

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral; MENDES, Emílio García(Coord.). *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CYRINO, Públio Caio Bessa; LIBERATI, Wilson Donizeti. *Conselhos e fundos no estatuto da criança e do adolescente*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

NOGUEIRA NETO, Wanderlino. *Direitos humanos da infância e da adolescência; marcos teóricos para o Sipiá: instrumentos, instituições e mecanismos de promoção e proteção dos direitos humanos da criança e do adolescente*. Fortaleza: Conselho Estadual dos Direitos da Criança e do Adolescente do Ceará & Subsecretaria de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente da Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República: 2006.

O'DONNELL, Daniel. La Convención sobre Derechos del Niño: *estructura y contenido*. *Infância*: Boletín del IIN, n. 230. Tomo 63, Julio. Instituto Interamericano Del Niño, Montevideo. 1990. Disponível em <<http://www.iin.oea.org/sim/cad/sim/pdf/mod1/Texto%202.pdf>>. Acesso: 6 abr. 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Compilación de observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño sobre países de América Latina y el Caribe (1993-2006)*. 2.ed. Santiago del Chile. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Oficina Regional para América Latina y el Caribe; Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2006.

PONTES JR., Felício. *Conselhos de direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: Malheiros, 1993.

Princípio constitucional da transparência na administração e Ministério Público: interrelações e possibilidades da accountability no Brasil

Pedro Thomé de Arruda Neto

Promotor de Justiça do MPDFT - Primeira Promotoria de Justiça de Ceilândia-DF

SUMÁRIO: 1 *Accountability*: um panorama do instituto na literatura da Administração Pública. 2 A *Accountability* e o Direito brasileiro: a sedimentação do Princípio da Transparência da Administração Pública (“Princípio da *Accountability*”) no Direito Público. 3 O Controle Institucional do Ministério Público sobre a Administração Pública: discussões e reflexões sobre o papel do “Parquet” na realização do Princípio da Transparência. Referências.

1 *Accountability*: um panorama do instituto na literatura da Administração Pública

A literatura acadêmica da Administração Pública tem dedicado especial atenção ao fenômeno da *accountability*, sendo que desde a década de quarenta, em especial nos países anglosaxões, pesquisadores trabalham com tal conceito, sendo notável a doutrina que discutia a abrangência do termo sob a ótica dos seus mecanismos.

Nesse sentido, parcela da literatura enxergou, de forma limitativa, como mecanismos de *accountability*, em sua modalidade horizontal: a) o controle, e

b) a fiscalização de violações legais por parte de autoridades e agências públicas (KENNEY, 2003, O'DONNELL, 1998; 2003 *apud* CENEVIVA; FARAH, 2007). Por outro lado prevaleceu academicamente o posicionamento da literatura (MAINWARING, 2003, ABRUCIO E LOUREIRO, 2005, CLAD, 2000; SCHMITTER, 1999; ELSTER, 1999 *apud* CENEVIVA; FARAH, 2007) de que além daqueles dois mecanismos acima indicados, concorreriam para a real compreensão do termo as noções relativas ao monitoramento e a sanção de ações (ou omissões) políticas, que não necessariamente envolvem o cometimento

de delitos ou infrações legais, envolvendo aí um juízo próprio de tipicidade das condutas.

Em recorte pragmático da política em questão, temos como marco referencial da implementação desta ferramenta da gestão da res publica contemporânea: a chamada “experiência neozelandesa” de reforma do Estado. Colocada em prática a partir do State Sector Act de 1988 e do *Public Finance Act* de 1989, promoveu-se uma real vinculação do administrador público ao atingimento de resultados, previamente planejados e detalhados, por meio do uso de indicadores de avaliação de *performance* e de critérios para mensurar a qualidade dos serviços prestados, introduzindo paradigmas ligados ao ideário da reforma gerencialista do Estado¹.

Inúmeros estudos apontam para o sucesso da experiência da Nova Zelândia, em especial, no combate à corrupção por meio da utilização de mecanismos próprios de controle estatal (PAULA, 2005).

A palavra *accountability*, contudo, não tem tradução imediata para o português, tratando-se, portanto, de um anglicismo que tem como origem remota palavra inglesa derivada do latim *ad computare* (contar para, contar com). Nesse sentido,

¹ O gerencialismo na Administração Pública brasileira remonta à Emenda Constitucional nº 19 que teve no Professor Doutor Bresser Pereira, sua matriz intelectual. No país entendemos que a experiência gerencialista mostrou-se frágil e limitada, grosso modo, por dois motivos: 1) pela não realização da sua dimensão democrático-deliberativa e, portanto, dialógica, e 2) por incompatibilidade com os pressupostos legais da Administração Pública, em apertada síntese, por querer impor uma maior discricionariedade no atuar do administrador, esquecendo-se o legislador constituinte derivado de que os agentes públicos só podem agir segundo o que a lei permite e prescreve. Inúmeras são as críticas a este modelo que apregoa a terceirização dos serviços públicos em áreas como a saúde e a educação e a introdução de figuras jurídicas importadas como o “contrato de gestão”, que se adapta mal à rigidez do sistema legal administrativo pátrio (DI PIETRO, 1999). Boa parte das pesquisas constantes da literatura da Administração Pública aponta para críticas ao modelo gerencial e suas figuras centrais (agências executivas, agências reguladoras e organizações sociais), apontando em seus estudos, para a fragmentação do aparelho do Estado e para ausência da preconizada eficiência na prestação dos serviços públicos (PAULA, 2005, p. 73). Outro ponto passível de crítica no gerencialismo está no seu fetichismo pelo controle de resultados que é um ideal que pressupõe aprimoramento ainda não alcançado por nossa Administração Pública: o de possuir uma administração profissionalizada, onde a valorização do servidor público passa pelo respeito às regras constitucionais do concurso público, em detrimento das terceirizações, além de maiores investimentos em treinamento e desenvolvimento de pessoas, como aponta HAGE (2009). De qualquer sorte, a *accountability*, ao contrário, mesmo tendo sua origem na literatura da ciência da Administração Pública, da vertente gerencial, é aceita, pela literatura com um recorte positivo (MATIAS-PEREIRA, 2007), como demonstraremos.

a conceituação do que vem a ser *accountability* é particularmente desafiadora para o estudioso brasileiro em virtude não só da inviabilidade de se encontrar um léxico correspondente no vernáculo mas, especialmente, diante do sentido extremamente elástico que possui, mesmo na língua inglesa.

De qualquer sorte, indiscutível é que está ligada ao ideário do “combate à corrupção” no exercício diuturno do Poder Público e à garantia de maior transparência dos atos administrativos. Também se relaciona às discussões acerca da moralidade, probidade, com estudos jurídicos e de gestão pública, além de Ética.

A Administração Pública pátria parece não possuir um real compromisso ético no atuar de seus agentes públicos, o que demanda uma tomada de posição (jurídica, sobretudo) com o inevitável enfrentamento da questão imoralidade administrativa, trazendo, caso necessário, às barras da justiça aqueles que atuam de forma desviante ou exorbitante daquilo a que deveria estar circunscrito ao núcleo das normas jurídicas.

Por oportuno, vale trazer à tona interessante pesquisa, levada a efeito em nível de pós-doutorado (ASPER Y VALDÉS, 2008, p. 270-282), sendo que após o processamento de informações coletadas em campo² constatou-se que os “cinco valores mais negligenciados na Administração Pública” seriam: moralidade, interesse público, imparcialidade, eficiência e a honestidade, nesta ordem. Concluiu-se, *pari passu*, que “a ênfase na transparência e na necessidade de se agir com o devido respeito para com os cidadãos e de ajudá-los efetivamente não foi confirmada pelos resultados colhidos na pesquisa. Tudo isto aponta para o fato de que a *accountability* não seja uma realidade, até os dias de hoje, no Brasil.

Merece menção, neste diapasão, outro artigo, datado de 1990, e intitulado: “*Accountability*: Quando Poderemos Traduzi-la para o Português?”. Nele a professora-doutora Anna Maria Campos, em artigo publicado na Revista Brasileira de Administração Pública (RAP), questionou a possibilidade prática

² Os questionários foram respondidos por servidores da Controladoria Geral da União (CGU) e foi realizada em julho de 2007, com o apoio do Ministro de Estado e Controle e da Transparência, Dr. Jorge Hage (ASPER Y VALDÉS, 2008, p. 266).

de se implementar a *accountability* no país, em especial por ter suas origens teóricas e pragmáticas em nações onde haveria uma burocracia estável com uma administração profissionalizada³, um Estado Social e com uma realidade econômica e política bastante diversas da brasileira. Ao mesmo tempo revelou entusiasmo com o sucesso das experiências alienígenas no desenvolvimento do tema, em especial, com o incremento da efetivação do controle da atividade estatal, por meio da prática do planejamento e da utilização de mecanismos instituídos na dinâmica política do próprio Estado, referentes, primordialmente à três aspectos: 1) a participação política do povo, 2) a prestação de contas do administrador da coisa pública e 3) as “boas práticas”⁴ que garantissem um adequado nível de transparência governamental, plenamente exigível em um Estado Democrático e Social de Direito.

Registre-se que existem, mesmo no seio da literatura anglosaxã, leituras críticas acerca da *accountability*, sendo destacável o posicionamento de Amitai Etzioni (2009) que nos brinda com uma concepção alternativa do tema, partindo da experiência estadunidense na gestão da saúde, que, como sabemos tem na figura das agências⁵ o órgão central da Administração Pública e principal sujeito material na *accountability* horizontal, na medida são delas que partem os atos punitivos de eventuais desvios praticados.

Para o cientista social e professor da Universidade de Columbia a amplitude conceitual do termo engloba tradicionalmente a: i) responsabilidade e sensibilidade para aludir a uma maior atenção ou consideração para com a comunidade, e ii) exigência de compromisso com valores socialmente relevantes. Nos dois casos está em jogo o uso simbólico da política e não sua força social intrínseca, de molde a enxergar a “*accountability* como gesto”, com pouca ou nenhuma

instrumentalidade. Nesse sentido, Etzioni concebe *accountability* como: a) política realista, ou seja, aquela que vigora na administração e no governo e que reflete em qualquer momento no tempo a totalidade das forças que atuam no sistema e partem de grupos com interesses específicos; b) Abordagem formal ou legal que recai, juridicamente, na instituição política dos “freios e contrapesos” como instrumento regulador da função estatal e como “exigência” de um Poder sobre o outro na sua dinâmica funcional interna e c) orientação, que a enxerga como baseada em uma variedade de forças interativas (em contraposição às concepções anteriores que a enxergavam como um atributo ou mecanismo isolado) tendo base moral (no sentido de valores internalizados pelos dirigentes) e de poder e que se manifestam por meio de coalizões intrínsecas ao sistema social. Nessa concepção, preferida pelo autor, ganha importância vital aquilo que chama de comunicação institucional que tem por escopo a divulgação aos diferentes grupos sociais e à comunidade política dos resultados e objetivos que pretendam sejam atingidos.

Temos, entretanto, que a *accountability*, enquanto modelo teórico, apresenta compatibilidade com o sistema normativo em vigor no Brasil, em especial, no que se refere à responsabilidade e ao comprometimento do agente público na realização do seu poder-dever de realizar o bem comum e em conformidade com as prescrições legais, inclusive, aquelas de natureza restritiva. E isso porque não se pode jamais esquecer a clássica lição de que enquanto na seara privada permite-se tudo que não é vedado em lei, no setor públicos só é autorizado a realização do que é permitido em lei. A restrição ao atuar administrativo representa direito negativo, de primeira geração ao qual corresponde a garantia de todos os cidadãos em uma apreciação de restrição das manifestações de vontade do Estado-Administração que afetem direitos e violem princípios constitucionais.

³ Administração Profissionalizada pressupõe o prestígio e o respeito ao concurso público e suas regras, assim como também o planejamento e desenvolvimento de pessoas.

⁴ A idéia de “boas práticas” está ligada ao plano governamental, e não estatal que é peregrino no tempo, enquanto que aquele é transitório. Importante, sem dúvida, por aprimorar os mecanismos governamentais de transparência e controle.

⁵ Não assim, o direito administrativo estadunidense é o “direito das agências” (DI PIETRO, 1999).

2 A *Accountability* e o Direito brasileiro: a sedimentação do Princípio da Transparência da Administração Pública (“Princípio da *Accountability*”) no Direito Público

Em uma apreciação jurídica temos que a *accountability* tem correspondência transdisciplinar⁶ com o denominado Princípio da Transparência da Administração Pública. Tanto é assim que este princípio também é conhecido como “Princípio da *Accountability*”, sendo que o culto Ministro Joaquim Barbosa, lançou mão da terminologia em alguns de seus votos na Suprema Corte⁷.

Em sentido *lato* o princípio da *accountability* compreende subprincípios dentre os quais se incluem os princípios/institutos da prestação de contas pelo administrador da res publica, da responsabilidade, da imputabilidade e do sufrágio universal.

Este último representa hipótese de *accountability* vertical, no sentido de que é exercido pelos eleitores, por meio do voto e diverge, no plano ontológico da *accountability* horizontal que como assinala a melhor doutrina refere-se ao poder das agências estatais de punir desvios de atores estatais (MACHADO, 2007, p. 146).

No plano legislativo, jurisprudencial e doutrinário a inserção da transparência como instituto jurídico tem duas origens remotas apontadas pela doutrina: 1) a edição do *Federal Administrative Procedure Act* de 1946 e os estudos doutrinários do direito escandinavo, especialmente o sueco, que há muitos anos trabalhava com a noção jurídica da transparência e da responsabilização (MARTINS JÚNIOR, 2004).

O princípio da transparência da Administração Pública, no Brasil, decorre de normas constitucionais e legais expressas ou implícitas, recebendo o apoio da doutrina e jurisprudência (DI PIETRO, 2009). Mesmo que não tenha conste na

⁶ O termo nos remete a Piaget, bem como à Teoria Geral dos Sistemas, e diz respeito a uma compreensão para além das categorias básicas da ciência tradicional.

⁷ Vide nota de rodapé de nº 8, com as mencionadas referências jurisprudenciais. Conferiu-se no ementário do STF.

sua literalidade como princípio da Administração Pública no Título III, Capítulo VII da Lex Mater, tem-se que o mesmo deriva da interpretação sistêmica da Carta Magna e que a existência de regras e subprincípios relativos à transparência indicam-no, também, como princípio regente da Administração Pública pátria. Acresce lembrar que outros princípios como o da eficiência já eram trabalhados juridicamente, mesmo sem a sua inserção expressa por força da Emenda Constitucional nº 19 (a chamada “Emenda da Reforma do Estado”)⁸. O e. Supremo Tribunal Federal (STF) reconhece a existência do Princípio da Transparência. Em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN nº 2.472-8, Rio Grande do Sul, Ementário nº 2267-1, Relator originário: Ministro Maurício Correa, Diário de Justiça 09.03.2007), proposta pelo governador do Estado do Rio Grande do Sul em desfavor da Assembléia Legislativa do Estado, onde se pleiteava a declaração da inconstitucionalidade de lei gaúcha (Lei nº 11.601, de 11 de abril de 2001) que (além de alegado vício de iniciativa) pecava pela violação da igualdade republicana-federativa ao afirmar que as exigências relativas à publicidade estatal destinavam-se, tão-somente ao Poder Executivo, em uma interpretação restritiva de Administração Pública como Poder Executivo, excluindo os demais Poderes (Legislativo e Judiciário), por omissão legislativa, da vinculação às regras relativas à transparência, revelando-se, destarte discriminatória e, como assinalou em seu voto o eminente Ministro Gilmar Mendes (p. 47), reduzindo o significado da norma constitucional de referência (art. 37, § 1º, CF). Não só o STF, mas também

⁸ Sobre o Princípio Jurídico da Eficiência da Administração Pública a doutrina do Direito Administrativo aponta que ela deve ser considerada em seu sentido amplo no sentido de conceber a eficiência como um dever de exercer suas atribuições com a melhor qualidade, o menor dispêndio de recursos materiais, inclusive naturais e financeiros, no menor tempo possível e com maior respeito ao usuário dos serviços. Deve abranger a efetiva obtenção de resultados de interesse público contidos no texto constitucional e, portanto, o exercício de controle de resultados que engloba todos os aspectos de mérito no exercício dos poderes políticos e administrativos, inclusive quanto a eficiência e adequação na utilização dos meios ao alcance dos fins visados (MUKAI, 2008).

al definição revela, até certo ponto, uma interpretação conforme a Constituição, que por si só acarreta uma nova concepção de controle dos atos administrativos, que deve, também ser finalisticamente eficiente. Registre-se, contudo, a necessidade acadêmica de aprofundamento jurídico do princípio da eficiência.

o Superior Tribunal de Justiça reconhecem o princípio da transparência.⁹

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) também já reconheceu o princípio da transparência como vinculante na Administração Pública, em caso concreto relativo a concurso público, sendo que o acórdão seguiu assim ementado *verbis*:

EMBARGOS INFRINGENTES. DIREITO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. AUXILIAR DE ENFERMAGEM. FUNDAÇÃO ZERBINI. APROVAÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO. ILEGAL. RECLASSIFICAÇÃO. DIREITO À POSSE.

1. O reconhecimento de ilegalidade do ato administrativo gera efeitos ex tunc, retroagindo, portanto ao momento de sua concreção.
2. O candidato aprovado em concurso público tem mera expectativa de direito em ser nomeado para o cargo. Contudo, em havendo convocação, há de ser assegurada a rigorosa ordem de classificação no certame.
3. *Atos emanados do Tribunal de Contas do Distrito Federal não inibem as determinações judiciais que, em caso específico impõe à Administração o dever de cumprir mandamento legal, mormente os princípios da moralidade e transparência administrativa.*
4. Há de se assegurar ao prejudicado o ressarcimento dos danos materiais, oriundos da incúria da Administração em preterir injustamente, o candidato aprovado em concurso público.
5. Recurso conhecido e improvido (20050110049934EIC, Relator: SANDOLVAL OLIVEIRA, 2ª Câmara Cível, julgado em 02/04/2007, DJ 08/06/2007, p. 121, Registro do Acórdão Número: 272937). (Grifos nossos)

⁹ Em outras oportunidades, além daquela supra analisada, o Supremo Tribunal Federal (STF) apreciou a matéria da transparência, registrando-se aqui mais duas referências jurisprudenciais da Corte Suprema apreciando a impessoalidade e transparência administrativa: 1) Mandado de Segurança 25.181-6, Ementário nº 2237-1, Publicado no DJ de 16/06/2006, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno), e 2) Medida Cautelar em Mandado de Segurança 24.832-7, DF, Relator Ministro Cezar Peluso, DJ 18/08/2006, Ementário nº 2243-1, Tribunal Pleno. No Superior Tribunal de Justiça (STJ) confira-se: 1) RESP 1123277/RJ Recurso Especial 2009/0027093-2, Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, Data de julgamento 25/08/2009, DJ 10/09/2009), 2) MS 9744/DF Mandado de Segurança 2004/0078452-0, Relator Ministro José delgado, Primeira Seção, Data do Julgamento 27/10/2004, DJ 04/04/2005. P. 158), e 3) AgRg no MS 9642/DF Agravo Regimental no Mandado de Segurança 2004/0049111-9, Relator Min. Luiz Fux (1122), Primeira Seção, Data do Julgamento 09/06/2004, DJ 16/08/2004, p. 123 Ementa).

Há razões hermenêuticas para se acatar a existência deste princípio da Administração Pública. Ela passa pela própria idéia de que os princípios constitucionais são primários, no sentido de que deles decorrem outros princípios, que são, portanto, subprincípios em relação aos anteriores, e que se podem conter expressa ou implicitamente, no próprio sistema constitucional (ROCHA, 1994) justifica a existência de um Princípio da Transparência no Direito Administrativo pátrio. Enxergamos, nesse diapasão, alguns subprincípios (como a motivação, publicidade e a participação popular) que surgem em nossa legislação, inclusive (mas não necessariamente) de forma explícita, e que confirmam, sob a ótica da lógica jurídica, a existência de um princípio maior que seja enformador dos que dele se derivam sucessivamente. Pela sua amplitude conceitual temos, portanto, que o Princípio da Transparência, mesmo que não expressamente previsto no texto constitucional, no seu artigo 37, *caput*, da CF, tem fundamento implícito na Lei Maior e por isso tem força vinculante com relação ao atuar administrativo, em toda a sua plenitude.

Ele é considerado mais amplo que o princípio da publicidade e dessa construção jurídica é que exsurge a conclusão de que na Administração transparência é a regra, enquanto o sigilo exceção. Esta última tem por fundamento o direito à intimidade que, a exemplo dos demais direitos constitucionais, não poder ser exercido de maneira absoluta (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007), comportando exceções, algumas delas, inclusive, já previstas até mesmo na Constituição Federal, por exemplo, quando restringe o direito à inviolabilidade do domicílio (art. 5º, inciso XI) ou para proteção do interesse pública, como o direito a informações que deve ser assegurado com ressalva para aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, inciso XXXIII). Sobre o tema vale citar precedente histórico do próprio e. Supremo Tribunal Federal (STF) que pelo voto do Ministro Ilmar Galvão fixou que, *verbis*:

é legítima a quebra do sigilo quando há interesse público relevante, como o da investigação fundada em suspeita razoável de infração penal. Com base nesse entendimento e afirmando que o art. 38, § 1º, da Lei 4.595/64 – que autoriza a quebra do sigilo bancário quando ordenada pelo Poder Judiciário – foi recepcionado pela CF/88 (art. 5º, X, XII), a Turma manteve o acórdão do STM confirmatório de decisão de juiz auditor que determinara a quebra do sigilo bancário dos recorrentes

para fim de se apurar ilícitos administrativos decorrentes de superfaturamento na compra de material médico-hospitalar no Hospital Central do Exército” (RMS 23.002-RJ, REL Min. Ilmar Galvão, 2.10.98, publicado no Informativo do STF nº 126 – 5 a 9 de outubro de 1998. In: Carlos Roberto Siqueira Castro, ob. cit, p. 549 apud DI PIETRO, 2009, p. 211).

Apresentar-se-á, neste momento um modelo analítico e de decomposição do Princípio da Transparência que envolve uma noção mais abrangente que a mencionado pela doutrina pesquisada neste artigo, por englobar, ademais, o dever de prestar contas do administrador público, a sua responsabilidade (civil, administrativa e de improbidade, cumulativamente com a possibilidade de se realizar a *persecutio criminis* com a imputação a alguém da prática de uma conduta criminosa, tipificada na legislação penal em vigor e, via de regra, em detrimento da Administração Pública.

Trata-se, portanto, de instituto jurídico poliédrico que compreende:

1) o princípio jurídico da transparência administrativa *stricto sensu* (ou propriamente dito), e seus subprincípios:

(i) da publicidade (art. 37, *caput*, CF, que determina que as decisões da Administração devem ser públicas e publicizadas. Compreende, outrossim, o direito à publicidade verídica, considerando a necessidade das informações oriundas da Administração serem verdadeiras de molde a propiciar a formação de convicções acerca dos assuntos públicos, sem maledicências, erros e incomprovações (ROCHA, 1994, p. 242; MORAES, 1997, p. 161-16, *apud* MARTINS JÚNIOR, 2004, p. 44),

(ii) da motivação (prevista na Lei do Processo Administrativo – Lei nº 9,784, de 29 de janeiro de 1999 e formalidade essencial à validade dos atos administrativos que determina que as decisões devem ser expressamente motivadas para que o administrado possa compreendê-la e exercer, se bem entender, seu direito de irrisignação por meio da impugnação administrativa ou judicial e, também, para que se possa extrair a consonância aos princípios da impessoalidade e da finalidade),

(iii) do acesso às informações pessoais constantes dos bancos de dados do Poder Público e amparados pelos direitos de informação, de petição, constitucionalmente assegurados no art. 5º, incisos XIV e XXXIII (MARTINS JÚNIOR, 2004); 2) O instituto jurídico da soberania popular e suas subespécies: participação popular e controle social¹⁰;

3) Os institutos de tomada democrática de decisão por meio das audiências públicas, consultas públicas, plebiscitos administrativos, referendos administrativos e, também, do direito de certidão (art. 5º, XXXIV, CF) (MARTINS JÚNIOR, 2004), bem como da gestão democrática, por exemplo, da educação¹¹, que, aliás, tem fundamento ;

4) Os instrumentos jurídicos de controle¹² social, mesmo que exercitado por um indivíduo apenas, a exemplo do eleitor por meio da ação popular, ou seja, pela disponibilização pelo sistema jurídico à população, por meio da própria Constituição e da legislação infraconstitucional como o *habeas corpus*, *habeas datas*, o mandado de segurança, mandado de injunção, processo e recurso administrativos:

5) O dever constitucional de prestar contas ligado ao desempenho da gestão pelo agente público, seja ele um agente político, seja agente administrativo. que, por se utilizar, no exercício de suas funções, competências ou atribuições da coisa pública (bens materiais, bens imateriais, em especial, valores do dinheiro público tem dever de prestar contas caso seja provocado para tanto pelos sistemas de controle interno e externo, apresentando-as, por exemplo, ao Tribunal de Contas para o indispensável controle contábil-financeiro-orçamentário-operacional-

¹⁰ O termo controle social pode ser equívoco, mas é o que vem sendo consagrado na doutrina (CENEVIVA; FARAH, 2007; SIRAQUE, 2009, SILVA, 2009; PIRES, 2009 e outros). Seria melhor falar em controle pela sociedade ou controle societal.

¹¹ Poderia ser gestão democrática da seguridade social ou tantas outras hipóteses previstas na legislação pátria.

¹² Comparato realizou ampla pesquisa sobre o significado do termo controle (apud SIRAQUE, 2005, ps. 88-89). Segundo ele a palavra controle é um neologismo da língua portuguesa, sendo originária da língua francesa, tendo, contudo, sofrido grande influência do inglês e que no Brasil significa não somente vigilância, verificação, fiscalização, mas, também, poder de dominar, regular, guiar e restringir.

patrimonial, determinado na Lei Maior (art. 70 e ss, CF.);

6) A possibilidade de responsabilização civil, administrativa e por improbidade do mau gestor público, podendo cumular-se demandas nestas três esferas, além da criminal, com a imputação da prática de uma conduta criminosa. Essa, ademais, é a lógica¹³ instituída pela Lei da Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992);

7) A possibilidade de ocorrer uma imputação na esfera criminal a alguém da realização de um conduta tipificada pela legislação penal. Nesta hipótese, temos uma das principais formas de controle exercido pelo Ministério Público sobre as atividades da Administração Pública, principalmente, quando percebe-se que dessa atuação criminal surge a prevenção especial e geral com a coibição da prática de novos crimes contra a Administração Pública, definidos no Código Penal em seu Título XI, arts. 312 a 359 e que, por sua vez, englobariam condutas tipificadas e agrupadas em: crimes praticados por funcionário público contra a Administração em Geral (Capítulo I), crimes praticados por particular contra a Administração em geral (Capítulo II), crimes praticados por particular contra a Administração Pública estrangeira (Capítulo II –A), crimes contra a Administração da Justiça (Capítulo III) e crimes contra as Finanças Públicas (Capítulo IV);

8) O Sufrágio Universal que representa verdadeira retroalimentação do sistema social enquanto resposta da coletividade, por meio da avaliação das políticas públicas¹⁴, aos governantes por meio da premiação ou reprovação, no exercício dos direitos políticos ativos, e, finalmente,

9) a existência do controle institucional bem aparelhado e eficaz. Esta modalidade de controle é, destarte, exercitada pelo Ministério Público¹⁵, instituição

¹³ Lógica jurídica que não se confunde com a formal por não estar adstrita a ela. Hermenêutica e Jurisprudência que não se integram em um sistema rigorosamente axiomático do tipo do da matemática ou da ciência do cálculo (LARENZ, 1997, p. 230).

¹⁴ As políticas públicas, particularmente, por sua importância social devem ser controladas e, para tanto, continuamente monitoradas e avaliadas, para que delas se extraia a efetiva garantia dos direitos consagrados. Devem ser percebidas não só sob a ótica da prestação do serviço, mas tendo como parâmetro a qualidade e eficiência desta prestação, sendo que estas devem ser maximizadas para que se possa atenuar a desigualdade, fomentar o progresso e instalar a paz social.

¹⁵ Abrangendo a instituição do Ministério Público, outrossim, os Ministérios Públicos de Contas (MPC).

de controle e de salvaguarda da democracia, dos direitos sociais e do interesse público em face da Administração Pública, e que lançam mão dos instrumentos processuais e extraprocessuais postos à sua disposição pela legislação em vigor para promover o incremento do engajamento político-social, exemplo da realização de audiências públicas, e do controle, por exemplo por meio da propositura de “ações de improbidade”, buscando a reversão de bens, o ressarcimento ao erário, a responsabilização pela improbidade, sem afastar aquelas referentes à esfera civil, penal e administrativa decorrentes do ato ímprobo, por força da independência de instâncias, determinada literalmente pela Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992) (LIA) (BARBOZA, 2008), ou, ainda, o controle de constitucionalidade por ação ou omissão na prática dos atos administrativos (art. 103, § 2º, CF).

3 O Controle Institucional do Ministério Público sobre a Administração Pública: discussões e reflexões sobre o papel do “Parquet” na realização do Princípio da Transparência

A função controle da Administração Pública exercida pelo Ministério Público decorre do que dispõe o artigo 129, inciso II da Carta Magna quando determina ser uma de suas missões institucionais “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”¹⁶. Outrossim, o controle se extrai das determinações da LOMPU, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, em seu artigo 5º inciso I, alínea h, inciso III, alínea b e IV.

A atuação fiscalizatória e de controle preventivo é exercitada pelo Ministério Público e, se dirige a outras instituições e organizações dos demais Poderes, outros que o Judiciário, ou seja, mesmo tendo capacidade postulatória e legitimidade para algumas demandas, nada impede que o membro do Ministério Público atue perante os Poderes Executivo ou Legislativo. Apenas a título ilustrativo, citem-se como exemplos deste tipo de atuação a: i) expedição de uma requisição

¹⁶ A hipótese contemplada no inciso II do artigo 129 da Lei Maior é identificado pela doutrina como sendo a que embasa a atuação ministerial como “defensor do povo” (MARTINS JÚNIOR, 2002; MAZZILLI, 2009).

de documentos (art. 8º, inciso IX, da Lei Complementar Federal n. 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União, LOMPU) para que sejam fiscalizados os procedimentos de aquisição de remédios pelo Poder Público para o tratamento de uma determinada doença que tem demandas não atendidas nas coletividades de pessoas que padecem de um mal físico específico; ii) recomendação dirigida ao Chefe do Poder Executivo, e demais autoridades com atribuição legal para tanto, no sentido de que implemente ou se aprimore uma política pública educacional relativa à merenda escolar (art. 6º, inciso XX, LOMPU), iii) notificação de uma determinada testemunha (art. 8º, inciso I, LOMPU) a comparecer perante o órgão ministerial para esclarecer questões relativas à qualidade da prestação de serviços de relevância pública relativo ao transporte escolar, iv) requisição da instauração de inquérito policial (art. 129, inciso VIII, CF) para apurar crime praticado por agentes do Poder Público na gestão do SUS, e.v) exercer todos os atos administrativos referentes ao mister de controle externo da atividade policial (art. 129, inciso VII, CF).

A Administração Pública em suas manifestações de vontade (melhor seria falar em realização de seu poder-dever de busca do bem estar social) deve sempre atuar dentro da legalidade, ou seja, com observância ao sistema normativo em vigor. Deve, outrossim, exteriorizar suas vontades com legitimidade, atendendo, sempre, à sua finalidade de interesse público. Mesmo nos atos em que se autoriza ao gestor público discricionariedade, nunca confundida com arbítrio, o ato administrativo exteriorizador da vontade da Administração deve, além de manter conformidade às opções permitidas em lei, atender às exigências do bem comum (MEIRELLES, 1997) e que, em uma visão contemporânea, se reflete na qualidade de um serviço público usufruído pela população e esta é diretamente ligada ao modelo de gestão pública e pelas práticas por ele adotadas.

Os limites do controle jurisdicional do ato administrativo estão em constante revisão na doutrina. A eminente administrativista e professora da Universidade de São Paulo (USP) Odete Medauar (MEDAUAR, 2009, p. 387-388) apresenta uma tipologia diferenciada e moderna baseada no critério do agente controlador e apresenta as seguintes modalidades de controle, quanto:

- ao aspecto em que incide: controle da legalidade geral ou contábil-financeira, controle de mérito e controle da “boa administração”.
- ao momento em que se exerce: controle prévio, controle concomitante e controle sucessivo.
- à amplitude: controle de ato e controle de atividade.
- ao modo de se desencadear: de ofício, por provocação e compulsório.

Destaca-se, na tipologia apresentada que a culta doutrinadora faz distinção entre controle de mérito e controle daquilo que ela chama de “boa administração”, ou seja, de questões ligadas à eficiência, produtividade e à própria gestão e que amplia os limites tradicionais de controle do ato administrativo pelo agente político do Ministério Público.

O controle exercido pelo *Parquet* sobre os atos da Administração pública há de ser estrategicamente realizado de molde a promover o equilíbrio das relações entre o Estado-Administração e os particulares e, como bem observa Martins Júnior (2002) é ponto vital do alcance de uma autêntica e justa composição do conflito entre autoridade e liberdade e por isso mesmo consiste em poder-dever do Ministério Público o exercício de tal mister, sendo destacável que há uma série de fundamentos favoráveis ao controle jurisdicional da discricionariedade administrativa e residem, basicamente, em duas vertentes:

- a) a primeira delas diz respeito à proteção ao núcleo essencial (núcleo duro) do direito fundamental que no caso de violação retira dele toda a possibilidade de realização prática, e
- b) o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, que se contrapõe à postura doutrinária e jurisprudencial que enxerga níveis de eficácia e aplicabilidade das normas da Carta Magna, negando em alguns casos a imediatidade destas (PIRES, 2009).

Portudo isso temos que a *accountability*, ou de uma forma sintética, transparência, mesmo tendo origem na administração pública gerencial, anda de mãos dadas com a gestão pública societal, vertente ligada ao ideário da democracia deliberativa, superando o paradigma da Administração Pública monológica, por trazer em si a semente da concepção do indivíduo e povo como elementos ativos de produção

e controle político em um Estado Constitucional e Democrático de Direito, caso do Brasil. Tal ilação se extrai do princípio inserto no artigo 1º, Parágrafo único da Carta Magna que afirma que “todo poder emana do povo”.

A participação política, em toda a sua inteireza e explorando todas as suas potencialidades, na gestão da coisa pública é, levada a cabo pelo homem, enquanto animal político (DALLARI, 2004), e não se limita à escolha dos governantes pelos cidadãos. Os indivíduos, seres sociais, demandam a sua oitiva na tomada de decisões objetivas envolvendo diretamente seus interesses, individual e metaindividualmente considerados. E a lei é explícita em estabelecer a gestão democrática em inúmeras hipóteses que vão desde a seguridade social à educação. Por isso é que Martins Júnior (2004, p. 345) aponta:

Inegavelmente, a participação popular na Administração Pública é fator de legitimidade do poder político e contribuinte do princípio da transparência, implantando técnicas de conhecimento, controle e direção das atividades administrativas com caráter de repartição, partilha e solidariedade na condução política dos negócios públicos entre a Administração Pública e a sociedade, de forma a diminuir a sensível distância entre o instrumento e a destinatária da consecução do bem comum.

A legislação brasileira, constitucional e infraconstitucional, garante por meio de suas diversas regras e princípios a *accountability* e, portanto, a possibilidade de atendimento do princípio jurídico da Transparência da Administração Pública, por meio da utilização dos recursos legais, jurisprudenciais e doutrinários.

Os instrumentos, como registramos, estão postos e o Ministério Público como instituição guardiã da lei e da democracia tem o poder-dever de realizar o controle que o Pacto Constituinte de 1988 lhe confiou, garantindo a fiel observância aos princípios regentes da Administração Pública, seja por meio do exercício das suas funções criminais ou cíveis (aqui incluído, por exemplo, o controle de constitucionalidade por omissão de atos administrativos, a ação penal, a ação de improbidade e as ações coletivas em geral), priorizando-se o controle *a priori* (preventivo).

A concretização dos direitos propiciada pela efetividade da prestação

jurisdicional dependem de uma atividade integrativa no sentido de compatibilizar e viabilizar a realização positiva estatal, que tem, eminentemente natureza política e social, e a um controle adequado e bem formatado para que o Poder Público possa se centrar na realização do Bem Comum (por meio da implementação de políticas públicas), noção consagrada há muito pelos clássicos de nosso Direito Administrativo, garantindo, dessa forma, a necessário transparência na gestão da *res publica*.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ASPER Y VALDÉS, Daisy. Em torno do sistema brasileiro de integridade nacional: princípios e valores como parte da atividade diária da Administração Pública. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, ano 07, n. 26, jan./mar. 2008.

BARBOZA, Márcia Noll. Definição de Improbidade Administrativa. In: _____. *Cem Perguntas e Respostas sobre Improbidade Administrativa*. Brasília: ESMPU, 2008.

CAMPOS, Anna Maria. Accountability: quando poderemos traduzi-la para o português? *Revista de Administração Pública (RAP)*, 24 (2), p. 30-50, fev./abr. 1990.

CENEVIVA, Ricardo; FARAH, Marta Ferreira Santos. O papel da avaliação de políticas públicas como mecanismo de controle democrático da Administração Pública. In: GUEDES, Álvaro Martim; FONSECA, Francisco (Org.). *Controle social da Administração Pública – Cenário, Avanços e Dilemas no Brasil*. São Paulo: Cultura Acadêmica; Rio de Janeiro: FGV, 2007.

COLETÂNEA de Legislação do MPDFT: 2003. Brasília: Centro de Estudos Técnico-Jurídicos do MPDFT, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O que é participação política*. São Paulo: Brasiliense, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17 ed. Atlas: São Paulo, 2004.

_____. *Parcerias na Administração Pública – Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e outras formas*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. *Alcance do Princípio da publicidade das funções públicas*:

transparência e sigilo. In: MORAES, Alexandre (Coord.). *Os 20 Anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009.

EMENTÁRIO de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF). Acesso em: 1 fev. 2010.

ETZIONI, Amitai. Concepções alternativas de accountability: o exemplo da gestão da saúde. In: HEIDEMANN, Francisco G; SALM, José Francisco (Org.). *Políticas Públicas e Desenvolvimento – Bases epistemológicas e modelos de análise*. 1. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2009.

HAGE, Jorge. *Um debate equivocado*. Folha de São Paulo, São Paulo, 29 de nov. 2009, ano 89, nº 29.460. Tendências/Debates, p. A3.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 230.

MACHADO, Bruno Amaral. *Ministério Público – Organização, Representação e Trajetórias*. Curitiba: Juruá, 2007.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Controle da Administração Pública pelo Ministério Público* (Ministério Público Defensor do Povo). São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

_____. *Transparência Administrativa – Publicidade, Motivação e Participação Popular*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Introdução ao Ministério Público*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEDAUAR, Odete. *Coletânea de legislação administrativa*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Direito Administrativo Moderno*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MUKAI, Toshio. *Direito Administrativo Sistematizado*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

PAULA, Ana Paula Paes de. *Por Uma Nova Gestão Pública: limites e potencialidades da experiência contemporânea*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.

_____. *Administração Pública Brasileira entre o Gerencialismo e a Gestão Social*. RAE, v. 45, n. 1, jan./mar. 2005.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa – Dos Conceitos Jurídicos Indeterminados às Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 169.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SIRAQUE, Vanderlei. *Controle Social da Função Administrativa do Estado – Possibilidades e Limites na Constituição de 1988*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

Interface direito medicina baseada em evidência saúde mental

Tânia Maria Nava Marchewka¹

Procuradora de Justiça (MPDFT). Mestrado e Doutorado em Direito (Ugf/RJ). Doutoranda em Medicina Baseada em Evidências (Unifesp). Especialização em Serviços em Saúde Mental, Direito Sanitário (Unb); Saúde Mental e Qualidade de Vida no Hospital Geral (Unifesp). Professora de Criminologia (Fesmpdft). Coordenadora do Curso de Direito e Professora de Direito Penal e Criminologia da Faculdade Alvorada (BsB).

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Medicina baseada em evidência. 3 Direito à saúde e direitos humanos: contribuições da MBE. 4 Medicina baseada em evidência no contexto da saúde mental. Considerações finais. Referências.

Introdução

Esta é uma primeira tentativa de aproximação entre Direito e Medicina Baseada em Evidência (MBE) priorizando os Direitos Humanos e a Humanização da Medicina, em busca da integralidade entre as áreas do conhecimento, contextualizado na Saúde Mental. Trata-se de uma aproximação entre conceitos, práticas e sentidos que envolvem uma e outra ciência, um e outro campo de conhecimento e ações. Das muitas espécies de relações possíveis entre saberes é dado intuitivamente que Medicina e Direito têm inegavelmente algum traço de parentesco, aquele traço (=desenho, desígnio) que identifica duas pessoas como o “mesmo”, enquanto simultaneamente singulariza cada uma um “outro.”

¹ Este texto propõe uma nova maneira de tomar decisões em Direito e Saúde Mental com embasamento científico da Medicina Baseada em Evidências compromissada e honesta com os Direitos Humanos e Direitos Fundamentais.

A autora é responsável pela técnica da pesquisa e integra a equipe de estudos e pesquisa do Instituto Cochrane do Brasil/UNIFESP, sob a coordenação do Prof. Dr. Álvaro Nagib Atallah.

Parte do projeto de pesquisa qual se firmou neste artigo acerca dos avanços e retrocessos na história da reforma sanitária e psiquiátrica, através do qual firmou-se constitucionalmente em 1988 a ampliação das fronteiras da saúde pública e individual.