, igualmente, consoante a forma, os critérios, as garantias e os responsáveis pela aplicação. Em suma, as sanções variarão em conformidade com os valores que se buscou preservar. Caberá ao órgão incumbido da produção normativa, direcionado pelos fatores sócio-culturais da época, identificar os interesses que devem ser tutelados e estabelecer as sanções em que incorrerão aqueles que os violarem..." (GARCIA; ALVES. *Ibid.* p. 427).

[292] **STJ**: REsp 300184-SP. Relator Ministro FRANCIULLI NETTO (1117). DJ 03.11.2003 p. 291. A aplicação das sanções da Lei n. 8.429/92 deve ocorrer à luz do princípio da proporcionalidade, de modo a evitar sanções desarrazoadas em relação ao ato ilícito praticado, sem, contudo, privilegiar a impunidade. Para decidir pela cominação isolada ou conjunta das penas previstas no artigo 12 e incisos, da Lei de Improbidade Administrativa, deve o magistrado atentar para as circunstâncias peculiares do caso concreto, avaliando a gravidade da conduta, a medida da lesão ao erário, o histórico funcional do agente público etc.

[293] Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações: I - na hipótese do art. 9°, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, 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; II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, 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; III - na hipótese do art. 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. Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

[294] "... em provimentos condenatórios (ressarcimento do dano, pagamento de multa civil, perda dos bens ou valores ilicitamente acrescidos), desconstitutivos (perda da função pública) e restritivos de direitos (proibição de contratar com o Poder Público, de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios e suspensão dos direitos políticos). (...) Porém, qualquer que seja a espécie ou modalidade praticada, as sanções respectivas são cumuláveis, admitindo dosagem somente as com valor ou prazo variáveis. As sanções desconstitutivas, condenatórias e de interdição de direitos são invariáveis (perda da função pública, perda dos bens e valores ilicitamente acrescidos, ressarcimento integral do dano) e variáveis (suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil, proibição de contratar com o Poder Público e de receber benefícios e incentivos fiscais creditícios e fiscais)." (MARTINS JÚNIOR. *Ibid.* p. 298).

relaciona as sanções cabíveis na hipótese de improbidade administrativa que importe enriquecimento ilícito (art. 9º); no inc. II, estipula as sanções cabíveis quando houver ato de improbidade administrativa que cause prejuízo ao erário (art. 10); e no inc. III dispõe sobre as penalidades cabíveis quando a improbidade atentar contra os princípios da administração pública (art. 11).

No que atine a possibilidade de haver cumulação de imputabilidade das espécies administrativas, Maria Sylvia Zanela Di Pietro assegura ser "plenamente possível que o mesmo ato ou omissão se enquadre nos três tipos de improbidade administrativa previstos na lei."[295] Neste sentido, também se posiciona Wallace Paiva Martins Júnior[296].

Assinale-se, também, que a aplicação das sanções previstas na lei de improbidade independe da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público e da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas (art. 21). Todas as questões legais ou jurídicas podem ser levadas ao conhecimento do Poder Judiciário, em razão da lei não poder excluir da apreciação deste Órgão lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, da Constituição).

Em decorrência de suas funções institucionais (art. 129, II, III, VI e VIII da CF), para apurar qualquer ilícito previsto na lei de improbidade, o Ministério Público, de ofício, a requerimento de autoridade administrativa ou mediante representação formulada de acordo com o disposto no art. 14[297], poderá requisitar a instauração de inquérito policial ou procedimento administrativo (art. 22, da Lei 8.429/92).

Cabe ressaltar que as ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas nesta lei podem ser propostas até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança ou 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

---

[295] PIETRO. *Ibid.* p. 787.

[296] "É possível a cumulação dos fundamentos jurídicos da demanda, se presentes num mesmo fato atos que importem improbidade administrativa de qualquer das espécies cogitadas nos arts. 9º a 11 da Lei Federal n. 8.429/92." (MARTINS JÚNIOR. *Ibid.* p. 296).

[297] Art. 14. Qualquer pessoa poderá representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade. § 1º A representação, que será escrita ou reduzida a termo e assinada, conterá a qualificação do representante, as informações sobre o fato e sua autoria e a indicação das provas de que tenha conhecimento. § 2º A autoridade administrativa rejeitará a representação, em despacho fundamentado, se esta não contiver as formalidades estabelecidas no § 1º deste artigo. A rejeição não impede a representação ao Ministério Público, nos termos do art. 22 desta lei. § 3º Atendidos os requisitos da representação, a autoridade determinará a imediata apuração dos fatos que, em se tratando de servidores federais, será processada na forma prevista nos arts. 148 a 182 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 e, em se tratando de servidor militar, de acordo com os respectivos regulamentos disciplinares.

emprego (art. 23). Entende o Superior Tribunal de Justiça que se inexistir regra própria para definir a prescrição da ação punitiva da administração pública, objetivando apurar infração funcional, deve ser considerado o prazo geral para a prescrição administrativa[298]. Porém, para a propositura de ações de ressarcimento ao erário, não há prazo prescricional, segundo dispõe o § 5º do art. 37 da CF. Desta forma, embora possa ter ocorrido o prazo prescricional, por exemplo, para a propositura da ação de improbidade, para os fins específicos de ressarcimento não haverá a ocorrência do prazo prescricional, razão pela qual esta ação poderá ser proposta a qualquer momento.

Finalmente, embora a autoridade administrativa tenha poderes de investigação, no que se refere aos atos de improbidade, podendo, inclusive, afastar o agente público do exercício do cargo durante o curso da instrução processual, desde que seja necessário e não haja prejuízo à sua remuneração (art. 14 e parágrafo único do art. 20 da lei de improbidade), as sanções previstas pela lei de improbidade só poderão ser imputadas ao acusado através de processo judicial (parágrafo único do art. 12 e arts. 20 e 22 desta mesma lei), o qual poderá ser proposto pela pessoa jurídica interessada (art. 17) ou através de requerimento ou representação ao Ministério Público (art. 22).

3.2 Atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública

No item anterior, a improbidade foi vista em seus aspectos gerais compreendendo a identificação de seus sujeitos ativo e passivo, a anotação dos requisitos que levam a imputação da improbidade, algumas considerações sobre as

[298] STJ: Notícias, quinta-feira, 9 de Março de 2006. 09:13. Se inexistir regra própria para definir prescrição administrativa, prevalece prazo geral. Inexistindo regra própria para definir a prescrição da ação punitiva da administração pública, objetivando apurar infração funcional, deve ser considerado o prazo geral para a prescrição administrativa, que é de cinco anos. Com esse entendimento, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) negou recurso interposto pelo Banco Central do Brasil – Bacen contra decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1). No caso, o TRF1 entendeu que a punição administrativa imposta a Geraldo Gurgel de Mesquita durante sua gestão como diretor financeiro do Banco Amazônia havia prescrito em face da aplicação analógica do artigo 28 da Lei n. 8.884/94, segundo o qual "prescrevem em cinco anos as infrações da ordem econômica, contados da data da prática do ilícito ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado...".

sanções contidas na lei de improbidade dentre outras circunstâncias consideradas relevantes para a pesquisa proposta.

Passada a idéia de improbidade, foca-se esta pesquisa nos atos de improbidade que atentam contra os princípios da administração pública, com o pretenso intuito de identificá-los e, a partir daí, iniciar a correlação destes com os aspectos atinentes à gestão democrática da cidade.

Emerson Garcia[299] explica que no período atual, pós-positivista, as normas estão divididas em regras e princípios e que, em razão do maior grau de generalidade destes, os mesmos acarretam um dever positivo, no sentido de seus valores direcionarem as atuações que deverão ser perseguidas, e uma orientação negativa, com a idéia de impedir a realização de atos que possam infringi-los. Citando Dworkin (*Taking Rights Seriously*, p. 24), assevera que os princípios permitem maior aproximação entre o direito e os valores sociais, enquanto as regras se aplicam à "... *maneira do tudo ou nada*. Se ocorrem os fatos estipulados pela regra, então ou a regra é válida, caso em que a resposta que fornece deve ser aceita, ou não é, caso em que a regra nada contribui para a decisão". Para o autor, os princípios são aplicáveis na medida em que preponderem. As regras são aplicáveis considerando o prisma da validade, segundo o qual, uma invalida a outra, utilizando os critérios hierárquicos, cronológicos e da especialidade. Apontando Robert Alexy (*Teoria de los Derechos Fundamentales,* p. 66 e ss.), afirma que enquanto as regras estabelecem o padrão de conduta os princípios a otimizam, conforme as possibilidades reais e jurídicas. Estas decorrem dos princípios opostos e das próprias regras que, "... de algum modo, excepcionam o princípio que se pretende aplicar." [300]

Alguns dos atos de improbidade que atentam contra os princípios da administração estão relacionados, a título de ilustração, no artigo onze da Lei nº 8.429/92[301].

---

[299] GARCIA; ALVES. *Ibid.* p. 38-41.

[300] Sobre o tema, sugere-se também a leitura das obras de Rothenburg (*Ibid.*p. 13-49) e de Espíndola (*Ibid.* p. 69-72).

[301] Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência; II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício; III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo; IV - negar publicidade aos atos oficiais; V - frustrar a licitude de concurso público; VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo; VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

Exemplificando o alcance das normas contidas no *caput* deste artigo, vieram, ressaltadas, as condutas descritas em seus sete incisos. Os atos descritos nestes incisos não se confundem com as regras disposta em seu *caput*, embora provenham da normatividade contida nestas regras. Assim, por exemplo, consta no inciso quatro deste artigo, como notório ato de improbidade, a conduta que visa "*negar publicidade aos atos oficiais*". Aqui, o princípio administrativo velado é o da publicidade[302], o qual não está relacionado de maneira expressa no *caput* do art. 11. Da mesma forma, determina-se como notória conduta ímproba o ato intencionalmente voltado ao "*deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo*". Neste caso, a norma busca resguardar o princípio da transparência igualmente não escrito no *caput* deste artigo. Ou seja, mesmo que um determinado princípio não figure expressamente no art. 11, *caput*, estas normas, de forma ampla, buscam a efetiva proteção dos diversos princípios da administração pública[303]. Noção, esta, que pode ser acolhida da descrição contida no título desta seção (Seção III) que trata "*Dos Atos de Improbidade Administrativa que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública*".

Conforme anteriormente destacado, o trabalho em andamento considera só poder ser imputado ao sujeito ativo as condutas aqui normativadas se acaso as mesmas foram praticadas de forma dolosa. Essa afirmação leva em consideração o fato de só ter sido expressamente admitida a conduta culposa, para a imputação da improbidade, nos atos que causam prejuízo ao erário (art. 10). Orientação sistemática que pode ser adotada com o auxílio do reconhecimento das regras contidas no art. 5º desta lei de improbidade. Dos núcleos das condutas descritas nos sete incisos do art. 11, pode-se afirmar que o dolo admitido é o direto, entendido como sinônimo de determinado. "Dolo *direto* (ou determinado) existe quando o agente quer determinado resultado."[304] Os verbos de ação, descritos nos incisos

[302] Embora não conste no *caput* do art. 11, o princípio da publicidade está relacionado expressamente no art. 4º da lei de improbidade, de onde poderiam surgir argumentações equívocas no sentido de que, embora este princípio não estivesse relacionado no art. 11, estaria expresso no inciso em tela por força de, anteriormente, já ter constado no art. 4º. Evidentemente, esta exegese seria fruto de um entendimento forçado haja vista existir nos incisos do art. 11 outras condutas notoriamente destacadas como ato de improbidade e que não estariam relacionadas nem mesmo no art. 4º, de onde se pode inferir, sistemática e teleologicamente, que o comando contido no art. 11 visa proteger, de forma abrangente, todos os princípios reitores das atividades da administração pública. Adiante, serão anotadas considerações sobre a leitura do princípio da legalidade, entendido em sua forma ampla, ou seja, envolvendo regras e os valores protegidos por estas.

[303] Há que se notar a existência de princípios explícitos ou implícitos. Em ambos os casos, oriundos dos valores constitucionalmente admitidos ou, ainda, das demais normas jurídicas válidas.

[304] MIRABETE. *Ibid.* p. 195.

deste artigos são: praticar (inc. I), retardar ou deixar de praticar (inc. II), revelar (inc. III), negar (inc. IV), frustrar (inv. V), deixar (inc. VI) e revelar ou permitir (inc. VII).

Embora o Direito Penal tenha admitido a existência concomitante do dolo direto (ou determinado) com o dolo eventual[305], ao identificar o crime doloso[306], é de se ressaltar a inexistência na lei de improbidade de qualquer revelação de conduta que pudesse demonstrar a aceitação do dolo eventual para a caracterização do ato ímprobo, especialmente, em vista do núcleo das condutas descritas através dos verbos constantes nos incisos exemplificativamente arrolados. Sem que haja uma fonte afirmativa no sentido de admitir a coexistência do dolo eventual, diante dos inúmeros princípios administrativos e da gravidade das sanções contidas na lei de improbidade, não parece ser razoável admitir a imputação de um ato ímprobo sem que haja a efetiva demonstração da incidência do dolo diretamente determinante da conduta ímproba. Ademais, o Supremo Tribunal Federal, aceitavelmente, revelou que a improbidade possui natureza de ação civil[307], afastando, portanto, a necessária identidade de regras entre a construção da qualificação da improbidade com a tipificação penal. Por fim, diante do poder-dever[308] de agir daqueles que estão no exercício de suas funções públicas, admitir a caracterização da improbidade por violação dos princípios da administração pública através da aceitação do dolo eventual não parece, ao menos em regra, ser uma atitude condizente com o princípio da razoabilidade. O poder-dever de agir é contra-posto a idéia de assumir

---

[305] "... o dolo *eventual*, em que o agente não quer o resultado, mas, prevendo que ele possa ocorrer, assume conscientemente o risco de causá-lo. Age também com dolo eventual o agente que, na dúvida a respeito de um ou mais elementos do tipo, se arrisca em concretizá-lo. Quem age na dúvida assume o risco da prática da conduta típica." (MIRABETE, Julio Fabbrini. ***Código Penal interpretado***. 5ª edição. Atualizada por Renato N. Fabbrini. São Paulo. Atlas. 2005. p. 195).

[306] Art. 18. Diz-se o crime: I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.

[307] **STF**: "O Tribunal concluiu julgamento de duas ações diretas ajuizadas pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP e pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB para declarar, por maioria, a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 84 do Código de Processo Penal, inseridos pelo art. 1º da Lei 10.628/2002 — v. Informativo 362. (...) Ressaltou-se, ademais, que a ação de improbidade administrativa é de natureza civil, conforme se depreende do § 4º do art. 37 da CF, e que o STF jamais entendeu ser competente para o conhecimento de ações civis, por ato de ofício, ajuizadas contra as autoridades para cujo processo penal o seria." (ADI 2.797 e ADI 2.860, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Informativo 401).

[308] "O *poder-dever de agir* da autoridade pública é hoje reconhecido pacificamente pela jurisprudência e pela doutrina. O *poder* tem para o agente público o significado de *dever* para com a comunidade e para com os indivíduos, no sentido de que quem o detém está sempre na obrigação de exercitá-lo. (...) Se para o particular o *poder de agir* é uma faculdade, para o administrador público é uma *obrigação de atuar*, desde que se apresente o ensejo de exercita-lo em benefício da comunidade. É que o Direito Público ajunta ao *poder* do administrador o *dever* de administrar. (...) Pouca ou nenhuma liberdade sobra ao administrador público para deixar de praticar atos de sua competência legal. Daí por que a omissão da autoridade ou o silêncio da Administração, quando deva agir ou manifestar-se, gera responsabilidade para o agente omisso e autoriza a obtenção do ato omitido por via judicial, notadamente por mandado de segurança, se lesivo de direito líquido e certo do interessado." (MEIRELLES. *Ibid.* 2003. p. 101-102).

risco, enquanto uma faculdade aos particulares, desde que possa ser identificável uma intenção pública.

Mereceria atenção especial a leitura de um eventual confronto entre a "violação" do princípio da legalidade para a realização ou alcance de outro objetivo consubstanciado em princípio administrativo, por exemplo, para a efetivação de uma norma fundamental[309]. Neste caso, em que pese poder ter havido a violação do princípio da legalidade por parte do administrador público, houve a intenção proposta de se realizar um valor condizente com outro determinado princípio de ordem pública[310]. Daí o acolhimento já visto, e atual, do princípio da juridicidade[311].

> Além disso, a inserção do princípio da moralidade na Constituição é coerente com a evolução do princípio da legalidade ocorrida no sistema jurídico de outros países, evolução essa que levou à instituição do Estado Democrático de Direito, consagrado no preâmbulo da Constituição e em seu artigo 1º. Isso significou repulsa ao positivismo jurídico e a ampliação do princípio da legalidade, que passou a abranger valores outros, como os da razoabilidade, boa-fé, moralidade, economicidade e tantos outros hoje consagrados na doutrina, na jurisprudência e mesmo em regras expressas na Constituição e em normas infraconstitucionais. O objetivo foi o de reconquistar o conteúdo axiológico do direito, perdido em grande parte com o positivismo jurídico.[312]

Ressalta-se, desta forma, que a improbidade pode admitir um ato contrário a uma regra ou a um princípio da administração, desde que, evidentemente, não contrarie o sistema principiológico reitor das atividades administrativas. Em sentido negativo, afirma-se que se não houver a intenção de atender aos interesses públicos, desde que seja revelada a violação de um princípio reitor das atividades da administração pública, mesmo que por ato omissivo, o sujeito ativo deverá ser

---

[309] "Por isso que os princípios nem estão naturalmente dispostos numa unidade perfeita (completa) nem se harmonizam espontaneamente (coerência), nem tampouco possuem idêntica importância.' (ROTHENBURG. *Ibid.* p. 59).

[310] Em parte de seu acórdão, o **STJ** afirma: "II - Lei n. 8.429/92. Fixação do âmbito de aplicação. Perspectiva teleológica. Artigos 15, inc. V e 37, § 4º, da CF. O ato de improbidade**,** a ensejar a aplicação da Lei n. 8.429/92, não pode ser identificado tão somente com o ato ilegal. A incidência das sanções previstas na lei carece de um plus, traduzido no evidente propósito de auferir vantagem, causando dano ao erário, pela prática de ato desonesto, dissociado da moralidade e dos deveres de boa administração, lealdade e boa-fé" (REsp 269683-SC. Relatora Ministra LAURITA VAZ (1120). Relator para o Acórdão Ministro PAULO MEDINA (1121). T2 - SEGUNDA TURMA. DJ 03.11.2004 p. 168).

[311] "O princípio da legalidade passou a ser visto como integrante de um princípio maior: o princípio da juridicidade. (...) Em que pese o fato de os princípios da legalidade (*rectius*: constitucionalidade) e da moralidade serem os vetores básicos da probidade administrativa, afigura-se evidente que tais princípios estão abrangidos por uma epígrafe mais ampla, sob a qual se encontram aglutinados todos os princípios regentes da atividade estatal, papel que é desempenhado pelo princípio da juridicidade." (GARCIA; ALVES. *Ibid.* p. 48).

[312] PIETRO. *Ibid.* p. 767.

autuado como tendo cometido uma conduta ímproba[313]. Portanto, pela redação contida no *caput*[314] do art. 11, é possível afirmar que a probidade busca proteger o sistema principiológico orientador das atividades de administração pública, considerando ímproba a intencional violação de princípios desta natureza, desde que assim possa ser considerado à vista do sistema em que se inserem[315].

Tanto uma conduta ativa (ação) como uma negativa (omissão), atentando para os critérios citados, pode dar causa à improbidade administrativa quando violar os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições. Estes deveres são frutos dos comandos contidos nos princípios da administração.

Honestidade, por definição, é a "Qualidade do que é honesto, conforme à honra e à probidade: *ser de uma honestidade a toda prova. / Decoro, decência, probidade."*[316] Para a presente pesquisa é, também, "... conseqüência direta do princípio da probidade administrativa, que vem a ser um aspecto da moralidade administrativa."[317] Como qualquer dos demais deveres, a honestidade pode tanto servir para embasar uma conduta considerada ímproba como pode afastar eventual alegação desta natureza, por revelar um ato ou conduta em plena harmonia com o interesse público ou, ainda, com o sistema principiológico de sustentação à movimentação da administração pública.

O dever de honestidade, assim como a moralidade administrativa, não é vislumbrado partindo-se, simplesmente, da aferição de uma eventual formalidade existente no ato ou na conduta pública. Além de estar inserto no sistema normativo pátrio o princípio da inocência, as condutas administrativas estão acobertadas pela

---

[313] "... a infringência de qualquer princípio acarreta a violação, em graus diversos, dos demais princípios, em face da natural interligação que os caracteriza: seus conteúdos se nutrem e se constituem, respectiva e mutuamente. Verdade que, até para não esfumaçar a autonomia do princípio em consideração, importa ter bem presentes os requisitos apontados para que seja configurada a improbidade administrativa, vale dizer, a grave violação do senso médio superior de moralidade e a inequívoca intenção desonesta. Não acontece, portanto, à luz das premissas adotadas, uma transgressão à moralidade somente pela violação de outros princípios." (FREITAS. *Ibid*.p. 198).

[314] "... o *caput* deixa as portas abertas para a inserção de qualquer ato que atente contra 'os princípios da administração pública ou qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições'." (PIETRO. *Ibid.* p. 768).

[315] Há diversos autores que entendem como necessário à qualificação da conduta ímproba, como requisito mínimo, o perigo concreto de dano ao patrimônio público. "Pode-se consolidar, afinal, que não basta subsistência, em tese, de qualquer imoralidade, para que o ato administrativo seja impugnado pela via da ação de improbidade, é preciso que o ato seja praticado dolosamente, contrário aos princípios da honestidade, lealdade, boa-fé etc. e gere perigo concreto de dano ao patrimônio público, aferindo-se, junto ao potencial ofensivo da conduta, o princípio da proporcionalidade na aplicação das sanções devidas." (BAHENA. *Ibid.* p. 144). "A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem." (SILVA, J. *Ibid.* 1996. p. 616).

[316] ***Dicionário enciclopédico Koorgan Larousse seleções***. Rio de Janeiro: Larousse do Brasil Ltda. 1978. v. 1.

[317] PRADO. *Ibid.* p. 51.

presunção de legitimidade[318] afeta aos atos administrativos, de onde se pode concluir não ser possível presumir a existência de um ato ímprobo, tão-somente, pela inobservância ou constatação de vício de forma[319]. Eventual ato errôneo ou incompetente, mesmo diante da quebra normativa do princípio da eficiência, igualmente atinente a administração pública, não ensejaria a possibilidade desta conduta ser nominada de ímproba se conservar adequação ao propalado sistema principiológico.

Imparcialidade é dever que se sustenta, por exemplo, no princípio da impessoalidade[320]. Por definição, imparcial é aquilo "Que não sacrifica a justiça ou a verdade a considerações particulares. / Que não tem partido a favor nem contra: *juiz imparcial*. / Justo, reto, eqüitativo."[321] Para Emerson Garcia, através do princípio da impessoalidade "... preserva-se o princípio da isonomia entre os administrados e o princípio da finalidade, segundo o qual a atividade estatal deve ter sempre por objetivo a satisfação do interesse público...":

> Em um primeiro sentido, estatui que o autor dos atos estatais é o órgão ou a entidade, e não a pessoa do agente (acepção ativa).
> Sob outra ótica, torna cogente que a administração dispense igualdade de tratamento a todos aqueles que se encontrem em posição similar, o que pressupõe que os atos praticados gerem os mesmos efeitos e atinjam a todos os administrados que estejam em idêntica situação fática e jurídica, caracterizando a imparcialidade do agente público (acepção passiva).[322]

É normalmente aceitável que os deveres, assim como os princípios, sejam correlacionados uns aos outros. Por exemplo, o dever de imparcialidade pode ser relacionado ao dever de prestar contas. Parafraseando Hely Lopes Meirelles,

---

[318] "Os atos administrativos, qualquer que seja sua categoria ou espécie, nascem com a *presunção de legitimidade*, independentemente de norma legal que a estabeleça. Já a presunção de veracidade, inerente à de legitimidade, refere-se aos *fatos* alegados e afirmados pela Administração para a prática do ato, os quais são tidos e havidos como verdadeiros até prova em contrário." (MEIRELLES. *Ibid.* 2003. p. 154).

[319] "... a moralidade administrativa não é meramente subjetiva, porque não é puramente formal, porque tem conteúdo jurídico a partir de regras e princípios da Administração. A lei pode ser cumprida moralmente ou imoralmente. Quando sua execução é feita, por exemplo, com o intuito de prejudicar alguém deliberadamente, ou com o intuito de favorecer alguém, por certo que se está produzindo um ato *formalmente* legal, mas *materialmente* comprometido com a moralidade administrativa." (SILVA, J. *Ibid.* 1996. p. 616).

[320] "O princípio da imparcialidade (que o constituinte preferiu denominar, impropriamente, princípio da impessoalidade), deriva do princípio geral da igualdade. Mister traduzi-lo como vedação constitucional de qualquer discriminação ilícita e atentatória à dignidade humana..." (FREITAS. *Ibid.* p. 49).

[321] ***Dicionário enciclopédico Koorgan Larousse seleções***. *Ibid.*.

[322] GARCIA; ALVES. *Ibid.* p. 49-50.

ambos são encargos provenientes da gestão de bens alheios comuns[323]. Isto é, embora os deveres normativos provenientes das regras e dos princípios tenham uma base em comum como a Constituição Federal ou os fundamentos desta, pode ocorrer, eventualmente, um conflito de regras positivas, ocasião em que estas devem ceder espaço à integração diretiva de seus princípios informativos. De acordo com afirmação anterior, somente poderia haver um questionamento a título de improbidade se porventura ficasse caracterizada, extreme de dúvidas, a intenção de violar o sistema principiológico.

O dever de legalidade provém do princípio da legalidade. O legislador ressaltou como dever aquilo que já havia implicitamente ressalvado como princípio da administração pública. A ênfase talvez provenha da especial atenção devida à vontade pública que pode se contrapor ao desejo particular[324] do administrador posto que "... na relação administrativa, a vontade da Administração Pública é a que decorre da lei."[325]

Em virtude da força do princípio da legalidade na atividade administrativa, José Afonso da Silva afirma que quanto "... à *competência, à forma e à finalidade do ato*, a autoridade está sempre subordinada ao que a lei dispõe..." não havendo qualquer discricionariedade, a qual é restrita "... ao *motivo* e ao *objeto* do ato...". Conclui ser esta a distinção característica entre atos discricionários e vinculados: "Se o motivo e o objeto forem expressos em lei, o *ato é vinculado*; se não forem, resta um campo de liberdade ao administrador, e o *ato é discricionário*."[326]

Porém, a legalidade não decorre, exclusivamente, da conformação do ato com a letra fria da lei[327]. É necessário que o ato atenda aos demais valores

---

[323] "O *dever de prestar contas* é decorrência natural da administração como encargo de gestão de bens e interesses alheios. Se o administrar corresponde ao desempenho de um mandato de zelo e conservação de bens e interesses de outrem, manifesto é que quem o exerce deverá contas ao proprietário. No caso do administrador público, esse dever ainda mais se alteia, porque a gestão se refere aos bens e interesses da coletividade e assume o caráter de um *munis público*, isto é, de um encargo para com a comunidade." (MEIRELLES *Ibid.* 2003. p. 105).

[324] "... pois o administrador público somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas, inexistindo, pois, incidência de sua vontade subjetiva, pois na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza" (MORAES. *Ibid.* p. 296).

[325] PIETRO. *Ibid.* p. 81.

[326] SILVA, J. *Ibid.* 1996. p. 407-408.

[327] "Além de atender à *legalidade*, o ato do administrador público deve conformar-se com a *moralidade* e a *finalidade* administrativa para dar plena legitimidade à sua atuação. Administração legítima só é aquela que se reveste de legalidade e probidade administrativas, no sentido de que tanto atende às exigências da lei como se conforma com os preceitos da instituição pública. Cumprir simplesmente a lei na frieza de seu texto não é o mesmo que atendê-la na sua letra e no seu espírito. A administração, por isso, deve ser orientada pelos princípios do direito e da Moral, para que ao *legal* se ajunte o *honesto* e o *conveniente* aos interesses sociais" (MEIRELLES. *Ibid.* 2003. p. 87).

constitucionais e administrativos. Quando em confronto com outros valores, o princípio da legalidade pode ceder sua vez a outro valor que melhor atenda aos interesses sociais considerando-se a oportunidade e o poder-dever de agir[328] do administrador. A supremacia do interesse público "... está presente tanto no momento da **elaboração da lei** como no momento da sua execução em concreto pela Administração Pública."[329]

No que se refere ao dever de lealdade às instituições, também não deixa de ser uma das expressões do princípio da moralidade, uma vez que agente público age em nome da instituição à qual pertence. Por esta razão, o dever de lealdade também pode ser apresentado como uma extensão do princípio da impessoalidade, haja vista que as funções públicas são exercidas em nome das instituições, regidas que são por seus princípios, suas regras e normas, aos quais vinculam-se os seus agentes. Daí também ser possível afirmar que o dever de lealdade às instituições é corolário do princípio da legalidade, já que as instituições são instituídas por um conjunto normativo que determina suas atividades e forma de organização. Portanto, de certa forma, ao atender o dever de lealdade às instituições se está, ainda, observando o princípio administrativo de eficiência no trato com o múnus público.

Juarez Freitas explica que embora os princípios toquem-se por estarem correlacionados, os mesmos guardam suas especificidades, não sendo "... certo que a violação de um princípio implique a infração automática dos demais." Afirma que o constituinte aceitou o entrecruzamento entre o Direito e a Moral, "... sem pretender uma absurda identidade plena (algo que representaria a negação da autonomia no campo dos princípios)." Para Freitas, houve a "... proclamação, vocacionada à eficácia direta, de um princípio axiológico que, a par de outros, precisa ser considerado em toda e qualquer hierarquização jurídica..." como fruto de uma vocação dialética do Direito, razão pela qual a subordinação dos atos estatais e dos atos privados "... precisa acontecer de modo a revelar congruência com o Direito, tarefa extremamente mais complexa do que aquela que se cingia a impor respeito às regras de conduta":

---

[328] A título de exemplo, cite-se parte do julgado do **STJ**, onde restou firmado: Consectariamente, a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-fé do administrador. A improbidade administrativa**,** mais que um ato ilegal, deve traduzir, necessariamente, a falta de boa-fé, a desonestidade (Resp 480387-SP. Ministro LUIZ FUX (1122). T1 - PRIMEIRA TURMA. DJ 24.05.2004, p. 163).

[329] "Ele inspira o **legislador** e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação." (PIETRO. *Ibid.* p. 82).

> Em outras palavras, a inserção de preocupações com a moralidade (e com a justiça material) no âmbito do Direito positivo, longe de destruí-lo, constitui uma condição *sine qua non* para a sustentação democraticamente fundamentável do Estado, apesar das dificuldades trazidas pela ambivalência extrema do Direito contemporâneo.[330]

Por assim dizer, partindo da leitura do *caput* do art. 11, é possível visualizar a correlação existente entre diversos princípios administrativos, implícitos na regra em estudo, com os variados deveres exemplificativamente explícitos neste artigo.

Para o legislador, podem ser classificados como atos notórios de improbidade administrativa todos os relacionados nos incisos I a VII deste artigo. Obviamente, desde que presente nas condutas aqui descritas o elemento subjetivo (dolo) necessário para que seja possível caracterizar a conduta como ímproba.

A conduta descrita no inc. I revela o dever de atenção aos princípios da legalidade, ou da supremacia do interesse público, ou da finalidade pública. É o que se pode notar, por exemplo, da leitura da obra de Marcelo Figueiredo, o qual assevera que "... a Administração Pública, ao cumprir seus deveres constitucionais e legais, busca incessantemente o interesse público, verdadeira síntese dos poderes a ela atribuídos pelo sistema jurídico positivo..."[331].

Ferracini, por oportuno, observa que as normas em relevo não são somente aquelas que "... a lei proíbe sob ameaça de uma pena..."[332] mas, sim, todas aquelas que se destinam às atividades públicas. Aluízio Bezerra Filho sustenta que "... o agente público somente decide com eficácia e validade quando movido pelos fins traçados no ordenamento jurídico."[333]

Vale citar que o mau uso da discricionariedade não significa, necessariamente, violação dolosa do inciso em comento, razão pela qual, sempre, deve se ter em conta a finalidade do ato praticado, motivo pelo qual o inciso, textualmente, dá notória característica de improbidade ao ato praticado *visando fim proibido*. Nesta hipótese, o mau uso pode ser comparado, por exemplo, a um ato culposo ou a uma iniciativa cuja escolha tenha sido mal sucedida.

---

[330] FREITAS. *Ibid.* p. 177-181.
[331] FIGUEIREDO. *Ibid.* p. 129.
[332] FERRACINI, Luiz Alberto. ***Improbidade administrativa. Teoria, legislação, jurisprudência e prática.*** 3ª edição. Campinas: Agá Júris, 2001. p. 96.
[333] BEZERRA FILHO, Aluízio. ***Lei de improbidade administrativa aplicada e comentada.*** 1ª edição. 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2006. p. 89. Nesta mesma obra, o autor afirma que "A tipologia deste dispositivo alcança diretamente a violação ideológica da lei..." (p. 90).

Pela previsão contida no inc. II, a omissão indevida de ato de ofício também pode gerar a improbidade, desde que presentes os demais requisitos necessários à aferição desta conduta.

Marcelo Figueiredo informa que "O retardamento injustificado, ilógico, ausente qualquer motivo plausível e demonstrável – como, por exemplo, excesso de serviço –, é indício forte de conduta contrária ao Direito..."[334]. Cita, nesta hipótese, a possibilidade de ocorrência do crime de prevaricação previsto no art. 319 do Código Penal[335]. Como anteriormente ressaltado, a imputação de improbidade não prejudica a responsabilização criminal se, eventualmente, um mesmo ato for, ao mesmo tempo, ímprobo e criminoso[336].

Francisco Octávio de Almeida Prado lembra que a tipificação desta conduta depende do agente ser o competente para a prática do determinado ato e que, tendo o dever de agir, possa efetivamente praticá-lo. Por isso, alega que "O mero atraso, ainda que derivado de negligência, não se erige em ato de improbidade administrativa."[337]

A afirmação de Prado é correta, posto que tanto para a ocorrência do ato ímprobo como para a verificação do crime de prevaricação, somente haverá a responsabilização se a conduta praticada for comprovadamente dolosa, em razão deste elemento ser a circunstância subjetiva caracterizadora da antijuridicidade destas condutas. Como o Direito Penal admite o dolo eventual e a improbidade, a teor da sugestão apresentada, não o admite, a condenação criminal não pode implicar, necessariamente, na condenação por improbidade[338].

O inciso III prevê a hipótese de responsabilização quando houver a quebra dolosa do dever de sigilo funcional. A violação pode tanto ocorrer através da via oral como documental.[339]

---

[334] FIGUEIREDO. *Ibid.* p. 131.

[335] Código Penal, art. 319. Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal: Pena – detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

[336] Essa admissão é expressamente prevista no § 4º do art. 37 da CF.

[337] PRADO *Ibid.* p. 129.

[338] O **STJ** entende como consagrada a independência entre as instâncias penal, civil e administrativa. Já afirmou, também, que a "a sentença penal somente produz efeitos na seara administrativa, caso o provimento reconheça a não ocorrência do fato ou a negativa da autoria" (MS 7861-DF. Relator Ministro Gilson Dipp: 1111 – S3 – Terceira Seção. DJ 07.10.2002, p. 169).

[339] "O núcleo do tipo é revelar, que tem a significação de comunicar, transmitir, dar a conhecer a terceira pessoa pela via oral ou documental, do teor de escritos de que tem conhecimento em razão da atividade funcional da sua preservação sigilosa." (BEZERRA FILHO. *Ibid.* p. 108-109).

A título de regra geral, deve ser ressaltado o princípio da publicidade como reitor das atividades administrativas (art. 37, *caput*, CF), o direito fundamental de obter certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimentos de situações de interesse pessoal (art. 5º, XXXIV, "b", CF) e, da mesma forma, o direito propiciado a todos de receber informações dos órgãos públicos, seja de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, as quais deverão ser prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvada aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII, CF). No mesmo sentido, a Constituição assegura, inclusive num processo administrativo ou judicial, que a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem (art. 5º LX, CF)[340]. Ou seja, o sigilo é exceção à regra que assegura o dever de publicidade aos atos públicos, só podendo existir quando disser respeito à segurança da sociedade e do Estado.

Há entendimento aceitável no sentido de que pode haver a supressão de informação, desde que seja possível demonstrar a prevalência do princípio de "interesse público" (jamais aberto, apenas, ao interesse individual) para a preservação desta informação, ainda que diga respeito somente ao ente federativo local e não, necessariamente, a todo o Estado. Isso em razão do interesse público não entrar na esfera de discricionariedade do agente público. Neste sentido, Prado se posiciona entendendo como necessário que o agente público seja depositário de informações, de fato ou de circunstância, protegidas "... por força de lei ou exista razão de interesse público para a manutenção de sigilo."[341]

Sendo o caso, o ímprobo pode incorrer nas penalidades contidas no art. 325 do Código Penal[342] que prevê a incriminação da violação de sigilo funcional.

---

[340] Mesmo neste caso, "O direito de consultar os autos e de pedir certidões de seus atos é restrito às partes e a seus procuradores." (primeira parte do parágrafo único do art. 155 do CPC).

[341] PRADO. *Ibid.* p. 129-130.

[342] Código Penal. "Art. 325. Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave. § 1º Nas mesmas penas deste artigo incorre quem: I – permite ou facilita, mediante atribuição, fornecimento e empréstimo de senha ou de qualquer outra forma, o acesso de pessoas não autorizadas a sistemas de informações ou bancos de dados da Administração Pública; II – se utiliza, indevidamente, de acesso restrito. § 2º Se da ação ou omissão resulta dano à Administração Pública ou a outrem: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa." Quanto a diferenciação entre a pena de reclusão e a de detenção, confira, o disposto no art. 33, *caput*, § 1º, "a" e "b". O § 4º deste artigo, afirma que o condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais.

Contrapondo-se à hipótese excepcional de dever de sigilo, a lei em análise ressalta como ímproba a conduta que não atende a regra administrativa geral que determina seja dada publicidade aos atos oficiais[343] (inciso IV).

Como a administração é pública e deve ser feita para o povo e em benefício deste, o ato dos gestores públicos deve ser levado ao conhecimento público para que o povo, titular exclusivo da soberania estatal, possa ter condições de conhecer e aferir o seu alcance e sua legitimidade, aprovando ou reprovando-o.

A violação deste que pode ser caracterizado como mais um notório ato de improbidade, advém da infringência de princípios como da publicidade e da transparência.

Evidentemente, a publicidade (de atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos) deve estar em conformidade com a lei[344], ou seja, apresentar caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou serviços públicos.

Visar frustrar a licitude de concurso público (inciso V) é outra conduta que implicaria em ato de improbidade.

A investidura em cargo ou emprego público ocorre, em regra, através de concurso público, ressalvando-se as hipóteses excepcionais de provimento em cargo comissionado, declarado em lei de livre nomeação e exoneração, e a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos da lei (art. 37, II e IX, CF).

Os princípios da moralidade administrativa, da impessoalidade e da legalidade são violados quando a licitude de concurso público é frustrada. O concurso busca garantir a isonomia (arts. 5º, *caput* e 37, I, ambos, da CF) de acesso aos cargos públicos.

Deixar, deliberadamente, de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo (inciso VI) é mais uma das hipóteses ressaltadas como improbidade. Fere os princípios da transparência e da publicidade que devem imperar na prática dos atos administrativos. E a Constituição Federal vai além quando estabelece aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário o dever de instituir, de forma integrada, um

[343] "Todo ato administrativo é, em princípio, formal. E compreende-se essa exigência, pela necessidade que tem o ato administrativo de ser contrasteado com a lei e aferido, freqüentemente, pela própria Administração e até pelo Judiciário, para verificação de sua validade." (MEIRELLES *Ibid.* 2003. p. 148).
[344] Art. 37, § 1º da CF.

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 administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado (art. 74, I) e um sistema de *controle externo*, exercido no âmbito federal pelo Congresso Nacional, para efetivar a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade e economicidade das aplicações das subvenções e renúncias de receitas, afirmando que 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, tem a obrigação de prestar contas (art. 70 e seu parágrafo único).

Vale salientar que ao ressaltar o dever de prestar contas de "dinheiro, bens e valores públicos", a Constituição está reforçando a existência de outros valores públicos que não se confundem, necessariamente, com dinheiro ou bens. Estes são valores imateriais ou morais, razão pela qual instituiu o princípio da moralidade que especialmente prima pelo resguardo da responsabilidade pública. Assim, de forma sistemática, esta é mais uma afirmação que reforça a corrente, segundo a qual a análise da improbidade administrativa independe da aferição de lesão ao erário ou de dano patrimonial.

Por fim, o art. 11 informa como exemplo de improbidade a conduta do indivíduo que revela ou permite que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço (inc. VII). Neste caso, pelas razões já vistas, tal como ocorre se uma conduta for enquadrada no inc. III deste artigo, o ímprobo pode incidir na conduta delituosa descrita no art. 325 do Código Penal (violação de sigilo funcional).

Quanto à improbidade, busca-se com esta previsão "... evitar alterações no mercado de preços, bens e serviços provenientes de sua antecipação para favorecer aqueles que tiverem conhecimento prévio."[345] Para o Direito Penal, o sujeito ativo

[345] BEZZERA FILHO. *Ibid.* p. 121.

desta conduta é o funcionário público (art. 327 do Código Penal)[346]; para a lei de improbidade, podem ser sujeitos ativos desta conduta os agentes públicos e os terceiros que induzam ou concorram para a prática do ato, conforme descrito em seus arts. 2º e 3º.

Conforme afirma Marcelo Figueiredo, aquele que "... é dotado de informação privilegiada ou sigilosa, em razão do cargo ou posição ocupada, pode aproveitar e causar 'oportunidades' para realizar operações em proveito próprio ou alheio, prejudicando terceiros."[347] É o que se buscar evitar através desta previsão normativa que estende às condutas deste porte o caráter de ímproba.

Veda-se a revelação e a permissão de acesso. Segundo Prado, a revelação ocorre pela comunicação oral ou escrita, enquanto a permissão diz respeito à "... remoção de obstáculos naturais existentes ao conhecimento do assunto."[348]

Feitas estas rápidas ponderações sobre o teor do art. 11 e seus incisos, a Dissertação passa a abordar quais são os princípios que a lei de improbidade (Seção III de seu Capítulo II) pretendeu salvaguardar, não, sem antes, já ter buscado demonstrar que vários dos princípios administrativos protegidos pelas condutas tidas como notavelmente ímprobas não estariam relacionadas de forma expressa no caput do art. 11, a exemplo dos princípios da publicidade (inc. IV) e da transparência (inc. VI).

Sendo uma norma jurídica considerada de valor, e fundamental ao sistema jurídico, os princípios devem ser obrigatoriamente considerados e observados pela administração pública, de forma ampla.

Emerson Garcia se posiciona afirmando que "... o Poder Público deve sempre atuar em conformidade com a norma, e esta é integrada por regras e princípios, o que permite dizer que a imperatividade destes elementos, cada qual com seu grau de determinabilidade, haverá de ser observado pelo agente."[349]

---

[346] Art. 327. Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. § 1º Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública. § 2º A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público."

[347] FIGUEIREDO. *Ibid.* 2004. p. 134.

[348] PRADO. *Ibid.* 2001. p. 134.

[349] GARCIA; ALVES. *Ibid.* p. 43.

Ao dispor sobre a "principiologia e sistema de direito administrativo", citando como costumeira a afirmação de que o "... direito administrativo se fundamenta nos princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público...", Marçal Justen Filho aponta uma importante constatação histórica para a identificação dos princípios administrativos: "Mas a história brasileira evidencia que a supremacia e a indisponibilidade do interesse público têm sido invocadas, com freqüência, para justificar atos incompatíveis com a ordem constitucional democrática."[350]

Sendo, portanto, necessário procurar anular esta inversão de valores é possível afirmar que todos os princípios aplicáveis à administração pública merecem a tutela da lei de improbidade, frisando-se que, além dos princípios expressos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, a administração pública é regida por vários outros de natureza constitucional e infraconstitucional, tanto expresso como implícito[351].

Alexandre de Moraes, demonstrando a existência de outros princípios de ordem administrativa, cita Andréa Ferreira para lembrar os contidos no art. 70 (legalidade, legitimidade e economicidade) e no art. 74, II (legalidade, eficácia e eficiência), ambos, da Constituição Federal e, em seguida, refere-se à Pinto Ferreira para recordar "... os princípios da proporcionalidade dos meios aos fins, da indisponibilidade do interesse público, da especialidade administrativa e da igualdade dos administrados."[352]

José Afonso da Silva argumenta ser a administração pública informada por vários princípios gerais que orientam o administrador e garantem a *"boa administração"* no interesse coletivo, "... com o que também se assegura aos administrados o seu direito a práticas administrativas honestas e probas." Além dos enumerados no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, afirma que "Outros se extraem dos incisos e parágrafos do mesmo artigo, como o da licitação, o da prescritibilidade dos ilícitos administrativos e o da responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público (inc. XXI e §§ 1º a 6º)."[353]

---

[350] JUSTEN FILHO. *Ibid.*. p.35.

[351] "Os princípios de estatura constitucional, norteadores das relações de administração pública, encontram-se, afortunadamente, no mais das vezes, agasalhados de modo expresso, embora alguns se mostrem desvendáveis somente por inferência ou por desenvolvimento interpretativo. Expressos ou implícitos, não importa, merecem ser reconhecidos como os máximos vetores teleológicos para aplicação adequada de todas as normas, aqui tomadas em sentido largo (englobando regras e princípios)." (FREITAS. *Ibid.* p. 23).

[352] MORAES. *Ibid.* p. 295.

[353] SILVA, J. *Ibid.* 1996. p. 614.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, referindo-se ao art. 37, *caput*, asseverou que a Constituição inovou ao mencionar expressamente "... alguns princípios a que se submete a Administração Pública Direta e Indireta...", frisando, ainda, a existência de diversos outros princípios contidos em leis esparsas como na lei do processo administrativo federal (Lei 9.784/99[354]), na lei de licitações (Lei 8.666/93[355]) e na lei de concessão e permissão de serviços públicos (Lei 8.987/95[356]), "... além de alguns não contemplados expressamente no direito positivo, mas que informam também o Direito Administrativo."[357]

Wallace Paiva Martins Júnior sustenta a tese de que "A proteção aos princípios da Administração Pública instituída na Lei Federal n. 8.429/92 enfatiza com força e vigor a tutela sistemática da moralidade administrativa e dos demais princípios explícitos e implícitos da Administração Pública."[358]

Walter Claudius Rothenburg destaca como o princípio implícito, dentre outros, o da continuidade administrativa, proveniente da leitura do artigo 166, parágrafo 4º e do artigo 167, I, VI e parágrafos 1º e 2º[359]

Por fim, expressamente sobre o art. 11 da lei de improbidade, Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirmou[360]: "Vale dizer que a lesão ao princípio da moralidade ou a qualquer outro princípio imposto à Administração Pública constitui uma das modalidades de ato de improbidade."

---

[354] Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

[355] Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

[356] Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato. § 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. § 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

[357] PIETRO. *Ibid.* p. 81. Em seguida, a autora discorreu sobre os princípios da legalidade, supremacia do interesse público (ou finalidade pública), impessoalidade, presunção de legitimidade ou de veracidade, especialidade (relacionado a idéia de descentralização administrativa, decorrente dos princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público), controle ou tutela (decorrente da fiscalização da Administração Indireta pela Direta), da autotutela (possibilita à administração anular os atos ilegais e revogar os inconvenientes e inoportunos), hierarquia (coordenação e subordinação entre os órgãos), continuidade dos serviços públicos (funções essenciais e necessárias à coletividade), publicidade, moralidade, razoabilidade e proporcionalidade, motivação, eficiência e segurança jurídica (para vedar a aplicação retroativa de nova interpretação de lei no âmbito da Administração Pública).

[358] MARTINS JÚNIOR. *Ibid*. p. 261.

[359] *Ibid*. p. 56. Na parte final do parágrafo faz referência a GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos, e Rothenburg, Walter Claudius. *Tipos criminais de improbidade administrativa*, *In*: Encontro Nacional dos Procuradores da República (15.: 1998: Uma). Teses. Uma: (s.n), 1998.

[360] PIETRO. *Ibid*. p. 768.

Assim, o que se pretendeu, até o momento, foi ressaltar a existência de diversos outros princípios aplicáveis à administração pública e sugerir, partindo desta constatação, que mesmo, e especialmente, os princípios previstos nos Títulos I e II da Constituição Federal[361] são protegidos pela lei de improbidade. Isso pelo fato dos mesmos representarem a base axiológica (ou a razão de ser) do próprio Estado e, conseqüentemente, das funções públicas.

Por assim dizer, em respeito à centralização do poder nas pessoas do povo, da necessidade de adequação das políticas públicas às necessidades e aos interesses sociais, da busca da justiça social, do bem comum e da igualdade de oportunidade que deve ser concedida a todos, como forma de alcançarem, efetivamente, condições digna para desenvolverem as suas próprias vidas, bem como os demais valores apropriados à satisfação dos princípios republicano, federativo e democrático, base da instituição do próprio Estado e estruturantes da gestão democrática da cidade, quando não confrontantes entre si, não podem ser dolosamente violados, sob pena de improbidade.

3.3 A improbidade diante dos princípios e regras conflitantes

No item anterior, a pesquisa em andamento buscou demonstrar quais seriam os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública, e quais seriam os princípios abarcados pela tutela protetiva da lei de improbidade.

Nesta etapa do trabalho, a intenção proposta parte da consciência de que é possível ocorrer algumas situações de conflito na aplicação de princípios e regras[362], os quais, às vezes, apresentando caminhos antagônicos, podem vir a disputar a prevalência de seus valores ou normas[363].

---

[361] A exemplo dos princípios da finalidade pública, da isonomia e da publicidade dos atos públicos.

[362] Conflitos podem advir entre princípios, regras ou entre princípios e regras. Espíndola anota que não há a possibilidade de conflitos entre princípios e regras pelo fato destas serem desdobramentos daqueles (*Ibid*. p. 75).

[363] "É inegável a existência de conflitos normativos, porque a realidade demonstra que essa rigorosa coerência lógica não é requisito essencial do direito, mas do sistema jurídico. Deveras, não há como negar a possibilidade de os órgãos jurídicos estabelecerem normas que entrem em conflito umas com as outras. Em razão da impossibilidade do legislador conhecer todas as normas que existem no ordenamento jurídico, é plausível a edição de normas antinômicas, de sorte que a antinomia, diante da dinamicidade do direito, poderá ser encarada pelo jurista como decorrência da própria estrutura do sistema jurídico, que, além de dinâmico, é aberto e prospectivo." (DINIZ, Maria Helena. ***Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro interpretada***. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 71).

Por sua destacada importância contextual, durante todo o interregno deste texto, esta parte da Dissertação buscará demonstrar e, continuamente, ressaltar as razões das sugestões apontadas como uma possível forma de resolução do problema aventado. Estas propostas estarão centradas na escolha dos valores republicanos, federativos e democráticos como meio de solução das controvérsias axiológicas porventura existentes, por serem estes os principais fundamentos da atual República Federativa e Democrática de Direito[364].

Assim, a título do trabalho ora proposto, esta República Federativa e Democrática pode ser compreendida como um Estado onde, inclusive, a criação do Direito e a execução de suas normas devem ocorrer de forma democrática, em todos os planos dos Entes Estatais (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), de acordo com o interesse e a competência da comunidade envolvida, seja através do processo oriundo da representação popular, seja por meio da participação direta como ocorre, por exemplo, quando acontece a realização da gestão democrática da cidade. Desta manifestação democrática, a sociedade, respeitando sua competência local, cria o Direito que deve vincular o exercício das manifestações dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, sob pena de perder sua razão (democrática, federativa e republicana) de ser.

Porém, não só a criação do Direito deve ser democrática como, especialmente, a sua interpretação deve ser compreendida como pluralista assim como a sua aplicação deve decorrer dos frutos desta interpretação[365] por revelar o acordo e a aceitabilidade comunitária, isto é, a própria fonte legitimadora do Direito[366].

Da leitura da obra de Peter Häberle, traduzida por Gilmar Ferreira Mendes, é possível compreender e aceitar que "Todo aquele que vive num contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente,

---

[364] Provavelmente por esta razão, Espíndola denomina os princípios democrático, do Estado de direito, federativo e republicano, como "... princípios constitucionais estruturantes" (*Ibid*. p. 257-258). Para Geraldo Ataliba: "Tanto o princípio republicano quanto o federal são postos como regras supraconstitucionais, princípios super-rígidos, pedras basilares de todo o sistema, como aqui já se demonstrou. Tratados constitucionalmente da mesma forma, assim como protegidos pela mesma super-rigidez (art. 60, § 4º), obrigam todos os intérpretes, desde o primeiro – lógica e cronologicamente (Biscaretti), o legislador – até o último – o judicial -, a submeterem às suas exigências todos os demais princípios e regras constitucionais e, com maior razão, infraconstitucionais." (*Ibid*. p. 45).

[365] "De qualquer sorte, o caráter conflituoso inerente à estampa de valores díspares, múltiplos como são os vetores sociais, não deve ser negado aos princípios, mas arranjado com vistas a alcançar uma composição de soluções de compromisso democrático...". (ROTHENBURG. *Ibid*. p. 82).

[366] "... a realização da *democracia* é proporcional ao grau de efetivação dos *valores* encampados pelos *princípios constitucionais* e ao nível de *seriedade* com o qual a *Constituição* venha a ser tratada." (GOMES. *Ibid.* p. 26).

um intérprete dessa norma."[367] Se no Direito pátrio não é dado alegar o desconhecimento das normas[368], "... mesmo para os que a ignoram, porque assim o exige o interesse público"[369], deve ser aceitável entender que por não ser "... apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detém eles o monopólio da interpretação da Constituição."[370]

Se há a participação da maioria (democrática) para a elaboração do Direito, de forma direta ou indireta, se há a interpretação da norma por todos aqueles que estão presentes no Estado democrático de Direito, no atuar do dia-a-dia, parece ser perceptível que a aplicação deste não possa ficar à margem dos valores da compreensão comunitária (que elegeu, aceitou ou questiona as normas postas)[371].

Diferentemente da Constituição portuguesa que "... instaura o *Estado de Direito Democrático*, com o 'democrático' qualificando o Direito e não o Estado", José Afonso da Silva esclarece que na Constituição brasileira "... o 'democrático' qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado e, pois, também, sobre a ordem jurídica."[372] Citando Emilio Crosa[373], na página que antecede as alegações ora referidas, Silva sustenta que o *Estado Democrático*...

> ... se funda no princípio da soberania popular, que "impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação que não se exaure, como veremos, na simples formação das instituições representativas, que constituem um estágio da evolução do Estado Democrático, mas não o seu completo desenvolvimento". Visa, assim, a realizar o princípio democrático como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Por assim dizer, o Estado democrático de direito é um Estado aberto à intensa participação social, motivo pelo qual erigiu à categoria de princípios fundamentais, a soberania do seu povo, a cidadania e a dignidade da pessoa

---

[367] HÄBERLE. *Ibid.* p. 15.
[368] "Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece" (art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil), motivo pelo qual não se admite recusa ao cumprimento do direito. Código Civil: Art. 139. O erro é substancial quando: III – sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico.
[369] DINIZ. *Ibid.* 2005. p. 86.
[370] HÄBERLE. *Ibid.* p. 15.
[371] "A afirmação segundo a qual a soberania teria sido transferida do povo para outras instâncias, 'especialmente para a jurisdição constitucional' (p. 142) parte de um conceito duvidoso de soberania (ver-se-á, posteriormente), que não pode apreender a forma de funcionamento do processo democrático." (HÄBERLE. *Ibid.* p. 31. Nota 46, citando MASSING [Recht als Korelat der Macht? In: Der CDU-Staat, Schäfer/Nedelmann {org}, 1967, p. 123]).
[372] SILVA, J. *Ibid.* 1996. p. 119-120.
[373] CROSA, Emilio. ***Lo Stato democrático***. Torino, UTET, 1946. p. 25.

humana,[374] "... bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais"[375].

As raízes do regime democrático provêm das pretensões republicanas (*Res* + *Publicae* = coisa do povo)[376], de forma que da obra de Bastos e Martins se retira a afirmação de ser plenamente possível extrair dentre os princípios que esteiam o ideal republicando, a "... idéia igualitária que decorre do próprio caráter democrático do regime."[377]

Não sem antes parafrasear Norberto Bobbio, no sentido de frisar que as afirmações seguem cingindo-se somente às normas que se entendem presentes no ordenamento jurídico e não em um direito que se gostaria de ter[378], frise-se a assertiva anteriormente vista de que a CF elegeu a base dos valores das instruções normativas que, seqüencialmente, viria instituir, relatando-a em seu preâmbulo e, a partir de então, estabelecendo os seus princípios fundamentais (Título I), os quais foram seguidos por seus direitos e garantias fundamentais (Título II). Estes, admitidos como cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV) e não estanques (art. 5º, § 2º).

Neste parágrafo, a CF ressaltou a importância do regime e dos princípios constitucionais, ao dispor que os direitos e garantias aqui expressos "não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados". Como todo Direito é do homem (e em seu benefício), enquanto manifestação da sua cultura, o mesmo não pode ser estudado somente a título de regras. Um único e determinado Estado possui diferenças culturais que variam no tempo e no espaço, dificultando o estabelecer preciso de uma fórmula única que permita a compreensão do Direito.

Para este fim, utilizando-se de nova paráfrase, importa manter lúcida a centralização do valor-fonte do Direito e da justiça no ser humano[379]. "O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas"[380]. Tem-se, pois, como primordial o dever de observar e buscar compreender e atender os valores normativos (princípios) aceitos pela comunidade em questão, seja do ponto de vista Federal, Estadual ou Municipal. O que não se pode é, sob o brilhante argumento

[374] Art. 1º, incs. I a III e parágrafo único da CF.
[375] MORAES. *Ibid.* p. 17.
[376] CASTRO. *Ibid.* p. 79.
[377] BASTOS; MARTINS *Ibid.* 1988. p. 414.
[378] BOBBIO. *Ibid.* 2004. p. 35.
[379] LAFER. *Ibid.* p. 20.
[380] BOBBIO. *Ibid.* 2004. p. 38.

jurídico de algum notável[381], sufocar toda uma comunidade, ou seja, o próprio valor-fonte do Direito e da justiça. Daí, talvez, uma das razões da inversão das competências administrativas[382], sendo as locais destinadas aos Municípios[383] e as suplementares dirigidas aos Estados e União, especialmente nos assuntos referentes às cidades[384]. Tal assertiva não decorre somente da força de uma ou outra regra específica, mas, sim, direta ou indiretamente, como conseqüência dos princípios republicanos, federativos e democráticos de direito positivados, os quais devem ser considerados três dos principais fundamentos das funções estatais. Os demais objetivos e valores estabelecidos pela base da constituição, por seus princípios, direitos e garantias fundamentais, estão, de certa forma, ligados à concepção de República Federativa e de Estado Democrático de Direito, como a cidadania, a própria dignidade do ser humano, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais. Estes, objetivos fundamentais (art. 3º da Constituição), devem ser perseguidos em atenção à forma democrática e sob os valores republicanos e federativos[385], de onde se destaca o povo, como titular soberano das realizações e benefícios do Estado.

---

[381] Digno de nota o diálogo traçado entre Sócrates e Glauco: "S. (...) O pintor, por exemplo, pode pintar um sapateiro, um marceneiro, todos os demais artesãos, mas não conhece nenhuma de suas respectivas artes. Entretanto, se é um bom pintor, ao pintar um marceneiro e ao mostrá-lo de longe, conseguiria iludir as crianças e os ignorantes, dando-lhes a impressão de se encontrarem diante de um verdadeiro marceneiro. G. – Com certeza. S. – Aqui está, porém, meu caro, o nó de toda a questão. Sempre que alguém vier nos dizer que encontrou um homem que conhece todas as artes e ofícios, como cada um dos especialistas específicos, conhecedor exímio de cada detalhe, deve-se acreditar que este seja um ingênuo e que talvez tenha encontrado um charlatão que o iludiu, apresentando-se como grande sábio, pelo fato de ele mesmo ser incapaz de distinguir a ciência, a ignorância e a imitação. G. – Você tem toda a razão." (PLATÃO. ***A República***. Parte. II. *Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal.* Tradução de Ciro Mioranza. São Paulo: Escala [s.d.]. v. V, p. 319).

[382] "O *Município brasileiro* é entidade estatal integrante da Federação. Essa integração é peculiaridade nossa, pois em nenhum outro Estado Soberano se encontra o Município como peça do regime federativo constitucional reconhecida." Para este autor, a autonomia está assegurada pelo art. 30 da Constituição Federal e se expressa sob o tríplice aspecto: *político*, *administrativo* e *financeiro* (MEIRELLES. *Ibid.* 2003. p. 739).

[383] "A **descentralização política** ocorre quando o ente descentralizado exerce atribuições próprias que não decorrem do ente central; é a situação dos Estados-membros da federação e, no Brasil, também dos Municípios. Cada um desses entes locais detém competência legislativa própria que não decorre da União nem a ela se subordina, mas encontra seu fundamento na própria Constituição Federal. As atividades jurídicas que exercem não constituem delegação ou concessão do governo central, pois delas são titulares de maneira originária." (PIETRO. *Ibid.* 2006. p. 403-404).

[384] CF. Art. 30. Compete aos Municípios: I – legislar sobre assuntos de interesse local; II – suplementar a legislação federal e a estadual no que couber...

[385] Para Bastos, "O princípio federativo juntamente com o republicano são as duas vigas mestras sobre as quais se eleva o travejamento constitucional." Para ele, provavelmente "... nenhum princípio tenha sido tão fortemente degradado quanto o federativo." Cita que embora tenha surgido da união das treze colônias americanas, permitindo a convivência da autonomia política com o poder central, alega que o federalismo não se desatualizou porque encontrou novos fundamentos para sua subsistência: "... a federação tornou-se, por excelência, a forma de organização do Estado Democrático..." e tanto quanto a "... democracia, é um processo que necessita constantes aperfeiçoamentos e adaptação a novas realidades." (BASTOS; MARTINS. *Ibid.* 1988. 214-215).

Canotilho[386] afirma que os princípios jurídicos fundamentais são objetivos históricos, progressivamente introduzidos na consciência jurídica e recepcionados, expressa ou implicitamente, no texto constitucional. Informa que os princípios jurídicos fundamentais constituem "... um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo", sendo possível concluir que ao atribuir uma função negativa aos mesmos, visa impedir a violação de seus valores, enquanto aos lhes dar uma função positiva, objetiva impor a sua observância de maneira a determinar a atuação do Estado, desde a elaboração legislativa à sua aplicação jurídica, segundo seus mandamentos. Isso, obviamente, em razão de constar explicita e implicitamente, no caso brasileiro, na lei fundante do Estado.[387]

José Afonso diz que a Constituição é a lei maior do Estado, formalizadora da origem do Estado, dispondo sobre sua finalidade, seu povo, seu território, sua forma de organização e de governo, e que a expressão da finalidade de uma constituição ocorre através da realização de condutas que apontam para os valores de aceitação e de existência da própria comunidade, como fruto do poder que emana do povo, este, sim, sua "*causa criadora e recriadora*"[388].

Portanto, se os princípios fundamentais da CF revelam os objetivos e os valores de aceitação, instituição, organização e direção do Estado, a administração pública, responsável pelo alcance dos fins públicos, não pode deixar de acatá-los como seus princípios diretivos fundamentais[389], nascendo a improbidade (art. 11) de sua violação dolosa[390].

---

[386] CANOTILHO. *Ibid.* 1999. p. 1090-1091.

[387] Os princípios fundamentais estão expressos ou implícitos nos Títulos I e II da CF, e se irradiam por toda a Constituição. Destes títulos, originam-se os princípios constitucionais fundamentais, embora a Constituição possua, ainda, princípios de outra natureza, ou seja, gerais, mesmo que específicos a determinados temas.

[388] "Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado. (...) A constituição é algo que tem, *como forma*, um complexo de normas (escritas ou costumeiras); *como conteúdo*, a conduta humana motivada pelas relações sociais (econômicas, políticas, religiosas etc.); *como fim*, a realização dos valores que apontam para o existir da comunidade; e, finalmente, *como causa criadora e recriadora*, o poder que emana do povo. Não pode ser compreendida e interpretada, se não se tiver em mente essa estrutura, considerada como *conexão de sentido*, como é tudo aquilo que integra um conjunto de valores." (SILVA, J. *Ibid.* 1996. p. 42-44).

[389] "Os princípios de estatura constitucional, norteadores das relações de administração pública, encontram-se, afortunadamente, no mais das vezes, agasalhados de modo expresso, embora alguns se mostrem desvendáveis somente por inferência ou por desenvolvimento interpretativo. Expressos ou implícitos, não importa, merecem ser reconhecidos como os máximos vetores teleológicos para a aplicação adequada de todas as normas, aqui tomadas em sentido largo (englobando regras e princípios)." (FREITAS. *Ibid.* p. 23-24).

[390] "Por isso, sem exceção conhecida, toda e qualquer relação no mundo jurídico há de ser pautada pelo conjunto de diretrizes supremas, que precisam coexistir numa tensão dialética salutar, encontrando respaldo na interligação de sentidos devidamente hierarquizados, pelo aplicador do Direito, mais do que das leis." (FREITAS. *Ibid.* p. 24).

Para garantir a efetivação dos preceitos fundamentais é que se organiza o Estado e toda a sua estrutura. Dispondo sobre a "banalização dos direitos fundamentais", Vladimir Brega Filho afirma: "Não podemos considerar todos os direitos como sendo fundamentais, sob pena de desmerecermos a proteção e a distinção dada a eles nos vários sistemas constitucionais."[391]

> Quer-se, em outras palavras, propor um controle mais apto a corrigir as graves distorções e assimetrias que têm impedido o nosso país de ser uma potência em termos de justiça social e de dignidade humana, ou seja, quer-se promover o primado dos direitos fundamentais. De fato, o sistema administrativista precisa ser visto, controlado e aplicado como uma rede hierarquizável de princípios, de regras e de valores jurídicos, cuja função é a de dar cumprimento aos princípios e objetivos do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição. Nessa medida, o controlador deve resguardar, antes de tudo, o catálogo dos princípios constitutivos maiores, por meio de uma atuação eminentemente substancialista.[392]

Canotilho afirma que os princípios "... são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de 'tudo ou nada'"[393], mas impõem a otimização das normas pela observância de seus valores.[394]

Segundo Bobbio, no campo da relação humana, há diversas relações existentes diferentes da jurídica, como as religiosas, morais, de amizade e indiferença. Afirma que não há uma ação naturalmente jurídica, sendo o que transforma uma relação em jurídica, a norma jurídica. Assim, explica, uma relação é jurídica porque regulada por uma norma jurídica, motivo pelo qual "... qualquer relação entre homens pode se tornar jurídica, desde que seja regulada por uma norma pertencente a um sistema jurídico. Diz-se entre os juristas que uma relação, enquanto não for regulada pelo direito, é uma relação de fato."[395]

---

[391] *Ibid*. p. 28-29.
[392] FREITAS. *Ibid.* p. 20.
[393] CANOTILHO. *Ibid.* 1999. p. 1177.
[394] "Os princípios, portadores dos mais altos valores que uma dada sociedade resolve transformar em preceitos jurídicos, revelam as 'decisões políticas fundamentais' (Carl Schmitt), tendo, portanto, uma iniludível carga ideológica, que deve ser reconhecida, assumida e prestigiada ou criticada." (ROTHENBURG. *Ibid*. p. 77).
[395] BOBBIO, Norberto. ***Teoria da norma jurídica***. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 3ª ed. Bauru-SP: Edipro – Edições Profissionais Ltda, 2005. p. 43-44.

Conseqüentemente, a relação de fato, quando regulada por uma norma, passa a ser uma relação jurídica.

As normas jurídicas provêm de regras ou de princípios jurídicos.

As provenientes das regras jurídicas, por força normativa, se excluem, sem que possa haver diferentes regras regulando contrariamente uma mesma relação jurídica. Isso, no sistema positivo pátrio, em razão do conteúdo da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro[396], a qual Maria Helena Diniz afirma ser considerada "... um código de normas"[397] por tratar do início e tempo de obrigatoriedade da lei, da garantia da sua eficácia global, de mecanismos de integração, de critérios de hermenêutica jurídica e de direito intertemporal, dentre outras regulamentações[398].

Já as normas provenientes dos princípios jurídicos, a exemplo do que bem podem demonstrar alguns princípios específicos da administração pública, tratam de valores que podem se interligar (princípio da moralidade pública e da motivação[399]), que podem se somar (princípio da eficiência e da finalidade pública[400]), se confundir (princípio da publicidade e da transparência[401]) e que, por vezes, podem conflitar entre si (princípio da legalidade e finalidade pública[402]). Nesta hipótese, não se busca a afirmação de que haja um conflito de valores, já que todos os princípios republicanos, em um Estado Democrático de Direito, visam um objetivo central único de salvaguarda dos interesses públicos. Nos "conflitos de princípios", dentre os caminhos (valores) dispostos para o alcance da finalidade pública, há "simples"

---

[396] Decreto-Lei 4.657, de 04 de Setembro de 1942.

[397] DINIZ. *Ibid.* 2005. p.5.

[398] A título de exemplificação, do teor desta lei, cite-se o contido no "Art. 2º. Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. § 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior. § 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência."

[399] O princípio da moralidade é questionado na conduta do administrador enquanto a motivação, elevada a categoria de princípio administrativo (Lei 9.784/99, segundo MEIRELLES. *Ibid.* 2003. p. 149), permite a visualização da finalidade do ato para a conseqüente observação da sua juridicidade.

[400] O princípio da eficiência apresenta o "objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação dos serviços públicos" (PIETRO. *Ibid.* 2006. p. 98), ou seja, otimizar a finalidade pública dos atos e serviços administrativos.

[401] Embora com suas peculiaridades, de forma geral, é possível afirmar que tanto a publicidade como a transparência possuem o mesmo desiderato de levar o ato ao conhecimento público para efeitos de informação, acompanhamento e o controle das atividades públicas.

[402] Exemplifica-se, pelo já citado Resp 480387-SP, da PRIMEIRA TURMA (DJ 24.05.2004, p. 163. Relator Ministro LUIZ FUX [1122]), onde se evidenciou "que os atos praticados pelos agentes públicos, consubstanciados na alienação de remédios ao Município vizinho em estado de calamidade, sem prévia autorização legal, descaracterizam a improbidade *strictu senso*, uma vez que ausentes o enriquecimento ilícito dos agentes municipais e a lesividade ao erário". Ou seja, mesmo tendo infringido o princípio da legalidade, evidentemente, à luz da citação parcial da ementa, o ato jamais poderia ter sido questionado a título de improbidade posto ter atingido a finalidade pública maior que é a do estrito atendimento à saúde da população (própria da finalidade pública do ato administrativo).

opção de escolha que melhor demonstra atingir a finalidade pública. A demonstração dos valores, diante do fim visualizado, deve, racionalmente[403], justificar a escolha administrativa[404]. A idéia que ora se busca proteger é a de propiciar ao Estado a concretização de seus valores fundamentais.[405]

Emerson Garcia, ao dispor sobre o princípio da juridicidade e informar que o mesmo superou a legalidade estrita ao compreender e considerar os valores das regras e dos princípios, afirmou, ainda, que a pretensão é a de manter o Estado "... adstrito às suas finalidades institucionais..."[406]. Desta lição, o que se pode compreender é que o princípio da juridicidade veio em reforço ao Estado de Direito, no qual se legitima.

Os valores expostos através dos princípios constitucionais fundamentais não devem apenas ser perseguidos como abstrações ideológicas. Eles devem ser alcançados, devem ser concretizados como forma de "império" (ou legitimação) do atual Estado Democrático de Direito. Não só a busca, mas a efetiva realização desses valores é que dá sentido a esta República.

Se o princípio da legalidade proporciona um caminho para que se possa alcançar, através das previsões das regras, um bem comum, evidentemente, ele é insuficiente para, sozinho, realizar os valores constitucionais e, sobretudo, atender os interesses e as necessidades existentes nos mais diversos contextos sócio-culturais comunitários.[407]

---

[403] Partindo da informação há o conhecimento, a compreensão e a possibilidade de um julgamento racional.

[404] "De acordo com a realidade histórica, alguns princípios contemplam valores mais importantes. E de acordo com uma determinada situação particular, certos princípios mostram-se mais adequados do que outros." (ROTHENBURG. *Ibid*. p. 60)

[405] Para a presente Dissertação, o valor-fonte do direito e da justiça, como visto, está na pessoa humana elevada, neste Estado à condição de princípio fundamental, juntamente com outros valores que asseguram verdadeiras condições de efetividade a esta pretensão. Aliás, valores assentados normativamente, ao que se imagina, como conseqüência das enaltecidas pretensões desta República Federativa e Democrática de Direito, razões pelas quais, portanto, neste trabalho se defende a prevalência inarredável da base ideológica e do sistema normativo constitucional fundamental, bem como o que se pode ser legitimamente extraído deste sistema como, por exemplo, a gestão democrática da cidade. Posição contrária vai anotada por Walter Claudius Rothenburg e Ruy Samuel Espíndola: "O que a diversa importância que os valores podem assumir no contexto constitucional não autoriza é o estabelecimento rígido de uma gradação ou ordem de precedência. Extrai-se da própria constituição uma prevalência sugerida; mas, sobretudo, extraem-se da constituição indicadores dos modos de se chegar a uma.+ solução adequada a cada caso, por ponderação, tornando relativa a precedência sugerida" (ROTHENBURG. *Ibid*. p. 62-63). "... não se pode querer afirmar que os princípios fundamentais iniciais sejam mais *fundamentais*, em termos de força normativa e dignidade jurídica, do que quaisquer outros princípios constitucionais, sejam eles princípios fundamentais dispersos ou não" (ESPÍNDOLA. *Ibid*. p. 251).

[406] GARCIA; ALVES. *Ibid.* p. 47.

[407] Augusto Zimmermann, ao apresentar o tema "federalismo e pluralismo" destaca que "... a condição básica para a maior eficácia da normatividade estatal é a construção da realidade jurídica politicamente descentralizada e democrática, bem como contemplativa dos interesses individuais e dos seus grupos territorialmente destacáveis" (*Ibid*. p. 172).

A questão que adviria do princípio da juridicidade seria a de saber como escolher dentre as normas que figuram no sistema e, ao menos aparentemente, se posicionam em conflito. No campo da gestão democrática da cidade, abordado em toda esta Dissertação, a solução que se pretende apontar é a que advém do resultado da ponderação aberta à comunidade interessada sobre o fato, a norma e o valor[408] levantados, inclusive para assegurar a efetivação de base ideológica e das normas que fundamentam a instituição e a estruturação do próprio Estado.

Da obra de Reale se observa que "O mundo da cultura é um mundo *solidário*, no sentido da interdependência necessária de seus fatores, mas não no sentido de uma coexistência pacífica ou harmônica de interesse e valores."[409] Afirma, em continuidade, que o valor vale "no *sentido de algo* e *para alguém*":

> Exatamente porque os valores possuem um sentido é que são determinantes da conduta. A nossa vida não é espiritualmente senão uma vivência perene de valores. Viver é tomar posição perante valores e integrá-los em nosso "mundo", aperfeiçoando nossa personalidade na medida em que damos valor às coisas, aos outros homens e a nós mesmos. [410]

Sendo assim, é possível asseverar que os valores são dependentes das características pessoais, ao mesmo tempo em que são formadores destas. Dependem do indivíduo e recebem a influência do ambiente onde este se encontra. Portanto, podendo ser considerado certo que os valores variam de pessoa-a-pessoa, não é equivocado assegurar que tendem a se modificar de um agrupamento social para o outro, independentemente do fato dos valores brotarem unicamente do ser humano[411], o qual para incluir-se no ritmo do meio ambiente[412] onde vive busca posicionar-se, sobreviver ou inserir-se moldando sua conduta a este meio.

Para Reale, os "valores" elegidos e aceitos pela sociedade expressam a "... forma como seus valores se distribuem ou se ordenam...", destacando como outra

---

[408] Tridimensionalidade específica do Direito, que considera o fato, o valor e a norma (REALE. *Ibid*. 1962b. p. 639).
[409] REALE. *Ibid*. 1962. v. I, p. 170.
[410] REALE. *Ibid*. 1962. v. I, p. 171.
[411] Uma única espécie, mas com cultura comunitariamente variada e individualizada por diferentes graus. Na seqüência das lições abordadas, Reale explica que "Só o homem é capaz de valores, e somente em razão do homem a realidade axiológica é possível."
[412] O sentido dado à expressão "meio ambiente", refere-se à sua totalidade, considerando a interdependência entre o meio natural, o sócio-econômico e o cultural. A Lei 9.795/99 (que dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências), relata como princípio básico da educação ambiental, a concepção do meio ambiente em sua totalidade, considerando a interdependência entre o meio natural, o sócio-econômico e o cultural, sob o enfoque da sustentabilidade (art. 4º, II).

característica do valor "... sua *possibilidade de ordenação ou graduação preferencial* ou hierárquica...".[413]

Compreendida esta informação, na seara constitucional, pode-se afirmar que, diante do contexto em que se encontravam, uma das atribuições tomadas pelos constituintes foi a de eleger os valores que expressavam os princípios fundamentais do novo Estado que passaria a ser constituído. Tais princípios foram eleitos (positivados) e aceitos, estando, portanto, legitimados[414], embora, ainda, não estejam sendo concretizados tanto quanto poderiam estar se cada núcleo social assumisse para si o intento de efetivá-los, não, somente, do ponto de vista da hermenêutica estática, mas, especialmente, segundo o ponto de visão da comunidade participativa, livre e pluralista[415].

Parafraseando Häberle[416], o povo é elemento da interpretação pluralista e legitimador do processo constitucional, que se manifesta através de um direito de cidadania e de soberania, tendo como base, neste Estado, os princípios e os direitos fundamentais. O povo é o elemento referencial às constituições republicanas e democráticas. Para atender ao povo (e a manifestação direta ou indireta de seu poder), nesta República Federativa e Democrática de Direito, a organização político-administrativa e as funções instituídas foram implementadas e estão sendo admitidas ou rechaçadas (na medida em que atendam ou não aos anseios do povo).

Geraldo Ataliba, citando Celso Antônio Bandeira de Mello[417], destaca como os mais importantes princípios brasileiros o da federação e o da república, afirmando que estes princípios determinam "... inclusive como se deve interpretar os demais, cuja exegese e aplicação jamais poderão ensejar menoscabo ou detrimento para a força, eficácia e extensão dos primeiros..."[418]. Mais adiante, novamente citando Celso Antônio Bandeira de Mello, afirma que a federação melhor assegura a representatividade do povo que, de maneira enfática, exerce mais suas

---

[413] REALE. *Ibid.* 1962. v. I, p. 171.

[414] "Quem convocou a Constituinte Congressual nem de leve percebeu o alcance dessa revolução silenciosa, revolução sem armas, sem sangue, sem dor, revolução das idéias e dos interesses nacionais, revolução do povo soberano que havia sido humilhado, excluído e discriminado até o dia em que se apoderou da praça pública, a praça que lhe pertence, segundo o canto de Castro Alves, e fez o comício das diretas para fundar uma república, cujas lideranças não compreenderam o sentido da mudança. Nova não é a república que aí está, mas a força e a legitimidade de que se arma o ente popular para reivindicar o exercício de suas prerrogativas..." (BONAVIDES. *Ibid*. 1999. p. 221-222.

[415] Pluralista no sentido de reconhecer todos os humanos, ao mesmo tempo, como seres múltiplos e individuais.

[416] HÄBERLE. *Ibid.* p. 37-38.

[417] ***Elementos de Direito Administrativo***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 230.

[418] ATALIBA. *Ibid.* p. 36. Nesta oportunidade, faz referência a Celso Antônio Bandeira de Mello, *Elementos de Direito Administrativo*, Ed. RT, 1980, p. 230.

"prerrogativas de cidadania e autogoverno" "em que se traduz a autonomia municipal" que "está na base do princípio republicano e comparece como o mais importante e transcendental dos princípios do nosso direito público."[419]

Como um dos suportes de sua afirmação, Ataliba citou o contido no art. 34, VII, "c" da Constituição Federal que, ao lado de alíneas como "a" e "b", asseguram a possibilidade de intervenção da União nos Estados para garantir a forma republicana, o sistema representativo e o regime democrático, os direitos da pessoa humana e a autonomia municipal.

Ataliba sustenta que o ideal republicano realiza-se com singular grau de intensidade no Município brasileiro, onde "... a liberdade de informação, a eficácia da fiscalização sobre o governo, o amplo debate das decisões políticas, o controle próximo dos mandatários pelos eleitores, dão eficácia plena a todas as exigências do princípio republicano representativo."[420]

Como já visto, república e democracia possuem sentidos muito assemelhados.[421] Enquanto o termo república indica a soberania do povo[422], a democracia revela a forma de manifestação do poder popular que, no Estado brasileiro, pode ocorrer de maneira direta e indireta, através da participação livre e igualitária.

Fruto de amadurecimento histórico, a democracia direta vem se fortalecendo como alternativa cada vez mais requerida pela sociedade que começa a compreendê-la como a efetiva e mais imediata forma de manifestação e realização de seus valores.

Embora, inicialmente, fosse possível ter uma compreensão mais limitada do que se poderia entender como participação direta[423], atualmente e por força do direito posto, está é uma idéia que não se admite em razão dos vários instrumentos

---

[419] ATALIBA. *Ibid.* p. 43-45. Faz referência à "... hierarquia valorativo-positiva dos princípios, tal como proposta pelo jusfilósofo Juan Manuel Terán, no seu clássico *Filosofia del Derecho*, México, Porrúa, pp. 145 e ss..." (p. 45).

[420] ATALIBA. *Ibid.*. p. 46.

[421] Democracia: "A doutrina afirma que a democracia repousa sobre três princípios fundamentais: o *princípio da maioria*, o *princípio da igualdade* e o *princípio da liberdade.*" (SILVA, J. *Ibid.* 1996. p. 129). República: "... quando a multidão governa no sentido do interesse geral, dá-se a esse governo o nome de república..." (ARISTÓTELES. *Ibid.* p. 87). "Princípio constitucional fundamental, imediatamente decorrente do republicano, é o da isonomia ou igualdade diante da lei" (ATALIBA. *Ibid.* p. 159).

[422] Soberania, no sentido de titularidade dos elementos constitutivos do Estado, os quais podem ser destacados como *"povo, território, poder e fins"* (SILVA, J. *Ibid.* 1996. p. 100).

[423] Geralmente adstrita ao referendo, ao plebiscito e a iniciativa popular.

colocados a serviço da atuação direta da sociedade, como os já referidos orçamento participativo, plano diretor e a gestão democrática da cidade.

Está havendo o reconhecimento das legislações específicas, por meio da crescente divulgação e conscientização da oportunidade e dos benefícios que a comunidade pode obter se efetivamente participar da construção social. Entretanto, a partir desta divulgação e crescente conscientização social, surge o problema da aceitação dos resultados destas manifestações pelos ocupantes das funções instituídas, tanto por parte dos membros do Legislativo e do Executivo, como por aqueles que estão incumbidos do Poder Jurisdicional.

A título de sugerir uma resposta para a superação da barreira apresentada, volta-se à questão: quem deve apontar o valor a ser perseguido?[424] Partindo de uma visão sistêmica, tem-se a resposta como aquela que considera ser o Estado Republicano e Democrático, formado por entes federativos com competências próprias aplicadas à sua realidade, motivo pelo qual a sustentação do valor elegido deve levar em conta a escolha resultante da participação, direta ou indireta, da comunidade afetada[425]. A incidência das normas prevalecentes se sustenta pelas manifestações locais, de acordo com a escolha racional aferida diante de suas necessidades, realidade e interesses demonstrados[426].

A despeito do tema em desenvolvimento, "a improbidade diante do conflito entre princípios e direitos conflitantes", do ponto de vista técnico, é razoável considerar que a improbidade pode advir, somente, se o ato ou a conduta

---

[424] "Não há lei que não contenha uma finalidade social imediata. Por isso o conhecimento do fim é uma das preocupações precípuas da ciência jurídica e do órgão aplicador do direito. (...) Se o direito consiste em atingir os fins sociais, sua compreensão encontrar-se-á nesses objetivos. Em virtude disso, urge atribuir importância a tais finalidades, animando-se os interesses contidos nas fórmulas abstratas do direito. (...) O aplicador deverá ter por escopo a felicidade da sociedade política. É mister salientar que, em filosofia social, o conceito de *fim social* equipara-se ao de *bem comum*. (...) Na falta de definição legal do termo 'fim social' o intérprete-aplicador em cada caso *sub judice* deverá averiguar se a norma a aplicar atende à finalidade social, que é variável no tempo e no espaço, aplicando o critério teleológico na interpretação da lei, sem desprezar os demais processos interpretativos." (DINIZ. *Ibid.* 2005. p. 166-167).

[425] "... o princípio da democracia (direta ou representativa), por mais controvérsias que suscite o conceito, serve de base para a hermenêutica de todos os mandamentos infraconstitucionais. Por certo, o intérprete há de tê-lo em mente no exercício da síntese concreta dos valores conflitantes, em busca do 'governo' dos princípios, no lugar dos particularismos arcaicos e arbitrários." (FREITAS. *Ibid.* p. 32).

[426] Chega-se a uma escolha racional partindo da informação, do conhecimento e da compreensão do fato informado. Racionalmente, a manifestação deve ser aferida diante das necessidades, da realidade e dos interesses da comunidade envolvida com a escolha a ser feita. Em que pese a possibilidade que todos têm de expressar um pensamento racional, a razão soberana advinda da construção republicana e democrática surge do reconhecimento e da aceitação do povo que se expressa, enquanto sujeitos de direitos, livres e pactuantes de uma sociedade justa e solidária, comprometida com a redução das desigualdades sociais e regionais e com a promoção do bem de todos.

administrativa deixar, por desvio de finalidade, de perseguir um dos valores constitucionais normativos, obviamente, por uma indubitável conduta dolosa.

Ao se deparar com a possibilidade de escolha entre valores elencados de forma a almejar uma finalidade pública, não parece haver a possibilidade de, pelo objeto de sua escolha, se estar diante de um ato de improbidade administrativa que viole os princípios da administração pública. Não pode ser considerado ímprobo o ato que busca a afirmação de um princípio administrativo para concretizar os valores constitucionais, por ser esta uma conduta de lealdade às instituições e, atualmente, de coragem para a concretização dos valores elegidos e ainda absolutamente distantes do povo brasileiro.

A improbidade surgirá, tão-somente, se o ato ou a conduta administrativa suprimir o fim público, ou seja, se for abandonado um princípio aplicável à administração pública em detrimento dos fins do Estado e não, ao que se afirma, pela eleição de um outro valor racionalmente escolhido para a concretização da demonstrada finalidade pública.

Tendencialmente, os conflitos de valores que surgirão, de forma a preservar a unidade sistêmica, terão de um lado o princípio da legalidade e do outro qualquer dos demais valores, a exemplo da alegada finalidade pública que, em determinados casos, aceita a dispensa de licitação para atendimento das necessidades afetas às questões de saúde pública[427]. Partindo de constatações como esta, a doutrina acenou para a apropriada vigência do princípio da juridicidade, conforme anteriormente ressaltado. O positivismo, como questão aceita de segurança jurídica, deu origem à legalidade como um dos meios postos e hábeis para demonstrar a persecução da finalidade pública, porém, não se estatui como o único instrumento a denotar segurança jurídica, nem o exclusivo valor institucionalmente positivado a ser perseguido pelo Estado, especialmente à vista da premente e insuperável necessidade de afirmar a atual República Federativa e Democrática de Direito por meio da concretização de seus valores fundamentais[428].

Assim, diante da instituição da “República” “Federativa” do Brasil, constituída em Estado “Democrático” de Direito, sugere-se como meio de solução para as controvérsias sobre as normas positivadas, especial atenção aos valores que mais

[427] **STJ**: Resp 480387-SP. Ministro LUIZ FUX (1122). DJ 24.05.2004, p. 163.
[428] “Já que o ideal do Estado e dos particulares é evidentemente o mesmo, e que um só é o fim do homem perfeito e da república perfeita, é claro eu é preciso que haja virtudes próprias ao repouso. Já foi dito muitas vezes: a paz é o objetivo da guerra, o repouso é o objeto do trabalho”. (ARISTÓTELES. *Ibid.* p. 139).

se aproximam com a origem republicana, federativa e democrática deste Estado de Direito, frisando a possível incidência da improbidade, somente quando houver a supressão dolosa destas normas, e não a partir da análise de um resultado advindo de eventual conflito de valores constitucionalmente aceitos, tal como apontado.

3.4 Instrumentos postos à disposição da sociedade para questionar a probidade administrativa

No item que antecedeu o ora em desenvolvimento, após aceitar como possível a ocorrência de um conflito de valores entre regras e princípios, foi sugerida uma solução ao confronto embasada nos valores refletidos pelos princípios republicano e democrático, como base de fundamento do próprio Estado. Também por este motivo, o princípio federativo, focado no ente municipal, foi igualmente considerado. A sustentação desta proposta centrou-se no Município[429] como o palco mais imediato e importante das interações e transformações culturais, sociais e econômicas.

A partir deste momento, e de forma a finalizar o item genericamente destinado a tratar dos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública, segue este trabalho indicando, de maneira breve e não exaustiva, algumas possíveis atitudes práticas para acompanhar, questionar e, se for o caso, apontar sugestões para buscar reconduzir a gestão da cidade à probidade administrativa, tecendo algumas análises sobre procedimentos que poderão ser efetivados pela comunidade se acaso esta visualizar ou suspeitar de atos ou condutas que possam ser tidas como ímprobas.

A título de novo esclarecimento, a ordem a seguir utilizada foi escolhida por facilidade didática e não, necessariamente, como uma escala de valores a ser

[429] Não só o Município é considerado, mas, especialmente, o interesse e as necessidades existentes nas comunidades situadas neste ente federativo. Isso em respeito às condições daqueles que ali vivem, como seres humanos diretamente atingidos pelas políticas públicas (ativas ou omissivas), igualmente possuidores do exercício e reconhecimento da cidadania e, desta forma, como sujeitos de direitos detentores da sua parcela republicana, garantida pelo respeito à sua participação democrática. Neste sentido, vale citar uma passagem da obra de Augusto Zimmermann: "Conquanto este pluralismo procure combater a ditadura da maioria, ele vislumbra que o melhor remédio contra a mesma é a divisão da comunidade em diversas partes ou centros de poder autônomos. (...) Porque a vontade em caráter meramente majoritário, contudo em situação territorial definida, em nada acrescenta à unidade nacional, donde não se deve conceber ou apresentar como nacional o interesse particular de uma simples parte da mesma." (*Ibid*. p. 174, 181-182).

seguida. A realidade prática de cada comunidade, somada à capacidade de mobilização e de recursos disponíveis aos interessados, indicará os procedimentos mais adequados ou úteis não só à sociedade como, em especial, aos verdadeiros cidadãos que se dispõem a se levantar contra eventual arbítrio ou desvio de finalidade por ocasião da utilização de verbas ou realização de serviços ou obras públicas. Qualquer que seja a posição destes cidadãos, dentro ou fora das atividades públicas, toda iniciativa de conduta desta natureza revela, invariavelmente, um ato de coragem, especialmente, por afetar do lado adverso pessoas que influíram ou influem, mesmo fora do mando político, nos mais diversos campos dos poderes instituídos e, se não bastasse, com largo acesso aos veículos de mídia que os apadrinham, como retorno das facilidades que lhes foram proporcionadas com verbas públicas ou, ainda, pela remanescente influência dos que foram ou estão sendo questionados. Cite-se, por oportuno, Rudolf von Ihering:

> O fim do direito é a paz, o meio de que se serve para consegui-lo é a luta. Enquanto o direito estiver sujeito às ameaças da injustiça – e isso perdurará enquanto o mundo for mundo –, ele não poderá prescindir da luta. A vida do direito é a luta: luta dos povos, dos governos, das classes sociais, dos indivíduos.
> (...)
> O direito é um trabalho sem tréguas, não só do Poder Público, mas de toda a população. A vida do direito nos oferece, num simples relance de olhos, o espetáculo de um esforço e de uma luta incessante, como o despendido na produção econômica e espiritual. Qualquer pessoa que se veja na contingência de ter de sustentar seu direito participa dessa tarefa de âmbito nacional e contribui para a realização da idéia do direito.[430]

Num primeiro plano, serão vistas as fórmulas dispostas pela lei de improbidade, ou seja, a representação às próprias autoridades administrativas e ao Ministério Público, seguida de manifestações públicas, de representação às Câmaras de Vereadores, aos Conselhos Comunitários e, oportunamente, pelo exercício do sufrágio universal.

Assim, a própria lei de improbidade assegura a qualquer pessoa a possibilidade de representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade (art. 14, *caput*).

[430] IHERING, Rudolf von. ***A luta pelo Direito***. Tradução de Pietro Nassetti. Coleção obra-prima de cada autor. São Paulo: Martin Claret, 2005. v. 47, p. 27.

Esta, como as demais condutas, deve ser precedida de bom-senso e de responsabilidade, não sendo permitida ação de má-fé por parte de quem quer que seja, motivo pelo qual esta lei tipificou como crime[431] a representação por ato de improbidade contra agente público ou terceiro beneficiário, quando o autor da denúncia o sabe inocente (art. 19)[432], sujeitando o denunciante, nesta hipótese, além da sanção penal, a indenizar o denunciado pelos danos materiais, morais ou à imagem que houver provocado (parágrafo único do art. 19).

Esta possibilidade reparatória nem mesmo precisaria constar deste artigo por já ter sido abarcada pela CF ao assegurar "... o direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem" (art. 5º, V)[433] e a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, "... assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação" (art. 5º, X)[434], sendo, ademais, da própria natureza da condenação

---

[431] Mesmo sem possuir natureza penal, a teor das assertivas anteriormente realizadas, a lei de improbidade apresenta sua capitulação penal.

[432] Ilustrando: "... Para a caracterização do crime de denunciação caluniosa é necessário, primeiro, ter conhecimento da inocência do acusado e, segundo, dar ensejo à instauração 'de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém' (art. 339, do CP). - No caso presente, a exordial acusatória, *prima facie*, não traz a indicação de má-fé ou de especial fim de agir das pacientes no sentido de imputar a alguém delito de que sabe ser ela inocente. Ao registrarem Boletim de Ocorrência, descreveram fatos ocorridos em 23/04/2001 sem, contudo, apontar, em sua manifestação perante a autoridade policial, a prática de qualquer crime a ser imputado à vítima, restringindo-se, tão-somente, a delatar os fatos realmente ocorridos. - Conforme orientação desta Corte Uniformizadora, a configuração do delito de denunciação caluniosa pressupõe, pelo autor, a descrição falsa de fato típico. - Por outro lado, verifica-se que a simples lavratura de boletim de ocorrência, sem qualquer atribuição de ilícito penal, por si só, não é capaz de amoldar a conduta das pacientes ao fato típico previsto no art. 339, do Código Penal..." (**STJ**: HC 20770-GO. Relator Ministro Jorge Scartezzini (1113). DJ 18.11.2002, p. 262. RT vol. 813, p. 530).

[433] O **STF** entende por "... dano moral indenizável é o que atinge a esfera legítima de afeição da vítima, que agride seus valores, que humilha, que causa dor..." (RE 387.014-AgR. Rel. Min. Carlos Velloso. DJ 25/06/04), afirmando-o inexistente quando "... A simples reprodução, pela imprensa, de acusação de mau uso de verbas públicas, prática de nepotismo e tráfico de influência, objeto de representação devidamente formulada perante o TST por federação de sindicatos, não constitui abuso de direito. Dano moral indevido..." (RE 208.685. Rel. Min. Ellen Gracie. DJ 22/08/03). Para o Supremo, a "... proteção da privacidade e da própria honra, que não constitui direito absoluto, devendo ceder em prol do interesse público." (**STF.** HC 87.341. Relator Ministro Eros Grau. DJ 03/03/06). Em que pese a força destas ponderações, há de se ter o cuidado no sentido de não confundir, por serem inconfundíveis, a notícia, a narração ou mesmo a crítica de um fato (**STF**: HC 72.062. Relator Ministro Celso de Mello. DJ 21/11/97. HC 83.125. Relator Ministro Marco Aurélio. DJ 07/11/03), advindos da liberdade de informação ou de imprensa, com uma manifestação (mesmo veiculada em forma de notícia, narração ou de crítica) deliberadamente voltada a atingir a honra de um ser humano que a possui, fundamentalmente, como um princípio inafastável. Nesta hipótese, haveria a violação da honra constitucionalmente resguardada. O que não se pretende, do ponto de vista constitucional, é, sob o argumento da existência de um direito ou de uma garantia, proteger deliberados abusos como, por exemplo: "... a inviolabilidade da intimidade não é direito absoluto a ser utilizado como garantia à permissão da prática de crimes sexuais." (**STF**. HC 79.285. Relator Ministro Moreira Alves. DJ 12/11/99).

[434] Segundo a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), recepcionado pelo nosso ordenamento jurídico (Decreto 678, de 06/11/1992) como norma infraconstitucional (**STF**: HC 83669/SP. Relator Ministro NELSON JOBIM. DJ 19-03-2004, PP-00033 EMENT VOL-02144-04 PP-01080), "Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade" (art. 11, item 1).

criminal a possibilidade de efetuar a reparação do dano[435]. Isso porque o direito à dignidade humana é assegurado a todos, como um dos princípios fundamentais deste Estado, nem mesmo podendo ser temporariamente suspenso ou posto de lado por eventual sentença penal condenatória[436], razão pela qual a Constituição Federal assegura como uma garantia individual a inexistência de penas cruéis (art. 5º, XLVII), concedendo aos presos, o direito de respeito à sua integridade física e moral (art. 5º, XLIX). Assegure-se, ainda, que até a vinda de uma condenação definitiva, com o trânsito em julgado de uma sentença, ninguém poderá ser considerado culpado (art. 5º, LVII). A presunção de inocência de que trata este inciso, abarca o agente público e o terceiro beneficiário das ações ou políticas públicas. Se não bastasse, até provar em contrário, os atos administrativos gozam da presunção de legitimidade, enquanto os fatos relatados pela administração gozam da presunção de veracidade[437]. Por outro lado, assim que tiver conhecimento de uma irregularidade o administrador público, como já visto, tem o poder-dever de atuar[438], podendo, eventualmente, por ação ou omissão, incorrer, de acordo com a hipótese em concreto, em delito como o de prevaricação[439], condescendência criminosa[440], advocacia administrativa[441] ou crime de responsabilidade[442] e, inclusive, em ato de improbidade administrativa.

---

[435] Código Penal: "Art. 91. São efeitos da condenação: I – tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime". Código de Processo Penal: "Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para efeito da reparação do dano, o ofendido, o seu representante legal ou seus herdeiros." Na esfera extra-penal, o Código Civil dispõe que a prática de ato ilícito gerador de dano gera a obrigação de repará-lo (art. 927), entendendo por ato ilícito a ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência que violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral (art. 186).

[436] Lei de Execução Penal. Art. 40. Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.

[437] "A **presunção de legitimidade** diz respeito à conformidade do ato com a lei; em decorrência desse atributo, presumem-se, até prova em contrário, que os atos administrativos foram emitidos com observância da lei. A **presunção de veracidade** diz respeito aos **fatos**; em decorrência desse atributo, presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela Administração." (PIETRO. *Ibid.* 2006. p. 208).

[438] **STF**: "A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos." (Súmula 346). "A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial." (Súmula 473).

[439] Código Penal. Art. 319. Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento próprio. Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

[440] Código Penal. Art. 320. Deixar o funcionário, por indulgência, de responsabilizar subordinado que cometeu infração no exercício do cargo ou, quando lhe falte competência, não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente. Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa.

[441] Código Penal. Art. 321. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração pública, valendo-se da qualidade de funcionário. Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

[442] Sobre crime de responsabilidade, observar a Lei 1.079, de 10/04/50 e o Decreto-lei 2001 de 27/02/1967.

O art. 14, § 1º da lei de improbidade, prevê que "A representação, que será escrita ou reduzida a termo e assinada, conterá a qualificação do representante, as informações sobre o fato e sua autoria e a indicação das provas de que tenha conhecimento."

Provavelmente, a exigência de redução a termo e assinatura na representação tenha como uma de suas finalidades, além da possibilidade de confirmação da notícia dada e de revelar o acusador, propiciando uma eventual alegação de defesa, evitar o excesso de notícias infundadas, calcadas em adversidades meramente pessoais, ou em fatos ou conversas vazias, despidas de qualquer conteúdo meritório[443].

Indo além, em função dos princípios, direitos, garantias e presunções já vistas, seria possível observar do presente texto legal o objetivo de evitar a violação indevida da honra alheia, impondo a identificação como um dever de cautela apropriado a todos aqueles que apontam ou relatam ato ou fato como tendo sido praticado sob responsabilidade de um determinado indivíduo e, ao mesmo tempo, conferir ao agente administrativo que recebeu a representação a ciência de que o fato relatado despertou o interesse de alguém que requer uma convincente resposta administrativa.

---

[443] Constituição Federal, art. 5º, IV – "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato". Porém, mesmo que proveniente de uma denúncia anônima, especialmente, se for seguida de documentos que possam embasar um interesse público, presente estará o dever de agir do órgão responsável pela apuração. "Delação anônima. Comunicação de fatos graves que teriam sido praticados no âmbito da administração pública. Situações que se revestem, em tese, de ilicitude (procedimentos licitatórios supostamente direcionados e alegado pagamento de diárias exorbitantes). A questão da vedação constitucional do anonimato (CF, art. 5º, IV, *in fine*), em face da necessidade ético-jurídica de investigação de condutas funcionais desviantes. Obrigação estatal, que, imposta pelo dever de observância dos postulados da legalidade, da impessoalidade e da moralidade administrativa (CF, art. 37, *caput*), torna inderrogável o encargo de apurar comportamentos eventualmente lesivos ao interesse público. Razões de interesse social em possível conflito com a exigência de proteção à incolumidade moral das pessoas (CF, art. 5º, X). O direito público subjetivo do cidadão ao fiel desempenho, pelos agentes estatais, do dever de probidade constituiria uma limitação externa aos direitos da personalidade? Liberdades em antagonismo. Situação de tensão dialética entre princípios estruturantes da ordem constitucional. Colisão de direitos que se resolve, em cada caso ocorrente, mediante ponderação dos valores e interesses em conflito. Considerações doutrinárias. Liminar indeferida." (**STF**: MS 24.369, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 16/10/02). Havendo demonstração de provas, sequer poderá haver questionamento a respeito de conflitos de direitos por estarem os órgãos incumbidos de investigação diante de um dever de ação de ofício específico (apuração), como, por exemplo, aos que compete à administração ou ao Ministério Público. "... Nada impede, contudo, que o Poder Público (...) provocado por delação anônima — tal como ressaltado por Nelson Hungria, na lição cuja passagem reproduzi em meu voto — adote medidas informais destinadas a apurar, previamente, em averiguação sumária, 'com prudência e discrição', a possível ocorrência de eventual situação de ilicitude penal, desde que o faça com o objetivo de conferir a verossimilhança dos fatos nela denunciados, em ordem a promover, então, em caso positivo, a formal instauração da 'persecutio criminis', mantendo-se, assim, completa desvinculação desse procedimento estatal em relação às peças apócrifas." (**STF**: Inq 1.957, voto do Min. Celso de Mello, DJ 11/11/05).

Se a representação não contiver, a título de conteúdo mínimo, todos os requisitos descritos pelo art. 14, § 1º da Lei de improbidade, o § 2º deste mesmo artigo afirma que a autoridade administrativa a rejeitará, em despacho fundamentado. Como este parágrafo exige a indicação das provas que se tem conhecimento, por precaução, antes mesmo de representar, aquele que intenta tomar esta atitude deve requer à administração pública competente tanto as informações como certidões ou cópia dos documentos que julgar oportuno para avaliar a seriedade de suas "suspeitas"[444]. Aqui importa dizer que as manifestações administrativas repassadas ao interessado vinculam a administração[445]. A ausência ou a imprecisão de respostas a estas informações pode originar outra série de medidas administrativas (como o pedido de esclarecimento através de um novo requerimento) ou judiciais[446] como, por exemplo, um *habeas data*[447] ou mandado de segurança se, neste caso, for negado acesso à informação requerida e, por qualquer

[444] A base deste requerimento pode vir do contido nos arts. 5º, XXXIII (todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado) e XXXIV (são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimentos de situações de interesse pessoal) e 37, § 3º (a lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente ...), ambos da Constituição Federal ou, ainda, da Lei 11.111/2005 que regulamenta o primeiro dos citados incisos.

[445] "Ora, se ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, claro está que todo ato do Poder Público deve trazer consigo a demonstração de sua base legal e de seu motivo." Informa, também, que a motivação, elevada à categoria de princípio, requer "a exposição ou a indicação por escrito dos fatos e dos fundamentos jurídicos do ato", conforme disposto no art. 50 da Lei 9.784/99 (MEIRELLES. *Ibid.* 2003. p. 96 e 149-150).

[446] O ingresso em Juízo depende de capacidade postulatória, do preenchimento das condições da ação e do cumprimento das demais formalidades legais. "... O direito de petição, contudo, não assegura, por si só, a possibilidade de o interessado – que não dispõe de capacidade postulatória - ingressar em juízo, para, independentemente de Advogado, litigar em nome próprio ou como representante de terceiros." (**STF**: AR 1.354-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 06/06/97). Neste sentido: **STF:** MS 21.651-AgR, DJ 19/08/94; Pet 762-AgR, DJ 08/04/94.

[447] A Constituição Federal prevê o *habeas data* no art. 5º, LXXII, cujo procedimento está regulamentado pela Lei 9.507/97. "O *habeas data* configura remédio jurídico-processual, de natureza constitucional, que se destina a garantir, em favor da pessoa interessada, o exercício de pretensão jurídica discernível em seu tríplice aspecto: (a) direito de acesso aos registros; (b) direito de retificação dos registros e (c) direito de complementação dos registros. Trata-se de relevante instrumento de ativação da jurisdição constitucional das liberdades, a qual representa, no plano institucional, a mais expressiva reação jurídica do Estado às situações que lesem, efetiva ou potencialmente, os direitos fundamentais da pessoa, quaisquer que sejam as dimensões em que estes se projetem. O acesso ao *habeas data* pressupõe, dentre outras condições de admissibilidade, a existência do interesse de agir. Ausente o interesse legitimador da ação, torna-se inviável o exercício desse remédio constitucional. A prova do anterior indeferimento do pedido de informação de dados pessoais, ou da omissão em atendê-lo, constitui requisito indispensável para que se concretize o interesse de agir no habeas data. Sem que se configure situação prévia de pretensão resistida, há carência da ação constitucional do *habeas data*." (**STF**: RHD 22, Relator Ministro Celso de Mello, DJ 01/09/95)

outra razão, houver a violação do disposto no art. 5º, LXIX[448], da Constituição Federal, ocasião em que deverá ser observado o contido na Lei 1.533/1951 (relativa ao mandado de segurança).

Portanto, à vista de todas as informações e das provas colhidas, inclusive de respostas insatisfatórias ou da negativa de entrega das mesmas, somadas as demais provas anteriormente obtidas, poderá haver razões que justifiquem uma representação no sentido de requerer a apuração de eventuais irregularidades.

Uma vez elaborada, a representação ou o seu acompanhamento poderá ocorrer via requerimento de certidão à competente autoridade administrativa, bastando, para tanto, que, além de identificar a representação anteriormente feita, o interessado solicite uma posição quanto ao andamento ou resultado da mesma.

Com a resposta obtida, a qual inclusive pode ser de rejeição da representação[449], o interessado, de conformidade com as razões de sua convicção, poderá encaminhar tanto a cópia documentada da representação como da decisão administrativa, diretamente, ao Ministério Público para que este, tomando ciência do fato, tome as medidas que julgar cabíveis. Como esta é uma representação independente da anteriormente protocolada na administração pública, poderá ser feita concomitante com aquela ou, ainda, antecedê-la.

A representação ao Ministério Público também constitui uma faculdade da lei de improbidade (art. 22), em benefício do cidadão e do próprio patrimônio público, que prevê a possibilidade deste Órgão requisitar instauração de inquérito policial ou de procedimento administrativo, conforme a necessidade do caso concreto.

---

[448] "conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público" (art. 5º, LXIX). "Mandado de segurança. *Habeas data*. CF, art. 5º, LXIX e LXXII. Lei 9.507/97, art. 7º, I. O *habeas data* tem finalidade específica: assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, ou para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo (CF, art. 5º, LXXII, *a* e *b*). No caso, visa a segurança ao fornecimento ao impetrante da identidade dos autores de agressões e denúncias que lhe foram feitas. A segurança, em tal caso, é meio adequado. Precedente do STF: MS 24.405/DF, Ministro Carlos Velloso, DJ de 23/04/04." (**STF**: RMS 24.617, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 10/06/05)

[449] **STJ**: "... 1. O "direito de petição aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder", assegurado pelo art. 5º, XXXIV, I, da CF, tem natureza instrumental: é direito, assegurado ao cidadão, de ver recebido e examinado o pedido em tempo razoável e de ser comunicado da decisão tomada pela autoridade a quem é dirigido. Nele não está contido, todavia, o direito de ver deferido o pedido formulado. 2. O direito de representação por improbidade administrativa, previsto no art. 14 da Lei 8.429/92, não compreende o de ver necessariamente instaurado o processo de investigação, caso não haja início de prova considerada razoável para tanto. A discussão sobre a existência ou não de provas suficientes para instauração, ainda mais em se tratando de prova que estaria, não no processo, mas "arquivados na própria Câmara Legislativa", não pode ser dirimida em mandado de segurança, que não comporta investigação probatória dessa dimensão..." (RMS 16424-DF. Relator Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI (1124). DJ 18.04.2005 p. 212).

O art. 22, afirma que a representação deve conter os já referidos requisitos do art. 14. Porém, para o Ministério Público é relevante a simples notícia de um fato para que passe a ter o dever[450] de desenvolver sua função institucional. Embora seja relevante para o representante que sua peça informativa contenha os requisitos do art. 14 da lei de improbidade, inclusive para fins de comprovar sua boa-fé e ação voltada tão-somente à manutenção da ordem e dos fins públicos, o dever de postura ativa do Ministério Público, nos casos como os em apreço, não se vincula, estritamente, aos termos da representação, senão quanto ao dever de levar a notícia representada em consideração desde que seu conteúdo denote algum liame com as responsabilidades institucionais do Órgão.

Dentre outras incumbências constitucionais, possui o Ministério Público capacidade ativa para "zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia" (art. 129, II), "promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos" (art. 129, III), "expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los..." (art. 129, VI) e "requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações" (art. 129, VIII).

Caso tenha sido instaurado procedimento administrativo para a apuração de um possível ato de improbidade, a própria comissão processante terá a responsabilidade de comunicar a apuração da suposta improbidade ao Ministério Público e ao Tribunal de Contas[451] (arts. 14, § 3º e 15, ambos, da lei de improbidade).

---

[450] Como exemplo, CF: "Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei (...) § 1º A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei."

[451] O Tribunal de Contas como órgão de controle externo incumbido da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, de qualquer pessoa jurídica pública ou privada que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiro, bens e valores públicos (arts. 70 a 75 da Constituição Federal), auxilia o Poder Legislativo em sua função fiscalizatória e orienta o Executivo assinalando "prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade" (art. 71, IX, da CF), tendo suas decisões que imputem débito ou multa eficácia de título executivo (art. 71, § 3º da CF). Por tais razões, é possível a elaboração de denúncia ou representação, diretamente, ao Tribunal de Contas. "A Lei 8.443, de 1992, estabelece que qualquer cidadão, partido político ou sindicato é parte legítima para denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o TCU. A apuração será em caráter sigiloso, até decisão definitiva sobre a matéria. Decidindo, o Tribunal manterá ou não o sigilo quanto ao objeto e à autoria da denúncia (§ 1º do art. 55).

Certo, porém, que tanto a representação à autoridade administrativa quanto ao Ministério Público constituem um instrumento posto à disposição da população, a qual, buscando questionar a probidade administrativa, pode tomar outras atitudes que não, necessariamente, se confundam com as já vistas, mas que, a critério da parte interessada, podem anteceder, ou serem feitas de forma concomitante ou, ainda, posteriormente as aludidas notícias aos órgãos administrativos ou ministeriais.

Como exemplo de alternativa que possa cercear eventual improbidade, cite-se a expressão pública por parte do interessado que possui, como visto, liberdade de "... manifestação de pensamento, sendo vedado o anonimato" (art. 5º, IV, da Constituição Federal). Esta vedação leva em consideração a possibilidade de responsabilização daqueles que, ultrapassando os limites da liberdade de informação, procedem com excessos voltados à ofensa e não, propriamente, com o intento de contribuir para a informação ou à manutenção da ordem pública.[452]

Ao revelar sua opinião, o indivíduo ou grupo está no exercício de sua condição de cidadão, de possuidor de direitos e de deveres individuais e sociais, manifestando a força da sua indiscutível parcela de soberania, controlador que deve ser dos atos, das instituições, dos serviços e das obras públicas, reconhecendo-se como legítimo senhor de todos aqueles que auferem rendimentos provenientes dos cofres públicos. Mas, por outro lado, há a responsabilidade que impõe o dever de respeitar o próximo e sua condição pessoal especial de ser humano ou sujeito de direitos.

Cada um dos indivíduos ou grupos sociais possui o direito e o dever de cobrar respeito e atenção à causa individual e comunitária por parte de todos aqueles que estão engajados ou prestando serviços em qualquer das funções públicas, inclusive nas instituídas pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. As funções públicas, qualquer que sejam, devem ser aceitas e estarão legitimadas,

---

Estabeleceu o TCU, então, no seu Regimento Interno, que, quanto à autoria da denúncia, será mantido o sigilo: inconstitucionalidade diante do disposto no art. 5º, incisos V, X, XXXIII e XXXV, da Constituição Federal." (**STF**. MS 24.405, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 23/04/04).

[452] Dependendo da forma como posta, ou a informação pode servir ou prejudicar o grupo. Falando a respeito dos contatos sociais, "Quando contínuos e prolongados, produzem: a) no indivíduo – socialização (integração do indivíduo no grupo); - estimulação da inteligência (criação de situações novas que devem ser resolvidas); - libertação dos indivíduos dos costumes cristalizados (é-lhes dado conhecer outros costumes); - auxílio para a solução de problemas novos (através de trocas de idéias ou de experiências); b) no grupo – justaposição de povos, costumes, instituições sociais e mudanças sociais; - aumento dos problemas, podendo levar até à desorganização social. (TORRE. *Ibid.* p. 45).

condicionalmente, à medida que respeitem e atendam as necessidades sociais, individuais e comunitárias. Não do ponto de vista do indivíduo ou da comunidade abstrata[453], mas, sim, da comunidade objeto da interferência específica. O indivíduo e o grupo social têm a responsabilidade de aprofundar o seu conhecimento sobre a realidade, de buscar interferir nas condutas e nas atividades de todos aqueles que estão atrelados aos serviços públicos no território de seus interesses e necessidades sociais, de forma a poder denunciar, representar ou, mesmo, requerer o afastamento dos que laboram contra a manifestação da base, dos princípios, dos direitos e das garantias fundamentais substanciais à satisfação da comunidade em foco, muito embora tenham, funcionalmente, o dever de preservá-los.

> O Direito é aqui concebido como um fenômeno social e, em decorrência, a ciência jurídica é assumida como ciência dos problemas reais, práticos, voltada para resultados concretos e não para sistematizações conceituais abstratas. O conhecimento humano não tem por objeto apenas a interpretação do mundo, mas também a sua transformação.[454]

Existem as mais variadas formas de manifestações públicas, como, por exemplo, enviar notícias ou conceder entrevistas aos órgãos de mídia, divulgar informações escritas, fazer reuniões públicas, confeccionar faixas, cartazes ou boletins informativos, além de inúmeras outras maneiras viáveis de expressão.

Postar-se diante da Câmara Municipal de Vereadores e requerer o posicionamento destes, invioláveis que são [455] por suas opiniões, palavras e votos[456], no exercício do mandato e na circunscrição do Município (art. 29, VIII, da

---

[453] Paráfrase a uma expressão de André Franco MONTORO, que será objeto de citação no próximo item desta Dissertação (Fundação Prefeito Faria Lima. *Ibid.* p. 303).

[454] Continua o autor: "É nesta dúplice perspectiva que se cuidará de examinar as potencialidades do Direito, ao incidir sobre a realidade complexa de um país envelhecido em suas estruturas políticas, frágil em suas instituições jurídicas e opressivo em suas relações sociais." (BARROSO. *Ibid.* p. 3).

[455] Mesmo dispondo sobre imunidade, a citação que segue é cabível à inviolabilidade. "Na independência harmoniosa que rege o princípio da Separação de Poderes, as imunidades parlamentares são institutos de vital importância, visto buscarem, prioritariamente, a proteção dos parlamentares, no exercício de suas nobres funções, contra os abusos e pressões dos demais poderes; constituindo-se, pois, um direito instrumental de garantia de liberdade de opiniões, palavras e votos dos membros do Poder Legislativo, bem como de sua proteção contra prisões arbitrárias e processos temerários." (MORAES. *Ibid.* p. 401).

[456] "*Inviolabilidade dos Vereadores.* Estabelece-se expressamente a *inviolabilidade* dos Vereadores por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato, na circunscrição do Município. A *inviolabilidade*, como se sabe, significa que o beneficiado fica isento da incidência de norma penal definidora de crime. Vale dizer que, dentro da circunscrição do Município, o Vereador não comete crime de opinião. E é claro, se não o comete, não poderá ser processado por aquelas ações. Contudo, não se previu a *imunidade processual* dos Vereadores em relação a outras infrações penais. Logo, se cometer qualquer crime, ficará sujeito ao respectivo processo, independentemente de autorização de sua Câmara." (SILVA, J. *Ibid.* 1996. p. 597).

CF)[457], é um destes importantes meios de manifestação pública. A Câmara é um local adequado para as manifestações e reivindicações públicas. Como representantes do povo, possuem os vereadores, além da função legislativa e da tarefa administrativa interna, o dever institucional de acompanhar e fiscalizar as atividades, obras e os serviços da administração municipal (arts. 29, XI, e 31, ambos, da CF).

Enquanto o prefeito representa o Município, os vereadores representam o povo do Município e, nesta qualidade, possuem liberdade e dever institucional (art. 30 da CF) de buscar atender aos anseios e suprir as necessidades manifestas da comunidade local através da aprovação de leis que possam salvaguardar as pretensões e os interesses pontuais da sua comunidade, enfrentando e ultrapassando os problemas reais do Município, em colaboração com o prefeito municipal. Por sua razão de existência ou de espaço representativo, ao se prestar à qualidade de representação, o vereador, no átrio[458] ou no exercício de atuação da vontade popular, deve estar atento aos manifestos dos indivíduos e dos grupos comunitários postando-se amplamente aberto às suas mais variadas formas ordenadas de participações que podem se transformar em sugestões, reclamos, críticas, reivindicações ou informações, de maneira a permitir o ecoar da realidade e do interesse da sociedade que representa por sua função institucional, no necessariamente livre, substancial e decoroso exercício de suas opiniões, palavras e votos.

Ainda que o exercício da vereança não esteja plenamente desvendado e amplamente utilizado, o que ainda faz deste espaço de representatividade popular

---

[457] "A Constituição da República, ao dispor sobre o estatuto político-jurídico dos Vereadores, atribuiu-lhes a prerrogativa da imunidade parlamentar em sentido material, assegurando a esses legisladores locais a garantia indisponível da inviolabilidade, 'por suas opiniões, palavras e votos, no exercício do mandato e na circunscrição do Município'. Essa garantia constitucional qualifica-se como condição e instrumento de independência do Poder Legislativo local, eis que projeta, no plano do Direito Penal, um círculo de proteção destinado a tutelar a atuação institucional dos membros integrantes da Câmara Municipal. A proteção constitucional inscrita no art. 29, VIII, da Carta Política estende-se — observados os limites da circunscrição territorial do Município — aos atos do Vereador praticados *ratione offici*, qualquer que tenha sido o local de sua manifestação (dentro ou fora do recinto da Câmara Municipal)." (**STF**. HC 74.201, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 13/12/96). "... A nota por ele publicada no jornal, bem como a manifestação através do rádio, estão absolutamente ligadas ao exercício parlamentar. Caracterizado o nexo entre o exercício do mandato e as manifestações do paciente Vereador, prepondera a inviolabilidade. *Habeas* deferido." (**STF**. HC 81.730, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 01/08/03).

[458] "O *recinto legal* para a realização das sessões ordinárias e extraordinárias do plenário é a *sala das sessões da Câmara*, assim entendida a dependência destinada ao seu funcionamento. As sessões e deliberações que se realizarem ou se tomarem fora do recinto da Câmara são nulas. Claro está que o recinto pode ser mudado de local, por deliberação do próprio plenário, tomada na forma regimental. O que não se admite é que a presidência, por ato exclusivo, mude o local das sessões, frustrando ou dificultando a reunião dos vereadores e a publicidade os atos da Câmara." (MEIRELLES. *Ibid.* 1993. p. 468).

um dos mais legítimos cursores da reflexão, do intento e da transformação pública é a consideração da temporária submissão de seus mandatos à submissão da avaliação popular, que se dá através do exercício do voto. Aliás, no atual estágio de busca de superação das fórmulas cujo conteúdo e potencial de transformação sócio-econômico tem se mostrado objeto de considerações apenas abstratas e vazias para as manifestações dos poderes estatais, qualquer que seja a idéia de perpetuidade em funções públicas, ou de superação das temporárias avaliações populares, parece refletir em óbvia violência e malefício às atuais necessidades de avanços sociais. A perpetuidade, além de gerar progressos apenas discursivos, não tem dado qualquer demonstração de apoio às bases de transformações sociais, neste Estado Republicano e Democrático de Direito. O fim da perpetuidade, por ausência da consideração pública, reforça o desejo de superação das vaidosas defesas institucionais, das intermitentes busca de "facilidades" de exercício funcional que acabam contrapondo as funções públicas aos interesses comunitários e culminando por afastar os agentes das funções instituídas da realidade e das necessidades de transformações e superações de interesse social. Deve ter ciência o vereador, bem como os demais ocupantes das funções públicas temporárias, que os benefícios e as garantias da sua função pública estarão sendo constantemente submetidas à aprovação popular, razão pela qual sua aproximação com a sociedade, e com as necessidades desta, acaba por ser a manifestação de um exercício diário, cada dia mais e melhor exigido.

O conhecimento público das atividades e da organização das funções legislativas e fiscalizadoras da Câmara Municipal (art. 29, XI, da CF), culturalmente, lentamente vem sendo desvendado e apresentando progressivo benefício à sociedade. A lei orgânica de cada Município (art. 29, *caput*, da CF), ainda por ser levada ao conhecimento social, pode instituir, por exemplo, as Comissões Parlamentares de Inquérito[459] destinadas a apurar fato determinado e por prazo certo, possibilitando que suas conclusões, se for o caso, sejam encaminhadas ao Ministério Público para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores (art. 58, § 3º, da CF).

[459] No que se refere as CPIs, é assegurado à testemunha, de indiciado ou de réu, o privilégio contra a auto-incriminação, razão pela qual não é obrigado a responder as perguntas que podem lhe incriminar, podendo, portanto, permanecer em silêncio (**STF**. HC 79.812, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 16/02/01), assim, como é assegurada a participação de advogado com todas as suas prerrogativas (**STF**. HC 88.015, Rel. Min. Celso de Mello, Informativo 416).

Outra forma de manifestação pública pode ocorrer diante dos Conselhos Comunitários, ou ser realizada por intermédio destes órgãos colegiados de política urbana, os quais podem e devem estar abertos à livre participação popular.

Ao que se tem notícia, normalmente, são órgãos com representantes da sociedade e da administração pública, variando o número de cada representação de acordo com a sua lei de instituição, estando firmados em todos os níveis de governo, quer seja no municipal, no estadual e no nacional (art. 43, I, do Estatuto da Cidade)[460]. A grande diferença entre os Conselhos está na sua composição, na sua direção, nas condições de sua regência e nas suas finalidades, devido ao fato de seu aspecto estrutural ficar a cargo da legislação que o instituirá e que deverá ser elaborada, conforme a competência de sua atuação, pelos entes federativos apresentados.

Os conselhos comunitários devem estar presentes em todas as áreas da administração, por serem um dos instrumentos da gestão democrática, tida, nesta pesquisa, como uma das importantes diretrizes do planejamento, da execução, do acompanhamento e da fiscalização da política urbana.

Embora sejam conselhos comunitários, em muitos casos, suas composições são formadas, no mínimo, com igual percentual de agentes públicos. A presença paritária destes agentes públicos, em muitas situações, não permite, na prática, maior abertura às reivindicações comunitárias. De qualquer forma, é mais um espaço público destinado às manifestações públicas e que pode e deve ser utilizado pela comunidade, a qual, inclusive, com a interferência da Câmara de Vereadores, pode requerer alteração na sua composição, regência ou forma de atuação. Enquanto alguns conselhos são meramente consultivos, no sentido de emitir sugestões ou pareceres, outros são deliberativos, ou seja, manifestam através de deliberações que possuem força vinculante para a administração pública, restando, desta forma, à administração pública, adequar-se técnica e economicamente para o atendimento das reivindicações deliberadas pelo plenário do conselho.

Por fim, a última das formas escolhidas para a exposição deste breve relato das possibilidades de manifestações públicas, como forma de demonstração de cidadania e do exercício da soberania popular, cite-se o exercício assegurado do

[460] Como exemplo, cite-se o Conselho Nacional de Saúde (http://conselho.saude.gov.br/), Conselho Nacional de Educação (http://portal.mec.gov.br/cne/index.php), Conselho Nacional do Esporte (Decreto 4.201, de 18.04.2002) e Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA.

sufrágio obrigatório[461], universal[462], direto, periódico[463], secreto[464] e com igual valor para todos. O voto, nestas circunstâncias, é a mais tradicional e popularmente reconhecida forma do exercício direto do poder de soberania do povo[465], além de servir para prevenir e afastar os candidatos que a comunidade julga participar de atos de improbidade ou, ainda, de não reprimi-los.

Para Alexandre de Moraes, além de constituir um direito público subjetivo, o voto é "... uma função política e social de soberania popular na democracia representativa" e, caracteriza-se como um "... dever sociopolítico, pois o cidadão tem o dever de manifestar sua vontade, por meio do voto, para a escolha de governantes em um regime representativo."[466]

Citando J. H. Meirelles Teixeira[467], José Afonso da Silva[468] diz que deve ser garantido ao voto duas características básicas: *personalidade* e *liberdade*. Personalidade, para realizar os atributos da sinceridade e autenticidade, razão pela qual o próprio eleitor é quem deve votar, não se admitindo voto por correspondência ou por procuração. Liberdade, resguardada pelo voto secreto, para garantir a sua autenticidade e eficácia.

O voto, nestas circunstâncias, é instrumento do exercício da soberania representativa, ou seja, elege-se os representantes que atuarão nos poderes executivos e legislativos os quais, legitimados pela vontade popular, deverão, com o

---

[461] O alistamento e o voto são obrigatórios aos brasileiros alfabetizados, maiores de dezoito e menores de setenta anos de idade, desde que devidamente alistados, sendo facultativo aos demais (art. 14 da CF). A perda ou a suspensão dos direitos políticos só ocorrerá nos casos de cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado, incapacidade civil absoluta, condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos, recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII, e improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º (art. 15 da CF).

[462] CF. "Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei...".

[463] CF. Art. 60, "§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir... II – o voto direto, secreto, universal e periódico."

[464] "O princípio do sufrágio universal vem conjugado, no art. 14 da Constituição, à exigência do sigilo do voto: não o ofende, portanto, a decisão que entende nula a cédula assinalada de modo a poder identificar o eleitor." (**STF**. AI 133.468-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 09/03/90).

[465] Art. 1º, parágrafo único, da CF: "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição".

[466] MORAES. *Ibid.* p. 210.

[467] ***Curso de Direito Constitucional***. Rio de Janeiro. Forense Universitária. 1991. p. 515-516.

[468] Antes, porém, ressalva: "Para que o voto constitua legítima expressão da vontade do povo, para que seja função efetiva da soberania popular, 'deve revestir-se [como disse Meirelles Teixeira] de *eficácia política* e ainda que represente a *vontade* real do eleitor, vale dizer, que seja cercado de tais garantias que possa dizer-se *sincero* e *autêntico*', pois, acrescenta, se 'um voto lançado na urna não repercutir, potencialmente embora, de algum modo, na formação dos poderes e dos órgãos do Estado, e, daí, no próprio governo da coisa púbica, será um voto ineficaz', e se não for ainda '*autêntica expressão da vontade, do sentir, do consentimento de quem o dá*, falseada estará, em sua própria origem, a vontade da nação'. *Eficácia*, *sinceridade* e *autenticidade* são atributos que os sistemas eleitorais democráticos procuram conferir ao voto. Para tanto, hão de garantir-se-lhes dois caracteres básicos: *personalidade* e *liberdade*." (SILVA, J. *Ibid.* 1996. p. 343).

máximo de esforço e de suas capacidade, laborar em prol do atendimento dos interesses e das sociedades as quais representam no exercício de suas funções instituídas. Neste exercício, cabe aos representantes não só ouvir o povo, como prestar contas de suas ações e apurar toda e qualquer conduta pública que se contraponha às finalidades públicas, especialmente quando revelarem suspeita de improbidade.

A idéia de inserção deste item foi a de demonstrar algumas possíveis atitudes práticas para questionar ou responder ao sentimento de improbidade, com a possibilidade de reconduzir a gestão da cidade à probidade, ou, ainda, prevenir condutas desta natureza, mesmo diante de eventual inoperatividade do Poder Judiciário, através, por exemplo, de escolhas que, em regra, ficam circunscritas única e exclusivamente aos novos representantes do povo ou dos entes federativos, pelo consagrado e periódico exercício do voto direto.

4. ILEGITIMIDADE DA EXECUÇÃO DA POLÍTICA URBANA E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR INOBSERVÂNCIA DA GESTÃO DEMOCRÁTICA DA CIDADE

Os itens anteriores, de forma pouco mais alongada, trataram dos temas que sustentarão as afirmações ora expostas. No primeiro momento, dispuseram sobre aspectos que cercam as razões de convivência e de desenvolvimento humano como fundamento social (item 2), centrando na pessoa humana o "valor-fonte" do direito e da justiça (2.1). Sem que este valor fosse desapercebido, propôs a tratar de aspectos atinentes à convivência humana e ao desenvolvimento (2.2) e a tecer algumas anotações enfocando a cidade e a justiça social (2.3). Encerrando esta proposta, rapidamente, foram examinados alguns assuntos referentes à política urbana (2.4).

Na seqüência foram feitas análise de questões que circundam a improbidade diante dos princípios da administração pública (item 3), abordando alguns aspectos gerais da improbidade (3.1), os atos de improbidade que atentam contra os princípios da administração pública (3.2), a situação da improbidade diante dos princípios e regras conflitantes (3.3) e os instrumentos postos à disposição da sociedade para questionar a probidade administrativa (3.4).

Como indicado, os itens ora relacionados buscaram tecer a base do pensamento que cerca a elaboração desta Dissertação de forma a melhor preparar a compreensão do leitor para as afirmações que passarão a ser estabelecidas. Tem sido uma preocupação corrente deste trabalho, buscar ressaltar a linha de pesquisa, a partir do reconhecimento da estrutura estatal republicana e federativa, priorizando a defesa do regime democrático como regra fundante da preservação dos valores da pessoa humana e estruturante da relação Estado-Sociedade, conduzida, como deve ser, pelo império das leis, cuja formação, interpretação e aplicação devam ser dinâmicas para, justamente, poder apresentar adequação e conteúdos sociais concretos[469].

Ressaltada a intenção, os esforços deste projeto se voltam neste item à alusão do tema da Dissertação, propriamente dito.

[469] Proposta e Linha de Pesquisa do Programa de Mestrado da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro – FUNDINOPI.

Frisando a inexistência da pretensão de esgotar qualquer dos assuntos propostos, inicia-se procurando ressaltar alguns dos instrumentos da gestão democrática (4.1), buscando, em seguida, adentrar o tema descrito no título da presente Dissertação, desenvolvendo-o, seqüencialmente, nos dois próximos tópicos. O primeiro vislumbra abordar a questão da ilegitimidade da execução da política urbana pela inobservância da gestão democrática da cidade (4.2), enquanto no segundo momento se pretende ressaltar o liame entre a gestão democrática e a improbidade (4.3) para, finalmente, culminar, com a afirmação anteriormente feita, no sentido de não existir um fundamento único e absoluto para o estabelecimento e execução das políticas urbanas e, igualmente, às pretensões democráticas, mesmo que restritas à gestão da cidade, por uma série de questões de capacidade fática (sócio-econômica), física, cultural ou temporal. Sem que isso represente uma tentativa de argüir contrariamente as sustentações daquilo que vem tentando ser afirmado. Não é este o propósito perseguido. Busca-se, sim, o reconhecimento e a exposição de algumas dificuldades a serem enfrentadas ou, talvez, impossibilidades, que podem fazer frente à pretendida gestão democrática. Por isso, o tópico será finalizado com o tratamento de assuntos referentes aos limites da política urbana e à gestão democrática (4.4).

Além da base constitucional, o Estatuto da Cidade[470] é a legislação que estimulou o título desta pesquisa, razão pela qual as indicações de suas normas passam a receber freqüentes destaques[471].

4.1. Gestão democrática

Zelar pela guarda da Constituição, desenvolver e aprimorar as leis e as instituições democráticas é dever comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios (art. 23, I, CF), de forma a aceitar a soberania popular e concretizar, neste Estado, os seus fundamentos e objetivos fundamentais (arts. 1º e 3º, CF), como reafirmada razão de ser desta República Federativa e Democrática.

[470] "O conteúdo regulatório do Estatuto da Cidade é bastante complexo, e seus instrumentos significam interferências em muitas instâncias do poder público – nos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e nas esferas federal, estadual e municipal – e da sociedade civil. A entrada em vigência do Estatuto levará à necessidade de inúmeros rearranjos e recontratações políticos e sociais." (Câmara dos Deputados. **.** *Ibid.* p. 37).

[471] Havendo citação de artigo de lei sem que seja feita menção a esta lei, a mesma se refere ao Estatuto da Cidade.

Seguindo o assinalado norte constitucional, há o Estatuto da Cidade que demonstra uma evolução legislativa, neste sentido, ao estabelecer, por exemplo, a gestão democrática como diretriz geral da política urbana (arts. 2º, II, e, 43-45), a qual acabou por ser acentuada, por via indireta, em vários outros de seus dispositivos normativos, como os a seguir mencionados.

Num primeiro momento, ao tratar, em suas diretrizes gerais, da cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social (art. 2º, III), o Estatuto da Cidade culminou por assegurar novo espaço de participação comunitária[472].

O atendimento ao interesse social depende da satisfação das pretensões e das reivindicações da comunidade envolvida na área de atuação ou de influência[473] do pretenso processo de urbanização. Logo, a cooperação de que trata este inciso deve ser objeto prévio de uma gestão democrática que assegure um espaço aberto à manifestação popular[474]. O aval da pretendida cooperação está na delimitada finalidade de atendimento aos interesses sociais, os quais só poderão ser concretizados por meio da (informada) abertura às reivindicações[475] comunitárias, da divulgação, do conhecimento e da aquiescência prévia dos planejamentos e dos projetos urbanos, ou seja, através da resguardada aceitação e afirmação dos indivíduos que compõem a comunidade, como seres humanos dotados de personalidade, cultura, direitos, necessidades e interesses próprios[476].

---

[472] "Um dos temas que marcaram os debates foi o da relação da legislação com a cidade real e, sobretudo, sua responsabilidade para com a cidade irregular, informal e clandestina. A idéia da necessidade de reconhecer e legalizar a cidade real..." (Câmara dos Deputados**.** *Ibid.* p. 40).

[473] A expressão "área de influência", referida pelo Estatuto da Cidade, às vezes demonstra considerar a região de influência do próprio Município (ultrapassa o território do Município) e, em outras ocasiões, os locais de influência das obras e dos serviços públicos (no território interno do Município). Este é o sentido ora dado a presente expressão.

[474] Espaço que preserve respeito às diferenças e às opiniões e que desenvolva a crença na responsabilidade e no dever jurídico de recepção das ponderações sociais para que, desta forma, possa influir na quantidade e na qualidade das participações, das reivindicações e das manifestações de interesses e solicitações comunitárias.

[475] "Diferentemente da concepção tradicional – que pratica uma separação total entre planejamento e gestão, havendo inclusive um conflito entre essas duas dimensões, operando o planejamento apenas na esfera técnica e a gestão na dimensão política – o novo paradigma parte do pressuposto que a cidade é produzida por uma multiplicidade de agentes que devem ter sua ação coordenada, não em função de um modelo produzido em escritórios, mas a partir de um *pacto* – a cidade que queremos – que corresponda ao interesse público da cidade." (Câmara dos Deputados. **.** *Ibid.* p. 40).

[476] "A pluralidade de variáveis que podemos focalizar (as *variáveis focais*) para avaliar a desigualdade interpessoal faz com que seja necessário enfrentar, em um nível bem elementar, uma difícil decisão com respeito à perspectiva a ser adotada (...) A posição de uma pessoa num ordenamento social pode ser julgada por duas perspectivas diferentes, que são (1) a realização de fato conseguida, e (2) a liberdade para realizar. A realização liga-se ao que *conseguimos* fazer ou alcançar, e a liberdade, à *oportunidade real* que temos para fazer ou alcançar aquilo que valorizamos" (SEN. *Ibid.* 2001. p. 51-69).

Da mesma forma, ao dispor sobre a diretriz que assegura a oferta de equipamentos urbanos e comunitários, transporte e serviços públicos adequados aos interesses e necessidades da população e às características locais (art. 2º, V), o legislador reforçou o papel do grupo social, destacando-o dos demais.

Essas pontuações legislativas reforçam a afirmação de que já se foi o tempo em que se poderia aceitar como manifestação da soberania[477], como independência ou livre exercício de qualquer dos "Poderes da União", o resultado de ato ou decisão formal que não se ampare nos interesses e nas necessidades reais[478] das comunidades diretamente afetadas por seus comandos[479]. Imposições que se desviam das ordens democráticas são frutos de um inconcebível anacronismo face às necessidades sociais e a evolução[480] dos valores representativos e democráticos, os quais apontam para a afirmação da participação e homologação das políticas públicas.[481]

Adequar os "... instrumentos de política econômica, tributária e financeira e dos gastos públicos aos objetivos do desenvolvimento, de modo a privilegiar os investimentos geradores de bem-estar geral e a fruição dos bens pelos diferentes

---

[477] A soberania de que se trata é a que confirma a cidadania e o respeito à dignidade do povo, ou seja, é a interna (art. 1º, parágrafo único da CF) e não a externa, da União (art. 21, I-III, da CF), a qual não deve se afastar da autodeterminação do seu povo (art. 4º, II, III e IX, da CF).

[478] Finalidade pública aferida não do ponto de vista de regras abstratas, "objetivamente consideradas", mas, sim, daquelas legitimadas pelo interesse e necessidade comunitária.

[479] Sobre legitimação das instituições, Bonavides: "Caso o jogo das forças políticas se incline para afiançar o pluralismo e a abertura cada vez maior do sistema, um grande futuro de legitimidade constitucional poderá estar reservado ao Brasil no fim do século XX e princípios do terceiro milênio. De uma democracia representativa de fachada e já carcomida para uma nova e incipiente democracia de participação, eis a meta convergente de toda essa comunhão de esforços políticos da cidadania, dirigidos a uma legitimidade mais sólida das instituições." (*Ibid.* 2005. p. 478).

[480] Evolução que necessariamente advém de uma transformação cultural: "A cultura dá forma e norma. Desde o nascimento, o indivíduo começa a incorporar a herança cultural que assegura a sua formação, sua orientação, seu desenvolvimento de ser social. Combina essa herança com o patrimônio biológico herdado. Cada cultura, pela influência precoce, pelas interdições, pelos imperativos, pelo sistema de educação, pelo regime alimentar, pelos modelos de comportamento, recalca, inibe, favorece, estimula, determina a expressão das aptidões individuais, exerce seus efeitos sobre o funcionamento cerebral e sobre a formação do espírito, interferindo para co-organizar, controlar e civilizar o conjunto da personalidade. Assim, a cultura submete o indivíduo e, ao mesmo tempo, o autonomiza." (MORIN. *Ibid.* p. 166).

[481] "Na verdade, só o excesso de pessimismo ou o oportunismo político é que se satisfazem com a conclusão de que o Estado Democrático é uma impossibilidade. É inegável que há dificuldades a superar e que a experiência não tem sido muito animadora. (...) O Estado Democrático é um ideal possível de ser atingido, desde que seus valores e sua organização sejam concebidos adequadamente. Para atingi-lo, é imprescindível que sejam atendidos os seguintes pressupostos: *Eliminação da rigidez formal* (...) Para que um Estado seja democrático precisa atender à concepção dos valores fundamentais de certo povo numa época determinada. Como essas concepções são extremamente variáveis de povo para povo, de época para época, é evidente que o Estado deve ser flexível, para se adaptar às exigências de cada circunstância (...) *Supremacia da vontade do povo* (...) *A preservação da liberdade* (...) A liberdade humana, portanto, é uma liberdade social, liberdade situada, que deve ser concebida tendo em conta o relacionamento de cada indivíduo com todos os demais, o que implica deveres e responsabilidades. (...) *A preservação da igualdade* (...) *igualdade de possibilidades*..." (DALLARI. *Ibid.* p. 306-309).

segmentos sociais" (art. 2º, X), além de constituir mais um reflexo da participação social, é uma das prováveis conseqüências da gestão democrática.[482] Mesmo entre as várias possibilidades de gerar bem-estar, há aquelas que a comunidade entende como mais cruciais ou prioritárias, de acordo com seu planejamento, conforme as necessidades de sustentabilidade ambiental, a busca pelo desenvolvimento e pela constante melhoria da qualidade de vida dos componentes do núcleo social. Daí a necessidade de adequar as políticas públicas à realidade local de forma a mantê-las sempre abertas ao prévio conhecimento, ao acesso, ao acompanhamento e à manifestação pública.[483]

Mesmo quando já realizado o planejamento urbano, não se mostrando atento para lidar com todas as possibilidades de acontecimentos futuros, sempre que houver processo de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, ou que possa atingir o conforto[484] ou a segurança da população, assegura-se o dever de audiência pública entre o Poder Público e a população interessada (art. 2º, XIII), como mais uma nova extensão da gestão democrática.

De fato, as atividades devem ser dispostas não somente de acordo com a necessidade de geração de renda, do menor impacto ambiental, do alcance dos equipamentos urbanos que permitam não só a produção, o acesso ou o escoamento dos produtos, mas, especialmente, em condições de manter a máxima segurança possível tanto às pessoas como ao meio ambiente. Por este motivo, a sociedade

---

[482] Destacando a concentração dos interesses, Luiz Milanesi, ao escrever o artigo ***cultura local: um paradoxo na globalização*** afirmou que "Todas as pesquisas sobre o público da Internet e suas expectativas e desejos apontam para a mesma direção: os interesses maiores concentram-se na aldeia e na pessoa (...) A pessoa está preocupada consigo e procura em primeiro lugar aquilo que possa, de alguma forma, servir para que seja mais feliz, disponha de maiores benefícios, tenha qualidade de vida mais alta." (Fundação Prefeito Faria Lima. *Ibid.* p. 349).

[483] Dando idéia da importância da participação dos indivíduos, Morin identifica o indivíduo, ao mesmo tempo, como um sujeito egocêntrico e um elemento de um todo sociológico: "Dentro de cada sociedade, cada indivíduo é, ao mesmo tempo, um sujeito egocêntrico e um momento/elemento de um todo sociológico. (...) Em outras palavras, qualquer sociedade é, ao mesmo tempo, um campo de interesses individuais e uma comunidade fadada ao interesse coletivo. O outro, no primeiro caso, é o rival, o concorrente, às vezes, o associado; no segundo caso, é o irmão. (...) Estas são, de fato, um vasto campo de afirmação de interesses, de competições diversas, de concorrência econômica, de conflitos pessoais ou coletivos, de lutas de classes, mas, ao mesmo tempo, de entidades comunitárias (em que a pátria, substância mítica materna – paterna, faz seus 'filhos' confraternizarem)." (*Ibid.* p. 168).

[484] Correlacionando qualidade de vida e sustentabilidade, Pedro Jacobi, no artigo ***meio ambiente e sustentabilidade***, afirmou que "A noção de sustentabilidade implica uma necessária **inter-relação** entre justiça social, qualidade de vida, equilíbrio ambiental e a necessidade de desenvolvimento com capacidade de suporte. (...) o principal desafio nos dias atuais é que as cidades, independentemente de seu porte, criem as condições para assegurar uma qualidade de vida que possa ser considerada aceitável, não interferindo negativamente no meio ambiente do seu entorno e agindo preventivamente para evitar a continuidade do nível de degradação, notadamente nas regiões habitadas pelos setores mais carentes." (Fundação Prefeito Faria Lima. *Ibid.* p. 181).

deve dar o seu aval ao novo empreendimento e ao local onde o mesmo deva ser instalado, de forma a tranqüilizar a população quanto aos riscos que possa oferecer à comunidade que o aceitou, da forma como fez, quando, evidentemente, poderia se instalar em qualquer outra localidade melhor capacitada para recebê-la[485].

Atendido o interesse social, deve haver isonomia de condições para os agentes públicos e privados na promoção de empreendimentos e atividades relativas ao processo de urbanização (art. 2º, XVI), prioritariamente, para que haja o fornecimento e seja garantido o acesso aos equipamentos que possam interferir na instituição, manutenção, desenvolvimento e segurança da ordem pública (arts. 30, V e 175, da CF)[486]. Diante das suas possibilidades, cabe à administração pública administrar o atendimento dos interesses públicos, planejando com a comunidade, permitindo, incentivando e fiscalizando empreendimentos e atividades que possam interferir no processo de urbanização de forma a atender as pretensões sociais[487]. Como urbanizar é buscar melhores condições de vida ao homem na comunidade[488], dentre outras atitudes, cabe a gestão democrática planejar e fomentar a implantação de projetos habitacionais (art. 23, IX), projetar e restaurar o meio ambiente (arts. 23, VI, VII e 225, da CF), prevenir doenças e recuperar a saúde (arts. 23, II e 196-200, da CF), ampliar o acesso e a qualidade da educação (arts. 23, V e 205-214, da CF), incentivar e desenvolver o esporte (art. 217, da CF), o lazer (arts. 6º, *caput* e 217, § 3º, da CF), a cultura (arts. 23, III-V e 215-216, da CF), buscar o aprimoramento das qualidades pessoais e profissionais dos membros da comunidade (arts. 6º, 23, IX e

---

[485] As possibilidades devem ser submetidas à apreciação da comunidade interessada. Parece ser razoável aceitar, no que se refere às jazidas, aos demais recursos minerais e aos potenciais de energia hidráulica, quando presente o interesse nacional ou do Estado, que haja menor capacidade de intervenção da comunidade local (arts. 176 e 177 da CF). José Marcos Domingues de Oliveira, falando sobre vinte e dois princípios formulados pela Comissão Mundial sobre meio ambiente e desenvolvimento, da ONU, destaca: "os Estados devem usar os recursos naturais além-fronteiras de forma razoável e eqüitativa' – que, a par da soberania, prevê a um só tempo a solidariedade e a igualdade internacionais contrárias ao desenvolvimento e ao bem-estar à custa da perversa espoliação e degradação da qualidade de vida de outros povos" (***Direito Tributário e meio ambiente***. ***Proporcionalidade, tipicidade aberta e afetação de receita.*** 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 17-18)

[486] Garantida a qualidade, mesmo que satisfeito por interposta pessoa, importa que exista, que a população possa vir a ter ampliado o acesso ao equipamento, à produção, à obra ou ao serviço.

[487] No artigo ***descentralização e participação: importância do Município na Democracia***, André Franco Montoro afirma: "O destino da democracia no Brasil está estritamente ligado à descentralização do Poder e à participação da sociedade. (...) A participação organizada e progressiva da população é o caminho insubstituível para a formação de uma sociedade realmente democrática, em que a pessoa humana como fundamento e fim da vida social tenha sua dignidade respeitada. O homem contemporâneo começa a tomar consciência de que não é apenas um espectador passivo da história, mas seu agente. Essa consciência não se limita a algumas elites, mas se amplia progressivamente em todos os setores da vida social e os impulsiona. O sentimento de participação é um dos mais poderosos elementos propulsores da atividade humana. É ele que entusiasma e anima a ação dos construtores de uma obra coletiva, seja ela um casa, uma estrada, uma catedral ou uma cidade mais humana." (Fundação Prefeito Faria Lima. *Ibid.* p. 297-298).

[488] MEIRELLES. *Ibid.* 1993. p. 377.

205, da CF), apoiar e incentivar as atividades econômicas (arts. 170, 174 e 179, da CF), o turismo (art. 180 da CF) e, em todos os demais campos do interesse público, ampliar as possibilidades de realizações das pretensões sociais. Portanto, política de incentivo à atração de empreendimentos e serviços que possam melhor atender às necessidades e interesses da população, deve ser objeto do planejamento urbano, da análise, avaliação e decisão da comunidade diretamente interessada. Ao que parece, a qualidade da participação desta estará dependente do envolvimento social[489], de credibilidade quanto a liberdade e a aceitação da própria participação, da possibilidade de análise dos dados expostos diante da apreensão das informações que devem ser disponibilizadas ao público, na medida do interesse destes, de forma correta, clara e acessível.

A administração pública deve facilitar e promover a isonomia de condições para que os agentes públicos e privados possam satisfazer os interesses comunitários. Apoiar e incentivar a construção de obras e a instalação de serviços inexistentes, o aprimoramento ou o fomento daqueles já existentes e, especialmente, daqueles que a população julgar essenciais, é um dever dos Poderes instituídos. Daí a razão da necessária convocação e participação dos diferentes núcleos e setores sociais para discutir o processo de urbanização do Município.[490]

O processo de urbanização, portanto, não é somente tarefa que deve ser debatida nos ambientes dos poderes instituídos, ou que surge e se realiza nos gabinetes de engenheiros, de arquitetos, de ambientalistas, dos economistas, de empreendedores, de serventuários, dos que assessoram a administração das políticas públicas ou, enfim, dos envolvidos com as finanças e contabilidade pública.[491] Estes, dentre outros técnicos, devem adequar as necessidades

---

[489] "A cultura é, no seu princípio, a fonte geradora/regeneradora da complexidade das sociedades humanas. Integra os indivíduos na complexidade social e condiciona o desenvolvimento da complexidade individual" (MORIN. *Ibid.* p. 166).

[490] Refletindo sobre "... teorias do desenvolvimento", Guilherme Amorim Campos da Silva cita: "Portanto, emerge como pressuposto fundamental do rompimento com o subdsenvolvimento histórico nacional, a necessidade premente de se promover a coordenação e a interação de iniciativas que corrijam as graves distorções econômicas e sociais." (***Direito ao desenvolvimento***. São Paulo: Método, 2004. p. 93)

[491] Para André Franco Montoro, no artigo ***descentralização e participação: importância do Município na Democracia***, "Tudo o que puder ser feito por uma comunidade menor não deve ser feito por um organismo de nível superior. As iniciativas e atividades locais estão mais perto da população e são por isso mais realistas, econômicas e eficientes. É preciso saber aproveitar o imenso potencial dos recursos da sociedade civil. (...) O critério básico para a delimitação dessas atribuições deve ser sempre o bem comum, isto é, o bem-estar e a qualidade de vida da população e não o interesse de determinados grupos ou setores. O que for melhor para a população é melhor para o País. (...) O que puder ser previamente debatido com representantes da comunidade não deverá ser resolvido nos gabinetes fechados. A população é quem conhece melhor seus problemas, por isso deve ser ouvida." (Fundação Prefeito Faria Lima. *Ibid.* p. 298-299).

levantadas pela devida participação comunitária à realidade do Município, ou de qualquer outro ente interessado. O resultado desta participação não é a transformação da gestão democrática, mas, sim, a adequação desta que passará a se impor tanto ao Executivo, como ao Legislativo e ao Judiciário.

Enquanto o resultado do esforço comunitário deve fazer parte integrante do planejamento municipal, a formatação deste é que deve ser elaborada pelos profissionais que possuam as informações técnicas e o conhecimento das reais capacidades de cada Ente federativo. O planejamento municipal, em suas várias formas, é somente um dos instrumentos da política urbana relacionados no art. 4º do Estatuto da Cidade e que, num discurso amplo, acaba por influir em todos os demais aparelhos da política urbana.

Sempre que houver dispêndio de recursos por parte do Poder Público Municipal para implementação dos instrumentos da política urbana, deve ser garantido o controle social através da participação da comunidade, dos movimentos e das entidades da sociedade civil (art. 4º, § 3º), que vão atuar na formulação, na execução e no acompanhamento dos planos, programas e projetos de realização da política urbana (art. 2º, II). Por haver dispêndio de recursos públicos, o que pode ocorrer desde mera cessão de agentes, atividades ou de serviços públicos, há um especial interesse social devido ao fato das pessoas se identificarem como contribuintes do Estado (Título VI da CF). Daí um maior dever de cuidado quanto ao emprego ou a destinação das finanças públicas que acabou por motivar a edição da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF)[492] que, além de pressupor "... ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas..."[493], incentivou a participação comunitária ao eleger instrumentos de transparência da gestão fiscal (arts. 48 e 49) [494].

---

[492] Lei Complementar 101, de 04/05/2000.

[493] "... mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidadas e mobiliária, operação de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar." (art. 1º e § 1º da LRF).

[494] LRF: "Art. 48. São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: 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. Parágrafo único. A transparência será assegurada também mediante incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e de discussão dos planos, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Orçamentos." "Art. 49. As contas apresentadas pelo Chefe do Poder Executivo ficarão disponíveis, durante todo o exercício, no respectivo Poder Legislativo e no órgão técnico responsável pela sua elaboração, para consulta e apreciação pelos cidadãos e instituições da sociedade...".

O Estatuto da Cidade ultrapassou a esfera participativa de controle da gestão fiscal[495], estabelecendo como um dos vários instrumentos de política urbana (art. 4º), o planejamento municipal, cujo rol exemplificativo (art. 4º, III, "a"/"f"), destacou o Plano Diretor, a disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo, o zoneamento ambiental, o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual, a gestão orçamentária participativa, os planos, programas e projetos setoriais e os planos de desenvolvimento econômico e social.[496]

Fato é que os instrumentos da política urbana devem estar, de alguma forma, inseridos no planejamento municipal (art. 4º, III, "a"/"h"), inclusive aqueles denominados de institutos tributários e financeiros (art. 4º, IV, "a"/"c") e que os mecanismos de planejamento devem ser considerados e analisados por intermédio da participação direta da comunidade (arts. 1º, parágrafo único e 29, XII, da CF; e, arts. 2º, II, III, V, X, XIII e XVI, 40, § 4º e 44, do Estatuto da Cidade), a qual deve se fazer presente em todas as áreas de atuação administrativa[497], revelando-se como um dos meios de instrumentalização da democracia direta e, por tal razão, obrigatoriamente acessível por meio de ampla divulgação, informação, convite, abertura e garantia de participação social[498].

Dentre os instrumentos de planejamento municipal que relacionou, o Estatuto não estabelece qualquer prioridade, recebendo-os, cada qual, com sua amplitude e importância. Porém, da análise sistemática dos instrumentos dispostos, destaca-se,

---

[495] "Art. 4º. Para fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos: (...) IV – institutos tributários e financeiros: a) imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana – IPTU; b) contribuição de melhoria; c) incentivos e benefícios fiscais e financeiros".

[496] Correlacionando desenvolvimento e democracia: "Uma teoria de desenvolvimento, digna deste nome, deve garantir a vigência dos cinco pilares sustentáculos da democracia, a saber: liberdade, igualdade, solidariedade, diversidade e participação." (SILVA, G. *Ibid*. p. 95)

[497] Inclusive, devendo ser ampliada à análise e avaliação da conduta e atuação do ocupante do cargo ou função pública (art. 37, § 3º da CF), em todas as instâncias dos poderes instituídos, por serem estes, prestadores dos serviços públicos, os responsáveis pela realização dos intentos e das necessidades comunitárias.

[498] Embora os ocupantes dos cargos legislativos detenham imunidade parlamentar para a defesa de suas prerrogativas, todos e quaisquer representantes eleitos, enquanto se manifestem no exercício de suas funções eletivas, recebem um mandato a título de representação da comunidade ou de um Ente estatal. Não obtém uma carta em branco para decidir contra os representados (ou a favor de conchavos, de interesses de grupos ou de classe funcional). Por esta razão, suas manifestações, no exercício representativo, devem possibilitar o acompanhamento social, ser conhecidas do povo, através de assunção de postura e exercício de votos abertos. A vontade dos representantes eleitos deve refletir e demonstrar o desejo social, a ideologia ou postura anteriormente assumida frente aos interesses dos mandatários. O resultado da participação comunitária, se suprimido ou afastado por ato de representação, pode passar da ilegitimidade para a ilegalidade ou inconstitucionalidade. Para que os representantes do povo ou dos Entes federativos busquem a afirmação da sua representatividade, o próprio Estatuto da Cidade, afirmou que na elaboração do Plano Diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo garantirão a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade, a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos e o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos (art. 39, § 4º, I-III).

como fundamental meio de ordenação da cidade e base de sustentação de todo o planejamento municipal, o Plano Diretor (arts. 4º, III, "a"; e, 39-42, do Estatuto da Cidade, e 182 da CF), o qual engloba o território do Município como um todo. Deverá ser instituído por lei municipal que o estabelecerá como instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana, objetivando assegurar o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas (arts. 44 do Estatuto da Cidade e 174 e § 1º da CF). Ao ser elaborado, deverá atender as diretrizes gerais da política urbana (arts. 2º e 39) que objetivam ordenar as funções sociais da cidade e da propriedade urbana, cuja função social estará condicionada ao atendimento das exigências do Plano Diretor. Uma vez que as normas contidas no Plano Diretor não sejam observadas, a propriedade urbana pode sofrer, sucessivamente (art. 182, § 3º da CF), parcelamento ou edificação compulsórios, imposto sobre propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo e, finalmente, desapropriação, em prol do interesse social.

Mas além de estabelecer a função social da cidade e da propriedade urbana, o que destaca o Plano Diretor dos demais instrumentos de planejamento do Município é a amplitude de sua abrangência (congrega o Município como um todo) e a qualidade que lhe é inerente de estabelecer um projeto fundado em diferentes perspectivas temporais (curto, médio e longo prazo), partindo de planejamento inicial, cuja estimativa pode chegar a um período de até dez anos[499].

Vai se apresentar como parâmetro a ser utilizado pelos instrumentos de planejamentos de menor abrangência e perspectiva temporal. Servirá de base à elaboração do plano plurianual, o qual ainda vige, embora tenha sido vetado na LRF (art. 3º) sob a justificativa de apresentar um reduzido período para sua elaboração, de ter que ser enviado ao legislativo até o dia 30 de abril, de dever mobilizar todos os órgãos e unidades do Executivo, do Legislativo e do Judiciário e, dentre outros argumentos, de ter que ser executado justamente no primeiro ano de mandato do

[499] "Enquanto o plano diretor é sempre uno e integral, os planos de urbanização ou de reurbanização geralmente são múltiplos e setoriais, pois visam a obras isoladas, ampliação de bairros (plano de expansão), formação de novos núcleos urbanos (urbanização por loteamento), renovação de áreas envelhecidas e tornadas impróprias para a sua função (reurbanização) e quaisquer outros empreendimentos parciais, integrantes do plano geral. Estes procedimentos urbanísticos não se confundem com o plano diretor, pois, embora sigam as suas diretrizes, passam a constituir atos autônomos e concretos de administração e, ainda que aprovados por lei, quando devam ser por decreto, tornam-se passíveis de impugnação judicial se incidentes sobre a propriedade particular e lesivos de direito individual mesmo antes das medidas expropriatórias para ocupação do imóvel atingido." (MEIRELLES. *Ibid.* 1993. p. 394).

Executivo, ocasião em que a administração pública sofre as naturais dificuldades decorrentes da mudança de governo e a necessidade de formação de equipes com pessoal nem sempre familiarizados com os serviços e sistemas que devem fornecer os elementos essenciais para a elaboração do plano, em prejuízo do próprio plano plurianual e de seus objetivos sociais. O plano plurianual está em vigor por sua base constitucional, normalmente ressaltado pelas Leis Orgânicas dos Municípios. Estimado para um período de quatro anos, deve ser apresentado no primeiro ano da gestão do Executivo e mantém, diante das metas do Plano Diretor, propósito mais limitado[500]. Mesmo assim, serve de sustentação à elaboração da lei de diretrizes orçamentárias destinada a viger por um período de dois anos[501], a qual, por sua vez, servirá de fonte orientadora para a elaboração da lei orçamentária anual[502], que, por seu turno, deve estar compatibilizada com o plano plurianual e, todos estes, com o Plano Diretor. "A regulação urbanística passa a ser tratada como um processo, com etapas sucessivas"[503]. Dessa análise sistemática pode ser afirmado que eventual alteração no conteúdo deste plano poderá representar alteração em todos os demais, que dele extraem sua base de formação, e que a alteração destes deve guardar sintonia com o conteúdo daquele, fazendo com que o Município não se perca em seu planejamento e nem da análise e esforço democrático. Qualquer que seja a intenção de alteração de uma legislação estabelecida com a participação popular direta, sob pena de perda de legitimidade ou eventual ilegalidade ou inconstitucionalidade[504], depende de nova e similar submissão à análise e aquiescência democrática[505].

---

[500] CF. "Art. 165. (...) § 1º A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, os objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada."

[501] CF. "Art. 165. (...) § 2º A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subseqüente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento." O art. 4º da LRF, dispõe sobre uma série de requisitos que deverão ser observados pela lei de diretrizes orçamentárias, além dos relacionados no citado § 2º.

[502] A lei orçamentária possui informações básicas no art. 165, §§ 2º, 5º-8º, da CF e no art. 5º da LRF, de onde se poderá anotar que "A lei orçamentária anual não conterá dispositivos estranhos à previsão de receita e à fixação da despesa, não se incluindo na proibição a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos da lei." (art. 165, § 8º, da CF).

[503] Câmara dos Deputados. *Ibid*. p. 40.

[504] Havendo violação das convocações públicas estabelecidas no art. 44 do Estatuto da Cidade, eventual aprovação dos atos enumerados neste artigo será ilegal. Impossibilitada a cooperação das associações representativas no planejamento municipal (art. 29, XII, da CF), haverá a prática de um ato inconstitucional.

[505] Lei só se altera por lei (art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil). Porém, uma lei de formação democrática, ao que parece, só é passível de ser alterada por outra lei que não suprima as necessárias etapas democráticas. Não parece ser legítimo suprimir qualquer etapa democrática em defesa de interesses outros que não os comunitários, aquiescidos, como anteriormente fora, diretamente pelos indivíduos do agrupamento social.

Os debates, as audiências e consultas públicas sobre o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, a justiça social, ao zoneamento das atividades econômicas, a arrecadação e os investimentos da administração municipal, por ocasião da elaboração do Plano Diretor (art. 40, §§ 1º e 4º), do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, como condição obrigatória para serem levados à aprovação pela Câmara Municipal (art. 44), assegura, em todos os momentos, a participação popular direta na gestão democrática do Município, a qual tem a incumbência de fiscalizar e auxiliar no planejamento, no acompanhamento e na avaliação das propostas adotadas com base em critérios como de metas cumpridas ou, ainda, por serem satisfeitas, permitindo, assim, uma constante adequação destes instrumentos aos resultados, as suas finalidades e aos interesses reais da comunidade[506].

Por esta busca de adequação social, a lei instituidora do Plano Diretor estabelece que o mesmo deva ser revisto, pelo menos, a cada dez anos, além de ter que possuir um sistema próprio de gestão[507] que possibilite o acompanhamento e o seu controle (art. 42, III), através do acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidas (art. 40, § 4º, III), a avaliação de suas metas e, se for o caso, a sua readequação[508], de forma a garantir o atendimento dos maiores valores e das mais prementes necessidades comunitárias (art. 2º e 39).

É da essência do Plano Diretor adequar o dinamismo social à atuação planejada da administração, motivo pelo qual, mesmo após estabelecer suas prioridades, ele não deve possuir dispositivos que inviabilizem o aproveitamento de oportunidades que poderão vir a ser concedidas ao Município, a exemplo de programas, projetos, parcerias ou convênios objetos de disponibilidade ou de qualquer outra política de fomento dos órgãos ou instituições governamentais ou,

---

[506] "Não se trata aqui da tradicional fase de 'consultas' que os Planos Diretores costumam fazer – a seus interlocutores preferenciais, 'clientes' dos planos e leis de zoneamento, que dominam sua linguagem e simbolização, mas de um processo de construção coletiva da 'cidade que queremos'" (Câmara dos Deputados. *Ibid*. p. 40).

[507] "Os sistemas de gestão devem ser constituídos por lei, podendo ser objeto de regulamentação pela Lei Orgânica como também pelo próprio Plano Diretor." (Câmara dos Deputados. *Ibid.* p. 51).

[508] Vera Martins, no artigo intitulado ***o papel dos Municípios no desenvolvimento econômico***, escreveu "A fim de promover o desenvolvimento econômico e simultaneamente melhorar a distribuição de renda, é fundamental que duas questões sejam adequadamente analisadas. A primeira refere-se à atual estrutura de gastos que prevalece nas diversas instituições públicas, nas três esferas de governo. (...) A segunda questão refere-se à necessidade de se proporcionar às instituições municipais condições para cumprir os objetivos de desenvolvimento e distribuição de renda. (...) Na realidade, conforme os problemas sociais vão se intensificando, os orçamentos públicos acabam sendo dominados por gastos que, apesar de extremamente necessários, resultam, de um lado, na redução da capacidade de investimento do Estado naquilo que ataque efetivamente as distorções e, de outro, na incapacidade de reduzir os problemas sociais." (Fundação Prefeito Faria Lima. *Ibid.* p. 80)

ainda, da iniciativa privada[509]. Esta abertura, planejada, não pretende superar a gestão democrática do Município, que acaba por significar "... o que existe de mais vivo e vibrante no desenvolvimento de nossa democracia – a participação direta (e universal) dos cidadãos nos processos decisórios." [510] A ordem interna do projeto democrático deve ser mantida[511], como verificado fruto do interesse social, não se perdendo como meta a ser acompanhada pela comunidade (arts. 4º e 5º da LRF), perseguida e cumprida pelos esforços da administração[512], sendo certo que eventuais projetos, programas ou demais realizações ocasionais ou setorialmente obtidas (ainda que não previstos nos programas), deverão ser acolhidas como algo que deva se somar ao planejamento democrático em reforço à realização deste que já é uma conquista social, possibilitando concretizar o desenvolvimento[513], a reduzir desigualdades, a promover o bem de todos, a valorizar o trabalho, a assegurar existência digna e a promover a justiça social (arts. 3º e 170 da CF).

Assim, a atração ou a instalação de serviços, de novas estruturas de produção ou de informações, embora possa não constar no planejamento municipal (mesmo devendo constar), não pode ser aleatoriamente repelida pela comunidade. A Constituição Federal assegura, em regra, a livre iniciativa, a livre concorrência, a liberdade de exercício das atividades econômicas, desde que não coloque em risco a segurança nacional (arts. 170-180 da CF) ou a sustentabilidade ambiental (art. 225

---

[509] Mesmo considerando os planejamentos "determinante para o setor público e indicativo para o setor privado" (art. 174, da CF), no que se refere a atividade econômica, inclusive as pessoas do setor privado que se dedicam a estas atividades se sujeitam aos instrumentos de planejamento urbano legitimamente instituído (art. 182, da CF).

[510] Câmara dos Deputados. *Ibid*. p. 37.

[511] Como resultado do "*Estado de direito democrático* isto é, como uma ordem de domínio legitimada pelo povo". Segundo é possível concluir da seqüência desta lição, "o poder político deriva do 'poder dos cidadãos'" os quais organizam os poderes do Estado, democraticamente. Para este autor o Estado de direito e a democracia seriam "dois modos de ver a liberdade." Uma liberdade negativa, ou de defesa diante do Estado, e uma liberdade positiva proveniente do exercício democrático do poder e que o legitima. Canotilho afirma, também, que "o princípio da soberania popular, concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados" serviria de ligação entre o "Estado de Direito' e o 'Estado Democrático', possibilitando a moderna compreensão da fórmula *Estado de direito democrático*." (CANOTILHO. *Ibid.* p. 94-96). Fórmula, segundo já vista da afirmação de José Afonso da Silva, que não se confunde com o *Estado Democrático de Direito*, de onde o *direito democrático* é apenas uma de suas possibilidades.

[512] Luiz Paulo Vellozo Lucas, ao escrever o artigo ***planejamento estratégico com participação***, afirmou: "Um governo que elabore objetivos em conjunto com a sociedade faz uma política de melhor qualidade e, quanto maior a governabilidade, decorrente da boa atuação política, mais factível torna-se a execução do planejamento (...) O conceito de desenvolvimento sustentável presidirá esse processo e exigirá, para garantir a qualidade ambiental e a qualidade de vida, intensas negociações e uma atuação responsável dos atores envolvidos." (Fundação Prefeito Faria Lima. *Ibid.* p. 60-63).

[513] "O Texto Federal de 1988 faz do desenvolvimento objetivo fundamental do Estado e, portanto direito da nação e de cada indivíduo. É nesta perspectiva que apropriamos o direito fundamental ao desenvolvimento nacional, enquanto direito humano fundamental, integralizador da esfera individual de cada ser humano, ligando-o às suas esferas político-jurídica de cidadão; social, de indivíduo; e coletiva de nação, no esteio das lições ora colacionadas." (SILVA, G. *Ibid.* p. 69).

da CF). Por esta razão, democraticamente, é um dever e conveniente planejar o zoneamento da cidade de forma a estabelecer mecanismos de desenvolvimento e prever a instalação ou oferta de fontes de produção, ou de prestação de serviços, ou a realização de obras, ainda que não priorizadas no planejamento inicial, mas, de alguma forma, conquistada pela administração pública ou pela comunidade, em proveito da sociedade local.

Os interesses comunitários se mantêm em vista da realização de princípios básicos como da solidariedade e da redução das desigualdades sociais e regionais, comumente existentes dentro de um mesmo território, tornando-se necessário que a gestão democrática possa avaliar o complexo social, econômico e ambiental do Município (art. 43 da CF), para, com liberdade e responsabilidade, buscar o gradativo aumento na qualidade de vida de seus habitantes[514].

Há diversos outros instrumentos de manifestação destinados a esta finalidade[515], como a participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações governamentais na área da assistência social em todos os níveis federativos (art. 204, da CF) ou a gestão democrática da educação (art. 206, VI, da CF), estipulada de forma a poder permitir a exigência de garantia de um bom padrão de qualidade do ensino público local (art. 206, VI, da CF).

Deste contexto de realizações e de interferências sociais diretas, deve partir a reavaliação dos atuais valores Republicanos, Federativos e Democráticos[516], pretendidos como fontes reais de afirmação dos indivíduos, ao menos quando estes forem tidos como significantes sujeitos participativos, dignos de reconhecimento e não, somente, aceitos como contribuintes necessários à manutenção dos custos ou à cobertura dos déficits Estatais.

---

[514] Solidariedade (união de esforços) e liberdade (de realizações) são princípios do federalismo. Neste sentido: "Sob um ponto de vista próprio, é a liberdade das partes quem fundamenta o sentido da existência federativa, promovendo uma união de comunidades livres e irmanadas num mesmo sentimento nacional. Neste caso, o federalismo não abandona a perspectiva pluralista dos seus fins de consecução, confiando à cada ente federativo a efetiva retomada dos assuntos que lhes são específicos." (ZIMMERMANN. *Ibid*. p. 188-189)

[515] "Além das modalidades explícitas, mas espasmódicas, de democracia direta — o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular (art. 14) — a Constituição da República aventa oportunidades tópicas de participação popular na administração pública (*v.g.*, art. 5º, XXXVIII e LXXIII; art. 29, XII e XIII; art. 37 , § 3º; art. 74, § 2º; art. 187; art. 194, § único, VII; art. 204, II; art. 206, VI; art. 224). A Constituição não abriu ensanchas, contudo, à interferência popular na gestão da segurança pública..." (**STF**: ADI 244, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 31/10/02).

[516] "O Estado de Direito é como a democracia, a liberdade e às vezes o próprio Direito: certas pessoas só os reconhecem e estimam depois de violados ou conculcados, ou seja, durante a repressão, a ditadura ou o terror. Fora daí parecem existir tão-somente no léxico dos idealistas, nos lábios dos sonhadores, na retórica dos demagogos." (BONAVIDES. *Ibid.* 2004. p. 299)

Esta pretendida reavaliação de valores, que se propõe a considerar uma possível evolução da forma democrática admitindo-a como a mais importante tentativa de concretizar as aspirações soberanas dos indivíduos que compõe esta República Federativa, bem como eminentemente capaz de proceder à própria realização dos objetivos e fundamentos do Estado, tem acontecido, do ponto de vista positivo, a exemplo visto das ora ressaltadas normas colhidas do Estatuto da Cidade. O dilema é que, além do esforço de uma ou de outra das funções instituídas, esses objetivos devem ser perseguidos pelas demais esferas do Executivo, do Legislativo e do Judiciário, no que se refere a sua implementação.[517]

Os Órgãos Executivos, através da divulgação deste potencial democrático, da instrução comunitária e da promoção da ampla abertura à efetiva participação comunitária e da execução dos comandos democráticos. Os Legislativos, tais como os Executivos, devem divulgar, respeitar as ponderações de ordens democráticas e cobrar as suas implementações. Os Judiciários, através do poder final de dizer o direito, devem reforçar a cobrança das intervenções democráticas, exigindo o reconhecimento e o respeito às decisões tomadas nos diversos Entes federados e democraticamente concebidas de acordo com o interesse local (art. 30, I da CF).[518]

---

[517] É dever comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios zelar da Constituição, das leis e das instituições democráticas (art. 23, I, CF); compete ao Presidente da República buscar preservar ou prontamente restabelecer a ordem pública ou a paz social ameaçadas por instabilidade institucional (art. 136, CF), a qual, do ponto de vista-econômico social, não seria absurdo reconhecê-la: "De último, quem menos faz a lei é o legislador, e como a norma cada vez mais emerge da obra dos intérpretes, e não propriamente dos textos formais, avulta, por via hermenêutica, a função governativa, tanto expressa como implícita, das magistraturas judicantes e executivas." (BONAVIDES. *Ibid.* 2005. p. 491). Uma instabilidade advinda da utilização das normas. "... muita dessa legislação tem permanecido letra morta. Pode mesmo avançar-se como hipótese de lei sociológica que *quanto mais caracterizadamente uma lei protege os interesses populares e emergentes maior é a probabilidade de que ela não seja aplicada*. Sendo assim, a luta democrática pelo direito deve ser, no nosso país, uma luta pela aplicação do direito vigente, tanto quanto uma luta pela mudança do direito." (SANTOS. *Ibid.* p. 178). Embora o resultado da participação direta, por si, confira respeito ao exercício da cidadania e à dignidade dos indivíduos que compõem a comunidade, nem todos os Poderes o acolhe, em verdadeira afronta à soberania popular. A segregação econômico-social pode ser tida como fruto da incapacidade que as instituições têm apresentado para lidar com os comandos positivos estruturados para fazer frente aos problemas, às necessidades e aos interesses do povo, o qual vem dando suporte às instituições na medida da pretensão destas, sem que estas transfiram o compromisso *harmônico* e *independente* para suprir as necessidades reais das comunidades individualizadas.

[518] "A questão mais séria, na verdade, diz respeito à fonte de autoridade e legitimidade. (...) As tentativas de tolher a liberdade participativa como pretexto de defender valores tradicionais (como o fundamentalismo religioso, o costume político ou os chamados valores asiáticos) simplesmente passam ao largo da questão da legitimidade e da necessidade de as pessoas afetadas participarem da decisão do que elas desejam e do que elas estão certas ao aceitar." (SEN. *Ibid.* 1999. p. 47-48). "Fora da hermenêutica não há Direito nem Ciência do Direito; tampouco há Constituição ou Direito Constitucional. Mas hermenêutica com legitimidade, só num sistema de democracia direta, onde o povo, em última instância, seja constituído sujeito efetivo de todos os poderes decisórios de controle supremo" (BONAVIDES. *Ibid.* 2005. p. 492). "... Direito Constitucional como ciência de normas e da realidade não pode renunciar à fantasia e à força criativa dos intérpretes 'não coorporativos' ('nicht-zünftige' Interpreten)." (HÄBERLE. *Ibid.* p. 34).

Num sentido prático geral, significa dizer que as normas federais, embora devam servir de parâmetro e demonstrar o intento e as ações da União, não devam ser objetivamente impostas como reveladoras e determinantes do interesse local[519]. Mesmo sendo certamente admitidas, a título de normas gerais de segurança e regulamentação, o Estado Republicano e Democrático só se efetivará quando, reconhecendo os diferentes Entes federativos e suas peculiaridades, passe a valorizá-los como comunidades formadas por seres humanos dotados, cada qual, de parcela da soberania estatal e que, para serem dignamente reconhecidos como cidadãos, devam ter a oportunidade de ver respeitada a sua posição enquanto realizadora das suas necessidades e interesses próprios[520].

Não se pretende a superação de poderes ou de direitos, mas a adequação destes às suas áreas e campos de influência, em solidário reforço ao reconhecimento da dignidade das pessoas que compõem os numerosos núcleos sociais. As comunidades, enquanto componentes de um grupo social maior, financiam o desenvolvimento Republicano como um todo ao tempo em que possuem o direito de participar da gestão direta do seu Município, através de suas manifestações. Contribuem para a providência das necessidades da Federação e têm o direito de enumerar aquelas que entendem como necessidades e interesses próprios, contribuindo, desta forma, para a formação de uma base real de fraternidade, desenvolvimento e harmonia social.

---

[519] "Constituição formal e federalismo se identificam porque, antes de tudo, *ambos são instituições políticas que visam a delimitação do Poder*. Neste sentido, são também interdependentes (...) Aqui, o princípio vigente para este tipo composto de Estado é o da pluralidade dos centros de poder autônomos e coordenados entre si. (...) O principal objetivo da lei é a garantia de direitos iguais e a composição das reivindicações sociais mais preeminentes. Em vez de se prestar a alguma idealização que imponha um padrão único de ação sobre a totalidade, o ordenamento jurídico deve estar determinado por uma estrutura capaz de fazê-lo melhor se adaptar às realidades específicas, garantindo-o para o desafio colocado pela sociedade pluralista mais complexa e diversificada. (...) Assim, o pluralismo jurídico busca denunciar o grande erro de se buscar o tratamento preferencialmente homogeneizador e visivelmente mediocrizado da realidade concreta, de forma que todos os contrastes existentes sejam desprezados por uma visão mais distorcida e *colonizadora* do poder central." (ZIMMERMANN. *Ibid*. p. 76-77, 179-180)

[520] "Em suma, democracia e Estado de Direito, sem embargo das escamoteações teóricas habituais, representam duas noções que o povo, melhor do que os juristas e os filósofos, sabe sentir e compreender, embora não possa explicá-las com a limpidez da razão nem com a solidez das teorizações compactas." (BONAVIDES. *Ibid.* 2004. p. 299). Enquanto investido do poder de dizer o direito, em última instância, o Judiciário amplamente reconhece e enfrenta, discursivamente, as necessidades e disparidades sociais. Porém, ao se conservar afastado, em cada núcleo social, da *soberana* aquiescência popular, da aprovação, aceitação e avaliação periódica e democrática, os instituídos nesta função deixam de, efetivamente, se interessar ou de se comprometer com as questões ou decisões comunitárias, passando a agir na perspectiva de um agente (ou grupo de agentes) isolado ou distante da realidade que o cerca, dos interesses e das necessidades democráticas (exceto, no aspecto discursivo).

4.2. Ilegitimidade da execução da política urbana pela inobservância da gestão democrática da cidade

No item anterior, foram abordadas questões afetas a gestão democrática, com o propósito de buscar ressaltá-las, enquanto instrumentos postos à disposição da sociedade e, especialmente, como formas previstas no ordenamento positivo de atuação direta da população em busca da concretização dos valores e objetivos desta República Federativa, os quais, em apertada síntese, poderiam ser tidos como de afirmação dos indivíduos, de inclusão solidária e de desenvolvimento pessoal e comunitário.

Além de citá-los, foi tratado, brevemente, do poder-dever, imposto aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de observar o resultado da gestão participativa como meio de respeitar, adequar-se aos reais valores republicanos, federativos e democráticos e satisfazer as prioritárias necessidades e interesses comunitários. Deste poder-dever de agir, nasce, se inobservado, a ilegitimidade da execução da política urbana pela inobservância da gestão democrática da cidade, a qual passa a ser objeto desta abordagem.

Há muito tempo, e se pode notar da leitura da obra de Aristóteles, tem-se a afirmação de que "toda cidade é uma espécie de associação, e que toda a associação se forma tendo por alvo algum bem; porque o homem só trabalha pelo que ele tem conta de um bem". O autor sustentava que a cidade-Estado seria uma voluntária reunião de famílias e pequenos burgos associados "para gozarem em conjunto uma vida perfeitamente feliz e virtuosa", tendo como pretenso fim a "felicidade na vida". Para este filósofo, a vida em comum e as ações honestas e virtuosas "são o escopo da sociedade política"[521].

Mesmo entre os que identificam na finalidade desta reunião uma motivação diferente, todos os entendimentos encontrados, no que se referem à formação da cidade-Estado, desde sua origem, apontam à idéia de associação de indivíduos para a consecução final de um bem comum, o qual varia e pode ser revelado como a paz, o desenvolvimento, uma vida mais satisfatória ou "sair daquela mísera condição de

[521] "15. Assim, mais importam ao Estado aqueles que melhor contribuem para formar uma tal associação, que os que, iguais ou superiores aos outros em liberdades e em nascimento, são desiguais em virtude política, ou ainda os que têm mais fortuna e menos virtude." (ARISTÓTELES. *Ibid.* p. 13, 90-91).

guerra"[522]. Rousseau reconhecia que as deliberações do povo nem sempre tinham a mesma retidão, porém ressaltava o valor da vontade geral, sustentando que as deliberações do povo seriam sempre retas e tendentes à utilidade pública, desde que cada cidadão, suficientemente informado, manifestasse sua própria opinião[523].

Ainda no sentido de revelar a idéia de associação para um fim em comum, Fustel de Coulanges[524], distinguindo entre *cidade* e *urbe*, asseverou que entre os antigos estas palavras não foram sinônimas, embora ambas representassem a idéia de uma prévia reunião ou associação. No primeiro caso, religiosa e política de famílias ou tribos e, no caso da *urbe*, como sede do santuário do culto a ser realizado em comum entre as famílias, as fratarias e as tribos.

Hodiernamente, não com outros propósitos, as pessoas contribuem para o convívio social. Busca-se a própria sobrevivência, a segurança, a sustentação de um modo de vida que se pretende levar, melhor qualidade de vida ou um espaço que possibilite a cada um o desenvolvimento de suas atividades, tal como pretendido.

São razões finais comuns, como as citadas, que motivam as pessoas a aceitarem contribuir e a procurar se estabelecer ou pôr-se de passagem pelo território de um ou outro Município, o qual, do ponto de vista sociológico[525], pode ser definido como o agrupamento de pessoas que se reúnem para satisfazer suas necessidades individuais, assumindo, para tanto, obrigações e deveres coletivos de peculiar interesse local.[526]

A importância do reconhecimento do interesse local (arts. 29, *caput* e 30, I, da CF), como meio de indução à satisfação desses fins comuns, é também ressaltada pela atual legislação positiva ao conceber a *federação*[527], formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, de onde restou

---

[522] "O fim último, causa final e desígnios dos homens (que amam naturalmente a liberdade e o domínio sobre os outros), ao introduzir aquela restrição sobre si mesmos sob a qual os vemos viver nos Estados, é o cuidado com sua própria conservação e com uma vida mais satisfeita. Quer dizer, o desejo de sair daquela mísera condição de guerra..." (HOBES. *Ibid.* p. 141).

[523] ROUSSEAU. *Ibid.* (s.d.). v. 13, p. 41-42.

[524] COULANGES. *Ibid.* p. 145.

[525] A definição parafraseada, já referida na introdução desta pesquisa, foi retirada da obra de Hely Lopes Meirelles (*Ibid.* 1993. p. 111).

[526] Com relação a este interesse: "Desde o início, enfim, o princípio da representação democrática já se demonstrava eficaz nos agrupamentos locais e em sues aspectos de solidariedade humana. E, observando-se a representação como condição de competência da noção dos interesses locais, a comunidade, elemento máximo de descentralização, desponta como o campo de atuação política mais salutar à experiência democrática." (ZIMMERMANN. *Ibid*. p. 47)

[527] "A forma federativa consiste essencialmente na descentralização política: as unidades federadas elegem os seus próprios governantes e elaboram as leis relativas ao seu particular interesse, agindo com autonomia predefinida, ou seja, dentro dos limites que elas mesmas estipularam no pacto federativo." (MALUF. *Ibid.* p. 168).

privilegiado o exercício da cidadania pela afetação do interesse em questão (local, regional ou nacional) e favorecidas as condições de admissão da dignidade das pessoas humanas que compõem os diferentes núcleos sociais, os quais podem ser entendidos como formados por seres dotados de necessidades e interesses particulares, além de comungarem dos direitos postos que lhe asseguram a inclusão social. Da formação do Estado federal denota-se, também, o partilhamento da soberania comum (parágrafo único do art. 1º, da CF) e a aceitação manifesta da responsabilidade solidária, o que se denota, por exemplo, através da admissão de contribuições (arts. 157-162, da CF), em forma de pagamento de tributos ou doações, para a erradicação da pobreza e da redução das desigualdades sociais e regionais dos demais agrupamentos sociais.

O apontamento e o alcance das finalidades públicas, ou seja, da concretização dos interesses e das necessidades comunitárias, estão expressos na Constituição do Estado, de onde os valores republicanos, federativos e democráticos, estabelecidos principiologicamente, vêm igualmente positivados de forma a permitir ou a exigir a sustentação da democracia participativa.[528]

Esse termo "Constituição", segundo Sahid Maluf, na Ciência do Estado, apresenta "... dupla acepção: *lato sensu*, é o conjunto dos elementos estruturais do Estado, sua composição geográfica, política, social, econômica, jurídica e administrativa; e, *estricto sensu*, é a *lei fundamental do Estado*..."[529], de maior hierarquia[530], porque dela deve derivar, subordinando-se a ela, todas as demais normas jurídicas, quer sejam de estruturação, conformação ou de desenvolvimento do Estado.

Compreendida como a lei maior do Estado constituído, além de revelar sua base ideológica, a Constituição, tal como a brasileira, é positivada através de normas oriundas de regras e princípios, diferenciadas, em apertada síntese, por meio da dimensão de peso dos princípios, a título de preponderância na busca da otimização do ordenamento, contra a aplicação das regras à maneira do tudo ou nada.[531]

---

[528] Falando dos "princípios jurídicos, constitucionalizados", Walter Claudius Rothenburg assenta que os mesmos "... indicam, pois, os valores em que se assenta e para onde se orienta uma comunidade, sempre ao encontro de uma nova redenção." (*Ibid*. p. 83)

[529] MALUF. *Ibid*. p. 195.

[530] "Hierarquia, para o Direito, é a circunstância de uma norma encontrar sua nascente, sua fonte geradora, seu ser, seu engate lógico, seu fundamento de validade, numa norma superior. A lei é hierarquicamente inferior à Constituição porque encontra nesta o seu fundamento de validade." (TEMER *Ibid.* p. 146).

[531] Sobre o tema, como já visto, podem ser colhidas informações nas seguintes obras: GARCIA; ALVES. *Ibid.* p. 41. ROTHENBURG. *Ibid*. p. 13-49. ESPÍNDOLA. *Ibid*. p. 69-72. BREGA FILHO. *Ibid.* p. 51-55.

Não que se afirme existir uma hierarquia entre princípios e regras, especialmente, se provenientes de um mesmo estatuto legislativo e de uma mesma categoria formal como, por exemplo, dos direitos e das garantias fundamentais (Título II da atual CF). Não há, ao que parece, qualquer conflito hierárquico entre as regras e os princípios provenientes deste mesmo Título ou de outro de uma mesma natureza. Ocorre que os princípios são determinantes ao apontar os valores que deverão ser seguidos, ou não poderão ser violados, e harmônicos na medida em que convivem com outros princípios, expressos ou implícitos[532], para a melhor realização de seus desideratos. Um mesmo princípio pode variar de alcance e sentido conforme se amolde a uma determinada realidade social, histórica e cultural, permitindo a atualização, a vedação ou a conformação[533] das regras com as necessidades prementes de uma determinada sociedade. Os princípios revelam os fins que deverão ser perseguidos pelas regras. Por seu turno, as regras somente valem ou não, por critérios como o de vigência temporal ou de especialidade. Isso faz com que possa ser afirmada a maior importância dos princípios diante das regras[534]. No choque entre princípios, predomina aquele que mais tem condições de concretizar os valores sociais. Num embate entre regras e princípios, provenientes de um ordenamento jurídico da mesma natureza, busca-se adequar a aplicação da regra à conformidade dos princípios. Se provenientes de institutos jurídicos diferenciados, a solução vem da adequação das competências e da conformação com o sistema de valores estruturantes do Estado instituído[535].

---

[532] "A lei ordinária dever ajustar-se à letra e ao espírito da Constituição, como condição *sine qua non* de validade. Dizemos *à letra e ao espírito* porque, como é óbvio, além dos princípios expressos, decorrem da Constituição princípios *implícitos*, isto é, princípios que não estão escritos, mas que se deduzem do regime adotado, da substância ideológica e das próprias normas expressas" (MALUF. *Ibid.* p. 203)

[533] Os princípios permitem "... uma constante adequação da norma aos influxos sociais, variando sua compreensão conforme variem os valores do grupamento" (GARCIA; ALVES. *Ibid.* p. 264).

[534] "A sociedade contemporânea – múltipla, complexa, pluralista – não só impetra a jurisdição constitucional, regulativa do equilíbrio e da harmonia das heterogeneidades sociais, como faz imperativos o primado e a supremacia dos princípios sobre as regras, das Constituições sobre os Códigos, da legitimidade sobre a legalidade, da Hermenêutica sobre a Dogmática, da justiça sobre a vontade e a política dos governantes." (BONAVIDES. *Ibid*. 2004. p. 50).

[535] Para esta Dissertação, os valores ideológicos e normativos fundamentais do Estado instituído formam um sistema prevalente e não podem ser negados. A eles devem se adequar, inclusive, as demais normas constitucionais, de forma a preservá-los e a efetivamente concretizá-los. Um conflito não pode negá-los, mas pode excepcionar um em benefício de outro igualmente componente deste sistema. Uma regra pode excepcionar um princípio, não, ao que parece, o sistema. Walter Claudius Rothenburg possui a seguinte posição: "Quando a incompatibilidade surgir entre princípios e regras, estando ambos estampados na constituição, estas é que deverão prevalecer. Para solucionar tal impasse, adota-se o critério hermenêutico da exceção (pontual e restrita), imaginando-se que o constituinte, ciente do princípio que ele mesmo adotou como norma geral, previu expressa e especificamente alguma regra de exceção." (*Ibid*. p. 63)

É do próprio constitucionalismo, segundo se colhe das ponderações de Dalmo de Abreu Dallari, a busca do estabelecimento da "*supremacia do indivíduo*" e da limitação do poder, através da sua "*racionalização*", como meio de assegurar a afirmação do indivíduo[536].

Desde o estabelecimento de sua base, pela instituição de seu preâmbulo, a Constituição revela essas afirmações. Segundo Sahid Maluf[537], o preâmbulo aponta o conteúdo ideológico, o pensamento que orientou os trabalhos constituintes e o fim que se quis alcançar com a estrutura constitucional, ou seja, o norte a ser alcançado. No Brasil, os fins de que se fala são o da instituição de um Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos desta que deve ser uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

A partir da positivação desta base informativa ideológica é que foram instituídos, para sua concretização, os princípios constitucionais fundamentais, os direitos e garantias fundamentais, todos, seguidos pela organização do Estado, dos poderes, da defesa do Estado e das instituições democráticas, razões pelas quais foram lançados os institutos da tributação e do orçamento, da ordem econômica, da ordem social e feitas alusões às suas disposições constitucionais gerais e aos atos das disposições constitucionais transitórias. A menos que se mudem os seus valores, os seus princípios, os seus direitos e garantias fundamentais, as emendas constitucionais só podem adentrar o corpo constitucional se tiver como destino alcançar os fins revelados pelo constituinte[538]. Também para esta finalidade, diante

---

[536] "Aí estão os três grandes objetivos, que, conjugados, iriam resultar no constitucionalismo: a afirmação da *supremacia do indivíduo*, a necessidade de *limitação do poder* dos governantes e a crença quase religiosa nas virtudes da razão, apoiando a busca da *racionalização do poder*. Este último objetivo, atuando como que um instrumento para criação das condições que permitissem a consecução dos demais, foi claramente manifestado pelos autores que mais de perto influíram na Revolução Francesa" (DALLARI. *Ibid.* p. 199). A esses objetivos, mesmo que talvez já esteja implícito no último, poderia ser citada à instituição do constitucionalismo, a necessária alternância no exercício das funções de governo. Aristóteles, no que se refere à diferenciação entre o governo político e o real, afirmou: "... dizem que quando um homem governa só e com autoridade própria, o governo é real; e sendo, pelos termos da constituição do Estado, alternadamente, senhor e súdito, o governo é político." (ARISTÓTELES. *Ibid.* p. 13).

[537] MALUF. *Ibid.* p. 191-193.

[538] Os demais atos legislativos ou normativos só poderão ser aceitos como estando em conformidade com a Constituição se revelarem alcançar os propósitos institucionais da lei maior, estando de acordo com seus valores, com seus princípios, direitos e garantias fundamentais, razão pela qual é possível, como visto, se advogar a tese da potencial inconstitucionalidade da lei injusta, tal como afirmado por Clèmerson Merlin Clève (*Ibid.* 1993a. p. 70).

dos resultados experimentados, é que os diferentes indivíduos e grupos comunitários, tendendo a se auto-afirmarem e a seus valores, buscam reavaliar as instituições e as políticas públicas.

Pretende-se, como visto do atual preâmbulo da Constituição, a afirmação de um Estado Democrático, invariavelmente tendente a permitir aos diferentes indivíduos sociais se estabelecer em condições dignas de segurança e desenvolvimento. Tudo o que contrariar a busca de uma maior liberdade, de melhor segurança ou bem-estar, de desenvolvimento, do estabelecimento de maior igualdade e da realização da justiça, do ponto de vista dos interesses individuais e das necessidades sociais, é ilegítimo. Paulo Bonavides afirma ser a democracia "... o princípio contemporâneo mediante o qual se confere legitimidade a todas as formas possíveis de convivência..."[539]. Daí a razão das políticas públicas participativas, derivadas do princípio democrático, como forma de buscar as respostas necessárias para afirmação social.

Não só poderá ser considerado ilegítimo, mas certamente de questionável constitucionalidade, o estabelecimento de políticas públicas que não atentem para a soberania popular, à participação social (ou cidadania), que não levem em conta a dignidade dos seres humanos que habitam as diferentes comunidades, que não respeite o pluralismo ideológico ou político, ou que indistintamente viole os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, ou que não vise construir uma sociedade mais livre, mais justa ou solidária ou, ainda, que não tenha por objeto a garantia do desenvolvimento, ou como meta a redução das desigualdades sociais e regionais, a erradicação da pobreza ou da marginalização ou que não busque promover o bem de todos, sem quaisquer preconceitos, com a prevalência dos direitos humanos em atenção à cooperação e autodeterminação dos povos para o progresso da humanidade.

Ponderações, estas, que poderão ser abordadas, partindo-se de um sistema normativo fundamental instituidor de um Estado Democrático[540], o qual, desde sua matriz constitutiva, se demonstrou atento à busca da superação das desigualdades

---

[539] "... poder-se-ia dizer o único princípio legitimante da cidadania e da internacionalidade. Foi princípio filosófico nas revoluções; é jurídico nas elaborações pacíficas de cada sistema de governo que deve reger os cidadãos ou dirigir os Estados nas suas relações mútuas." (BONAVIDES. *Ibid.* 2004. p. 476).

[540] "O Estado Constitucional, no sentido de Estado enquadrado num sistema normativo fundamental, é uma criação moderna, tendo surgido paralelamente ao Estado Democrático e, em parte, sob influência dos mesmos princípios." (DALLARI. *Ibid.* p. 198).

e da negatividade dos indivíduos que pertencem aos mais diferentes núcleos sociais e regionais, através de avaliação e execução da pretendida gestão democrática.[541]

A gestão democrática, desta forma, deve ser vista como um dos meios de se efetivar a concretização dos valores fundamentais, dos princípios, dos direitos e das garantias fundamentais, tais como ponderado pela necessidade e interesse social, revelando, ainda, plena adequação aos comandos que instituíram a presente República Federativa e Democrática. Ou seja, ao tempo em que pretende respeitar os espaços públicos (República) e os diversos núcleos sociais (Federação), fomenta a participação comunitária, através da apuração e solução dos valores individuais predominantes (Democrática).

Portanto, mesmo proveniente de maneira expressa do Estatuto da Cidade que teve por objeto regulamentar os arts. 182 e 183 da CF, de forma a estabelecer as diretrizes gerais da política urbana, a gestão democrática da cidade visa realizar os valores principais deste Estado, a partir do reconhecimento e da aceitação, enquanto sujeitos de direitos, dos diferentes indivíduos que compõem as inúmeras e diversas comunidades sociais.[542]

Sendo assim é cabível assegurar como ilegítima a inobservância da gestão democrática da cidade por revelar violação ao princípio republicano[543]. As idéias republicanas se opõem às concepções absolutistas, às centralizações de poder, aos privilégios de determinados grupos que se alheiam ao controle popular ou assumem posturas que acabam por inibir os valores de ordem pública ou a ignorar os interesses manifestamente comunitários.

O princípio republicano informa a necessidade de participação do povo nos atos e nas decisões de governo e requer, para tanto, um amadurecimento das

[541] Possibilitando visualizar o largo campo de atuação da gestão democrática, ao dispor sobre a "descentralização e a sociedade", Clèmerson Merlin Clève leciona: "Também em favor da sociedade, ou de certos grupos sociais, tem-se operado a descentralização da função normativa. No direito contemporâneo, as normas jurídicas podem ser criadas por meio de acordos ou convenções coletivas de trabalho. A Constituição Federal, por exemplo, estabelece, entre os direitos sociais, aqueles concernentes ao 'reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho' (art. 7º, XXVI)..." (*Ibid*. p. 87).

[542] "Observamos, igualmente, que em conformidade com os interesses democráticos, a ampliação do pluralismo corresponde às exigências, tanto da participação e controle sociais do poder, quanto da liberdade de escolha das partes e de expansão do poder ascendente (de baixo para cima) em suas variadas articulações, desde a família até chegar à sistemática federativa da unidade nacional" (ZIMMERMANN. *Ibid*. p. 172). "A cidade é virtuosa, não por obra do acaso, mas da ciência e da vontade" (ARISTÓTELES. *Ibid*. p. 135).

[543] República, como modernamente se pretende, de governo do povo. "Na Antigüidade há referências à república, mas o sentido que se dá ao termo não corresponde ao moderno, como se verifica, por exemplo, com a expressão 'república romana', que identifica o próprio Estado e não sua forma de governo. Modernamente, é com Maquiavel que aparece o termo *república*, em oposição a monarquia." (DALLARI. *Ibid.* p.229). José Afonso da Silva, com relação a designação República Federativa do Brasil, aponta Brasil como o indicativo do País, Federativa para apontar o Estado e República para anunciar a forma de governo (*Ibid.* 1996. p. 100).

instituições públicas, as quais devem garantir o acesso, o acompanhamento e a aprovação popular no que se refere aos seus órgãos, à qualidade e à necessidade de seus serviços ou às manifestações de seus agentes.

Da mesma forma, a evolução das instituições republicanas deve possibilitar um contínuo fluxo de informações acessíveis e simplificadas que possam permitir o conhecimento das políticas públicas por parte da população, o resultado e o potencial das ações de governo, o quanto se dispõe, a identificação da parte comprometida e o montante possível de se utilizar para as realizações públicas, de forma a favorecer um envolvimento cada vez maior, mais atento e responsável por parte das comunidades interessadas nas transformações sociais.[544]

As instituições e as funções de governo foram almejadas partindo-se de uma estrutura republicana, ou seja, da busca de um espaço público para as manifestações que se refletem nas instituições e nos atos de governo. Para tanto, é necessário que as funções instituídas possam ser preenchidas por cidadãos que exerçam essas atividades cultivando um espírito que resplandeça a natureza indicada e permita o desenvolvimento aperfeiçoado desta nova cultura de aproximação, acesso e responsabilidade pública. Mesmo que se reconheça a necessidade de diferentes formas de ingresso no exercício das funções de governo, por sua complexidade, a permanência de seus agentes deve ter como norte inafastável a avaliação popular periódica para, desta forma, postar-se ao perene alcance público. Todas as funções de governo, sem exceções, devem ficar expostas ao poder soberano das comunidades diretamente afetadas por seus comandos. Quando no exercício das funções públicas, os ocupantes das funções instituídas manifestam-se por meio de um poder de representação, em nome das instituições republicanas e sob as garantias e demais privilégios do cargo ocupado. A publicidade[545] deve acompanhar todas as manifestações e decisões de governo republicano, de maneira eminentemente aberta à aquiescência pública. Não é legítimo se sobrepor às necessidades ou aos interesses que devam movimentar o governo público (*Res publica*), os quais tendem a afirmar uma maior inclusão social,

[544] "Porque a razão leva os homens a fazerem muitas coisas contrárias ao hábito e à natureza, quando eles se convencem que é melhor fazer de outra forma." (ARISTÓTELES. *Ibid.* p. 136). "**Razão** é a faculdade de raciocinar, de apreender, de compreender, de ponderar, de julgar; a inteligência." (Data. 06.05.06. Fonte: http://pt.wikipedia.org/wiki/Raz%C3%A3o).

[545] "O dever de *mostrar honestidade* decorre do princípio da publicidade, pelo qual todos os atos públicos devem ser de conhecimento geral, para que a sociedade possa fiscalizá-los." (MORAES *Ibid.* p. 102).

nivelar as diferenças sociais e contribuir para o reconhecimento da dignidade dos indivíduos que ocupam os diferentes núcleos sociais.[546]

Portanto, é necessário buscar a evolução das instituições, as quais devem estar continuamente preparadas para garantir o encaminhamento e receber o resultado das manifestações que se frutificam dos espaços públicos, os quais devem ser fomentados nos governos republicanos, estar livremente abertos e seguros ao acesso e a avaliação democrática da população diretamente interessada.

Democracia, enquanto governo do povo, demonstra o legítimo modo de atuar do Estado republicano[547]. Por ser uma revelação atual do princípio democrático, a inobservância da gestão democrática da cidade, além de atentar contra as diretrizes gerais da política urbana, demonstra patente violação ao princípio democrático, o qual se configura como o vetor mais imediato da gestão participativa.

Pode ser aceito como pressuposto para a instalação de uma democracia a admissão da pluralidade, a liberdade de participação social, a igualdade de condições de acesso ao espaço público (seguro) de manifestação, avaliação e decisão que deva ser reconhecida por aqueles que exercem as funções instituídas, em razão da soberania devida às comunidades envolvidas no processo decisório. Esses propósitos, dentre outros, são reveladores de uma pretendida tendência de carrear o Estado ao reconhecimento da dignidade dos seres humanos, diversificados em suas culturas, em suas pretensões ou necessidades.

Se o governo de todos nunca existiu[548], ou pudesse ser aceito como puramente convencional ou teórico[549], especialmente em épocas passadas,

---

[546] "As características básicas fundamentais da república, mantidas desde o século XVII e que foram a razão de seu prestígio e de sua receptividade, são as seguintes: *Temporariedade*. O Chefe de Governo recebe um mandato, com o prazo de duração predeterminado. E para evitar que as eleições reiteradas do mesmo indivíduo criasse um paralelo com a monarquia, estabeleceu-se a proibição de reeleições sucessivas. *Eletividade*. Na república, o Chefe de Governo é eleito pelo povo, não se admitindo sucessão hereditária ou por qualquer forma que impeça o povo de participar da escolha. *Responsabilidade*. O Chefe de Governo é politicamente responsável, o que quer dizer que ele deve prestar contas de sua orientação política ao povo diretamente ou a um órgão de representação popular. Essas características básicas, entretanto, sofreram adaptações, segundo as exigências de cada época e de cada lugar..."(DALLARI *Ibid.* p.230).

[547] Para Aristóteles, democracia era forma de governo. (BONAVIDES. *Ibid*. p. 297).

[548] Darcy Azambuja, definindo democracia como "poder do povo", foi um dos que afirmou que ela nunca existiu e talvez jamais viesse a existir, assegurando, porém, que "... diante desse torvelinho ideológico; a observação e a reflexão podem nele descobrir tendências e valores que são realidades na evolução política dos povos" (AZAMBUJA, Darcy. ***Teoria geral do Estado***. 44ª ed. São Paulo: Globo, 2005. p. 216).

[549] "O conceito de democracia como *governo do povo* pertence ao domínio da teoria. O governo de todos não existiu nem na democracia direta do século de Péricles. O Estado ateniense, por exemplo, era liderado pelos sábios, e as assembléias populares eram formadas pelos cidadãos, não pela totalidade do povo. Até mesmo o conceito de *governo da maioria*, como já demonstramos, é convencional e puramente teórico." (MALUF. *Ibid.* p. 301).

atualmente, na era da informação e do pretenso reconhecimento da necessária afirmação do povo, tal como, provavelmente, nunca existente, caminha a República Democrática evolutivamente para a sua aceitação. Não por outras razões, a própria Constituição dá ensejo a admissão da gestão democrática nos mais diversos campos de suas regulamentações, a exemplo da necessidade de se fazer presente nos distintos setores da administração pública (art. 37, § 3º, da CF), nas atividades econômicas (arts. 173, I e 174, § 1º, da CF), na saúde (art. 198, III, da CF), na assistência social (art. 204, III, da CF), na educação (art. 206, VI) e, especialmente, na gestão democrática da cidade.

Esta evolução, adquirida dos mecanismos e da velocidade das informações, tem surgido das notícias levadas ao conhecimento público, diariamente, dando conta das condições sociais desumanas ou fortemente desiguais, sobre os atos e os resultados das manifestações das instituições públicas, as quais, mesmo zelando por suas imagens, acabam por revelar atitudes que não contribuem para a satisfação social, especialmente no que se refere ao atendimento dos anseios comunitários que apontam para uma imediata oferta de mecanismos capazes de efetivar ou projetar a inclusão, uma aceitável paridade social ou uma condição mínima de independência às comunidades exclusas.[550] Das diferenças como as apontadas, surge a relevância da democracia direta, como efetivamente realizadora do poder pelo povo, a título de causa sem a qual a comunidade de fato não se aproximaria dos benefícios provenientes dos atos de governo, nem das políticas públicas, na medida mais próxima possível de suas avaliações, responsabilidades, necessidades e interesses.[551]

---

[550] Na internet, a página do Instituto Brasileiro de Geografia Estatística que apontam os indicadores sociais mínimos (www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadoresminimos... nos itens: "Aspectos Demográficos" e "Conceitos") demonstra uma tendência regular ao declínio na taxa média de crescimento anual da população, desde a década de 60 (em 1960 a taxa foi de 2,89%, em 1970 foi de 2,48%, caindo para 1,93% em 1980). No último período censitário (1991 a 1996) chegou a 1,38%. Por outro lado, os valores da taxa de desocupação (percentagem das pessoas desocupadas, em relação às pessoas economicamente ativas) para os anos de 1992, 1993, 1995, 1996 foram, respectivamente, de 6,5%; 6,2%; 6,1% e 6,9%, enquanto nos anos de 1992, 1993 e 1995 a taxa de atividade (percentagem das pessoas economicamente ativas, em relação às pessoas de 10 ou mais anos de idade) foi de 61,5%; 61,1% e 61,3%, respectivamente. No que se refere ao índice denominado Gini (medida do grau de concentração de uma distribuição, cujo valor varia de zero [perfeita igualdade] até um [a desigualdade máxima]. Nota: Os dados na tabela se referem à distribuição do rendimento mensal das pessoas de 10 anos ou mais de idade, com rendimento), no período de dez anos, de 1986 a 1996, o índice de Gini variou de 0,647, em 1989, a 0,590 em 1996. Nos últimos três anos, 1993, 1994 e 1996, o índice apresentou uma tendência regular de queda: 0,603; 0,592 e 0,590, respectivamente (dados capturados em 05.05.2006).

[551] "Três coisas fazem os homens bons e virtuosos: a natureza, os costumes e a razão." (ARISTÓTELES. *Ibid.* p. 135).

Se a democracia é a legítima forma de representação de um governo republicano, é preciso delimitar um espaço democrático, como fez a Constituição ao estabelecê-lo como o local de realização do interesse a ser discutido (art. 30, I, da CF)[552]. O respeito a este primado é também uma característica da forma federativa, devido à parcela de soberania interna cabível aos diferentes e, nos termos da Constituição, autônomos Entes da organização político-administrativa (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).[553]

Considerações como estas, tornam possível afirmar a ilegitimidade da inobservância da gestão democrática da cidade por revelar violação ao princípio federativo.

A federação pode ser compreendida como formada pelos Municípios, Distrito Federal e Estados, indissoluvelmente unidos (arts. 1º, *caput* e 60, § 4º, I, da CF), aos quais agrega-se a União para efeitos de organização político-administrativa do Estado (art. 18, da CF). Entre estes Entes há competências privativas, comuns, concorrentes ou suplementares, a exemplo do contido nos arts. 22, 23, 24, §§ 1º-4º, 25, § 1º, 30 e 32, § 1º, todos, da CF.[554] Esta repartição de competência, ao que se pode perceber dos princípios constitucionais fundamentais, além de procurar desenvolver uma organização estrutural harmônica, revela a necessidade de assegurar a indissolubilidade da República Federativa, ao mesmo tempo em que ressalta condições sob as quais a soberania popular deve se manifestar.

Ao incluir o Município como entidade componente da federação brasileira, a Constituição Federal ressaltou a sua autonomia enquanto Ente estatal soberanamente capaz de lidar com as questões afetas ao seu interesse local. Este interesse atua como um dos instrumentos de projeção e estabelecimento do limite de império da comunidade que reserva aos seus indivíduos a possibilidade de intervir nos atos locais de governo e nas avaliações das políticas públicas. Isso porque as manifestações locais soberanas deverão vincular os diferentes poderes que possam vir a atuar funcionalmente sobre o tema em questão.

No entanto, por força da repartição de competências, no federalismo brasileiro é possível que haja, sobre um determinado território, interesses de três esferas

[552] "A vantagem deste tipo de pluralismo jurídico, característica marcante do modelo federativo, é o fato de que ele fornece a possibilidade da regulamentação normativa adaptável às particularidades regionais" (ZIMMERMANN. *Ibid*. p. 176).
[553] Arts. 1º, *caput* e inc. I e 18 da CF.
[554] Especificamente quanto a política urbana, podem ser destacados os arts. 21, IX e XX; 24, I e §§ 1º-4º; 30, I, II e VIII; 48, IV, 182 e 183, todos, da CF e arts. 3º e 4º, I-III e § 1º, do Estatuto da Cidade.

diferenciadas de governo[555], a exceção do Distrito Federal que não pode ser dividido em Municípios (art. 32, da CF).[556] Por outro lado, há interesses que ultrapassam os territórios locais como, por exemplo, por ocasião das eleições dos Deputados, Senadores, Governadores ou do Presidente da República e seus respectivos Vices[557]. Já no que se refere ao plano internacional "... o Estado federal se projeta como unidade, não como pluralidade. Como observa Pontes de Miranda o adjetivo *federal* não interessa ao direito internacional, nem dele emana."[558]

Assim, considerando o valor federativo como de ordem interna, ao passo em que a União visa garantir o equilíbrio, a segurança e o desenvolvimento nacional, os demais entes da organização político-administrativa, estabelecidos pelos instrumentos de fixação e distribuição de competências, buscam estabelecer a harmonia local, repartindo atribuições de soberania, com responsabilidade social[559], de modo a poder assegurar uma sadia qualidade de vida para as presentes e futuras gerações que compõem as diferentes comunidades existentes nos diversos Entes federativos. Por isso, deve ser fomentada a participação comunitária[560], ou o exercício da cidadania, na localidade dos conflitos sociais, conferindo ao Estado a possibilidade de superar os desnivelamentos sociais, tal como pretendido pela comunidade soberana envolvida no processo democrático de um governo republicano.

Por estes motivos, dentre outros, é possível assegurar ser ilegítima a inobservância da gestão democrática da cidade por violar a soberania popular, infringindo a participação social ou o resultado desta e, conseqüentemente, por revelar desprezo aos interesses e necessidades dos indivíduos existentes no agrupamento humano em questão.

---

[555] Local, estadual e a União, no plano federal.

[556] É o que ocorre, por exemplo, com a proteção dos documentos de valor histórico ou cultural (art.23, III, da CF).

[557] Neste caso, toda a população se obriga a votar visando eleger os candidatos de seus respectivos Entes federativos.

[558] MALUF. *Ibid.* p. 168. (Conferir arts. 21, I e 84, VII e VIII, da CF). Porém, sem que possa, por isso, se afastar de seus fundamentos.

[559] Do ponto de vista cultural, econômico, fiscal e ambiental.

[560] Por exemplo, por meio da regular elaboração do plano diretor. "O Município, com base no artigo 182 e no princípio da preponderância do interesse, é o principal ente federativo responsável em promover a política urbana de modo a ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, de garantir o bem-estar de seus habitantes e de garantir que a propriedade urbana cumpra sua função social, de acordo com os critérios e instrumentos estabelecidos no Plano Diretor, definido constitucionalmente como o instrumento básico da política urbana." (Câmara dos Deputados. *Ibid.* p. 28).

Questiona-se de onde provém a supremacia do poder. Diante do sistema constitucional pátrio, “todo o poder emana do povo” (art. 1º, I e parágrafo único, da CF), razão pela qual pode ser afirmado que a supremacia do poder está concentrada nas mãos dos indivíduos que integram os diferentes núcleos da organização político-administrativa do Estado, devendo os indivíduos se manifestarem, enquanto detentores do poder desta República, à medida que o tema afete diretamente as atividades ou os interesses de seus respectivos Entes federativos, de sua localidade ou, de qualquer forma, lhe diga respeito.

A soberania é exercida diretamente ou por meio de representantes eleitos, razão pela qual no ato de representação, como visto, aqueles que exercitam esta função não podem se sobrepor à vontade da comunidade, sob pena do exercício do mandato perder em legitimidade. Nos limites de seu exercício de representação, os ocupantes das funções públicas, ao se manifestarem, revelam a parcela de soberania que lhes foi conferida pela comunidade. Os atos de governo ou o exercício da organização político-administrativa demonstram o poder conferido aos Entes que compõem esta organização e aos seus agentes. Assim, o poder da União ou dos Entes federados e de seus agentes é expressão da manifestação soberana da população, a qual pode ocorrer diretamente ou por intermédio do exercício de representação. No limite deste poder, soberanamente conferido, há legitimidade nas atividades político-organizacional do Estado.[561]

Positivamente, é possível afirmar o exercício de representação por parte dos Entes da organização político-administrativa e de seus agentes, fazendo a seguinte alusão: se a soberania cabe aos indivíduos que integram as diversas comunidades componentes da organização político-administrativa do Estado, se as funções públicas, em todos os níveis institucionais, são desenvolvidas por agentes que representam o Estado na busca da sua organização administrativa, estas funções são tão-somente de representação, razão pela qual há responsabilidades distintas entre as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos e os seus agentes (art. 37, § 6º, da CF), não podendo agir os agentes, no exercício da função pública, em seu nome próprio ou de acordo com

[561] “Cada indivíduo, em uma multidão, tem a sua parte de prudência e virtude. Da união desses indivíduos faz-se, por assim dizer, um só homem que possui uma infinidade de pés, mãos e sentidos. O mesmo acontece em relação aos costumes e à inteligência. Aí está porque a multidão julga melhor as obras dos músicos e dos poetas; porque um aprecia uma parte, outro outra, e todos reunidos apreciam o conjunto.” (ARISTÓTELES. *Ibid.* p. 92).

suas interpretações próprias, subjetivas, destoadas da ordem normativa interna. Daí a afirmação de que a discricionariedade, ou a liberdade de atuação, cabível a certos agentes no exercício de suas funções, encontra limites na ordem normativa, nos valores expostos e aceitos pelo Estado constituído e, especialmente, no comando soberano do povo envolvido no processo decisório.[562]

Entretanto, a compreensão do dever de manifestar-se soberanamente, de forma direta, além de ser fruto de uma cultura ainda em desenvolvimento[563], está positivada no ordenamento jurídico e encontra respaldo na base valorativa das normas constitucionais, nos princípios, nos direitos e nas garantias fundamentais.

Esse complexo sistema de valores, reforçados afirmativamente pelo Estatuto da Cidade que prevê a gestão democrática como diretriz geral da política urbana, a expressam como fundamento do planejamento, da instituição, do acompanhamento e da fiscalização das políticas públicas que se destinam, em última análise, à inclusão social, razão pela qual, sempre que necessário, a comunidade deve ser convocada a emitir seu parecer sobre as questões relacionadas com a política urbana. Isso porque, evidentemente, as decisões democráticas ou oriundas das políticas públicas ficam sujeitas aos condicionamentos que advirão com o tempo cercado de fatores de influência externa, os quais, muitas vezes, estão além das previsões, das forças ou dos poderes instituídos e que atuam em relação as questões comunitárias.[564]

Portanto, a atuação participativa pública deve ser observada pelo Executivo, Legislativo e Judiciário, os quais respondem pela permanente abertura da gestão

---

[562] "Duas condições são necessárias para alcançar o bem geral: primeiramente, que haja um ideal e que o fim que se propõe seja louvável; depois, que se encontrem quais são os atos que podem conduzir a esse fim." (ARISTÓTELES. *Ibid.* p. 134).

[563] Fazendo um paralelo entre cultura e razão, na página de René Descartes, obtida na Wikipédia, obtém-se a seguinte informação: "Descartes viu que os 'costumes', a história de um povo, sua tradição 'cultural' influenciam a forma como as pessoas pensam, aquilo em que acreditam. Descartes quer acabar com a influência desses 'costumes' no pensamento. Ele quer ser o mais objetivo possível, imparcial. Ele quer fundamentar o seu pensamento em verdades claras e cristalinas. Para isso, de acordo com o seu método, devem ser eliminadas quaisquer influências de idéias que muitas vezes não são 'dados adquiridos' mas que são pura e simplesmente alguma estupidez que alguém nos contou (talvez mesmo na nossa infância) e aceitamos sem que nunca tenhamos comprovado de fato. Só devemos nos basear em enunciados claros e evidentes" (WIKIPEDIA. Fonte: http://pt.wikipedia.org/wiki/Ren%C3%A9_Descartes. Capturado em 06.05.06).

[564] Dando idéia desses fatores externos, cite-se: "O sociólogo e cientista político Hélio Jaguaribe, em palestras proferidas para o Instituto Superior de Estudos Brasileiros, no Clube de Engenharia do Rio de Janeiro, em 1957, abordou diversas fases da evolução político-institucional brasileiras, para determinar as razões de ordem histórica que atrasavam a implantação de uma cultura executiva voltada à adoção e implementação de metas de planejamento no seio da sociedade brasileira (...) A heteronomia econômica decorre do fato de que o processo econômico é provocado por fatores externos à própria comunidade, quer dizer, é determinada por suas relações de intercâmbio..." (SILVA, G. *Ibid.* p. 98-99).

democrática, assegurando-a permanentemente aberta e utilizando-a sempre que necessária, por meio de informações que podem conscientizar os populares sobre a importância e a necessidade da inserção ativa da comunidade nos processos referentes ao estabelecimento das políticas urbanas e, finalmente, por atitudes que demonstrem o resguardo do resultado das pontuais manifestações da sociedade de acordo com as adequações necessárias às possibilidades reais de execução de cada Ente federativo.

Num primeiro momento, as decisões democráticas restringem a atuação do Executivo e do Legislativo, os quais possuem a obrigação representativa de formalizar a vontade popular de acordo com a capacidade técnico-econômica dos componentes da organização político-administrativa do Estado. O Judiciário, mesmo sem participar da implementação das políticas urbanas, salvo quanto a sua informação ou divulgação, sempre que instado a se manifestar, deve zelar pela implementação das políticas públicas que atendam a conformidade absorvida da gestão democrática, porque também se submete à força do manifesto popular soberano.

As estruturas estatais formalizam as normas e as demais organizações político-administrativas do Estado, enquanto a sociedade e os Poderes instituídos dão vida às normas, interpretando e aplicando-as em seu cotidiano. Permanecendo esta manifestação social na alçada individual, ou de determinados grupos ou classes, não podem influir de forma a impor um resultado à posição estatal firmada nos valores, princípios e demais regramentos postos.[565] Porém, ultrapassada a esfera individual ou de determinados grupos de interesses, se transformando na manifestação da comunidade interessada[566], outra não pode ser a atitude das forças

---

[565] "Considerando que a carta constitucional apresenta um conjunto de dispositivos que se referem direta ou indiretamente à busca da qualidade de vida, participação política, cidadania e ainda ao uso coerente dos recursos naturais por gerações atuais e futuras, nenhuma leitura acerca das diretrizes para os espaços urbanos em prol da sustentabilidade pode ser realizada sem a consideração dos princípios constitucionais que revelam as linhas mestras para a sustentabilidade dos espaços urbanos." (DIAS, Deniella S. ***Anais do XIII encontro nacional do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito***. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 19).

[566] Aqui não se quer priorizar um número de manifestantes. Cada ser humano, mesmo individualizado, carrega consigo uma parcela da soberania estatal e pontifica-se como um sujeito de direitos. A gestão democrática deve ser pontuada e localizada de forma a abranger toda a área de influência do Município. Nesta área, conforme o indivíduo ou o grupo vão sendo afetados (por ação ou omissão), estes têm o direito de se manifestar validamente e de contribuir para o resultado desta gestão compartilhada. "Na realidade, a questão parece ser que, conquanto possa uma ordem tirânica basear-se na convicção das verdades impositivas, que ao mesmo tempo anseia ser forte e generalista, a pluralidade federativa deve estar baseada, afinal, não mais na verdadeira e firma convicção dos governantes, mas, sim, no respeito à diversidade, na concessão da mais ampla liberdade e na divisão de poderes." (ZIMMERMANN. *Ibid*. p. 184)

institucionais senão a de se aperceber e tomar para si as manifestações expostas pelos indivíduos ou comunidade interessada no assunto que lhes é afeto, como forma de legitimar o exercício representativo do poder republicano ao qual pertencem.

Desta forma, a gestão democrática se manifesta como meio de inclusão social, de realização das vontades públicas, de permissivo à satisfação ou à aproximação de um modo ou condição de vida que se queira levar, como conteúdo de adequação das estruturas sociais às necessidades e interesses concretos da comunidade ou, enfim, como meio de legitimação[567] das políticas públicas, dos atos dos agentes públicos e das manifestações dos Poderes instituídos.

4.3. A violação da gestão democrática como improbidade

No tópico anterior, destinado à abordagem da questão referente à ilegitimidade da execução da política urbana pela inobservância da gestão democrática, foram ressaltados alguns aspectos pretensamente informantes da gestão democrática como sendo uma extensão realizadora dos valores republicanos, federativos, de soberania e, especialmente, democráticos, sem olvidar da sua condição característica de diretriz geral da política urbana.

Nesse momento passa a ser tema desta Dissertação a exposição da gestão democrática como improbidade. Para tanto, além de rememorar ou fazer alusão aos assuntos de base anteriormente expostos nesta pesquisa, serão tecidas novas

[567] Desenvolvendo "O Tema da Legitimidade do Direito", Eros Roberto Grau afirmou que legitimidade não pode ser confundida com legalidade, sustentando que a legitimidade depende da autoridade, ou seja, da adequação do exercício do poder às forças sociais. "A *ilegitimidade originária* é conseqüente ao equivocado e impreciso exercício da atividade de elaboração da norma jurídica: há carência de autoridade na sua formulação; os dados sociais não são devidamente recolhidos ou aplicados àquela formulação; a norma posta é adversa ao *direito pressuposto*. A *ilegitimidade superveniente* caracteriza-se quando o texto normativo, originariamente legítimo, em função do dualismo *imobilidade relativa das normas de direito posto x progressão contínua das realidades sociais*, a partir de determinado momento passa a configurar-se ilegítimo – isto é, torna-se adverso ao *direito pressuposto*." Sobre direito pressuposto, nesta mesma obra, Eros R. Grau havia afirmado: "O discernimento da existência material de um *direito pressuposto* próprio a cada sociedade – direito pressuposto que funciona como uma das linguagens sociais (*direito pressuposto* = relação jurídica involucrada nas relações sociais) – abre vias à compreensão mais ampla do fenômeno jurídico. (...) Não será demasiado repetirmos – e isso justifica a minha longa exposição – que é no *direito pressuposto* que se encontra a sede dos princípios, princípios *de cada direito*, e não princípios *gerais de direito*. Relembro que o *direito pressuposto* é fundamentalmente princípios, embora nada obste a que nele vicejem *regras* (normas jurídicas cujo grau de generalidade é mais estreito do que o grau de generalidade dos princípios)." (GRAU, Eros Roberto. ***Direito posto e o Direito pressuposto***. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 92 e 83). Talvez a legitimidade também pudesse ser considerada partindo da tridimensionalidade do direito, aferida do fato, do valor e da norma (REALE. *Ibid.* 1962. v. II).

tentativas desta afirmação, focando-se no fato de que os atos que atentam contra os princípios da administração pública são tidos como ímprobos.

O Estatuto da Cidade, enquanto projeto de lei, previa no texto base de seu art. 52, I, que impedir ou deixar de garantir a participação de comunidades, movimentos e entidades da sociedade civil, conforme disposto em seu § 3º do art. 4º[568], sem prejuízo da punição de outros agentes públicos envolvidos e da aplicação de outras sanções cabíveis, levaria o Prefeito a incorrer em improbidade administrativa, nos termos da Lei de Improbidade (Lei nº 8.429/92).

Porém, por iniciativa do Ministério da Justiça, através da Mensagem nº 730, de 10 de Julho de 2001, foi proposto "veto" ao dispositivo em questão, o qual acabou por prevalecer, razão pela qual o inc. I do art. 52 consta como vetado no Estatuto da Cidade em vigor.

As razões justificadoras do veto foram expostas em dois parágrafos, os quais passam a ser objeto de análise, em separado: "... Sabe-se que o chamado controle social dos atos de governo tem natureza muito mais política do que jurídica, sendo certo que o seu preciso significado e alcance sempre ensejam controvérsias, de modo a dificultar sobremaneira a sua real efetivação."

Ora, esta primeira justificativa, lida isoladamente, pode ser tida como frágil. No que se refere ao controle político[569] dos atos de governo, este deve ser visto como um dos propósitos constitucionais fundamentais aflorados pelo acolhimento do pluralismo político (art. 1º, V, da CF)[570] e, por exemplo, através do dever posto ao Congresso Nacional de "fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas

---

[568] O art. 4º em questão, aponta alguns instrumentos da política urbana: planos nacionais, regionais e estaduais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social; planejamento das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões; planejamento municipal; institutos tributários e financeiros; institutos jurídicos e políticos; e, estudo prévio de impacto ambiental (EIA) e estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV). Consta no § 3º do artigo em questão, denominado pelas razões de veto de "controle social da aplicação dos recursos públicos", que "Os instrumentos previstos neste artigo que demandam dispêndio de recursos por parte do Poder Público municipal devem ser objeto de controle social, garantida a participação de comunidades, movimentos e entidades da sociedade civil."

[569] "Política. Derivado do latim *politice*, procedente do grego *politiké*, forma feminina de *politikos*, possui, na acepção jurídica, o mesmo sentido filosófico, em que é tido: designa a ciência do bem governar um povo, constituído em Estado. Assim, é seu objetivo estabelecer os princípios, que se mostrem indispensáveis à realização de um governo, tanto mais perfeito, quanto seja o desejo de conduzir o Estado, ao cumprimento de suas precípuas finalidades, em melhor proveito dos governantes e governados..." (SILVA, D. *Ibid.* 1963. v. III).

[570] Em respeito às diferenças sociais, culturais e ideológicas, uma República Democrática, que, além do pluralismo político, institui como seus princípios fundamentais a cidadania e a dignidade da pessoa humana, e que possui como objetivos fundamentais uma aproximação de classes ou nivelamento social que permita a inclusão, o fim da marginalização e a promoção do bem de todos, através do desenvolvimento global da comunidade, não pode, sob pena de ilegitimidade e questionável constitucionalidade, inibir os espaços públicos das minorias, especialmente aqueles voltados à participação popular e, sobretudo, na esfera política.

Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta" (art. 49, IX e X, da CF). Por motivos iguais a estes, a tentativa de inibição do controle político deve ser tida como uma desmedida busca de esvaziamento dos principais valores do Estado, o qual possui o seu poder soberano, diretamente, nas mãos da população ou, indiretamente, através de seus representantes, os quais, como anteriormente referido, agem em nome da população, nos limites dos manifestos interesses desta, a quem devem prestar contas.

Em segundo lugar, as normas jurídicas de uma maneira geral, especialmente quando não trazem em seu bojo uma expressão de vedação, quase sempre implicam em controvérsias quando a questão passa ser a de estabelecer o seu "preciso significado".

Via de regra, havendo um afastamento da interpretação puramente gramatical para uma de maior efetividade, abrangência e responsabilidade, que leve em conta também o sistema no qual a norma encontra-se inserida, o seu aspecto teleológico ou mesmo a questão da sua legitimidade, normalmente gera controvérsias, inclusive, por interferência da formação de seus inúmeros intérpretes.

Em terceiro lugar, a redação em questão, que previa a possível caracterização da improbidade quando fosse constatada a atuação no sentido de "I – impedir ou deixar de garantir a participação..." não parece ensejar maiores controvérsias do que as plenamente aceitáveis e comuns ao diálogo jurídico.

No segundo parágrafo, deixado à justificação do veto, houve dupla consideração para firmar a sua negativa.

Primeiro, a gravidade das penalidades imputadas às condutas ímprobas. Neste sentido, apontou as razões do veto: "Resulta, então, que fixar como ato de improbidade a conduta de não garantir o controle social dos gastos públicos, de forma a sancionar os Prefeitos com a suspensão de direitos políticos, a perda da função pública e a indisponibilidade de bens...". Sendo esta a questão de maior preocupação e debate doutrinário, questiona-se se a lesão aos princípios da administração pública deveria constituir ato de improbidade. Levantando esta dúvida, tal como adiante será defendido, estar-se-ia admitindo a garantia de participação comunitária como um princípio da administração pública. Sendo considerado princípio, não precisaria ser mencionado em outro texto de lei, uma vez que já consta expressamente da própria lei de improbidade (art. 11 da Lei 8.429/92). Esta é a afirmação que se procura desenvolver no desenrolar deste item, com base

nos princípios já aventados dos quais se destaca o da participação pública (cidadania). Os que defendem idéia contrária poderiam ponderar sobre as diferenças entre regras e princípios, aludindo à maior importância destes diante da regra e, a partir daí, identificar o inc. I vetado como uma regra e não como um princípio. Seguindo este raciocínio, a violação desta conduta, uma vez vetada pelo Estatuto da Cidade, não poderia ser considerada como um ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública. Ao que parece, esta argumentação não poderia prevalecer diante do teor da regra em questão que visa proteger os princípios administrativos, ou seja, a violação da regra não seria um ato de improbidade mas, sim, a dos princípios que a regra pretendia resguardar[571]. Este é um dos sentidos que se busca dar ao presente momento desta pesquisa, esperando, ao final deste tópico, restar satisfatoriamente concluída a demonstração da violação em questão como um ato de improbidade que atenta contra os princípios da administração pública. Por enquanto, resta esclarecer que um princípio, isolado, participa de um sistema de valores que informam a própria razão de ser do Estado e das atividades públicas, fato pelo qual a violação do sistema, e não de um único princípio[572], pode ser considerada como um ato de improbidade.[573]

Na segunda parte do parágrafo em análise, o Ministério da Justiça voltou a apontar a justificativa anterior como causa de prejuízo à segurança jurídica: "... em razão daquela conduta, significa incluir no ordenamento legal dispositivo de difícil interpretação e aplicação, em prejuízo da segurança jurídica." Vale dizer, voltou o Ministério da Justiça a abordar a questão da dificuldade de identificação do preciso significado e alcance do item vetado, "... de modo a dificultar sobremaneira a sua real efetivação."[574]

---

[571] "... O Direito é coerência ou, talvez, mais rigorosamente, consistência, entendida esta como uma unidade de sentido. Trata-se de um valor incorporado em uma norma jurídica. E esse ordenamento, esse conjunto, essa unidade, esse valor, projeta-se ou traduz-se em princípios, logicamente anteriores aos preceitos, como bem preleciona o mestre português Jorge Miranda." (BASTOS. *Ibid.*2002. p. 40).

[572] O princípio da juridicidade, em vista da dinâmica social, afasta a prevalência do comodismo esperado da subsunção dos fatos à "legalidade estrita" para admitir como de maior interesse ao propósito contido no sistema Estatal, a efetiva concretização dos valores e das normas fundamentais constituídas.

[573] Para efeitos de parâmetros, cite-se parte de um julgado: "4. O que deve inspirar o administrador público é a vontade de fazer justiça para os cidadãos, sendo eficiente para com a própria administração. O cumprimento dos princípios administrativos, além de se constituir um dever do administrador, apresenta-se como um direito subjetivo de cada cidadão. Não satisfaz mais às aspirações da Nação a atuação do Estado de modo compatível apenas com a mera ordem legal, exige-se muito mais: necessário se torna que a gestão da coisa pública obedeça a determinados princípios que conduzam à valorização da dignidade humana, ao respeito à cidadania e à construção de uma sociedade justa e solidária." (**STJ**: REsp 695718-SP. Relator Ministro JOSÉ DELGADO (1105). DJ 12.09.2005, p. 234).

[574] Esta referência foi citada como parte da primeira justificativa do veto.

Assim, parafraseando o conteúdo do primeiro parágrafo utilizado para a sustentação do veto, no que se refere a este, ao que parece, as suas razões é que não foram jurídicas, mas, sim, de má-política. Em que pese a significativa dificuldade prática que pode causar à gerência da administração pública a abertura política, especialmente, no sentido de permitir o controle e a gestão participativa por parte da respectiva comunidade, é dever da boa-política abrir os espaços públicos para permitir o envolvimento social, inclusive político, nas atividades da administração e do governo em reforço aos valores primados por princípios como o republicano, o federativo, o democrático e o de soberania popular. John Locke, o qual também sustentou que os indivíduos aceitavam ceder parte de suas liberdades naturais com a pretensão de conquistar um fim comum, aduziu que a comunidade age conforme o consentimento dos indivíduos que se associam para compô-la. Para o autor, quando há o consentimento da maioria, a sociedade interage mantendo uma unidade de desígnios que leva a permitir sua própria estruturação[575].

Juarez Freitas se posicionou sobre o veto em questão ressaltando que, embora houvesse "... o risco de interpretação draconiana...", havendo dolo ocorreria grave violação do princípio da probidade, enquadrando-se a conduta no art. 11 da Lei 8.429/92.[576]

Assim, há que se distinguir entre ambas as leis levando-se em consideração as suas especialidades, ou objetos. Emerson Garcia ressaltou que o Estatuto da Cidade, embora tenha pretendido dar maior especificidade à lei de improbidade, não

---

[575] "Como já mencionamos, os homens são por sua natureza livres, iguais e independentes, e por isso nenhum pode ser expulso de sua propriedade e submetido ao poder político de outrem sem dar seu consentimento. O único modo legítimo pelo qual alguém abre mão de sua liberdade natural e assume os laços da sociedade civil consiste no acordo com outras pessoas para se juntar e unir-se em comunidade, para viverem com segurança, conforto e paz umas com as outras, com a garantia de gozar de suas posses, e de maior proteção contra quem não faça parte dela (...) Ora, apenas o consentimento dos indivíduos leva a comunidade a agir, e é necessário, para que um corpo se mova em certo sentido, que o faça movido pela força maior, ou seja, a do consentimento da maioria; se assim não fosse, seria impossível que uma comunidade agisse ou conservasse sua unidade de corpo, que a aquiescência dos indivíduos que a formaram concordou em que fosse; por isso, todos ficam obrigados pelo acordo estabelecido pela maioria." (LOCKE. *Ibid.* p. 76).

[576] "Embora o risco de interpretação draconiana (por definição, desproporcional e lesiva ao interesse público), pode, sem dúvida, haver improbidade neste caso. Acertado que deve ser exigida a prova da intenção desonesta para que se configure hipótese de improbidade administrativa. Com esta cautela, no entanto, claro que a frustração do controle social do orçamento público poderá, em alguns casos – desde que gerada com a manifesta intenção de, desonesta e deslealmente, violar princípios fundamentais -, acarretar um dano moral pelo esvaziamento do princípio constitucional da democracia direta. Se tal atitude nitidamente se verificar, a despeito do veto, haverá a incidência da terceira espécie de improbidade administrativa (ainda que não tenha ocorrido enriquecimento ilícito ou dano material ao erário), configurada uma grave violação do princípio da probidade. Sendo, por evidente, funesto aplicar o dispositivo fora dessa situação extrema (dada a gravidade das sanções), útil grifar que a improbidade pode, sim, estar configurada, no plano tópico, uma vez provado o doloso desiderato de cercear ou de impedir a participação livre e madura da sociedade." (FREITAS. *Ibid.* p. 199-200).

a revogou nem a alterou[577]. Talvez, realmente, tenha tido o legislador a pretensão de apenas detalhá-la, citando novos casos ao rol exemplificativo constante no artigo 11 da Lei de Improbidade. Para o indicado autor, se "... fosse suprimido o art. 52 do Estatuto da Cidade, não haveria qualquer óbice à responsabilização do agente à luz das figuras básicas contempladas na Lei de Improbidade", assim como "Em se tratando de conduta que infrinja o Estatuto da Cidade mas que não esteja prevista no art. 52, poderá ela sofrer imediato enquadramento na Lei nº 8.429/92."[578]

Iniciando por essas breves referências pontuais, se pretende enumerar novas alternativas possíveis, mas não únicas, as quais, se aceitas, poderão servir como um melhor reforço para que se possa acolher a afirmada violação da gestão democrática como improbidade.

É igualmente do intento desta pesquisa, buscar reconhecer a improbidade em hipótese de maior abrangência do que a vetada pelo art. 52, I, que atentava, exclusivamente, para o contido no § 3º do art. 4º do Estatuto da Cidade. Nestes termos, além de admitir a conduta vetada como eventualmente ímproba, para este fim, sequer seria necessário observar a constatação do apontado dispêndio público. O parágrafo em tela faz a seguinte alusão: "Os instrumentos previstos neste artigo que demandam dispêndio de recursos por parte do Poder Público municipal devem ser objeto de controle social...". Ora, a lei de improbidade, na seção que prevê os atos que atentam contra os princípios da administração pública, não faz menção ou exige, como requisito para a qualificação de conduta ímproba, "dispêndio de recursos por parte da administração pública". Pelo contrário, os valores que a legislação visa resguardar com esta previsão de improbidade são diversos e maiores que "dispêndio de recursos". Estes são alocados para cobrir aqueles[579], ou seja, não pode haver o estabelecimento de tributos ou de movimentação das finanças públicas que não se destinem a atender ou a preservar os valores públicos, os quais advêm das manifestações ou das normas legitimadas pelo interesse ou necessidade da

[577] Frise-se que a Lei Complementar 95, de 26.02.1998, dispondo sobre a elaboração das leis, reforça o citado enunciado, ao normatizar em seu artigo sétimo, por exemplo, que: "I - excetuadas as codificações, cada lei tratará de um único objeto; II - a lei não conterá matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão; (...) IV - o mesmo assunto não poderá ser disciplinado por mais de uma lei, exceto quando a subseqüente se destine a complementar lei considerada básica, vinculando-se a esta por remissão expressa."

[578] GARCIA; ALVES. *Ibid.* p. 414.

[579] Estatuto da Cidade. "Art. 2º (...) X – adequação dos instrumentos de política econômica, tributária e financeira e dos gastos públicos aos objetivos do desenvolvimento urbano, de modo a privilegiar os investimentos geradores de bem-estar geral e a fruição dos bens pelos diferentes segmentos sociais;"

comunidade em questão[580], motivo pelo qual não parece ser razoável atribuir como ímprobos, nesta hipótese, somente os atos que denotam dispêndio aos cofres públicos. Talvez por razões iguais a esta é que a lei de improbidade previu como conduta ímproba, além dos atos que causam prejuízo ao erário, os que importam enriquecimento ilícito e os que se voltam contra os princípios da administração pública (arts. 9º, 10 e 11, da Lei 8.429/92)[581]. Portanto, a conduta vetada pelo art. 52, I, mesmo que não demande dispêndio de recursos por parte do Poder Público, pode implicar, conforme se busca afirmar, em improbidade administrativa (desde que presente o dolo requerido).

A gestão democrática deve ser intermitente, ou seja, deve incidir em todos os momentos, inclusive por ocasião da formulação, execução e acompanhamento das demais diretrizes da política urbana, podendo, neste sentido, ser reconhecida como a premissa de maior abrangência no que se refere ao estabelecimento "do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana" (art. 2º, da Lei 10.257/01), exatamente, porque propicia o estabelecer e o garantir da ordem pública e do interesse social por informar, a partir da constatação de seu resultado, a representação do bem-coletivo e do bem-estar dos cidadãos (parágrafo único do art. 1º do Estatuto da Cidade), os quais são reconhecidamente variáveis de acordo com as circunstâncias como de tempo, do lugar ou, inclusive, dos resultados advindos das próprias realizações da política pública.

---

[580] Partindo da análise normativa, para a realização desses valores, a sociedade brasileira fraterna e fundada na harmonia social (preâmbulo), atentando para o princípio federativo busca realizar o desenvolvimento nacional e reduzir as desigualdades regionais e sociais, estabelecendo, como instrumentos auxiliares, as denominadas limitações ao poder de tributar e as repartição das receitas tributárias, contidos, respectivamente, nas Seções II e VI do Título VI (da tributação e do orçamento) da CF. Vale salientar que o Estatuto da Cidade implica em obrigações a todos os Entes da organização administrativa, incluindo a União e os Estados (arts. 21, XX; 24, §§ 1º- 4º; e, 25, § 3º, da CF). "O princípio geral que norteia a repartição de competência entre as entidades componentes do Estado Federal é o da ***predominância do interesse***, que assim se manifesta (...) à União caberá aquelas matérias e questões de *predominância do interesse geral*, ao passo que aos Estados referem-se as matérias *predominantemente de interesse regional* e aos municípios concernem os *assuntos de interesse local*. Em relação ao Distrito Federal (...) acumulam-se, em regra, as competências estaduais e municipais, com a exceção prevista no art. 22, XVII, da Constituição." (MORAES. *Ibid.* p. 270).

[581] "1. A Lei 8.429/92 da Ação de Improbidade Administrativa, que explicitou o cânone do art. 37, § 4º da Constituição Federal, teve como escopo impor sanções aos agentes públicos incursos em atos de improbidade nos casos em que: a) importem em enriquecimento ilícito (art.9º); b) que causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) que atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11), aqui também compreendida a lesão à moralidade administrativa. 2. Destarte, para que ocorra o ato de improbidade disciplinado pela referida norma, é mister o alcance de um dos bens jurídicos acima referidos e tutelados pela norma especial. (...) 6. É cediço que a má-fé é premissa do ato ilegal e ímprobo. Consectariamente, a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-fé do administrador. A improbidade administrativa, mais que um ato ilegal, deve traduzir, necessariamente, a falta de boa-fé, a desonestidade..." (**STJ**: REsp 480387-SP. Relator Ministro LUIZ FUX (1122). DJ 24.05.2004, p. 163).

O termo “princípio”, tal como adotado pela Lei de Improbidade (Seção III do Capítulo II), com apoio nas lições de Nicola Abbagnano[582], pode ser entendido como a identificação do “ponto de partida e fundamento” ou a própria “causa” da estruturação administrativa, em seu aspecto normativo, organizacional e finalístico. Deste entendimento, é possível verificar que a instituição do Estado e da estrutura disposta para a realização de suas finalidades, previstos nos elementos ideológicos e normativos da Constituição, estabelecem e justificam a administração pública.

Esses preceitos informam a criação do Direito Administrativo, o qual pode ser definido como o “... conjunto das normas jurídicas de direito público que disciplinam as atividades administrativas necessárias à realização dos direitos fundamentais e a organização e o funcionamento das estruturas estatais e não estatais encarregadas de seu desempenho”.[583] Desta definição, observa-se que, “Na realidade, o **conteúdo do Direito Administrativo** varia no tempo e no espaço, conforme o tipo de Estado adotado.”[584]

Admitindo-se tais enunciações, torna-se facilmente compreensível que os princípios ressaltados pela Lei 8.429/92 não são somente os expressos na legislação administrativa ou, ainda, nos diversos outros tópicos destinados à regulamentação das atividades administrativas como, por exemplo, os expressamente contidos no art. 37, *caput*, da CF, ou os *implícitos* deste e de outros artigos como o 70, *caput* e 74, II, ambos, igualmente, da CF, mas, também, e especialmente, os que dão origem à administração pública ou permitem identificar o sustentáculo de criação desta especialidade normativa enquanto tendentes a realizar as normas eleitas no instrumento de constituição do próprio Estado.[585] Esta

---

[582] “Ponto de partida e fundamento de um processo qualquer. Os dois significados, ‘ponto de partida’ e ‘fundamento’ ou ‘causa’, estão estreitamente ligados na noção desse termo, que foi introduzido em filosofia por Anaximandro (Simplício, *Fís.*, 24,13); a ele recorria Platão com freqüência no sentido de causa do movimento (*Fed.*, 245 c) ou de fundamento da demonstração (*Teet.*, 155 d); Aristóteles foi o primeiro a enumerar completamente seus significados. (...) 1º ponto de partida de um movimento, p. ex., de uma linha ou de um caminho; 2º o *melhor* ponto de partida, como p. ex. o que facilita aprender uma coisa; 3º ponto de partida efetivo de uma produção, como p. ex. a quilha de um navio ou os alicerces de uma casa; 4º causa externa de um processo ou de um movimento, como p. ex. um insulto que provoca uma briga; 5º o que, com a sua decisão, determina movimentos ou mudanças, como p. ex. o governo ou as magistraturas de uma cidade; 6º aquilo de que parte um processo de conhecimento, como p. ex. as premissas de uma demonstração. Aristóteles acrescenta a esta lista: ‘causa’ (...) pois todas as causas são princípios. O que todos os significados têm em comum é que, em todos, P. é ponto de partida do ser, do devir ou do conhecer’ (*Met.*, V, 1.1012 b 32-1013 a 19) (...) o P. às vezes é assumido como o de *elemento constitutivo* das coisas ou dos conhecimentos.” (ABBAGNANO. *Ibid*).

[583] JUSTEN FILHO. *Ibid.* p. 1.

[584] PIETRO. *Ibid.* p. 25.

[585] “O estudo da *Administração Pública* em geral, compreendendo a sua estrutura e as suas atividades, deve partir do conceito de *Estado*, sobre o qual repousa toda a concepção moderna de organização e funcionamento dos serviços públicos a serem prestados aos administrados.” (MEIRELLES. *Ibid.* 2003. p. 58).

criação, no caso brasileiro, surgiu com a promulgação da Constituição Federal[586]. Por esta razão, sua base principiológica pode ser identificada inicialmente do preâmbulo e, a partir de então, das normas fundamentais contidas na Lei Maior, a exemplo citado do vetor republicano, federativo, democrático, instituidor da dignidade da pessoa humana, da participação social (cidadania), da soberania, do pluralismo político e da igualdade. Isso porque, em atenção às estimações orgânicas, a administração deve se destinar aos feitos voltados ao atendimento das finalidades públicas de erradicar a marginalização, a pobreza, as desigualdades sociais e promover o desenvolvimento de toda a sociedade para, desta forma, permitir um nivelamento social que possa garantir a todos, inclusive às minorias, bem-estar, liberdade e a eliminação de preconceitos, como condição de progresso social, econômico e ambiental, além de várias outras determinações que instituem os preceitos fundamentais da CF e, conseqüentemente, da administração pública[587].

Deste complexo informador do Estado nascem as finalidades públicas[588] ou, em outras palavras, as mais importantes bases e princípios de valores a ser perseguidos pela administração pública (*considerada como estruturada, especificamente, para realizar as finalidades públicas em benefício de toda a sociedade*), os quais, se deliberadamente não obedecidos, podem originar um ato de improbidade administrativa por infração ao art. 11 da Lei de Improbidade. Assim, o sistema administrativo deve garantir a participação comunitária nas políticas pública, e nos atos de governo em geral, como forma de assegurar e dar vida às normas e aos valores fundamentais deste Estado, sendo dispensável previsão expressa neste sentido, frente ao que se pode compreender do conteúdo

[586] Foi promulgada em 05.10.1988, pela Assembléia Nacional Constituinte.

[587] A administração pública deve realizar os objetivos do Estado, o qual deve iniciar suas atividades atendendo aos indivíduos que o compõe, suas bases de valores e normas fundamentais grafadas a partir do preâmbulo da CF. "Os princípios constitucionais também são aplicados ao Direito Administrativo, posto que este se encontra inserido no Texto Constitucional. No entanto, é possível vislumbrar alguns princípios que são aplicados somente no âmbito do Direito Administrativo, ou melhor dizendo, são específicos deste ramo do Direito Público. Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, ou melhor dizendo, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. Característica importante dos princípios é fundamentarem um sem-número de situações, ao contrário do que acontece com a regra, que só disciplina aquilo por ela contemplado." (BASTOS. *Ibid.* 2002. p. 40).

[588] "Outro requisito necessário ao ato administrativo é a *finalidade*, ou seja, o objetivo de interesse público a atingir. Não se compreende ato administrativo sem fim público. A finalidade é, assim, elemento vinculado de todo ato administrativo – discricionário ou regrado – porque o Direito Positivo não admite ato administrativo sem finalidade pública ou desviada de sua finalidade específica" (MEIRELLES. *Ibid.* 2003. p. 147).

teleológico[589] retirado do atual sistema positivado (Seção III do Capítulo II da Lei 8.429/92).[590]

Há, ainda, diversos outros princípios que poderiam abarcar a proteção da gestão democrática como, o da supremacia do interesse público, o qual deve se sobrepor aos interesses dos indivíduos (isoladamente considerados, ou seja, às pretensões individualistas)[591] que compõem a comunidade afetada e, de forma atenta, superar a vontade dos agentes que servem ao Estado, enquanto no exercício das funções deste, para realizar os atos tendentes a satisfazer as pretensões existentes na comunidade que se associou para a consecução de fins comuns, sob valores e fundamentos normativos instituídos. Essa gestão participativa demonstra a origem da supremacia do interesse público, que pode advir do resultado das manifestações dos órgãos colegiados de política urbana, dos debates, das audiências e das consultas públicas, das decisões das conferências sobre os assuntos de interesse urbano e das iniciativas populares, em forma de proposição de leis, planos, programas e projetos de desenvolvimento do Município, conforme positivado no Capítulo IV da Lei nº 10.257/2001, especificamente destinada à gestão democrática da cidade.[592]

---

[589] "A *interpretação sociológica* ou *teleológica* objetiva, como quer Ihering, adaptar o sentido ou finalidade da norma às novas exigências sociais, adaptação esta prevista pelo art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, que assim reza: 'na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum'. A interpretação, como nos diz Ferrara, não é pura arte dialética, não se desenvolve como método geométrico num círculo de abstrações, mas perscruta as necessidades práticas da vida e a realidade social." (DINIZ, Maria Helena. ***Curso de Direito Civil brasileiro***. Teoria Geral do Direito Civil. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1, p. 49).

[590] A regra vetada, numa interpretação isolada ou literal, mesmo que violada, talvez não resultasse em ato de improbidade. Porém, admitida como integrante de um complexo de fatos, normas e valores, tal como deve ser (paráfrase à já referida tridimensionalidade jurídica de Miguel Reale), tem a possibilidade de constituir uma conduta ímproba quando, por exemplo, visar infringir os valores ou as normas resguardados pelos interesses da comunidade soberana ou apontados pelo Estado.

[591] Vale referir-se novamente ao tema "indivíduo isolado". Todos aqueles que integram um o território de um Ente federativo, esteja incluído ou excluído de uma comunidade qualquer, têm o direito de ser atendido pelas políticas públicas. Possuem, ainda, o direito de se manifestar, especialmente, quando forem incluídos ou excluídos do alcance destas políticas. A efetivação das políticas públicas (de forma a permitir a inclusão e o desenvolvimento dos indivíduos e da sociedade) é o grande desiderato da gestão participativa. A realização dos interesses individuais é do interesse público. O que não se pretende, entretanto, é "política de exclusividade". Ao momento em que atende cada um dos membros da coletividade, deve estar aberto da melhor forma a permitir o atendimento de todos os membros daquela comunidade (sem privilégio). É neste sentido que se compreende a prevalência do interesse público sobre o individual.

[592] "Esse princípio, em verdade, é um imperativo de ordem lógica, pois, se idealizarmos uma balança imaginária, constataremos que o prato sobre o qual repousa o interesse público muito mais peso possui do que aquele que ampara o interesse individual. No entanto, por vivermos em um Estado de Direito, a proteção de qualquer interesse, independentemente de sua extensão ou de quem sejam os seus titulares, haverá de se dar na forma em que prescrever o ordenamento jurídico. Em razão disto, os poderes outorgados aos agentes públicos, visando à consecução da finalidade pública inerente à atividade estatal, deverão ser empregados com estrita observância da sistemática legal, sendo injurídica a sua utilização ao bel-prazer do administrador..." (GARCIA; ALVES. *Ibid.* p. 53).

Relacionando-se ao tema, Maria Sylvia Zanella Di Pietro cita a existência do princípio da participação popular, definindo-o a partir da inerente "... idéia de Estado Democrático de Direito...".[593] Embora não faça menção expressa ao Estatuto da Cidade, a autora se refere a vários preceitos de índole constitucional que indicam a participação na "gestão" (arts. 10, 187, 194, VII, 198, III, 204, II, 206, VI e 215, § 1º, todos, da CF)[594] e no "controle" (art. 5º, XXXIII, LXXI, LXXIII, 74, § 2º, 103-B, § 7º, 130-A, § 5º, todos, da CF)[595] da atividade administrativa do Estado, além de outros contidos na legislação infraconstitucional (arts. 31, 32 e 33 da Lei 9.784/99[596]; 39 da Lei 8.666/93[597]; 19 da Lei 9.478/97[598]). Na continuidade, afirma que os exemplos "... servem para demonstrar a presença do princípio da participação do administrado na Administração Pública, dentro de um objetivo maior de descentralizar as formas de sua atuação e de ampliar os instrumentos de controle."

Reconhecidas estas e as demais legislações já citadas, dentre outras no mesmo sentido, tem-se como inúmeras as regras que asseveram a necessidade de

---

[593] Na sua definição "O princípio da participação popular na gestão e no controle da Administração Pública é inerente à idéia de Estado Democrático de Direito, referido no Preâmbulo da Constituição de 1988, proclamado em seu artigo 1º e reafirmado no parágrafo único, como a regra de que '*todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição*'; além disso, decorre implicitamente de várias normas consagradoras da participação popular em diversos setores da Administração Pública, em especial na parte referente à ordem social." (PIETRO. *Ibid.* p. 611-612).

[594] Respectivamente, participação no colegiado dos órgãos públicos em defesa de seus direitos profissionais ou previdenciários; na política agrícola, através do setor de produção (produtores e trabalhadores rurais), de comercialização, de armazenamento e transportes; na seguridade social (saúde, previdência e assistência social); saúde; assistência social; ensino público; e, cultura.

[595] Indicam, respectivamente, direito de receber informações de interesse particular, coletivo ou geral; mandado de injunção para suprir falta de norma que viabilize os direitos e liberdades constitucionais e as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania; *habeas data* para obter informações pessoais ou para retificação de dados; denúncia perante o Tribunal de Contas; reclamações ou denúncias ao Conselho Nacional de Justiça; ou, ao Conselho Nacional do Ministério Público.

[596] Processo Administrativo Federal. Art. 32. Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo. Art. 33. Os órgãos e entidades administrativas, em matéria relevante, poderão estabelecer outros meios de participação de administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas. Art. 34. Os resultados da consulta e audiência pública e de outros meios de participação de administrados deverão ser apresentados com a indicação do procedimento adotado.

[597] Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea "c" desta Lei (acima de R$ 1.500.000,00), o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados.Parágrafo único. Para os fins deste artigo, consideram-se licitações simultâneas aquelas com objetos similares e com realização prevista para intervalos não superiores a trinta dias e licitações sucessivas aquelas em que, também com objetos similares, o edital subseqüente tenha uma data anterior a cento e vinte dias após o término do contrato resultante da licitação antecedente.

[598] Art. 19. As iniciativas de projetos de lei ou de alteração de normas administrativas que impliquem afetação de direito dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo serão precedidas de audiência pública convocada e dirigida pela ANP.

participação popular em diferentes atos administrativos, sendo, portanto, admissível declarar a gestão democrática como ínsita do princípio da legalidade[599], o qual, oriundo do Estado Democrático de Direito (arts. 1º, *caput* e 5º, II, da CF), ao mesmo tempo em que assegura o indivíduo das arbitrariedades do Estado, define as obrigações deste.

Por poder se exibir a um só tempo, na condição de derivação e afirmação de valor de inúmeros princípios que emanam das indicações de base e dos fundamentos do Estado, talvez seja possível ponderar a gestão democrática como uma das formas de realização do princípio da juridicidade, uma vez que este, por defender a ponderação de maior valia (*assegurando a representação da melhor idéia que se extrai para poder efetivar o conjunto pretendido pelos valores e normas fundamentais*), pode, inclusive, superar a legalidade estrita. Tão inegável como a admissão da existência de regras designando a necessidade de atenção à participação popular, há que se reconhecer os princípios que apontam para este fim. Da junção dessas normas se extrai a escolha reflexiva de seu maior valor, o qual deverá afirmar a supremacia da inclusiva gestão participativa e de suas manifestações mesmo diante de outras regras ou princípios com os quais não guarda simetria.

Por revelar a vontade pública, a manifestação do interesse popular é o mais expressivo meio de adequação das políticas e das demais ações de governo aos anseios comunitários, possibilitando a efetiva concretização do fim público, pode ser sustentada a gestão democrática como inerente ao princípio da eficiência, o qual pretende, em primeira instância, zelar pela adequação das atividades públicas, inclusive no seu aspecto de sustentabilidade, à satisfação da população soberana.[600]

Enfim, para evitar manifestações excessivas, cabe ressaltar que mesmo a probidade administrativa, tida como princípio, embasa, por si própria, a necessidade de atenção à gestão democrática. O seu têmo indica a "... maneira criteriosa de

---

[599] "... Quando dispôs sobre a competência dos diferentes Poderes, a Lei Maior ressalvou claramente para o Poder Legislativo a atribuição de produzir leis. Por outro lado, estabeleceu o princípio da legalidade como garantia fundamental do cidadão e norteador da atividade administrativa do Estado. Essa garantia se traduz na participação do povo ou de seus representantes na produção de normas que introduzam inovação na ordem jurídica" (JUSTEN FILHO. *Ibid.* p. 140).

[600] "... o *princípio da eficiência* dirige-se para a razão e fim maior do Estado, a prestação dos serviços sociais essenciais à população, visando a adoção de todos os meios legais e morais possíveis para satisfação do bem comum." (MORAES. *Ibid.* p. 302).

cumprir todos os deveres, que são atribuídos ou acometidos à pessoa."[601] Como anteriormente ressaltado, estas atuam em nome das instituições que representam (para a realização dos fins desta) e com as quais não podem ser confundidas, possuindo, no exercício das atribuições das pessoas jurídicas, responsabilidades distintas destas. Como em um Estado Constitucional, a base de todo o ordenamento e do próprio Estado está na Lei Maior, de onde se originam os apontamentos ideológicos, os direitos e as obrigações que se aplicam ao Estado, à sua estrutura administrativa, aos seus agentes e aos demais indivíduos que compõem os diferentes núcleos sociais, há que se observar, como critério especial de validade o aspecto de "superioridade" ou de "compatibilidade lógica"[602] que deve existir entre as ações administrativas ou de Estado com seus comandos estruturadores constitucionais[603]. Sendo assim, partindo da perspectiva necessária de efetivação destas normas, surge como ajuizada análise de probidade a busca da concretização dos postulados constitucionais fundamentais, já amplamente vistos, objetivando garantir a dignidade dos seres humanos (art. 1º, III, da CF), assegurar o espaço público necessário e suficiente para as pretendidas manifestações sociais (art. 1º, II, da CF), auscultar o liberto poder soberano (art. 1º, II e parágrafo único, da CF) e em igualdade de condições as manifestações do pluralismo ideológico (art. 1º, V, da CF), visando erradicar a marginalização e reduzir as desigualdades sociais (art. 3º, III, da CF) em benefício do bem de todos, sem quaisquer formas de discriminação (art. 3º, IV, da CF), da construção de uma sociedade cada vez mais livre, justa e solidária (art. 3º, I, da CF), firmada na autodeterminação e no desenvolvimento das comunidades internas (arts. 1º, IV, 3º, II, 4º, III e IX, todos, da CF), tal como em princípio se pode esperar da gestão democrática. Como esta é uma "maneira criteriosa de cumprir todos os deveres, que são atribuídos" à administração, é certo que a atenção à gestão democrática é própria da probidade.

---

[601] SILVA, D. *Ibid.* 1963. v. III.

[602] "**O princípio da superioridade** (...) significa que as normas jurídicas não se encontram todas no mesmo nível. Há relações de supra e infra-ordenação, devendo prevalecer a norma superior em relação à inferior. Portanto, as normas inferiores têm de ser compatíveis com as superiores, sob pena de invalidade. (...) **O princípio da compatibilidade lógica no procedimento** (...) A compatibilidade lógica é um critério de compatibilização entre atos normativos de idêntica hierarquia, orientados a dar aplicação a normas de hierarquia superior." (JUSTEN FILHO. *Ibid*. p. 62).

[603] "Em razão disto, além dos métodos tradicionais de hermenêutica, a identificação da validade e da própria legitimidade dos atos do Poder Público torna imperativa a prévia análise dos princípios constitucionais, atividade que deve ser iniciada pelo estudo do princípio mais genérico, deflagrando-se um processo de concretização sucessiva que passará pelos princípios de maior especificidade até atingir um grau de densidade semelhante ao das regras que irão reger a espécie." (GARCIA; ALVES *Ibid.* p. 44).

Estas argumentações, longe de serem um consenso[604] mas, pretensamente, embasadas nos valores e normas da vigente República Federativa e Democrática de Direito, se passíveis de serem acolhidas, não afastam a razoabilidade de se admitir a existência do "princípio da gestão democrática" como condicionante, a um mesmo tempo, de sustentação, resultado e equilíbrio do Estado em desenvolvimento.

Como resultado da análise deste conjunto orgânico é possível avaliar que a improbidade administrativa possa não surgir da infração, mesmo que deliberada, a um único princípio da administração pública, desde que tenha por fim realizar os valores-base, fundamentais ou coexistentes do Estado constituído. É assente que os princípios compõem o sistema de valor que informa a própria razão de ser do Estado e das ações de caráter público, motivo pelo qual, diante da possibilidade de conflitos, somente a intencionada violação do sistema, e não de um princípio único, isolado, pode vir a ser considerada como um ato de improbidade administrativa. "O princípio da proporcionalidade significa que o Estado não deve agir com demasia, tampouco de modo insuficiente, na consecução dos seus objetivos."[605]. Isto é, somente de uma ponderada análise de valores, em vista dos meios utilizados para alcançar e realizar as finalidades que devem ser públicas, é que se pode partir para a afirmação de uma improbidade. Por outro lado, devido a sua ampla e intensa conformação com a base e com as normas constituídas, jamais, ao que parece, uma conduta adequada ao resultado aferido de manifestação democrática da comunidade interessada[606] poderá resultar em ato de improbidade, posto ser este um sistema[607] aberto[608] às realizações e valorações sociais, diretas e indiretas.

---

[604] "... A forma de participação da opinião pública está longe de ser organizada ou disciplinada. Aqui reside uma parte da garantia da sua abertura e espontaneidade (...) Consenso resulta de conflitos e compromissos entre participantes que sustentam diferentes opiniões e defendem os próprios interesses. Direito Constitucional é, assim, um direito de conflito e compromisso." (HÄBERLE. *Ibid.* p. 43 e 51).

[605] FREITAS. *Ibid.* p. 38.

[606] "A tendência moderna do direito administrativo, e que se reflete no controle jurisdicional, consiste em homenagear a cidadania, aproximando a administração do administrado, levando a sociedade a exercer uma democracia verdadeiramente participativa, não somente fiscalizando e tencionando uma boa gestão da coisa pública, mas indo além e reclamando uma melhor administração." (BAHENA. *Ibid.* p. 76).

[607] "No direito, denominado pelos sentidos axiológico e teleológico, a idéia de ordenação conduz à de adequação: tanto o legislador como o juiz devem tomar *adequadamente* os dados, axiológicos, do direito (Canaris 1989/18). Daí cuidar-se, no caso do direito, de *adequação valorativa*. (...) Assim, cada norma é parte de um todo, de modo que não podemos conhecer a norma sem conhecer o sistema, o todo no qual estão integradas." (GRAU *Ibid.* p. 22-23).

[608] "A sociedade torna-se aberta e livre, porque todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional. A interpretação constitucional jurídica traduz (apenas) a pluralidade da esfera pública e da realidade (*die pluralistische Öffentlichkeit und Wirklichkeit*), as necessidades e as possibilidades da comunidade, que constam do texto, que antecedem os textos constitucionais ou subjazem a eles." (HÄBERLE. *Ibid.* p. 43).

A gestão democrática, aceita como princípio[609], ou como vertente normativa de valor de inúmeros outros, precisa ser fomentada como uma oportunidade de promover a inclusão social, não podendo ser deliberadamente dificultada ou vetada, sob pena de ser qualificada de improbidade. Por sua maior legitimidade, obriga os Poderes instituídos como defesa e afirmação dos indivíduos contra as arbitrariedades destes ou do Próprio Estado. É expressão que se vivifica do momento social, variando sua intensidade de acordo com a localidade, os interesses ou as necessidades das comunidades. Porém, mesmo sendo expressa manifestação de soberania, não é um exercício absoluto que independe das circunstâncias sociais e dos fatores externos, motivos pelos quais alguns de seus limites serão, a seguir, traçados.

4.4. Limites à política urbana e à gestão democrática

No item anterior, o tema abordado deu ênfase à violação da gestão democrática, enquanto possível configuradora de ato de improbidade que atenta contra os princípios da administração pública, nos termos da Seção III do Capítulo II Lei 8.429/92. Para a realização desta pretensão, vários argumentos foram sugeridos, dentre os quais se destaca a afirmação dos valores participativos como insertos em várias normas constitucionais, bem como a que buscou o reconhecimento da gestão democrática enquanto princípio.

Neste contexto, ressaltou-se a impossibilidade de se admitir como ímproba a conduta isolada que mesmo tendo violado princípio da administração pública, não deixa de perseguir o fim público ou, em outras palavras, somente a infração ao sistema que informa os valores e as normas instituídas, voltadas à realização das finalidades públicas, é que poderá ensejar a tipificação de improbidade.

Por fim, mesmo considerando as instâncias participativas de gestão e controle público como manifestação da soberania, foi frisado que os trabalhos ou os resultados destas, longe de representarem uma comodidade ou facilidade administrativa, ficam sob dependência de circunstâncias sociais, financeiras,

[609] Quanto ao conteúdo dos princípios, citando Luiz Roberto Barroso, Emerson Garcia afirma: "Além de conferirem unidade ao sistema normativo-constitucional, 'na sua principal dimensão operativa, dirigem-se os princípios ao Executivo, Legislativo e Judiciário, condicionando a atuação dos poderes públicos e pautando a interpretação e aplicação de todas as normas jurídicas vigentes." (GARCIA; ALVES. *Ibid.* p. 45).

tributárias, de competência legislativa e de fatores externos que, fatalmente, limitam a política urbana e a gestão democrática.

Até o presente momento a aspiração desta Dissertação foi a de apontar a gestão democrática como um dos limites ao planejamento e à execução das políticas urbanas. Em outras palavras, seja como diretriz geral da política urbana (art. 2º, II, do Estatuto da Cidade), seja como um valor proveniente dos princípios ou, ainda, como um dos princípios reitores das atividades administrativas, fato é que o proporcionar da gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade em todas as etapas viáveis de formulação, acompanhamento e desenvolvimento urbano obriga tanto a administração pública como aos Poderes instituídos, como um verdadeiro limite à administração e atuação dos atos de governos voltados às políticas públicas.

Há uma premente necessidade de abertura destas políticas, de forma segura, informada e livre, a qual não pode ser suprida pela vontade isolada da administração, sob pena de poder vir a configurar um ato de improbidade por atentar contra o sistema de valores e princípios reitores das atividades administrativas. Na medida em que se destinam às políticas públicas, os espaços de realização da democracia direta e as resoluções desta deverão ser acolhidos, como visto, tanto pela administração, como pelas demais autoridades que estiverem no exercício das funções instituídas.

Porém, algumas dificuldades poderão surgir restringindo ou limitando essas regras, não só no que se relacionam com a execução das políticas públicas, como no que diz respeito à elaboração da gestão democrática e, especialmente, ao acolhimento dos resultados desta.

Num primeiro momento, deve ser ressaltada a própria descrença[610] generalizada nos órgãos da administração e nos poderes instituídos, no que se refere aos diferentes graus de compromissos que estes possuem com os interesses

[610] Dando idéia da descrença: "Casos de corrupção endêmica, desvio sistemático de verbas públicas, depredação de patrimônio público, evasão escolar, inexistência de vagas nas escolas, métodos pedagógicos ultrapassados (...) referendam esse nosso descrédito e tornam as possibilidades de um eventual milagre de final de ano pouco propícias. O que esperamos? Honestidade por parte das autoridades públicas; renovação das propostas de trabalho em educação; melhores (...) Como chegaremos lá? Pela cobrança de nossos direitos; pela averiguação do trabalho dos políticos; por uma participação mais direta da comunidade na escola; pela averiguação dos investimentos feitos em nossas cidades; pela união em torno de um objetivo comum de melhoria geral das condições de vida do povo brasileiro..." (PLANETA EDUCAÇÃO. MACHADO, João Luís Almeida. *Promessas e pedidos para um ano melhor - A escola dos nossos sonhos para o ano que vem.* http://www.planetaeducacao.com.br/new/colunas2.asp?id=469. Capturado em 16.05.2006)

públicos[611], consistindo, por assim dizer, em um fator de restrição, e não especificamente de limite, às políticas participativas[612]. Esta que, para muitos, é uma convicção pública no sentido de imaginar que grande parte dos ocupantes dos poderes públicos direcionam seus atos à busca desenfreada pela maior concentração e manutenção de privilégios, poder ou de vantagem, inclusive não honesta, faz parte de uma crença, senão histórica, notoriamente já arraigada na cultura de boa parte do povo brasileiro, e que precisa ser revertida para que o País possa, paulatinamente, ir recebendo maior influxo de novos e melhores padrões ou modelos, os quais devem ser destacados como de maior sucesso e valor social, sempre atrelados aos bons resultados provenientes de atitudes responsáveis, de seriedade, de conquista social frutificada pelo esforço concentrado em razão da procura por melhor qualificação e desenvolvimento pessoal, pelo trabalho e, especialmente, em decorrência dos esforços procedentes das pretensões comunitárias, da democracia direta, do reconhecimento do espírito de Governo Republicano e da realização dos interesses que se espalham pelos diferentes núcleos componentes da Federação, em afirmação da dignidade do ser humano.

Essa é a modificação cultural que deve ser enfrentada, iniciando-se com uma divulgação informada cada vez maior dos benefícios da gestão democrática das políticas públicas e de seus efeitos, como esperança concreta de uma nova e inclusiva oportunidade social, de onde a comunidade deve sair ciente do resultado

---

[611] Posicionando-se quanto a falta de compromisso para efetivar os direitos e combater as causas de exclusão: "Em 65,2% dos 51,8 milhões de domicílios particulares brasileiros havia segurança alimentar[1]. Dentre os 18 milhões com insegurança alimentar, 3,4 milhões foram classificados em situação de insegurança alimentar grave e 1,6 milhão destes domicílios estavam no Nordeste. Das 14 milhões de pessoas que viviam em domicílios com insegurança alimentar grave, perto de 6 milhões moravam naqueles com rendimento mensal domiciliar per capita que não ultrapassava R$ 65 por pessoa. Em todas as regiões, a prevalência de insegurança alimentar foi maior nos domicílios com pessoas de menos de 18 anos de idade..." (*IBGE traça perfil inédito sobre Segurança Alimentar no Brasil*. Fonte: http://www.ibge.gov.br/. Capturado em 17.05.2006).

[612] Avaliação da descrença nos três Poderes: "Para marcar o Dia da Imprensa, em 1º de junho [2005], jornalistas de redações do Brasil inteiro avaliaram a atuação e a imagem dos Três Poderes. Pouco parece ter mudado do cenário descrito nos versos de Caetano Veloso, em "Podres Poderes", de 1984. A pesquisa IMPRENSA/MaxPress/ ABERJE apontou que o Legislativo é o pior avaliado na maioria dos quesitos e o Executivo, apesar de muito criticado, teve a melhor performance. O Judiciário, por sua vez, peca pelo hermetismo e pela sonegação de informações. (...) Dos 400 jornalistas pesquisados, 45% pertence à jornais. Na seqüência, vêm profissionais de rádio (20%), televisão (18%), revista (9%), internet (7%) e outros (1%). As capitais estão representadas por 44% dos jornalistas, e 56% são do interior dos Estados. Foram consultados jornalistas de 24 estados do Brasil..." (PORTAL IMPRENSA. Fonte: http://www.portalimprensa.com.br/202_pesquisaespecial_n202.asp - Data da consulta: 16.05.2006). UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA-UnB - PESQUISAS SOCIAIS APLICADAS – DATAUnB. Pesquisa: "A imagem do Judiciário junto à população brasileira" - "Perfil das Maiores Demandas no Supremo Tribunal Federal". Grau de confiança nas Instituições (escala: 0 – 10). Confiança no Judiciário: 4,7. Confiança no Executivo, no Legislativo e nas Forças Armadas: 4,5. Confiança nas pessoas, na família e na Igreja: 6,3. (Fonte: http://www.stf.gov.br/seminario/pdf/dataunb.pdf#search='pesquisa%20poder%20judiciario%20legislativo%20judiciario'. Capturado em 16.05.2006).

que virá das suas contribuições e reivindicações, as quais passarão do âmbito do projeto ou de planejamento à execução, em razão do predomínio do interesse social.

A participação pública, desestimulada pela descrença nas instituições, começa a ser compreendida, paulatinamente, com o apoio dos meios de informação e com a politização de uma camada cada vez mais crescente de indivíduos que passam a cobrar os seus direitos, os da sua comunidade e, inclusive, outros que atingem uma dimensão planetária como são os relacionados ao meio ambiente, à paz e os conducentes ao pleno desenvolvimento das conquistas que elevam a dignidade do ser humano e a harmônica independência dos povos.

Certo, porém, que, além de restrições, haverá limites internos à gestão democrática, os quais deverão ser superados ou supridos pelo planejamento elaborado para vigorar num menor espaço temporal, a médio prazo e ao longo dos anos, tal como sugere o norte apontado pelo Plano Diretor. Este, devido à sua abrangência, à complexidade das políticas urbanas e à velocidade das transformações sociais, possui por estimativa um prazo máximo de até dez anos para a ocorrência de sua revisão (art. 40, § 3º, do Estatuto da Cidade). Ao estipular este lapso, de certa forma, o legislador passou ciência à comunidade no sentido de atentar para o trato das questões urbanas de acordo com seus diferentes aspectos, variando em decorrência da sua necessidade, interesse e possibilidade de execução. Aquilo que não pode ser resolvido de imediato, deve ser planejado e executado ao longo dos anos, porém, no mais breve espaço de tempo possível. Como ao longo dos anos é provável uma normal variação das suas particularidades, inclusive de necessidade e interesse, o legislador fixou o prazo máximo para sua revisão, permitindo, assim, que a base de desenvolvimento permaneça sempre atualizada aos interesses reais.

Embora seja o instrumento básico da política urbana, o Plano Diretor não é o único disponível ao alcance da sociedade. A ele, conforme visto, ficam vinculados o plano plurianual, estimado para um período de quatro anos, a iniciar no segundo ano de mandato de cada governo, a lei de diretrizes orçamentárias, destinada a viger num período de dois anos, e a lei orçamentária anual, com prazo de validade para um único exercício. Todos esses instrumentos da política urbana são interdependentes e devem, necessariamente, ser objeto de apreciação comunitária, a qual deve ser garantida, dentre outros meios, necessariamente, por intermédio de órgãos colegiados de política urbana, de debates, audiências, consultas públicas, da

realização de conferências ou, ainda, da iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano (art. 43, do Estatuto da Cidade).

No entanto, a sua concreta efetivação depende, necessariamente, do apoio dos governos no sentido de realmente franquear o pleno acesso a essas atividades, as quais exigem mais do que simples divulgação. O convite para a participação pública deve ser amplo e eficientemente oferecido, com a utilização de informações prévias de fácil compreensão indicando dados (ou o local onde estão disponíveis) que permitam dar ciência, por exemplo, dos recursos utilizados com as obras e serviços existentes, da localização e o alcance destes, dos possíveis campos de atuação das políticas a serem projetadas e a realidade econômica e financeira do ente administrativo interessado e, se possível, os resultados já conquistados pela gestão democrática em estímulo às novas participações. Essa é uma cobrança que deve surgir não somente no seio social, mas do exercício rotineiro das ações instituídas dos Poderes que, em última análise, existem para administrar a defesa e o desenvolvimento social.

Vencida a restrição com a participação efetiva nas políticas urbanas, alguns limites devem ser expostos à gestão democrática, a exemplo dos provenientes da tributação e do orçamento.

Como regra, "Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte..."[613], sendo, dentre outras iniciativas, vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente ou utilizar tributo com efeito de confisco[614].

Ao que se percebe, não há um sentido novo nestes dispositivos constitucionais, senão o de acolher a base de valor e as demais normas fundamentais deste Estado Republicano e Democrático que busca a afirmação do indivíduo e não, o contrário, o aniquilamento destes em prol da afirmação estatal. Os

[613] CF. Art. 145. (...) § 1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

[614] CF. Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos; IV - utilizar tributo com efeito de confisco.

interesses coletivos e individuais normalmente concorrem uns com os outros, mas sem que isso possa implicar a destruição dos mesmos. A manutenção e o progresso comunitário requerem esforço social, solidariedade e incessante busca de alternativas que possam promover a redução das desigualdades sociais, bem como a garantia do desenvolvimento. Mas conserva, da mesma forma, a dignidade do ser humano, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e a indiscriminatória promoção do bem de todos, igualmente como base de sustentação dos planos e projetos públicos.

A proporcionalidade, a razoabilidade, a igualdade e a capacidade contributiva são alguns dos princípios reitores das atividades tributárias e que demonstram o sentido de mediar as políticas públicas, sopesando não somente a questão afeta a necessidade ou a possibilidade de arrecadar, mas, em conjunto, a ponta responsável por viabilizar a pretensa e necessária arrecadação, de acordo com a capacidade contributiva do contribuinte. A propriedade, mesmo que de recursos financeiros, é constitucionalmente assegurada. A tributação pode ser tida como um de seus efeitos sociais. Veda-se, entretanto, a sua utilização em forma de confisco[615], o qual, segundo Vittorio Cassone, pode "... ficar caracterizado quando a base econômica sofre tributação tão elevada a ponto de implicar a transferência da propriedade do bem ou do direito do contribuinte para o fisco."[616]

Assim, se, eventualmente, o resultado da gestão democrática perder em razoabilidade, inclusive por ausência de informação ou de credibilidade dos dados repassados pela administração pública, a deliberação soberana poderá ser considerada tecnicamente irrealizável ante a falta de capacidade orçamentária ou tributária do Município, gerando, por certo, um limite à gestão democrática, mesmo

[615] Não se confunde com empréstimo compulsório. Art. 148. A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios: I - para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência; II - no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o disposto no art. 150, III, "b" (a qual garante a observância do princípio da anualidade). Parágrafo único. A aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição.

[616] Na seqüência este autor afirma: "Tal fenômeno pode consumar-se imediatamente ou no decurso de pequeno espaço de tempo – aspectos aferíveis com aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade da tributação, conjugados com o da capacidade econômica do contribuinte. Inclusive em relação à fixação de multa excessiva." Citou, em nota complementar, um julgado do STF (ADIn 1.075-1/DF, DJU-e-1, de 29.6.98, p. 41) que suspendeu liminarmente a aplicação da multa de 300% prevista no art. 3º da Lei 8.846/94, e outro da 2ª Turma do STJ (REsp 104.190-DF, DJU-1, de 15-6-98, p. 102), que decidiu pela inaplicabilidade da pena de perdimento do veículo transportador, em razão da desproporção com o valor da mercadoria apreendida. (CASSONE; *Ibid.* p. 111).

que pudesse suprir uma determinada necessidade ou o interesse apontado pelos participantes desta esfera de decisão pública.

Entretanto, para que haja a constatação da inviabilidade técnico-financeira, tem-se que considerar a decisão frente ao projeto em elaboração, o qual poderá ser realizado a curto, a médio e a longo prazo, conforme permitam, por exemplo, os já relacionados instrumentos da política urbana. Há, ainda, que se contemplar a possibilidade de suprir a insuficiência econômica do Município através do uso ou compartilhamento de recursos oriundos dos projetos dos Governos do Estado e Federal, mediante uma possível contrapartida do Município, ou, ainda, de um eventualmente cabível fracionamento do projeto de acordo com a capacidade econômica de um ou mais Entes federativos interessados ou, finalmente, por eventual repasse do mesmo à iniciativa privada.

Meras dificuldades, mesmo que de estruturação técnica, ainda que exijam estudos, adequações orçamentárias ou maior controle da atividade arrecadatória, não podem ser tidas por impossibilidade.

Outro limite à gestão democrática pode advir dos repasses obrigatórios, como condição de segurança, para a implementação do desenvolvimento social, a exemplo do anteriormente citado percentual mínimo de 18% (à União) e 25% (aos Estados, Distrito Federal e Municípios) de investimento do orçamento anual na educação, compreendida a receita resultante de impostos e a proveniente de transferências. A falta desses repasses obrigatórios pode dar azo à intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal (art. 34, VII, "e", da CF), ou dos Estados no Município (art. 35, II, da CF).[617] Segundo José Afonso, "Intervenção é antítese da autonomia. Por ela afasta-se momentaneamente a atuação autônoma do Estado,

[617] "A Turma, em conclusão de julgamento, proveu recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que decretara a extinção de ação civil pública proposta pelo Ministério Público — com o objetivo de condenar município a incluir em sua lei orçamentária o percentual correspondente à diferença entre os valores aplicados em exercícios pretéritos e os 25% mínimos exigidos pelo art. 212 da CF na manutenção e desenvolvimento do ensino —, por entender que essa seria inadequada ou desnecessária, para os fins pretendidos e, ainda, que o pedido seria juridicamente impossível — v. Informativo 272. Tendo em conta que, na espécie, a ação tem por objeto interesse social indisponível, asseverou-se que compete ao parquet a sua defesa e que o fato de o descumprimento do disposto no citado artigo ("A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino") poder implicar a intervenção estadual no município (CF, art. 35, III) não torna juridicamente impossível o pedido formulado na ação, nem retira a legitimação ativa do Ministério Público, sendo a intervenção ato político que deve ser evitado. RE provido para determinar o prosseguimento da ação civil pública. RE 190938/MG, rel. Min. Carlos Velloso, 14.3.2006. (RE-190938)" (Fonte: STF. Informativo nº 419. Brasília, 13 a 17 de março de 2006. Data da Consulta: 17.05.2006).

Distrito Federal ou Município que a tenha sofrido."[618] Sendo assim, esses repasses que interessam ao Estado Federal como um todo, constituem-se em restrição ou em limite real aos resultados da gestão democrática local, por representar, por exemplo, uma condição necessária para garantir a segura projeção dos indivíduos e, a partir de então, o pretendido nivelamento ou desenvolvimento nacional.

Ainda com essa intenção, tem-se também como limite à gestão democrática a Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF (Lei Complementar 101/2000). Sem pretender desrespeitar o interesse local, esta lei ressaltou aos administradores públicos que o governo deve considerar o momento imediato e garantir, por suas ações, a sustentabilidade da população e da administração, a qual às vezes é tida como perdulária e voltada à realização de interesses diversos dos exclusivamente sociais.

Buscando assegurar essa finalidade, ficou estabelecido, a título de pressuposto, que as ações de gestão fiscal fossem planejadas e transparentes, prevenindo riscos e corrigindo desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas. Este é o objetivo explícito das normas de finanças públicas. Para alcançá-lo, foi fixado o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, incluindo as descritas na parte final do § 1º, do art. 1º, da LRF em questão.

Essas metas de resultados são limites às decisões da gestão participativa. A título de exemplo, cite-se o termo imposto aos gastos com pessoal, atendo-se à "receita corrente líquida"[619]. Atendendo ao contido no art. 169, *caput*, da CF, o qual prevê a fixação de um gasto máximo com a despesa de pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, o art. 19 da LRF

[618] SILVA, J. *Ibid.* 1996. p. 460.

[619] LRF. Art. 2º Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como: IV - receita corrente líquida: somatório das receitas tributárias, de contribuições, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de serviços, transferências correntes e outras receitas também correntes, deduzidos: a) na União, os valores transferidos aos Estados e Municípios por determinação constitucional ou legal, e as contribuições mencionadas na alínea *a* do inciso I e no inciso II do art. 195, e no art. 239 da Constituição; b) nos Estados, as parcelas entregues aos Municípios por determinação constitucional; c) na União, nos Estados e nos Municípios, a contribuição dos servidores para o custeio do seu sistema de previdência e assistência social e as receitas provenientes da compensação financeira citada no § 9º do art. 201 da Constituição. § 1º Serão computados no cálculo da receita corrente líquida os valores pagos e recebidos em decorrência da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996 (Imposto dos Estado e do Distrito Federal, relativo a ICMS e prestação de serviços de transporte e telecomunicações), e do fundo previsto pelo art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (FUNDEF: erradicação do analfabetismo, manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental e da remuneração dos professores). § 2º Não serão considerados na receita corrente líquida do Distrito Federal e dos Estados do Amapá e de Roraima os recursos recebidos da União para atendimento das despesas de que trata o inciso V do § 1º do art. 19. § 3º A receita corrente líquida será apurada somando-se as receitas arrecadadas no mês em referência e nos onze anteriores, excluídas as duplicidades.

estabeleceu que a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida de 50% (cinqüenta por cento) à União e 60% (sessenta por cento) aos Estados e aos Municípios.

Presumivelmente, à vista dos limites expostos, pode ser que haja algum dos Entes da organização político-administrativa do Estado destinando quase a metade da sua receita corrente líquida, ou até mais da metade, para pagamento de pessoal, o que pode vir a ser questionado, a título de opinião pública, frente à qualidade dos serviços públicos que se apresentam à população, tomando, como exemplo, a questão da segurança pública,[620] a qual, evidentemente, não deve ser analisada, exclusivamente, na situação ocasional anotada. Sendo assim, mesmo que em circunstância não inusitada, como pode ocorrer em inúmeras áreas da administração que apresentem um quadro de servidores aquém da necessidade de atendimento aos interesses manifestamente públicos, se a população, manifestando-se por meio de uma decisão participativa, decidir pelo aumento do número de servidores para além dos limites estabelecidos, embora localmente soberana, a pretensão não poderá ser levada adiante por encontrar barreira no aventado limite orçamentário que busca garantir a sustentabilidade do Município, tanto para as presentes quanto para as futuras gerações.[621]

Outro fator que pode ser limitador das decisões democráticas guarda conotação com a possibilidade técnica de realização, aferível não do ponto de vista da capacidade do agente executor, mas das razões de ordem técnica que inviabilizam a pretensão por questões de segurança, tal como, a título de argumentação, a construção de uma creche-escola ou de um centro de saúde numa

---

[620] SSP divulga balanço dos últimos cinco dias: 281 agressões. Quarta-Feira, 17 de Maio de 2006. A Secretaria da Segurança Pública do Estado de São Paulo acaba de divulgar mais um balanço – às 18 horas desta quarta-feira (17) – das agressões contra instituições públicas e privadas, e servidores públicos de corporações militares, civis e estaduais; iniciadas às 20 horas da última sexta-feira (12). Foram registradas, até o momento, 281 ocorrências: 82 a ônibus, 54 a residências de policiais, 17 a bancos, 01 a garage de ônibus, e 01 a estação de Metrô. Até o momento foram presos 122 criminosos, e apreendidas 134 armas. Vítimas fatais. Vinte e três PMs foram mortos até agora, além de 07 policiais civis, 03 guardas municipais, 08 agentes de segurança penitenciária, e quatro cidadãos comuns, que de alguma forma se envolveram nos conflitos. Nos confrontos com a Polícia, 93 criminosos acabaram morrendo. Balanço parcial das ocorrências da SSP: atualizado às 18 horas desta quarta-feira. Total de ocorrências: 281. Ônibus: 82. 54 ataques a casa de policiais. Bancos e caixas eletrônicos: 17. Garage de ônibus: 01. Estação de Metrô: 01. Criminosos: 215. Presos: 122. Mortos: 93. Armas apreendidas: 134. Vítimas fatais: 45. PM: 23. PC: 07. GM: 03. ASP: 08. Cidadão: 04.Valéria Nani. (SECRETARIA DE ESTADO DE SEGURANÇA PÚBLICA – SP. Fonte: http://www.ssp.sp.gov.br/home/noticia.aspx?cod_noticia=8208).

[621] Note-se que a hipótese aventada não é a de remanejamento de pessoal, a ser realizado quando possível, mas, sim, a da indicação de novas contratações em virtude de ausência de pessoal no quadro efetivo do Ente estatal para além do limite estabelecido. Essa é a pretensão vedada.

área baixa, atingida por constantes alagamentos. Mesmo que a pretensão seja a melhor possível, buscando o atendimento de bairros limítrofes, por exemplo, desde que não seja tecnicamente viável superar o problema de alagamento, resta à comunidade a escolha de outro local para que sua reivindicação possa ser realizada. Talvez, levando-se em conta o exemplo utilizado, não haja uma impossibilidade técnica para superar o "problema" da área de alagamento. Pode ser que ocorra, neste caso, um custo excessivamente desproporcional que acabe demonstrando a viabilidade da construção de duas ou mais obras como a pretendida, a um custo ainda menor do que o utilizado para "drenar" uma área natural de alagamento. A depender da hipótese, outro fator de limite às decisões democráticas poderia advir da questão ambiental.

Tanto as políticas urbanas quanto o próprio meio ambiente prevêem a utilização adequada de suas estruturas, através de ações de preservação ou de restauração, para uma utilização sustentável, considerando a necessidade de atendimento tanto às presentes como as futuras gerações.

Por essa razão, ao dispor sobre as diretrizes gerais da política urbana, o Estatuto da Cidade tratou de instituir a "I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações" (art. 2º), assim como fez a Constituição Federal ao garantir a todos o "... direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações" (art. 225).

Atualmente, não há muitas dúvidas quanto à íntima aproximação das questões da sustentabilidade urbana com o meio ambiente.[622] Não que se restrinja às questões ambientais, conforme anotado pelo Estatuto da Cidade, mas, necessariamente, importa em atenção a esta área de vital importância para a qualidade de vida, ao desenvolvimento econômico e, enfim, para a sobrevivência do ser humano. Sendo assim, as questões atinentes ao meio ambiente ultrapassam a

[622] "A sustentabilidade urbana passa a incluir, ao lado das questões essencialmente ambientais, o desenvolvimento econômico local, a promoção da equidade e a justiça social, a gestão urbana democrática e participativa, a moradia adequada para todos, além, entre outras , das questões essencialmente urbanísticas e as ligadas ao ordenamento territorial local e regional..." (ESCOLA BRASILEIRA DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DE EMPRESAS. FGV. SANTOS, Cleon Ricardo dos. ULTRAMARI, Clóvis. DUTRA, Cláudia Martins. Fonte: http://www.ebape.fgv.br/cids/NOVO%20DEBATE%20CidadeDutra.html. Capturado 06.05.06).

órbita privativa dos interesses locais, atuando, por esta razão, como fator limitador às decisões democráticas locais.

O mesmo acontece com as questões relacionadas aos "... documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos" (art. 23, III, da CF). Aqui, como anteriormente visto, os interesses locais cedem parte de seu espaço para incluir outro de maior abrangência, em vista de uma das características da Federação[623] que vem a ser a da união de esforços e interesses para preservar a sua história, suas belezas ou os laços em comum.

Por certo, a competência legislativa é outro fator de limite às orientações da gestão democrática da cidade. As matérias de competência da União devem ser discutidas, democraticamente, no âmbito de toda a Federação. As questões que cabem ao Estado devem ser discutidas neste âmbito federal e as que digam respeito ao Município, no âmbito interno deste, assim, como as que dizem respeito aos diferentes núcleos deste podem ser decididos pela população diretamente interessada[624].

O interesse delimita a participação democrática. Os membros de uma região metropolitana ou de micro-regiões devem opinar sobre as políticas públicas que envolvam estas áreas, para que possa haver uma harmonização do desenvolvimento de forma a abranger o interesse comum dos envolvidos nesse processo público. As áreas de influência do Município ou das políticas públicas devem ser consideradas não somente do ponto de vista do planejamento acabado, mas da informação do projeto a ser desenvolvido, do acompanhamento e da fiscalização dos resultados da execução e das conseqüências que advirão para todo o complexo social, ambiental e econômico, numa espécie de repartição de dividendos, seja de lucro ou das conseqüências do desenvolvimento. Por isso, toda

---

[623] "Federação: competência comum: proteção do patrimônio comum, incluído o dos sítios de valor arqueológico (CF, arts. 23, III; e 216, V): encargo que não comporta demissão unilateral. Lei estadual que confere aos municípios em que se localizam a proteção, a guarda e a responsabilidade pelos sítios arqueológicos e seus acervos, no Estado, o que vale por excluir, a propósito de tais bens do patrimônio cultural brasileiro (CF, art. 216, V), o dever de proteção e guarda e a conseqüente responsabilidade não apenas do Estado, mas também da própria União, incluídas na competência comum dos entes da Federação, a qual, substantivam incumbência de natureza qualificadamente irrenunciável." (**STF.** ADI 2.544-MC. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. DJ 08/11/02).

[624] Garantida a ampla informação pública, tomando-se como exemplo as questões da rede pública de ensino, estas podem ser decididas pela comunidade escolar, incluindo os pais ou os responsáveis pelos alunos que a freqüentam. Não que as demais pessoas da comunidade não devam tomar conhecimento destas questões ou não possam sobre elas se manifestar. É que neste caso impera um interesse maior por parte daqueles que realmente necessitam usufruir o ensino público.

a comunidade interessada deve participar, mesmo que de diferentes unidades da Federação. Assim, a expressão territorial ou influência das políticas públicas acaba por ser um limite às decisões democráticas, de forma que toda a comunidade tenha o direito e possa, livre, segura e abertamente, em condições de igualdade, tomar parte da decisão política. Essa é a solidariedade, a harmonia e a responsabilidade inerente do espírito democrático de um Governo Republicano, razão pela qual deve ser defendida, inclusive, pelos representantes dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Sendo negada a interatividade democrática das comunidades em questão, com base nesses valores, é possível requerer o direito pretendido acionando a apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF), o qual, eventualmente, poderá culminar em uma intervenção no Ente recalcitrante (arts. 34, VI, VII, "a" e "c"; 35, IV; 36, III e §§ 1º - 4º, todos, da CF).

Por outro lado, negando a gestão democrática, podem ocorrer eventos imprevistos ou situações de calamidade que culminem por impedir, por sua urgência, uma conferência comunitária para a solução da questão. Embora até possam ser previsíveis, suas intensidades ou resultados podem ocasionar ocorrências imprevisíveis.

Compete à União "planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente as secas e as inundações" (art. 21, XVIII, da CF). Conseqüentemente, caso os resultados sejam extremos, pode vir a ser decretado o estado de defesa (art. 136, da CF) ou o estado de sítio (art. 137, da CF), inclusive, provocando a suspensão temporária de certos dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal[625]. Além desses casos extremos, ao que se imagina, mesmo que não se chegue a decretação do estado de defesa ou de sítio, havendo uma calamidade reconhecida, por questões imediatas de saúde, segurança ou de outro interesse público, mesmo que localizado, pode ser entendido como razoável a inexigibilidade de convocações públicas para deliberarem sobre a decisão de apoio às vítimas do evento. Entretanto, devido à ciência dessa possibilidade, mesmo que

[625] LRF. Art. 65. Na ocorrência de calamidade pública reconhecida pelo Congresso Nacional, no caso da União, ou pelas Assembléias Legislativas, na hipótese dos Estados e Municípios, enquanto perdurar a situação: I - serão suspensas a contagem dos prazos e as disposições estabelecidas nos arts. 23 (limites com despesa com pessoal), 31 (recondução da dívida aos limites) e 70 (despesa com pessoal); II - serão dispensados o atingimento dos resultados fiscais e a limitação de empenho prevista no art. 9º. Parágrafo único. Aplica-se o disposto no *caput* no caso de estado de defesa ou de sítio, decretado na forma da Constituição.

remotamente, deveria[626] haver um órgão colegiado de política urbana com atribuições para atuar nestas hipóteses. Porém, a incompetência administrativa, que não previu esta possibilidade, não pode gerar ainda maiores prejuízos à comunidade. Observe-se, no entanto, que a gestão democrática exige órgãos colegiados atuando em todas as áreas da administração pública, sob pena de infração à diretriz geral da política urbana (arts. 2º, II e 43, I, ambos, do Estatuto da Cidade). Ciente desta obrigação, se deliberadamente[627] o administrador público não atender esta necessidade imperiosa de democracia direta, poderá responder por ato de improbidade administrativa por atentar contra a gestão democrática que é, a teor desta pesquisa, um princípio da administração pública.

Feitas estas considerações, cabe ressaltar que eventuais limites à gestão democrática não podem ser maquiados por interesses escusos. É do valor da gestão democrática, ser democrática. Nem mesmo as leis que criam os órgãos colegiados de política urbana, seja ao nível federal, estadual ou municipal, devem estabelecê-los como apenas "consultivos". É do espírito democrático, a deliberação. Quando atuando de forma consultiva, sendo o caso, a "consulta" vincula a administração. Esse é o espírito da democracia direta. Mais, as leis que prevêem a criação dos órgãos participativos, como os Conselhos de Saúde, de Segurança e diversos outros, não deveriam estabelecer, como critério de formação, quem ocupará a sua presidência, nem mesmo indicar a sua composição paritária, entre membros da comunidade e dos setores da administração pública. Ora, está inserido na gestão democrática a "participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade" (art. 2º, II, do Estatuto da Cidade). Quer dizer, eventualmente, pode haver a participação de um ou outro agente da administração, ligado à área de atuação do órgão colegiado em questão, no sentido de ampliar as informações aos membros deste colegiado, no atinente aos dados técnicos da questão discutida, ou de melhorar o contato direto com a administração em voga, colhendo as informações ou relatando as pretensões ou decisões do órgão colegiado. Gestão democrática requer democracia direta, como forma de assegurar a realização dos valores-base e fundamentais do Governo Republicano.

[626] Há Municípios, que por sua dimensão e descrédito popular nas políticas públicas, não encontram voluntários suficientes para participarem dos necessários órgãos colegiados de política urbana. Mas esta, como visto, é uma dificuldade superável e que necessita ser suprida.

[627] Não é o caso, por exemplo, se acaso os membros do órgão colegiado estiverem incomunicáveis ou não forem encontrados quando da ocorrência deste acontecimento futuro e incerto.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde a introdução, na qual foi ressaltado o conteúdo da linha de pesquisa do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da FUNDINOPI, houve a tentativa proposta de enfrentar a problemática social da exclusão, através da identificação da gestão democrática da cidade ou dos interesses públicos locais, como um fator determinante dos métodos de elaboração, de interpretação ou de aplicação das leis, de conteúdos sociais vivificados pelos interesses sociais e pelas oportunidades que efetivamente os participantes possuem de concretizar novos resultados que possam garantir o desenvolvimento harmônico da individualidade que culmine por construir uma sociedade mais livre, justa, solidária e de oportunidades que possam garantir uma aproximação social e, em decorrência, um maior nivelamento de condições circunstanciais e de realizações para os seres humanos altamente diversificados em cultura, necessidades e interesses.

Em momento algum, dentro da linha de pesquisa adotada, “Estado e Responsabilidade: Questões Críticas”, houve a tentativa de estabelecer uma nova ordem legislativa, salvo aquela a ser adotada diante das manifestações democráticas ou participativas. Sempre este trabalho procurou partir da conformação da estrutura estatal, enfocando a compreensão que se tem da sua base de valores e das suas normas fundamentais, para adequá-las às necessidades do momento compartilhado em cada núcleo social, de forma a aproximar a estrutura da organização político-administrativa e dos Poderes do Estado à realização dos seus fins, por meio de um controle real e de um relacionamento direto e contínuo desta estrutura administrativa com o poder soberano da comunidade interessada que, enfim, é o seu sustentáculo e sua razão de existir.

Foi pretensão deste trabalho desenvolvê-lo de forma mais sintética possível, a partir de breves apontamentos sobre o que se pôde compreender de algumas questões atinentes à convivência e desenvolvimento humano como fundamento e objetivo social, por ser esta a base de inspiração da gestão democrática, do conteúdo ideológico e das normas fundamentais da Constituição Republicana.

Da mesma forma procurou firmar uma vertente linha de raciocínio, a partir da compreensão dos atos de improbidade que atentam contra os princípios da administração pública, como meio de ressaltar a importância da obediência ao fomento da participação popular direta para apontar, a final, àqueles que

temporariamente exercem as funções de chefia dos poderes instituídos, a improbidade como uma possível implicação jurídica pelo não reconhecimento da gestão democrática da cidade.

Com base nas informações já debatidas sugeriu-se a ilegitimidade da execução da política urbana pela inobservância da gestão democrática da cidade, procurando ressaltar, no conteúdo destas afirmações, que há uma limitação àqueles que exercem uma função pública em nome de uma instituição do Estado, voltado para atender aos interesses dos indivíduos que o compõem. Limitação, esta, que seria a vontade popular, o interesse ou a necessidade pública manifestada pela comunidade diretamente atingida pelas políticas públicas. Contrariá-la é superar valores ou normas constitucionais por sentimentos próprios, ou seja, ilegítimos diante da estrutura estatal de diálogo e atenção social. Ao mesmo tempo em que se argumentou neste sentido, foram também abordados alguns fatores que eventualmente podem se transformar em limites às decisões democráticas, destacados, porém, do ponto de vista meramente subjetivo de um ou outro agente da administração pública ou dos poderes instituídos.

Sendo assim, é tida como contribuição ao combate da exclusão social, legislativa ou jurídica, a participação e o controle social dos atos de governo e das políticas públicas por meio das deliberações oriundas da gestão democrática da cidade, as quais, no mínimo, dentro dos interesses de sua competência, vinculam os membros dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

6. BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução da 1ª ed. brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi e revisão da tradução e tradução dos novos textos de Ivone Castilho Benedetti. 4ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza; ALVIM, Eduardo Arruda; MARINS, James. *Código do consumidor comentado*. Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor. Biblioteca de Direito do Consumidor. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. v. 8.

ARISTÓTELES. *A Política.* Tradução de Nestor Silveira Chaves. Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal. São Paulo: Escala (s.d). v. 16.

ASSIER-ANDRIEU, Louis. *O direito nas sociedades humanas.* Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição.* 2ª ed. atualizada por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 1998.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado.* 44ª ed. São Paulo: Globo, 2005.

BAHENA, Kele Cristiani Diogo. *O princípio da moralidade administrativa e seu controle pela lei de improbidade.* Curitiba: Juruá Editora, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira.* 7ª ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil- promulgada em 5 de outubro de 1988.* São Paulo: Saraiva, 1988. v. 1.
_____ São Paulo: Saraiva, 1990. v. 7.

BEZERRA FILHO, Aluízio. *Lei de improbidade administrativa aplicada e comentada.* 1ª ed. 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2006.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos.* Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 13ª tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 2004.
_____ *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 3ª ed. Bauru-SP: Edipro – Edições Profissionais Ltda, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado.* 3ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros,1995.
_____ 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1998. Conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. *Cidade de muros – Crime, segregação e cidadania em São Paulo. 2*ª ed. Tradução de Frank de Oliveira e Henrique Monteiro. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2003.

CALMON, Pedro. *Curso de Direito Constitucional brasileiro*. *Constituição de 1946*. 2ª ed. Rio de Janeiro - São Paulo: Livraria Freitas Bastos S.A., 1951.

Câmara dos Deputados. *Estatuto da Cidade – guia para implementação pelos municípios e cidadãos.* Brasília: Coordenação de publicações, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra – Portugal: Editora Almedina, 1999.
_____ 7ª ed. Coimbra – Portugal: Editora Almedina, 2003.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

CASTRO, Flávia Lages de. *História do Direito Geral e Brasil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

CASSONE, Vittorio. *Direito Tributário.* 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1998*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993a.

_____ *Temas de Direito Constituiconal (e de Teoria do Direito)*. São Paulo: Acadêmica, 1993b.

CONSELHO NACIONAL DA SAÚDE. 2006. Disponível: http://conselho.saude.gov.br/

CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO. 2006. Disponível: http://portal.mec.gov.br/cne/index.php

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga.* Tradução de Jean Melville. Coleção a obra-prima de cada autor. São Paulo: Martin Claret, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 25ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006.

DELMAS-MARTY, Mireille. *A imprecisão do Direito – do Código Penal aos Direitos Humanos*. Tradução de Denise Radanovic Vieira. São Paulo: Manoele, 2005.

DIAS, Deniella S. *Anais do XIII encontro nacional do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito.* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

Dicionário enciclopédico Koorgan Larousse seleções. Rio de Janeiro: Larousse do Brasil Ltda, 1978. v. 1.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. Teoria Geral do Direito Civil. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1.
_____ *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro interpretada*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DUSSEL, Henrique. *Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão*. Ed. Vozes, 2000.
_____ *Filosofia da libertação – crítica à ideologia da exclusão.* Tradução de Georges I. Maissiat. São Paulo: Paulus, 1995.

ESCOLA BRASILEIRA DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DE EMPRESAS. FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. 2006. Disponível: http://www.ebape.fgv.br/cids/NOVO%20DEBATE%20CidadeDutra.html

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel Espíndola. *Conceitos de princípios constitucionais*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRACINI, Luiz Alberto. *Improbidade administrativa*. *Teoria, legislação, jurisprudência e prática.* 3ª ed. Campinas: Agá Júris, 2001.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Comentários à Constituição de 1998.* 1ª ed. Campinas: Julex Livros Ltda, 1989. v. 3.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa – Comentários à Lei 8.429/92 e Legislação Complementar*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais.* 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

Fundação Prefeito Faria Lima – Cepam. Centro de Estudos e Pesquisas de Administração Municipal. *O Município no século XXI: cenários e perspectivas.*

Edição comemorativa dos 30 anos do Cepam / 30 anos da ECT. São Paulo: Pro editores, 1999.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GOMES, Sergio Alves. *Hermenêutica jurídica e Constituição no Estado de Direito democrático.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto.* 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HARVEY, David. *A justiça social e a cidade*. Tradução de Armando Corrêa da Silva. São Paulo: HUCITEC, 1978.

HOBBES, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 2004.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. 2006. Disponível: http://www.ibge.gov.br/

IHERING, Rudolf von. *A luta pelo Direito.* Tradução de Pietro Nassetti. Coleção obra-prima de cada autor. São Paulo: Martin Claret, 2005. v. 47.

JÚNIOR, Wallace Paiva Martins. *Probidade administrativa*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 5ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2005.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro – São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1960. v. I.

MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado.* 26ª ed. atualizada por Miguel Alfredo Malufe Neto. São Paulo: Saraiva, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro.* 28ª ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2003.
_____ *Direito municipal brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIRORES. BERNARDES, Adriana. *Urbanização.* 2006. Disponível: http://www.mre.gov.br/CDBRASIL/ITAMARATY/WEB/port/consnac/ocupa/procurb/

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal interpretado.* Atualizado por Renato N. Fabbrini. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967.* 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. t. I.

MIRÀNDOLA, Pico Della. *A dignidade do homem*. Tradução de Luiz Feracine. Coleção grandes obras do pensamento universa. São Paulo: Escala (s.d). v. 25.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional.* 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORIN, Edgar. *O método 5 – a humanidade da humanidade – a identidade humana*. 3ª ed. Tradução de Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2005.

OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. *Direito Tributário e meio ambiente. Proporcionalidade, tipicidade aberta e afetação de receita.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo.* 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PLANETA EDUCAÇÃO. 2006. Disponível: http://www.planetaeducacao.com.br/new/colunas2.asp?id=469

PLATÃO. *A República.* Parte. II. Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal. Tradução de Ciro Mioranza. São Paulo: Escala [s.d.]. v. 5.

PÓLIS, Instituto/Laboratório de desenvolvimento local. *Estatuto da Cidade – guia para implementação pelos municípios e cidadãos.* Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2001.

PORTAL IMPRENSA. 2006. Disponível: http://www.portalimprensa.com.br/202_pesquisaespecial_n202.asp

PRADO, Francisco Octavio de Almeida. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. Tradução de João Baptista Machado. 4ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito.* 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1962. v. I.
_____ 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1962. v. II.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública.* Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais.* 2ª tiragem. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *A origem da desigualdade entre os homens.* Tradução de Ciro Mioranza. Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal. São Paulo: Escala (s.d). v. 7.

_____ *O contrato social ou princípios do Direito Político.* Tradução. Ciro Mioranza. Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal. São Paulo: Editora Escala (s.d.). v. 13.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice – O social e o político na pós-modernidade.* 10ª ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SECRETARIA DE ESTADO DE SEGURANÇA PÚBLICA. SÃO PAULO. 2006. Disponível: http://www.ssp.sp.gov.br/home/noticia.aspx?cod_noticia=8208

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade.* Tradução de Laura Teixeira Motta. 4ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

_____ *Desigualdade reexaminada*. Tradução de Ricardo Doninelli Mendes. Rio de Janeiro - São Paulo: Record, 2001.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico.* 1ª ed. 1963. Rio de Janeiro – São Paulo: Forense, 1963. v. II, III e IV.

SILVA, Guilherme Amorim Campos da. *Direito ao desenvolvimento*. São Paulo: Editora Método, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____ *Curso de Direito Constitucional positivo.* São Paulo. Malheiros. 1996.

SUNG, Jung Mo; SILVA, Josué Cândido da. *Conversando sobre ética e sociedade.* 12ª ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2006. Disponível: www.stf.gov.br

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2006. Disponível: http://www.stj.gov.br

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

TORRE, M. B. L. Della. *O homem e a sociedade – uma introdução à sociologia.* 6ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1977.

TOURAINE, Alain. *Poderemos viver juntos? iguais e diferentes.* Tradução de Jaime A. Clasen e Ephraim F. Alves. Petrópolis: Vozes, 2003.

ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria geral do federalismo democrático*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

WIKIPÉDIA, A ENCICLOPÉDIA LIVRE. 2006. Disponível: http://pt.wikipedia.org/wiki/Ren%C3%A9_Descartes

WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito.* 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente – exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente.* Tradução de Renato Aguiar. Instituto carioca de criminologia. Coleção pensamento criminológico. Rio de Janeiro: Revan, 2002.