

FERNANDO FACURY SCAFF

Prefácio

Regis Fernandes de Oliveira

Apresentação

Heleno Taveira Torres

ORÇAMENTO REPUBLICANO
E LIBERDADE IGUAL

ENSAIO SOBRE DIREITO FINANCEIRO,
REPÚBLICA E DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL

1ª reimpressão

Belo Horizonte

FORUM
CONHECIMENTO JURÍDICO

2020

© 2018 Editora Fórum Ltda.

1ª reimpressão

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do Editor.

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari
Alécia Paolucci Nogueira Bicalho
Alexandre Coutinho Pagliarini
André Ramos Tavares
Carlos Ayres Britto
Carlos Mário da Silva Velloso
Cármem Lúcia Antunes Rocha
Cesar Augusto Guimarães Pereira
Clovis Beznos
Cristiana Fortini
Dinorá Adelaide Musetti Grotti
Diogo de Figueiredo Moreira Neto (*in memoriam*)
Egon Bockmann Moreira
Emerson Gabardo
Fabrício Motta
Fernando Rossi
Flávio Henrique Unes Pereira
Floriano de Azevedo Marques Neto
Gustavo Justino de Oliveira
Inês Virgínia Prado Soares
Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Juarez Freitas
Luciano Ferraz
Lúcio Delfino
Marcia Carla Pereira Ribeiro
Márcio Cammarosano
Marcos Ehrhardt Jr.
Maria Sylvania Zanella Di Pietro
Ney José de Freitas
Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho
Paulo Modesto
Romeu Felipe Bacellar Filho
Sérgio Guerra
Walber de Moura Agra

FÓRUM

CONHECIMENTO JURÍDICO

Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Aline Sobreira de Oliveira

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012
Belo Horizonte – Minas Gerais – Tel.: (31) 2121.4900 / 2121.4949
www.editoraforum.com.br – editoraforum@editoraforum.com.br

Técnica. Empenho. Zelo. Esses foram alguns dos cuidados aplicados na edição desta obra. No entanto, podem ocorrer erros de impressão, digitação ou mesmo restar alguma dúvida conceitual. Caso se constate algo assim, solicitamos a gentileza de nos comunicar através do e-mail editorial@editoraforum.com.br para que possamos esclarecer, no que couber. A sua contribuição é muito importante para mantermos a excelência editorial. A Editora Fórum agradece a sua contribuição.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com ISBD

S278o Scaff, Fernando Facury

2018-380 Orçamento Republicano e Liberdade Igual – Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil / Fernando Facury Scaff. 1. Reimpressão. - Belo Horizonte : Fórum, 2018.
614 p. ; 17cm x 24cm.
ISBN: 978-85-450-0508-7

1. Direito Financeiro. 2. Orçamento Republicano. 3. Direitos Fundamentais. I. Título.

CDD 343.8103
CDU 351.72

Elaborado por Wagner Rodolfo da Silva - CRB-8/9410

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento republicano e liberdade igual: ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil*. 1. Reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2018. 614 p. ISBN 978-85-450-0508-7.

Para os fins estipulados neste trabalho, não há o intuito de especificar todas as normas relativas às sanções – o *direito financeiro sancionador* –, mas apenas afirmar sua existência e que sua aplicação deve ser efetuada de modo republicano, isto é, com isonomia e respeito ao sistema de liberdades, visando alcançar o bem comum. Mesmo assim, será efetuado um rápido bosquejo sobre algumas sanções específicas que envolvem o direito financeiro.

Ao final, será analisada a correlação entre o sistema de controle financeiro atualmente vigente no Brasil, as diversas espécies de corrupção e o orçamento republicano.

Há, contudo, um aspecto fortemente republicano, inclusive no âmbito financeiro, que perpassa a análise de todos esses controles e responsabilidades, motivo pelo qual é estudado previamente àqueles, pois se constitui em uma espécie de pressuposto, que são os institutos da *transparência e publicidade*.

4.2 Pressupostos: publicidade e transparência

09. Desde o início dos tempos o secreto ocupa o centro do poder, e quem detém o controle sobre tais segredos torna-se uma pessoa muito poderosa em qualquer sistema social: político, familiar, empresarial etc. No âmbito estatal, a manutenção desses segredos, por sigilo legalmente estabelecido, ampara-se no que se denomina de “razões de Estado”, cujo pressuposto é que somente alguns, que detêm o poder estatal, é que podem ter conhecimento daqueles fatos ocultados da sociedade. Em uma sociedade que seja republicana e democrática, esse espaço para manutenção do sigilo em face de “razões de Estado” deve ser o menor possível. É necessário que as pessoas tenham o mais amplo conhecimento dos assuntos de Estado, não devendo subsistir amplas áreas à margem dessa publicidade e transparência.

No plano das ideias, a grande transformação sobre esse assunto ocorreu com as revoluções burguesas, liberais em sua essência, como registram Wences, Ragone e Kölling ao afirmar que, “deixar de ser servo e passar a ser cidadão significava, entre outras coisas, a possibilidade de conhecer as questões públicas”.³⁰ Os autores apontam diversos objetivos a serem alcançados com a Lei espanhola sobre Transparência e Bom Governo (Lei nº 19/2013) que analisam na obra, sendo que alguns possuem alcance universal, como o de que as instituições se fortalecem com esses procedimentos, promovendo eficiência e eficácia públicas em prol do bem-estar da população, e que a transparência se torna uma condição prévia e necessária para a prestação de contas, pois se o cidadão não tem acesso à informações claras, precisas e atualizadas, não terá condições de julgar se os agentes políticos cumpriram a norma ou o objetivo prometido, e nem se processo político de tomada de decisões foi o mais adequado.³¹ Ou ainda, como refere Luiz Edson Fachin, “a transparência dos atos do Poder Público emerge como condição de

ver: SANTANA, Izaias José de. O princípio da separação de poderes e a implementação de políticas públicas no sistema orçamentário brasileiro. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. *Orçamentos públicos*. São Paulo: RT, 2011. p. 1111-1134.

³⁰ WENCES, Isabel; RAGONE, Sabrina; KÖLLING, Mario. Introducción académica. In: WENCES, Isabel; RAGONE, Sabrina; KÖLLING, Mario (Coord.). *La Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno* – Una perspectiva académica. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014. p. XIV.

³¹ *Ibidem*, p. XXI-XXII.

possibilidade para a ocorrência de deliberações democráticas, pois as razões do sigilo não se prestam a esse ideal regulatório.”³²

Gilmar Mendes e Celso de Barros Correia Neto apontam cinco âmbitos de transparência para os gastos públicos, em especial para a lei orçamentária: 1) na elaboração e participação social na elaboração dessa lei e nos debates precedentes; 2) clareza na formulação das leis orçamentárias pelo Parlamento; 3) sinceridade, completude e precisão na fixação das estimativas e nos objetivos propostos; 4) ampla divulgação dos documentos que embasam a proposta e a lei orçamentária; e 5) transparência na execução orçamentária.³³

Ocorre que nem sempre a transparência é algo bem visto por todos, pois os governantes de plantão e parcelas da sociedade se beneficiam desse ocultamento, e fornecem todo o apoio para isso, o que Fernando Rezende denomina de “ilusão fiscal”, amparado em Vito Tanzi.³⁴ Especificamente sobre o orçamento, o alerta de Rezende é valoroso:

Se a quase totalidade da despesa é decidida fora do orçamento, a demanda por transparência orçamentária perde força. A elaboração do orçamento deixa de ser o momento em que as decisões a respeito de como os recursos oriundos da cobrança de impostos são discutidas e decididas. Quem tem seus interesses em que eles sejam amplamente discutidos e quem está de fora não encontra espaço para manifestar sua inconformidade, ou indignação.³⁵

Esse alerta cai como uma luva no debate sobre as cláusulas pétreas orçamentárias,³⁶ demonstrando o jogo de poder que subjaz na elaboração orçamentária e no claro-escuro que envolve esse debate, sendo preciosa a afirmação de Gilmar Mendes e Celso de Barros Correia Neto, ao tratar da “remuneração bruta mensal dos servidores públicos em geral”, no sentido de que:

A divulgação ampla dessas informações é de inegável *interesse republicano*, na medida em que permite controle social e oficial dos gastos, notadamente no que se refere à observância do teto remuneratório imposto pela Constituição em vigor.³⁷

Aliás, o STF já se pronunciou de forma favorável à ampla divulgação do valor da remuneração bruta dos servidores públicos através da Suspensão de Segurança – SS nº 3.902, relatada pelo Ministro Carlos Ayres Britto, mencionando que “a prevalência do princípio da publicidade administrativa outra coisa não é senão um dos mais altaneiros

³² FACHIN, Luiz Edson. A promoção da transparência pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: GOMES, Marcus Livio; ABRAHAM, Marcus; TORRES, Heleno Taveira (Coord.). *Direito Financeiro na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – Homenagem ao Ministro Marco Aurélio*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 51.

³³ MENDES, Gilmar; CORREIA NETO, Celso de Barros. Transparência fiscal. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder. *Tratado de direito financeiro*. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1, p. 190.

³⁴ REZENDE, Fernando. Transparência fiscal ou ilusão fiscal? In: SANTI, Eurico de; CHRISTOPOULOS, Basile et al. (Org.). *Transparência fiscal e desenvolvimento*. São Paulo: Fiscosoft, 2013. p. 239.

³⁵ *Ibidem*, p. 247.

³⁶ Ver item 3.5, capítulo 3.

³⁷ MENDES, Gilmar; CORREIA NETO, Celso de Barros. Transparência fiscal. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder. *Tratado de direito financeiro*. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1, p. 198.

modos de concretizar a república enquanto forma de governo. O 'como' se administra a coisa pública a preponderar sobre o 'quem' administra."

Os agentes públicos possuem fortes incentivos não jurídicos para manter a opacidade fiscal, sendo necessário que o Direito assuma o papel de coagir tais agentes à divulgação dessas informações, pois tal opacidade, como aponta Flávio Rubinstein, "beneficia grupos de interesse dotados de maior influência, às custas dos setores mais pobres e menos articulados da sociedade, em um processo nefasto e pouco visível, que costuma passar ao largo do debate público".³⁸

Tal alerta também é válido para outro tipo de práticas reprováveis, como a concessão de incentivos fiscais, que sequer entram de forma precisa na contabilidade orçamentária de cada ente federado.³⁹

10. A publicidade e a transparência são essenciais em uma república e na atividade financeira como um todo, o que permite afirmar sua essencialidade no âmbito do orçamento republicano.⁴⁰

O vocábulo *publicidade* diz respeito ao que é público, que está em consonância com o que é "do povo". Como o governo age em nome do povo, tudo que ele fizer deve ser tornado público, isto é, deve ter publicidade. Esse sentido tem correlação com a *vulgarização* de uma ideia ou informação, isto é, levá-la ao *vulgo*, torná-la *vulgar*.

Louis Brandeis, em 1913, quando ainda advogado, isto é, antes de se tornar juiz da Suprema Corte norte-americana, afirmou com muita pertinência que a: "Publicidade é justamente elogiada como um remédio para doenças sociais e industriais. A luz solar é considerada como o melhor dos desinfetantes; a luz elétrica como o policial mais eficiente. E a publicidade já desempenhou um papel importante na luta contra o poder do dinheiro".⁴¹

Existem três vocábulos que muitas vezes são confundidos no estudo desse tema: *publicidade*, *publicação* e *propaganda*. Cada qual possui um sentido diferente.

Existem autores que apontam diferenças entre *publicidade* e *propaganda*, atribuindo a esta uma função de propagação de ideias visando ao *convencimento* das pessoas.⁴²

³⁸ RUBINSTEIN, Flávio. Notas sobre a transparência fiscal no direito financeiro. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. *Orçamentos públicos*. São Paulo: RT, 2011. p. 883.

³⁹ Ver item 3.6.2, capítulo 3.

⁴⁰ Horácio Corti aponta que a forma republicana no âmbito orçamentário deve conter: a) um sistema de direitos humanos, b) a divisão de poderes e c) a publicidade de atos de governo, a responsabilidade dos funcionários e a segurança jurídica (*Derecho constitucional presupuestário*. Buenos Aires: LexisNexis, 2007. p. 87). Observa-se que o referido autor argentino mescla em sua definição *objetivos* com *controle*, o que é tratado de forma distinta neste trabalho, e com enfoque substancial, e não formal.

⁴¹ BRANDEIS, Louis D. "What Publicity Can Do". *Harper's Weekly*, 20 dez. 1913, p. 10. No original: "Publicity is justly commended as a remedy for social and industrial diseases. Sunlight is said to be the best of disinfectants; electric light the most efficient policeman. And publicity has already played an important part in the struggle against the Money Trust".

⁴² A Enciclopédia Intercom de Comunicação menciona que "o sentido original da publicidade é vulgarizar, tornar público. Registrado, inicialmente, no Dicionário da Academia francesa em 1694 e no Vocabulário português e latino do Padre D. Raphael Bluteau (Coimbra, 1712, v. 2 - p. 817), o termo tinha sentido jurídico e referia-se a publicidade de audiência e debate, antes de assumir um sentido comercial no século XIX com a industrialização e o desenvolvimento dos mercados de grande consumo" (São Paulo: Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação, 2010. Disponível em: <<http://www.almanaquedacomunicacao.com.br/files/others/Enciclopedia.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2018. p. 980). *Propaganda*, para Jowett e O'Donnell, "é a tentativa deliberada e sistemática de moldar percepções, manipular cognições e direcionar comportamentos a fim de alcançar uma resposta que promove a intenção desejada pelo propagandista" (JOWETT, G.; O'DONNELL, V. *Propaganda and Persuasion*. 3. ed. Thousand Oaks: Sage, 1999. p. 6).

Esta não se dirige apenas a *divulgar*, mas também a *convencer*. A *propaganda* está mais voltada para o setor comercial, para as vendas, para colocar uma marca ou produto na preferência dos consumidores; a *publicidade* está voltada à divulgação e difusão de fatos, ideias e eventos, sem o necessário objetivo de *convencer* (próprio da *propaganda*), mas de *informar*. A linha é tênue, mas existe. O Reich alemão criou, em 1933, o "Ministério da Propaganda" (*Reichsministerium für Volksaufklärung und Propaganda* – RMVP), que foi determinante para a disseminação e o convencimento da população alemã acerca da ideologia nazista. Observe-se que, para designar *publicidade*, usa-se o vocábulo "*werbung*" na língua alemã.

Essa é a distinção que está na base da determinação constitucional de vedar o uso da publicidade para promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos (art. 37, §1º), devendo ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, de atos, programas, obras, serviços e campanhas realizadas pelo poder público. A lógica é que não se pode usar do governo para *propaganda* pessoal ou mesmo do próprio governo, mas para *publicidade* das ações e campanhas necessárias para informação pública – do povo. Estão permitidas, por exemplo, as campanhas *publicitárias* de vacinação periódica contra doenças, ou divulgação de informações sobre prazos para pedidos de bolsas de estudo ou exames gerais na rede de ensino, como o ENEM ou o ENADE. Porém, deverão ser vedadas todas aquelas que não tenham caráter *publicitário*, mas *propagandístico* do governo.

Publicizar é mais do que *publicar*. *Publicar* é apenas tornar público através de uma edição gráfica, ou virtual pela Internet, de um determinado ato de governo. *Publicizar* é *difundir* atos, fatos e ações de governo. É *fornecer* informação. Faz parte de uma iniciativa do agente público visando comunicar ao povo determinado ato ou procedimento. A publicidade é atinente a toda e qualquer ação pública. A luz do sol torna a atividade pública mais visível, compreensível e republicana aos olhos de toda a sociedade. O sentido da norma (art. 37, §1º, CF) é o de *publicizar*, mais amplo do que o de *publicar*. De que adiantaria a comunicação de uma campanha de vacinação *apenas* no diário oficial do Município? É necessário fazer com que a população a ser atingida por aquela determinada política pública *efetivamente* tome conhecimento das ações que estão sendo executadas pelo governo, em seu benefício.

A publicação das *decisões governamentais* é pressuposto para sua validade. As normas jurídicas, oriundas de qualquer dos Poderes, uma vez aprovadas, devem ser publicadas para serem conhecidas por todos. Também as decisões do Poder Judiciário, sejam as administrativas, sejam as jurisdicionais, devem ser publicadas. Nenhum órgão julgador, seja administrativo, seja judicial, pode atuar de forma secreta. O mesmo deve ser dito da atividade parlamentar, seja quanto aos seus discursos ou à sua atuação legislativa. Além de publicados, eles devem ser *fundamentados*, uma exigência tanto para o Poder Judiciário, quanto para o Poder Executivo – observe-se que a Constituição impõe ao Presidente da República que exponha os *motivos* dos vetos apostos aos projetos de lei (art. 66, §1º). Essa necessária motivação e fundamentação é espraiada para todos os órgãos públicos.

11. Outra confusão que ocorre com muita habitualidade é entre *publicidade* e *transparência*. A *publicidade* demanda difusão de dados e conteúdos, como campanhas educativas ou sanitárias, e que funciona, para usar uma metáfora, como um *autofalante*

para disseminar informações. A *transparência* obriga que todo e qualquer documento ou ato público esteja acessível a quem nele tiver interesse, tal qual a *vitruve* de uma loja – não faz a disseminação da informação ao público, mas permite às pessoas ver tudo que interessa.⁴³

Enquanto a *publicidade* visa à *difusão* de informações, a *transparência* retira os véus que podem existir sobre a atividade pública. Existem atividades administrativas que não devem ser objeto de difusão de informações, no sentido do atingimento da população em geral, mas devem estar disponíveis a quem desejar obtê-las. A *transparência* é outro âmbito do princípio da publicidade.

A *transparência* é primordialmente regulada no Brasil por meio da Lei nº 12.527/2011, conhecida como *lei das contas abertas* ou *lei de acesso à informação*, dentre várias outras normas.⁴⁴ A despeito de ser uma *lei federal*, possui alcance nacional, pois estabelece normas para todos os entes federados, que necessitam apenas regulamentá-la por decreto, sem a necessidade de lei específica de sua unidade federada, bem como todos os órgãos públicos e Poderes de todas as unidades da federação.

O principal fundamento da lei está no art. 5º, XXXIII, que obriga o poder público a prestar informações, corolário do princípio da publicidade.⁴⁵ Essa norma constitucional, que veicula um instrumento para o acesso ao direito fundamental de liberdade de informação, permite que qualquer pessoa tenha acesso aos documentos e informações que estão na posse do setor público. A simples curiosidade deve permitir o livre acesso, independentemente de haver *interesse* no sentido do direito processual, que diz respeito ao *interesse na causa*.

12. Embora o princípio da publicidade, na Constituição de 1988, esteja primordialmente voltado para a administração pública (art. 37, *caput*), observa-se que não é só a ela atinente, alcançando também os atos processuais administrativos (art. 5º, LX) e judiciários, podendo ser restringido apenas quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem, e, mesmo assim, assegurada a presença de advogados (art. 93, IX, CF).⁴⁶

Um aspecto dessa publicidade diz respeito à pauta de julgamentos do Supremo Tribunal Federal. O Regimento Interno daquela Corte estabelece que a publicação da pauta de julgamento antecederá em pelo menos 48 horas a sessão em que os processos possam ser chamados (art. 83). *Todavia, quem estabelece a pauta do Supremo?* Este é um problema apontado por Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi,⁴⁷ que afirmam existir

⁴³ Sobre o tema, com uma ótica administrativista, ver: OLIVEIRA, Maria Cristina Cesar de; DOURADO JUNIOR, Octavio Cascaes. O direito de acesso à informação e a Lei de Responsabilidade Fiscal. In: SCAFF, Fernando Facury; CONTI, José Mauricio. *Lei de Responsabilidade Fiscal. 10 anos de vigência – Questões atuais*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 127-145.

⁴⁴ Por exemplo, no âmbito da Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar nº 101/2000, os arts. 43 e 49 que foram comentados por: RUBINSTEIN, Flávio. Notas sobre a transparência fiscal no direito financeiro. In: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury (Org.). *Orçamentos públicos*. São Paulo: RT, 2011. p. 369-373.

⁴⁵ Lê-se a mesma exigência em outras partes da Constituição, como no art. 216, §2º, e no inciso II do §3º do art. 3º.

⁴⁶ Nesse sentido: MENDES, Gilmar Ferreira; CORREIA NETO, Celso de Barros. *Transparência fiscal*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder. *Tratado de direito financeiro*. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1, p. 183.

⁴⁷ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. O poder de quem define a pauta do STF. Texto de opinião divulgado pelo jornal *Folha de S.Paulo*, p. 3, em 27/04/2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/esp/opiniao/39484-o-poder-de-quem-define-a-pauta-do-stf.shtml>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

ações diretas de inconstitucionalidade propostas em 1989 e até hoje não julgadas,⁴⁸ enquanto outras são julgadas em curto prazo, como a ADI nº 3.685, que tratava de coligações partidárias e foi julgada em apenas duas semanas, ou como a ADI nº 3.367, que discutia normas referentes à EC nº 45, e foi julgada em apenas quatro meses. O ponto central do texto é saber quem possui o poder de determinar a ordem de julgamento de ações de crucial importância influenciando a vida do país? “Uma rápida declaração de inconstitucionalidade pode proteger direitos fundamentais. A mesma decisão, tomada anos depois, pode ser inócua”, e isso concentra poderes nas mãos de relatores e do Presidente da Corte, o que se transforma em um “mecanismo de seletividade política”.⁴⁹

No mesmo sentido, identifica-se a ADI nº 4.917, que trata da inconstitucionalidade das novas regras de distribuição dos *royalties* do petróleo. Ou seja, a Lei federal nº 12.734/2012 teve sua eficácia jurídica suspensa *ab ovo* pela decisão monocrática liminar concessiva da Ministra Cármen Lúcia, que, passados mais de três anos, não levou sequer a apreciação da liminar ao Plenário da Corte.⁵⁰ Outro exemplo pode ser identificado na AO nº 1.773, de relatoria do Ministro Luiz Fux, acerca do pagamento de auxílio-moradia para todos os membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, de forma incondicional.⁵¹

Levando em conta o impacto que decisões do STF podem acarretar no cotidiano do país, trata-se de um aspecto que merece mais atenção e maior ênfase em sua divulgação, pois não basta incluir na pauta pelo menos 48 horas antes do julgamento; é necessário ter *publicidade* acerca dos mecanismos decisórios que levam um processo a ter precedência sobre os demais para sua inclusão na pauta de julgamentos – seja pelo relator, que pede a inclusão do processo, seja pelo Presidente da Corte, a quem incumbe fazer a pauta, na forma do art. 13, III, do Regimento Interno do STF.⁵² De certa feita, o Ministro Ricardo Lewandowski, no exercício da Presidência, mencionou que a “escolha da pauta é uma verdadeira *escolha de Sofia*”.⁵³

Aqui há forte opacidade, o que é contrário às determinações constitucionais.

⁴⁸ Os autores indicavam em 2012, quando escreveram o artigo, as ADI nº 73, 127 e 136. Consulta ao site do STF em 11 de novembro de 2016 demonstra que apenas a 127 permanece em trâmite, tendo as demais sido julgadas e baixadas ao arquivo.

⁴⁹ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. O poder de quem define a pauta do STF. Texto de opinião divulgado pelo jornal *Folha de S. Paulo*, p. 3, em 27/04/2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/tsp/opinia0/39484-o-poder-de-quem-define-a-pauta-do-stf.shtml>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

⁵⁰ Sobre esse assunto, ver: SCAFF, Fernando Facury. *Royalties do Petróleo, Mineração e Energia – aspectos constitucionais, financeiros e tributários*. São Paulo: RT, 2014. Em especial o capítulo 4.

⁵¹ Sobre esse tema, ver o item 3.5.2, capítulo 3.

⁵² A referência a essa competência é ampla, mencionando apenas que incumbe ao Presidente “dirigir os trabalhos e presidir as sessões plenárias”. Observe-se que mesmo o novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015, não trata especificamente do tema, pois foi regulada a ordem de julgamento nos tribunais (art. 936), bem como o prazo entre a publicação da pauta e o julgamento (art. 935), mas nada consta acerca do prazo de inclusão do processo em pauta. Existe o art. 934 que, de certa forma, regula essa matéria, mas não dá nenhuma ordenação de prazo.

⁵³ Isso ocorreu na sessão do dia 04/08/2016, o julgamento conjunto dos RE nº 848.826 e 729.744, que tratam da competência para julgamento das contas de Prefeitos (Disponível pela TV Justiça no Youtube: <<https://www.youtube.com/watch?v=EptglhJrWU>>. Acesso em: 10 abr. 2018. posição 1:26:22 a 1:26:33). A referência foi feita ao filme norte-americano *A escolha de Sofia*, dirigido por Alan J. Pakula, e deu à atriz Meryl Streep o segundo Oscar de sua carreira, e significa ver-se forçado a optar entre duas alternativas igualmente insuportáveis.

13. Igualmente sob fogo encontra-se a questão da *transparência nos critérios de distribuição processual no STF*. Ivar Hartmann e Daniel Chada relatam que, usando a Lei de Acesso à Informação, foi requerido o *código-fonte* do programa de computador que realiza a distribuição de processos aos Ministros do STF, tendo sido negada sob o argumento de “ausência de previsão normativa”.⁵⁴

Os autores desenvolvem argumentos demonstrando que essa divulgação é rotineira em diversos sistemas informatizados, e que, se for suficientemente complexa, pode efetivamente tornar a distribuição de processos imprevisível. Porém, caso seja utilizado um algoritmo simples, de fácil reprodução e previsão, basta saber seu ponto inicial, denominado de *semente*, que sua reprodução pode ser antecipada sem maiores dificuldades. Daí, dizem eles: “conhecendo a *semente*, qualquer um poderia prever para qual ministro seria distribuído o próximo processo sobre o *impeachment* da Presidente Dilma ou o próximo inquérito sobre Eduardo Cunha.”

De fato, essa informação não poderia ser negada em face da Lei nº 12.527/2011 e o alerta doutrinário visa proteger o sistema, e não desnudá-lo. Afinal, se confirmada sua simplicidade, seria adequado torná-lo mais seguro e imprevisível, mesmo que as regras de distribuição processual devam ser efetuadas conforme o Código de Processo Civil e o Regimento Interno do STF, os quais possuem normas referentes à conexão e continência processual, dentre várias outras.

14. É impensável, no estágio atual da sociedade brasileira, que voltem a surgir *Decretos Reservados* como no tempo da ditadura militar,⁵⁵ em que eram aprovados, mas não publicados na íntegra, apenas sua ementa. Seu conteúdo e suas determinações eram secretas, mas de obediência obrigatória por todos. Sequer publicados, não eram conhecidos, então, como obedecê-los? Procedimento típico e peculiar de regimes autoritários.

A Constituição de 1988 admite que certos *documentos* possam ter sua publicidade restringida de forma temporal, desde que seu sigilo seja considerado essencial à segurança da sociedade e do Estado.⁵⁶ Observe-se que a conjunção é aditiva: “segurança da sociedade e do Estado”. Não basta que seja referente à segurança do Estado; é preciso que *também* seja necessário à segurança da sociedade. A norma constitucional não visou proteger o governo de plantão, mas a sociedade e também o Estado. Além disso, constatase que, diversamente dos *Decretos Reservados* da ditadura militar, retomados, o que se busca é a identificação de *documentos* cujo sigilo deva ser preservado, *jamais a edição de normas sigilosas*. A ideia é que “o Estado tenha um núcleo indevassável no qual

⁵⁴ HARTMANN, Ivar; CHADA, Daniel. A distribuição dos processos no Supremo é realmente aleatória? *Revista eletrônica Jota*, em 25/07/2016. Disponível em: <<http://jota.info/distribuicao-dos-processos-no-supremo-realmente-aleatoria#>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

⁵⁵ Decreto nº 60.417, de 11 de março de 1967, que aprovou o *Regulamento para a salvaguarda de assuntos sigilosos*, felizmente já revogado: “Art. 7º O Presidente da República poderá classificar como *secreto* ou *reservado* os decretos de conhecimento restrito, que disponham sobre matéria de interesse da Segurança Nacional. §1º No órgão competente da Presidência da República haverá livro de registro dos decretos *secreto* ou *reservados*, devendo a numeração desses atos ser iniciada após a vigência deste Regulamento. §2º O órgão de que trata o parágrafo anterior enviará ao Departamento de Imprensa Nacional, para publicação em *Diário Oficial*, redigida de modo a não quebrar o sigilo, somente a ementa do decreto, com o respectivo número.”

⁵⁶ Art. 5º, XXXIII, parte final.

toma medidas sigilosas em garantia de sua sobrevivência”, consoante leciona Regis de Oliveira.⁵⁷

A limitação dessa publicidade é apenas temporal, ou seja, não podem existir atos secretos *ad aeternum*. A Lei nº 12.527/2011 regula a matéria no âmbito nacional e permite os seguintes períodos de sigilo para os documentos:

I – ultrassecreta: 25 (vinte e cinco) anos;

II – secreta: 15 (quinze) anos; e

III – reservada: 5 (cinco) anos.

É curioso notar que, diversamente da legislação revogada,⁵⁸ a atual não identifica o que se deva entender em cada nível classificatório como documento ultrassecreto, secreto ou reservado,⁵⁹ deixando tal classificação de sigilo nas mãos da Comissão Mista de Reavaliação de Informações, composta apenas por integrantes do governo, ocupantes de cargos comissionados.⁶⁰ Isso amplifica a indeterminação dos conceitos e indica maior concentração de poder do órgão decisório incumbido da classificação documental, o que é ruim, tanto para a concretização do *princípio republicano*, quanto para o *controle democrático*.

Permanece plenamente aplicável a observação de Paulo Klautau Filho, efetuada no âmbito da legislação anterior, cuja Comissão classificatória recebia a sigla de CAAIS: “O poder atribuído à CAAIS e a ausência de fiscalização e controle democrático são tais, que transformam a ressalva ao direito de acesso à informação em direito do governo ao segredo permanente, passo inicial para a mentira permanente”.⁶¹

É necessário que haja controle sobre essa Comissão, de modo a impedir eventuais excessos ou imprecisões classificatórias, muito prejudiciais à sociedade, como ocorreu, no âmbito federal, acerca do uso dos cartões de crédito corporativos.⁶²

Alguns Estados da federação brasileira editaram decretos regulamentando a lei federal que regula o sigilo de dados. No Estado de São Paulo é o Decreto nº 58.052/2012 que trata da matéria. O aparato classificatório estabelecido não impede que existam suspeitas de manipulação de informações, aplicando-se a elas o sigilo de documentos

⁵⁷ OLIVEIRA, Regis de. *Curso de direito financeiro*. 6. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 649.

⁵⁸ O Decreto nº 4.553/2002, que regulamentava o art. 23 da Lei nº 8.159/2005, estabelecia outra classificação para o sigilo dos documentos.

⁵⁹ Decreto nº 7.724/2012, que regulamenta a Lei nº 12.527/2011 no âmbito federal, art. 27: “Para a classificação da informação em grau de sigilo, deverá ser observado o interesse público da informação e utilizado o critério menos restritivo possível, considerados: I – a gravidade do risco ou dano à segurança da sociedade e do Estado; e II – o prazo máximo de classificação em grau de sigilo ou o evento que defina seu termo final.”

⁶⁰ Decreto nº 7.724/2012: “Art. 46. A Comissão Mista de Reavaliação de Informações, instituída nos termos do §1º do art. 35 da Lei nº 12.527, de 2011, será integrada pelos titulares dos seguintes órgãos: I – Casa Civil da Presidência da República, que a presidirá; II – Ministério da Justiça; III – Ministério das Relações Exteriores; IV – Ministério da Defesa; V – Ministério da Fazenda; VI – Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão; VII – Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República; VIII – Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República; IX – Advocacia-Geral da União; e X – Controladoria-Geral da União.”

⁶¹ *O direito dos cidadãos à verdade perante o Poder Público*. Belém: Cesupa, 2007. p. 158. Um excerto deste trabalho pode ser encontrado em: O direito à verdade e a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005. In: BENEVIDES, Maria Victoria; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudineu de (Org.). *Direitos humanos, democracia e República – homenagem a Fábio Konder Comparato*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 841-871.

⁶² Embora escrito sob a égide da legislação anteriormente vigente, esse tema foi abordado com maiores detalhes no texto: SCAFF, Fernando Facury. *Direitos fundamentais e orçamento: despesas sigilosas e o direito à verdade*. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Org.). *Orçamentos públicos*. São Paulo: RT, 2011. p. 215-231.

de forma irregular, como ocorreu em alguns casos envolvendo o governo estadual paulista em 2015 e 2016.⁶³

O Tribunal de Contas da União já deliberou sobre o assunto, estabelecendo que as

Finanças públicas. Despesas sigilosas. Natureza jurídica.

É a particularidade do órgão e a natureza da atividade justificadora do dispêndio que determinam a natureza sigilosa da despesa, e não a habitualidade ou o caráter ordinário do gasto.

A matéria encontra-se sob análise do STF na ADPF nº 129, atacando o art. 86 do Decreto-lei nº 200/67, da relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, sem liminar.

15. A luta em prol da publicidade e transparência no setor público é enorme e sem fronteiras.

A Lei Complementar nº 131/2009 promoveu alterações na LRF incluindo diversas disposições para ampliar a transparência no setor público, como instrumento para maior controle das contas públicas, tendo sido estabelecidos prazos para o cumprimento de suas determinações (art. 73-B, LRF), sob pena de sanções (art. 73-C, LRF).⁶⁵

A despeito de todo esse esforço normativo, e tendo sido inclusive disponibilizado financiamento aos entes federados para o desenvolvimento de sites específicos visando à disponibilidade de dados, o resultado permanece inconcluso, segundo informa a Controladoria-Geral da União, atualmente elevada à condição de Ministério da Transparência, que divulga um *ranking* de Estados e Municípios mais transparentes, segundo a metodologia aplicada e que disponibiliza em seu site.⁶⁶

O Supremo Tribunal Federal, com amparo também no princípio da publicidade, decidiu por unanimidade, em sede liminar na ADI nº 5.394, cujo relator foi o Ministro Teori Zavascki, que doações para campanhas eleitorais não poderiam ser efetuadas “sem individualização dos doadores”,⁶⁷ o que impediu que essas doações pudessem ser feitas de forma “oculta”.

Outro caso foi relatado pelo Ministro Celso de Mello, no MS nº 27.141/DF, em que o senador Arthur Virgílio Neto alegava desrespeito, por parte do Chefe do Poder Executivo, “ao art. 49, inciso X, da Constituição de 1988”, decorrente de *comportamento* que, segundo alegado pelo senador, teria frustrado “direito subjetivo e constitucional, líquido e certo, do parlamentar” em obter prestações de contas da administração dos bens e valores gerenciados pelo Presidente da República e afirmar que “a explícita

⁶³ Foi veiculada pela imprensa suspeita de que a classificação de *ultrassecreta*, que acarreta sigilo por 25 anos decretado sobre diversos documentos referentes às licitações relativas às empresas paulistas Metrô, CPTM e Sabesp, não teria fundamento senão o acobertamento de irregularidades.

⁶⁴ TCU Acórdão nº 2.194/16, plenário, relator Ministro Raimundo Carreiro.

⁶⁵ Sobre o tema, ver: ABRAHAM, Marcus. *Transparência e cidadania fiscal nos 15 anos da Lei de Responsabilidade Fiscal*. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico*, Belo Horizonte, n. 8, p. 53-68, set. 2015-fev. 2016.

⁶⁶ Site que divulga o Programa Brasil Transparente, disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/transparencia-publica/escala-brasil-transparente>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁶⁷ A parte da ADI, objeto da liminar deferida, refere-se a esta norma: Lei nº 9.504/97: “Art. 28. (...) §12. Os valores transferidos pelos partidos políticos oriundos de doações serão registrados na prestação de contas dos candidatos como transferência dos partidos e, na prestação de contas dos partidos, como transferência aos candidatos, sem individualização dos doadores.”

negativa ao acesso das informações sobre a utilização de tais recursos configura uma afronta aos princípios da harmonia e independência dos Poderes” e ao fato de que, como senador da república, dispunha do direito subjetivo “de exercer o poder fiscalizador incontestavelmente delegado ao Poder Legislativo, nos termos do art. 70 da Constituição Federal”.

A decisão foi no sentido de obrigar o parlamentar a apresentar as provas do que havia alegado. Contudo, o senador Arthur Virgílio pediu desistência da ação, o que foi acatado, gerando seu arquivamento. Todavia, mesmo sem ter o sentido de *jurisprudência*,⁶⁸ mas de *obiter dictum*, o Ministro declarou em seu despacho, de forma clara e marcante, bem ao seu estilo, que:

No Estado Democrático de Direito, não se pode privilegiar o mistério, porque a supressão do regime visível de governo compromete a própria legitimidade material do exercício do poder. A Constituição republicana de 1988 dessacralizou o segredo e expôs todos os agentes públicos a processos de fiscalização social, qualquer que seja o âmbito institucional (Legislativo, Executivo ou Judiciário) em que eles atuem ou tenham atuado.

O sistema democrático e o modelo republicano não admitem – nem podem tolerar – a existência de regimes de governo sem a correspondente noção de fiscalização e de responsabilidade. Nenhum membro de qualquer instituição da República, por isso mesmo, pode pretender-se excluído da crítica social ou do alcance do controle fiscalizador da coletividade e dos órgãos estatais dele incumbidos. (Grifos excluídos).

No mesmo sentido, tendo por relator o Ministro Roberto Barroso, o STF decidiu por unanimidade o MS nº 28.178, determinando o acesso público aos documentos referentes à prestação de contas das verbas indenizatórias e de ajuda de custo dos parlamentares federais, que havia sido negado pelo Presidente do Senado Federal à empresa Folha da Manhã, que edita o jornal *Folha de S. Paulo*.

A Procuradoria-Geral da República, também com base no princípio da publicidade e da transparência, propôs a ADI nº 5.371 contra o art. 78-B da Lei nº 10.233/2001,⁶⁹ que determina o sigilo dos processos administrativos instaurados contra os delegatários de serviços públicos no âmbito da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ até a decisão final. O relator é o Ministro Roberto Barroso, e aguarda apreciação do pedido liminar.

16. Tudo isso leva a outros aspectos a serem considerados, quais sejam, o de que a publicidade deva permitir que a informação seja obtida com facilidade. Não basta disponibilizar; é necessário que as informações sejam ordenadas e permitam a efetiva, fácil e compreensível consulta por parte dos interessados.

⁶⁸ Para os diversos sentidos da palavra *jurisprudência*, ver: FRANÇA, Rubens Limongi. *O Direito, a lei e a jurisprudência*. São Paulo: RT, 1974. p. 143 e ss. Destacam-se: 1) um conceito lato, que envolve toda a ciência do Direito, teórica ou prática, elaborada por juristas ou magistrados; 2) um sentido etimológico, significando o conjunto das manifestações dos juristas em casos concretos, aqueles que são *prudentes* em matéria jurídica, daí *juris+prudentes*; 3) o sentido de doutrina jurídica, como um conjunto de manifestações doutrinárias, sem foco em casos concretos; 4) massa geral de manifestações dos juizes e tribunais sobre lides e negócios submetidos à sua apreciação, que segue determinadas técnicas e ritos expressos em lei; e 5) conjunto de pronunciamentos por parte do Poder Judiciário, a respeito de certo objeto, de modo constante, reiterado e pacífico (p. 145-146).

⁶⁹ “Art. 78-B. O processo administrativo para a apuração de infrações e aplicação de penalidades será circunstanciado e permanecerá em sigilo até decisão final.”

O site do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo é um bom exemplo. Com bastante facilidade, pode-se ver que em seu patrimônio consta uma frota de quase 1.500 veículos.⁷⁰ Informação clara, precisa, disponível, fácil.

Todavia, quando se busca informação sobre a remuneração dos magistrados e servidores do Poder Judiciário estadual paulista, a maneira de informar é completamente diversa. São disponibilizadas mensalmente no site as folhas de pagamento, porém formatadas digitalmente como *imagens*, e não através de sistemas que permitam consulta informatizada pelo nome das pessoas.⁷¹ Daí ser necessário ler integralmente as centenas de páginas da folha de pagamento mensal para obter a informação desejada.⁷² Eis aqui um belo exemplo de *opacidade* na publicidade realizada.

A situação de *opacidade* na divulgação da remuneração não é apanágio do judiciário paulista, pois pode ser identificada em diversos outros órgãos e tribunais.

O próprio Conselho Nacional de Justiça, um dos órgãos incumbidos de controlar o *controlador*⁷³ Poder Judiciário, ao regular o exercício da atividade docente por magistrado (Resolução CNJ nº 226/2016), não incluiu a obrigatoriedade de informar o valor da remuneração pelas palestras proferidas. O argumento utilizado de informar o “a auditoria dos valores recebidos é feita por meio das declarações anuais de bens e rendimentos, encaminhadas aos órgãos de fiscalização competentes, inclusive da própria magistratura”.⁷⁴ Notícias da imprensa⁷⁵ dão conta de Ministros do Tribunal Superior do Trabalho – TST que haviam recebido cerca de R\$ 16 mil por uma palestra paga por um banco que possui vários processos em curso naquele Tribunal. A reportagem também relata que diversos Ministros do STJ e do STF foram consultados e não responderam ao questionário enviado pelo jornal, embasado na Lei nº 12.527/2011. Outra reportagem aponta remuneração de R\$ 40 mil oferecida a um Ministro do STF e outro do STJ para ministrar palestras sobre o novo Código de Processo Civil, os quais, contrastados pela reportagem, declinaram da oferta,⁷⁶ embora o edital de dispensa de licitação já tivesse sido até mesmo publicado.⁷⁷

⁷⁰ Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Institucional/CanaisComunicacao/Transparencia/ListaDeVeiculosDefault.aspx?f=2>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

⁷¹ Tal como o popular e gratuito sistema *pdf*, da Adobe Acrobat.

⁷² Apenas para se ter uma ideia, verifica-se que a folha de pagamento de outubro/15 possui 226 páginas: <<http://www.tjsp.jus.br/Download/Transparencia/ResCNJ102/2015/ResCNJ102AnexoVIIIJudiciariosout2015.pdf>>, sendo o primeiro nome da relação distinto daquele que aparece na folha de pagamento de novembro/15, que possui 238 páginas, e diverso do nome que aparece na folha de pagamento de dezembro/15, também com 238 páginas <<http://www.tjsp.jus.br/Download/Transparencia/ResCNJ102/2015/ResCNJ102AnexoVIIIJudiciariosdez2015.pdf>>. Ou seja, para identificar uma pessoa qualquer, a busca tem que ser manual, mesmo com todo o aparato tecnológico hoje existente e à disposição do referido Tribunal. Tudo indica que não há interesse em tornar essa específica informação transparente para a sociedade.

⁷³ Ver item 4.7, neste capítulo.

⁷⁴ LEWANDOWSKI, Ricardo. CNJ, transparência e diálogo. Artigo de opinião publicado no jornal *Folha de S. Paulo*, em 25/07/2016, p. 3. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniaao/2016/07/1794672-cnj-transparencia-e-dialogo.shtml>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

⁷⁵ MENDONÇA, Ricardo; ARAGÃO, Alexandre. Banco paga palestras de juizes do trabalho que julgam seus processos. *Folha de S. Paulo*, em 06/09/2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/09/1678348-banco-paga-palestras-de-juizes-do-trabalho-que-julgam-seus-processos.shtml>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

⁷⁶ VASCONCELOS, Frederico. Governo de Minas oferece R\$ 40 mil por fala de ministros. *Folha de S. Paulo*, em 20/05/2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/05/1633186-governo-de-minas-oferece-r-40-mil-por-palestra-de-ministros.shtml>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

⁷⁷ Disponível em: <<http://blogdofred.blogfolha.uol.com.br/2016/07/12/palestras-de-juizes-terao-cache-sigiloso-sem-limite/>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

Existem relatos de opacidade até mesmo no Tribunal de Contas da União⁷⁸ e no Ministério Público.⁷⁹ Em 2015 a Controladoria-Geral da União informava que mais da metade dos Municípios brasileiros não respeitava a Lei de Acesso à Informação.⁸⁰ O Governador do Estado da Paraíba propôs a ADI nº 2.198 contra a Lei federal nº 9.755/98, que dispunha a criação de um *site* com informações sobre *finanças públicas* de todos os entes federados, sob o argumento de que feria o princípio federativo, o que não foi acatado pelo STF, acompanhando o voto do relator, Ministro Dias Toffoli, que viu na norma a busca pela efetivação da transparência nos atos governamentais. Como referido, o debate contra a opacidade não tem limites nem fronteiras.

17. O outro lado dessa publicidade e transparência diz respeito ao *dever de sigilo*, que se desdobra em muitas possibilidades. Trata-se de uma linha divisória entre dois diferentes princípios, o dever de proteger a privacidade dos indivíduos e o dever de transparência do Estado.⁸¹

Pode-se identificar tal zona de interseção entre tais deveres em uma das incontáveis frentes de batalha que estão sendo travadas perante o Poder Judiciário, e que diz respeito ao sigilo que se pretende ver aplicado às operações realizadas com verbas públicas pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES. Foi impetrado pelo referido Banco público, diretamente no Supremo Tribunal Federal, o MS nº 33.340, cujo relator é o Ministro Luiz Fux, visando impedir que houvesse fiscalização financeira pelo Tribunal de Contas da União, referente a empréstimos que havia concedido com recursos públicos. Essa solicitação teve origem em um pedido formulado pelo Congresso Nacional, no âmbito da Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI criada para analisar os empréstimos realizados pelo BNDES.

O Supremo Tribunal Federal negou o *mandamus*, decidindo que as informações deveriam ser prestadas, pois

operações financeiras que envolvam recursos públicos não estão abrangidas pelo sigilo bancário a que alude a Lei Complementar nº 105/2001, visto que as operações dessa espécie estão submetidas aos princípios da administração pública, inculpidos no art. 37 da Constituição Federal. Em tais situações, é prerrogativa constitucional do Tribunal [TCU] o acesso a informações relacionadas a operações financiadas com recursos públicos.

O tema do sigilo nas operações envolvendo o BNDES foi objeto de uma luta entre o Parlamento e o Poder Executivo. Ao sancionar a Lei nº 13.126/2015, cujo objeto era a

⁷⁸ Reportagem trata de pedido de informações sobre a atividade advocatícia junto àquela Corte de Contas, do filho do Ministro Aroldo Cedraz, que a compõe: “Exclusivo: presidente do TCU barra pedido de informação sobre seus próprios atos”. Notícia veiculada pelo site *Congresso em foco*. Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/exclusivo-presidente-do-tcu-barra-pedido-de-informacao-sobre-seus-proprios-atos/>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

⁷⁹ Reportagem intitulada “Maioria do Ministério Público não é transparente nas investigações que faz”, publicada na *Revista Eletrônica Consultor Jurídico* em 12/03/2016, por Brenno Grillo. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-12/maioria-ministerio-publico-nao-transparente-investigacoes>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

⁸⁰ Dados disponíveis em: <https://relatorios.cgu.gov.br/Visualizador.aspx?id_relatorio=10>. Acesso em: 18 abr. 2018.

⁸¹ Nesse sentido, a tese de doutorado de: HABER, Michel. *Transparência fiscal e sigilo tributário*, defendida e aprovada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 01/06/2016.

autorização de crédito da União ao BNDES, a Presidente da República vetou o art. 3º-A,⁸² introduzido durante a tramitação legislativa no Congresso Nacional, justificando-o da seguinte forma:

A atuação do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES tem como objetivo apoiar financeiramente programas, projetos, obras e serviços que se relacionem com o desenvolvimento econômico e social do País e que tenham como beneficiários finais empresas e grupos nacionais. Além disso, o BNDES já divulga em transparência ativa diversas informações a respeito de suas operações, tais como clientes, projetos e, no caso de operações internas, os valores contratados em cada empréstimo. A divulgação ampla e irrestrita das demais informações das operações de apoio financeiro do BNDES feriria sigilos bancários e empresariais e prejudicaria a competitividade das empresas brasileiras no mercado global de bens e serviços, já que evidenciaria aspectos privativos e confidenciais da política de preços praticada pelos exportadores brasileiros em seus negócios internacionais. Por fim, o dispositivo incorreria ainda em vício de inconstitucionalidade formal, nos termos do art. 192 da Constituição, pois o sigilo das operações de instituições financeiras é matéria de lei complementar.

O veto presidencial, ao ser analisado pelo Congresso Nacional, foi mantido, em sessão de 22 de setembro de 2015.⁸³

É curioso notar que durante a mesma legislatura o Parlamento: 1) Determinou a abertura da CPI sobre os empréstimos do BNDES; 2) Introduziu o art. 3º-A durante o trâmite da Lei nº 13.126/2015; 3) Acatou o veto presidencial ao referido artigo, e ainda 4) Encerrou a CPI em fevereiro de 2016, com um relatório recomendando a revisão de procedimentos com relação às operações sigilosas daquele banco estatal.⁸⁴ E ainda efetuou o *impeachment* da Presidente da República.⁸⁵ Identifica-se muita movimentação contraditória em uma mesma legislatura.

18. Esse embate contra o injustificado sigilo de dados não ocorre apenas no âmbito do controle concentrado perante o Supremo Tribunal Federal. É uma luta cotidiana de todos os indivíduos e organizações que não têm acesso aos meios concentrados de controle jurisdicional.

O RE nº 673.707, sob relatoria do Ministro Luiz Fux, decorreu de um *habeas data* interposto por uma empresa no Estado de Minas Gerais, que buscava saber quais informações a Receita Federal do Brasil dispunha acerca dela própria – observe-se que sequer eram buscadas informações sobre terceiros, o que poderia levar o debate para outros meandros. O caso foi julgado favoravelmente ao contribuinte, tendo sido afirmado que

⁸² Texto da norma vetada: “Art. 3º-A. Não poderá ser alegado sigilo ou definidas como secretas as operações de apoio financeiro do BNDES, ou de suas subsidiárias, qualquer que seja o beneficiário ou interessado, direta ou indiretamente, incluindo nações estrangeiras”.

⁸³ Disponível em: <<http://www.congressonacional.leg.br/portal/veto/9160>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

⁸⁴ “O BNDES deve acordar com a CGU procedimentos de transferência de sigilo e implementar um plano de cooperação técnica pró-ativo e preventivo que antecipe e indique caminhos para o efetivo financiamento do desenvolvimento brasileiro”. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegridade+ra;jsessionid=888FD4C62DF7CBE76FF18CC6B6FCF089.proposicoesWeb1?codteor=1437498&filename=REL+6/2016+CPIBNDES+%3D%3E+RCP+14/2015>. Acesso em: 18 abr. 2018.

⁸⁵ Ver item 4.5.3, capítulo 4.

o caráter público de todo registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou que possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações é inequívoco. (...) As informações fiscais conexas ao próprio contribuinte, se forem sigilosas, não importa em que grau, devem ser protegidas da sociedade em geral, segundo os termos da lei ou da Constituição, mas não de quem a elas se referem, por força da consagração do direito à informação do art. 5º, inciso XXXIII, da Carta Magna, que traz como única ressalva o sigilo imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, o que não se aplica no caso *sub examine*.

19. Outra frente dessa relação entre o claro/escuro que permeia as relações entre transparência e sigilo encontra-se na obrigação de preservar os registros interceptados pelo Poder Judiciário, na forma do art. 5º, XII, da Constituição. É inegável ser possível ao Poder Judiciário realizar, para fins de investigação criminal, a quebra do sigilo telefônico, telemático e de correspondências dos indivíduos, tratando-se, aqui, de uma previsão expressa para a realização do direito fundamental ao sigilo.

Todavia, uma vez quebrado esse sigilo para o Poder Judiciário, dentro de uma investigação criminal em curso, ele pode ser tornado público? Qual seu limite? A resposta deve ser buscada na Lei nº 9.296/96, que estabelece que essa quebra de sigilo deverá ser preservada, restringindo-se ao âmbito do Poder Judiciário, não podendo se tornar pública e, após seu uso, deverá ser inutilizada (arts. 8º e 9º).

Esse debate ganhou foro de *questão de Estado* durante as investigações do que se convencionou chamar de *operação Lava Jato*, em especial quando o juiz condutor do caso, Sérgio Moro, da 13ª Vara Federal de Curitiba, Paraná, publicizou *grampo* telefônico envolvendo diálogos entre o ex-Presidente da República, Luís Inácio Lula da Silva, e a Presidente da República, Dilma Rousseff. Em favor de sua decisão, o juiz alegou o *interesse público* na divulgação de tal informação.

O STF, através do Ministro Teori Zavascki na Medida Cautelar na Reclamação nº 23.457, sustou a publicidade realizada nos seguintes termos, com precisão cirúrgica:

10. Cumpre enfatizar que não se adianta aqui qualquer juízo sobre a legitimidade ou não da interceptação telefônica em si mesma, tema que não está em causa. O que se infirma é a divulgação pública das conversas interceptadas da forma como ocorreu, imediata, sem levar em consideração que a prova sequer fora apropriada à sua única finalidade constitucional legítima (“para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”), muito menos submetida a um contraditório mínimo.

A esta altura, há de se reconhecer, são irreversíveis os efeitos práticos decorrentes da indevida divulgação das conversações telefônicas interceptadas. Ainda assim, cabe deferir o pedido no sentido de sustar imediatamente os efeitos futuros que ainda possam dela decorrer e, com isso, evitar ou minimizar os potencialmente nefastos efeitos jurídicos da divulgação, seja no que diz respeito ao comprometimento da validade da prova colhida, seja até mesmo quanto a eventuais consequências no plano da responsabilidade civil, disciplinar ou criminal.

De fato, a publicização realizada pelo magistrado *a quo* ocorreu no dia 16 de março de 2016, e a suspensão de sua divulgação foi determinada no dia 22 de março, quando todos os meios de comunicação de massa já haviam divulgado seu conteúdo.

20. Mesmo as relações sigilosas entre fisco e contribuinte foram objeto de decisão em 24/02/2016, com repercussão geral (tema 225) relatada pelo Ministro Edson Fachin

(RE nº 601.314), tendo sido fixada a tese da seguinte forma: "I - O art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal".

Observa-se que, com tal entendimento, a esfera de sigilo do contribuinte foi trasladada para o Fisco, e, na prática, o que era um *direito ao sigilo*, amparado pelo art. 5º, XII, CF, tornou-se um *dever de transparência*.

Tal decisão segue uma linha de transparência fiscal internacional, como assinala Heleno Torres,⁸⁶ mas que está sendo implementada sem maior análise sobre o direito constitucional interno a cada país, como apontam Luís Eduardo Schoueri e Mateus Barbosa.⁸⁷

21. O relato desses casos permite a afirmação de que a Constituição brasileira dá ao Estado um arcabouço republicano para que o exercício do poder seja realizado de forma pública e transparente; porém, os governos brasileiros, não só os atuais, em todos os níveis federativos, vêm pontualmente se insurgindo contra esse mandamento constitucional, mantendo áreas de ocultação de seus atos, sem fundamento normativo. O papel da jurisdição constitucional é de suma importância para a redução dessas áreas de penumbra da atuação estatal.

Por outro lado, onde existem normas protegendo o sigilo do contribuinte, estão sendo ampliadas as zonas de transparência, na linha do que determinam as normas de direito tributário internacional, sem, contudo, levar em consideração o que estabelecem as normas constitucionais brasileiras.

Esse descompasso entre a estrutura normativa do *Estado* e a conjuntura da atuação do *governo* impacta fortemente a concretização do *princípio e do orçamento republicanos*, pois, a despeito de existirem as estruturas normativas na construção do *Estado*, a dinâmica *governamental* muitas vezes as descumpre. E isso se reflete no sistema de controle financeiro no Brasil.

4.3. Órgãos incumbidos do controle financeiro público não judicial

22. O controle financeiro e orçamentário é um dos principais objetos de estudo do direito financeiro, ora analisado como *instrumento para aplicação do orçamento republicano*.

⁸⁶ TORRES, Heleno Taveira. Brasil inova ao aderir às sofisticadas práticas do sistema do Fisco Global. *Revista eletrônica Consultor Jurídico*, em 08/07/2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-08/consultor-tributario-brasil-inova-aderir-praticas-sistema-fisco-global>>; TORRES, Heleno Taveira. A fiscalização tributária ganha força no Fisco global. *Revista eletrônica Consultor Jurídico*, em 14/10/2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-14/consultor-tributario-fiscalizacao-tributaria-ganha-forca-fisco-global>>; TORRES, Heleno Taveira. Aprovação de troca de informações fiscais ajudará no combate ao terrorismo. *Revista eletrônica Consultor Jurídico*, em 17/11/2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-17/helena-torres-troca-dados-fiscais-ajuda-combater-terrorismo>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

⁸⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo; BARBOSA, Mateus Calicchio. Da antítese do sigilo à simplicidade do sistema tributário: os desafios da transparência fiscal internacional. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de et al. (Coord.). *Transparência fiscal e desenvolvimento - homenagem ao Professor Isaias Coelho*. São Paulo: FiscoSoft, 2013. p. 497-523.

É ainda Brossard que escreve, em nota à edição de 1992 de seu livro sobre *Impeachment*: “sem eleição não há democracia, mas sem a responsabilidade efetiva dos eleitos a democracia não passará de forma disfarçada de autocracia. Autocracia eletiva e temporária, mas autocracia”.²⁵⁰

E, mais adiante, ao recordar o Visconde do Uruguai: “É preciso pensar, meditar, trabalhar seriamente para melhorarmos nossas instituições e o Estado”.²⁵¹

Essa tem sido a luta da humanidade desde os antigos persas, conforme relatou Heródoto.²⁵²

4.6 Controle social

84. Verifica-se que nem sempre o controle *público* é suficiente para controlar o próprio Estado. Em razão desses e de outros fatores, surge a necessidade de um *controle social*, que, ao lado do controle público, visa subsidiá-lo e, muitas vezes, supri-lo, podendo mesmo funcionar contra ele.

Por controle social deve-se entender o controle exercido diretamente por toda a sociedade, e não por meio do Estado. Uma dessas fórmulas se dá pela inserção de pessoas representativas da sociedade nos órgãos decisórios para que o povo se faça presente nessas deliberações e no controle dos atos do Estado.

Em diversos âmbitos foram instituídos *controles sociais* pela Constituição, como pode ser visto:

- a) No art. 204, II, quando possibilita a participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações referentes à seguridade social, em todos os níveis.
- b) No art. 216-A, X, quando estabelece a democratização dos processos decisórios referentes às atividades culturais, com participação e controle social.
- c) No art. 173, §1º, I, quando determina que a lei tratará do estatuto jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista e menciona que deverá ser abordada a forma de sua fiscalização pelo Estado e pela sociedade.

Esses são alguns exemplos, que podem ser acrescidos de vários outros, espalhados pelo ordenamento jurídico.

O Decreto nº 8.243/2014 instituiu a Política Nacional de Participação Social – PNPS e o Sistema Nacional de Participação Social – SNPS, visando regular a participação social em diversos Conselhos, tendo gerado uma reação política inaudita no Brasil, havendo mesmo quem temesse pela *sovietização* do Brasil caso ele fosse implementado.²⁵³

Nem sempre a inclusão de membros da sociedade civil funciona no sistema de controle, pois a atomização dessa participação acaba por acarretar o enfraquecimento de sua atuação para as finalidades perseguidas. É usual que haja também a *captura* desses indivíduos pelo aparato estatal.

²⁵⁰ PINTO, Paulo Brossard de Souza. *O impeachment: aspectos da responsabilidade política do Presidente da República*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. IX.

²⁵¹ *Ibidem*, p. 2.

²⁵² Ver item 2.2, capítulo 2.

²⁵³ Ver, por todos, a seguinte coluna na imprensa: <<http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/para-juristas-decreto-de-dilma-poe-pais-na-rota-do-bolivarianismo/>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

4.6.1 Diferença com o direito de petição

85. Autores como Ricardo Lobo Torres apontam no art. 74, §2º, da Constituição uma forma de “controle da comunidade”,²⁵⁴ ou, adotando outro termo usual, como uma forma de “controle social” da atividade financeira do Estado. A norma, grandiloquente, estabelece que “qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.”

Entende-se que a norma supratranscrita não possui a dimensão pretendida de *controle social*. Ela veicula uma liberdade fundamental, que é a do exercício do direito de petição (art. 5º, XXXIV, CF), não representando uma dimensão social *específica* do controle financeiro. Insere-se no âmbito do direito de petição, ínsito à liberdade de expressão, e tem correlação com os deveres de publicidade e transparência, bem como da moralidade administrativa. Mas não se pode afirmar que se trata de uma forma de *controle social*.

O art. 73-A da LRF amplia os legitimados a exercer esse direito de petição – o que é redundante e inócuo, para dizer o mínimo – a fim de incluir os cidadãos, partidos políticos, associações ou sindicatos como parte legítima para denunciar ao respectivo Tribunal de Contas e ao órgão competente do Ministério Público o descumprimento das prescrições estabelecidas na referida Lei. Mesmo aqui o que se tem é uma disposição normativa que veicula o direito de petição, não controle social.

Pode-se até dizer que o direito de petição constitucionalmente assegurado é uma das formas de controle social, mas restringir o controle social ao direito de petição é reducionismo.

4.6.2 Compliance e a Lei anticorrupção

86. Entende-se que uma das formas efetivas de *controle social*²⁵⁵ foi estabelecida pela Lei nº 12.846/2013, regulamentada no âmbito federal pelo Decreto nº 8.420/2015, e que é conhecida por *Lei Anticorrupção* ou *Lei da Compliance*.²⁵⁶

Afirma-se isso pelas suas características, pois suas normas dispõem “sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira”, e são aplicadas “às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente” (art. 1º e seu parágrafo único). Não só pelo seu conteúdo, mas também por sua abrangência, trata-se de uma forma sofisticada de controle que o poder

²⁵⁴ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário – O Orçamento na Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. V, p. 482-483.

²⁵⁵ Essa ideia foi exposta em muito breves linhas no texto: SCAFF, Fernando Facury. *Controle público de projetos de infraestrutura*. In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael (Org.). *Elementos de direito da infraestrutura*. São Paulo: Ed. Contracorrente, 2015. p. 277-304.

²⁵⁶ *Compliance* provém do verbo inglês *to comply with* (cumprir com), e refere-se, em sentido lato, à “observância de parâmetros, não só legais, mas também de caráter ético e de política empresarial, enquanto em sentido estrito faria referência exclusiva à normativa legal pertinente” (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 65).

público transferiu para ser exercido pelas empresas, sobre o comportamento de seu próprio pessoal.

Isso leva a uma forma de controle social. Não o controle social desorganizado, fracionado, quase voluntarista, atomizado, cuja eficácia é muito baixa e a possibilidade de cooptação pelo governo é muito grande, mas o controle imposto por lei e que coíbe de forma quase draconiana suas eventuais violações. É na imposição de pesadas punições às empresas privadas que o Estado viu a possibilidade de reduzir o âmbito do risco de corrupção. É na estreita colaboração entre as áreas pública e privada que vão se concentrar esses controles.²⁵⁷

Observa-se, a partir desse lugar, que o sistema de controle público, seja interno ou externo, não deu conta da enorme tarefa que lhe foi incumbida, transferindo por lei às pessoas jurídicas privadas parte da responsabilidade pelas infrações que podem vir a ser cometidas em razão de seu relacionamento com a administração pública. O controle, na sua acepção mais lata, se transfere do Estado para o âmbito das pessoas privadas. São estas que, em sua autonomia, devem passar a controlar as ações de seus agentes nas relações com o poder público – eis o motivo pelo qual se afirma que essa norma instaura um sistema de controle social em nosso país.

A lógica presente na norma é a da autorregulação e da autocontenção do setor privado em seu relacionamento com o setor público, impondo-lhe severas punições para o caso de infrações – as quais serão analisadas no item referente ao *direito financeiro sancionador*.²⁵⁸ Pode-se dizer, com alguma atecnicidade, que o Estado *terceirizou* uma parte do sistema de controle para as empresas, que devem se autofiscalizar, caracterizando-se como um dos aspectos contemporâneos do controle social.

87. A Lei nº 12.846/2013 não estabelece as condutas que devem ser adotadas, mas indica as que *não devem* ser adotadas e se constituirão em atos lesivos à administração pública (art. 5º), cabendo às empresas estabelecer as formas e o método que devem utilizar para impedir que esses atos ocorram. Essa Lei não se configura como um manual de procedimentos, mas como uma norma sancionatória civil e administrativa, das condutas adotadas pelas empresas privadas que sejam lesivas à administração pública.

É como se o Estado dissesse às empresas, em especial aos acionistas: “previne o teu pessoal nas relações com o meu pessoal, a fim de evitar que caiam na tentação da corrupção, de lado a lado”. Daí por que se afirma que as empresas devem se *autorregular*, ou seja, criar as normas internas para evitar o efeito danoso combatido pela Lei. E o foco da *autorregulação* é a *autocontenção*, ou seja, conter os agentes privados da tentação de burlar os procedimentos normativos, de tal forma a dificultar a obtenção de vantagens indevidas.

Isso se torna ainda mais claro quando se verificam as penalidades impostas pela Lei, independentemente da obrigação de reparar o dano, o que será analisado no tópico referente ao direito financeiro sancionador.

Renato Silveira e Eduardo Saad-Diniz apontam o viés economicista adotado por esta lei, que, embora tenha sido criada para combater a corrupção, não trata de aspectos

²⁵⁷ Nesse sentido, SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 317.

²⁵⁸ Ver item 4.9, capítulo 4.

penais, apenas estipulando sanções administrativas e civis, mas que, em novo estágio evolutivo, poderá advir, “com o reconhecimento da responsabilidade penal empresarial”, sendo, contudo, esse “vaticínio ainda incerto”.²⁵⁹

88. Com os olhos voltados à questão da publicidade, a Lei nº 12.846/2013 estabeleceu um Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP (art. 22), semelhante a outros que existem no âmbito federal, como o “Cadastro de Empregadores que tenham Mantido Trabalhadores em Condições Análogas à de Escravo” ou o “Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS”.

Trata-se de uma medida bastante contestável, que Silveira e Saad-Diniz denominam de “moralismo administrativista”, apontando que “seria justamente a empresa envolvida no contexto de corrupção a merecer maior cuidado na intervenção do Estado”.²⁶⁰ Afinal, a empresa – qualquer empresa – é a unidade geratriz de empregos e negócios no sistema capitalista que o Brasil adota. E a conduta irregular de um ou mais de seus agentes não deve dar o ensejo de liquidar a empresa e bani-la de vez das atividades econômicas.

A inclusão nessa espécie de cadastro negativo não ajuda a implementar a *função social da empresa*, além da punição à qual os agentes devem ser submetidos, obedecido o devido processo legal. Observe-se que penalizar a empresa desta forma será fazer com que a “pena ultrapasse a pessoa do condenado”, sendo este um direito fundamental (art. 5º, LXV, CF). É necessário que se tenha extrema cautela nesses procedimentos, pois destruir empresas afeta diretamente uma cadeia econômica, que vai desde os fornecedores até os consumidores, passando pelas operações de crédito e pela geração de emprego e renda, o que é igualmente fundamental para a arrecadação pública. Sem operações econômicas privadas não há arrecadação, o que faz com que a atividade empresarial seja fundamental para a própria existência do Estado, dentro do sistema capitalista.

O problema ocorre quando a empresa é *apenas* um véu para a realização de condutas criminosas, sem nenhuma atividade empreendedora, mas apenas de ocultação de *malfeitos*. Mesmo nesse caso, não se há de falar de inclusão da empresa em cadastros dessa espécie, mas de sua singela extinção, como prevê a Lei nº 12.846/2013 (art. 19, III e §1º). Aliás, nesse caso, sequer se há de falar em extinção da *empresa*, considerada como um conjunto de fatores econômicos voltados para a consecução de uma finalidade produtiva, pois, a rigor, jamais houve *empresa*, apenas uma aparência; haverá tão somente a extinção da pessoa jurídica.

89. Observe-se que a adoção dos sistemas de *compliance* não gerará, por si só, a indenidade punitiva. Porém, seguramente, acarretará minoração do risco empresarial e será levada em consideração no caso de identificação de irregularidades pelo poder público.²⁶¹ Ou seja, quanto melhor for o sistema de *compliance* adotado pelas empresas,

²⁵⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 312.

²⁶⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 326.

²⁶¹ Ver art. 42 do Decreto nº 8.420/2015, que trata da avaliação do “Programa de Integridade”, que é a pauta mínima do que deve conter o programa de *compliance* da empresa.

menor será o risco e menor deverá ser a pena, em caso de eventual irregularidade.²⁶² Todavia, por melhor que seja esse sistema, o risco de corrupção sempre existirá, pois somos humanos, e, portanto, queremos sempre potencializar nossos prazeres e felicidade, e minorar nosso mal-estar. Se houver um caminho mais fácil para obtenção de uma vantagem, com menor risco de punibilidade, essa alternativa terá grandes chances de ser adotada. E isso poderá ocorrer com o “sinal trocado”, tanto pelo lado das empresas, como pelo lado da administração pública. Afinal, quanto mais detalhada e complexa for a regulamentação de uma atividade, e menor for o risco de sanção, tanto os agentes públicos se aventurarão a criar dificuldades, quanto os agentes privados serão estimulados a comprar facilidades. Essa relação é mediada pelo risco da sanção.²⁶³

Eis o motivo pelo qual o sistema de controle é importantíssimo e cumpre uma função republicana, uma vez que iguala as pessoas perante a lei, aumentando o risco da adoção de truques ou de dribles interpretativos às normas.

Mesmo assim é pertinente a observação realizada por Silveira e Saad-Diniz quando apontam para o risco de que as sanções previstas na nova lei sirvam como instrumento de barganha e de negociação.²⁶⁴ E indicam um grande risco, que é o de a destinação do produto da arrecadação das multas servir “preferencialmente aos órgãos ou entidades públicas lesadas” (art. 24).

Além desses aspectos, deve-se verificar que toda essa estrutura é pertinente às empresas em geral, de qualquer porte empresarial (micro, pequenas, médias e grandes), que devem estar comprometidas com o princípio republicano e adotar procedimentos éticos em suas relações no mercado.

90. Esse sistema de *compliance* possui diversos aspectos positivos, dentre eles o de preservar a concorrência entre os agentes privados, afastando vantagens espúrias que uma empresa, ou um grupo delas, pode vir a ter em face das demais. Aqui se tem a liberdade preservando a isonomia concorrencial. É a possibilidade de que todos tenham igualdade de oportunidades que rege esse tipo de ajuste.

4.6.3 A liberdade de imprensa

91. A liberdade de imprensa se insere em um conjunto de liberdades fundamentais para o sistema democrático e republicano em qualquer país. A Constituição brasileira a consagrou com plenitude em vários dispositivos, sendo os mais destacados os constantes do art. 5º, incisos IV, V, IX, XII e XIV.²⁶⁵

José Afonso da Silva denomina esse conjunto de liberdades de *liberdade de comunicação*, consistindo em um “conjunto de direitos, formas, processos e veículos que possibilitam a coordenação desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação”.²⁶⁶

²⁶² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 322-323. Os autores se referem a um caso norte-americano relativamente ao crime de *insider trading* envolvendo a empresa SAC Capital Advisors LP.

²⁶³ Ver item 4.8, capítulo 4, sobre o direito financeiro sancionador.

²⁶⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 339.

²⁶⁵ Ver item 2.4.4, capítulo 2.

²⁶⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 243.

O art. 220, §1º, é explícito acerca do assunto: “nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social”. Claro que isso pode e deve ser mitigado quando o país estiver em estado de sítio devidamente fundamentado, conforme prevê o art. 139, II, da Constituição.

Helena Torres insere tal liberdade como fundamental para o efetivo exercício do controle social, arrimando-se no ensinamento de Veiga Filho. E prossegue:

*A combinação entre o controle da atividade financeira do Estado e a apuração de responsabilidade dos gestores públicos, mediante participação popular e a atuação contínua e permanente da imprensa livre, caracterizam a mais importante manifestação da democracia, o que não pode ser objeto de cerceamento de nenhuma espécie, mas permanentemente estimulada, dentro dos limites ditados pela Constituição e sob os limites da ética.*²⁶⁷

Identifica-se a existência da plena liberdade de informação como um dos mais importantes instrumentos para a efetividade do controle social da atividade financeira do Estado, que se insere no amplo rol de liberdades públicas consagradas em nossa Constituição, e que possui na *imprensa livre* um dos mais destacados aspectos para seu exercício.

Não é necessário muito esforço para a comprovação desse fato.²⁶⁸ Lucas Rocha Furtado, em obra de referência para a análise da corrupção no Brasil,²⁶⁹ apresenta extenso rol de casos de corrupção que foram descobertos pela imprensa, e não pelo sistema público de controle financeiro e orçamentário, que seguiu a reboque das denúncias apresentadas nos meios de comunicação.

Por outro lado, José Carlos de Assis, que inventariou os casos de corrupção no Brasil ao longo dos anos de 1968 a 1984, só conseguiu publicar suas obras²⁷⁰ no início do processo de redemocratização brasileira, nas quais divulga as denúncias timidamente apresentadas pela imprensa controlada pelo regime militar de então e que, em sua grande maioria, não foram objeto de nenhum sistema de controle financeiro.

Esse fato demonstra que a liberdade de imprensa é um dos bastiões do controle social da atividade financeira em um Estado Democrático e Republicano de Direito, conforme aponta Bresser-Pereira, que combina, para tal finalidade, o controle social, o controle pela mídia e uma polícia eficiente e um Ministério Público atuante.²⁷¹

Diversos outros aspectos da liberdade de imprensa serão tratados no tópico relacionado ao *controle da mídia*.²⁷²

²⁶⁷ TORRES, Helena Taveira. *Direito constitucional financeiro – Teoria da Constituição Financeira*. São Paulo: RT, 2014. p. 458.

²⁶⁸ Sobre o tema, ver item 4.9, capítulo 4.

²⁶⁹ FURTADO, Lucas Rocha. *Raízes da Corrupção no Brasil – Estudo de casos e lições para o futuro*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015. Ver itens 4.9 e 4.10, capítulo 4.

²⁷⁰ ASSIS, José Carlos de. *A chave do tesouro: anatomia dos escândalos financeiros – Brasil 1974-1983*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983 e ASSIS, José Carlos de. *Os mandarins da república: anatomia dos escândalos da administração pública – 1968-84*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1984.

²⁷¹ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Construindo o Estado Republicano – Democracia e reforma da gestão pública*. Rio de Janeiro: FGV, 2009. p. 141.

²⁷² Ver item 4.7.4, capítulo 4.

4.6.4 O orçamento participativo

92. Emerson Moura inclui o orçamento participativo como uma forma de controle social da atividade financeira do Estado,²⁷³ o que se demonstra adequado, pois se trata de uma tentativa de ampliar o controle popular sobre o uso dos recursos públicos. Santos, Graef (*et al.*) também seguem esse modelo.²⁷⁴

Aponta Regis de Oliveira que a figura do *orçamento participativo* surgiu por iniciativa da Prefeitura de Porto Alegre durante o governo do Partido dos Trabalhadores, criando uma forma inovadora de descentralização das decisões orçamentárias,²⁷⁵ e que, com isso, buscava-se “um novo tipo de cidadão”.

Inegavelmente foi uma iniciativa louvável de trazer um pouco de democracia participativa para o âmbito das decisões orçamentárias, pois, com isso:

- 1) Buscou-se realizar a descentralização das deliberações sobre o gasto público;
- 2) Foram criados conselhos populares deliberativos sobre o assunto;
- 3) Foi feito com que o cidadão se tornasse partícipe dessas decisões em busca de melhor gestão de sua cidade; e
- 4) Ampliou-se a consciência da participação do cidadão na gestão coletiva, dentre outros aspectos.²⁷⁶

Esse tipo de assembleias orçamentárias populares foi espalhado pelo Brasil e em outros países, tendo sido constatada sua aplicação em várias cidades da Itália.

Concretamente vários problemas foram identificados, dentre eles: a) As assembleias poderiam ser manipuladas, seja na forma de convocação, restrita ou tardia, ou para locais ermos ou em datas pouco apropriadas; b) Outra possibilidade verificada foi a de manipulação das plateias, pois os locais onde haveria a deliberação popular eram tomados desde cedo por partidários das propostas A ou B, apoiadas pelos líderes envolvidos, não permitindo que os partidários opostos encontrassem assentos disponíveis nas assembleias; c) Apresentou dificuldades de articulação entre a democracia representativa e a participativa, pois os representantes eleitos (prefeitos e vereadores) tinham que disputar com os líderes locais, vários deles candidatos não eleitos, a aprovação de suas propostas de gastos;²⁷⁷ d) Há limitação orçamentária de receita para fazer frente aos gastos estabelecidos pelas assembleias populares, o que muitas vezes acarretava inadequação entre o que era aprovado e as disponibilidades financeiras estabelecidas; e) O fracionamento da cidade em bairros ou distritos para fins de deliberação orçamentária gerou dificuldade de orçar e realizar obras estruturantes, que levassem benefícios para toda a cidade, afinal, embora as obras sejam realizadas em bairros, algumas levam vantagens para a cidade como um todo. Esse tipo de problema também ocorreu no âmbito

²⁷³ MOURA, Emerson Affonso da Costa. Políticas públicas, controle social e orçamento participativo. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo v. 114. p. 154-181, out.-dez. 2011.

²⁷⁴ SANTOS, Luiz Alberto dos; GRAEF, Aldino; GUERZONI FILHO, Gilberto; FIER, Florivaldo. Contratação e nepotismo. In: SPECK, Bruno W. (Org.). *Caminhos da transparência*. Campinas: Ed. Unicamp, 2002. p. 133-168.

²⁷⁵ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 6. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 624.

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 625.

²⁷⁷ Francisco Pedro Jucá e Lauro Ishikawa apontam uma relação de complementaridade entre a democracia representativa e a direta no âmbito do orçamento participativo (*Orçamento participativo e democracia representativa*. In: GOMES, Marcus Livio; ABRAHAM, Marcus; TORRES, Heleno Taveira (Coord.). *Direito Financeiro na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – Homenagem ao Ministro Marco Aurélio*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 169-193).

estadual, onde foi aplicado o sistema de orçamento participativo; f) Em decorrência desse fracionamento orçamentário, surgiu uma lógica de *distrito contra distrito* pelas verbas gerais, com muita dificuldade para a identificação da arrecadação a ser atribuída a cada qual. Em distritos onde a arrecadação municipal era baixa, seria necessário atribuir parcela da arrecadação havida em outros distritos, o que gerava disputas indevidas e dificultava sobremaneira a implementação de justiça distributiva; g) Muitas decisões sobre obras e serviços, que envolvem questões orçamentais, possuem alta complexidade e são de enorme dificuldade para serem tratadas de forma assemblear; h) Qual a força vinculante das decisões assembleares? Pois, para se transformar em norma orçamentária, deveriam passar pelo crivo do Poder Legislativo municipal, o que, mais uma vez, reforça a relação de tensão entre democracia representativa e direta. Se aprovada como norma orçamentária, ainda teria que enfrentar as agruras da disputa teórica sobre a validade da norma orçamentária, se formal ou material;²⁷⁸ se não aprovada pelo Legislativo, o enfrentamento político direto com a comunidade que a havia "recomendado" era enorme.

É muito difícil trazer para a complexa realidade contemporânea de grandes cidades, que vivem dentro de um sistema democrático-representativo, a lógica das pequenas cidades gregas antigas, cujo sistema político era de democracia direta. Além disso, não havia no passado nem um aparato burocrático que consumisse grande parte do orçamento arrecadado, nem receitas que fossem arrecadadas ordinariamente de todos os membros das cidades, pois grande parte das receitas decorria das guerras ou eram patrimoniais.²⁷⁹

É necessário que haja efetivo comprometimento em cumprir os anseios expostos pela sociedade, sem o que todo esse processo será meramente discursivo e enganador, o que, de certa forma, é a linha expositiva de Sérgio Assoni Filho.²⁸⁰

Regis de Oliveira, após análise do assunto sob várias perspectivas históricas e filosóficas, além das jusfinanceiras, conclui: "o espaço público não cumpriu sua função, não atendeu às regras democráticas. Como sempre ocorre, houve o desvirtuamento da vontade coletiva."²⁸¹ Trata-se, portanto, de uma outra forma de controle social que deve ser aperfeiçoada para que efetivamente cumpra sua função.²⁸²

4.6.5 Ombudsman e Ouvidorias

93. Outra forma de controle social é através do sistema de *ombudsman*, que no Brasil se popularizou com o nome de *ouvidoria*, mas que possui algumas diferenças dentre elas o grau de autonomia do órgão.

²⁷⁸ Ver item 1.3.5, capítulo 1.

²⁷⁹ Ver item 1.1, capítulo 1.

²⁸⁰ "Não basta uma técnica refinada de apuração das demandas sociais, ou mesmo a abertura de canais propostos à população, quando os agentes públicos incumbidos da execução orçamentária não demonstrarem comprometimento com a consecução dos anseios coletivos expressidos a partir dos referidos canais participativos institucionalizados.". ASSONI FILHO, Sérgio. *Transparência fiscal e democracia*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed. 2009. p. 188.

²⁸¹ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 6. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 635.

²⁸² César Sabbag adota tom mais entusiasmado com o orçamento participativo. SABBAG, César. *Orçamento e desenvolvimento*. São Paulo: Millennium, 2006. p. 194.

Oliveira, Gomes e Vismona²⁸³ apontam as diferenças entre ambos. O *ombudsman* tem origem escandinava e apresenta-se como um controlador externo, formalmente indicado ou eleito pelo Parlamento, apartado do Poder Executivo, e com mandato e garantias de sua atuação, só podendo perder a função em hipóteses bastante restritas, e sem qualquer possibilidade de exercer cargo político ou público. Sua atuação não é contenciosa e trabalha na esfera pública, na defesa dos interesses e direitos dos cidadãos em geral. A função do *ombudsman* é a apresentação de relatórios que demonstrem o desvio de rota existente no alcance dos objetivos traçados.

Já as *ouvidorias brasileiras* são, como regra, vinculadas ao órgão que as controla, e possuem a característica de fazer parte do sistema de controle *interno* a cada Poder, ou, quando utilizadas pelas agências reguladoras, funcionam como um sistema de SAC – Serviço de Atendimento ao Consumidor. Como regra, essa função, no serviço público, é exercida por servidores nomeados em cargos em comissão, e podem ser demissíveis *ad nutum*, ou que recebem função gratificada pelo seu exercício. Não há mandato e nem metas específicas de controle. Usualmente sua eficácia depende da relação de confiança estabelecida com o titular do cargo máximo no órgão *controlado*.

Embora as ouvidorias desempenhem papel importante dentro do sistema, é necessário aperfeiçoá-lo a fim de que se transformem o máximo possível em verdadeiros *ombudsman* da sociedade.

Um embrião nesse sentido foi previsto pelo art. 27 da Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, o qual estabeleceu que o Congresso Nacional, dentro de 120 dias, elaboraria lei de defesa do usuário de serviços públicos. O prazo escoou e nada foi regulamentado. O Conselho Federal da OAB ingressou com a ADO nº 24, buscando estabelecer o Congresso Nacional em mora legislativa. O relator, Ministro Dias Toffoli, concedeu liminar em 1º de julho de 2013 estabelecendo a mora legislativa, mas nada foi editado até a presente data, a despeito de tramitarem inúmeros projetos de lei no Congresso visando regulamentar a matéria.

No âmbito subnacional, bem como nas agências reguladoras, existem diversas ouvidorias, porém sem as características de um *ombudsman*.

Uma das mais recentes foi a do Município de São Paulo, criada pela Lei nº 15.764/13, estabelecendo a Controladoria-Geral do Município com cinco áreas de atuação: Corregedoria-Geral do Município, Ouvidoria-Geral do Município, Coordenadoria de Auditoria Interna, Coordenadoria de Defesa do Usuário do Serviço Público Municipal e Coordenadoria de Promoção da Integridade Pública, porém com o fito de promover o controle interno dos órgãos municipais e das entidades da administração indireta, como se verifica pelo art. 118.

Ainda no âmbito subnacional, porém no aspecto arrecadatário, existem diversos órgãos de defesa do contribuinte, como se vê na Lei Complementar nº 939/13, do Estado de São Paulo, que criou o CODECON – Conselho de Defesa do Contribuinte, com a participação de entidades públicas e privadas representativas de diversos segmentos econômicos (art. 21). Aliás, tal figura existe em outros países, com distintas configurações, como se pode ver no exemplo espanhol.²⁸⁴

²⁸³ OLIVEIRA, João Elias de; GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo e; VISMONA, Edson Luiz. Experiências brasileiras com ouvidorias e *ombudsman*. In: SPECK, Bruno W. (Org.). *Caminhos da transparência*. Campinas: Ed. Unicamp, 2002. p. 81 e ss.

²⁸⁴ SOLER ROCH, María Teresa; TEJERIZO LÓPEZ, José Manuel; SERRANO ANTÓN, Fernando. *Los defensores del contribuyente*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010.

No âmbito dos direitos fundamentais, Cármen Lúcia Antunes Rocha propôs a criação de *ouvidorias de direitos humanos*.²⁸⁵ Como se vê, a experiência brasileira das ouvidorias não equivale à do *ombudsman nórdico*, em face de sua subordinação ao ente controlador, também pela segmentação, ora pelo lado da arrecadação, ora pelo lado da despesa. Seria adequado trilhar o caminho daqueles países e criar instituições semelhantes, com autonomia e mandatos, que possam servir para a defesa do cidadão e da sociedade, não apenas pela ótica da receita ou da despesa, mas em seu relacionamento com o poder público em geral, podendo sé-lo de forma especializada no âmbito financeiro. Isso seguramente fortaleceria o sistema de controle social no Brasil.

4.7 Órgãos de controle do controlador, além do sistema de freios e contrapesos

94. Um debate necessário e sem fim é o que estabelece *quem controla o controlador?* Seguramente, o sistema de freios e contrapesos constitucional estabelece certa forma de controle de um Poder sobre outro. A literatura constitucional é repleta de menções a esse aspecto, como pode ser visto na obra de Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior²⁸⁶ e na de José Afonso da Silva.²⁸⁷

Todavia, além desse sistema de freios e contrapesos surgiu a necessidade de o sistema de controle financeiro no Brasil estabelecer outros parâmetros de controle para órgãos políticos não eletivos, surgindo daí o CNJ e o CNMP, que controlam, respectivamente, o Poder Judiciário e o Ministério Público no âmbito financeiro, inclusive no aspecto de *padronização de normas e procedimentos*, o que mitiga o princípio federativo, em razão de que tanto o Poder Judiciário quanto o Ministério Público são estruturados federativamente, embora, sob certo prisma, hierarquizados.

Seguindo o parâmetro acima efetuado, consoante o órgão de controle, identifica-se a seguinte classificação:

- a) *Órgãos que controlam os órgãos de controle financeiro judicial*, além do sistema de freios e contrapesos. Neste caso, a fórmula adotada pela Constituição brasileira foi a da criação de órgãos compostos predominantemente por pessoas da corporação controlada, além de membros externos a ela. Daí surgem o Conselho Nacional de Justiça – CNJ e o Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, que foram considerados pelo STF como órgãos de controle interno a cada Poder.
- b) *Órgãos que controlam os órgãos de controle financeiro não judicial*. Aqui se insere o Poder Legislativo, que controla o Tribunal de Contas, e o debate acerca do Conselho Nacional dos Tribunais de Contas – CNTC.
- c) *Quem controla o Poder Legislativo, órgão político de controle financeiro, o que deve ocorrer pelo voto e pela liberdade de imprensa.*

²⁸⁵ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais. *Revista CEJ – Centro de Estudos Judiciários*, v. 1, n. 3, p. 76-91, set.-dez. 1997.

²⁸⁶ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Verbatim, 2014. p. 390 e ss.

²⁸⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 108 e ss.

4.7.3 Quem controla o Poder Legislativo: voto e liberdade de imprensa

101. Sendo o Poder Legislativo composto por membros eleitos periodicamente pelo povo, bem como a chefia do Poder Executivo, é esta a forma adequada e correta de ser exercido seu controle em um Estado de Direito que se propõe ser democrático e republicano. O povo exerce a soberania por meio de seus representantes, e quanto mais linear for a possibilidade de apuração da vontade popular no momento do voto, tanto melhor será a representação escolhida. Nesse sentido foram as críticas assinaladas acerca do mau uso do *direito financeiro eleitoral* no que tange à escolha dos *legisladores orçamentários*.³⁰⁰

É necessário que a lei complementar exigida pelo art. 14, §9º, da Constituição efetivamente proteja “a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.” A norma que atualmente rege esse preceito é a Lei Complementar nº 64/90, alterada pela Lei Complementar nº 135/2010, esta conhecida como *Lei da Ficha Limpa*.

De certa forma, a *Lei da Ficha Limpa* é uma *vedação à participação democrática*, pois o povo deixa de ser soberano na eleição dos candidatos, que previamente têm suas candidaturas proibidas – argumento que foi debatido e ultrapassado pelo STF nas ADC nº 29, ADC nº 30 e ADI nº 4.578, todas da relatoria do Ministro Luiz Fux.³⁰¹

Sobre o tema, vem a calhar a análise bem-humorada de Contardo Calligaris sobre alguns slogans eleitorais brasileiros do início da década de 90 do século passado:

A proposta de um candidato conhecido como prolífero sugere: “Vote X, ele poderia ser seu pai”. Outro candidato deixa circular o mote: “Rouba, mas faz”. Cumulando perfeitamente cinismo e amor de uma autoridade simbolicamente indigna, encontro uma frase pichada num muro, que – prevalecendo da rima – diz: “Bosta por bosta, voto no ...”. O incrível é que esses slogans oficiosos possam ser considerados e funcionem *a favor* do candidato que apontam.³⁰²

Esse *cerceamento democrático* presente na Lei e respaldado em decisão do STF é um procedimento amplamente republicano, pois quem não possui lisura no trato dos recursos públicos deve estar afastado das disputas eleitorais, o que deve ser comprovado conforme estabelecido pela referida norma complementar.

Logo, identifica-se neste passo um *cerceamento democrático amplamente amparado no princípio republicano*.

102. Ao lado do processo eleitoral, existe a liberdade de imprensa como um sistema de controle social visando coibir os excessos e dar transparência à atividade dos eleitos, como afirma Heleno Torres.³⁰³

³⁰⁰ Ver item 3.2, capítulo 3.

³⁰¹ Ver item 4.9, capítulo 4.

³⁰² Hello Brasil – Notas de um psicanalista europeu viajando ao Brasil. 3. ed. São Paulo: Escuta Editorial, 1992. p. 64.

³⁰³ Ver item 4.6.3, capítulo 4.

Tal sistema estabelece uma forma de obrigatoriedade de prestação de contas dos eleitos para com o eleitorado, colocando-o em uma espécie de *vitrine* onde os eleitores podem verificar o que foi efetuado ao longo de seu mandato, bem como o que se pode esperar de sua conduta, caso pleiteie reeleição.

Trata-se de uma liberdade fundamental estabelecida na Constituição brasileira de 1988, e que se constitui em uma forma consistente e concreta de controle social sobre a atividade eletiva, que complementa o sistema eleitoral.

Visando dar aos candidatos *paridade de armas* é que são estabelecidas diversas normas regulando a propaganda dos candidatos durante o período eleitoral.

Todavia, antes e após tal período eleitoral, a liberdade de imprensa se constitui em um dos mais fortes instrumentos para que se conheça da atividade política partidária e em uma forma de controle social.

4.7.4 O controle social e o debate sobre o controle da mídia

103. Corolário da liberdade de imprensa como uma forma de controle social, existe o debate sobre quem controla a mídia no Brasil. Aqui se insere a discussão sobre quem controla esse controlador social.

Helena Torres aponta, em trecho supratranscrito, que a liberdade de imprensa é fundamental para o efetivo controle social da atividade financeira do Estado, e afirma que ela “não pode ser objeto de cerceamento de nenhuma espécie”,³⁰⁴ o que se insere em uma das dimensões desse direito fundamental, já comentada.³⁰⁵ Porém, existem outras dimensões do exercício dessa liberdade de imprensa, que não se restringem apenas ao direito de liberdade da imprensa *contra* o Estado, e que são igualmente relevantes para o efetivo controle financeiro por parte da sociedade.

Gilmar Mendes, no voto proferido na ADPF nº 130,³⁰⁶ assevera que a ordem constitucional de 1988 permite a edição de leis de controle da mídia, e relata sua existência em diversos países democráticos, como Portugal, México, Alemanha, entre outros.

A Constituição de 1988 traz um capítulo específico sobre “Comunicação Social”, com diversas disposições acerca da matéria. Estabelece, dentre outros dispositivos, que os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio (art. 220, §5º), e que os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens são serviços públicos delegados sob o regime de complementaridade dos sistemas público, privado e estatal (art. 223), sendo que o prazo de concessão é de 10 anos para as rádios e de 15 anos para as televisões (art. 222, §5º). Além disso, dentre outras normas, dispõe que a propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no país (art. 222, *caput*), o que é regulado pela Lei nº 10.610/2002. Diversas normas regulam a comunicação social no Brasil, dentre elas, o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117/62) e a Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97).

³⁰⁴ TORRES, Helena Taveira. *Direito Constitucional Financeiro – Teoria da Constituição Financeira*. São Paulo: RT, 2014. p. 458.

³⁰⁵ Ver item 4.6.3, capítulo 4.

³⁰⁶ Voto do Ministro Gilmar Mendes na ADPF nº 130, p. 235.

104. A relação de liberdades envolvendo imprensa, Estado, sociedade e indivíduos vem sendo debatida sob diversos aspectos, o que pode ser visualizado no julgamento da ADPF nº 130, relatada pelo Ministro Carlos Ayres Britto, que, no tópico específico para sob exame, decidiu (excerto da ementa):

6. Relação de mútua causalidade entre liberdade de imprensa e democracia. A plena liberdade de imprensa é um patrimônio imaterial que corresponde ao mais eloquente atestado de evolução político-cultural de todo um povo. Pelo seu reconhecido condão de vitalizar por muitos modos a Constituição, tirando-a mais vezes do papel, a Imprensa passa a manter com a democracia a mais entranhada relação de mútua dependência ou retroalimentação. Assim visualizada como verdadeira irmã siamesa da democracia, a imprensa passa a desfrutar de uma liberdade de atuação ainda maior que a liberdade de pensamento, de informação e de expressão dos indivíduos em si mesmos considerados. O §5º do art. 220 apresenta-se como norma constitucional de concretização de um pluralismo finalmente compreendido como fundamento das sociedades autenticamente democráticas; isto é, o pluralismo como a virtude democrática da respeitosa convivência dos contrários. A imprensa livre é, ela mesma, plural, devido a que são constitucionalmente proibidas a oligopolização e a monopolização do setor (§5º do art. 220 da CF). A proibição do monopólio e do oligopólio como novo e autônomo fator de contenção de abusos do chamado "poder social da imprensa".

9. Autorregulação e regulação social da atividade de imprensa. É da lógica encampada pela nossa Constituição de 1988 a autorregulação da imprensa como mecanismo de permanente ajuste de limites da sua liberdade ao sentir-pensar da sociedade civil. Os padrões de seletividade do próprio corpo social operam como antídoto que o tempo não cessa de aprimorar contra os abusos e desvios jornalísticos. Do dever de irrestrito apego à completude e fidedignidade das informações comunicadas ao público decorre a permanente conciliação entre liberdade e responsabilidade da imprensa. Repita-se: não é jamais pelo temor do abuso que se vai proibir o uso de uma liberdade de informação a que o próprio Texto Magno do País apôs o rótulo de "plena" (§1º do art. 220). Inconstitucionalidade da Lei de Imprensa, Lei nº 5.250/67.

Observe-se que são diversos os âmbitos de liberdade de imprensa identificados nesse julgamento, conforme destacado pelo Ministro Gilmar Mendes, quando afirmou ser o poder da imprensa "quase incomensurável".³⁰⁷ Destacou que a liberdade de imprensa nasceu e se desenvolveu como um direito em face do Estado, mas, nos dias que correm, "talvez a imprensa represente um poder social tão grande e inquietante quanto o poder estatal".

Daí se identificam diversas possibilidades:³⁰⁸

- 1) Proteção da liberdade de imprensa contra o Estado;
- 2) Proteção do indivíduo contra abusos que possam ser cometidos em nome da liberdade de imprensa;

³⁰⁷ Voto do Ministro Gilmar Mendes na ADPF nº 130, p. 253.

³⁰⁸ Voto do Ministro Gilmar Mendes na ADPF nº 130, p. 275-276: "Mas eu chego ao ponto que, de fato, me preocupa porque se afirma, claramente, que há um desequilíbrio – e há muitas vezes – na relação entre a imprensa e o Estado. Muitas vezes, isso pode ocorrer. Mas há também uma relação de desequilíbrio, muitas vezes, entre a imprensa e o cidadão; nas mais das vezes é isso que ocorre. O poder da imprensa, hoje, é quase incomensurável. (...) É a mídia em face da própria mídia; é a mídia em face do cidadão, mais do que, eventualmente, a relação entre a mídia e o Estado, foco da nossa abordagem".

3) *Proteção da sociedade* contra abusos que possam ser cometidos em nome da liberdade de imprensa, que diz respeito ao controle social e que tem maior pertinência à atividade financeira.

Como afirmado pelo Ministro Gilmar Mendes, há “uma relação substancial, como nós vimos nessa visão republicana, entre democracia e liberdade de imprensa”.³⁰⁹

105. Um primeiro aspecto diz respeito à liberdade de imprensa contra eventuais abusos e limitações irrazoáveis estabelecidas pelo Estado, e que funciona como um instrumento de controle social, já relatado anteriormente.³¹⁰

106. Outro aspecto do controle do exercício da liberdade de imprensa se identifica na *proteção do indivíduo contra os abusos cometidos pelos órgãos de imprensa*, afinal os direitos fundamentais não são aplicados apenas nas relações entre o indivíduo e o Estado, mas também internamente às relações privadas, como já decidiu o STF no RE nº 201.819.³¹¹

Isso pode ocorrer para a proteção de pessoa(s) específica(s) contra a violência cometida pela imprensa, como se verifica no *caso Escola Base de São Paulo*, ocorrido em 1994, exemplo emblemático desse tipo de abuso, em que a imprensa deu ampla divulgação às denúncias de abuso sexual dos alunos daquele estabelecimento de ensino fundamental, cometidos pelos proprietários e professores da escola, o que se revelou completamente falso. Porém, isso só ocorreu após a completa dilapidação moral dos professores envolvidos e da falência da empresa. O caso foi mencionado pelo Ministro Gilmar Mendes em trecho de seu voto da ADPF nº 130,³¹² o qual revela ter havido um “conúbio do delegado com a imprensa”, e que alguns deles, como a revista *Veja*, e os jornais *Folha de S. Paulo*, *O Estado de S. Paulo* e *O Globo*, escreveram matérias se desculpando sobre as reportagens que foram divulgadas sem a necessária investigação para identificar a veracidade dos fatos. Menciona inclusive o relato do repórter Alex Ribeiro, que afirmou: “Os jornais, portanto, aceitavam publicar qualquer denúncia, mesmo de pessoas não identificadas. A imprensa não era mais movida pelo *animus narrandi*, ou intenção de narrar. O que estava mais do que presente era o *animus denunciandi*, ou compulsão por denunciar. Essa prática é chamada também de ‘denuncismo’”.³¹³ Igual avaliação é efetuada por Heródoto Barbero.³¹⁴

³⁰⁹ Voto do Ministro Gilmar Mendes na ADPF nº 130, p. 292.

³¹⁰ Ver item 4.6.3, capítulo 4.

³¹¹ RE nº 201.819, relator para o Acórdão Ministro Gilmar Mendes, outubro de 2005, excerto da ementa: “I. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados”.

³¹² Voto do Ministro Gilmar Mendes na ADPF nº 130, p. 256 e ss.

³¹³ Voto do Ministro Gilmar Mendes na ADPF nº 130, p. 258.

³¹⁴ BARBERO, Heródoto. *Mídia e investigação*. In: SPECK, Bruno W. (Org.). *Caminhos da transparência*. Campinas: Ed. Unicamp, 2002. p. 411-422, em especial quando menciona que “o ambiente de impunidade geral, outra tradição brasileira que é, ao mesmo tempo, causa e efeito da corrupção, proporciona à imprensa gozar a liberdade de ser até mesmo irresponsável, sobretudo quando a divulgação de um fato sem comprovação, ou obtido por meios ilegais e antiéticos, é de interesse de um ou outro grupo econômico que detém a propriedade de vários e poderosos veículos com grande audiência” (p. 413).

O Ministro Gilmar Mendes defendeu também a necessidade de ser assegurado pelo Poder Legislativo um mecanismo rápido e ágil de *direito de resposta*:

Nem preciso dizer – é tão evidente – que a desigualdade entre a mídia e o indivíduo é patente – a desigualdade de armas de que se cuida. É evidente, nem é preciso dizer. Se alguém já tentou exercer o direito de resposta sabe o quão difícil é isso. Muitas vezes, vem a destempo, quando os fatos já caíram no olvido completo; ou tente negociar com o órgão de mídia o direito de resposta, para correção de fato; não se consegue, tem-se dificuldade. Quando, às vezes, se consegue uma contemporização, é uma carta de leitor.³¹⁵

O julgamento da ADPF nº 130 acabou por declarar inconstitucional a íntegra da vetusta Lei nº 5.250/67, que era a Lei de Imprensa criada durante o período militar, passando o *direito de resposta*, insito ao controle social, a ser regulado pela legislação ordinária do país, sendo várias das condutas reguladas pelo Código Penal. Em novembro de 2015 foi aprovada a Lei nº 13.188/2015, que dispõe sobre o direito de resposta ou retificação do ofendido por matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social, voltando essa matéria a ser regulada por lei específica.

107. Existe também o reverso da situação supraexposta, como se verifica no caso em que o *veículo de imprensa é retaliado* por parte de quem se sentiu ameaçado em razão daquela divulgação, como se vê no emblemático caso de juízes do Estado do Paraná que se sentiram lesados em razão de o jornal *Gazeta do Povo* ter divulgado, em fevereiro de 2016, a remuneração de juízes e membros do Ministério Público daquele Estado, que ultrapassava o salário dos Ministros do STF. A reportagem dava conta de que até junho de 2016 já haviam sido propostas 36 ações contra o referido jornal, todas em juizados especiais, espalhadas em 15 cidades, com idênticos pedidos de direito de resposta e indenizações por danos morais, que chegavam à quantia de R\$ 1,3 milhão, sendo cada qual no teto do limite do juizado especial, de 40 salários mínimos. Duas das ações eram de promotores, até aquela data.³¹⁶

A Ministra Rosa Weber, no Agravo Regimental na Reclamação nº 23.899, suspendeu o trâmite das ações de reparação propostas até o julgamento do mérito da causa. Reforçou o convencimento da Ministra, segundo por ela própria consignou em seu despacho, “a existência de áudio obtido em audiência realizada em 25/05/2016, nos autos do Processo 0012497-08.2016.8.16.0182, em trâmite perante o 5º Juizado Especial Cível de Curitiba, no qual o autor daquela ação afirma que alguns juízes, dentre os quais se inclui, foram mobilizados para o ingresso das ações e cogita-se de ‘(...) mais 200 juízes para as próximas ações’”.³¹⁷

Outro exemplo desse tipo de *ação retaliativa* se verifica no caso do editor-chefe do site *Folha MS*, processado por calúnia, injúria e difamação por ter publicado o valor

³¹⁵ Voto do Ministro Gilmar Mendes na ADPF nº 130, p. 277-278.

³¹⁶ Ver reportagem da revista eletrônica *Consultor Jurídico*, por Pedro Canário, na data de 07/06/2016, intitulada “Magistratura do Paraná se articula para atacar jornal e repórteres nos tribunais”. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jun-07/magistratura-parana-articula-atacar-jornal-tribunais>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

³¹⁷ Despacho concessivo da suspensão das ações de indenização, proferido pela Ministra Rosa Weber, no Agravo Regimental na Reclamação nº 23.899, p. 11.

do salário de um servidor público que atua como contador na Câmara Municipal de Corumbá (MS), que estava disponível no *Portal da Transparência*, e que havia recebido em março de 2016 “vencimentos de mais de R\$ 45 mil – acima do teto permitido por lei, de R\$ 33,7 mil, correspondente ao salário dos ministros do Supremo Tribunal Federal”.³¹⁸

Esse equilíbrio entre liberdade e abuso é uma linha tênue que deve ser analisada sob diversas óticas e sopesamento prudencial pelo Poder Judiciário, cabendo sempre ao STF a última palavra jurisdicional.

108. Outro aspecto dessa proteção à liberdade de imprensa pode ser evidenciado em vários âmbitos, e diz propriamente ao *controle social* aqui analisado.

Um desses âmbitos de proteção contra os abusos da imprensa também pode ocorrer como uma forma de *proteção da sociedade difusamente considerada*, e não em face de um indivíduo especificamente identificado. Vê-se tal amplitude no julgamento do HC nº 82.424, ocorrido em setembro de 2003, tendo por relator para o Acórdão o Ministro Maurício Correa, conhecido como *caso Siegfried Ellwanger*, que era um editor de livros antissemitas. No caso, a decisão do STF foi de que não se podia assegurar a liberdade de expressão para disseminação de opiniões racistas. Não se tratava de alguma imputação contra uma específica pessoa, mas de uma opinião racista contra um grupo mais amplo. A ementa é autoexplicativa (excertos):

13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal.

14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, §2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o “direito à incitação ao racismo”, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.

Aqui não se dirige tal liberdade de imprensa, revestida de outro de seus diversos aspectos, como a de *liberdade de opinião*, para a proteção de um indivíduo isolado, ou um grupo deles, mas da sociedade difusamente considerada, o que é diverso da situação antes analisada, porquanto individual.

109. Existe outro âmbito desse *controle social* sobre a liberdade de imprensa, a qual é mais próxima da atividade financeira.

Trata-se da proibição de monopolização e de oligopolização do setor, prescrita pela Constituição no art. 220, §5º, e que ficou assente na ADPF nº 130 como uma forma de exercício de seu controle democrático, pois se configura como um “fator de contenção do poder social da imprensa”.

³¹⁸ Ver reportagem da revista eletrônica *Consultor Jurídico*, na data de 04/11/2016, intitulada “Jornalista é processado por informar supersalário de servidor municipal”. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-nov-04/jornalista-processado-informar-supersalario-servidor>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

Essa norma não foi regulamentada pelo Congresso Nacional até a presente data, tendo sido interpostas duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO. Uma foi proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL (ADO nº 10, em 11/11/2010) e outra pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Comunicações e Publicidade – CONTCOP (ADO nº 11, em 10/12/2010), ambas distribuídas inicialmente à Ministra Ellen Gracie, e hoje vinculadas à relatoria da Ministra Rosa Weber. O pedido de ambas visa a que seja declarada a omissão inconstitucional do Congresso Nacional em legislar sobre as matérias constantes dos arts. 5º, V; 220, §3º, II; 220, §5º; 221, I, II, III e IV; 222, §3º, todos da Constituição Federal, a fim de que seja providenciada, em regime de urgência, a devida legislação sobre o assunto. Até o presente momento não havia sido concedida liminar nos referidos casos, que seguem tramitando.

Diversos movimentos populares coletam assinaturas pela internet para a apresentação de um projeto de lei de iniciativa popular visando regulamentar o assunto.³¹⁹ O Congresso Nacional queda-se silente acerca da matéria.

110. Outra forma de controle dessa liberdade de imprensa que pode dilapidar o controle social sobre a atividade financeira do Estado é o que se chama de *coronelismo eletrônico*. O art. 54, I, “a”, da Constituição proíbe que deputados e senadores mantenham contrato ou exerçam cargo, função ou emprego remunerado em empresas concessionárias de serviço público – e as empresas de radiodifusão de sons e imagens encontram-se nessa situação. A importância dessa norma é enorme, pois pode ocasionar que o controle social por meio da imprensa seja dilapidado por ser exercido por pessoas com funções político-eletivas – além de violar a paridade de armas necessária à disputa eleitoral. Isso colocaria controladores e controlados do mesmo lado “do balcão”, além de permitir que um instrumento poderosíssimo de controle social fique refém de quem detém cargos eletivos no Legislativo, e que haja um conúbio injustificado entre quem tem o poder de conceder a delegação desse serviço público, o Poder Executivo, e membros do Poder Legislativo. Ou seja, por todos os lados que se observe, essa regra é de extrema importância para fins de *controle social*, em especial sob a ótica de *quem controla os controladores*, e com fortes implicações de direito financeiro, pois se refere ao trato com a *coisa pública*, o que envolve também o dinheiro arrecadado e gasto.

Existem algumas ações diretas que buscam discutir essa matéria no STF. A ADPF nº 246, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, distribuída em 15/11/2011 ao Ministro Gilmar Mendes, e que recebeu da PGR parecer pelo não conhecimento da ação. E a ADPF nº 379, mais ampla que a anterior, e que foi proposta em 7 de dezembro de 2015, também pelo PSOL, dirigida contra “atos do Poder Público que ensejam a participação de políticos titulares de mandato eletivo como sócios ou associados de pessoas jurídicas prestadoras de serviços de radiodifusão”, a qual recebeu parecer da PGR favorável à concessão da liminar pleiteada, e que também se encontra sob relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Nenhuma dessas ações teve a liminar apreciada, e seguem seu trâmite regular.³²⁰

³¹⁹ Ver, dentre outros, <<http://www.paraexpressaraliberdade.org.br/projeto-de-lei/>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

³²⁰ Consulta realizada junto ao site de acompanhamento de processos do STF em 19 de novembro de 2016.

Em 9 de novembro de 2016, o Presidente da República – que também subscreve a petição inicial ao lado da Advocacia-Geral da União – ingressou com a ADPF nº 429 acerca da mesma matéria, enfrentando-a, contudo, sob prisma completamente oposto. É afirmado na petição inicial que as diversas decisões que o Poder Judiciário vem proferindo para impedir a outorga e a renovação dos serviços de radiodifusão a pessoas jurídicas que possuem políticos titulares de mandato eletivo como sócios ou associados “são claramente incompatíveis com a Carta Republicana, uma vez que ofendem os preceitos fundamentais constantes dos artigos 1º, inciso IV; 5º, *caput* e incisos 11, IX e XVII; 54, inciso I, alínea ‘a’; 170; 220 e 222 todos da Lei Maior”.³²²

Alegam o Presidente da República e a Advocacia-Geral da União que o Poder Judiciário vem concedendo

interpretação incorreta à regra de impedimento constante do artigo 54, inciso I, alínea “a”, da Constituição Federal, ofendem os preceitos fundamentais da proteção da dignidade da pessoa, da livre-iniciativa, da autonomia da vontade, da liberdade de associação e da liberdade de expressão. (...) Vê-se que, ao contrário do que concluem algumas das decisões judiciais proferidas sobre o tema, a participação de políticos titulares de mandato eletivo como sócios ou associados de veículos de imprensa não ofende a liberdade de expressão ou a autonomia da imprensa. Isso porque não se pode aferir desse fato a suposta manipulação da opinião pública.³²³

A petição apresenta o argumento de que não há proibição desse jaez no Código Eleitoral, que regula a propaganda eleitoral, e que, portanto, estão incorretas as decisões judiciais contrárias à manutenção ou concessão de serviços de radiodifusão a políticos com mandato eletivo. A argumentação expendida na petição inicial trata ainda da liberdade de associação e da liberdade de iniciativa, que estariam sendo cerceadas pelas decisões judiciais proferidas nas instâncias *a quo*.

Deve-se destacar a seguinte alegação:

A Constituição Brasileira não proíbe que os titulares de mandato eletivo participem de pessoas jurídicas prestadoras de serviços de radiodifusão, pois o ato de concessão, permissão ou autorização de tais serviços obedece a cláusulas uniformes e, desse modo, enquadra-se na exceção prevista pelo artigo 54, inciso I, alínea “a”.³²⁴

³²¹ Nesse sentido, dentre várias ações espalhadas pelo Brasil, ver: 2ª Vara da Justiça Federal no Estado do Pará, Processo 27003-40.2016.4.01.3900, Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público Federal contra a União, o senador Jader Barbalho e a deputada federal Elcione Barbalho, pois ambos possuem a concessão do serviço de radiodifusão de sons denominada Rádio Club do Pará PRC-5 Ltda., e busca suspender a concessão e impedir a União de lhes conceder ou renovar a mesma. O processo tramita sem liminar. Para outras referências, ver a reportagem da revista eletrônica *Consultor Jurídico*, de 15 de abril de 2016, intitulada “TRF-3 cancela concessões de rádios administradas por deputados”, na qual se afirma que o referido Tribunal “determinou o cancelamento das concessões de cinco emissoras de rádio que têm como sócios-proprietários os deputados federais Luiz Felipe Baleia Tenuto Rossi (PMDB) e Paulo Roberto Gomes Mansur (PRB)”. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-15/trf-cancela-concessoes-radios-administradas-deputados>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

³²² Petição inicial da ADPF nº 429, firmada pela Advocacia-Geral da União, em nome do Presidente da República, p. 2-3.

³²³ Petição inicial da ADPF nº 429, firmada pela Advocacia-Geral da União, em nome do Presidente da República, p. 25 e 27.

³²⁴ Petição inicial da ADPF nº 429, firmada pela Advocacia-Geral da União, em nome do Presidente da República, p. 30.

Sendo as delegações realizadas por meio de "cláusulas uniformes", não se inserem na proibição da referida norma constitucional, e apontam como paradigma decisão do Tribunal Superior Eleitoral no Recurso Especial Eleitoral nº 166.424, julgado em 14/08/2012. Transcrevem dessa decisão um excerto do voto condutor no julgado, da lavra do Ministro Arnaldo Versiani Leite Soares, que teria dito: "em princípio, não executam obras, não prestam serviços, nem fornecem bens a órgãos do Poder Público ou sob o seu controle",³²⁵ e usa tal raciocínio em amparo a sua tese, alegando que os serviços de radiodifusão nada têm a ver com obras, serviços ou bens fornecidos ao Poder Público, logo, não devem ser considerados como insertos no art. 54, II, "a", CF, pois o TSE já teria decidido nesse sentido.

Trata-se de uma ótica distorcida referente àqueles fatos, pois o foco da proibição não é diretamente a questão da disputa eleitoral, como exposto no referido Acórdão do TSE, em que se discutia a questão da desincompatibilização eleitoral de um candidato a prefeito de Jacundá, no Estado do Pará, nas eleições de 2008, que era diretor de uma rádio educativa em Município diverso daquele em que se candidatou, e que não havia sido concedida por meio de processo licitatório, mas por outorga direta.

O debate referente ao art. 54, I, "a", CF, é mais amplo, e se circunscreve na questão do controle social dos meios de comunicação, pois, como acima demonstrado, permitir o que se pretende na ADPF nº 429 acabará por manter e reforçar uma *confusão jurídica* entre controlador e controlados, o que é contra o princípio republicano, e permitirá o esmaecimento dessa forma de controle – o que também implica no enfraquecimento do controle financeiro do Estado.

Bercovici e Seelaender seguem esse mesmo diapasão ao analisar a referida norma constitucional, afirmando que:

Os problemas que a Constituição desejou enfrentar no art. 54, I, "a", ou seja, os riscos à moralidade pública e à independência do Poder Legislativo, a sedução de parlamentares por meio de contratos lucrativos, a conivência entre os poderes e o patrimonialismo, ficariam agravados, e não resolvidos, se a proibição ali prevista não abrangesse os contratos de concessão de serviço público, inclusive de serviço público de radiodifusão.³²⁶

A despeito do exposto pedido formulado na petição inicial para que a ADPF nº 429 fosse distribuída por conexão ao Ministro Gilmar Mendes, relator das ADPFs nº 246 e 379, que versam sobre a mesma matéria, o processo foi distribuído para a Ministra Rosa Weber, onde aguarda deliberação acerca da concessão ou não da liminar pleiteada.³²⁷

³²⁵ Petição inicial da ADPF nº 429, firmada pela Advocacia-Geral da União, em nome do Presidente da República, p. 31, nota de rodapé 24.

³²⁶ BERCOVICI, Gilberto; SEELAENDER, Airton Cerqueira. Radiodifusão, pluralismo e democracia: a inconstitucionalidade das concessões, permissões e autorizações de radiodifusão para pessoas jurídicas com sócios titulares de mandato político eletivo. In: HORVATH, Estevão; CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Org.). *Direito financeiro, econômico e tributário* – Homenagem a Regis Fernandes de Oliveira. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 239.

³²⁷ Registra-se que a referida Ministra se entendeu competente para apreciar a causa, e vem dando seguimento à mesma, sem liminar. Consulta realizada ao site de acompanhamento de processos do STF em 19 de dezembro de 2016.

111. Existe ainda outro âmbito desse *controle social*, que se identifica nas disputas entre as empresas que exercem liberdade de imprensa.

Nesse sentido, é emblemático o que está sendo discutido na ADI nº 5.613, pro-posta em 26 de outubro de 2016, em que a Associação Nacional de Jornais – ANJ pleiteia que seja efetuada interpretação conforme a Constituição dos arts. 2º, 3º, 4º e 5º da Lei nº 10.610, de 20 de dezembro de 2002, para declarar que a expressão “empresas jornalísticas”

abarcas todas as organizações econômicas que se dediquem à produção, veiculação e/ou divulgação de notícias para o público brasileiro, independentemente do veículo utilizado para a divulgação de seu conteúdo, seja ele impresso ou digital (internet), e, por conseguinte, que a regulação constitucional e legal a que se sujeitam os veículos de comunicação tradicionais (radiodifusores e impressos) se aplica, igualmente, a portais de notícias na internet.³²⁸

Com isso, considera que devem ter o controle de brasileiros os portais de internet que desempenham o jornalismo como atividade, como todas as demais empresas jornalísticas, obedecendo ao que estabelece o art. 222 da Constituição, regulado pelos artigos indicados da Lei nº 10.610/2002.

Trata-se de outro âmbito de controle, referente a disputas entre empresas privadas que exercem a liberdade de imprensa, mas não exploram atividade delegada do poder público, a teor do art. 220, §6º, CF, mas que também se caracterizam como uma forma de reforço do *controle social* sobre a mídia.

4.7.5 O risco de captura financeira pelos controlados e outros problemas financeiros

112. Ocorre que mesmo esse sistema de “controle do controlador” é insuficiente, pois está sempre presente a possibilidade de *captura do controlador pelo controlado*, a fim de que os interesses comuns sejam protegidos, em vez de *fiscalizados*. O controlador se alia ao controlado em nome de interesses comuns.

Isso decorre fortemente do modelo adotado, em que a maior parte dos componentes dos órgãos controladores faz parte do grupo controlado. No CNJ, por exemplo, dos 15 membros, nove são oriundos da magistratura, e dos 14 membros do CNMP, oito fazem parte do Ministério Público. Existem, ainda, “dois assentos públicos cruzados”, nesses órgãos, pois dois membros do Poder Judiciário fazem parte do CNMP, enquanto dois membros do Ministério Público possuem assento no CNJ.

Um ponto de convergência de interesses entre *controladores e controlados* é a questão da remuneração, pois o que for estabelecido como parâmetro para os *controlados* servirá também de base para os *controladores*.

Pode até ocorrer que em outras esferas de atuação – como a administrativa e a disciplinar – não sejam afetadas por tal modelo, porém a esfera de convergência no âmbito remuneratório acarreta uma forte escalada de pleitos e equiparações, não só

³²⁸ Petição inicial da ADI nº 5.613, p. 1.