
MORALIDADE PÚBLICA COMO DIREITO DIFUSO**PUBLIC MORALITY AS DIFFUSE RIGHT**Larissa Maia Freitas Salerno Miguel Santos¹Zaiden Geraige Neto²**RESUMO**

O presente trabalho busca trazer conceitos básicos sobre ética e moral, trazendo suas peculiaridades e características, notadamente na esfera da gestão pública, seus graus de responsabilidade moral e sua efetiva punibilidade; adentrar no histórico dos direitos difusos e coletivos no mundo e no Brasil, demonstrando a sua evolução histórica e as várias gerações de direitos individuais e suas consequências; expor problemáticas acerca da moralidade pública, os mecanismos que tentam combater atos imorais, as formas de se defender a moralidade como e no âmbito do direito difuso e a possibilidade da atuação coercitiva do Poder Judiciário na administração pública, suas contradições e suas reais aplicabilidades.

Palavras-chave: Moralidade Pública. Direitos Difusos. Ética. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

This paper seeks to bring basic concepts of ethics and morals, especially in the sphere of public administration, their degrees of moral responsibility and its effective criminality; enter in the history of diffuse and collective rights in the world and in Brazil, demonstrating the historic evolution and the various generations of individual rights and its consequences; expose issues about public morality, the mechanisms that try to fight immoral acts, the ways of defending morality as and in the scope of diffuse law and the possibility of coercive actions of the judiciary in public administration, its contradictions and its real applicability.

Keywords: Public Morality. Diffuse Rights. Ethic. Fundamental Rights.

INTRODUÇÃO

Ética e moral são conceitos que sempre povoaram o ideário dos povos, desde a antiguidade, mesmo que seus fundamentos e o combate a seus desvios tenham se alterado sobremaneira durante os séculos.

¹ Mestranda em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Franca. Advogada. larissa_salerno@advocaciassm.adv.br

² Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP. Professor de Direito do Mestrado da UNAERP. Professor convidado do curso presencial de pós-graduação "lato sensu" em Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da USP - Ribeirão Preto (FDRP/USP). MBA Executivo pela FGV (Fundação Getúlio Vargas). Membro efetivo e Diretor de Relações Institucionais do IASP. Membro das Comissões de Processo Constitucional e Bioética do IASP. Membro efetivo do IAB (Instituto dos Advogados Brasileiros). Parecerista e consultor da revista do Conselho da Justiça Federal. Advogado. Email: zgneto@uol.com.br

Muito se utilizou do *espírito ético* como forma de tornar a sociedade mais justa e mais humana; mas muito se utilizou deles também para oprimir e restringir lutas sociais, haja vista que a moralidade já foi utilizada por Estados e até pela Igreja como forma de coibir liberdades.

Desde que o Séculos das luzes destronou o misticismo, realocando a razão como norteador do pensamento humano, muito se discorreu acerca da moralidade e da ética, muito se convergiu e se discordou, e muito se avançou.

Desta forma, pensou-se o homem ético como aquele que segue os regramentos sociais de forma moral e justa, sem a qual todos os avanços nos direitos fundamentais restariam inócuos.

Contudo, pensou-se também no Estado Ético e Social, onde o gestor público, assim como o indivíduo, também deveria agir de forma justa, não sendo mais tolerável que o Poder - antes pensado como algo divino e infalível – atuasse em favor de seus únicos e, por vezes, espúrios interesses.

Nascem, portanto, os direitos difusos e coletivos que pensam o homem, não como uma ilha – como dizia John Donne – mas como um componente de uma coletividade que deve ser defendida de atos ofensivos praticados pelo próprio homem.

Ante o exposto, o presente trabalho visa analisar sucintamente todos estes elementos e tenta analisar a forma com que estes direitos são defendidos, quais são suas limitações e qual é, hoje, sua real efetividade.

1 CONCEITO DE ÉTICA E MORAL

Muito tem se tentado distinguir a ética da moral, mesmo que exista entendimento de que são conceitos idênticos, sendo certo que aquele descenderia de terminologia grega e esta da romana.

Ainda assim, há pensadores que preferem separá-los em dois conceitos distintos, por questões etimológicas, técnicas e pedagógicas.

Os dicionários trazem uma definição de ética para:

S.F. 1.Ramo da Filosofia que aborda os fundamentos da moral. 2. Conjunto de regras que orientam a conduta em uma atividade profissional³

Quanto ao conceito de moral, tem-se o seguinte significado:

ADJ. (LAT. *MORALIS*). 1. Que diz respeito às regras de conduta que regem uma sociedade. 2. Que está de acordo com essas regras. 3. Relativo ao espírito, ao intelecto, ao pensamento.⁴

Sem necessidade de adentrar profundamente em noções etimológicas, o que se tem convergido quanto aos seus significados é o que tenta explicar a ética como um complexo de regramentos que se tem por justo e que se mantém em sua forma ideal - apenas no plano das ideias - enquanto a moral é a prática, a exteriorização desta ética.

Tomando apenas como exemplo, se alguém encontra uma carteira cheia de dinheiro e, ao invés de permanecer com ela, devolve às autoridades, tem-se este comportamento por moral, uma vez que atende aos ditames e regramentos tidos como justo de forma exteriorizada; contudo, se interpelado, esta pessoa afirma que gostaria de permanecer com a carteira, mas que a devolveu apenas por medo de que alguém pudesse ter visto seu ato e por isso a repreenderia, esta pessoa praticou um comportamento moral, mas não ético.

Mário Sérgio Cortella, filósofo professor titular do Departamento de Teologia e Ciências da Religião e de pós-graduação em Educação da PUC-SP, contempla-nos com um excelente exemplo de ética aplicada de maneira sublime:

Em uma corrida de *coss-country*, o queniano Abel Mutai, medalhista de ouro nos três mil metros com obstáculos em Londres, estava a pouca distância da linha de chegada e, confuso com a sinalização, parou para posar para fotos pensando que já havia cumprido a prova. Logo atrás vinha outro corredor, o espanhol Iván Fernández Anaya. E o que fez ele? Começou a gritar para que o queniano ficasse atento, mas este não entendia que não havia ainda cruzado a linha de chegada. O espanhol, então, o empurrou em direção à vitória. Bom, afora o ato incrível de *fair play*, há uma coisa maravilhosa que aconteceu depois. Com a imprensa inteira ali presente, um jornalista, aproximando o microfone do corredor espanhol, perguntou: 'Porque o senhor fez isso?'. O espanhol replicou: 'Isso o que?'. Ele não havia entendido a pergunta, (...) pois não pensou que houvesse outra coisa a ser feita que não aquilo que ele fez. O jornalista insistiu: 'Mas por que o senhor fez isso? Por que o senhor deixou o queniano ganhar?'. 'Eu não deixei ele ganhar. Ele ia ganhar'. O jornalista continuou: 'Mas o senhor podia ter ganho! Estava na regra, ele não notou...' 'Mas qual seria o mérito da minha vitória, qual seria a honra do meu título se eu deixasse que ele perdesse?'. E continuou, então, dizendo a coisa mais bonita que eu li envolvendo a questão da ética do cotidiano: 'Se eu ganhasse desse jeito, o que ia falar para a minha mãe?'.⁵

³ LAROUSSE. Ilustrado Da Língua Portuguesa. 1. Ed. São Paulo, 2004. p. 376.

⁴ IDEM, p. 622.

⁵ CORTELLA, Mario Sergio, **Ética e vergonha na cara**. 1.Ed. Papiros: Campinas, p. 9-10.

Ante o exposto, já se pode concluir que, mesmo levando-se em conta os conceitos de ética e moral como sinônimos ou sendo esta a exteriorização daquela, o comportamento moral sempre deve ser precedido por uma consciência ética, ou seja, ela já deve estar presente na psique do agente.

Desta feita, temos os atos *amorais*, que, ao contrário do que se possa pensar a primeira vista, não é um ato apenas alheio à moral e a ética, mas um ato em que tais conceitos não foram sequer levados em consideração por uma incapacidade pessoal, seja porque praticada por uma criança que ainda não possuiu tais conceitos formados, seja porque praticada por incapazes de qualquer natureza.

Contudo, levando-se em conta o tratamento dos amorais, há que se levantar um questionamento premente: a moral que se exige socialmente é absoluta ou deve ser relativizada? Pessoas que nasceram e se desenvolveram em ambientes de absoluta aridez ética, sendo certo que a ausência de moralidade era tida como normal em seu convívio, devem ter seus comportamentos morais vigiados da mesma forma que os demais?

Em outras palavras, e citando Rui Barbosa que diz que “de tanto triunfar as nulidades, de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça, de tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar da virtude, e a rir-se da honra, a ter vergonha de ser honesto.”

Quando se leva em conta um ato imoral ou antiético ao crivo da penalidade, seja ela advinda do Estado por meio das penalidades legais, seja ela instrumento apenas de escárnio e admoestação social, deve-se levar em consideração a posição do ofensor e suas vicissitudes ou o ato antiético em si deve ser repellido de maneira cega em nome de uma suposta equidade?

O pensamento humano já digladiou bastante sobre o tema da maldade: seria ela elemento intrínseco de alguns seres humanos, ou nasce de moldes defeituosos de formação ética e moral?

Mesmo que usarmos o pensamento de Hobbes que apregoava o homem mau por natureza e a sociedade que o impõe rédeas, seja pelo pensamento de Rousseau que defendia posicionamento diametralmente oposto, o fato é que a sociedade exerce profunda influência na criação, estruturação e exteriorização do componente ético humano.

Dalmo Dallari, em palestra ministrada em dezembro de 2013 asseverou:

Aristóteles escreveu que ‘*o homem é um animal político*’. O político, no sentido grego, significa que é a pessoa da *polis*, que é o núcleo de convivência. O que Aristóteles estava dizendo é que o homem é o animal que só existe na convivência, não existe sozinho.

Os estudos sobre ética e moral, invariavelmente convergem e desembocam no conceito de *justo*, ou no sentido de *justiça*.

A noção de justiça sugere a todos, inevitavelmente, a ideia de certa igualdade. Desde Platão a Aristóteles, passando por São Tomaz, até os juristas, moralistas e filósofos contemporâneos, todos estão de acordo sobre este ponto. A ideia de justiça consiste numa certa aplicação da ideia de igualdade. O essencial é definir essa aplicação de tal forma que, mesmo constituindo um elemento comum das diversas concepções de Justiça, ela possibilite suas divergências. Isto só é possível se a definição da noção de Justiça contém um elemento indeterminado, uma variável, cujas diversas definições ensejarão as mais opostas formulas de justiça.⁶

Portanto, até que ponto o ato antiético é apenável ou em que proporções ele deve ser aplicado exercendo o princípio sagrado da igualdade real, tratando igualmente os iguais e desigualmente os desiguais?

Tal questionamento é bastante premente, haja vista desconcertantes casos de *justiçamentos*, onde populares que se auto intitulam defensores da moral e da ética, desencadeiam casos bárbaros de revides a atos que julgam imorais, sem dar ao suposto transgressor, um mínimo de direito de defesa.

De outra banda, quando há casos escorchantes de imoralidades públicas, desvio de verbas do erário, etc, não se vê tamanho empenho em apenar severamente tais atos que, como será visto detalhadamente mais à frente, alvejam direta e indiretamente uma infinidade de pessoas indeterminadas.

Mas mesmo se levarmos em conta uma aplicação concreta a casos de corrupção – o que absolutamente não ocorre – ainda assim deveríamos nos questionar se tais atos seriam mais antiéticos que outros praticados por uma verdadeira multidão de excluídos sociais.

Tal se justifica uma vez que o autor de um ato imoral contra a coletividade, em sua maioria esmagadora, tem plenas condições de escolha em não praticar o ato imoral, uma vez que a *ética* construída em sua formação intelectual assim o acusa, mas ainda assim *prefere* exteriorizar sua ética de maneira imoral, ao passo que um miserável que teve apenas a violência como sua gramática social, também na grande maioria das vezes, só lhe resta o ato antiético ou ilegal como caminho.

Por isso, sabendo que o Direito, no campo dos direitos humanos, alterou seu tratamento perante os devedores, partindo da morte e escravização até desaguar no patrimônio

⁶ PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito** 1. Ed. São Paulo, p. 14.

mínimo e a impenhorabilidade de alguns bens, também deve acompanhar a evolução do pensamento social, apenando de forma concreta aqueles que transgrediram a ética e a moral, mas levando sempre em conta sua culpabilidade social e ferindo mais severamente com a ‘espada’ coercitiva da lei, aqueles que infringiram suas normas com plena consciência ética do erro.

2. DIREITOS DIFUSOS: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E AS TRÊS GERAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 PRIMEIRA GERAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A evolução dos direitos fundamentais teve seu nascedouro no final do século XVIII, mais precisamente na luta liberal burguesa ante ao julgo dos Estados Absolutistas, tendo na Revolução Francesa e no processo de independência americana seus grandes difusores.

A primeira geração dos direitos fundamentais, portanto, nasce como uma tentativa de afastar a atuação Estatal Absolutista das decisões individuais, sendo que a defesa da propriedade privada, da livre expressão, da livre associação política, entre outras liberdades, são os grandes exemplos de lutas travadas pelos pensadores desta primeira dimensão dos direitos fundamentais.

Esta primeira geração, pois, buscou uma desvinculação do indivíduo e do Estado, em uma visão que descortina claramente uma visão liberal e mercantilista que nascia no mundo à época.

2.2 SEGUNDA GERAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A segunda geração dos direitos individuais, diametralmente oposta à primeira, não buscou o afastamento do Estado e não requereu uma atuação negativa deste na vida dos indivíduos, mas nitidamente pleiteou uma posição positiva e atuante do Estado.

Tal entendimento se deu ante o florescimento da Revolução Industrial, onde a massificação dos bens e dos trabalhadores acabou por gerar problemas que o individualismo, até então vigente, não era capaz de solucionar.

Isto porque os interesses dos capitalistas liberais e sua sede por produtividade e baixo custo, acabaram por gerar explorações aos trabalhadores que eram submetidos a uma carga de trabalho desumana e condições de trabalho degradantes.

Ante este cenário, a massa de trabalhadores oprimida voltou seus clamores ao Estado, até então afastado da atuação individual, pleiteando direitos sociais como saúde, alimentação, moradia, etc.

Exatamente por isso, é precisamente nesta geração que os direitos trabalhistas ganham força e as condições de trabalho ganham fiscalização estatal para tentar frear abusos e explorações.

(...) são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal deste século. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.⁷

2.3 TERCEIRA GERAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ainda recebendo os ecos dos ideais da Revolução Francesa, o lema *fraternidade* ou *solidariedade* ganhou forma na terceira geração dos direitos fundamentais.

Pensando o homem de maneira comunitária, esta dimensão de direitos fundamentais percebeu que os direitos metaindividuais – aqueles que pertencem a todos e a ninguém especificamente – deveriam receber uma atenção especial das autoridades.

Paulo Bonavides assim compreendeu tais direitos:

Com efeito, um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.⁸

Desta maneira, ideários como a moralidade pública, emergiram com o nascimento dos direitos fundamentais de terceira geração, como bem aponta Fernando Gajardoni, magistrado e culto professor:

Surgem, a partir daí, direitos da coletividade como meio ambiente, patrimônio público etc. (direitos fundamentais de 3ª geração), inspirados não mais na visão individualista do homem dos séculos anteriores, mas, sim, em propósitos coletivos de fraternidade e vida comum. (...) este é o momento de nascimento e desenvolvimento do processo coletivo, fruto da incapacidade de o processo marcadamente individual tutelar interesses do grupo, da coletividade, da sociedade em si considerada.⁹

⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1993. p 517.

⁸ IDEM, p. 569.

⁹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Direitos difusos e coletivos I**. 1. Ed. São Paulo: Saraiva, p. 16-17.

Por fim, as consciências jurídicas ao redor do mundo tentaram conciliar o pensamento liberal (que dava ênfase à liberdade e ao direito privado) com o pensamento social (que enfatizava direito público e as lutas sociais), entendendo que era necessário *navegar* nestas contradições para que se pudesse emergir um pensamento equilibrado entre defesa de liberdades individuais sem negligenciar a defesa de interesses metaindividuais.

É, portanto, neste momento que os direitos difusos e coletivos ganham força, mudando o paradigma da *summa divisio* e do estudo dos direitos público e privado, passando a considerar a permeabilidade e a interpenetração de ambos os institutos.

Isto porque, entendeu-se que a dicotomia *direito público* e *direito privado* isoladamente considerada, não mais representava a realidade social que se descortinava, onde o Poder Público passava a exercer funções nitidamente privadas – como aluguel de prédios públicos a particulares – e os interesses privados muitas vezes não defendiam direitos exclusivamente privados – nos casos de tutela de particulares em processos difusos e coletivos.

Sobre este tema, assim assevera Araújo Pinto:

Com a premissa de materialização de direitos – reação ao exacerbado formalismo do paradigma liberal – e a consequente transferência para o Estado de novas funções de inclusão e compensação, a delimitação entre Direito Público e Privado deixa de ser ontológica para assumir uma mera feição didático-pedagógica. A rigor, todo direito é público no Estado Social. Mantendo-se a dicotomia para fins didáticos, convém mencionar o advento de novas formas de juridicidade e a revisão dos fundamentos das disciplinas tradicionais. Verifica-se a tendência, em ambas as hipóteses, de confundir os domínios – anteriormente bem delimitados – do Direito Público e do Direito Privado.¹⁰

Por isso, passou-se a entender as tutelas estatais não mais como públicas e privadas, mas como sendo individuais ou metaindividuais a depender do espectro de sua atuação.

3. MORALIDADE PÚBLICA COMO DIREITO DIFUSO

3.1 CONCEITUAÇÃO

A conceituação de *moralidade pública ou administrativa* orbita sempre sobre a Justiça em sentido amplo, ou seja, aquilo que se entende por comportamento ético, probo e

¹⁰ ARAÚJO PINTO, Cristiano Paixão. **Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito**. In: PEREIRA. O novo Direito Administrativo brasileiro: o Estado, as Agências e o Terceiro Setor. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 41.

justo na administração de bens e serviços que tem a coletividade como possuidora e lesada em caso de descumprimento destes parâmetros.

Pazzaglini nos orienta na conceituação de moralidade pública:

A moralidade significa a ética da conduta administrativa; a pauta de valores morais a que a Administração Pública, segundo o corpo sócia, deve submeter-se para a consecução do interesse coletivo. Nesta pauta de valores insere-se o ideário vigente no grupo social sobre v.g., honestidade, boa conduta, bons costumes, equidade e justiça. Em outras palavras, a decisão do agente público deve atender àquilo que a sociedade, em determinado momento, considera eticamente adequado, moralmente aceito.¹¹

3.2 A DEFESA DA MORALIDADE PÚBLICA COMO DIREITO DIFUSO E A NECESSIDADE DE MECANISMOS PROCESSUAIS PRÓPRIOS

Como já demonstrado anteriormente, os direitos fundamentais de terceira geração inocularam a ideia da necessidade de proteção a bens - materiais ou imateriais - pertencentes a uma coletividade que, não fosse esta proteção promovida por um sistema processual civil próprio, com regramento diferenciado, tal procedimento seria negligenciado sobremaneira.

Fernando Gajardoni, quando expõe acerca da necessária adequação dos procedimentos judiciais aos processos coletivos, assim comenta:

(...) foi necessária uma transformação de conceitos básicos do direito processual civil individual, ou mesmo a criação de conceitos novos (legitimação autônoma para condução do processo, coisa julgada *secundum eventum probationis* etc.), para possibilitar que os direitos e interesses supraindividuais fossem adequadamente tutelados.¹²

Por este motivo, a tutela de interesses metaindividuais, como o meio ambiente; defesa do consumidor; moralidade pública, tema aqui abordado com maior foco, entre outros, necessitaram de um tratamento diferenciado do legislador para que os fins fossem atingidos a contento.

A doutrina, costumeiramente, aponta a *inatividade* e a *acomodação* como os principais motivadores para que os direitos difusos e coletivos não fossem satisfatoriamente exercidos, uma vez que cada indivíduo atômica e analisado, já possuiu inúmeras preocupações diárias, não contando com ânimo e disponibilidade para atuar individualmente na defesa de interesses difusos.

Gajardoni assim aponta os motivos da necessidade de um tratamento diferenciado para a defesa de direitos metaindividuais.

¹¹ PAZZAGLINI, Marino filho. **Lei de improbidade administrativa comentada**. 3. Ed. Jurídico Atlas, p. 32.

¹² GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Direitos difusos e coletivos I**. 1. Ed. São Paulo: Saraiva, p. 25.

Mas porque a tutela coletiva dos direitos e interesses (representados em juízo dos direitos e interesses supraindividuais) é fundamental para a própria proteção dos direitos fundamentais (visão constitucional), ou mesmo para que o processo realmente se torne instrumento de acesso à Justiça (visão processual)? Especialmente três situações podem ser apontadas para responder a esta indagação. Primeiro, a representação em juízo dos interesses e direitos supraindividuais é fundamental para a tutela de direitos cuja titularidade é indeterminada. De fato, alguns direitos fundamentais de 3ª geração como o meio ambiente, o patrimônio público, a moralidade administrativa etc., tem todos, indistintamente, como titulares. A partir desta indeterminação concreta de titular, fato é que há uma tendência natural à imobilização social.¹³

Portanto, não se pode pensar na tutela dos direitos metaindividuais sem que um verdadeiro microssistema processual seja levado em consideração, onde diversas legislações que tutelam direitos difusos e coletivos se entrelacem e se comuniquem para maior efetividade da vontade legal de defesa pública dos direitos comuns.

3.3 DEFESA DA MORALIDADE COM CARÁTER DIFUSO

A Constituição brasileira de 1988, e seu artigo 5º, inciso LXXIII legitimou qualquer cidadão a propor Ação Popular com a finalidade de anular ato lesivo ao patrimônio público e a moralidade administrativa, sendo certo que a Ação Civil Pública também pode se prestar a esta finalidade.

A Ação popular, uma vez que legitima qualquer cidadão a intentá-la, traduz-se no mais puro mecanismo de controle popular para tutelar e proteger direitos difusos e coletivos.

Isto porque, além da Constituição Federal, o artigo 1º da Lei 4.717 de 1965 assevera que a Ação Popular serve à tutela preventiva ou ressarcitória de direitos difusos como a moralidade administrativa.

O professor Yussef Cahali, quando cita as funções e as obrigações do Estado, assim expõe:

(...) dupla é a atividade exercida pelo Estado, a Jurídica e a social; a atividade jurídica é aquela que colima o asseguramento da ordem jurídica interna e a defesa do território contra o inimigo externo; o asseguramento da ordem interna, por sua vez compreende a manutenção da ordem pública e a distribuição da justiça; a atividade social tem por objeto a promoção do bem comum.¹⁴

¹³ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Direitos difusos e coletivos I**. 1. Ed. São Paulo: Saraiva, p. 20.

¹⁴ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 13.

Desta feita, parece não haver mais dúvidas acerca do caráter difuso na defesa da moralidade pública, independentemente de sua legitimidade ativa, sendo o particular na Ação Popular, ou o Ministério Público em caso de Ação Civil Pública.

O ministro Luiz Fux, em julgado famoso sobre o tema, demonstra de maneira clara e didática sobre este tema:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.
AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

1. A probidade administrativa é consectário da moralidade administrativa, anseio popular e, a fortiori, difuso.
2. A característica da ação civil pública está, exatamente, no seu objeto difuso, que viabiliza multifária legitimação, dentre outras, a do Ministério Público como o mais adequado órgão de tutela, intermediário entre o Estado e o cidadão.
3. A Lei de Improbidade Administrativa, em essência, não é lei de ritos senão substancial, ao enumerar condutas contra legem, sua exegese e sanções correspondentes.
4. Considerando o cânone de que a todo direito corresponde um ação que o assegura, é lícito que o interesse difuso à probidade administrativa seja veiculado por meio da ação civil pública máxime porque a conduta do Prefeito interessa à toda a comunidade local mercê de a eficácia erga omnes da decisão aproveitar aos demais munícipes, poupando-lhes de novéis demandas.
5. As consequências da ação civil pública quanto ao provimento jurisdicional não inibe a eficácia da sentença que pode obedecer à classificação quinária ou trinária das sentenças.
6. A fortiori, a ação civil pública pode gerar comando condenatório, declaratório, constitutivo, auto executável ou mandamental.
7. Axiologicamente, é a causa petendi que caracteriza a ação difusa e não o pedido formulado, muito embora o objeto mediato daquele também influa na categorização da demanda.
8. A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei da ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microsistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se.
9. A doutrina do tema referenda o entendimento de que ‘A ação civil pública é o instrumento processual adequado conferido ao Ministério Público para o exercício do controle popular sobre os atos dos poderes públicos, exigindo tanto a reparação do dano causado ao patrimônio por ato de improbidade quanto à aplicação das sanções do art. 37, § 4º, da Constituição Federal, previstas ao agente público, em decorrência de sua conduta irregular.
(...) Torna-se, pois, indiscutível a adequação dos pedidos de aplicação das sanções previstas para ato de improbidade à ação civil pública, que se constitui nada mais do que uma mera denominação de ações coletivas, às quais por igual tendem à defesa de interesses meta-individuais.
Assim, não se pode negar que a Ação Civil Pública se trata da via processual adequada para a proteção do patrimônio público, dos princípios constitucionais da administração pública e para a repressão de atos de improbidade administrativa, ou simplesmente atos lesivos, ilegais ou imorais, conforme expressa previsão do art. 12 da Lei 8.429/92 (de acordo com o art. 37, § 4º, da Constituição Federal e art. 3º da Lei n.º 7.347/85)’ (Alexandre de Moraes in ‘Direito Constitucional’, 9ª ed. , p. 333-334).
10. Recurso especial desprovido.¹⁵

3.4 ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 510.150/MA (2003/0007895-7). Relator Ministro

Superada a fase de demonstração da moralidade pública reclamada de maneira difusa, e tomando por base a ética e a defesa dos direitos difusos por meio de um complexo próprio de atos e procedimentos, questiona-se sobre a possibilidade do Poder Judiciário atuar de maneira coercitiva sobre o modo com que a administração pública atua.

Tal discussão gera polêmica uma vez que poderia se alegar interferência do Poder Judiciário no Executivo, quando aquele obriga este a exercer atividade específica, sob pena de algum tipo de penalidade ou sanção.

O que se observa ordinariamente no Brasil é um descumprimento reiterado de preceitos constitucionais, onde as autoridades administrativas desfoçam os investimentos do erário a obras e financiamentos que estão fora da lista de prioridades constitucionais, como segurança, saúde, etc.

Nas palavras de Régis de Oliveira, quando cita a discricionariedade do gasto público, assim nos ensina que “...a decisão de gastar é, fundamentalmente, uma decisão política. O administrador elabora um plano de ação, descreve-o no orçamento, aponta os meios disponíveis para seu.”¹⁶

Levando-se em conta que o Estado Democrático de Direitos só permite a criação de normas de aplicabilidade obrigatória e coercitiva por meio de processo, seja ele Legislativo ou Judiciário, não há como negar que a atuação do Poder Judiciário na atuação do administrador Público é imprescindível para que a vontade da Constituição seja respeitada.

O Ministro Encinas Manfré, em seu voto na Apelação nº 9152889-05.2008.8.26.0000 do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, também coaduna com esta tese:

Inocorrência de violação ao princípio da separação dos poderes. Cabível determinação judicial para que assegurados direitos fundamentais de crianças e adolescentes, os quais disciplinados na Constituição da República, em Convenção Internacional incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, assim como na Lei 8.060/1990. Possibilidade jurídica dos pedidos formulados pelo autor. Arguições preliminares rejeitadas.¹⁷

Como tese de defesa, os administradores que gerenciam mal os recursos públicos costumam elencar a Cláusula da Reserva do Possível, onde há alegação de que a ordem emanada do Poder Judiciário é impossível de ser aplicada por ausência de recursos disponíveis.

Luiz Fux. Data de Julgamento: 17/02/2004.

¹⁶ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: RT, 2006.

¹⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação n.º 9152889-05.2008.8.26.0000. Relator Desembargador

É evidente que a interferência do Poder Judiciário na discricionariedade do administrador Público deve sempre ser calcado nos parâmetros de razoabilidade e possibilidade, sendo certo que a determinação deve sempre esclarecer as motivações e as maneiras plausíveis de serem efetivadas, caso contrário, o Poder Executivo estaria sob o julgo arbitrário das decisões judiciais.

Desta feita, o Ministro Celso de Mello, em um Recurso Extraordinário que também ganhou fama sobre este tema, esclarece:

Crianças e adolescentes. Dever de proteção integral à infância e à juventude. Obrigação constitucional que se impõe ao poder público. Criação de dois novos conselhos tutelares e disponibilização, pelo município de Florianópolis, de recursos materiais e humanos aos conselhos já existentes (setores ilha e continente). Configuração, no caso, de típica hipótese de omissão inconstitucional imputável ao município. Desrespeito à constituição provocado por inércia estatal (rtj 183/818-819). Comportamento que transgreda a autoridade da lei fundamental (rtj 185/794-796). Impossibilidade de invocação, pelo poder público, da cláusula da reserva do possível sempre que puder resultar, de sua aplicação, comprometimento do núcleo básico que qualifica o mínimo existencial (rtj 200/191-197). O papel do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas instituídas pela constituição e não efetivadas pelo poder público. A fórmula da reserva do possível na perspectiva da teoria dos custos dos direitos: impossibilidade de sua invocação para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao estado. A teoria da “restrição das restrições” (ou da “limitação das limitações”). Caráter cogente e vinculante das normas constitucionais, inclusive daquelas de conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas (cf, art. 227). Acolmatação de omissões inconstitucionais como necessidade institucional fundada em comportamento afirmativo dos juízes e tribunais e de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito. Controle jurisdicional de legitimidade sobre a omissão do estado: atividade de fiscalização judicial que se justifica pela necessidade de observância de certos parâmetros constitucionais (proibição de retrocesso social, proteção ao mínimo existencial, vedação da proibição insuficiente e proibição de excesso). Doutrina. Precedentes do supremo tribunal Federal em tema de implementação de políticas públicas delineadas na constituição da república (rtj 174/687 – rtj 175/1212-1213 – rtj 199/1219-1220). Possibilidade jurídico-processual de utilização das “astreintes” (cpc, art. 461, § 5º) como meio coercitivo indireto. Doutrina. Jurisprudência. Precedente do stf. Recurso extraordinário do ministério público estadual conhecido e provido.¹⁸

Derradeiramente e como último exercício de reflexão, há que se ponderar a real efetividade de eventuais coerções advindas do Poder Judiciário à administração que não atende aos ditames de moralidade administrativa.

O maior dos poderes coercitivos legais para cumprimento de uma tutela específica é a chamada *astreintes*, ou multa pecuniária aplicável a quem se recusa ao exercício omissivo ou comissivo oriundo de uma determinação estatal.

Encinas Manfré. Câmara Especial. Data de Julgamento: 25/07/2011.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 488.208/SC. Relator Ministro Celso de Mello. Data de Julgamento: 01/07/2013.

Contudo, há que se notar que no caso específico de casos de aplicação desta multa no âmbito da administração pública, é certo que ela – via de regra – é direcionada a administração e não ao administrador que geriu mal os fundos da coletividade.

Deste modo, há um profundo paradoxo a ser enfrentado pela doutrina e pelos legisladores, uma vez que, usar de um processo difuso ou coletivo, que tem por fundamento e objetivo máximo a proteção de bens e serviços da coletividade, e subjugar este mesmo patrimônio ao julgo de uma multa diária em caso de descumprimento de diretrizes estabelecidas pelo judiciário, é um contrassenso.

Por este motivo que é crescente o movimento que defende que o próprio administrador quem deve responder em caso de descumprimento de ordem estatal quando efetua discricioniedades malfadadas do erário, como nos ensina Marçal Justen:

O interesse público não se confunde com o interesse do Estado, com o interesse do aparato administrativo ou do agente público. É imperioso tomar consciência de que um interesse é reconhecido como público porque é indisponível, porque não pode ser colocado em risco, porque suas características exigem a sua promoção de modo imperioso.¹⁹

Uma das sanções previstas no ordenamento jurídico brasileiro em caso de imoralidade pública é cassação dos direitos políticos, como preceitua o artigo 15, inciso IV.

Este procedimento é de suma importância para o perfeito funcionamento do Estado democrático de direitos, uma vez que a não fiscalização dos atos administrativos enseja em um poder intolerável ao Poder Executivo que pode, com discricioniedade absoluta, distribuir os recursos financeiros públicos a seu contento, inclusive com interesses pessoais e eleitoreiros.

Além da perda ou a suspensão dos direitos políticos, já tem se entendido que o administrador pode pessoalmente ser responsabilizado por atos antiéticos no uso da máquina pública.

Mesmo que tal entendimento esteja em voga e mesmo que haja inúmeros dispositivos neste sentido, como é o caso do artigo 11 da Lei de Ação Popular que diz que “a sentença que, julgando procedente a ação popular, decretar a invalidade do ato impugnado, condenará ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele, ressalvada a ação regressiva contra os funcionários causadores de dano, quando incorrerem em culpa”²⁰, ainda assim parece haver uma certa relutância em trespassar o escudo do cargo ocupado pelo mal gestor, e puni-lo pessoal e efetivamente.

¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1166.

²⁰ _____. Lei 4.717, de 29 de junho de 1965.

Muito já se avançou na defesa dos direitos metaindividuais, principalmente com mecanismos intrínsecos nos processos difusos, como é o caso do princípio da indisponibilidade da execução coletiva que estabelece que, decorridos 60 (sessenta) dias da publicação da sentença condenatória na Ação Popular ou na Ação Civil Pública sem que o autor promova a execução coletiva, o representante do Ministério Público a promoverá, evitando-se, assim eventuais casos de corrupção para não execução de sentença de caráter difuso.

Contudo, há muito que se caminhar ainda na defesa dos direitos coletivos, tanto no âmbito da legislação quanto da sua efetiva aplicabilidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde que o Estado absolutista foi deposto de seu trono, o Estado democrático de direitos emergiu como grande bálsamo para as aflições e clamores da população.

Surgindo como libertário – tentando romper os grilhões que impediam a livre iniciativa, em nítido movimento de negação à atuação estatal –, passando por um momento de retomada da atuação estatal no controle e fiscalização de abusos praticados pela classe burguesa; e desaguando no chamado Estado Social – onde os interesses público e privado não mais eram tutelados de maneira isolada – os direitos fundamentais e coletivos ganharam um forte aliado: o processo difuso ou coletivo.

Esta vitória obtida na terceira geração dos direitos individuais promoveu a criação de uma estruturação própria na defesa de direitos, onde mecanismos procedimentais próprios precisaram ser criados para que estes direitos coletivos fossem efetivamente satisfeitos.

Por fim, faz-se necessária a conjugação de administração pública ética e moral com fiscalização do Poder Judiciário para que atos de imoralidade na gestão pública não fiquem impunes, e a coletividade não seja alvejada em seus direitos constitucionais.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO PINTO, Cristiano Paixão. **Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito.** In: PEREIRA. O novo Direito Administrativo brasileiro: o Estado, as Agências e o Terceiro Setor. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1993.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 510.150/MA (2003/0007895-7). Relator Ministro Luiz Fux. Data de Julgamento: 17/02/2004. Primeira Turma. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7381445/recurso-especial-resp-510150-ma-2003-0007895-7/inteiro-teor-13045218> >. Acesso em: 17. Jul. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação n.º 9152889-05.2008.8.26.0000. Relator Desembargador Encinas Manfré. Câmara Especial. Data de Julgamento: 25/07/2011. Disponível em: < <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20131007/apelacao-apl-9152889052008826-sp-9152889-0520088260000/inteiro-teor-104821908> >. Acesso em: 17. Jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 488.208/SC. Relator Ministro Celso de Mello. Data de Julgamento: 01/07/2013. Disponível em: < <http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1452> >. Acesso em: 17. Jul. 2015.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CORTELLA, Mario Sergio. **Ética e vergonha na cara**. 1. Ed. Campinas: Papiros.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Direitos difusos e coletivos I**. 1. Ed. São Paulo: Saraiva.

GERAIGE NETO, Zaiden. **O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**. São Paulo: RT, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LAROUSSE. Ilustrado Da Língua Portuguesa. 1. Ed. São Paulo, 2004.

_____. Lei 4.717, de 29 de junho de 1965.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: RT, 2006.

PAZZAGLINI, Marino filho. **Lei de improbidade administrativa comentada**. 3. Ed. Jurídico Atlas.

PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. 1. Ed. São Paulo.

Submetido em 15.08.2017

Aprovado em 04.09.2017