

Direito fundamental ao governo honesto

José Rubens Plates

Procurador da República em Ji-Paraná, Rondônia.

Resumo: O presente artigo propõe que o direito ao governo honesto seja analisado como direito fundamental. Inicialmente, traça um panorama acerca dos direitos fundamentais, suas características e dimensões sob as quais são estudados. Em seguida, avança na teoria dos deveres de proteção, da qual se extrai o postulado da proibição da proteção deficiente dos direitos fundamentais. Além disso, fundamenta o posicionamento de que o direito ao governo honesto, em vez de ser enquadrado meramente como um direito subjetivo, deve ser considerado direito fundamental. Prosseguindo, pontua as diversas manifestações do direito fundamental ao governo honesto no ordenamento jurídico nacional e internacional, dando especial destaque à Lei de Improbidade Administrativa. Finalmente, conclui, conceituando e justificando o enquadramento do direito ao governo honesto no rol de direitos fundamentais.

Palavras-chave: Direito ao governo honesto. Catálogo de direitos fundamentais. Proibição da proteção deficiente. Lei de Improbidade Administrativa.

Abstract: This article proposes that the right to honest government be considered as a fundamental right. First, describes a viewpoint about fundamental rights, its characteristics and dimensions based in its studies. Then advances in the theory of protective duties, from which is extracted the postulate of the prohibition of defective protection of fundamental rights. Furthermore, justify the emplacement of the right to honest government, instead of being framed merely a subjective right, should be considered a fundamental right. Continuing, it points the various manifestations of the fundamental right to honest government in the national and international legal system, with special emphasis on the Law of Administrative Improbability. Finally, it concludes, conceptualizing and justifying the framework of the right to honest government in the list of fundamental rights.

Keywords: Right to honest government. Catalogue of fundamental rights. Prohibition of defective protection. Law of Administrative Improbability.

Sumário: 1 Direitos fundamentais. 1.1 Proibição da proteção deficiente dos direitos fundamentais. 2 Direito ao governo honesto como categoria dos direitos fundamentais. 3 Manifestações do direito fundamental ao governo honesto no ordenamento jurídico. 3.1 Lei de Improbidade Administrativa (vinte anos de vigência). 4 Conclusões.

[...]

É, a gente quer viver pleno direito

A gente quer é ter todo respeito

A gente quer viver uma nação

A gente quer é ser um cidadão

É, é, é, é, é, é, é, é, é¹

1 Direitos fundamentais

Um dos pilares do constitucionalismo moderno, ao lado da teoria dos princípios, é a teoria dos direitos fundamentais.

Direitos fundamentais são caracterizados por titularizarem todo indivíduo pela simples condição de sua humanidade, visando a proteção da liberdade e da dignidade. Recebem, também, outras denominações, tais como direitos naturais, direitos do homem, direitos humanos, direitos universais, liberdades públicas, liberdades fundamentais etc.

Pensamento comum entre os estudiosos é que não existe um conceito único para direitos fundamentais. Cada escola tenta, a seu modo e a seu tempo, atribuir conceito e significado para o termo.

1 Trecho da música “É”, de Gonzaguinha.

Para Moraes (1997, p. 39), a expressão “direitos fundamentais” assume o seguinte conceito:

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana pode ser definido como direitos humanos fundamentais.

Por outro lado, Vilhena (2006, p. 36) afirma:

“Direitos fundamentais” é a denominação comumente empregada por constitucionalistas para designar o conjunto de direitos da pessoa humana expressa ou implicitamente reconhecidos por uma determinada ordem constitucional. A Constituição de 1988 incorporou esta terminologia para designar sua generosa carta de direitos. Embora incorporados pelo direito positivo, os direitos fundamentais continuam a partilhar de uma série de características com o universo moral dos direitos da pessoa humana. Sua principal distinção é a positividade, ou seja, o reconhecimento por uma ordem constitucional em vigor.

Um ponto comum na quase totalidade das definições de “direitos fundamentais” é a consagração da liberdade e da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, conclui-se que princípios jurídicos de grande envergadura que venham a tutelar tais valores (liberdade e dignidade humana) podem se alinhar ao conceito de direitos fundamentais, reconhecidos ou não pelo ordenamento positivo.

Quanto às características principais dos direitos fundamentais, é consenso doutrinário que são universais, imprescritíveis, inalienáveis, irrenunciáveis, invioláveis, indivisíveis, interdependentes e complementares.

Além disso, não é fácil afirmar com precisão quais direitos dos indivíduos, direitos subjetivos², são classificados como fundamentais, notadamente, quando não foram definidos expressamente pelo Constituinte.

Tais direitos (não reconhecidos expressamente como fundamentais) o constitucionalista português Canotilho (2010, p. 369-370) designa por direitos materialmente fundamentais em contraposição aos direitos formalmente constitucionais (aqueles inseridos no catálogo constitucional de direitos). A respeito leciona:

Os direitos consagrados e reconhecidos pela constituição designam-se, por vezes, direitos fundamentais formalmente constitucionais, porque eles são enunciados e protegidos por normas com valor constitucional formal (normas que têm a forma constitucional). A Constituição admite (cf. Art. 16), porém, outros direitos fundamentais constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. Em virtude de as normas que os reconhecem e protegem não terem a forma constitucional, estes direitos são chamados direitos materialmente fundamentais. Por outro lado, trata-se de uma “norma de *fattispecie* aberta’, de forma a abranger, para além das positivações concretas, todas as possibilidades de direitos que se propõe no horizonte da acção humana. Daí que os autores se refiram também aqui ao princípio da não identificação ou da cláusula aberta. Problema é o de saber como distinguir, dentre os direitos sem assento constitucional aqueles com dignidade suficiente para serem considerados fundamentais. A orientação tendencial de princípio é a de considerar como direitos extraconstitucionais materialmente fundamentais os direitos equiparáveis pelo seu objecto e importância aos diversos tipos de direitos formalmente fundamentais. Neste sentido, o âmbito normativo do art. 16 alarga-se ou abre-se a todos os direitos fundamentais e não, como já se pretendeu, a uma certa categoria deles – os direitos liberdades e garantias.

2 Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 369-370), direito subjetivo é “o poder que a ordem jurídica confere a alguém de agir e de exigir de outrem determinado comportamento. É, portanto, o meio de satisfazer interesses humanos e deriva do direito objetivo, nascendo com ele”.

Frise-se, ainda, que os direitos fundamentais, ao lado de sua configuração subjetiva, possuem uma dimensão objetiva que, refletindo os valores fundamentais da ordem jurídica, irradia seus efeitos sobre toda ela. A respeito Sarmento (2003, p. 253-254) discorre:

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais liga-se ao reconhecimento de que tais direitos, além de imporem certas prestações aos poderes estatais, consagram também os valores mais importantes em uma comunidade política, constituindo, como afirmou Konrad Hesse, “as bases da ordem jurídica da coletividade”. Nessa linha, quando se afirma a existência desta dimensão objetiva pretende-se, como registrou Vieira de Andrade, “fazer ver que os direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto faculdades ou poderes de que estes são titulares, antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe a prosseguir.

[...]

Fala-se, assim, de uma dupla dimensão dos direitos fundamentais, porque estes constituem, simultaneamente, fonte de direitos subjetivos que podem ser reclamados em juízo e as bases fundamentais da ordem jurídica, que se expandem para todo o direito subjetivo.

Nessa concepção, portanto, direitos fundamentais, além de representarem posições jurídicas de vantagens dos indivíduos (exigíveis), refletem valores essenciais da ordem jurídica, gozando de destacada estatura.

Dessas características e dimensões expostas é que resultam o interesse e a importância de se catalogar determinado interesse juridicamente protegido como direito fundamental.

1.1 Proibição da proteção deficiente dos direitos fundamentais

Há que se dizer, ainda, que a doutrina mais moderna, fundada na ciência jurídica alemã, distingue, quanto à proteção dos direitos fundamentais pelo Estado, a vedação do excesso (*Übermassverbot*) e

a proibição da proteção deficiente ou insuficiente (*Untermassverbot*). Tais vertentes são, respectivamente, dimensões negativa e positiva do princípio da proporcionalidade e regulam, como dito, a exata proteção dos direitos fundamentais.

Sobre o assunto, Mendes (1999, vol. 2) sustenta:

A jurisprudência da Corte Constitucional alemã acabou por consolidar entendimento no sentido de que do significado objetivo dos direitos fundamentais resulta o dever do Estado não apenas de se abster de intervir no âmbito de proteção desses direitos, mas também de proteger esses direitos contra a agressão ensejada por atos de terceiros.

Essa interpretação do *Bundesverfassungsgericht* empresta, sem dúvida, uma nova dimensão aos direitos fundamentais, fazendo com que o Estado evolua da posição de “adversário” (*Gegner*) para uma função de guardião desses direitos (*Grundrechtsfreund oder Grundrechtsgarant*).

É fácil ver que a ideia de um dever genérico de proteção fundado nos direitos fundamentais relativiza sobremaneira a separação entre a ordem constitucional e a ordem legal, permitindo que se reconheça uma irradiação dos efeitos desses direitos (*Austrahlungswirkung*) sobre toda a ordem jurídica.

Assim, ainda que se não reconheça, em todos os casos, uma pretensão subjetiva contra o Estado, tem-se, inequivocamente, a identificação de um dever deste de tomar todas as providências necessárias para a realização ou concretização dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbot*), mas também uma proibição de omissão (*Untermassverbot*).

Relacionado ao assunto, Fischer (2010, p. 48) leciona:

Em síntese, do garantismo penal integral decorre a necessidade de proteção de bens jurídicos (individuais e também coletivos) e de proteção ativa dos interesses da sociedade e dos investigados e/ou

processados. Integralmente aplicado, o garantismo impõe que sejam observados rigidamente não só os direitos fundamentais (individuais e coletivos), mas também os deveres fundamentais (do Estado e dos cidadãos), previstos na Constituição. O Estado não pode agir desproporcionalmente: deve evitar excessos e, ao mesmo tempo, não incorrer em deficiências na proteção de todos os bens jurídicos, princípios, valores e interesses que possuam dignidade constitucional, sempre acorrentado à proporcionalidade quando necessária a restrição de algum deles. Qualquer pretensão a prevalência indiscriminada apenas de direitos fundamentais individuais implica – ao menos para nós – uma teoria que denominamos de garantismo penal hiperbólico monocular: evidencia-se desproporcionalmente (hiperbólico) e de forma isolada (monocular) a necessidade de proteção apenas dos direitos fundamentais individuais dos cidadãos, o que, como visto, não é e nunca foi o propósito único do garantismo penal integral.

Em decisão paradigmática, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a aplicabilidade do subprincípio da proibição da proteção deficiente. Confira-se:

Habeas corpus. Porte ilegal de arma de fogo desmuniada. (A) tipicidade da conduta. Controle de constitucionalidade das leis penais. Mandatos constitucionais de criminalização e modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal. Crimes de perigo abstrato em face do princípio da proporcionalidade. Legitimidade da criminalização do porte de arma desmuniada. Ordem denegada.

1. Controle de constitucionalidade das leis penais. 1.1. Mandatos Constitucionais de Criminalização: A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição

do excesso (*Übermassverbote*), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. 1.2. Modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade: Podem ser distinguidos 3 (três) níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã: a) controle de evidência (*Evidenzkontrolle*); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*); c) controle material de intensidade (*intensivierten inhaltlichen Kontrolle*). O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais. [...]³

Nesse sentido, verifica-se que o Estado brasileiro não pode proteger de forma deficiente, tacaña, os direitos tidos por fundamentais. Pelo contrário, todas as medidas legislativas, administrativas e institucionais devem ser tomadas para se garanti-los e efetivá-los.

2 Direito ao governo honesto como categoria dos direitos fundamentais

O direito ao governo honesto constitui corolário da cidadania e representa o direito de todas as pessoas que participam da comu-

3 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. HC n. 104.410 – RS. Rel. Min. Gilmar Mendes. Data do julgamento: 6 mar. 2012. In: *DJe* 27 mar. 2012.

nidade política a ter suas instituições públicas administradas sob os atributos da honestidade, da boa-fé, da lisura, da impessoalidade, da moralidade e da legalidade.

Não se trata de faculdade específica ou determinada, mas sim de um complexo de direitos e garantias que reúne todas as prerrogativas que o indivíduo tenha para poder exigir a probidade e a lisura na administração pública.

Na doutrina, Meirelles (1990, p. 674) fez menção ao direito ao governo honesto da seguinte forma:

A ação popular é um instrumento de defesa dos interesses 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 direto e imediato da ação não é o autor popular; é o povo, titular do direito subjetivo ao Governo honesto.* Tem fins preventivos e repressivos da atividade administrativa lesiva do patrimônio público, assim entendidos os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético ou histórico. A própria lei regulamentadora indica os sujeitos passivos da ação e aponta casos em que a ilegalidade do ato já faz presumir a lesividade ao patrimônio público, além daqueles em que a prova fica a cargo do autor popular. O processo, a intervenção do Ministério Público, os recursos e a execução da sentença acham-se estabelecidos na própria Lei n. 4.717/1965. A norma constitucional isenta o autor popular, salvo comprovada má-fé, de custas e de sucumbência. [grifo nosso]

A propósito do direito ao governo honesto, em decisão magistral, o Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, assim o descreveu, *ipsis verbis*:

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 dema-

siado reconhecê-lo – *traduz uma prerrogativa insuprimível da cidadania*⁴.
[grifo nosso]

Sobre o assunto, segue interessante trecho de decisão judicial⁵:

É certo, ainda, que os administrados têm para si o direito subjetivo a uma administração honesta, eficiente e acordada para os problemas resultantes do dinamismo da evolução sócio-cultural. Não por outro motivo o estabelecimento de uma série de princípios e disposições atinentes às atividades da administração e, por consequência, as respectivas sanções pelo não atendimento daquele direito subjetivo mencionado em favor do administrado.

Tamanha a importância do tema que até mesmo o Papa João Paulo II⁶ pronunciou-se sobre o assunto:

101. No âmbito político, deve-se assinalar que a veracidade nas relações dos governantes com os governados, a transparência na Administração Pública, a imparcialidade no serviço das instituições públicas, o respeito dos direitos dos adversários políticos, a tutela dos direitos dos acusados face a processos e condenações sumárias, o uso justo e honesto do dinheiro público, a recusa de meios equívocos ou ilícitos para conquistar, manter e aumentar a todo o custo o poder são princípios que encontram a sua raiz primária – como também a sua singular urgência – no valor transcendente da pessoa e nas exigências morais objetivas de governo dos Estados. Quando aqueles deixam de ser observados, esmorece o próprio fundamento da convivência política e toda a vida social fica progressivamente comprometida, ameaçada e voltada à sua disposição.

O direito ao governo honesto, por visar, também, à tutela da liberdade e da dignidade humana, pode ser catalogado como

4 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 27141 MC/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Data do julgamento: 22 fev. 2008. IN: *DJe* 27 fev. 2008.

5 Decisão proferida pela MM^a. Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo Ana Carolina Vaz Pacheco de Castro em 5 nov. 2007. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 14 maio 2012.

6 Encíclica *Veritatis Splendor*. Versão em português disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_06081993_veritatis-splendor_po.html>. Acesso em: 13 jun. 2012.

direito fundamental, a atrair todo o seu regime privilegiado de proteção (cláusula pétrea⁷, dimensão objetiva, eficácia irradiante, proibição da proteção deficiente etc.).

Embora não expresso nesses termos na Constituição Federal, o direito ao governo honesto tem por fundamento princípios e regras dela extraídos. Cabe lembrar, ainda, a existência da cláusula de abertura a novos direitos fundamentais constante do seu art. 5º, §2º⁸.

Referido direito deriva do princípio republicano, inscrito no art. 1º, *caput*, da Constituição Federal, bem como da cidadania e da dignidade humana, consideradas fundamentos da República pelos incisos II e III do aludido artigo.

Além disso, encontra esteio em outras regras do mesmo texto constitucional, tais como as inscritas no art. 37º e parágrafos. Por sua vez, no art. 14, § 9º, prescreve-se que a lei complementar esta-

7 “Art. 60.

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

IV – os direitos e garantias individuais.”

8 “Art. 5º [...] § 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.”

9 “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 1º - A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998)

[...]

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998)

belecerá outros casos de inelegibilidade, a fim de proteger a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato.

A Constituição do Estado de Minas Gerais estabelece no art. 73 que “A sociedade tem direito a governo honesto, obediente à lei e eficaz”.

No âmbito internacional, o Brasil, em 9 de dezembro de 2003, na cidade de Mérida (México), assinou a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, que foi promulgada por meio do Decreto n. 5.687/2006. Tem como finalidades precípuas: a) promover e fortalecer as medidas para prevenir e combater mais eficaz e eficientemente a corrupção; b) promover, facilitar e apoiar a cooperação internacional e a assistência técnica na prevenção e na luta contra a corrupção, incluída a recuperação de ativos; e c) promover a integridade, a obrigação de render contas e a devida gestão dos assuntos e dos bens públicos.

A mencionada Convenção prescreve, num considerando

Tendo presentes também os princípios de devida gestão dos assuntos e dos bens públicos, equidade, responsabilidade e igualdade perante a lei, assim como a necessidade de salvaguardar a integridade e fomentar uma cultura de rechaço à corrupção;

No âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), o País assinou, em 29 de março de 1996, a Convenção Interamericana

III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998)

§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

§ 5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.”

contra a Corrupção em Caracas (Venezuela). No Brasil, foi promulgada pelo Decreto n. 4.410/2002.

Verifica-se, assim, que, apesar de reconhecido pelo Direito brasileiro, o direito ao governo honesto vinha sendo tratado como direito subjetivo, ou seja, tradutor de mera faculdade do indivíduo, ou, ainda, interesse juridicamente protegido, passível de ser exigido em juízo.

No entanto, considerando o atual desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais e do Direito Administrativo, é necessária a compreensão do direito ao governo honesto como direito fundamental.

Além de direito fundamental, o governo honesto é de direito de natureza difusa por pertencer à coletividade como um todo. A respeito, Martins Júnior (2006, p. 91-94) discorre, *ipsis verbis*:

20. *A natureza difusa do direito à moralidade administrativa e a sua transindividualidade.* Por dimensão estrutural, a moralidade administrativa é um valor socialmente difundido e, por isso, pertence a toda a coletividade, indivisível e indeterminadamente, integrando o patrimônio social, como pondera Lúcia Valle Figueiredo, garantindo o direito subjetivo público a uma Administração Pública honesta, pois, na medida em que se estabelece e se desenvolve, impõe limites e apresenta redutores à discricionariedade administrativa, ao desvio de poder, à desonestidade, à deslealdade, implantando uma rede de proteção ética destinada à sublimação das regras de boa administração.

[...]

A proteção jurídica brasileira dos direitos e interesses metaindividuais abrange a tutela da moralidade e da probidade administrativas. A moralidade administrativa é considerada interesse difuso por excelência, cujo titular é a coletividade. A probidade, dever decorrente da moralidade, segue a mesma natureza (indivisibilidade e indisponibilidade) e tem a mesma titularidade.

Desse modo, por possuir natureza difusa, o direito ao governo honesto tem características de direito fundamental de terceira geração/dimensão (direitos de solidariedade ou de fraternidade). Pode ser defendido em juízo tanto coletiva como individualmente.

3 Manifestações do direito fundamental ao governo honesto no ordenamento jurídico

São inúmeros os diplomas normativos e institutos jurídicos que concretizam, no direito positivo, o direito fundamental ao governo honesto.

A esse respeito, Martins Júnior descreve (2006, p. 11-12):

A efetiva proteção da observância de valores éticos e morais da Administração Pública começa, pois, por uma preservação eficaz desses valores, que deve ser alcançada por instrumentos juridicamente concebidos com essa finalidade. O ordenamento jurídico brasileiro conta, é verdade, com vários meios dispostos nos princípios e nas regras jurídicas que estruturam um arcabouço próprio para a tutela da probidade administrativa (p. ex., a repressão aos crimes contra a Administração Pública no CP e na legislação penal extravagante; a responsabilidade pela prática de infrações político-administrativas previstas na CF; a elaboração de um código ética da Administração Pública; a legislação eleitoral direcionada a coibir o abuso de poder político; a ação popular constitucional para anulação de atos lesivos à moralidade administrativa e ao patrimônio público e o consequente ressarcimento do dano; e a instituição de sanções contra os atos de improbidade administrativa), sem prejuízo de toda a legislação administrativa, sempre preocupada (licitações e contratos administrativos, procedimento administrativo, como exemplos) com a tutela da probidade administrativa.

Primeiramente, o Código Penal (Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940) dispõe, no Título XI, sobre crimes contra a Administração Pública. Partindo-se do princípio de que o Direito Penal visa tutelar os bens jurídicos mais relevantes da sociedade, o legislador penal brasileiro alçou, tanto no referido Código quanto

em diversas leis especiais, o direito ao governo honesto como bem jurídico digno de especial proteção.

Em 29 de junho de 1965, foi editada a Lei de Ação Popular (Lei n. 4.717), que pode ser proposta para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos estados, dos municípios, bem como de suas entidades da administração indireta.

Por sua vez, em 1993, visando propiciar o melhor negócio para a Administração Pública bem como garantir a isonomia entre os particulares, foi editada a Lei n. 8.666, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública.

Em 24 de janeiro de 1999, veio à baila a Lei n. 9.784, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Nesse diploma, destaca-se o disposto no art. 2^o¹⁰, que informa os princípios orientadores.

10 “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

[...]

IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;

V - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição;

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;

[...]

VIII - observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;

[...]

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.”

Recentemente, em 18 de novembro de 2011, foi editada a Lei n. 12.527, que regula o acesso à informação pública. Nela destaca-se o disposto no seu art. 3^o¹¹, que traça as diretrizes.

Assim, como corolário do direito fundamental ao governo honesto, o Estado brasileiro adotou, no seu plano jurídico, uma verdadeira cruzada contra a corrupção pública, posicionamento esse que já sustentamos em outro trabalho intitulado “Controle Concomitante dos Atos Administrativos pelo Ministério Público como Instrumento de Combate à Corrupção¹²”.

Portanto, verifica-se que o direito fundamental ao governo honesto encontra-se espreado em diversos mecanismos legais e institucionais brasileiros, corroborando a tese da eficácia irradiante dos direitos fundamentais.

3.1 Lei de Improbidade Administrativa (vinte anos de vigência)

Como principal instrumento de defesa da probidade e da moralidade administrativa, destaca-se no ordenamento jurídico

11 “Art. 3^o Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes:
I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção;
II - divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações;
III - utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação;
IV - fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública;
V - desenvolvimento do controle social da administração pública.”

12 Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11492/o-controlado-concomitante-dos-atos-administrativos-pelo-ministerio-publico-como-instrumento-de-combate-a-corrupcao>>. Acesso em: 5 jun.2012.

brasileiro a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992¹³, chamada Lei de Improbidade Administrativa. Em 20 anos de vigência, tem sido o principal instrumento normativo utilizado pela sociedade brasileira, em especial pelo Ministério Público, para expurgar dos quadros públicos as chagas da corrupção.

A referida lei cataloga os atos de improbidade administrativa em três categorias, a saber: a) que importam enriquecimento ilícito; b) que causam prejuízo ao Erário; e c) que atentam contra os princípios da Administração Pública (arts. 9º a 11), também prevê as seguintes penalidades: perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; ressarcimento integral do dano; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos; pagamento de multa civil; e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente (art. 12).

A respeito de sua qualidade técnica, confira-se menção de Garcia (2008, p. 31):

Na senda das medidas anticorrupção adotadas no plano internacional, inúmeros países têm redimensionado seus sistemas de combate à corrupção. *No Brasil, foi editada a Lei de Improbidade Administrativa, de 2 de junho de 1992, diploma singular e sem paralelo no mundo.*
[grifo nosso]

Quanto ao conteúdo da lei ora analisada, Garcia (2008, p. 174) leciona:

A Lei n. 8.429/1992 é composta de vinte e cinco artigos, podendo ser subdividida da seguinte forma: a) arts. 1º, 2º e 3º – sujeitos dos atos de improbidade; b) arts. 4º, 5º e 6º – dever jurídico de observar os princípios regentes da atividade estatal, de não causar dano

13 EMENTA: “Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências”.

ao patrimônio público e de não enriquecer ilícitamente; c) art. 7º – possibilidade de indisponibilidade dos bens do ímprobo e a legitimidade do Ministério Público para requerê-la em juízo; d) art. 8º – responsabilidade patrimonial dos sucessores do ímprobo; e) arts. 9º, 10 e 11 – tipologia dos atos de improbidade; f) art. 12 – sanções cominadas; g) art. 13 – obrigatoriedade de todos os agentes públicos apresentarem declaração de bens; h) arts. 14 e 15 – procedimento administrativo para apuração dos atos de improbidade; i) arts. 16 e 17 – disposições processuais relativas às medidas cautelares e à ação principal passíveis de serem ajuizadas em face do ímprobo; j) art. 18 – ente a quem reverterão os bens retirados do ímprobo ou a indenização paga por este; l) art. 19 – tipo penal em que incorrerá aquele que formular representações cujo conteúdo souber ser inverídico; m) art. 20 – momento de eficácia das sanções e possibilidade de afastamento cautelar do agente de seu cargo; n) art. 21 – irrelevância da ocorrência de dano e do fato de serem aprovadas as contas do agente pelo Tribunal de Contas para fins de aplicação da Lei n. 8.429/1992; o) art. 22 – providências a serem adotadas pelo Ministério Público; p) art. 23 – lapso prescricional para o ajuizamento de ações em face do ímprobo; q) art. 24 – vigência da lei; r) art. 25 – revogação das disposições em contrário.

A respeito de sua importância, confirmam-se colocações do Ministro Ayres Brito, Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça – CNJ (proferidas no Seminário de Probidade Administrativa¹⁴):

A Lei de Improbidade Administrativa é uma lei revolucionária, porque ela modifica para melhor a nossa cultura. Afinal, é preciso rimar erário com sacrário, o que é o propósito dessa lei.

[...]

Nós estamos combatendo com muito mais eficácia os desvios de conduta e o enriquecimento ilícito às custas do poder público, a

14 Seminário de Probidade Administrativa, promovido pelo CNJ em comemoração aos 20 anos da Lei n. 8.429/1992. Lei de Improbidade Administrativa é revolucionária, diz Ayres Brito. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-31/lei-improbidade-administrativa-revolucionaria-ayres-brito>>. Acesso em: 31 maio 2012.

partir da priorização da pauta de julgamentos de ações de combate a esse tipo de assalto ao erário, acrescentou Britto.

[...]

A Lei de Improbidade Administrativa está fazendo 20 anos, e nós devemos celebrar esses 20 anos como uma revolução no Direito brasileiro. Trata-se do mais denso e importante conteúdo do princípio da moralidade, do decoro e da lealdade. [grifo nosso]

Ainda a respeito da mencionada lei, Roberto Gurgel, Procurador-Geral da República e Presidente do Conselho Nacional do Ministério Público, declarou (no evento mencionado)¹⁵:

A corrupção, a improbidade administrativa, o enriquecimento ilícito de agente públicos ocorrem em todas as nações. O que diferencia umas das outras são as consequências e a forma de enfrentamento desses delitos.

[...]

O Ministério Público e a magistratura têm a obrigação de encarar esses problemas que vem afetando gravemente a sociedade brasileira com absoluta prioridade, buscando o aprimoramento do sistema de Justiça para alcançar maior celeridade nos julgamentos das ações penais e ações civis de improbidade administrativa

[...]

Ainda discute-se se a natureza da Lei é penal ou civil, se os agentes políticos que estão sujeitos à Lei dos Crimes de Responsabilidade também o estão à Lei de Improbidade Administrativa, e, ainda, se estes mesmos agentes políticos, que gozam de foro por prerrogativa de função para as ações penais, podem ou não ser demandados em primeiro grau.

[...]

Parece difícil negar que a indefinição em relação a esses pontos de tamanha importância acaba sendo influenciada pelo fato de a Lei cuidar de assuntos relacionados, em muitos casos, a pessoas de elevado poder econômico ou político.

15 Disponível em: <<http://www.noticias.pgr.mpf.gov.br>>. Acesso em: 1º jun. 2012.

[...]

O Brasil é um país marcado por seus paradoxos e não seria diferente no combate à corrupção. De um lado, a dificuldade de acesso a informações básicas e a pouca efetividade na punição e na recuperação de ativos, e, de outro lado, o pujante projeto de transparência pública que caminha fortemente rumo ao modelo de dados abertos.

[...]

O Ministério Público não está afastado desse esforço, criando ferramentas para agilizar a análise de dados bancários, além de um trabalho preventivo, com a divulgação na internet de recursos distribuídos pela União. Nesse sentido, *a Lei de Improbidade Administrativa é ferramenta essencial no combate à corrupção e, apesar das persistências das dúvidas na aplicação da lei e de sua subutilização em alguns estados, sua edição representa um grande avanço no combate à corrupção.* [grifo nosso]

Portanto, a Lei de Improbidade Administrativa, que já serve para vasta produção bibliográfica, constitui relevante marco na defesa do patrimônio público, bem como na efetivação do direito fundamental ao governo honesto, cuja utilização deve sempre ser preconizada e aprimorada.

4 Conclusões

Conclui-se, assim, que, apesar de reconhecido pelo Direito brasileiro, o direito ao governo honesto vinha sendo tratado como direito subjetivo, ou seja, tradutor de mera faculdade do indivíduo, ou ainda, interesse juridicamente protegido.

No entanto, considerando o atual desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais e da teoria dos deveres de proteção, faz-se necessário que as reflexões acerca do direito ao governo honesto mereçam consideração doutrinária sob a ótica dos direitos fundamentais.

Tal direito constitui corolário da cidadania e representa o direito de todas as pessoas que participam da comunidade política

a ter suas instituições públicas administradas sob os atributos da honestidade, da boa-fé, da lisura, da impessoalidade, da moralidade e da legalidade. Encontra-se presente em diversos mecanismos legais e institucionais, estando irradiado pelo ordenamento jurídico nacional e internacional.

No plano interno, assume papel de destaque a Lei de Improbidade Administrativa que, em vinte anos de vigência, tem sido considerada um revolucionário instrumento de defesa do patrimônio público e de concretização do direito fundamental ao governo honesto.

Assim, por visar também à proteção da liberdade e da dignidade humana e ser titularizado por todas as pessoas (natureza difusa), o direito ao governo honesto deve ser colocado no patamar dos direitos fundamentais, agasalhando todo seu regime especial de proteção (como, por exemplo, cláusula pétrea, dimensão objetiva, eficácia irradiante, proibição da proteção deficiente etc.).

Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. HC n. 104.410-RS. Relator min. Gilmar Mendes. Data do julgamento: 6 mar. 2012. *In: DJe* 27 mar. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS n. 27141 MC/DF. Relator Celso de Mello. Data do julgamento: 22 fev. 2008. *In: DJe* 27 fev. 2008.

CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELA, Eduardo. *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantismo no Brasil*. Salvador: JusPodivm, 2010.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério P. *Improbidade administrativa*. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GONÇALVES, Carlos R. *Direito civil brasileiro 1: Parte Geral*, São Paulo: Saraiva, 2003.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

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

MENDES, Gilmar F. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Jurídica Virtual*. Brasília, vol. 2, n. 13, junho/1999.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral*. São Paulo: Atlas, 1997.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VILHENA, Oscar; SCABIN, Flávia. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006.