

a transparência dos atos administrativos e a efetiva participação popular na Administração Pública

Elaine Martins Parise

editora **D'PLÁCIDO**

Coleção

Direitos fundamentais e acesso à justiça no estado constitucional de direito em crise

Coordenador:

Gregório Assagra de Almeida

Direito fundamental ao governo probo:

a transparência dos atos administrativos e a efetiva participação popular na Administração Pública

Direito fundamental ao governo probo:

a transparência dos atos administrativos e a efetiva participação popular na Administração Pública

Elaine Martins Parise

Coleção Direitos fundamentais e acesso à justiça no estado constitucional de direito em crise

> Coordenador: Gregório Assagra



Copyright © 2018, D'Plácido Editora. Copyright © 2018, Elaine Martins Parise.

Editor Chefe

Plácido Arraes

Produtor Editorial

Tales Leon de Marco

Capa, projeto gráfico

Enzo Zaqueu Prates (Foto por Jakob Braun via Unsplash)

Diagramação

Bárbara Rodrigues da Silva

Editora D'Plácido

Av. Brasil, 1843, Savassi Belo Horizonte — MG Tel.: 31 3261 2801

CEP 30140-007



W W W . E D I T O R A D P L A C I D O . C O M . B R

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida, por quaisquer meios, sem a autorização prévia do Grupo D'Plácido.

Catalogação na Publicação (CIP) Ficha catalográfica

PARISE, Elaine Martins.

Direito fundamental ao governo probo: a transparência dos atos administrativos e a efetiva participação popular na Administração Pública - Coleção Direitos fundamentais e acesso à justiça no estado constitucional de direito em crise - Coordenação: Gregório Assagra de Almeida-Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

Bibliografia.

ISBN: 978-85-8425-882-6

1. Direito. 2. Direito Administrativo. I. Título. II. Autor

CDU342 CDD341.3













AGRADECIMENTOS

A Deus.

Ao meu orientador, Professor Doutor José Adércio Leite Sampaio, pela atenção, competência, amizade, pelas observações e pelas críticas que tanto contribuíram para a elaboração deste estudo e, principalmente, pela inestimável oportunidade que tive de desfrutar de seu profundo conhecimento.

Aos demais professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontificia Universidade Católica de Minas Gerais, em especial ao Professor Edimur Ferreira de Faria, pela dedicação, fazendo com que este seja reconhecido como um dos melhores cursos de pós-graduação em Direito do Brasil na atualidade.

Ao meu marido Vítor, pelo amor, pelo companheirismo, pela desmedida paciência, pela inesgotável compreensão em razão da minha ausência por ocasião da elaboração deste estudo e por compartilhar sonhos, projetos, alegrias, tristezas e também as dificuldades vivenciadas, porém sempre me incentivando a prosseguir.

À minha doce Isabella, que, nesses dois anos do Mestrado, me acompanhou com paciência e me proporciona, todos os dias, com o seu riso fácil e alegria contagiante, a dádiva de ser mãe e conhecer o amor incondicional.

Aos meus pais Girolamo Parise e Dilza de Lourdes Martins Parise (*in memoriam*), que, além de exemplos de retidão, combatividade, generosidade, humildade, alegria e amizade, desde a mais tenra idade me ensinaram a trilhar no caminho do justo, do correto e da ética, despertando, assim, a minha vocação para a carreira jurídica.

À minha irmã Eliana Martins Parise Chadi e ao meu cunhado Ricardo Chadi, sempre presentes, pelo apoio e pela disponibilidade para a discussão sobre o tema deste estudo.

Aos meus amigos Maria Angélica Said e Marcos Anjo Pereira Coutinho, que, além de serem competentes membros do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, onde juntos trabalhamos na Coordenadoria de Controle da Constitucionalidade da Procuradoria-Geral de Justiça em prol de numa sociedade melhor, são diletos amigos e companheiros de jornada.

Aos amigos professores Adílson de Oliveira Nascimento, Gregório Assagra de Almeida, Laura Eliza Soares Antunes Nascimento, Renato Franco de Almeida e Rodrigo Iennaco de Moraes, pela amizade e pelo convívio fraternos, que influíram decisivamente em minha decisão de continuar os estudos.

NOTAS DO COORDENADOR DA COLEÇÃO

Esta Coleção, que é Comemorativa dos 30 Anos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, reúne obras inéditas e importantes que abordam temáticas relacionadas com o Acesso à Justiça e os Direitos Fundamentais no Estado Constitucional de Direito em Crise.

O presente livro, *Direito Fundamental ao Governo Probo*, foi escrito pela prestigiada Procuradora de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, *Elaine Martins Parise*. A obra é a versão comercial da dissertação de mestrado da autora, aprovada com distinção e recomendação para publicação perante o Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. O livro aborda temas relevantes para o Direito, a Democracia e o Acesso à Justiça, destacando-se o conceito de Estado, o estudo sobre a corrupção e a defesa da probidade administrativa. Convém destacar aqui o posicionamento firme da autora no sentido de que o direito ao governo probo e honesto está inserido no rol dos direitos fundamentais assegurados aos cidadãos brasileiros.

Gregório Assagra de Almeida Coordenador da Coleção

SUMÁRIO

PREFÁCIO	13
1. INTRODUÇÃO	17
2. O ESTADO: CONCEITUAÇÃO E	
EVOLUÇÃO HISTÓRICA	_23
2.1. O Estado na Antiguidade	24
2.2. O Estado na Idade Média	26
2.3. Do Estado Moderno ao Estado Constitucional	31
3. A CORRUPÇÃO E O ENFRAQUECIMENTO DA	
DEMOCRACIA	45
3.1. Corrupção: conceito	49
3.2. Causas da corrupção no Brasil	52
3.3. Modalidades de corrupção	68
4. A DEFESA DA PROBIDADE NO ORDENAMENTO	
JURÍDICO BRASILEIRO	73
4.1. Moralidade e probidade administrativa:	
a ética juridicizada?	82
4.2. A proteção da probidade e da ética juridicizada	
no ordenamento constitucional e infraconstitucional brasileiro	88
4.3. O descumprimento da ética juridicizada	
4.3.1. Desvios de finalidade	96

4.3.2. Fiscalização de tributos	99
4.3.3. Recrutamento de servidores em desacordo	
com as normas constitucionais	100
4.3.4. Licitação	106
4.3.5. Financiamento de campanhas políticas	107
4.4. Consequências do descumprimento do dever de probidade	113
5. O DIREITO FUNDAMENTAL AO GOVERNO PROBO	117
5.1. Direitos fundamentais: conceito e breve evolução histórica	119
5.2. O direito fundamental ao governo probo	
5.3. Características, titularidade, oponibilidade e defesa do direito fundamental ao governo probo	
6. A TRANSPARÊNCIA ADMINISTRATIVA E A ACCOUNTABILITY: INSTRUMENTOS PARA O ENFRENTAMENTO DA CORRUPÇÃO E PARA O FORTALECIMENTO DO DIREITO SUBJETIVO AO GOVERNO PROBO	151
6.1. Direito à informação e à transparência	153
6.2. A participação popular e a educação como formas de aprimorar o combate à corrupção	169
6.3. O Poder Legislativo, o dever de fiscalizar e a transparência.	178
7. CONCLUSÃO	189
REFERÊNCIAS	193

PREFÁCIO

A corrupção é um fenômeno complicado e contraditório. Declaradamente, todos a reprovam. Na intimidade dos gestos ou dos interesses, as coisas podem não ser bem assim. A contradição performativa está na base da complexidade e talvez de um certo descaso no seu tratamento analítico. Embora o tema tenha ocupado a agenda política brasileira nos últimos tempos, instigando a pesquisa e discussão do fenômeno, ainda são poucos e arredios os esforços de compreendê-lo. As causas, as manifestações, as consequências e as formas de preveni-lo e combatê-lo são pontos de análise que se entrecruzam num processo de episteme e pragmática no ambiente autoimplicado entre teoria e prática que o alonga e enturva.

Numa antropologia negativa, haveria sempre no horizonte o argumento de que o desvio de conduta e o exercício de satisfação dos autointeresses universalizariam a corrupção no tempo e no espaço¹. Um recorte da psicologia comportamental, tributária dessa perspectiva, encontra explicações para essa projeção coletiva da busca egoísta individual. Há quem até enxergue, na linha de algumas correntes funcionalistas, insumos e ganhos com a corrupção para o crescimento econômico. A questão se circunscreveria ao seu controle dentro de certos patamares toleráveis². A tentativa de anulá-la seria não apenas economicamente deletéria, mas vã.

¹ HEYWOOD, Paul. Political corruption: Problems and perspectives. **Political studies**, v. 45, n. 3, p. 417-435, 1997.

NYE, Joseph S. Corruption and political development: A cost-benefit analysis. American political science review, v. 61, n. 2, p. 417-427, 1967; DION, Michel. Corruption and ethical relativism: what is at stake?. Journal of Financial Crime, v. 17, n. 2, p. 240-250, 2010.

O relativismo dessas leituras é fortemente combatido pelos que enxergam um "em si" moralmente reprovável na corrupção que não admitiria graus de aceitação. Um toque "moralista" se acompanha da crítica a interpretações hobbesianas de uma natureza humana voltada para o individualismo desviante. O reducionismo antropológico parece estar cego a elementos altruístas ou de aspectos inatos que se orientariam para a cooperação e vida comum. A compreensão do fenômeno como incentivo econômico ao crescimento também seria, além de perigosa, de duvidosa reprodução nos sistemas sociais mais complexos. Bem ao contrário: a ineficiência é mãe e filha da corrupção. O baixa recorrência nesses sistemas seria um indicativo poderoso para infirmar todo determinismo e justificação à corrupção.

Esse debate geral se aplicaria ao Brasil. A etiologia da corrupção seria encontrada no patrimonialismo herdado do mundo ibérico, do qual, quase duzentos anos depois, não teríamos conseguido desgarrar-nos⁴. Os comportamentos das elites, a apropriarem-se privadamente do público, estimulariam desvios éticos em todos os segmentos sociais que, por seu turno, naturalizariam aqueles comportamentos das elites. Esse padrão se repetiriam desde o berço do estado brasileiro. Como diz Manuel Bonfim:

Nos grandes, a corrupção faustosa da vida da corte, onde os reis são os primeiros a dar o exemplo do vício, da brutalidade, do adultério: Afonso VI, João V, Filipe V, Carlos IV. Nos pequenos, a corrupção hipócrita, a família do pobre vendida pela miséria aos vícios dos nobres e dos poderosos⁵.

A transversalidade social e autorreferente da corrupção não possibilitaria o desenvolvimento de estruturas impessoais de estado. A esfera pública seria a projeção dos quintais e das relações de amizade e parentesco⁶.

Esse determinismo histórico e cultural parece também míope às possibilidades de mudanças no sistema político, social e de estado.

DELLA PORTA, Donatella. Corrupt exchanges: Actors, resources, and mechanisms of political corruption. London: Routledge, 2017.

⁴ FAORO, Raymundo. *Os donos do poder.* Formação do patronato político brasileiro. 5ª. ed. São Paulo: Globo, 2012.

⁵ BONFIM, Manuel. A América Latina. Coleção Intérpretes do Brasil. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, v. II, 2002, p. 694.

⁶ HOLLANDA, Sérgio Buarque de. Raízes do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p.137

Algo que reverbera nas respostas deslizantes à adoção de políticas de prevenção e combate à corrupção. É notório, por exemplo, esse escapismo analítico quando se pretende diferençar não apenas em graus, mas também de reprovabilidade, a corrupção destinada à formação de caixa 2 de campanha política e a corrupção que visa somente ao enriquecimento do corrupto. A primeira seria até certa medida aceitável. E, o que é pior, também até certo ponto inquestionável, pois seria uma forma perversa e antidemocrática de criminalização da política.

E quem define a medida da aceitabilidade e o ponto do questionável? A filiação a uma dada corrente ou político flagrados na corrupção. Os jogos de interesse, portanto, expressam mais que a parcialidade, o cinismo político. A eternização e naturalização do fenômeno, por seus subterfúgios linguísticos e práticos, afeta duramente a democracia brasileira, notadamente no plano da cultura política. Sombras da ditadura reaparecem como salvação desse problema, sob alegação de que toda política é corrupta ou de que a democracia não é para brasileiro. A esquecer-se de que quanto mais se tenha o monopólio do poder e o cerceamento das liberdades, mais aparecem atrativos para a corrupção.

Como diz Elaine Martins Parise neste livro, que trata com acuidade o tema: o que precisamos mesmo é da afirmação e efetividade do direito fundamental a um governo probo. E a democracia com a atuação independente do Judiciário ainda é sua única possibilidade.

José Adércio Leite Sampaio

⁷ FILGUEIRAS, Fernando. A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social. **Opinião Pública**, Campinas, v. 15, n° 2, p. 386-421, 2009; IONESCU, Luminita. The role of government auditing in curbing corruption. **Economics, Management and Financial Markets**, v. 9, n. 3, p. 122-127, 2014.

INTRODUÇÃO

1

"Como um animal morto, a corrupção fede, a sociedade corrupta fede, e um cristão que deixa entrar em si a corrupção, não é um cristão: fede" (GALEAZZI, 2015, p. 1). Com essas palavras, o Papa Francisco I, em missa realizada em Nápoles, Itália, no dia 21 de março de 2015, embora tenha se dirigido especificamente ao povo napolitano, concitando-o a se converter a uma vida honesta, alertou o mundo para os nefastos efeitos que a corrupção causa na sociedade.

De fato, a corrupção é fenômeno mundial e há registros de que, desde a Antiguidade, está presente na humanidade, o que não a torna menos danosa para o desenvolvimento dos países, em especial aqueles que, a exemplo do Brasil, ainda não conseguiram concretizar todos os direitos fundamentais assegurados em suas Constituições.

Não há dúvida de que a corrupção impede – ou, ao menos, posterga – a concretização de direitos fundamentais porque, à evidência, o numerário desviado dos cofres públicos deixa de ser aplicado em políticas públicas que implicariam a redução da desigualdade social. Além disso, é inegável que o desvio de recursos públicos resulta na diminuição da oferta aos cidadãos de direitos básicos – por exemplo, a educação, a saúde, a segurança e a moradia.

No Brasil, o marco inicial para a consolidação da democracia foi a Constituição de 1988 e, desde então, com frequência indesejada, escândalos envolvendo agentes políticos, servidores públicos e empresas públicas e privadas vêm a público. Convém lembrar que o primeiro presidente eleito, após a redemocratização do país, Fernando Collor de Mello, respondeu ao processo de *impeachment* em razão de atos que violariam o princípio da moralidade (ROCHA, 1994, p. 229).

Além disso, há mais de uma década a corrupção se tornou assunto recorrente na mídia, nas conversas informais e na Academia, sendo que ganhou especial relevo a partir do denominado processo do "Mensalão", que expôs publicamente como se dava a corrupção no meio político. Nos dias atuais, está em curso a denominada "Operação Lava-Jato", que se desdobrou em diversas fases e revelou um esquema de corrupção grandioso, que, ao desviar numerário da Petrobras, teria abastecido os cofres de diversos partidos políticos, agentes públicos e empresas, o que traz à tona outro grave problema: o do financiamento privado de campanhas políticas e o fomento à corrupção.

Inquestionavelmente, o constituinte de 1988 externou seu apreço à moralidade e à probidade administrativa, uma vez que, firme no propósito de que a Administração Pública seja conduzida por pessoas probas e com a evidente finalidade de tutelar os valores morais desta, também introduziu no arcabouço jurídico pátrio o princípio da probidade administrativa. Contudo, considerando que a corrupção ainda é registrada com frequência na Administração Pública, urge que mecanismos efetivos para o combate à corrupção sejam postos à disposição dos cidadãos, uma vez que a defesa do patrimônio público e moral se trata de um direito coletivo. Desse modo, o aprimoramento da Administração Pública deve ser constantemente buscado e, nesse cenário, almeja-se o reconhecimento do governo probo como direito fundamental.

Além disso, é necessário reforçar o enfrentamento da corrupção com transparência e prestação de contas, a que devem se sujeitar os agentes públicos. Vale dizer, a publicidade dos atos dos Poderes constituídos tem o condão de trazer a lume os atos administrativos e, com isso, expor eventuais atos em desconformidade com a lei, a fim de que os agentes públicos envolvidos possam ser responsabilizados.

Nesse contexto, surgem os seguintes questionamentos: A corrupção enfraquece a democracia? O direito a um governo probo pode ser considerado um direito fundamental? A transparência dos atos administrativos pode ser uma das formas para o combate eficaz à corrupção?

São essas perguntas que se pretende responder neste estudo, que está dividido em seis capítulos. Anota-se, desde logo, que para o desenvolvimento da pesquisa foram examinadas doutrina e legislação nacional e estrangeira, consultados dados estatísticos de organizações governamentais e não governamentais e analisada a jurisprudência de tribunais pátrios.

Como resposta provisória ao problema apresentado, tem-se que, por meio da utilização de uma hermenêutica constitucional e, sobretudo, em razão de uma visão sistemática principiológica, é possível apontar como resposta provisória ao problema, e que será testada no decorrer do trabalho, a possibilidade da reconstrução dos paradigmas do Direito Público, baseado num Estado Democrático de Direito, privilegiando o reconhecimento do direito ao governo probo como direito fundamental decorrente do princípio republicano e da imperiosa necessidade de os agentes públicos respeitarem os ditames constitucionais relativos à Administração Pública, a fim de que possam ser concretizados outros direitos fundamentais caros à sociedade democrática.

No segundo capítulo, sem a pretensão de esgotar o tema – o qual não é o objeto principal deste estudo –, são apresentados aspectos concernentes à evolução histórica do Estado Ocidental (da Antiguidade até o Estado Constitucional), em especial, os relacionados à distinção entre a esfera pública e a esfera privada, à limitação do poder estatal e ao surgimento dos direitos fundamentais e do constitucionalismo. Faz-se, ainda, referência às correntes filosóficas contratualistas e aos seus principais pensadores: Thomas Hobbes, John Locke, Montesquieu e Jean-Jacques Rousseau.

No terceiro capítulo, conceitua-se o termo "corrupção", enumeram-se suas principais causas no Brasil e apontam-se as modalidades de corrupção. São abordados, ainda, os nocivos efeitos da corrupção na construção do Estado Democrático de Direito brasileiro, uma vez que o desvio de numerário do erário compromete a efetivação de direitos fundamentais, tais como a saúde, a educação e a segurança. Tais efeitos impossibilitam a redução da desigualdade social e afastam investimentos no setor produtivo, ficando, assim, comprometida a competitividade do país no cenário internacional. Enfatizam-se, também, a influência da colonização portuguesa na formação cultural do povo brasileiro e sua – ainda tímida – participação política na sociedade. São apontadas algumas das causas da corrupção registrada na Administração Pública.

No quarto capítulo, expõe-se como se dá a defesa da probidade no ordenamento jurídico brasileiro, e para tal desiderato discorre-se sobre a influência da ética e da Moral no Direito. São feitas referências à retomada do estudo da ética na Idade Média, quando, em razão da crescente complexidade das relações sociais, pensadores, como São Tomás de Aquino, buscam apoio teórico em Aristóteles e Platão sobre a virtude moral exigida no desempenho da função pública. Analisa-se a valorização da força normativa da Constituição no direito contemporâneo e destaca-se a importância atribuída aos princípios constitucionais, o que ensejou a aproximação do Direito à Moral. Em seguida, elabora-se breve histórico do arcabouço normativo brasileiro para a proteção do patrimônio público e apresentam-se os conceitos de "probidade" e "moralidade administrativa", bem como as hipóteses mais comuns do desvio de finalidade dos atos administrativos, que se consubstanciam em descumprimento do dever da ética, que deve nortear a conduta dos agentes públicos.

Em seguida, no quinto capítulo, considerando a inegável importância que o constituinte brasileiro atribuiu à probidade e à moralidade administrativa, sustenta-se a possibilidade de inserir entre os direitos fundamentais o direito ao governo probo, consectário do princípio republicano, cuja matriz se encontra nos princípios constitucionais referentes à Administração Pública, bem como em outros dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que introduziram no discurso jurídico elementos éticos a serem perseguidos por toda a sociedade.

Sem a pretensão de esgotar o tema, de todo complexo e instigante, aborda-se a evolução dos direitos fundamentais e sua classificação em dimensões ou gerações e procura-se, à luz da teoria de Ronald Dworkin, sustentar a existência do direito fundamental ao governo probo, uma vez que, se a Administração Pública e os agentes públicos devem tratar todos os cidadãos com igual respeito e consideração, a fim de que possam assegurar a concretização dos demais direitos fundamentais a que se referiu o constituinte de 1988, é imprescindível que pautem sua atuação pela moralidade, na ética e na probidade.

Propõe-se, então, mudança de paradigma, uma vez que os princípios administrativos deixarão de ser meros deveres da Administração e passarão a ser considerados direitos da coletividade. Isso porque o reconhecimento do direito ao governo honesto tem como objetivo proteger o patrimônio moral e social da sociedade, que é, portanto, um direito coletivo. Dessa forma, busca-se o aperfeiçoamento do desempenho da Administração Pública, que, como visto, deve pautar sua atuação pela ética e nos princípios constitucionais da moralidade, da probidade, da impessoalidade e da eficiência, o que reforçará o princípio republicano.

No sexto capítulo, discorre-se sobre o direito à informação, a transparência administrativa e o dever de prestação de contas que se impõe aos agentes públicos (accountability) como instrumentos eficazes no combate à corrupção e no fortalecimento do direito subjetivo ao governo probo. Enfatiza-se a necessidade de incrementar a participação popular nos negócios da Administração Pública, o que se tornará possível à medida que a educação do cidadão prepará-lo para exercício da cidadania. Nesse viés, a ética deve ser constantemente discutida no seio da sociedade, possibilitando, dessa forma, que os cidadãos possam exigir dos agentes públicos o cumprimento do dever de probidade.

Por fim, sustenta-se, também, a constitucionalidade de leis que se destinam a obrigar os chefes do Poder Executivo a prestar as informações solicitadas pelo Poder Legislativo. Nesse ponto, propõe-se a releitura do princípio da separação de Poderes, que não pode obstaculizar a concretização de direitos fundamentais.

No Brasil, o tema abordado neste trabalho é atual e relevante, uma vez que o enfrentamento e o combate à corrupção são fundamentais para que possa ser assegurada a real e efetiva concretização de direitos fundamentais. Esse é o desafio a ser enfrentado pelos Poderes constituídos.

No Brasil, reconhecidamente um Estado Democrático de Direito. impõe-se ao administrador a promoção do bem comum a que alude o art. 3°, IV, da CR/88 e o dever de observar os princípios da moralidade, impessoalidade, eficiência e probidade, todos previstos na Carta Magna, conferindo-se, assim, aos cidadãos o direito subjetivo de exigirem a probidade e a lisura da Administração, uma vez que, segundo o art. 1°, parágrafo único, da mesma Carta, o poder emana do povo e em seu nome será exercido (BRASIL, 1988). [...] Nesse viés, o direito à boa administração deixa de ser apenas dever do agente público e se torna direito público subjetivo do cidadão.

D'PLÁCIDO

