

AS RAÍZES LEGAIS DA
CORRUPÇÃO
OU COMO O DIREITO PÚBLICO
FOMENTA A CORRUPÇÃO EM VEZ
DE COMBATÊ-LA



CONTRACORRENTE

HÉCTOR A. MAIRAL

AS RAÍZES LEGAIS DA
CORRUPÇÃO

OU COMO O DIREITO PÚBLICO
FOMENTA A CORRUPÇÃO EM VEZ
DE COMBATÊ-LA

TOSHIO MUKAI
(Comentários à edição brasileira)

São Paulo

2018



CONTRACORRENTE

EDICIONES RAP

Copyright © EDITORA CONTRACORRENTE

Rua Dr. Cândido Espinheira, 560 | 3ª andar
São Paulo – SP – Brasil | CEP 05004 000
www.editoracontracorrente.com.br
contato@editoracontracorrente.com.br

Editores

Camila Almeida Janela Valim
Gustavo Marinho de Carvalho
Rafael Valim

Conselho Editorial

Alysson Leandro Mascaro
(Universidade de São Paulo – SP)
Augusto Neves Dal Pozzo
(Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP)
Daniel Wunder Hachem
(Universidade Federal do Paraná – UFPR)
Emerson Gabardo
(Universidade Federal do Paraná – UFPR)
Gilberto Bercovici
(Universidade de São Paulo – USP)
Helena Taveira Torres
(Universidade de São Paulo – USP)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz
(Universidade de La Coruña – Espanha)
Pablo Ángel Gutiérrez Colantuono
(Universidade Nacional de Comahue – Argentina)
Pedro Serrano
(Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP)
Sílvio Luís Ferreira da Rocha
(Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP)

Equipe editorial

Rafael Valim (revisão técnica da tradução)
Denise Dearo (design gráfico)
Mariela Santos Valim (capa)
Susan M. Behrends Kraemer (tradução)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Ficha Catalográfica elaborada pela Editora Contracorrente)

M228 MAIRAL, Héctor A.

As raízes legais da corrupção: ou como o direito público fomenta a corrupção em vez de combatê-la | Héctor A. Mairal; Susan M. Behrends Kraemer (tradução); Toshio Mukai (Comentários à edição brasileira). São Paulo: Editora Contracorrente, 2018.

Título original: *Las raíces legales de la corrupción: o de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla.*

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-69220-42-8

1. Corrupção. 2. Direito Público. 3. Direito Administrativo. 4. Direito argentino. I. Título.

CDU: 320.658

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

sumário

APRESENTAÇÃO DA EDIÇÃO BRASILEIRA – PROF. TOSHIO MUKAI	9
PREFÁCIO À EDIÇÃO ARGENTINA – PROF. AGUSTÍN GORDILLO	13
I – INTRODUÇÃO	21
1.1 AS DIVERSAS CAUSAS DA CORRUPÇÃO	21
1.2 A CORRUPÇÃO ESPONTÂNEA E A INDUZIDA	35
1.3 O DIREITO, ALIADO DA CORRUPÇÃO	39
<i>COMENTÁRIOS À EDIÇÃO BRASILEIRA</i>	42
II – A INSEGURANÇA JURÍDICA COMO CAMPO FÉRTIL PARA A CORRUPÇÃO	49
2.1 O DESCONHECIMENTO DA NORMA	50
2.2 A FALTA DE CLAREZA OU AMBIGUIDADE DAS NORMAS	58

HÉCTOR A. MAIRAL

2.3 AS NORMAS DE VALIDADE DUVIDOSA	67
2.4 A RESTRIÇÃO NO ACESSO À JUSTIÇA	73
2.5 A VIOLÊNCIA DO ESTADO CONTRA OS CIDADÃOS	79
2.6 O DESPREZO DA LEI PELO PRÓPRIO ESTADO	86
2.7 AS CONSEQUÊNCIAS DA INSEGURANÇA JURÍDICA	91
2.7.1 O desamparo do cidadão	91
2.7.2 O desamparo do funcionário público	95
2.8 UTOPIA OU REALIDADE?	101
<i>COMENTÁRIOS À EDIÇÃO BRASILEIRA</i>	104
III – OS FATORES QUE INCIDEM DIRETAMENTE SOBRE A CORRUPÇÃO	113
3.1 AS NORMAS IRREAIS OU EXCESSIVAMENTE AMBICIOSAS	113
3.2 O EXCESSO NA OUTORGA DE FACULDADES DISCRICIONÁRIAS	126
3.2.1 A DISCRICIONARIEDADE NA SELEÇÃO DOS CONTROLADOS	129
3.2.2 A MULTIPLICIDADE DE LICENÇAS ESPECIAIS	135

AS RAÍZES LEGAIS DA CORRUPÇÃO: OU COMO...	
3.2.3 A DEMORA EM RESOLVER	137
3.2.4 A DESNECESSÁRIA PRECARIEDADE DE CONCESSÕES E LICENÇAS	147
3.3 AS TRAVAS JURÍDICAS PERANTE O EXERCÍCIO ABUSIVO DAS FACULDADES DISCRICIONÁRIAS	149
3.3.1 OS CONTROLES PRÉVIOS	149
3.3.2 A PARTICIPAÇÃO DOS CIDADÃOS	152
3.3.3 A TRANSPARÊNCIA DAS DECISÕES PÚBLICAS	155
3.3.4 O APROFUNDAMENTO DO CONTROLE JUDICIAL	157
3.3.5 AS CERTIFICAÇÕES PRIVADAS	161
<i>COMENTÁRIOS À EDIÇÃO BRASILEIRA</i>	162
IV – OS DEFEITOS DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA	177
4.1 QUEM DECIDE E QUEM DEVERIA DECIDIR	178
4.2 AS ETAPAS DA CONTRATAÇÃO	183
4.2.1 A LICITAÇÃO PÚBLICA	183
4.2.2 A EXECUÇÃO DO CONTRATO	193
4.2.3 O PAGAMENTO	201
4.2.4 A SOLUÇÃO DAS CONTROVÉRSIAS	206
<i>COMENTÁRIOS À EDIÇÃO BRASILEIRA</i>	209

HÉCTOR A. MAIRAL

CONCLUSÕES	223
<i>COMENTÁRIOS À EDIÇÃO BRASILEIRA</i>	235
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	241

apresentação da edição brasileira

O grande administrativista argentino Prof. Héctor A. Mairal, consagrado em toda a América Latina, publicou em seu país uma obra inédita, denominada “As raízes legais da corrupção ou como o Direito público fomenta a corrupção em vez de combatê-la”, com prefácio do eminente mestre Agustín Gordillo.

Na oportunidade de publicação deste importante livro no Brasil, através de um amigo comum, fomos apresentados à obra e convidados a escrever comentários semelhantes ou não, sobre os mesmos temas abordados, sob o ponto de vista da legislação e circunstâncias brasileiras. Essa soma de esforços nos deixa muito honrados e lisonjados pela lembrança do nosso nome.

Anotaremos assim complementações ao excelente livro do eminente jurista, situando questões semelhantes que ocorrem no Brasil. Não pretendemos, contudo, replicar em toda sua extensão de conceitos

HÉCTOR A. MAIRAL

e pesquisa a obra de Mairal. Nosso objetivo é mais simples: sempre que possível, indicar semelhanças, similitudes, equivalências e divergências. Portanto, a obra publicada em nosso país terá uma complementariedade à obra publicada na Argentina. Naturalmente, no desenvolvimento dos trabalhos deverão surgir algumas diferenças, em razão de assuntos ou de legislações não coincidentes.

No *prefácio de Agustín Gordillo*, são notáveis, como sempre o foram, as observações feitas pelo grande administrativista. Falar dele e de sua genial inteligência é, como por aqui dizemos, “chover no molhado”.

Do que ele escreve é a que devemos dedicar nossa atenção inicial.

Vale ler, atentamente, este Prefácio que contém algumas passagens admiráveis, sobre Mairal e/ou sobre os assuntos de que se ocupou. Suas conclusões sobre as reflexões lúcidas, maduras, originais e profundas de Mairal, compactuam-se com o que se lê no texto sóbrio. A constatação de que o debate iniciado por Mairal, sobre a teoria do contrato administrativo argentino, teve suas razões confirmadas “pela história e denota (...)” a argúcia da percepção da realidade do notável jurista. A leitura da obra confirmará a assertiva.

Ao custo de repetição, destacamos que Gordillo nos dá a tônica da obra:

AS RAÍZES LEGAIS DA CORRUPÇÃO: OU COMO...

Denúncias de corrupção há muitas, estudos teóricos sobre a corrupção também. Mas a originalidade desta obra de Mairal é mostrar que mais do que um “sistema paralelo” de corrupção, na realidade, temos um sistema legal feito, formal e expressamente, para canalizar ou favorecer a corrupção: “Aqui não há inocentes” e, ainda, sua anotação de que “Não por nada, quando se votou no Congresso a Convenção Interamericana contra a Corrupção, o rascunho da sessão taquigráfica assinalava: “Risadas na sala”. Essas leis e tratados anticorrupção não conseguiram impedir, no país, que o direito atuasse independentemente como fator de corrupção, como seu melhor aliado.

Finalmente, o grande mestre objetiva a obra de Héctor A. Mairal:

É também a missão que Mairal impôs aos advogados quanto “a enfatizar continuamente o valor do direito. Quando o direito está presente, a corrupção diminui; quando o direito desaparece, surgem outros fatores que incidem na decisão pública. A corrupção é o mais importante destes outros fatores (...). Esta é a mensagem que nós, advogados, podemos dar, mensagem que excede um determinado partido político e ainda um determinado sistema econômico, porque o

HÉCTOR A. MAIRAL

Estado de Direito é a única base sobre a qual se pode edificar um sistema econômico compatível com um regime republicano de governo.

Mairal toma assim uma posição de liderança por sua significativa contribuição na luta contra a corrupção sistêmica e endêmica na Argentina e quiçá em outros países. Desenvolveremos a nossa parte do trabalho, dando nossa contribuição levantando, a cada questão e/ou capítulo da obra de Mairal, nossa visão do que ocorre no Brasil, sem prejuízo de abordarmos questões reais sobre o tema da corrupção. No intuito de não prejudicar a leitura tão atraente da escrita de Mairal e a integridade dos conceitos, faremos nossos comentários após cada capítulo.

Prof. Toshio Mukai

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade da Guanabara.

Mestre e Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo – USP.