

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

TEORIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

SÉRGIO URQUHART DE CADEMARTORI

RUI DECIO MARTINS

THIAGO LOPES DECAT

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teorias dos direitos fundamentais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/
FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Sérgio Urquhart de Cademartori, Rui Decio Martins, Thiago Lopes Decat –
Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-138-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direitos fundamentais.

I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 :
Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

TEORIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Apresentação

A publicação que ora apresentamos é o resultado dos trabalhos concentrados no grupo de Teoria dos Direitos Fundamentais, da 24ª edição do CONPEDI. A transversalidade das questões relativas a direitos fundamentais, aliada à relevância prática destas questões e ao tratamento teórico/racional que o tema tem angariado na academia jurídica pátria, explica a diversidade de temas e enfoques presentes nos textos deste volume. Aliando reflexões sobre a fundamentação dos Direitos Fundamentais, sua efetivação e aplicação em contextos diversos, esta obra exerce a importante função de divulgação acadêmica de como o campo jurídico, nos termos de Bourdieu, elabora sua compreensão desta importante classe de direitos subjetivos, na sua função ao mesmo tempo condicionadora do exercício dos demais direitos e contramajoritária. Em constante tensão produtiva com a soberania popular, e equiprimordial em relação a ela, o conjunto dos direitos fundamentais articula a proteção da autonomia privada com a autonomia pública constitutiva da soberania popular, de modo a fornecer o conteúdo mínimo daquilo que se chama hoje de estado democrático de direito. Neste sentido, os direitos fundamentais e o conceito conexo de dignidade, ainda hoje próximo de suas raízes kantianas, pode ser compreendido como topos inevitável da teoria do direito, mesmo que a densificação de seu conteúdo para além dos critérios formalistas/procedimentais kantianos e liberais remeta necessariamente, em sociedades pluralistas e postradicionais, a uma teoria da argumentação. Esta é a razão pela qual não se poderia deixar de incluir no título do grupo de trabalhos que deu origem a esta publicação a questão epistemológica de que tipo de teoria seria apropriada para a concreção do sentido destes direitos em contextos concretos de ação. Os trabalhos que integram a obra tratam de todas estas questões, abordando assuntos que vão desde o tipo de teorias apropriadas para lidar com o tema, passando pela Dignidade da Pessoa Humana, Estado democrático de Direito, a prioridade da proteção das crianças e adolescentes, a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, o princípio da laicidade, a concretização tardia do valor iluminista da solidariedade, os direitos da personalidade, a história e a terminologia dos direitos humanos, os direitos humanos na declarações de direitos, a relação entre direitos humanos e o trânsito à modernidade, constitucionalização simbólica e direito de reunião, a contraposição entre a relatividade dos direitos humanos e a ideia de um núcleo conceitual invariável de tais direitos, direito à informação e liberdade de expressão, proibição administrativa, a teoria dos princípios jurídicos, rumos possíveis do processo histórico de compreensão dos direitos humanos, a ideia de ponderação de princípios, a tensão entre direitos humanos e elementos identitários nas práticas sociais de

povos tradicionais até a teoria dos limites aos limites dos direitos fundamentais. Acreditamos que tal diversidade, em vez de revelar ausência de sistematicidade nas reflexões sobre os direitos fundamentais, expõe um dos pilares de toda investigação científica digna deste nome: a liberdade no pensar e a apropriação dos conceitos para reflexões próprias, característica de pesquisadores e de um campo do saber verdadeiramente emancipados.

O PRINCÍPIO DA ADMINISTRAÇÃO PROBA COMO DIREITO FUNDAMENTAL À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

THE PRINCIPLE OF HONEST ADMINISTRATION AS A FUNDAMENTAL RIGHT IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM WAY

Oswaldo Resende Neto

Resumo

Este trabalho parte da hipótese de que os frequentes escândalos de corrupção desencadearam um movimento social e institucional para adoção de medidas mais eficazes de combate à corrupção. Essa pretensão é analisada sob o aspecto histórico-evolutivo das dimensões dos direitos fundamentais, com a inserção do direito à administração proba nesse contexto. Também são apresentadas brevemente algumas considerações históricas sobre a corrupção no Brasil e marcos relevantes, como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Desse modo, esse trabalho passa a examinar a demanda concreta pelo respeito à uma administração proba, bem como a admissibilidade jurídica da sua reformulação de princípio constitucional setorial para promoção ao status de direito fundamental do homem, tendo em vista a ampliação do seu raio de atuação e do poder normativo de eficácia. O objetivo aqui empreendido é de delinear a adoção de medidas jurídicas efetivas na prevenção e repressão da malversação do erário e na boa administração pública, alocando o momento atual dentro de um cenário histórico-evolutivo do direito. Utilizando do método indutivo, foram realizadas pesquisas sistemáticas de bibliografia nacional e estrangeira, além de exploração da legislação vigente e revogada sobre o tema, para se chegar à conclusão, ao final deste trabalho, que a concepção de um direito fundamental à administração proba representa mudança de paradigma imprescindível para a concretização da dignidade humana e, concomitantemente, para resguardar a ordem jurídica pátria de instrumentos eficazes para punição efetiva aos transgressores desse postulado supraconstitucional.

Palavras-chave: Direito fundamental, Administração proba, Corrupção

Abstract/Resumen/Résumé

This article starts from the frequent corruption scandals triggered a social and institutional movement to adopt more effective measures to combat the corruption. This idea is analyzed from the aspect historical-evolutionary of the dimensions of fundamental rights, with the inclusion of the right to Administration proba in this context. They are also presented some considerations about the corruption from Brazil and important milestones such as the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen of 1789. Therefore, this work goes on to examine the demand of respect for an Administration Proba, as well as the legal admissibility of the reformulation of constitutional principle for promote the fundamental right of status of man with a view to enlarging their scope of action and effectiveness of the

regulatory power. The objective here is undertaken to outline the adoption of effective legal measures in the prevention and repression of misuse of treasury and good governance, allocating the current time within a historical and evolutionary scenario of law. The method used was the inductive, systematic research of domestic and foreign literature were performed, as well as exploration of current legislation and revoked on the issue, to conclude at the end of this work, the design of a fundamental right to Administration proba is changing the essential paradigm for the realization of human dignity and the legal order homeland of effective tools to offenders that supraconstitutionals postulate

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental right, Honest administration, Corruption

INTRODUÇÃO

O cidadão brasileiro tem acompanhado, no seu cotidiano, diversos escândalos referentes a casos de corrupção praticados por agentes públicos, agremiações político-partidárias e iniciativa privada, levando a sociedade civil e instituições públicas a um clamor por adoção de medidas eficazes que combatam a impunidade.

Essa necessidade proeminente nos dias atuais é consubstanciada pela pretensão de respeito à coisa pública, em atenção aos ditames nucleares do Estado Democrático de Direito e da própria definição etimológica de República.

São analisadas sucintamente as dimensões das teorias dos direitos fundamentais e localização do direito à administração proba nesse quadro. Também são apresentadas brevemente algumas considerações históricas sobre a corrupção no Brasil e marcos históricos.

Nesse diapasão, esse trabalho passa a examinar a demanda concreta pelo respeito ao patrimônio público material e espiritual, bem como a admissibilidade jurídica da reformulação do princípio constitucional setorial da administração proba à elevação de direito fundamental do homem, tendo em vista a ampliação do seu raio de atuação e do poder normativo de eficácia.

O objetivo aqui empreendido é delinear a adoção de medidas jurídicas eficazes na prevenção e repressão da malversação do erário e na boa administração pública, contextualizando o momento social atual dentro de um cenário histórico-evolutivo do direito.

Utilizando o método indutivo, foram realizadas pesquisas sistemáticas de bibliografia nacional e estrangeira, além de exploração da legislação vigente e revogada sobre o tema, para se chegar a uma conclusão, ao final deste trabalho, sobre algumas possíveis consequências da acepção do direito fundamental à administração proba.

1 EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: BREVES APONTAMENTOS

A teoria do direito constitucional aborda, dentre as diversas classificações existentes, a que leva em consideração o critério histórico-evolutivo. Nesse raciocínio, os direitos fundamentais são categorizados em gerações ou, como outros preferem, em dimensões¹.

¹ O discurso acerca do vocábulo mais apropriado – “dimensão” ou “geração” – para a caracterização histórico-evolutiva dos direitos fundamentais “não deslegitima a imagem metafórica e o seu inerente simbolismo, desde que, à evidência, se esteja ciente de que ela não reproduz o devir histórico dialético e dinâmico que marca a formação e reconstrução dos direitos e deveres fundamentais ao longo dos tempos” (SARLET, 2010, p. 57).

Destaca-se que cada uma das gerações ou dimensões de direitos foi erguida para atender novas demandas, surgidas paulatinamente no decorrer da história. Preciosas são as palavras de Bobbio (2004, p. 9):

... os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem – que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens – ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitação do poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor.

A evolução do homem tem demonstrado que a adoção de novos modelos de direitos é suficiente tão somente durante um certo período, de modo que, superado um espaço de tempo considerável, emergem novas necessidades, que normalmente são supridas temporariamente pela nova geração de direitos, enumerada, didaticamente pela doutrina atual, com o número ordinal subsequente.

Cada novo ciclo de gerações de direitos, que vem a salvaguardar as demandas sociais de uma fase histórica, não suprime e nem exclui os seus antecedentes. Ao contrário, amoldam-se uns aos outros, conferindo eficácia máxima aos direitos fundamentais. Por tal razão, critica-se a expressão “geração”, visto que poderia levar à equivocada conclusão de uma nova etapa seria substitutiva e supressora do período anterior, quando, na verdade, são complementares (SARLET, 2010, p. 52-53).

O historiador francês Numa Denis Fustel de Coulanges (2006, p. 15) expôs com perspicácia a importância do passado no processo evolutivo do conhecimento humano:

Felizmente, o passado nunca morre por completo para o homem. O homem pode esquecê-lo, mas continua sempre a guardá-lo em seu íntimo, pois o seu estado em determinada época é produto e resumo de todas as épocas anteriores. Se ele descer a sua alma, poderá encontrar e distinguir nela as diferentes épocas pelo que cada uma deixou gravada em si mesmo.

A seguir, serão explorados sucintamente a evolução das gerações ou dimensões de direitos.

1.1 CLASSIFICAÇÃO EVOLUTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ao se analisar a teoria dos direitos fundamentais, costuma-se remeter o leitor às lições proferidas pelo jurista tcheco-francês Karel Vasak, em sua aula inaugural de 1979, no Curso do Instituto Internacional dos Direitos Fundamentais do Homem, em Estrasburgo, na França, onde se delineou os direitos fundamentais sob um critério histórico-evolutivo, consagrando-os, pela primeira vez, em gerações² (MARMELSTEIN, 2008, p.42).

Por se tratar de um assunto amplamente debatido pelo mundo jurídico, Karel Vasak classificou os direitos fundamentais em três gerações. Os primeiros, intimamente ligados ao paradigma de liberdade clássica, traduzem uma reação à política demasiadamente invasiva do poder público, típica do regime absolutista do final do século XVIII. Nesse período, buscava-se os direitos civis e políticos no plano jurídico, em um novo modelo burguês-liberal: o Estado Liberal (SARMENTO, 2006, p. 12).

Mais adiante, foi constatado que a mera proclamação formal da liberdade nas constituições escritas se revelava insuficiente, diante das mazelas sociais trazidas pela Revolução Industrial, a partir do século XIX.

De qualquer forma, é sabido que a igualdade formal – pressuposto da liberdade – preconizada pelo Estado Liberal através da lei não assegurou a igualdade material, intensificando-se as críticas a esse modelo, cuja legitimidade foi esvaziada e provocou a busca por definições materiais do Estado de Direito. Isso reflete diretamente na interpretação – bem como no próprio conteúdo e natureza/característica – dos direitos fundamentais. (GERVASONI; LEAL, 2013, p. 957).

As péssimas condições de trabalho e o apego excessivo ao modelo liberal-burguês impulsionaram o surgimento de uma nova demanda, que veio a ser atendida pelos direitos de

² A expressão “geração” utilizada de forma inédita, no contexto apresentado, por Karel Vasak “não passa de uma forma acadêmica de facilitar a reconstrução histórica da luta pela concretização dos direitos fundamentais” (CRUZ, 2007, p. 337).

segunda geração: os direitos sociais, culturais, econômicos e coletivos³. A sua concretização exigia algo além do que a formalidade, vez que era necessária a concretude substancial da igualdade (SARLET, 2010, p. 47-48).

Pode-se dizer que as mudanças ideológicas do final do século XX, a massificação das relações de consumo, a questão ambiental e o desenvolvimento tecnológico-científico incrementaram um conteúdo complexo e até então distinto nessa novel sociedade. Mais uma vez, vicissitudes levaram ao surgimento de novos direitos.

Impende salientar, nessa fase, os direitos de terceira geração. A preocupação se deslocou do ser humano em si ou de determinada coletividade para a relação do homem com o contexto coletivo e com o meio ambiente. Surgem os direitos de solidariedade ou fraternidade e a proteção dos direitos transindividuais. Karel Vasak ainda cita o direito à paz como integrante dessa dimensão (MEDEIROS, 2004, p. 74), embora haja divergência no tocante a sua classificação.

Em relação aos direitos de quarta geração, há uma nítida divergência entre o tipo de bem jurídico e interesses tutelados por essa dimensão, acarretando, de acordo com a concepção adotada, na categorização de tipos de direitos distintos.

Para Bobbio (2004, p. 9) os direitos de quarta geração surgiram com os avanços tecnológicos no campo da engenharia genética, suscitando uma série de conflitos éticos, os quais “apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo”.

Em sentido diverso, Bonavides (2004, p. 571) afirma que “a globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração, que aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado Social”. O constitucionalista continua classificando como de quarta dimensão o direito à democracia direta, à informação e ao pluralismo.

Ademais, o acirramento progressivo do ódio entre culturas diversas, a crescente desconfiança entre nações e a nova movimentação bélica no mundo catalisados pós-ataques terroristas guiaram o constitucionalista Bonavides (2010, p. 593) a uma reflexão sobre a

³ “Os direitos fundamentais de primeira dimensão que restavam assegurados nas Constituições liberais já não eram suficientes para suprir estas carências humanas, sendo necessário o reconhecimento de novos direitos. Seriam eles os direitos fundamentais de segunda dimensão, os direitos fundamentais sociais, que visam tanto diminuir a pobreza e as desigualdades socioeconômicas, quanto a ratificar e a garantir os direitos fundamentais de primeira dimensão” (BOLESINA; LEAL, 2013, p. 15-16).

necessidade de uma quinta dimensão de direitos fundamentais, detentores de uma alta carga axiológica de universalização em seu espírito, constituída pelo direito à paz da humanidade.

Para melhor exemplificar sobre esta respeitável teoria, entende-se que o ponto nevrálgico foram os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001, ao World Trade Center e à sede do Pentágono, nos Estados Unidos da América, uma vez que impulsionaram diversas mudanças no panorama mundial, refletindo no plano político, econômico, ideológico, bélico e, dentre outros, jurídico.

Diferentemente do ensinado por Karel Vasak, que capitulava a paz como direito de terceira geração, Bonavides elege a paz como uma categoria autônoma, no intuito de lhe conferir maior relevância, qualificando-a como um supremo direito da humanidade e a relacionando com a democracia direta.

Apresentados brevemente as cinco dimensões de direitos fundamentais, no tópico subsequente serão indagadas se as possíveis mudanças sociais requerem um novo ciclo de direitos.

1.2 NOVOS ANSEIOS APÓS A REDEMOCRATIZAÇÃO DO PAÍS

Como foi dito, no decorrer da história do homem, ao menos na cultura jurídica ocidental, registra-se a evolução dos direitos fundamentais em dimensões ou gerações de acordo com o surgimento paulatino de necessidades, de forma que cada dimensão se revela suficiente e eficaz apenas por um determinado período, sendo necessário ser complementado por outras novas categorias de direitos⁴.

Ao transpor essa linha de raciocínio para a realidade jurídico brasileira, observa-se que a Constituição Cidadã de 1988 foi concebida como uma Lei Fundamental imprescindível para a ruptura do regime de exceção outrora vigente, este manifestado pela notória restrição de direitos e garantias fundamentais, bem como pela prevalência e ingerência de um Poder Executivo autoritário e antidemocrático em detrimento dos outros Poderes e dos cidadãos (PIOVESAN, 2015, p. 89-90).

⁴ Não há disputa, supressão e nem hierarquia entre as dimensões, mas sim uma relação de complementariedade. “Apesar da classificação dos direitos humanos em gerações, conforme explicitado acima, vigora nos dias atuais o princípio da indivisibilidade, o qual sustenta que não há hierarquia nem prioridade entre elas. Uma geração não pode efetivar-se sem a outra. De que adianta ter liberdade (direitos individuais – 1ª geração) sem ter saúde ou acesso à educação (direitos sociais – 2ª geração) ou um meio ambiente sadio (direito coletivo – 3ª geração)? Seria possível usufruir essa liberdade? Parece claro que não se pode realmente considerar o indivíduo isolado do mundo, posto que é na sua relação com a sociedade que o ser humano vai exercer seus direitos” (COLAÇO, 2006, p. 176).

“A Constituição de 1988 é o símbolo maior de uma história de sucesso: a transição de um Estado autoritário, intolerante e muitas vezes violento para um Estado democrático de direito” (BARROSO, 2015, p. 492).

O regime de exceção iniciado em 1964 findou-se definitivamente, na ordem jurídica, com a promulgação da Constituição Republicana, onde foram consagradas todas as cinco dimensões ou gerações de direitos fundamentais, inclusive com referência explícita à defesa da paz e solução pacífica dos conflitos, os quais, para Bonavides (2010, p. 593), são direitos fundamentais de quinta dimensão.

Inaugurada essa nova fase de redemocratização do país, criou-se uma nova realidade no panorama jurídico pátrio. A recém Constituição trouxe em seu bojo novos institutos e antigos conhecidos restaurados ou ainda repaginados, mas que presentes nesse momento para atender aos pleitos e reclamos sociais de uma população carente de direitos e garantias mínimos, tanto que combatessem invasões desarrazoadas do poder público nos direitos civis como também de promoções que assegurassem a efetividade de suas implementações.

Passados mais de duas décadas da sua existência, já é possível afirmar que houve um avanço significativo no amadurecimento das instituições públicas⁵ e na promoção de direitos e garantias individuais. Tanto que, não raro, um dos temas trazidos para os debates jurídicos é justamente a insegurança jurídica ocasionada pelo demasiado apego, sob a justificativa de promover direitos e garantias fundamentais, de ponderações principiológicas⁶ e/ou durante as implementações de ações afirmativas (política de cotas, redução da maioria penal, ativismo judicial, políticas públicas sobre inserção do homossexualismo na rede de ensino escolar etc.).

Malgrado tantos avanços na seara dos direitos fundamentais das cinco dimensões tratadas, observa-se, na realidade brasileira em específico, um problema real, evidente e,

⁵ Fala-se em amadurecimento das instituições públicas porque, mesmo em situações de crise, as soluções são procuradas dentro da legislação vigente, evitando alternativas que ensejem em promessas de soluções mágicas que contrariem as normas constitucionais e legais. Luiz Roberto Barroso (2015, p. 492) assegura que “a Constituição assegurou ao país duas décadas de estabilidade institucional. E não foram tempos banais. Ao longo desse período, diversos episódios deflagraram crises que, em outros tempos, dificilmente teriam deixado de levar à ruptura institucional. O mais grave deles terá sido a destituição, por *impeachment*, do primeiro presidente eleito após a ditadura militar, sob acusações de corrupção. Mas houve outros, que trouxeram dramáticos abalos ao Poder Legislativo, como o escândalo envolvendo a elaboração do Orçamento, a violação de sigilo do painel eletrônico de votação e o episódio que ficou conhecido como ‘mensalão’. Mesmo nessas conjunturas, jamais se cogitou de qualquer solução que não fosse o respeito à legalidade constitucional. Não há como deixar de celebrar o amadurecimento institucional brasileiro”.

⁶ Barcellos (2005, p. 185) estabelece uma relação inversamente proporcional entre princípios e segurança jurídica, ao afirmar que “quanto mais princípios existirem, maior será o grau de flexibilidade e sua capacidade de acomodar e solucionar situações imprevistas. No mesmo passo, porém, também crescerão a insegurança, em decorrência da imprevisibilidade das soluções aventadas, e a falta de uniformidade de tais soluções, com prejuízos evidentes para a isonomia”.

algumas vezes, aparentemente intransponível, que diz respeito à ineficácia dos mecanismos de combate a corrupção, que atualmente é considerado um dos assuntos mais discutidos politicamente no Brasil.

Findo o regime militar, esperava-se que o amadurecimento das instituições públicas e o restabelecimento da ordem constitucional iria ser acompanhado da redução, em concreto, das situações envolvendo infrações ligadas à corrupção ou, ao menos, da efetividade de punição dos corruptos e corruptores.

Os escândalos, quase que diários, de novos casos de corrupção envolvendo valores estratosféricos – as cifras divulgadas nos noticiários saltaram de milhões para bilhões de reais em desvio de contratos para pagamento a agentes públicos – somados à dificuldade no combate efetivo a essa modalidade de ilícito (seja na esfera administrativa, cível ou penal) estão incrementando um sentimento de revolta na população brasileira, inclusive com a eclosão cada vez mais frequente de manifestações nas ruas pela sociedade civil.

Nesse sentido, o momento atual conduz inexoravelmente à pretensão de medidas eficazes do resguardo do patrimônio público, de tal modo que leva a reflexão sobre a possível necessidade de um novo ciclo de direitos fundamentais, ou seja, se não é chegado o momento de uma nova dimensão ou geração de direitos fundamentais aptos para atender as atuais demandas.

É nessa conjectura que emerge a discussão do direito a uma administração proba como direito fundamental.

2 A ADMINISTRAÇÃO PROBA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

2.1 BREVES APONTAMENTOS ACERCA DOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A discussão da classificação do direito à administração proba como uma manifestação dos direitos fundamentais do homem, em caráter universal, inicialmente requer a remissão sobre seus precedentes históricos, notadamente aquele que veio a ser o grande marco histórico dos direitos fundamentais do homem⁷.

⁷ A análise minuciosa dos precedentes históricos mais primitivos sobre corrupção foge aos objetivos deste trabalho, motivo pelo qual se optou por adentrar no tema a partir do referencial mais bem delineado que foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Contudo, ressalva-se a existência de fases pretéritas, quais sejam:

Os chamados direitos de primeira dimensão surgiram com o desmantelamento do regime absolutista, normalmente referenciado pela doutrina com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, proclamado durante a Revolução Francesa. Embora seja utilizado como marco histórico de consagração dos direitos de primeira geração, o seu preâmbulo também havia exposição da corrupção como expressão da violação dos direitos do homem⁸.

Não é só. O art. 12 da declaração versa que a “garantia dos direitos do homem e do cidadão necessita de uma força pública. Esta força é, pois, instituída para fruição por todos, e não para utilidade particular daqueles a quem é confiada”. Portanto, a preocupação em se distinguir a coisa pública dos interesses particulares dos governantes não é acontecimento recente, estando presente expressamente na declaração (CASTRO, 2007, p.251).

Prosseguindo, explicita-se que o art. 15 do documento histórico estabelecia que “a sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração”. Neste dispositivo, observa-se nitidamente a conotação do princípio da transparência da administração pública, bem como a necessidade da prestação de contas do gestor para apreciação de sua regularidade.

Na etimologia da palavra, corrupção provém da expressão latina *corruptio*, que, por sua vez, deriva da junção dos vocábulos *cum* e *rumpo* (romper). Assim, interpreta-se literalmente como romper totalmente, ou seja, “ruptura das estruturas, de quebra daquilo que constitui o fundamento de algo” (CALIXTO, 2010, p. 17).

Essa mesma preocupação estava presente no Brasil desde a primeira Constituição Republicana de 1981, onde previa em seu art. 54, item 6º, dentre as situações tipificadas como crimes de responsabilidade cometidos pelo Presidente, a probidade da administração.

Atualmente, o art. 85 da Constituição Federal de 1988 traz um rol de infrações de responsabilidade cometidos pelo Presidente da República, que pode gerar a abertura do

1) do referencial linguístico Aristotélico; 2) do império romano; 3) da idade média; e 4) do pensamento político moderno (FILGUEIRAS, 2008, p. 29-81).

⁸ Os representantes do povo francês, reunidos em Assembleia Nacional, tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos, resolveram declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que esta declaração, sempre presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre permanentemente seus direitos e seus deveres; a fim de que os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, podendo ser a qualquer momento comparados com a finalidade de toda a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: consulta realizada no dia 10 de agosto de 2015.

processo político-administrativo de *impeachment*, dentre as causas motivadoras há os atos que atentem contra a probidade administrativa⁹ (SILVA, 2014, p. 556-557).

Regulamentado o parágrafo único do referido disposto constitucional, há a Lei n. 1.079/1950, recepcionada em grande parte pela atual Constituição. Esse diploma legal foi alterado parcialmente pela Lei n. 10.028/2000, resultando na ampliação das hipóteses previstas de infrações político-administrativas, especialmente no que concerne aos crimes contra a lei orçamentária¹⁰.

A preocupação com a probidade administrativa no Brasil assume contornos imensuráveis para a concretização dos direitos fundamentais tendo em vista que a malversação do patrimônio público remonta a própria construção embrionária da sociedade brasileira, que se manifesta com uma propensão para confusão entre a coisa pública e interesses privados, gerando prejuízo para a coletividade (SOBRANE, 2010).

Os contatos iniciais com a população indígena autóctone, quando da chegada dos portugueses em terreno brasileiro, no século XVI, vieram acompanhados de transações desarrazoadas, fundadas na exploração severa dos recursos naturais do país pelo extrativismo português em troca de objetos de valores insignificantes¹¹ e, posteriormente, na utilização da mão de obra forçada (FAUSTO, 1995). Ainda que tais fatores não possam ser qualificados tecnicamente como atos de corrupção, já demonstravam a criação de um ambiente propício para sua proliferação.

⁹ Um dos assuntos bastante noticiados pela imprensa nacional nos dias atuais diz respeito à apreciação pelo Tribunal de Contas da União de supostas irregularidades nas contas de 2014 prestadas pela presidenta da República, Dilma Rousseff, em razão das chamadas “pedaladas” fiscais. As “pedaladas” fiscais constituíram no atraso de repasse de recursos financeiros a bancos públicos e privados para pagamento de despesas do governo federal, a exemplo do Bolsa Família e de benefícios previdenciários, os quais foram pagos em dia aos beneficiários pelas instituições financeiras, aumentando a dívida da União e, concomitantemente, simulando um alívio temporário no orçamento. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/tcu-da-30-dias-para-dilma-rousseff-explicar-irregularidades-nas-contas-de-2014-16468244>>. Acesso em: 17 de junho de 2015.

¹⁰ O capítulo V, do Título I, primeira parte, da Lei n. 1.079/1950, traz os casos de crimes de responsabilidade relacionados a atos que atentem contra a probidade na administração pública, sendo: 1 - omitir ou retardar dolosamente a publicação das leis e resoluções do Poder Legislativo ou dos atos do Poder Executivo; 2 - não prestar ao Congresso Nacional dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas relativas ao exercício anterior; 3 - não tornar efetiva a responsabilidade dos seus subordinados, quando manifesta em delitos funcionais ou na prática de atos contrários à Constituição; 4 - expedir ordens ou fazer requisição de forma contrária às disposições expressas da Constituição; 5 - infringir no provimento dos cargos públicos, as normas legais; 6 - Usar de violência ou ameaça contra funcionário público para coagi-lo a proceder ilegalmente, bem como utilizar-se de suborno ou de qualquer outra forma de corrupção para o mesmo fim; e 7 - proceder de modo incompatível com a dignidade, a honra e o decoro do cargo.

¹¹ “Os índios forneciam a madeira e, em menor escala, farinha de mandioca, trocadas por peças de tecidos, facas, canivetes e quinquilharias, objetos de pouco valor para os portugueses” (FAUSTO, 1995, p. 42).

Posteriormente, no decorrer da história, a Coroa Portuguesa notou que, para a manutenção de sua preciosa colônia, era necessária uma política de estímulo de povoamento do solo brasileiro através do envio de fidalgos portugueses, vez que, até então, não havia interesse na transferência da corte.

Para catalisar esse processo, a Coroa delegou aos mencionados fidalgos a função de povoar e organizar as primeiras instituições públicas da colônia. Acontece que, para estimulá-los, a metrópole não realizava controle e vigilância adequados, conferindo certa liberdade exacerbada aos enviados.

Assim lecionam Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2013, p. 45-46):

Especificamente em relação ao Brasil, a corrupção tem suas raízes entranhadas na própria colonização do País. O sistema colonial português foi erguido sobre os pilares de uma monarquia absolutista, fazendo que Monarca e administradores se mantivessem unidos por elos eminentemente pessoais e paternalistas, o que gerou a semente indesejada da ineficiência. Não bastasse isso, tinham por objetivo comum o lucro desenfreado e, como única ação, o desfalecimento das riquezas da colônia a si subjugada, sem qualquer comprometimento com ideais éticos, deveres funcionais ou interesses coletivos. Remonta a essa época a concepção de que a coisa pública é coisa de ninguém, e que a sua única utilidade é satisfazer aos interesses da classe que ascendeu ao poder.

Acrescenta-se que a grande distância entre a colônia e a metrópole portuguesa, milhares de quilômetros que, à época, só poderiam ser vencidos em embarcações, também dificultava eventuais fiscalizações.

Nesse diapasão, é nesse clima vulnerável que é verificada mais firmemente a presença da corrupção, a qual foi se disseminando na medida em que as instituições públicas eram ampliadas. Contudo, esclareça-se, desde logo, que não foi algo exclusivo do Brasil, porém tem relação peculiar com o processo de construção histórico do país.

2.2 O DIREITO FUNDAMENTAL À ADMINISTRAÇÃO PROBA

Indubitavelmente, a presente realidade brasileira ergueu como prioridade, em suas diversas manifestações de cidadania¹² e em atos de órgãos institucionais¹³, o combate efetivo à corrupção. Assim como ocorreu em épocas pretéritas, o modelo atual de direitos norteadores de todo o ordenamento jurídico não se revela suficiente e apto para suprir as necessidades atuais.

A administração pública, direta e indireta, e de qualquer dos Poderes da República é norteada por princípios próprios, alguns explícitos no art. 37 da Constituição Brasileira – legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência – que servem à boa administração, a uma administração proba, o que equivale a prestada com honestidade, honradez, integridade de caráter e retidão (MEDAUAR, 2015, p. 152-153).

Em que pese os largos avanços efetuados até o momento¹⁴, tem-se vislumbrado que o *status* desses princípios constitucionais relacionados à administração pública não está conseguindo, de per si, cumprir a razão básica norteadora de sua concepção: reduzir a índices toleráveis os atos que impliquem em dilapidação do erário e atentem contra a moralidade administrativa.

O estágio hodierno do mundo, com destaque para a realidade brasileira, requer uma elevação ainda superior da consagração constitucional de princípios jurídicos setoriais¹⁵, cuja aplicação é destinada apenas a determinadas hipóteses.

É preciso mais. A roupagem constitucional de princípios relacionados à boa administração foi relevante, todavia se tem demonstrado insuficiente. O próximo passo

¹² Nos últimos anos, aumentou consideravelmente, em quase todo o país, o número de passeatas populares e de manifestações da sociedade civil organizada com pleitos que versam principalmente sobre o combate a corrupção. Disponível em: <<http://infograficos.oglobo.globo.com/brasil/protostos-de-domingo.html>>. Acessado em: 18 de agosto de 2015.

¹³ As instituições públicas, como o Ministério Público Federal e Estaduais, a Polícia Federal e Civis, a Secretaria Nacional de Justiça, os Tribunais de Contas etc. também incorporaram ao discurso institucional o combate à prática de atos que importem em corrupção. Os próprios endereços eletrônicos de muitos desses órgãos dispõem de espaços para campanhas publicitárias, promoção de cursos e palestras, proposição de medidas, divulgação de estatísticas atinentes a esta temática.

¹⁴ Um desses avanços é muito bem retratado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009, p. 804), para quem “a inclusão do princípio da moralidade administrativa na Constituição foi um reflexo da preocupação com a ética na Administração Pública e com o combate à corrupção e à impunidade no setor público. Até então, a improbidade administrativa constituía infração prevista e definida apenas para os agentes políticos. Para os demais, punia-se apenas o enriquecimento ilícito no exercício do cargo. Com a inserção do princípio da moralidade na Constituição, a exigência de moralidade estendeu-se a toda a Administração Pública, e a improbidade ganhou abrangência maior, porque passou a ser prevista e sancionada com rigor para todas as categorias de servidores públicos e a abranger outras que não apenas o enriquecimento ilícito”.

¹⁵ Barroso (2015, p. 360) ensina que “princípios setoriais ou especiais são aqueles que presidem um específico conjunto de normas afetas a determinado tema, capítulo ou título da Constituição. Eles irradiam limitadamente, mas no seu âmbito de atuação são supremos”.

evolutivo está voltado para a adoção um novo paradigma, que norteie todo o ordenamento jurídico em suas diversas facetas.

A compreensão de um novo modelo que conduza o direito à administração prova para a esfera dos direitos fundamentais do homem, como norma de concretização da dignidade da pessoa humana¹⁶, servirá como vetor para toda a realidade, desde a interpretação das normas, como o respectivo processo de elaboração, além da orientação para os agentes públicos e de aplicações, inclusive, no domínio das relações privadas quando houver interesse público relacionado à boa administração.

O constitucionalista SILVA (2014, p. 180), ao traçar os conceitos dos direitos fundamentais do homem, ensina sobre os quais que:

além de referir-se a princípios que resumem a concepção de mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível de direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser não apenas reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.

Realizadas tais considerações, suscita-se a indagação sobre a permissibilidade dessa nova aceção no ordenamento jurídico pátrio. Esse suposto obstáculo sequer existe quando é feita uma análise mais atenta dos direitos implícitos, do regime vigente e dos princípios adotados pela Constituição.

O *caput* do primeiro dispositivo da Constituição Federal de 1988, ao consagrar a República como forma de governo, em contraposição ao regime monárquico, sobressalta a *res*

¹⁶ Bolesina e Leal, (2013, p. 41), em sucintas palavras, salientam com destreza a relação entre direitos fundamentais e a máxima da dignidade humana, expondo que “a maioria dos direitos fundamentais representa o respeito à dignidade da pessoa humana e o meio pelo qual ela será concretizada. Igualmente, tem-se ciência de que os direitos fundamentais, dada a sua importância singular para a dignidade humana, representam a máxima instância de direitos a serem tutelados e protegidos, sendo instituídos, por tal razão, em nível constitucional, com méritos de superconstitucionalidade, no sentido de serem tidos como os principais e nucleares direitos de um ordenamento jurídico”.

publica, enaltecendo a importância da coletividade desde o início das normas constitucionais básicas e pilares.

Seguindo adiante, observa-se que dos fundamentos da República Brasileira¹⁷, da fixação da soberania popular¹⁸, dos objetivos a serem alcançados¹⁹ e dos princípios que regem o país nas relações internacionais é possível extrair um conteúdo que se coaduna com o direito do homem a uma administração proba, principalmente quando se evidencia que há uma “relação simbiótica entre corrupção e comprometimento dos direitos fundamentais dos indivíduos” (GARCIA; ALVES, 2013, p. 25).

Ratificando a ideia aqui exposta, menciona-se que a cláusula de abertura do art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988, é claro ao prever a possibilidade da vigência de outros direitos e garantias constitucionais, além dos expressos, que decorram do regime e dos princípios adotados²⁰ ou de tratados internacionais (PIOVESAN, 2015, p. 155).

Os tratados ou convenções internacionais relacionados à uma administração proba, em que o Brasil é signatário e estão vigentes no país, são: 1) Convenção sobre o combate à corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais²¹; 2) Convenção interamericana contra a corrupção²²; e 3) Convenção das Nações Unidas contra a corrupção²³.

O enfrentamento à corrupção ultrapassa os limites territoriais do país, na medida em que, no mundo globalizado, as infrações de colarinho branco e correlatos tendem também a se

¹⁷ O art. 1º da Constituição traz como fundamentos da República do Brasil: I – soberania; II – cidadania; III – dignidade da pessoa humana; IV – valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – pluralismo político.

¹⁸ O parágrafo único do art. 1º da Constituição dispõe sobre a soberania popular, traçando que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

¹⁹ Celso Bastos (1997, p. 159), ao examinar os objetivos fundamentais da República do Brasil, mencionados no art. 3º da Lei Fundamental, diz que “a ideia de objetivos não pode ser confundida com a de fundamentos, muito embora, algumas vezes, isto possa ocorrer. Os fundamentos são inerentes ao Estado, fazem parte de sua estrutura. Quanto aos objetivos, estes consistem em algo exterior que deve ser perseguido”.

²⁰ Sarlet (2010, p. 78-79) explica que o significado e alcance do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, denota “que, para “além do conceito formal de Constituição (e de direitos fundamentais), há um conceito material, no sentido de existirem direitos que, por seu conteúdo, por sua substância, pertencem ao corpo fundamental da Constituição de um Estado, mesmo não constando no catálogo. Neste contexto, importa salientar que o rol do art. 5º, apesar de analítico, não tem cunho taxativo. A regra, por outro lado, encontra semelhante formulação na Constituição portuguesa de 1976 (art. 16, nº 1), assim como nas Constituições da Argentina (art. 33), do Peru (art. 4º), da Guatemala (art. 44) e da Venezuela (art. 50), apenas para citar algumas das ordens constitucionais mais próximas de nós”.

²¹ Aprovada pelo Decreto Legislativo n. 125/2000 e promulgada pelo Decreto n. 3.678/2000, inserindo, por intermédio da Lei n. 10.467/2002, os crimes previstos nos arts. 337-B, 337-C e 337-D no Código Penal, criminalizando a corrupção ativa nas transações comerciais internacionais e o tráfico de influência. Segundo Mônica Nicida Garcia (2007, p. 328-329), o aspecto inovador foi a responsabilização dos particulares, corruptores de funcionários públicos estrangeiros.

²² Aprovada pelo Decreto Legislativo n. 152/2002 e promulgada pelo Decreto n. 4.410/2002.

²³ Aprovada pelo Decreto Legislativo n. 348/2005 e promulgada pelo Decreto n. 5.687/2006.

internacionalizarem, atuando por meio de organizações criminosas internacionais, pela lavagem de dinheiro em pulverizações de contas bancárias e investimentos no exterior, por delitos financeiros etc.

A política de confronto preventivo e repressivo a esses ilícitos – infrações civis, criminais, político-administrativas, administrativas e/ou de improbidade *stricto sensu*²⁴ – que atentem contra uma administração proba deve ocorrer de maneira integrada e coordenada pelos Estados e em consonância com os acordos internacionais firmados. Bem assim assevera Ramos (2002, p. 7):

A tutela de probidade administrativa não é mais um imperativo meramente nacional, mas sim internacional, baseada na análise de diplomas normativos internacionais, explicitando o fundamento atual dessa internacionalização do combate a práticas de corrupção, que é a implementação de direitos humanos.

Portanto, nota-se que o interesse do homem a uma administração proba pode e deve, como de fato o é, ser tutelado pelo direito nos planos jurídicos nacional e internacional. Ademais, o seu desrespeito enseja grave violação à normas basilares do Estado Democrático de Direito e da própria concepção de República, primordialmente em um ordenamento jurídico em que se encontra erguido em prol da dignidade da pessoa humana²⁵.

Outro aspecto que merece destaque, manifesta-se no fato de que a violação ao direito fundamental à administração proba enseja inevitavelmente no desrespeito ao valor axiológico do princípio da dignidade da pessoa humana. E, não raro, a vinculação de danos entre esses direitos fundamentais é também de causalidade objetiva, causa e efeito.

²⁴ Os ilícitos que atentem contra uma administração proba podem ser classificados nos seguintes: 1) violadores de normas administrativas ou de normas político-administrativas; 2) violadores de normas penais; 3) violadores de normas civis; 4) violadores de normas da Lei n. 8.429/1992, definidores de atos de improbidade *stricto sensu*; e 5) violadores de convenções internacionais (GARCIA, 2007, p. 231).

²⁵ Alexy (1999, p. 61) ensina com maestria peculiar quando um determinado interesse do homem pode e dever ser tutelado pelo direito, bem como quando esse interesse é tão fundamental ao ponto de ser elevado à categoria de direito fundamental do homem. “Deve tratar-se, em primeiro lugar, de interesses e carências que, em geral, podem e devem ser protegidos e fomentados pelo direito”. Em seguida, o autor exemplifica a necessidade do homem ao amor, cujo interesse não é passível de ser compelido pelo direito. Continua afirmando que a “segunda condição é que o interesse ou a carência seja tão fundamental que a *necessidade* de seu respeito, sua proteção ou seu fomento se deixe fundamentar pelo direito. A fundamentabilidade fundamenta, assim, a prioridade sobre todos os escalões do sistema jurídico, portanto, também perante o legislador. Um interesse ou uma carência é, nesse sentido, fundamental quando sua violação ou não-satisfação significa ou a morte ou sofrimento grave ou toca no núcleo essencial da autonomia”.

Basta imaginar as situações em que o ilícito praticado contra a administração proba ocasionar desvios de recursos públicos que seriam aplicados em setores da educação, saúde, segurança pública etc. Mesmo se tratando de direitos sociais, a inexistência do mínimo existencial destes irá, no caso aludido, ser um empecilho à efetivação da dignidade da pessoa humana.

Expostos breves arrazoados sobre a necessidade e admissibilidade da classificação do direito à administração proba como direito fundamental do homem, no ordenamento jurídico pátrio, no tópico seguinte serão exploradas algumas consequências práticas dessa mudança de paradigma.

3 REFLEXOS DA FORÇA NORMATIVA DO DIREITO FUNDAMENTAL DO HOMEM A UMA ADMINISTRAÇÃO PROBA

A compreensão da administração proba como um direito fundamental do homem implicará inevitavelmente em uma intensa força propulsora que se irradiará por todo ordenamento jurídico, não servindo de orientação somente para o intérprete da norma jurídica, mas para toda atividade em que estiver envolvida interesses diretos ou indiretos da administração pública.

Em uma realidade como a brasileira, é recorrente a carência de eficácia da norma jurídica pelos mais diversos motivos. Entrementes, o “intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da Constituição: entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a vontade constitucional” (BARROSO, 2015, p. 341).

Esse assunto merece atenção especial, em se tratando de casos em que são discutidas a violação aos postulados da administração proba, visto que é frequente a adoção nos Tribunais de interpretações que desprestigiam o direito fundamental aqui defendido em prol de garantias individuais dos seus supostos violadores, servindo, na prática como instrumento de impunidade nos ilícitos de colarinho branco.

Mattos (2015, p. 17-18) expõe nitidamente o problema:

Acontece que, no Brasil, a defesa de direitos fundamentais no processo penal se desenvolveu de modo monoclar e hiperbólico, tendo em conta que o belo discurso de salvaguarda das garantias individuais só se aplica aos réus de colarinho branco, deixando os acusados da prática de crimes patrimoniais, delitos violentos ou de tráfico de drogas abandonados à própria sorte (...)

Nesse contexto, as garantias processuais são tão superestimadas que se esquece que o processo não é um fim em si mesmo, mormente quando milhares de ações criminais são fulminadas à espera do segundo reexame de mérito no Superior Tribunal de Justiça.

O magistrado Moro (2014, p. 1) realiza uma crítica construtiva à tendência interpretativa do Poder Judiciário Brasileiro nos casos de corrupção, em contraposição aos entendimentos normalmente firmados nos julgamentos de infrações comuns²⁶, retratando que é “imprescindível também mudança de percepção dos juízes quanto aos males da corrupção. Se um terço do rigor contra os criminosos do tráfico de drogas fosse transferido para os processos de corrupção, haveria grande diferença”.

Explicita-se que a irradiação dos postulados do direito fundamental à administração proba, além de nortear os gestores da administração, também serve de orientação a todos atores da administração pública, direta e indireta, e de qualquer dos Poderes constituídos.

Por conseguinte, o Legislativo deve ficar atento às mudanças de paradigmas desde o momento em que a administração proba passa a ser concebida como direito fundamental, seja na sua atividade fiscalizadora do Executivo, seja na melhor readequação da legislação vigente nesse novo modelo. A título de exemplo, mencionam-se a questão do julgamento das contas orçamentárias, da impunidade advinda do foro por prerrogativa de função, dos exíguos prazos prescricionais etc.

4 CONCLUSÃO

Decorridos três séculos da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a propagação frequente pela imprensa de novos escândalos de corrupção de servidores públicos e agentes políticos, envolvidos em desvios de vultosos recursos financeiros, conduziram a intensificação do movimento da sociedade civil e das próprias instituições públicas pela promoção de medidas de combate efetivo à corrupção.

²⁶ Interpretações díspares pelos Tribunais com manifestações excessivamente garantistas nas situações de colarinho branco em contraposição a uma visão mais repressora nos delitos comuns. É negável a insegurança jurídica nas infrações que desrespeitam o princípio fundamental à uma administração proba. “He reiterado hasta convertirlo em auténtico *leitmotiv* de estas consideraciones el carácter inequívocamente axiológico de la seguridad jurídica. En sustento de esta tesis nuclear he intentando mostrarnque la seguridad jurídica no es um mero *factum* inmanente a cualquier sistema de Derecho, sino um valor del Derecho justo que adquierensu plena dimensión operativa en el Estado de Derrecho” (LUÑO, 1994, p. 140).

É notório que o regime jurídico vigorante acerca da administração proba como princípio constitucional setorial não se demonstra mais idôneo de satisfazer essa nova necessidade, de tal modo que é imprescindível a reclassificação do direito à probidade administrativa, elevando-o ao *status* de direito fundamental do homem, pois assim terá força normativa suficiente para deflagrar toda sua eficácia no ordenamento jurídico.

A cláusula de abertura prevista no art. 5º, § 2º, da Constituição, os tratados e convenções internacionais ratificados pelo país, a conjectura internacional e a busca pela máxima concretização da dignidade da pessoa humana servem como fundamento para a promoção da administração proba à direito fundamental do homem.

Essa nova concepção requer uma nova postura por todos, de modo a melhor garantir a sua aplicabilidade efetiva, real no mundo concreto, vez que Bobbio (p. 32) bem adverte das dificuldades de sua implementação:

descendo do plano ideal ao plano real, uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva. Sobre isso, é oportuna ainda a seguinte consideração: à medida que as pretensões aumentam, a satisfação delas torna-se cada vez mais difícil (...) Poder-se-iam multiplicar os exemplos de contraste entre as declarações solenes e sua consecução, entre a grandiosidade das promessas e a miséria das realizações. Já que interpretei a amplitude que assumiu atualmente o debate sobre os direitos homem como um sinal de progresso moral da humanidade, não será inoportuno repetir que esse crescimento moral não se mensura pelas palavras, mas pelos fatos. De boas intenções, o inferno está cheio.

Assim, espera-se que a ascensão da administração proba à escala de direito fundamental, seja como uma nova dimensão de direitos, seja como manifestação do direito da coletividade de geração pretérita, possa orientar todos a sua efetividade para consagração da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais no estado constitucional democrático**. Rio de Janeiro: Revista do Direito Administrativo, 1999.

BASTOS, Celso. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOLESINA, Iuri; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **O mínimo existencial e o controle jurisdicional de políticas pública: análise de sua operacionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça**. Curitiba: Multideia, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CALIXTO, Rubens Alexandre Elias. **Ação por improbidade administrativa: críticas e proposições**. Tese apresentada à banca examinadora como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito das Relações Sociais – Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2010.

CANÇADO, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

CASTRO, Flávia Lages de. **História do direito geral e do Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Editora das Américas, 2006.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica jurídica e(m) debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Editora da USP, 1995.

FILGUEIRAS, Fernando. **Corrupção, democracia e legitimidade**. Belo Horizonte: editora da UFMG, 2008.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GARCIA, Mônica Nicida. **Responsabilidade do agente público**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007. Prefácio de Maria Sylvia Zanella di Pietro.

GERVASONI, Tássia Aparecida; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Ativismo judicial? o “antes” e o “depois” da constituição de 1988 na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: um estudo a partir da noção de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.** Artigo resultante das atividades do Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul.

LUNÕ, Antonio-Enrique Pérez. **La seguridad jurídica.** 2. ed. Barcelona: Editora Ariel, 1994.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais.** São Paulo: Atlas, 2008.

MATTOS, Diogo Castor de. **A seletividade penal na utilização abusiva do habeas corpus nos crimes de colarinho branco.** Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, do Centro de Ciências Sociais Aplicadas do Campus de Jacarezinho, da Universidade Estadual do Norte do Paraná. 2015.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo.** 19. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Meio ambiente: direito e dever fundamental.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004,

MORO, Sérgio Fernando. **Não é dos astros a culpa.** Jornal Folha de São Paulo. Edição de 24 de junho de 2014.

PIACENTINI, Dulce de Queiroz. Vygotsky, Freire e Morin e a educação para os direitos humanos. In: COLAÇO, Thais Luiza et al. (org.). **Aprendendo a ensinar direito o direito.** Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito administrativo.** 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. O combate internacional à corrupção e a lei da improbidade. In: SAMPAIO, José Adércio Lei et al. (org.). **Improbidade administrativa: comemoração pelos 10 anos da Lei 8.429/92.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOBRANE, Sérgio Turra. **Improbidade administrativa: aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada**. São Paulo: Atlas, 2010.