



Ministério da Educação – Brasil
Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri – UFVJM
Minas Gerais – Brasil
Revista Vozes dos Vales: Publicações Acadêmicas
ISSN: 2238-6424
QUALIS/CAPES B1 – LATINDEX
Nº. 25 – Ano XIII – 05/2024
<http://www.ufvjm.edu.br/vozes>

Um panorama das ciências jurídicas a partir do princípio da publicidade expresso na Constituição Brasileira (2020-2022)

Adilson Oliveira Silva

Técnico Contábil no Setor de Execução Orçamentária da UFSJ – MG – Brasil
Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Presid. Tancredo de Almeida Neves – UNIPTAN – MG- Brasil

Advogado Espec. Direito do Trabalho pela Univ. Cândido Mendes – UCAM-RJ
Licenciado em Ciências Sociais pela Universidade Cândido Mendes – UCAM-RJ

Mestre em Filosofia Política – Univ. Federal de São João del Rei - UFSJ - MG-Brasil

Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidad del Museo Social Argentino – UMSA - Buenos Aires – Argentina
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8973808953551401>
Email: dradilsonoliveira@gmail.com

Resumo: Este artigo tem como objetivo analisar a efetividade do princípio da publicidade e a permanência de orçamentos secretos na perspectiva das ciências jurídicas, considerando a influência das escolas jusnaturalista e positivista e dos tratados de direitos humanos na atualidade, dos quais, o Brasil é signatário. O texto é parte das pesquisas de doutorado sobre “O poder invisível de cunho econômico implícito na legislação e seus efeitos na democracia brasileira (2013-2023)”. Aborda também a necessidade de aplicação de uma filosofia moral como teoria de justiça na interpretação constitucional. Aponta a ausência da relação entre a ética e política e destas com a lei, especialmente na interpretação da lei orçamentária, conforme ocorrido entre 2020 e 2022, as quais, distanciaram dos valores constitucionais dos princípios da publicidade e da moralidade na Administração Pública como

dever normativo aplicado. Analisa-se pontos da decisão do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 850, sobre o esquema denominado ‘Orçamento Secreto’, que foi proposto no sentido de julgar a ação/omissão do Poder Público na violação dos princípios de transparência, como dimensão da cidadania na democracia brasileira. O esquema de negociação política do ‘orçamento oculto’ por meio do qual o executivo favoreceu membros de sua base parlamentar ao liberar emendas orçamentárias em troca de apoio legislativo no Congresso. Portanto, os resultados alcançados visam apresentar o cenário constitucional da democracia brasileira sob o prisma das ciências jurídicas, e mostrar a existência de um poder opaco de natureza econômica relutante. A exposição deste artigo adota uma postura analítica e crítica para compreender e expor, o fenômeno do pós-positivismo no contexto brasileiro, a partir da decisão judicial da ADPF 850.

Palavras-chave: Positivismo. Ética. Política. Publicidade. Pós-positivismo.

Introdução

Para analisar o panorama contemporâneo das ciências jurídicas na democracia brasileira é necessário inicialmente verificar o peso das influências do direito natural e do positivismo na história constitucional do país.

O Contratualismo, as Revoluções Francesa e Americana, os regimes ditatoriais na Europa e no Brasil, os tratados internacionais sobre direitos humanos, são eventos que causaram grandes influências.

A busca de fundamentos da filosofia moral como teoria de justiça na interpretação constitucional numa espécie de retorno aos valores do direito natural, sem entrar na ideia metafísica, são caminhos que conseguem mostrar uma realidade desprovida de reflexão, de um parlamento técnico e positivista que, aliado ao distanciamento entre a ética, a política e o direito, facilitam essas tendências de violação dos princípios constitucionais na elaboração, execução e interpretação do direito.

A falta de aplicação do princípio da publicidade no legislativo na criação de leis e no executivo brasileiro na execução do orçamento nos anos de 2020 a 2022, afastando-se desses valores, ficou evidente na decisão do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental que o esquema denominado Orçamento Secreto, que foi proposto para julgar a omissão do Poder Público na violação ao princípio da publicidade.

Expor o esquema de mercado político, pelo qual o Executivo favorece os membros de sua base parlamentar por meio da liberação de reformas orçamentárias em troca de apoio legislativo no Congresso Nacional, utilizando o instrumento das reformas do relator para ocultar a identidade dos parlamentares envolvidos, e a participação que lhe coube na distribuição informal do orçamento, numa espécie de partilha secreta.

Portanto, os resultados a alcançar corroboram para descrever um panorama constitucional na democracia brasileira ainda permeado por um exercício de poder oculto, demonstrando também a partir desta decisão, uma nova realidade das ciências jurídicas nesta nova etapa da constitucionalidade contemporânea no Brasil.

O peso das escolas jurídicas sobre a Constituição Brasileira

As constituições são níveis jurídicos e políticos construídos para limitar os excessos estatais e garantir os direitos fundamentais, nos quais se consolidam as teorias e influências das escolas jurídicas que as precederam, verdadeiros mecanismos de contenção do arbítrio no exercício de poder.

Gonzaga (2021) argumenta que no estado civil, é urgente não anular o direito natural, mas condicionar o seu exercício à força. O direito resultante do contratualismo e o direito natural não estão em oposição, mas em integração. O que muda com o tempo não é a substância, mas a forma. Assim, não se trata do conteúdo da norma, mas da forma de aplicá-la. Nesse sentido, as leis naturais podem ser conhecidas inicialmente pela razão e o que transforma essa obrigação moral em dever seria a lei prática.

Dessa forma, o direito natural aparece historicamente em versões que começam com o direito natural, aplicado a todos, depois, um direito estabelecido divinamente e revelado aos homens, ainda, o direito ditado pela razão humana, intrínseco ao homem, e por fim, um direito que visa garantir a dignidade da pessoa humana.

A oposição ao direito natural surgiu em Kelsen com a obra Teoria Pura do Direito. A importância do positivismo jurídico está no fato de ter provocado uma teorização do direito. Por exemplo, a Escola da Exegese, com aplicação

literal apenas do texto legal, negou qualquer influência externa. O poder centrado no legislador é a ideia fundante do positivismo jurídico.

Segundo Gonzaga (2021), a crítica de Kelsen ao jusnaturalismo na teoria pura do direito distancia as outras ciências da análise jurídica, de modo que a justiça, a moral e a política, por exemplo, são tratados separadamente. Como se sabe, a estrutura científica proposta por Kelsen apoiava a possibilidade da existência de Estados totalitários, com base no texto frio da lei. No pós-Segunda Guerra Mundial, a justiça natural, baseada em valores morais, foi vista como uma boa solução para a situação ocorrida durante a guerra e com a intenção de evitar que o fenômeno se repetisse. Houve uma certa tentativa de retorno à justiça natural, com o objetivo de buscar na história uma solução para os problemas que se revelavam na época.

Assim, observa-se que a dignidade da pessoa humana se estabelece como valor fundamental do direito natural e as teorias atuais do direito são permeadas por esses valores.

O contra argumento positivista advoga que valores como justiça, democracia e estado de direito não determinam a consolidação jurídica de Estado. Ou seja, para o positivismo, a legislação que irá definir, estabelecer e conceituar essas construções sociais.

Os críticos do positivismo, por outro lado, argumentam que as características mais importantes do direito não se encontram no seu caráter fonte, mas na capacidade do direito de promover o bem comum, garantir os direitos humanos e governar com integridade.

O processo de secularização do Direito Natural foi importantíssimo não só para o desenvolvimento de um método sistemático com rigor lógico que deu supedâneo à criação de diversos documentos e cartas de direitos, mas também para a análise do fenômeno jurídico por meio de uma crítica do direito positivo, baseada em padrões éticos contidos nos princípios reconhecidos pela razão. (NASCIMENTO, 2022, p.296)

Dessa forma, é a partir do contratualismo que surge o positivismo, com o objetivo de codificar o direito natural. Ocorre que, a crise positivista depois da Segunda Guerra Mundial, surge com o uso frio da lei. Logo, o desejo de retorno ao direito natural tem suas razões. Nessa dinâmica, as constituições Francesa

e Americana foram sedimentadas tendo por base o direito positivo, na esperança de garantir direitos fundamentais.

Portanto, as escolas jurídicas jusnaturalistas e positivistas ainda exercem influências nas constituições. Do mesmo modo, um direito tecnicista continua sendo ensinado, desprovido de reflexão teórica e distanciado da ciência jurídica.

Contudo, após o julgamento de Nuremberg, o declínio do positivismo acelerou-se, à medida que o direito natural ascendeu, precisamente na posição privilegiada do *meta-princípio da dignidade da pessoa humana*, como vetor norteador da ciência do direito.

Assim, pode se observar que no estado democrático de direito pós moderno, o positivismo e o direito natural se integram. Se por um lado o positivismo garante os direitos de liberdades sem excessos estatais, o direito natural tem como base no meta princípio da dignidade da pessoa humana.

Segundo Barroso (2009), o pós-positivismo como escola teórica do direito, baseia-se na crítica ao positivismo científico e ao direito despojado de valores, sem, no entanto, fugir do direito estabelecido. Busca-se uma leitura moral do direito, na ideia de superação do positivismo e do direito natural, sem recorrer à categoria metafísica. Essas ideias são irrigadas pela formação de uma nova hermenêutica constitucional e de uma teoria dos direitos fundamentais construída sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana, que reunirá direito e filosofia.

Constituição e tratados sobre os direitos humanos

O objetivo maior do constitucionalismo sempre buscou limitar o poder do Estado e garantir os direitos humanos fundamentais, por isso o constitucionalismo e os tratados de direitos humanos se interligam nos seus fins. Logo, os fatos neste contexto, geram tendências, que por vezes alteram direções. Nos parece que atualmente o direito retorna às suas origens filosóficas, com um viés mais reflexivo.

A existência de princípios, no caso da Carta Magna brasileira, em especial, o fundamento da dignidade da pessoa humana, expresso no artigo primeiro, parágrafo terceiro, obriga a aplicação de tratados internacionais e

acaba por fortalecer e prestigiar a ampliação interpretativa, na medida em que os preceitos que traz para o direito interno não só não contradizem, mas antes, reafirmam e fortalecem os Princípios Fundamentais do Estado Democrático de Direito, e isso é confirmado por Rezek (2000), ao conceituar o tratado internacional como qualquer acordo formal celebrado entre sujeitos públicos de direito internacional e destinado a produzir efeitos jurídicos.

No Brasil, a própria Constituição nos artigos 84, 49 e 102, respectivamente, diz que: o representante do executivo conclui o tratado, o legislativo o analisa e aprova e, por fim, o judiciário é instado a se manifestar sobre a possível constitucionalidade, ilegalidade ou incompatibilidade dos padrões internacionais. Ou seja, o tratado internacional, uma vez que passa pelos três poderes do Estado, é plenamente obrigatório, portanto, as leis e suas aplicações devem respeitar o princípio da convencionalidade.

Alarcón (2021) sustenta que o constitucionalismo é o movimento que traduz uma luta ideológica e política de teoria e prática em torno da limitação da discricionariedade estatal como instrumento de proteção dos direitos humanos. Segundo o autor, o exercício do poder político, a garantia das liberdades das pessoas e a legitimidade dos governos são os temas fundamentais das cartas políticas. No atual contexto brasileiro, o constitucionalismo que prevalece é o novo constitucionalismo, ou o constitucionalismo principiológico ou mesmo contemporâneo, logo se fala na superação do constitucionalismo liberal e social, após um período de aproximadamente duas décadas de estado ditatorial totalitário (1964 - 1985).

Ao falar sobre esta nova era constitucional, o movimento pode ser visto exatamente como uma superação do colapso do positivismo e do pós-Segunda Guerra Mundial. Como exemplos, citam-se a Constituição Italiana de 1947 e a Constituição Alemã de 1949.

Segundo Lenio Streck (2021) a expressão Constitucionalismo Contemporâneo, identifica uma ruptura com o positivismo jurídico. Por essa razão, refuta o termo neoconstitucionalismo, visto que esse termo poderia fazer certa apologia à discricionariedade exacerbada do Poder Judiciário.

Luiz Roberto Barroso (2009), afirma que o pós-positivismo constitui um novo arranjo filosófico jurídico. Para ele, o sucesso do jusnaturalismo teve seu ápice em constituições escritas e codificadas. Quando o positivismo ligou o

direito à lei, e com isso possibilitou as violações de direitos no nazismo, por exemplo, teria chegado ao fracasso. Nesse sentido, o pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, e visa uma hermenêutica do direito fundada na ideia de justiça.

Na perspectiva de José Afonso da Silva (2015), no Constitucionalismo Contemporâneo a Constituição não está, como no passado, condenada a ser um documento retórico de natureza puramente política, mas é também um documento legal, com disposições obrigatórias e vinculativas. Para ele, a supremacia da Constituição não é um requisito formal para o funcionamento sistêmico, mas sim uma questão de substância. Ou seja, a hierarquia que sustenta a Carta deduz-se não de uma plataforma artificialmente sustentada por uma norma superior como garantia do seu funcionamento, mas da realidade de que a Constituição reproduz um conjunto de escolhas avaliativas e finalistas, que a tornam um ponto de referência, partida e obediência obrigatória, para a validade dos atos normativos do sistema que lhe são submetidos. Assim, a Constituição regulamenta toda forma de viver em sociedade que envolva aspectos jurídicos e políticos.

Segundo Comanducci (2005), a Constituição é um valor em si a ser defendido, e a interpretação constitucional torna o processo de constitucionalização do direito uma característica importante do neoconstitucionalismo. Assim, nos tribunais superiores, a interpretação não pode ser reduzida à declaração ou descrição de um sentido apenas estabelecido pelo legislador, mas é uma questão axiológica, que exige a construção de uma norma que resolva o dilema jurídico, especificamente o apresentado. Ou seja, a norma é construída a partir de princípios, regras e valores, ante o caso concreto, sem, no entanto, fugir ao direito já estabelecido.

Para Alarcón (2021), as referências lógicas do intérprete, tanto no campo da doutrina como da jurisprudência para a elaboração desta norma, são os princípios constitucionais. A característica deste tipo de mandamento é a sua abstração e generalidade.

Princípios, segundo Alexy (2008), são regras que ordenam que algo seja feito na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e factuais existentes. Portanto, princípios são mandamentos de otimização.

Segundo Alarcón (2021), porém, também a este nível, deve ser feita referência a duas questões de hermenêutica: a primeira está relacionada com a ideia de que a Constituição deve ser interpretada de forma extensiva e não restritiva. Por outro lado, a interpretação extensiva permite uma dupla interpretação, ou seja, a extração de inúmeras normas implícitas adequadas para regular qualquer aspecto da vida social e política. Mesmo no campo hermenêutico, existe a relação entre a lei e a Constituição. Se diversas normas puderem ser extraídas de um texto normativo, o intérprete deverá preferir a interpretação que harmonize a lei com a Constituição, escolhendo o sentido que evite a contradição entre as duas. É a interpretação dita “obediente” que preserva a lei projetando-a num sentido constitucional.

Alarcón (2021), citando Alexy (2008), lembra que no campo hermenêutico o papel dos princípios é fundamental, pois orientam o exercício de construção, caso a caso, da norma que põe fim ao dilema. Contudo, alerta também que os princípios não regem a sua aplicação. Portanto, o trabalho do intérprete pode ser difícil, principalmente quando eles se contradizem no caso específico, obrigando a um equilíbrio de seus conteúdos. Assim, se, especialmente para o juiz, é imperativa a atenção aos princípios no processo interpretativo, pesar ou buscar esse equilíbrio é um exercício que lhe é restrito, o que acarreta severas críticas. Alexy alerta para o risco de que as objeções mais frequentes consistam no fato de que onde começa a pesagem termina o controle por regras e métodos, abrindo espaço para o subjetivismo e o decisionismo dos juízes, que devem ser evitados.

Portanto, a ciência jurídica volta-se para um patamar que passa necessariamente pelo campo de uma teoria da justiça, em que os valores não se opõem ao fim da pacificação social, como objetivo maior.

A filosofia moral na hermenêutica constitucional

Ronald Myles Dworkin (11/12/1931-14/02/2013) foi um dos mais importantes filósofos jurídicos da segunda metade do século XX até a atualidade. Suas contribuições estão mais na teoria do direito, seu trabalho tem grande relevância na Filosofia Política, na Filosofia Moral e no Direito Constitucional. A sua atividade como intelectual estendeu o impacto das suas

ideias para além da academia, influenciando profundamente uma geração de juristas e marcando o debate de ideias sobre grandes temas contemporâneos como a Democracia e as Eleições. Neste texto a interpretação feita do princípio da publicidade constitucional estará sob o escrutínio de sua teoria da justiça, denominada Filosofia Moral, e de sua crítica ao positivismo e ao propor que o melhor direito a ser aplicado aos casos é uma questão de moralidade política. Portanto, rejeita-se a ideia de que o direito não pode ter a moralidade como conteúdo. Seu pós-positivismo se resume em três pontos fundamentais: a relação entre direito e moral; a distinção entre normas e princípios e a questão da discricionariedade judicial. Em sua construção teórica, Dworkin toma como contraponto a teoria de Hart, no Positivismo Analítico, revelando sua inadequação no contexto atual.

Quanto à relação entre Direito e Moral, assim como Hart, sustenta que o juiz deve aplicar a lei ao caso específico sem se preocupar com a justificação moral. Dworkin, por sua vez, diz que se o juiz apenas aplicasse sem se preocupar com valores morais, estaria agindo de forma parcial e não neutra. Para Dworkin, o direito se dá por meio de uma interpretação da prática jurídica, o que seria uma justificativa moral dessa prática. Portanto, sua teoria passa pelas convicções morais do direito.

Quanto à categorização das normas jurídicas em regras e/ou princípios, Hart afirma que só existem regras e que estas encontram a sua base de validade em outras regras de reconhecimento. Dworkin, por sua vez, ressignifica o conceito de normas e afirma que estas podem ser de três tipos: princípios, políticas e regras. Para ele, princípios e políticas têm maior valor de peso axiológico (moral) do que regras. Nesse sentido, a norma tem importância central como elemento moral na constituição da sociedade e transcende a mera análise da validade do positivismo. Quanto às regras, trata-se da sua aplicação ou não ao caso em análise.

Quanto à discricionariedade judicial, Hart defende que ela ocorra em duas fases e Dworkin argumenta que ocorre em uma única fase. Hart sustenta que a primeira fase ocorre na aplicação neutra da lei e somente se esta for insuficiente, ou apresentar lacuna, ocorrerá a segunda fase, na qual o juiz terá discricionariedade e liberdade para julgar com critérios que não são os seus, os da lei estabelecida. Assim, em Hart, a discricionariedade judicial só ocorre

quando há uma lacuna na lei, ou quando esta é omissa. Dworkin critica a teoria de Hart, considerando que o direito é um conjunto público estabelecido e confiável, cuja força não pode ser questionada na política ou na moralidade, devido à posição de seu intérprete. Ele afirma que a teoria é falha porque viola o princípio básico de que nenhum conjunto de regras públicas pode ser considerado completo e perfeitamente preciso. Dworkin conclui defendendo que se nenhum sistema de regras é perfeito, cabe justamente ao magistrado, com base em julgamentos políticos e morais, realizar uma análise holística da justificação do direito, como entidade moral.

Nesse sentido, na teoria de justiça da Filosofia Moral de Dworkin, a moralidade será o elemento de apreciação da norma e, portanto, esta capacita o juiz desde o primeiro momento a usar a discricionariedade moral para julgar tanto a lei quanto o caso específico, com a devida análise e justificativa.

Daniel Sarmento citado por Nascimento (2022) afirma que a teoria pós-positivista de Dworkin é a expressão da teoria do liberalismo igualitário de John Rawls, pois utiliza a defesa dos princípios morais liberais da liberdade básica, no papel legítimo da jurisdição constitucional. No entanto, devem ter o cuidado de se limitarem ao campo dos direitos individuais e não permitirem que os juízes substituam os agentes políticos na avaliação da adequação ou eficácia das políticas públicas, pois isso violaria a separação de poderes.

Em sua teoria, Dworkin lançou bases do pós-positivismo, propondo um modelo de direito próximo da moralidade, que havia sido rejeitado pelos positivistas. Essa abordagem ocorre por meio da redefinição do conceito de norma. Em Kelsen ou Hart, a norma equivale à regra e, de certa forma, é limitada. Para o filósofo americano, a norma é um gênero que tem regras e princípios como espécies.

Em suma, é necessário no pós-positivismo distinguir de forma clara os conceitos de regras e princípios. Sendo os princípios, gerais, abstratos e flexíveis entre si. Por sua vez, as regras são objetivas, prescritivas, e com aplicabilidade ou afastamento de plano.

Ética, política e direito na legislação brasileira

Inicialmente, para analisar a efetividade do princípio da publicidade, como dimensão da cidadania, no legislativo brasileiro, especialmente no caso em estudo do orçamento secreto, é necessário conceituar brevemente a política em pelo menos seus três principais sentidos ligados ao direito. É também de fundamental importância dar conta da relação entre a ética e a política e estas com o direito no seu sentido político.

Para Aristóteles (384 – 322 a. C) a política não deveria ser o meio usado para dominar, mas especialmente utilizada com o objetivo de fazer justiça. Em Ética a Nicômaco, o filósofo traz três significados de política: busca do bem comum, ciência política e arte de governar.

O conceito aristotélico de bem comum, na política, era a investigação de como melhorar a vida das pessoas na pólis. Dessa forma, o objetivo da política deveria determinar comportamento dos cidadãos para satisfazer as necessidades coletivas.

No que diz respeito à ciência política, foram discutidas as relações humanas do exercício de poder, as ideias e o sistema jurídico da política. Ou seja, para o filósofo grego, a política visa descrever o Estado ideal, estabelecer a melhor forma de Estado e sua organização. Logo, seria a forma de organizar o poder, a forma de alcançá-lo e estabelecer as regras do jogo político.

Em relação a política como arte de governar, a política seria a pesquisa, de como surgem os governos e como deveria ser a gestão que conseguiria manter no poder por determinado tempo. Embora não seja diferente nos atuais contextos, o problema seria se essa manutenção ocorre de forma ética.

Dimitri Dimoulis (2017) define a política como um processo social, que possui quatro características principais: sua sede é o Estado; influencia a tomada de decisões através da ação coletiva; visa transformar as relações sociais. Constitui uma atividade racional e, em geral, pacífica, mas sem excluir o confronto e a violência. Assim, na primeira característica, tem capacidade para impor decisões e sanções. Na segunda dimensão, é funcional e determina as decisões públicas. Na terceira dimensão, denominada teleológica, tem como objetivo ser um transformador social e na quarta e última característica tem atividade coletiva e racional e opera por meio de razões públicas. Para

Dimoulis (2017), a ideia de tratar a relação entre política e direito de forma pejorativa é fruto de um comportamento impensado e está muito apegada às compreensões puristas do formalismo positivista. O fenômeno jurídico revela seu contato perene com a política, uma vez que a criação do direito se dá no interior da classe política. O conteúdo das normas jurídicas tem muitas vezes um conteúdo político, pelo que a sua aplicação deve considerar aspectos políticos.

A atividade típica do legislador é a elaboração e a codificação das leis, atividade eminentemente política. Nesse sentido, o operador do direito, em tese, consiste na execução da vontade política do parlamento.

Segundo Matheus Carvalho (2017), os operadores jurídicos profissionais, como o judiciário, os promotores e os defensores, são agentes políticos. Dessa maneira, o direito e a política possuem forte simbiose pela atividade política.

Ainda, segundo Carvalho citado por Nascimento (2022), no direito político, há manifestações de tentativas de regular a política e controlar esse impulso. Para ele, o direito administrativo, o direito eleitoral e a constituição visam prevenir o abuso do poder econômico ou político. Na política judicial, por outro lado, existem as avaliações políticas que os profissionais do direito devem fazer para aplicar bem as regras. Porque as normas são permeadas por interesses políticos e para serem aplicadas necessitam de avaliações de mesma natureza política.

Para Simone Goyard Fabre (1999), o direito político é uma construção jurídica que obedece a princípios e regras que impõem restrições e limites. A ordem jurídica é erigida por um conjunto de vínculos institucionais, logo, o direito constitucional é maior expressão do direito político.

Quanto à relação entre ética e política e suas diferenças, é essencial voltar a Aristóteles (384 – 322 a. C). A ética relacionava às ações pessoais se certas ou erradas, já a política dizia respeito da vida social correta e justa na pólis. Assim, o filósofo grego considerava os humanos como animais éticos e políticos. Dessa forma, ética e política, caminhavam juntas, visto que tinham o mesmo objetivo do bem, do certo e do justo, nos interesses pessoal e coletivo.

Nesse sentido, a política aristotélica está em grande parte ligada à moralidade, porque o fim da polis é a virtude, visto que seria na vida

comunitária onde o ser humano se realizaria plenamente, e seria na polis onde o cidadão encontraria o conjunto de meios necessários à sua completa formação moral.

Porém, com o Estado moderno de Maquiavel (1469-1527), na obra o Príncipe a cisão entre ética e política, se estabelece com o objetivo de manter-se no poder ainda que sendo necessário lançar mão de meios não éticos.

A cisão entre ética e política após o advento do contratualismo, resultou numa mentalidade humana técnica, focada na produção em escala industrial, eliminando a reflexão ética, seja ela certa ou errada, justa ou injusta. O filósofo Henrique Cláudio de Lima Vaz lembra, como exemplo dessa ação sem reflexão, os danos ambientais, com visão apenas de desenvolvimento tecnológico e econômico, ignorando os demais aspectos.

A distância entre a ética e a política, consequentemente, gera a distância entre a ética e o direito, considerando a forte ligação entre o direito e a política. Esse pensamento permitiu o desenvolvimento do positivismo e de seus excessos desprovidos de valores morais. Dessa forma, uma maneira de aproximar o direito e a moral é a proposta pós-positivista, ao estabelecer os princípios como realidades normativas transbordantes de caráter moral, que funcionam como razões para decidir, permitindo que não haja separação entre moral e direito. Assim, ao extrair apenas aspectos técnicos da lei, aproxima-se de uma política desprovida de ética. E uma política pautada pela moralidade não apenas cria normas éticas, mas sua interpretação possui fundamentos morais que justificam a decisão judicial. Vejamos a defesa de Gambogi:

Os pós positivismo, entendido como um conjunto de ideias ou de teorias que adotam como postulado, a ordem jurídica como constituída por princípios e regras, impõe que se pense a relação entre a moral e direito de modo diferente ao do positivismo. É que não existe pós-positivismo sem o reconhecimento da principiologia jurídica e o reconhecimento da importância da racionalidade prática na lida hermenêutica; é que em sendo os princípios, realidades normativas transbordantes de lições de natureza moral, que funcionam como razões para decidir, torna-se impossível, qualquer separação ortodoxa entre moral e direito. (GAMBOGI, Luiz Carlos B. Moral, Direito e Pós-positivismo.2019 P.81)

Observa-se assim, que na decisão judicial em análise no presente texto, a existência de um parlamento desprovido de pensamento ético, consequentemente elabora uma lei que não valoriza este princípio. Ao criar

uma lei, deliberadamente com lacunas que tentam burlar o sistema de avaliação dos princípios constitucionais, não só é uma legislação que viola os fundamentos da cidadania, como também vai contra o princípio da publicidade. Portanto, tal lei, além de inconstitucional, também é desprovida de valor ético. O legislador neste caso faz uso de meios positivistas para legislar, e os substitui por um aparente formalismo, porém, está imbuído do desejo de agir em segredo. Assim, na lei, há um poder oculto, que privilegia o sigilo, que busca a opacidade, pelo caminho disfarçado da omissão.

Nesse sentido, tomando a política em sua definição como arte de governar, concebe-se governar por meio da fraude, meio defendido no Príncipe de Maquiavel, em que o soberano buscava permanecer no poder a qualquer custo.

Na votação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, para tentar deter o poder invisível de natureza econômica, o Partido Cidadania descreveu o *modus operandi* (modo pelo qual um indivíduo ou uma organização desenvolve suas atividades ou opera) como uma omissão sistêmica do abandono do preceito normativo que dificulta a percepção, ao associá-lo em termos causais a uma escolha individual de qualquer gestor, partilhando a responsabilidade de todos os agentes políticos envolvidos pelo incumprimento deste dever legal. Não há nenhum ato individual, situado no tempo, que provoque a profunda irregularidade apontada: pelo contrário, há um contínuo comportamento conivente dos membros do Executivo e do Legislativo no sentido de ignorar o mandado constitucional e de forma planejada secretamente distribuir recursos anualmente, ano após ano, sem respeitar os objetivos de desenvolvimento, deliberação e publicação, como critérios legítimos de alocação e uso de recursos públicos.

Trata-se, portanto, de um problema de construção institucional interrompida: um princípio institucional consagrado prioritariamente na Constituição não foi, por razões históricas que corresponderia à ciência política identificar, materializado pelos agentes a quem a própria Constituição confiou a boa gestão, de recursos públicos e o desenvolvimento de quadros regulamentares que garantam o cumprimento. A construção definitiva de tais instituições decorre inevitavelmente da ação cumulativa dos poderes políticos, utilizados sem escrúpulos. No caso em tela, as denúncias de irregularidades e

o impacto negativo de sua divulgação poderiam formar uma massa crítica de pressão cidadã sobre os agentes políticos capaz de superar até a força dos interesses dos parlamentares beneficiados pela omissão, influenciando o comportamento da maioria dos demais parlamentares no sentido de não compactuar com as iniciativas espúrias e corrigir a irregularidade.

Para administrar o plano e driblar o princípio da publicidade, o relator-geral cortou despesas obrigatórias que não foram apresentadas ou aprovadas. Ele reiterou a estratégia adotada pelo relator-geral do orçamento de 2020, que cortou gastos com pessoal remunerado a partir da proposta de Emenda Constitucional 186, que previa redução de 25% na jornada dos servidores, com a respectiva redução salarial. Essa medida da PEC 186, também chamada de Projeto Emergencial de Reforma Constitucional, não foi aprovada. Assim, observa-se que em 2020 houve uma *tentativa* de legalização da fraude, regulamentando a manobra por meio de uma reforma constitucional, que foi rejeitada, evidenciando a desaprovação popular.

Ao cortar despesas obrigatórias, o relator-geral contrariou o artigo 166 da Constituição e violou a instrução normativa número 1 da Comissão Mista de Orçamento do Congresso Nacional. O artigo 166 da CF/88 estabelece que as Modificações Orçamentárias somente poderão ser aprovadas para *corrigir erros e omissões*. A Instrução Normativa número um estabelece que serão aprovadas as alterações que proponham o cancelamento, ainda que parcial, dos créditos de despesas de pessoal, juros e encargos da dívida pública, amortização de dívidas e despesas primárias obrigatórias.

O relator-geral cortou despesas obrigatórias para abrir, de forma irregular, espaço no teto de gastos da União, que foi estabelecido pela Emenda Constitucional 95/2016. Esta Reforma Constitucional estabelece que a despesa máxima para um determinado ano é a mesma autorizada para o ano anterior, corrigida pela inflação. Como a proposta orçamentária de 2021 foi apresentada pelo governo dentro do limite de gastos permitido, o relator não conseguiu aumentar as emendas parlamentares por conta do teto, mesmo com a revisão da receita, que aumentou o valor disponível. Decidiu então reduzir despesas obrigatórias e abriu, de forma *fraudulenta*, espaço para alterações.

Na própria Lei Orçamentária, foi indicado que “o Orçamento e a Execução Financeira, no exercício financeiro de 2020, das transferências

voluntárias de recursos da União, cujos créditos orçamentários não identifiquem nominalmente a localização do beneficiário, inclusive aqueles genericamente destinados ao Estado, está sujeito à divulgação prévia em sítio eletrônico, pelo poder concedente, dos critérios de distribuição dos recursos, considerando os indicadores sócio econômicos da população beneficiada pela política pública” (Lei 13.978/2020). Ou seja, a necessidade de publicidade ativa é inerente à distribuição de verbas públicas. Mas aqui, seria apenas formal, visto que a informação essencial não aparecia, apenas os indicadores regionais, (transparência genérica).

Em vez disso, a mesa responsável pelo orçamento trouxe a seguinte proposta de reforma que não passou pelo plenário: “Dotações Genéricas – Critérios de Aplicação. Propomos em nossa reforma que as transferências voluntárias da União para outros entes da federação levem em consideração os indicadores socioeconômicos da população beneficiada pela respectiva política pública, *“quando o ente não estiver nominalmente identificado nos créditos orçamentários”*. Acreditamos que a medida está em consonância com as comunidades mais necessitadas, uma vez que são as que mais se beneficiam de critérios baseados em políticas públicas” (Artigo Exordial da ADPF nº 850). Assim, o objetivo era o anonimato, com aparência de legalidade, utilizando-se da massa desinformada.

O princípio constitucional da publicidade

Uma das facetas de uma democracia representativa evoluída é a Transparência Ativa nos atos governamentais que, por sua vez, apontam para a legitimidade no exercício do poder e o seu elevado grau de confiança dos eleitores nos seus representantes.

A prevalência do princípio da publicidade administrativa é um dos principais modos de concretizar a República enquanto forma de governo. A negativa de prevalência do princípio da publicidade administrativa implicaria, no caso, inadmissível situação de grave lesão à ordem pública. (STF, ADI 2.198).

Flávia Limmer (2022), defende que o princípio da publicidade não impõe apenas a divulgação da decisão administrativa, mas todo procedimento estatal. Na máxima efetividade do princípio da publicidade, é preciso garantir transparência de toda a tramitação processual, visto que permitirá maior

fiscalização do particular. O art. 11 da Lei n.º 8.429/1990 diz que negar publicidade aos atos oficiais constitui ato de improbidade administrativa, que atenta contra os princípios da administração pública.

Na Constituição Brasileira esse princípio da publicidade é irradiado de diversas formas no texto constitucional, vejamos:

Toda pessoa tem direito de receber de órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que lhe serão prestadas nos termos da lei, sob pena de responsabilização, ressalvados aqueles cujo sigilo é proibido. (CF/1988, Artigo 5º - inciso XXXIII)

O texto constitucional estabelece ainda: “O direito de petição ao Poder Público em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; obtenção de certidões de cargos públicos, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal”.

O artigo 37 declara que a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, da imparcialidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, bem como ao seguinte: § 3º A lei disciplinará as formas de participação dos usuários na gestão pública direta e indireta, regulamentando especialmente: II - o acesso dos usuários aos registros administrativos e às informações sobre atos governamentais. (CF/1988), do mesmo modo, a norma infralegal reafirma:

Os procedimentos previstos nesta lei têm por objetivo garantir o direito fundamental de acesso à informação e deverão ser realizados de acordo com os princípios básicos da Administração Pública e com as seguintes diretrizes: I - observância da publicidade como preceito geral e de o segredo como exceção; II – divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitação; III - utilização de mídias possibilitadas pela tecnologia da informação; IV – promover o desenvolvimento de uma cultura de transparência na gestão pública; V - desenvolvimento do controle social da Administração Pública. (Lei: 12.527/2011, Artigo 3º)

Desta forma, o princípio da publicidade é inerente ao Estado Democrático de Direito, sendo uma dimensão do fundamento da cidadania, expresso no artigo 1º da CF/88 e está intimamente ligado à perspectiva da transparência, ao dever da Administração Pública e ao direito da sociedade. O

princípio da publicidade, do art. 5., XXXIII, garante a toda pessoa o direito de receber de órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que lhe serão prestadas nos termos da lei, sob pena de responsabilização, exceto aquelas cujo sigilo for vedado. Essencial para a segurança da sociedade e do Estado, conteúdo também regulamentado pela Lei nº 12.527/2011. Há uma graduação na conquista de direitos, embora a Constituição Federal tenha sido promulgada em 1988, o tema foi regulamentado por lei apenas em 2011. Mesmo com os avanços, falta efetividade na transparência, não formal, mas real.

O artigo 216 da Constituição Federal, em seu parágrafo segundo, impõe à Administração Pública, nos termos da lei, a gestão da documentação governamental e as medidas para colocá-la à disposição de quem dela necessita. Neste sentido, existe a obrigação de prestação de contas por parte do Estado. O controle democrático da sociedade através da opinião pública promove a transparência ativa do Estado e promove a responsabilização dos funcionários sobre a sua gestão pública, pelo que deve haver uma margem reduzida para qualquer restrição destes direitos políticos, nos seus múltiplos desenvolvimentos ou para debate, sobre assuntos de interesse público.

Como aponta Bonavides (2016), “os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade são propriedades do indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se em poderes ou atributos da pessoa e implicam uma subjetividade que é o seu traço mais característico. Por fim, são direitos de resistência ou oposição ao Estado.” O Estado democrático de direito procura estabelecer estas possibilidades, pondo fim a todas as ações autoritárias do Estado que violam os valores estabelecidos.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, como remédio constitucional, está prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta ao Supremo Tribunal Federal, e terá por objetivo evitar ou reparar o dano a preceito fundamental, decorrente de *Ato do Poder Público*, quando o fundamento da controvérsia constitucional em lei federal ou ato regulatório é relevante.

A adoção de procedimentos que estejam de acordo com a carta política e os tratados internacionais, tem conduzido a administração pública e as cortes

judiciais, a tomar direções que apontam para a maior valorização dos princípios, quando as regras se encontram inadequadas.

A ideia do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, do qual o Brasil é signatário, destaca a importância da transparência nas atividades governamentais, da probidade, da responsabilidade governamental na gestão pública, do respeito aos direitos sociais e da liberdade de expressão e de imprensa como fundamentais componentes do exercício da democracia.

Segundo Lenza (2016), esse novo constitucionalismo, de interpretação principiológica, que se evidencia ao propor a identificação de novas perspectivas, talvez marque o início de uma nova etapa do Direito Constitucional, mais humano e justo.

Precisamente no que diz respeito à adoção de tais medidas, o Brasil tem reconhecido que todas as ações das autoridades estatais têm a obrigação de exercer o controle de convencionalidade, para que a interpretação e aplicação do direito nacional seja compatível com o direito internacional e com as obrigações do Estado em matéria de direitos humanos, direitos fundamentais e suas consequências como interpretação e aplicação. Neste sentido, este comportamento aponta na direção certa para fortalecer efetivamente a democracia.

Assim, a elevação dos princípios na aplicação das regras, produz normas que protegem a transparência. Não existe ausência de regras, mas o que falta são ações regadas de valores éticos e morais nos atos políticos das autoridades exercentes do poder.

A sentença do Supremo Tribunal Federal na ADPF 850

A Lei 9.868/1999, normatizou o procedimento do controle constitucional, em que o Supremo Tribunal Federal (STF) é a última palavra de controle difuso e a única corte que decide sobre o controle concentrado. Logo, cabe ao mesmo decidir de forma definitiva sobre a constitucionalidade. Segundo Dworkin, a decisão judicial não é apenas uma questão jurídica, possui também viés político e moral.

Vejamos o resumo da decisão do STF na ADPF 850:

Denúncia de descumprimento de Preceito Fundamental: ‘Orçamento Secreto’. Despesas públicas resultantes de negociações encobertas entre o executivo e a sua base de apoio parlamentar no Congresso. Alterações do relator (classificadas pelo identificador orçamentário RP9). Verificação objetiva da ocorrência de efetiva transgressão dos postulados republicanos de transparência, publicidade e impensoalidade no âmbito da gestão estatal dos recursos públicos, bem como do planejamento orçamentário e da responsabilidade na gestão fiscal. (ADPF 850).

Na própria decisão, afirmou-se que a jurisprudência do Superior Tribunal Federal reconhece a possibilidade de utilização da alegação de descumprimento para contestar omissões sistêmicas e práticas institucionais dos Poderes Públicos, desde que: ocorra ausência de outra meio capaz de resolver a controvérsia de forma geral, imediata e eficaz – os atos impugnados, transcendendo os interesses meramente individuais, possuem atributos de generalidade, impensoalidade e abstração, justificando a intervenção judicial para a proteção de direitos fundamentais ou de interesses políticos e jurídicos socialmente relevantes. Ou seja, é a omissão sistêmica dos poderes públicos, e tem como finalidade a proteção de direitos fundamentais e de importantes interesses políticos e jurídicos.

O julgamento apontou que alterações feitas pelo parlamento às leis orçamentárias possuem fundamento no artigo 166 da CF/88 e objetivam, inicialmente, possibilitar aos congressistas a oportunidade de atender às demandas das comunidades que representam, com direcionamento orçamentário e financeiro que satisfaçam suas necessidades.

A decisão lembrou fatos históricos, que demonstram que as alterações orçamentárias por vezes fugiram do objetivo legítimo de melhorar as políticas públicas de modo geral, ao beneficiarem interesses privados e eleitorais, que culminaram em atos de corrupção e desvios de verbas públicas. Fatos comprovados pelos órgãos de controle, como por exemplo o Esquema PC Farias e o Orçamento das Ambulâncias.

Destacou que o elevado coeficiente de discricionariedade existente na definição dos programas e ações estaduais, bem como na escolha dos gastos necessários à sua execução, acentua ainda mais o ônus que cabe ao Poder Público de observar o dever de transparência na execução do orçamento e a obrigação de divulgar informação completa, exata, clara e verdadeira sobre o seu conteúdo, de forma a permitir a atuação eficaz e tempestiva dos órgãos de

controle administrativo interno, órgãos de fiscalização externos (Ministérios Públicos, Tribunais de Contas, Corregedorias e Poderes Judiciários) e a vigilância exercida pelas entidades da sociedade civil e pelos cidadãos em geral.

O Supremo Tribunal Federal conceituou “Orçamento Secreto” como o esquema de negociação política por meio do qual o Executivo favoreceu os membros de sua base parlamentar por meio da liberação de reformas orçamentárias em troca de apoio legislativo no Congresso Nacional, utilizando o instrumento das reformas do relator para esconder a identidade dos parlamentares envolvidos e o valor (cota ou participação) que lhes foi atribuído na distribuição informal do orçamento.

Esclareceu que as reformas do relator, além de não possuírem previsão constitucional, operam com base na *lógica de ocultação* dos reais solicitantes da despesa, por meio da utilização de uma rubrica orçamentária única (RP 9), na qual, todas as despesas neles previstas são atribuídas, indistintamente, ao Relator Geral do Orçamento, que atua como figura intermediária entre os parlamentares incógnitos e o orçamento público federal.

Salientou também que o destino final dos recursos atribuídos na rubrica RP 9 (alterações do relator) está coberto por um manto de nevoeiro. Trata-se de uma categoria orçamentária para a qual são destinados vultosos montantes (mais de R\$ 53 bilhões entre 2020 e 2022), vinculados a finalidades genéricas, vagas e ambíguas, opondo-se diretamente a qualquer tentativa de adequação do processo orçamentário às diretrizes constitucionais de planejamento, transparência e responsabilidade fiscal.

Criticou que a captura do Orçamento Público Federal em favor das prioridades eleitorais e dos interesses paroquiais dos parlamentares representa um sério risco à capacidade institucional do Estado para cumprir seus objetivos fundamentais (CF, art. 3º), especialmente devido à fragmentação dos investimentos públicos, o planejamento estratégico precário, a perda progressiva de eficiência e de economias de escala, tudo em detrimento do interesse público.

Condenou “a distribuição secreta do orçamento público operada através das emendas do relator configurando uma prática institucional *inadmissível* diante de uma ordem constitucional fundada na primazia do ideal republicano,

no predomínio dos valores democráticos e no reconhecimento da soberania popular (CF, art. 1º); *inaceitável* face aos postulados constitucionais da legalidade, imparcialidade, moralidade, publicidade e efetividade (CF, art. 37, caput); *inconciliável* com o planejamento orçamentário (CF, art. 166) e com a responsabilidade na gestão fiscal (LC nº 101/2000; além de ser *incompatível* com o direito fundamental à informação (CF, art. 5º, XXXIII) e com as diretrizes que informam os princípios da máxima publicidade, da transparência ativa, da acessibilidade às informações, da promoção da cultura da transparência e do controle social (CF, arts. 5º, XXXIII, “a” e “b”, 37, caput e § 3º, II, 165- A e Lei nº 12.527/2011, art. 3º, I a V)” (DIVISÃO - ADPF 850/STF).

Assim, de forma objetiva, o Supremo Tribunal Federal, declarou inadmissível, inaceitável, inconciliável e incompatível com os princípios constitucionais que poderiam fundamentar os atos do poder público no presente caso. A realidade jurídica extraída do caso permite uma reflexão, quanto ao nível ético de muitos agentes que estão como atuais representantes no cenário político brasileiro, tanto no legislativo quanto no executivo. Revela a condição da democracia que o país vive e o quanto enferma está a relação entre ética, política e direito.

Conclusão

O panorama contemporâneo sobre a efetividade do princípio da publicidade na perspectiva da ciência jurídica a partir da decisão da ADPF 850, objetivamente demonstrou o modo de agir dos agentes políticos das esferas legislativa e executiva, que deixa muito claro que ainda existe um comportamento positivista impregnado nas citadas esferas de poder.

A análise passou primeiramente pela influência das escolas jurídicas na construção do texto da carta política nacional, pelo contexto histórico no cenário internacional do pós-segunda guerra mundial e pelo regime ditatorial vivido pelo Brasil, fato muito comum dos demais países latino-americanos.

O direito natural e o positivismo foram insuficientes no constitucionalismo contemporâneo e o fracasso do positivismo após a Segunda Guerra Mundial provocou uma tentativa de retorno à busca pelos valores do direito natural que

pareciam ser a solução após os atos extremos dos regimes nazifascistas europeus, com foco na pessoa humana.

O positivismo kelsiano e sua influência ainda está impregnado, causando distorções, porque algumas escolas de direito tecnicistas mantêm o foco na lei. Todavia, o direito atual convive e necessita de outras ciências sociais, especialmente na construção e defesa de valores éticos e humanos.

As revoluções consolidaram a ideia constitucional de limitação dos poderes dos Estados na violação dos direitos fundamentais e as novas gerações desses direitos centram-se atualmente na dignidade da pessoa humana, valor que só pode ser superado com um viés teórico de justiça e uma abordagem humana. Assim, as influências das escolas ainda exercem forte pressão na construção das normas e na sua aplicação interpretativa. Mas à medida que se afasta da ideia positivista, desprovida de moralidade, acrescenta-se a ideia naturalista baseada numa teoria de justiça moral, apontando para um cenário neoconstitucional.

Também é relevante e prática a relação entre as constituições e os instrumentos de direitos humanos, no denominado, constitucionalismo contemporâneo, que atravessa as fronteiras no mundo globalizado, no sentido de gerar comportamentos. Esses tratados sobre direitos humanos ganharam muitas forças após a segunda guerra e exercem um papel relevante nas garantias fundamentais.

Os tratados internacionais no constitucionalismo brasileiro possuem relevante força normativa, visto que passam pelo escrutínio dos três poderes da União, tendo ratificação por todos, para sua perfeita aplicação coercitiva. Também possui uma importante carga teórica e prática, principalmente no que diz respeito à aplicação e interpretação da norma.

Muitas decisões judiciais, não apenas de tribunais superiores, têm sido baseadas no valor filosófico destes tratados, de modo que a interpretação especialmente constitucional ganha maior ênfase neste caráter. Expressam assim, a natureza jurídico-política do direito, ao mesmo tempo em que busca maior atenção reflexiva ao baseá-lo em princípios que logicamente possuem maior abstração normativa. Ou seja, os tratados internacionais de direitos humanos exercem grande influência nesta nova hermenêutica constitucional centrada numa teoria da justiça baseada em valores éticos.

Na prática, persiste ainda a lacuna entre ética e política e destas com o direito. Se na visão aristotélica a ética era fazer o justo e correto na esfera pessoal, a política por sua vez exigia as mesmas ações de forma coletiva na pólis. Logo, o escopo da política apontava para os significados de fazer o bem coletivo, controlar o exercício do poder e realizar bom governo.

É por meio da política que Estado evoca para si o direito de sancionar e de decidir em prol da coletividade, com fundamentos no interesse público. Nesse sentido, é na política que existe a possibilidade de se criar as bases de um Estado marcado por virtudes.

A relação simbiótica entre política e direito é permanente, pois a política cria a lei, que regula o exercício do poder, num círculo completo. Ocorre que, o rompimento com a ética pela classe política, gera ruptura com o legítimo legislar e resulta na elaboração de regras distanciadas de justiça que permitem exercitar o poder fora dos objetivos da coletividade. O tecnicismo legal do positivismo, despreza os valores reflexivos e permite o poder pelo poder.

É precisamente com esta cultura técnica de regras que o positivismo ganhou espaço para o segredo que viola princípios, neste caso o princípio elementar da cidadania, expresso na publicidade que conduz à transparência. Assim, o sigilo, a omissão intencional, é uma atitude desprovida de ética. O caso do orçamento secreto é também o resultado não só de um parlamento sem ética no sentido de governar, mas também de uma cultura positivista baseada numa lei técnica impensada, longe de uma teoria de justiça.

A lei orçamentária, que deve reger-se pelos princípios da publicidade e da transparência nos ditames constitucionais, todavia, no caso analisado tinha nas suas linhas o interesse de atuar de forma clandestina, encoberta por um manto de nevoa, tornando-a não só omissa, mas ilegal.

O princípio da publicidade na esfera democrática, especialmente na democracia representativa, é um pilar central da confiança. O exercício da cidadania é o fundamento do Estado Democrático de Direito. Portanto, a violação do princípio da publicidade acarreta uma cadeia de ilegalidade, imoralidade, violação democrática, violação do princípio republicano, e também a violação do direito à informação e à participação na vida pública do cidadão em quem reside a soberania popular.

Quando se fala de orçamento público, de execução financeira, de contratualização, de obrigações constitucionais ou de eficiência do Estado, trata-se de áreas do direito político que na sua essência também é constitucional e que não admite personalidade e que a transparência é a regra e o sigilo a exceção. Dessa forma, a opinião pública funciona como um termômetro que esclarece em que democracia vive o país. E considerando o nível de acesso à informação que existe hoje, são, portanto, práticas inaceitáveis na esfera democrática.

O controle de constitucionalidade é realizado pelo Supremo Tribunal Federal, a quem compete a defesa das primazias constitucionais na instância interna, portanto a alegação de descumprimento de preceito fundamental é um remédio constitucional que visa garantir a constitucionalidade de leis e também analisar questões omissas do poder público. No caso em análise, envolve descumprimento de preceitos constitucionais, numa aplicação técnica do dispositivo jurídico orçamentário, ao violar os princípios da legalidade, da publicidade, da moralidade, da transparência, do direito de acesso à informação, do planejamento orçamentário, da responsabilidade fiscal e controle social.

Em suma, há uma omissão da publicidade, que nasce de uma lei técnica, positivista, criada por um parlamento distante dos valores éticos e que utiliza a política no seu sentido como arte de governar, uma vez que o executivo também participa com objetivo único de legislar e governar com fraude, aproveitando economicamente, utilizando um poder invisível de natureza econômica imoral, desligado da finalidade da política que consiste na ação de todos em benefício da comunidade e da lei como pacificador social .

Assim, após uma breve análise dos conceitos dominantes utilizados nesta nova hermenêutica constitucional, bem como, a apreciação dos princípios como normas fundamentais neste momento constitucional recente, é razoável apontar a perspectiva das ciências jurídicas no cenário brasileiro atual, a partir dessa realidade constatada na decisão judicial. Também a percepção da capacidade do direito natural e do positivismo por si só não responderem em nível satisfatório de pacificação social construída pelo direito, um resultado que, ao nosso ver, só pode ser alcançado com a sua integração de ambos. Assim, viu-se a necessidade de recorrer a uma teoria da justiça que

se baseie no aspecto moral, precisamente porque os desvios que se constataram são de natureza ética e que se aproveitam de um direito não reflexivo, tecnicamente distante da política no sentido aristotélico, como a arte de governar bem.

Portanto, a partir desta decisão de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 850, julgada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, é possível fundamentar esse panorama contemporâneo das ciências jurídicas no constitucionalismo brasileiro com fortes tendências pós-positivistas, que não mais aceita a violação dos princípios estabelecidos na carta política, ao mesmo tempo que aponta para a necessidade de enfrentamento e combate contra as violações inclusive institucionais, especialmente na esfera da publicidade para combater o poder de natureza econômica pelo desvio ético de autoridades que utilizam da velha ferramenta do positivismo.

Referências

A CONSTRUÇÃO SOCIAL de regimes autoritários: Brasil e América Latina, vol. II, Denise Rolleemberg e Samantha Quadrat (organizadoras); [Trad. Maria Alzira Brum Lemos, Silvia de Souza Costa] – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Constitucionalismo. Enciclopédia Jurídica PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Álvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coord.). Volume: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coordenador de volume). 2^a edição. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/98/edicao-2/constitucionalismo>.

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Ciência política, Estado e direito público. 2^a edição. São Paulo: Verbatim, 2014.

Alejandro, Ricardo. Direito Administrativo / Ricardo Alexandre, João de Deus. – 3^a ed. rev., atual. & Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

ALEXY, Roberto. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. de Virgílio Afonso da Silva da 5^a edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão em inglês de W. Ross. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. 2009.

BOBBIO, Norberto. Dicionário de Políticas. Brasília: Editora da UnB, 1992.

BOBBIO, Norberto. Democracia e clandestinidade / Norberto Bobbio; Organização Marco Revelli, tradução Marco Aurélio Nogueira – 1ª ed. – São Paulo: Editora Unesp, 2015.

BOBBIO, Norberto. Positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito. Eles são Paulo: Ícone, 1999.

BONAVIDES, Pablo. Ciência Política. 23ª edição. São Paulo: Malheiros, 2016.

CAMMAROSANO, Márcio. Princípio constitucional da moralidade administrativa. Enciclopédia Jurídica PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Álvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coord.). Volume: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coordenador de volume). 2ª edição. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/65/edicao-2/principio-constitucional-da-moralidade-administrativa>.

CARVALHO, Mateus. Manual de Direito Administrativo. 4ª edição, revisada, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodvm, 2017.

CASTRO, Marcus Faro de. Direito e política. Enciclopédia Jurídica PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Álvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coord.). Volume: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Álvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coordenador do volume). 1ª edição. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/131/edicao-1/direito-e-politica>.

COELHO, Inocêncio Mártyres. Métodos de interpretação constitucional. Enciclopédia Jurídica PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Álvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coord.). Volume: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coordenador de volume). 2ª edição. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/119/edicao-2/metodos-de-interpretacao-constitucional>.

COMANDUCCI, Paulo. Formas de (neo)constitucionalismo: uma análise metateórica. Neconstitucionalismo(s). 5ª edição. Miguel Carbonell (ed.) Madrid: Trotta, 2005.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL - Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Consultado em 26/07/2023.

COSTALDELLO, Ângela Cássia. Tribunais de Contas do Brasil. Enclopédia Jurídica PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Álvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coord.). Volume: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coordenador de volume). 2ª edição. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/20/edicao-2/tribunais-de-contas-no-brasil>.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Estado Democrático e Social de Direito. Enclopédia Jurídica PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Álvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coord.). Volume: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coordenador de volume). 2ª edição. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/70/edicao-2/estado-democratico-e-social-de-direito>.

DIREITO NATURAL E JUSNATURALISMO Álvaro Luiz Travassos de Azevedo Gonzaga - Editado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo São Paulo, abril de 2017

DIMOULIS, Dimitri. Positivismo jurídico: significado e correntes. Enclopédia Jurídica PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Álvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coord.). Volume: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Álvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coordenador do volume). 1ª edição. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/84/edicao-1/positivismo-juridico:-significado-e-currents>.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução: Nelson Boeira. 3ª edição. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

Enclopédia Jurídica PUCSP, volume I (recurso eletrônico): teoria geral e filosofia do direito/coords. Celso Fernandes Campilongo, Álvaro Gonzaga, André Luiz Freire - São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Argumento de descumprimento de preceito fundamental. Enclopédia Jurídica PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Álvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coord.). Volume: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coordenador de volume). 2ª edição. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/10/edicao-2/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental>.

GAMA, Tácio Lacerda. Sistema jurídico – Perspectiva dialógica. Enclopédia Jurídica PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Álvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coord.). Volume: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso

Fernandes Campilongo, Álvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coordenador do volume). 1^a edição. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/100/edicao-1/sistema-juridico---perspectiva-dialogica>.

GAMA, Tácio Lacerda. Teoria dialógica da validade: existência, regularidade e eficácia das normas jurídicas. Encyclopédia Jurídica PUC-SP. Celso Fernandes Long Campi, Álvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coord.). Volume: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Álvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coordenador do volume). 1^a edição. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/142/edicao-1/teoria-dialogica-da-validade:-existencia,-regularidade-e-efetividade -de-normas-legais>.

GHIRARDI, José Garcéz. Ensino de Direito. Encyclopédia Jurídica PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Álvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coord.). Volume: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Álvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coordenador do volume). 1^a edição. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/147/edicao-1/ensino-do-direito>.

GONZAGA, Álvaro de Azevedo. Direito natural e direito natural. Encyclopédia Jurídica PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Álvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coord.). Volume: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Álvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coordenador do volume). 1^a edição. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/63/edicao-1/direito-natural-e-jusnaturalismo>.

GUARDIA, Andrés Felipe Thiago Selingardi. Direito à informação. Encyclopédia Jurídica PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Álvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coord.). Volume: Direitos Humanos. Wagner Balera, Carolina Alves de Souza Lima (coordenadora de volume). 1^a edição. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/539/edicao-1/direito-a-informacao>.

GUIMARÃES, Antônio Márcio. da Cunha. Tratados internacionais. Encyclopédia Jurídica PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Álvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coord.). Volume: Direito Internacional. Cláudio Finkelstein, Clarisse Laupman Ferraz Lima (coordenador do volume). 1^a edição. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/499/edicao-1/tratados-internacionais>

GOYARD-FABRE, Simone. Os princípios filosóficos do direito político moderno. Tradução: Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

HART, Herbert L. A. O conceito de direito. 5^a edição. Tradução: A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkain, 2007.

KANAYAMA, Rodrigo Luis. Regime constitucional das finanças públicas. Enciclopédia Jurídica PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Álvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coord.). Volume: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coordenador de volume). 2^a edição. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/46/edicao-2/regime-constitucional-das-financas-publicas>.

Lei: 12.527/2011,
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Consultado em 08/09/2023. 15h54.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito (1960). São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KOZICKI, Katya; PUGLIESE, William. O conceito de direito de Hart. Enciclopédia Jurídica PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Álvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coord.). Volume: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Álvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coordenador do volume). 1^a edição. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/137/edicao-1/o-conceito-de-direito-em-hart>.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Delineado® / Pedro Lenza. – 20^a edição. rev., atual. e ampere – São Paulo: Saraiva, 2016. (Coleção esquematizado®) 1. Direito constitucional I. Título. II. Series.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Ronald Dworkin - teórico jurídico. Enciclopédia Jurídica PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Álvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coord.). Volume: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Álvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coordenador do volume). 1^a edição. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/126/edicao-1/ronald-dworkin---teorico-do-direito>.

MANUAL DE REFERÊNCIA PARA TRABALHOS ACADÉMICOS: conforme APA 2019/Educação Metodista, Sistemas de Bibliotecas. 7^a edição. São Bernardo do Campo: Universidade Metodista de São Paulo, 2022. 29 p.

NASCIMENTO, Filipe Augusto dos Santos. MANUAL DE HUMANÍSTICA – Introdução às ciências humanas e à teoria do direito para carreiras jurídicas / /coord. Marcio Cavalcante – São Paulo: ed. Juspodvm, 2022.

MAQUIAVEL, Nicolo di Bernardo dei, 1469-1527. O Príncipe/Maquiavel: Tradução de Antonio Caruccio-Caporale. Porto Alegre: L&PM, 2021.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Neoconstitucionalismo. Enciclopédia Jurídica PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Álvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coord.). Volume: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coordenador de volume). 2^a edição. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/134/edicao-2/neoconstitucionalismo>.

REZEK, José Francisco. Lei pública internacional. 8^a edição. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROUSSEAU, Jean Jacques. Discurso sobre a origem da desigualdade entre Homens. Trad. Laurent de Saes. São Paulo: Édipro, 2015.

ROUSSEAU, Jean Jacques. Do contrato social. São Paulo: Editora Vozes, 2017

SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes. Buracos à direita. Enciclopédia Jurídica PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Álvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coord.). Volume: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Álvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coordenador do volume). 1^a edição. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/159/edicao-1/lacunas-no-direito>.

SALGADO, Eneida Desiree. Princípio da publicidade. Enciclopédia Jurídica PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Álvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coord.). Volume: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coordenador de volume). 2^a edição. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/37/edição-2/princípio-da-publicidade>. Consultado em 27/07/2023.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 8^a edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

STRECK, Lênio. Hermenêutica constitucional. Enciclopédia Jurídica PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Álvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coord.). Volume: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coordenador de volume). 2^a edição. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/18/edicao-2/hermeneutica-constitucional>.

STRECK, Lenio Luís. Verdade e consenso. 4^a edição. São Paulo: Saraiva.

ZOCKUN, Maurício. Aspectos gerais da Lei Anticorrupção. Encyclopédia Jurídica PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Álvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coord.). Volume: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coordenador de volume). 2^a edição. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021.