# XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

## DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

**FERNANDO GUSTAVO KNOERR**

**LUCIANI COIMBRA DE CARVALHO**

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria – CONPEDI**
**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
**Vice-presidente Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
**Secretário Executivo** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

**Representante Discente – FEPODI**
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

**Conselho Fiscal:**
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

**Secretarias:**
**Relações Institucionais**
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
**Relações Internacionais para o Continente Americano**
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
**Relações Internacionais para os demais Continentes**
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

**Eventos:**
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

**Comunicação:**
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

**Membro Nato** – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito administrativo e gestão pública I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Fernando Gustavo Knoerr

Luciani Coimbra de Carvalho – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-770-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

# XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

## DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

## Apresentação

MAIS UMA VEZ O CONPEDI SE AFIRMA COMO UM CONCLAVE DESTACADO PELA PESQUISA DE PONTA DA SOCIEDADE CIENTÍFICA DO DIREITO.

O GRUPO DE TRABALHO INTITULADO DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA, COORDENADO PELOS PROFESSORES DOUTORES FERNANDO GUSTAVO KNOERR (UNICURITIBA) E LUCIANI COIMBRA DE CARVALHO (UFMS) TROUXE A LUME OS MAIS RECENTES MEANDROS IMPRESSOS À DISCIPLINA ADMINISTRATIVA DO ESTADO BRASILEIRO, CENTRALIZANDO OS TEMAS DE MAIOR INDAGAÇÃO NA INFLUÊNCIA CRESCENTE DA CONSENSUALIDADE NA SOLUÇÃO DE LIDES ADMINISTRATIVAS, PRINCIPALMENTE NA SEARA DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR, E TAMBÉM NA CONSEQUENCIALIDADE INSTIGADA PELAS REGRAS, AINDA EM AMADURECIMENTO, ACRESCENTADAS À LINDB.

“A (IM)POSSIBILIDADE DE CELEBRAÇÃO DE TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA NOS INQUÉRITOS CIVIS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA DIANTE DA RESOLUÇÃO Nº 179 DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO”, TEMA DO ARTIGO ESCRITO POR ANA LUIZA BRANDÃO DE AGUIAR VILAÇA E RODRIGO ANTONIO RIBEIRO STORINO, VERTICALIZOU A ABORDAGEM CRÍTICA DA PROIBIÇÃO DO ACORDO NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A INCONGRUÊNCIA DESSA DISPOSIÇÃO COM A POSSIBILIDADE DE SOLUÇÃO CONSENSUAL ATÉ MESMO EM AÇÕES PENAIS (TRANSAÇÃO PENAL), DESTACANDO A INOVAÇÃO TRAZIDA PELA RESOLUÇÃO Nº. 179 DO CNMP QUE, EMBORA AINDA ENCONTRE OBSTÁCULOS EM SUA APLICABILIDADE – DADO O CARÁTER ABERTO DE SUAS DISPOSIÇÕES – REPRESENTA IMPORTANTE AVANÇO NA REGULAMENTAÇÃO DOS ACORDOS EM MATÉRIA DE CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

O TRABALHO APRESENTADO SOBRE “A CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES DE SERVIÇO PÚBLICO E A LEI Nº 13.460/2017” POR LEANDRO SOUZA ROSA E FERNANDO GUSTAVO KNOERR, DEMONSTROU DE FORMA CONTUNDENTE A PLENA APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO

CONSUMIDOR AOS USUÁRIOS DE SERVIÇOS PÚBLICOS, AFASTANDO O RISCO DE TRANSFORMAR USUÁRIO EM CLIENTE PARA COMPROVAR QUE O CARÁTER TUTELAR DESTE DIPLOMA LEGAL É INCLUSIVO, PROTEGENDO DE IGUAL FORMA TANTO OS USUÁRIOS QUE CUSTEIAM DIRETAMENTE O SERVIÇO MEDIANTE O PAGAMENTO DE TARIFAS E PREÇOS PÚBLICOS, QUANTO OS QUE, NÃO TENDO CONDIÇÕES DE FAZÊ-LO, TÊM DIREITO DE ACESSO AO SERVIÇO PÚBLICO PELA TITULARIDADE DA CONDIÇÃO DE CIDADÃOS.

"A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E A ELABORAÇÃO DO ORÇAMENTO PÚBLICO" FOI TRATADA POR FERNANDO DE BRITO ALVES E POR LUIZ HENRIQUE NÉIA GIAVINA BIANCHIA, DEFENDENDO O CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO DO PROJETO DE LEI ORÇAMENTÁRIA, PERMITINDO DESTE MODO O CONTROLE JUDICIAL ANTECIPADO NA ESTRUTURAÇÃO DOS CANAIS DE ARRECADAÇÃO E DESPESAS DO ESTADO. COLOCOU NO CENTRO DE DISCUSSÃO O ESPAÇO DE DISCRICIONARIEDADE RESERVADO AO GESTOR PÚBLICO DIANTE DESSA EVENTUAL PRERROGATIVA JUDICIAL, ANALISANDO A ESCALA DE EVOLUÇÃO DOS DIREITOS AO LONGO DOS MODELOES ESTATAIS PARA SEPARAR OS DIREITO DE PRIMEIRA, SEGUNDA E TERCEIRA GERAÇÕES. CENTROU A ANÁLISE NOS DE SEGUNDA GERAÇÃO JUSTIFICANDO QUE, POR SEREM VOCACIONADOS À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS, SÃO EXATAMENTE OS QUE CAUSAM MAIOR IMPACTO ORÇAMENTÁRIO, INVOCANDO O TEMPERO DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA COM A EFICIENTE GESTÃO DE RECURSOS PÚBLICOS.

LEONARDO VIEIRA ARRUDA ACHTSCHINA, ABORDOU A "ILEGALIDADE DO CONTROLE DO TCU SOBRE DECISÕES DA ANS: O CASO DO REAJUSTE DE PLANOS DE SAÚDE", DESTACANDO O RISCO DE INVASÃO DE COMPETÊNCIAS CONTROLADORAS NAS HIPÓTESES EM QUE DECISÕES DOS TRIBUNAIS DE CONTAS SE SOBREPÕEM ÀS NORMAS EXPEDIDAS PELAS AGÊNCIAS REGULADORAS, AFIRMANDO QUE HÁ DE FATO UM CONFLITO A SER RESOLVIDO PELA DEFINIÇÃO MAIS CLARA DOS LIMITES DE ATUAÇÃO DE CADA ENTIDADE, PRINCIPALMENTE NO QUE DIZ RESPEITO AO CONTROLE FINALÍSTICO. DESTACOU QUE ESTE CONFLITO DE COMPETÊNCIAS MUITAS VEZES PROTELA A EFICÁCIA DO CONTROLE EXERCIDO TANTO PELAS AGÊNCIAS QUANTO PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS, POIS A SOBREPOSIÇÃO DE COMPETÊNCIAS CONDUZ À JUDICIALIZAÇÃO DA CONTROVÉRSIA.

RENAN GOMES DE MESQUITA ABORDOU “A IMPORTÂNCIA DA FISCALIZAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO CEARÁ NAS LICITAÇÕES PARA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS ATINENTES AOS PRECATÓRIOS DO FUNDEF PARA O FINANCIAMENTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM EDUCAÇÃO”. PARTINDO DE UM CASO PRÁTICO COLHIDO DA CONTRATAÇÃO DE ADVOGADOS PARTICULARES POR MUNICÍPIOS – MUITAS VEZES POR CONTRATAÇÃO DIRETA – PARA A BUSCA DE VERBAS DO FUNDEF. AFIRMOU QUE A CONTRATAÇÃO DIRETA SERIA ILEGAL, POIS O TRABALHO DESENVOLVIDO NÃO SE REVESTE DE SINGULARIDADE A PONTO DE JUSTIFICAR A INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO, TRIBUTANDO A CONTRATAÇÃO À AUSÊNCIA, EM MUITOS MUNICÍPIOS, DE PROCURADORIA CONSTITUÍDA COM SERVIDORES, ORÇAMENTO E AUTONOMIA ADMINISTRATIVA PARA DESENVOLVER ESTE TIPO DE FUNÇÃO, O QUE DISPENSARIA A CONTRATAÇÃO DE ESCRITÓRIO PARTICULARES. DESTACOU, PORTANTO, QUE: 1) NÃO SE JUSTIFICA A INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO; 2) A PROCURADORIA MUNICIPAL DEVE DESEMPENHAR ESTA FUNÇÃO; 3) OS VALORES DO FUNDEF ESTAVAM SENDO DESVIADOS PARA O CUSTEIO DE ADVOGADOS A TÍTULO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS COBRADOS EM PERCENTUAIS E; D) OS VALORES COBRADOS SERIAM ABSOLUTAMENTE ALEATÓRIOS.

O TEMA “A TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL: O DECRETO 9.507/2018 É CONSTITUCIONAL?” FOI PESQUISADO POR MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI E ISABELLA CALABRESE SIMÃO, DESTACANDO QUE O TRANSPLANTE DAS REGRAS DE TERCEIRIZAÇÃO DO SETOR PRIVADO PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, APLICADA LÁ E AQUI DE FORMA IRRESTRITA, COMO CONSEQUÊNCIA DA RECENTE REFORMA TRABALHISTA, NÃO ENCONTRA JUSTIFICATIVA PLAUSÍVEL PARA ANCORAR-SE, QUANDO APLICADA À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, NEM NO DECRETO-LEI 200/1967 – ATÉ PORQUE SE TRATA DE LEGISLAÇÃO PRÉ-CONSTITUCIONAL - NEM NA LEI 8.666/93 (LEI DE LICITAÇÕES). CONCLUI QUE O DECRETO Nº. 9.507 /2018, AO ADMITIR A TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE-FIM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, ASSUME FEIÇÃO INOVADORA DO ORDENAMENTO JURÍDICO QUE APENAS PODERIA SER RECONHECIDA À LEI, E POR ISSO APROXIMA-SE DA CONDIÇÃO DE UM DECRETO AUTÔNOMO, INCONSTITUCIONAL, FORMAL E MATERIALMENTE.

“A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DECORRENTE DA CORRUPÇÃO E O DIREITO FUNDAMENTAL AO GOVERNO HONESTO” FOI TRATADA POR JOSE DE OLIVEIRA JUNIOR E POR LUIZ FERNANDO KAZMIERCZAK, PONDO EM DESTAQUE O DIREITO FUNDAMENTAL A UM GOVERNO HONESTO, LIVRE DA VIOLAÇÃO MORAL SUPERIOR (CORRUPÇÃO), AMPARADO NA TRILOGIA: DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA + PRINCÍPIO REPUBLICANO + CIDADANIA. O TRABALHO DEMONSTROU QUE A CORRUPÇÃO VIOLA OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E PRODUZ EXCLUSÃO SOCIAL.

O TRABALHO SOBRE “AS ALTERAÇÕES NA LINDB E O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA” FOI APRESENTADO POR MORGANA BELLAZZI DE OLIVEIRA CARVALHO, TRATANDO DAS CRÍTICAS QUE AS NORMAS SOBRE A DISCIPLINA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ACRESCENTADAS À LINDB SOFRERAM, REPELINDO-AS MEDIANTE A DEMONSTRAÇÃO DE QUE TÊM UTILIDADE ESSENCIAL QUE VAI MUITO ALÉM DE UMA MERA LISTA DE OBVIEDADES, NÃO SENDO NECESSÁRIO QUE SE CONSTITUA EM LEI AUTÔNOMA. A LINDB, ASSIM COMO AS LEIS EM GERAL, DEVEM SER CONSIDERADAS FERRAMENTAS QUE POTENCIALIZAM, A AÇÃO HUMANA.

“CONTROLE INTERNO DAS PESSOAS JURÍDICAS: DO OMBUDSMAN AO SISTEMA DE COMPLIANCE” FOI O TEMA DO TRABALHO APRESENTADO POR GISLENI VALEZI RAYMUNDO, AFIRMANDO QUE O SISTEMA BRASILEIRO ADMITE FORMAS DE CONTROLES DA ATUAÇÃO ESTATAL QUE NÃO SE LIMITAM AOS MÉTODOS TRADICIONAIS, SENDO CERTO QUE A PRÓPRIA POPULAÇÃO PODE TAMBÉM EXERCÊ-LOS POR MEIO DOS INSTRUMENTOS DE DEMOCRACIA DIRETA PREVISTOS PELA CONSTITUIÇÃO. DESTACA A IMPORTÂNCIA DO COMPLIANCE TAMBÉM NA DISCIPLINA DAS RELAÇÕES PRIVADAS COMO RELEVANTE INSTRUMENTO DE FOMENTO À CULTURA DA PROBIDADE.

ERIC JOSE MIGANI E ROBERTA MARTINS SOARES MACIEL ISMAEL APRESENTARAM O RESULTADO DE PESQUISA DIRECIONADA À ANÁLISE DO “DIREITO À NOMEAÇÃO E POSSE DE CANDIDATOS APROVADOS EM CADASTRO DE RESERVA EM CONCURSOS PÚBLICOS”. INICIANDO POR UM PERCURSO HISTÓRICO DA LINHA DECISÓRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, PASSANDO PELA ADEQUADA DEFINIÇÃO DE AGENTES PÚBLICOS PARA APORTAR NOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. A CONFLUÊNCIA DESTES TEMAS ENVEREDOU PARA O DESTAQUE DO TEMA 784/STF, CONCLUINDO QUE

HÁ DIREITO À NOMEAÇÃO QUANDO A) O CANDIDATO FOI APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS DO EDITAL; B) HOUVE PRETERIÇÃO DO CANDIDATO E; C) FOI REALIZADO UM NOVO CONCURSO QUANDO AINDA VIGENTE O ANTERIOR.

PARA TRATAR DA “LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO E SUA EFETIVIDADE: UMA ANÁLISE NOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DO BRASIL”, MARIANA MARA MOREIRA E SILVA REALIZOU UMA PROFUNDA PESQUISA DE CAMPO, CONSULTANDO 27 TRIBUNAIS. RECEBEU RESPOSTA DE 17 E, PORTANTO, CENTROU SUA ANÁLISE EM 62,96% DOS TRIBUNAIS CONSULTADOS, CONCLUINDO PELA FALTA DE EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA.

“O PODER DISCRICIONÁRIO E O CONTROLE DE JURIDICIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS”, TEMA DO TRABALHO APRESENTADO POR HENRIQUE GASPAR MELLO DE MENDONÇA, PROPÕE COM MUITA ACUIDADE A SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA, MUITAS VEZES MANIQUÍSTA, ENTRE VINCULAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE, INSTITUINDO GRAUS DE VINCULAÇÃO PARA DESTACAR QUE NUM GRAU INTERMEDIÁRIO DE VINCULAÇÃO ESTÃO OS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E, DESSE MODO, QUANTO MAIOR A VINCULAÇÃO, MAIOR A POSSIBILIDADE DE INTERFERÊNCIA JUDICIAL.

O TRABALHO SOBRE OS “REFLEXOS DAS GARANTIAS DO DEVIDO PROCESSO CONVENCIONAL NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR” FOI ESCRITO POR LUIZ MAGNO PINTO BASTOS JUNIOR E POR AMANDA GUIMARÃES DA CUNHA, A PARTIR DE UMA PESQUISA COMPARATIVA DAS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, PARA CONCLUIR PELA AUSÊNCIA DE UM PROCESSO ADMINISTRATIVO SUBSTANCIAL, RESSALTANDO A AUSÊNCIA DE TIPICIDADE FECHADA E, NESSA LINHA, A ABERTURA DE ESPAÇO PARA A ARBITRARIEDADE NA IMPOSIÇÃO DE SANÇÕES.

GIL CÉSAR COSTA DE PAULA PESQUISOU “SOBRE A ORIGEM DO ESTADO BRASILEIRO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS”, RESULTANDO UM TRABALHO DE ABORDAGEM FORTEMENTE TEÓRICA, COM NÍTIDO APORTE SOCIOLÓGICO, PERCORRENDO FAORO, WEBER E OUTROS DESTACADOS SOCIÓLOGOS EM BUSCA DO CONCEITO DE ESTADO PATRIMONIALISTA PARA APROFUNDAR A ANÁLISE CRÍTICA DOS CONCEITOS DE NAÇÃO E NACIONALISMO.

A “TRANSAÇÃO ADMINISTRATIVA: ENFRENTANDO O ARGUMENTO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO” FOI OBJETO DO ESTUDO DESENVOLVIDO POR JOÃO LUCAS ARCANJO CARNEIRO E RAFAEL DA NÓBREGA ALVES PRAXEDES, PONDO EM LINHA DE ANÁLISE PARA SUPERAR A APARENTE CONTRADIÇÃO ENTRE A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E A TRANSAÇÃO ADMINISTRATIVA. DEMONSTROU QUE A CONSENSUALIDADE NAS LIDES QUE ENVOLVEM O INTERESSE PÚBLICO COM ELE SE HARMONIZA NA MEDIDA EM QUE EVITA O ABARROTAMENTO DA ESTRUTURA JUDICIAL, CONDUZINDO A UMA SOLUÇÃO DE CONFLITOS MAIS RÁPIDA E EFICAZ.

PROFESSOR DR. FERNANDO GUSTAVO KNOERR

PROFESSOR DO PPGD DO UNICURITIBA

PÓS-DOUTOR EM DIREITO DO ESTADO PELO IUS GENTIUM CONIMBRIGAE DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA

PROFESSORA DRA. LUCIANI COIMBRA DE CARVALHO

PROFESSORA DO PPGD DA UFMS

DOUTORA EM DIREITO DO ESTADO PELA PUC/SP

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

# A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DECORRENTE DA CORRUPÇÃO E O DIREITO FUNDAMENTAL AO GOVERNO HONESTO

# THE VIOLATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS ARISING FROM CORRUPTION AND THE FUNDAMENTAL RIGHT TO THE HONEST GOVERNMENT

**Jose De Oliveira Junior** [1]
**Luiz Fernando Kazmierczak** [2]

**Resumo**

O artigo aborda a violação dos direitos fundamentais decorrente da corrupção e a existência do direito fundamental ao governo honesto. Apresenta-se considerações acerca da teoria geral dos direitos fundamentais. Analisa-se o conceito jurídico de corrupção. Correlaciona-se corrupção e violação dos direitos fundamentais. Defende-se que o governo honesto decorre do princípio republicano, dignidade da pessoa humana e cidadania. Infere-se o combate à corrupção e o governo honesto como mecanismos de inclusão social. O método utilizado é o dedutivo. Conclui-se que a corrupção resulta em violação dos direitos fundamentais e exclusão social, devendo ser reconhecido o direito fundamental ao governo honesto.

**Palavras-chave:** Corrupção, Direitos fundamentais, Constituição federal, Moralidade, Direitos sociais

**Abstract/Resumen/Résumé**

The article addresses the violation of fundamental rights arising from corruption and the existence of the fundamental right to honest government. Considerations are made about the general theory of fundamental rights. Legal concept of corruption is analyzed. Corruption and violation of fundamental rights are correlated. It's argued that honest government stems from the republican principle, dignity of the human person and citizenship. The fight against corruption and honest government promote social inclusion. The method used is deductive. It' s concluded that corruption results in violation of fundamental rights and social exclusion, and the fundamental right to honest government must be recognized.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Corruption, Fundamental rights, Federal constitution, Morality, Social rights

[1] Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Paraná. Pós-graduado em Direito Público na Universidade Gama Filho. Pós-graduado em Direito Penal pelas Faculdades Integradas de Jacarepaguá. Professor Universitário.

[2] Doutor em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Professor Universitário.

## 1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos a corrupção endêmica que assola o Estado Brasileiro tornou-se de amplo conhecimento da população, notadamente em razão do escândalo do "Mensalão" (Ação Penal 470 STF) e, posteriormente, e com maior intensidade, por meio da denominada "Operação Lava Jato", sendo que as cifras astronômicas de dinheiro público desviado, bem como o envolvimento de agentes públicos dos mais altos escalões do setor público e empresários responsáveis por alguns dos maiores grupos empresariais do país, provocaram perplexidade e indignação na sociedade brasileira.

Indisponibilidade de bens, acordos de leniência e colaborações premiadas permitiram a recuperação de bilhões de reais desviados dos cofres públicos, demonstrando para a população que a corrupção é uma das principais responsáveis pela falta de recursos e consequente insuficiência na prestação dos serviços públicos.

Diante desse panorama, surge a inquietante indagação: a corrupção pode ser considerada causa violadora dos direitos fundamentais? E mais, é possível falar na existência de um direito fundamental ao governo honesto?

A resposta da primeira pergunta exige que seja levado em consideração o fato de que as práticas corruptas muitas vezes não objetivam diretamente a violação dos direitos fundamentais, sendo a violação produzida de forma indireta.

Outrossim, quanto ao segundo questionamento, em que pese a desnecessidade de expressa previsão legal ou constitucional de um direito como sendo fundamental, é preciso apontar de onde decorre um direito fundamental considerado implícito no ordenamento jurídico, como é o caso do direito fundamental ao governo honesto.

Ademais, a corrupção e a violação ao direito fundamental ao governo honesto resultam em exclusão social, tendo em vista que limitam a disponibilidade de verbas destinadas às políticas públicas, bem como produzem uma queda na qualidade da prestação do serviço público, culminando na marginalização de indivíduos de vários setores da sociedade, notadamente dos integrantes das minorias, as quais constituem os grupos mais vulneráveis.

Neste contexto, o presente estudo baseado na revisão bibliográfica de pesquisas nacionais e estrangeiras, bem como na legislação brasileira no âmbito do Direito Penal, Processo Penal e Constitucional, utilizou o método dedutivo, na medida em que foram exploradas premissas gerais, auto-evidentes, calcadas em fatos sociais de relevância, leis e proposições fenomenológicas.

Assim, demonstrar que a corrupção produz violação dos direitos fundamentais, bem como que existe o direito fundamental ao governo honesto, permitirá o incremento do combate à corrupção como mecanismo de proteção dos direitos fundamentais e a tutela dos direitos daqueles que mais sofrem com os efeitos nefastos da corrupção, viabilizando um aumento da inclusão social.

## 2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

A origem da expressão "direitos fundamentais" (*droits fondamentaux*) remonta ao ano de 1770, no movimento político e cultural francês que culminou na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (LUÑO, 1999, p. 30).

Em determinados períodos da história, as complexidades das relações humanas fizeram com que a tutela dos direitos fundamentais se concentrasse em determinados direitos, razão pela qual ganhou destaque a classificação que divide a evolução histórica dos direitos fundamentais em gerações/dimensões.

Bonavides (2016, p. 574-609), além da clássica divisão em direitos fundamentais de primeira geração (direitos de liberdade: civis e políticos), direitos fundamentais de segunda geração (direitos de igualdade: direitos sociais, culturais e econômicos) e direitos fundamentais de terceira geração (direitos de fraternidade: direito de desenvolvimento, direito à paz, direito ao meio ambiente), defende a existência também de direitos fundamentais de quarta geração (direitos da globalização: direito à democracia, direito à informação e direito ao pluralismo) e de quinta geração (direito à paz).

Depreende-se dos diversos momentos da evolução histórica dos direitos fundamentais que estes podem ser subdivididos numa classificação trialista, ou seja, em direitos de defesa, direitos a prestações e direitos de participação.

Independentemente das classificações adotadas, pode se afirmar que os direitos fundamentais são aqueles inerentes a todos os indivíduos, com previsão normativa (princípios ou regras), independentemente de aspectos de nacionalidade, destinados a atender a todos os aspectos que assegurem uma vida digna à pessoa.

Quando se fala em previsão normativa não se está afirmando a necessidade de norma jurídica positiva que estabeleça expressamente que determinado direito é fundamental.

Defendendo a necessidade de expressa previsão legal, é a definição de direitos fundamentais proposta por Ferrajoli (2001, p. 19):

> Propongo una definición teórica, puramente formal o estructural, de derechos fundamentales: son derechos fundamentales todos aquelhos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos em cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o persona com capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestacines) o negativa (de no sufrir lesiones adscrita a um sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupusto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas[1].

A exigência de previsão de uma "norma jurídica positiva" para o reconhecimento de um direito como fundamental é entendimento que não deve prevalecer, tendo em vista a normatividade dos princípios consagrada pela doutrina pós-positivista, prevalecendo o posicionamento de autores como Canotilho (1993, p. 1142), que defendem a ocorrência de uma evolução que culminou no deslocamento da doutrina dos "direitos fundamentais dentro da reserva de lei" para a doutrina da "reserva de lei dentro dos direitos fundamentais".

Nesse sentido, de forma esclarecedora, afirma Alexy (2008, p. 141):

> O fato de que, por meio das disposições de direitos fundamentais, sejam estatuídas duas espécies de normas – as regras e os princípios – é o fundamento do caráter duplo das disposições de direitos fundamentais. Mas isso não significa ainda que também as normas de direitos fundamentais compartilhem desse mesmo caráter duplo. De início elas são ou regras (normalmente incompletas) ou princípios. Mas as normas de direitos fundamentais adquirem um caráter duplo se forem construídas de forma a que ambos os níveis sejam nelas reunidos.

Destarte, o ideal é que o constituinte e o legislador insiram os direitos fundamentais nos textos constitucional e legal, todavia, ainda que não estejam expressamente previstos na lei ou na Constituição, são passíveis de reconhecimento perante o Judiciário.

1 Proponho uma definição teórica, puramente formal ou estrutural, dos direitos fundamentais: os direitos fundamentais são todos aqueles direitos subjetivos que universalmente correspondem a todos os seres humanos em termos do estatuto de pessoas, cidadãos ou pessoas com capacidade de agir; entendimento por direito subjetivo qualquer expectativa positiva (de prestacines) ou negativa (de não sofrer danos atribuídos a um sujeito por uma norma legal, e por status a condição de um sujeito, também previsto por uma norma legal positiva, como um pressuposto de sua adequação para ser o titular de situações jurídicas e / ou autor dos atos que são seu exercício. (tradução livre do autor)

## 2.1 Direitos Fundamentais Sociais

No presente trabalho, busca-se a análise dos direitos fundamentais na perspectiva dos direitos sociais prestacionais, ou seja, aqueles direitos inerentes a todos os indivíduos para uma vida digna cuja prestação é obrigação do Estado.

Sobre os direitos sociais, Nunes Júnior (2009, p. 70) apresenta a seguinte conceituação:

> Fincados nestes pressupostos, podemos conceituar direitos sociais como o subsistema dos direitos fundamentais que, reconhecendo a existência de um segmento social economicamente vulnerável, busca, quer por meio da atribuição de direitos prestacionais, quer pela normatização e regulamentação das relações econômicas, ou ainda pela criação de instrumentos assecuratórios de tais direitos, atribuir a todos os benefícios da vida em sociedade.

Na mesma perspectiva, dando ênfase aos serviços públicos que efetivam os direitos sociais prestacionais, Krell (2002, p. 19-20):

> São os Direitos Fundamentais do homem-social dentro de um modelo de Estado que tende cada vez mais a ser social, dando prevalência aos direitos coletivos antes que aos individuais. O Estado, mediante leis parlamentares, atos administrativos e a criação real de instalações de serviços públicos, deve definir, executar e implementar, conforme as circunstâncias, as chamadas 'políticas públicas' (de educação, saúde, assistência, previdência, trabalho e habitação) que facultem o gozo efetivo dos direitos constitucionalmente protegidos.

Na análise dos direitos sociais prestacionais, verifica-se que ao Estado impõe-se a obrigação de prestação de serviços públicos para satisfação das necessidades da coletividade, com o escopo de assegurar uma vida digna aos indivíduos que integram a sociedade. Consoante Sarlet (2010, p. 282):

> Já se assentou, neste contexto, que enquanto os direitos de defesa se identificam por sua natureza preponderantemente negativa, tendo por objeto abstenções do Estado, no sentido de proteger o indivíduo contra ingerências na sua autonomia pessoal, os direitos sociais prestacionais (portanto, o que está em causa aqui é precisamente a dimensão positiva, que não exclui uma faceta de cunho negativo) têm por objeto precípuo conduta positiva do Estado (ou particulares destinatários da norma), consistente numa prestação de natureza fática. Enquanto a função precípua dos direitos de defesa é a de limitar o poder estatal, os direitos sociais (como direitos a prestações)

> reclamam uma crescente posição ativa do Estado na esfera econômica e social. Diversamente dos direitos de defesa, mediante os quais se cuida de preservar e proteger determinada posição (conservação de uma situação existente), os direitos sociais de natureza positiva (prestacional) pressupõe seja criada ou colocada à disposição a prestação que constitui seu objeto, já que objetivam a realização da igualdade material, no sentido de garantirem a participação do poso na distribuição pública de bens materiais e imateriais.

Destarte, os direitos sociais prestacionais constituem-se como espécies de direitos fundamentais que devem ser exigidos do Estado, num alinhamento claro com o que se denominou de direitos fundamentais de segunda dimensão.

## 3 CORRUPÇÃO

A palavra corrupção tem origem no termo latino *corruptione*, cujo significado é adulteração, decomposição, putrefação, relativo a alimentos ou outros materiais. Em sentido figurado, significava perversão, devassidão, depravação, aplicável a pessoas, regimes políticos etc. Em idiomas derivados do latim e também na língua inglesa, o termo apareceu em estudos filosóficos e políticos para expressar perversão de um regime. Somente mais recentemente assumiu o significado contemporâneo de uso indevido do poder em troca de vantagens econômicas ou de outro tipo.

Grandona (1993, p. 21) indica a existência de três graus de corrupção:

> El primer grado es ele de la propina o regalo que se ofrece como signo de gentiliza o gratuid. El segundo grado es la exacción, esto es, la extorsión de un funcionário a un ciudadano para que pague por obtener lo que, de todos modos, le es debido. Por último, existe el cohecho, pago que se ofrece o se da para que un funcionario haga lo que no es debido[2].

No Estado brasileiro, mais do que corrupção individual, tem se constatado a presença de uma corrupção sistêmica, ou seja, uma consolidação de práticas corruptas fixadas nas entranhas da Administração Pública. Sobre tal diferenciação, leciona Todarello (2008, p. 119):

> IV. 5. Corrupción aislada y corrupción sistémica
> […] donde uno o vários actos de corrupción son ejecutados por un funcionario que actúa individualmente, o de manera acotada, sin que se verifiquen conexiones importantes com outros agentes para llevar a cabo

2 A primeira série é a propina ou presente que é oferecido como um sinal de bondade ou gratificação. O segundo grau é a exação, isto é, a extorsão de um funcionário para um cidadão, de modo que ele pague para obter o que, em qualquer caso, é devido a ele. Finalmente, há suborno, pagamento que é oferecido ou dado a um funcionário para fazer o que não é devido. (tradução livre do autor)

> dichas conductas, y la corrupción sistémica, la cual se produce cuando los mecanismos y las prácticas corruptas vigentes reemplazan de manera efectiva el entramado legal y organizativo de un determinado sector de la administración pública.
> En aquellos ámbitos públicos donde se desarrolla un estado de corrupción sistémica, las irregularidades constituyen la norma mientras que los estándares de comportamientos exigibles a los funcionarios para que la administración pueda alcanzar sus objetivos de un modo regular y eficaz son la excepción. Aqui la conducta desviada se encuentra institucionalizada de tal manera que el castigo de acciones corruptas resulta infrecuente, siendo que em realidad se observa un ámbito de protection e impunidad respecto de los comportamientos indebidos[3].

A prática da corrupção governamental sempre manteve relação íntima e promíscua com os centros de poder, sendo a lição de Nieto (1997, p. 7) no sentido de que *la corrupción acompaña al poder com la sombra al cuerpo*[4].

### 3.1 Análise Jurídica da Corrupção

Percebe-se contemporaneamente uma utilização indiscriminada do termo corrupção para designar não apenas condutas ilegais, mas também as que violam preceitos morais consolidados em uma determinada sociedade.

A moral na perspectiva de Kant (2002, p. 45-49) é formal, tendo em vista que não prescreve nenhum conteúdo ou materialidade, mas apenas é a lei fundamental da razão prática pura, que é o critério para avaliar a moralidade de qualquer máxima, constituindo-se como a "simples forma de uma legislação universal".

Criticando o imperativo categórico de Kant, Hegel apresenta diversas objeções à ética do discurso de Kant, as quais podem ser divididas em objeções ao formalismo, ao universalismo abstrato, à impotência do puro dever e ao rigorismo da pura convicção, conforme bem explorado por Habermas (1999, p. 13-31).

---

3 IV. 5. Corrupção isolada e corrupção sistêmica
[...] onde um ou vários atos de corrupção são executados por um funcionário agindo individualmente ou de forma limitada, sem verificar conexões importantes com outros agentes para realizar tais comportamentos, e corrupção sistêmica, que ocorre quando os atuais mecanismos e práticas corruptas efetivamente substituem a estrutura legal e organizacional de um setor específico da administração pública.
Nas áreas públicas onde se desenvolve um estado de corrupção sistêmica, as irregularidades são a norma, enquanto os padrões de comportamento exigidos dos funcionários para que a administração possa atingir seus objetivos de maneira regular e efetiva são a exceção. Aqui o comportamento desviante é institucionalizado de tal maneira que a punição de ações corruptas é pouco frequente, sendo que de fato existe um escopo de proteção e impunidade em relação aos comportamentos impróprios. (tradução livre do autor)

4 A corrupção acompanha o poder como a sombra ao corpo. (tradução livre do autor)

Santos (2007, p. 85), tratando da moral na perspectiva da filosofia da linguagem de Habermas, aponta a visão deste autor sobre o tema:

> A tese de Habermas é que tanto a correção de normas morais quanto a verdade de proposições descritivas estabelecem-se no discurso, no sentido de que não temos acesso direto nem às condições de verdade nem às condições que fazem as normas morais merecerem reconhecimento universal. A validade das proposições só pode passar pela prova discursivamente, pelo medium de razões disponíveis. Para a correção moral, entretanto, falta a referência a um mundo objetivo, como é no caso da verdade. Daí uma diferença que força Habermas a afirmar que a verdade é um conceito que transcende toda justificação e que não pode ser identificado como assertibilidade idealmente justificada. Isto porque a independência do mundo objetivo faz do conceito de assertibilidade justificada um conceito que apenas indica as condições de verdade que o próprio mundo deve preencher, enquanto o mundo social é construído por nós e, por isso, já contribuímos para o preenchimento das condições de validade de normas morais.

Destarte, numa perspectiva do Direito, não podem ser considerados como corruptos os comportamentos que se caracterizam como "violações morais inferiores", aqui entendidas como comportamentos que violam a moral social, porém não possuem dignidade para ordenamento jurídico.

Em verdade, juridicamente só deve ser considerado corrupção as condutas que constituem "violações morais superiores", ou seja, aquelas que violam a dignidade do ordenamento jurídico, caracterizando-se como crimes ou atos de improbidade administrativa.

Todavia um ponto precisa ficar esclarecido: para o Direito toda corrupção constitui-se como "violação moral superior", todavia nem toda violação moral superior é corrupção. Isso porque a corrupção é uma "violação moral superior" qualificada pela existência e exploração de uma relação de poder.

Nesse diapasão, pode-se afirmar que um crime de furto, a princípio, não se caracteriza como comportamento corrupto, tendo em vista que apesar de possuir dignidade jurídica (dignidade penal, mais precisamente), não possui a presença da qualificadora exploração de uma relação de poder.

Lado outro, no crime de corrupção passiva o agente público detentor (ou futuro detentor) de função pública, valendo-se da existência de uma relação de poder, explora-a para solicitar a obtenção de vantagem indevida.

Destarte, as "violações morais inferiores", tais como furar a fila do banco, estacionar em local proibido, aquisição de "produtos piratas", "colar em provas" etc., por mais

reprováveis que sejam, não podem ser consideradas juridicamente como atos de corrupção, tendo em vista que não possuem sequer dignidade jurídica.

No mesmo sentido, tratando do que posteriormente denominou-se "jeitinho brasileiro", Holanda (1995, p. 146-147) traz interessante análise acerca da figura do que denominou de "homem cordial", afirmando que o bom trato, hospitalidade e generosidade do brasileiro não significam "boas maneiras" ou civilidade, mas sim manifestação de aversão à ritualística da vida e da polidez, sendo verdadeira resistência do individual ante ao coletivo.

Todavia, vale ressaltar que em que pese corrupção não se confundir com violações morais inferiores, quando estas estão disseminadas na sociedade, acabam por produzir um ambiente propício ao cometimento de atos de corrupção. Nesse sentido, são lições de Garcia (2006, p. 6):

> A debilidade democrática facilita a propagação da corrupção ao aproveitar-se das limitações dos instrumentos de controle, da inexistência de mecanismos aptos a manter a administração adstrita à legalidade, da arbitrariedade do poder e da consequente supremacia do interesse dos detentores da potestas publica face ao anseio coletivo. [...]
> A corrupção está associada à fragilidade dos padrões éticos de determinada sociedade, os quais se refletem sobre a ética do agente público. Sendo este, normalmente, um mero "exemplar" do meio em que vive e se desenvolve, um contexto social em que a obtenção de vantagens indevidas é vista como prática comum dentre os cidadãos, em geral, certamente fará com que idêntica concepção seja mantida pelo agente nas relações que venha a estabelecer com o Poder Público. Um povo que preza a honestidad3e terá governantes honestos. Um povo que, em seu cotidiano, tolera a desonestidade e, não raras vezes, a enaltece, por certo terá governantes com pensamento similar.

Assim, corrupção no aspecto jurídico caracteriza-se como violação moral superior qualificada pela existência e exploração de uma relação de poder, não se confundindo com a perspectiva sociológica da corrupção, caracterizada por meros violações morais inferiores, desprovidas de dignidade jurídica.

## 4 O DIREITO FUNDAMENTAL AO GOVERNO HONESTO

Quando se fala em direito fundamental ao governo honesto, pretende-se estabelecer, na perspectiva do conceito apresentado neste trabalho, os fundamentos que demonstram que o governos honesto constitui direito inerente a todas as pessoas, independentemente de

nacionalidade, com previsão normativa (que não se confunde com expressa previsão legal), destinado a atender a todos os aspectos que assegurem uma vida digna à pessoa.

Mas inerente a todas as pessoas independentemente de nacionalidade? Seria o governo honesto um direito fundamental do estrangeiro? A resposta demanda observância à nomenclatura adotada. Trabalha-se com o conceito de direito fundamental, mais precisamente direito fundamental social prestacional, e não direitos humanos.

Destarte, quando se fala em direito fundamental, delimita-se àqueles direitos reconhecidos pelo direito constitucional de um estado específico, aplicando-se aos que se submetem ao ordenamento jurídico interno e vivem naquela ordem social (p.ex., o estrangeiro que vive no Brasil), não se confundindo com os direitos humanos, destinados a definir os direitos estabelecidos pelo direito internacional em tratados e demais normas internacionais.

No que se refere ao asseguramento de uma vida digna à pessoa como escopo do direito fundamental ao governo honesto, percebe-se a presença do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Quando se fala em governo honesto, seu contraponto é exatamente a corrupção, a qual caracteriza-se pela ocorrência de uma "violação moral superior" (ilícito) qualificada pela presença e exploração de uma relação de poder.

Dentre as várias consequências deletérias da corrupção, pode se destacar o desvio de verbas públicas, ocasionando a falta de dinheiro para ser aplicado nos serviços públicos, notadamente em áreas sensíveis como saúde, segurança, educação etc., bem como a contratação de produtos e serviços inadequados ou insuficientes, prejudicando a prestação dos serviços públicos, além da não prestação de serviços públicos devidos pelo próprio agente público corrupto.

Verifica-se, pois, que a corrupção atinge diretamente a prestação dos serviços públicos, os quais são direcionados especialmente à efetivação dos direitos sociais (art. 6º da CR/88), tais como educação, saúde, alimentação, moradia, transporte, lazer, segurança, assistência aos desamparados etc.

Destarte, o direito ao governo honesto, visto como o contraponto à corrupção que viola os direitos sociais do indivíduo, decorre diretamente da dignidade da pessoa humana, consagrada expressamente como fundamento da República Federativa do Brasil, no inciso III, do artigo 1º, da Constituição de 1988, razão pela qual deve ter reconhecido seu caráter de direito fundamental.

Ademais, o direito fundamental ao governo honesto decorre do princípio republicano, pois este se caracteriza pelo caráter representativo dos governantes, participação dos cidadãos e responsabilidade política, civil e penal dos governantes.

Mais uma vez presente a correlação entre direito ao governo honesto e seu contraponto, a corrupção, bem como a presença de um princípio constitucional (princípio republicano) de onde decorre o direito ao governo honesto.

Isso porque sendo os governantes representantes do povo, é assegurado a este exigir um governo probo, escorreito e obediente às leis e à Constituição, bem como no caso de prática de atos de corrupção, estão os governantes sujeitos à responsabilização nas esferas política, civil e penal, sendo esta responsabilização decorrente do princípio republicano.

Não existe democracia de ladrões (MARTINO, 1994, p. 10), de modo que a corrupção constitui-se como uma ameaça à democracia. Nesse sentido, afirma MARTINO (1994, p. 10):

> Cuando una sociedad comienza a admitir que se violen algunas normas éticas y jurídicas por una suerte de realismo político (cois fan tutte) no solo admite que algunos roben descaradamente más que outros porque son más sinverguenzas o porque tuvieron mejores oportunidades, sino que poco a poco justifican la própria violación de las reglas, ahora em base a una suerte de realismo social, por el cual el que no lhora no mama y el que no mama es un gil. A essa altura se está jugando a outro juego, que coniste em no aceptar seguir las reglas sino aparentemente y em cuanto convenga.
> No hay democracias de ladrones, hay ladrones que si tolerados, desbaratán antes o después la democracia[5].

Portanto, o direito ao governo honesto também decorre diretamente do princípio republicano, previsto expressamente como a forma de governo do Brasil, no art. 1º, caput, da Constituição de 1988, o que reforça a necessidade de seu reconhecimento como direito fundamental.

O direito ao governo honesto decorre também da cidadania, a qual consiste na participação política do indivíduo frente ao Estado, em sua condição de cidadão, como acontece no caso de propositura de ação popular (Lei nº 4.717/1965), ferramenta importantíssima no combate à corrupção.

5 Quando uma sociedade começa a admitir que algumas normas éticas e legais são violadas por uma espécie de realismo político (cois fan tutte) ela não apenas admite que alguns roubam mais que outros porque são mais canalhas ou porque tiveram melhores oportunidades, mas pouco a pouco justificam a própria violação das regras, agora baseadas em uma espécie de realismo social, pelo qual aquele que não amamenta e o que não amamenta é um gil. A esta altura, outro jogo está sendo jogado, o que significa que você não concorda em seguir as regras, mas aparentemente e conforme apropriado.
Não há democracias de ladrões, há ladrões que, se tolerados, perturbam a democracia antes ou depois. (tradução livre do autor).

Meirelles (1990, p. 674) fez menção ao direito ao governo honesto quando tratou da ação popular:

> A ação popular é um instrumento de defesa dos direitos da coletividade, utilizável por qualquer de seus membros, no gozo de seus direitos cívicos e políticos. Por ela não se amparam direitos próprios mas, sim, interesses da comunidade. O beneficiário direito e imediato da ação não é o autor popular; é o povo, titular do direito subjetivo ao Governo honesto.

A cidadania constitui-se em fundamento da República Federativa do Brasil, com expressa previsão no inciso II, do artigo 1º, da Constituição de 1988, sendo o direito ao governo honesto uma prerrogativa da cidadania.

Nesse sentido, foi a decisão relatada pelo Ministro Celso de Mello (2013):

> Sabemos todos que o cidadão tem o direito de exigir que o Estado seja dirigido por administradores íntegros, por legisladores probos e por juízes incorruptíveis, que desempenhem as suas funções com total respeito aos postulados ético-jurídicos que condicionam o exercício legítimo da atividade pública. O direito ao governo honesto – nunca é demasiado reconhecê-lo – traduz uma prerrogativa insuprimível da cidadania.

De tudo que se expôs, verifica-se que a Constituição de 1988 em nenhum momento dispõe expressamente que o direito ao governo honesto se constitui como direito fundamental, razão pela qual somente é possível reconhecer sua fundamentalidade de forma implícita, ou seja, decorrente das normas da Constituição da República (regras e princípios) acima descritas.

E tal procedimento de reconhecimento do direito ao governo honesto como direito fundamental é possível diante do permissivo constitucional previsto no §2º, do art. 5º, da Constituição de 1988, que dispõe: "§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

Assim, em que pese não haver na Constituição Federal ou na legislação federal nenhuma previsão expressa ao direito fundamental ao governo honesto, sendo que há registro de previsões em legislações estaduais e municipais, como é o caso da Constituição do Estado de Minas Gerais, que estabelece em seu art. 73 que "A sociedade tem direito a governo honesto, obediente à lei e eficaz", verifica-se que a normatividade do direito fundamental ao governo honesto decorre implicitamente de normas constitucionais expressas (dignidade da pessoa humana, princípio republicano e cidadania).

## 5 VIOLAÇÃO DOS DIREITOS PRESTACIONAIS E A EXCLUSÃO SOCIAL

A inclusão social, contraponto da exclusão social, está diretamente ligada a ideia de acesso efetivo aos direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição Federal:

> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição**.**

Sobre políticas públicas e direitos sociais, Costa e Queiroz (2016, p. 120-139) afirmam que "O que se busca em uma verdadeira democracia é ter um Estado onde o desenvolvimento possa ser visto e estampado nas políticas públicas e nos direitos sociais tão qualitativamente dispostos na Constituição da República de 1988 (...)".

Tais políticas públicas são executadas por serviços públicos. Sobre estes, Santin (2013, p. 25) apresenta precisa conceituação, no sentido de que "serviços públicos são atividades desenvolvidas pela Administração Pública em prol da coletividade e do cidadão no desempenho de funções estatais, no cumprimento das finalidades públicas, em contraprestação pela arrecadação de tributos pagos pelo povo".

A inclusão social seria o conjunto de ações que garante a participação igualitária de todos na sociedade, independente da classe social, da condição física, da educação, do gênero da orientação sexual, da etnia, entre outros aspectos.

Quando se fala em inclusão social, necessário se faz abordar a questão inversa, mas diretamente ligada, qual seja, a da exclusão social. Esta consiste na privação de determinados indivíduos e grupos ao acesso a direitos sociais, atingindo notadamente as minorias.

Sobre a exclusão social, afirma Rosanvallon (1995, p. 204) que "Os excluídos não constituem uma ordem, uma classe ou um corpo. Eles indicam, antes, uma falta, uma falha do tecido social".

A falta de acesso aos serviços públicos e a consequente exclusão social resulta no distanciamento dos excluídos das transformações sociais positivas, relegando-os à marginalização.

Consoante Boaventura de Souza Santos, citado por Costa e Anez (2014, p. 11-30):

> O espaço nacional está se transformando na instância de mediação entre o local e o global. Mas acima de tudo, da explosão das escalas resulta tanto a

> interdependência quanto a disjunção. Nunca foi tão profundo o sentimento de desconexão e de exclusão em relação às transformações que marcam o espaço e o tempo do mundo. Em outras palavras, nunca tantos grupos estiveram tão ligados ao resto do mundo por via do isolamento, nunca tantos foram integrados por via do modo como são excluídos.

Todavia, é importante esclarecer que exclusão não se confunde com pobreza. Sobre a diferenciação entre os conceitos de pobreza e exclusão (PEREIRINHA, 1992, p. 170):

> […] o conceito de pobreza, analisado enquanto situação de escassez de recursos de que um indivíduo, ou família, dispõe para satisfazer necessidades consideradas mínimas, acentua o aspecto distributivo do fenômeno (a forma como os recursos se encontram distribuídos entre os indivíduos e/ou famílias na sociedade). Já o conceito de exclusão social acentua os aspectos relacionais do fenômeno, quando encaramos este conceito enquanto situação de inadequada integração social.

A ideia de inclusão social está diretamente ligada a ideia de isonomia (igualdade). Todavia, é de se considerar que o debate acerca da necessidade de inclusão social não se limita ao caráter desigual da sociedade, marcado pelo elemento pobreza, mas abrange com mais profundidade os fenômenos que resultam na necessidade de enfrentamento da ruptura social e nas crises de identidade, as quais caracterizam os processos de exclusão.

Destarte, percebe-se que a ideia de exclusão social ultrapassa a de desigualdade social, caracterizando-se pela ausência de reivindicações organizadas e de movimentos de reforço da coesão identitária das populações marginalizadas.

Assim, é certo que o combate à corrupção e a consagração do direito fundamental ao governo honesto, com a consequente atenção ao princípio do serviço público adequado, contribui para o reforço da coesão identitária da população marginalizada, não se limitando a reduzir a desigualdade social.

## 6 CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais são aqueles inerentes a todos os indivíduos, independentemente de aspectos de nacionalidade, com previsão normativa (expressa ou implícita), destinados a atender a todos os aspectos que assegurem uma vida digna à pessoa.

A corrupção caracteriza-se como uma “violação moral superior” (ilícito) qualificada pela presença e exploração de uma relação de poder, que pode resultar na violação de direitos fundamentais sociais prestacionais, tendo em vista que atinge e prejudica diretamente a

prestação dos serviços públicos, os quais tem o escopo de suprir as necessidades dos integrantes da sociedade, notadamente os direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição de 1988.

Destarte, da correlação entre violação dos direitos fundamentais e corrupção, concluiu-se que é possível falar em direito fundamental ao governo honesto, o qual decorre da dignidade da pessoa humana, do princípio republicano e da cidadania, todos estes com previsão expressa na Constituição de 1988.

Ademais, a ausência de políticas públicas e de prestação de serviços públicos adequados, fenômenos estes produzidos pela corrupção e pela violação do direito fundamental ao governo honesto, produzem uma desconexão daqueles que não tem acesso aos serviços essenciais que o indivíduo necessita para interagir com o grupo social, bem como resultam em exclusão social, a qual não se limita à pobreza e ultrapassa a ideia de desigualdade social, caracterizando-se pela ausência de reivindicações organizadas e de movimentos de reforço da coesão identitária das populações marginalizadas.

Assim, verifica-se que a corrupção viola os direitos fundamentais dos indivíduos, bem como que apesar da ausência de previsão expressa no texto constitucional, a existência do direito fundamental ao governo honesto decorre implicitamente do texto constitucional, conforme já exposto, além de que a corrupção e a violação ao direito fundamental ao governo honesto resultam em exclusão social.

## REFERÊNCIAS


ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Trad. Virgílo Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiro, 2008.

ANEZ, Tania Leticia W.; COSTA, Ilton Garcia. **Constituição, Desenvolvimento Científico como Forma de Inclusão Social: Moldura e Limites.** Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 87, p. 11-30, 2014.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional.** 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 31ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

CANOTILHO. José Jorge Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Editoral Trotta, 2001.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa.** 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

GRANDONA, Mariano. **La corrupción.** 3ª ed. Argentina: Editorial Planeta Argentina, 1993.

HABERMAS, Jürgen. **As objeções de Hegel a Kant também se aplicam à ética do discurso?** In: Comentários à ética do discurso. Tradução de G. L. Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil.** 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática.** Tradução de V. Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre, 2002.

LUÑO, Antônio Henrique Pérez. **Derechos humanos, estado e derecho y constituición**. 10ª ed. Sevilha: Editora Tecnos, 2017.

MARTINO, Antônio A. **Foro político.** Revista Del Instituto de Ciencias Políticas. Universidad Del Musel Social Argentino. Vo. XII, 1994.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

NIETO, Alejandro, **Corrupción en la España democrática.** Barcelona: Editora Ariel, 1997.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na constituição de 1988 – estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais.** São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

PEREIRINHA, José; MATOS, Madalena. **Pobreza em Portugal.** Lisboa: Caritas. DEEP – Departamento de Estatística, Estudos e Planejamento do MSSS, 1992.

QUEIROZ, Roberlei A.; COSTA, Ilton Garcia. **A Efetividade Constitucional do Princípio da Inclusão Social.** *In*: Gina Vidal Marcilio Pompeu; Lorena de Melo Freitas; Saulo José Casali Bahia. (Org.). Direitos Humanos e Efetividade: Fundamentação e Processos Participativos. 1ed. Florianópolis: Conpedi, 2016, v. 1.

ROSANVALLON, P. **La cris de uetat providenc.** Paris: Seuil, 1995.

SANTIN, Valter Foleto. **Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime.** 2ª ed. - São Paulo: Editora Verbatim, 2013.

SANTOS. Fábio Eulálio dos. **A fundamentação da moral em Jurgen Habermas.** Dissertação de mestrado – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas. Universidade Federal de Minas Gerais. Minas Gerais, 2007. Disponível em:

http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/ARBZ-7FYNVR/disserta__o_fabio_eul_lio_dos_santos.pdf?sequence=1. Acesso em 12 de mar. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STF. **MS nº 27141 MC/DF.** Relator: Celso de Mello.

TODARELLO, Guilhermo Ariel. **Corrupción administrativa y enriquecimiento ilícito.** 1 ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2008.