

O CONTROLE DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA PELA AÇÃO POPULAR¹

L. M. SANTOS², D. A. GEMELLI³

¹ Resultado parcial da pesquisa realizada no GEDA, vinculado ao Curso de Direito do CEULP/ULBRA.

² Acadêmico do 6º período do Curso de Direito do CEULP/ULBRA, pesquisador do GEDA. E-mail: mascarenhasvip@hotmail.com

³ Doutora em Direito Público, docente do Curso de Direito do CEULP/ULBRA, coordenadora do GEDA.

IX Jornada De Iniciação Científica do CEULP/ULBRA

RESUMO: O presente estudo objetiva um aprofundamento analítico sobre o controle da moralidade administrativa pela Ação Popular, que teve seu campo de atuação aumentado com a Constituição Federal de 1988. Para tanto é imperioso a análise das decisões do Supremo Tribunal Federal-STF, responsável pela guarda da Constituição Federal e que julga conflitos entre ela e as leis infraconstitucionais. Assim, como se vê no inciso LXXIII do seu art. 5º que diz “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa...”, o presente estudo abordará o controle dos atos administrativos praticados pelos gestores públicos que ferem o princípio da moralidade administrativa.

PALAVRAS CHAVE: moralidade; ação popular; controle judicial.

INTRODUÇÃO: No exercício de suas funções, a administração pública se sujeita a controle por parte dos Poderes Legislativo e Judiciário, além de exercer, ela mesma o controle sobre os próprios atos. Segundo DI PIETRO (2007), a finalidade do controle é “assegurar que a administração atue em consonância com os princípios constitucionais da Administração Pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e ainda outros de origem infraconstitucional: motivação, finalidade pública e razoabilidade”. Não é difícil reconhecer entre a sociedade qual o conceito ideal de bom administrador público ou de boa gestão de recursos e políticas de governo. Assim, data-se da antiguidade as primeiras preocupações com a moralidade dos homens, neste contexto, os agentes públicos. A Constituição Federal outorga ao particular determinados instrumentos de ação a serem usados para controlar as ações da administração pública, sob o foco dos princípios do ordenamento jurídico brasileiro, sendo o mais eficiente controle da administração: o controle popular, externado através da ação popular - uma das formas designadas pela nossa lei maior, que dispõe o povo para exercer esse controle. Caberá, portanto a ação popular quando houver ato lesionador ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Entende SILVA (1968) que “a ação popular é o instituto de democracia direta, e o cidadão, que a intenta, fá-lo em nome próprio, por direito próprio, na defesa de direito próprio, que é o de sua participação na vida política do Estado, fiscalizando a gestão do patrimônio público”, a fim de que esta se conforme com os princípios da legalidade e da moralidade administrativa. O componente desta moralidade é a moral institucional que, no tocante ter evoluído no meio dos agentes políticos, necessita desse controle eficiente e eficaz. DI PIETRO (2007) explica que: “o conceito de moral, para alguns, é vago e impreciso”, a autora argumenta que em vias contrárias, “a imoralidade surgiu ligada à idéia de desvio de poder, completando de forma precisa que sempre que o ato, mesmo de acordo com a lei, for contrário a moral, aos bons costumes, à equidade e às regras de boa administração, estar-se-á ferindo a moralidade administrativa”. CORDEIRO (2005) aponta para a dificuldade de conceituar diretamente a moralidade administrativa, mas define que “constitui mandamento emanado da Constituição, dirigido a todo agente público, para que este pautе sua atuação em conformidade com o sentimento geral de boa-fé e o senso comum de honestidade no processo decisório governamental, visando sempre atingir o espírito da lei, mais ate que a própria letra da lei.” Atualmente esta forma de definição alcançou grande relevância devido a duas decisões do Supremo Tribunal Federal: MS nº 24369/DF e o RE nº 170768-2/SP. Segundo estes julgados, o STF estabeleceu o entendimento, de que deve ser seguido na administração pública o senso comum de honestidade, ou seja, não será ilícito só o que lesar o erário, mas também aquilo que não for moralmente aceito, o que infringir à moralidade administrativa exclusivamente.

MATERIAL E MÉTODOS: Este estudo preliminar utilizou a pesquisa bibliográfica e o método dedutivo em função das questões e posições levantadas pelos autores pesquisados. Segundo SEVERINO (2002), o “raciocínio dedutivo é aquele cujo antecedente é constituído de princípios universais, plenamente inteligíveis, através dele se chega a um conseqüente menos universal”. Todavia, a pesquisa bibliográfica é aquela que, através da leitura e análise de textos, documentos e periódicos, busca o estudo de qualquer problema, constituindo instrumento mais adequado para a determinação do estágio em que atualmente eles se encontram. Através desses métodos, será feita uma análise da Constituição Federal, da Lei nº 4.717/65 e de duas decisões do STF relativas ao RE nº 170.768-2/SP e o MS nº 24.369-DF que envolveram o princípio da moralidade, objeto do presente estudo. O resumo apresenta resultados parciais das discussões e estudos efetivados em encontros quinzenais através do GEDA, de modo que foram discutidos e pesquisados temas conexos e relevantes para o direito administrativo.

RESULTADOS E DISCUSSÃO: Segundo CORDEIRO (2005), com um pensamento avançado, pelo contexto positivista, para início do séc. XX, Maurice Hauriou contribuiu notavelmente para uma concretização da moral na administração pública. Influenciando outros doutrinadores como o seu compatriota Marcel Waline, que mesmo aceitando o novo princípio, o combateu dizendo estar vinculado ao conceito de legalidade. Posição esta, seguida aqui no Brasil por vários doutrinadores, que negam a autonomia deste importante princípio mesmo após a sua elevação na Constituição de 1988. A defesa da autonomia da moralidade não veio apenas da Carta Magna, mas já aparecia de forma implícita desde a Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Isto se comprova através do seu art. 1º, *in verbis*: “Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao **patrimônio** da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas e de sociedades de economia mista.” (grifo nosso). O sentido de patrimônio pode ser entendido de forma extensa, pois representa os valores estéticos, espirituais, históricos e morais. Após isso, é possível verificar através da tabela abaixo como foi à evolução da moralidade administrativa e da ação popular, no decorrer da história legislativa brasileira.

Histórico da Ação Popular e da Moralidade no Direito Brasileiro		
Ação Popular – Constituições Federais		
1824	Primeira vez que foi mencionada	Art. 157 do título VI – Poder Judiciário
1891	Grande acaso	Não fez menção
1934	Momento de Glória	Incluída no inciso 38, do art. 113.
1937	Grande acaso	Não fez menção
1946	Momento de Glória	Excelente menção no § 38 do art. 141, base para a Lei nº 4717/65.
1967	Sem muita importância	Timidamente citada no art. 150, § 31.
1988	Momento de Glória	Grande importância quando garante o controle da moralidade.
Moralidade Administrativa – Momentos que entrou no corpo da legislação nacional		
1946	Constituição Federal	Abriu espaço para a elaboração da Lei nº 4.717/65.
1965	Lei nº 4.717/65 – da Ação Popular, art. 1º, caput e § 1º.	Através de um conceito lato de patrimônio público
1988	Art. 37 da Constituição Federal 88	Elevação a princípio autônomo da Administração Pública
1994	Dec. 1.171, de 22 de junho de 1994	Código de ética profissional do servidor público civil federal – reafirmou o princípio da moralidade administrativa
1999	Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999	Processo administrativo federal

Tabela 1 - Histórico da ação popular e do princípio da moralidade administrativa no direito brasileiro, elaborada pelo pesquisador Leilson Mascarenhas Santos.

Após o resumo histórico das normas legais aplicadas ao assunto em análise, observa-se que a moralidade no âmbito da administração pública e a ação popular, passaram por uma evolução no ordenamento jurídico brasileiro. O que seria deste princípio de tamanho peso e desse remédio dos tempos imperiais, se não houvesse alguém, algum órgão para recebê-lo e dar-lhe interpretação conforme a dos legisladores e doutrinadores clássicos? É uma reflexão pertinente, pois em todos os direitos e garantias é preciso existir uma sincronia com uma forma de controle seja judicial, administrativo ou legislativo, seja ele externo ou interno. Para melhor

elucidar a interpretação do conceito de moralidade citam-se as explicações de MEIRELLES (2005) sobre a sistematização conceitual apresentada por Hauriou, *in verbis*:

Não se trata de uma moral comum, mas sim de uma moral jurídica entendida como o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração. (...) explica que o agente administrativo, como ser humano dotado de capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o bem do mal, o honesto do desonesto. (...) e ao atuar não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta, assim não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto. (...) não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também a lei ética da própria instituição.

A Constituição Federal de 1988, quando elevou o princípio da moralidade administrativa a diretriz de ação da administração pública e a hipótese de ação popular, colocou, ainda, a necessidade de proteção à moralidade e à responsabilização do agente público seja amoral ou imoral. SOBRINHO (1993) explica que “Difícil de saber por que o princípio da moralidade administrativa encontra tantos adversários, não o aceitando como hipótese de ação popular, ou meramente como princípio da administração pública”. Não tem como proteger a legalidade trilhando pelo caminho da imoralidade administrativa. Para firmar esse posicionamento temos duas decisões em que a Suprema Corte brasileira firmou entendimento com base na tese da doutrina de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. Tratam-se dos julgados RE nº 170.768-2/SP e o MS-MC-segunda-AgR_24369. O primeiro, diz respeito a uma espécie de *caixa dois*, o que é vedado de acordo com a recepcionada Lei nº 4.320/64, quando no município de Barra Bonita-SP, recursos públicos foram movimentados em conta particular. Na defesa, os réus, um deles o prefeito, comprovaram através de perícia que o dinheiro foi todo usado na compra de bens móveis e pagamento de serviços de interesse daquela prefeitura. No entanto, esta alegação não foi suficiente, já que a decisão de 1ª instância condenou um deles a devolver toda a quantia aos cofres públicos. O Tribunal de Justiça de São Paulo confirmou a decisão e o processo chegou à Suprema Corte, onde se discutiu se o ato ilegal, mesmo não trazendo prejuízos aos cofres públicos, seria nulo. Assim, verificamos abaixo no trecho da ementa do referido voto.

O entendimento sufragado pelo acórdão recorrido no sentido de que, para o cabimento da ação popular, basta a ilegalidade do ato administrativo a invalidar, por contrariar normas específicas que regem a sua prática ou por se desviar dos princípios que norteiam a Administração Pública, dispensável a demonstração de prejuízo material aos cofres públicos, não é ofensivo ao inc. LXXIII do art. 5º da Constituição Federal, norma esta que abarca não só o patrimônio material do Poder Público, como também o patrimônio moral, o cultural e o histórico.

Vemos que o STF não contrariou a posição do Tribunal de 2º grau, visto que a inovação trazida pelo art. 37 da Constituição de 1988, o art. 1º da Lei nº 4.717/65 passou a ter um novo entendimento de patrimônio público, sendo ele também, o patrimônio moral. E no caso em análise houve, sim, o dano moral ao patrimônio público e à sua lesividade. O STF entendeu desta forma, pois utiliza um fundamento importante – o senso comum de honestidade. Nesse sentido, CORDEIRO (2005) explica “que cada vez mais se aproximam a moral institucional da moral comum sem, é claro, que isso signifique uma identidade plena entre os referidos conceitos”. No segundo caso, o MS nº 24.369-DF foi interposto ao STF contra recebimento e processamento pelo Tribunal de Contas da União, de denúncia anônima contra irregularidades em supostas licitações ilegais direcionadas ao pagamento de diárias exorbitantes no Conselho Federal de Farmácia. Este alegou haver ilegalidade quanto ao recebimento de denúncia anônima em ofensa ao art. 5º, IV, da Carta Magna e contra resolução interna do Tribunal de Contas da União sobre a obrigação de se qualificar a pessoa denunciante. O STF, então se atentou para duas questões, o peso da vedação do anonimato nas investigações do TCU e como resolver o conflito entre os dois princípios constitucionais: a moralidade e a vedação ao anonimato. Sem contrariar sua posição no processo anterior, o Supremo entendeu que da mesma forma que este princípio tem importância para responsabilizar em caso de ofensas de expressão liberal, aquele importa controlar os atos para que sejam compatíveis com a lei e aos princípios administrativos. Neste conflito prevaleceu a defesa da moral do postulado ético, por ser de interesse público, já que o da vedação ao anonimato é de interesse privado. Foi uma decisão com conflito de princípios constitucional, dentre eles o da moralidade administrativa em detrimento de outro de cunho privado, resolvido segundo o Min. Celso de Mello, em trecho de sua decisão, “... mediante ponderação dos valores e interesses em conflito...”. Assim apresenta-se um dos resultados desta pesquisa ainda preliminar sobre o controle da moralidade administrativa – a possibilidade de o cidadão agir diretamente na provocação do controle judicial da administração pública. O outro que será discutido e aprofundado caminhará no sentido de que mesmo lesando-se apenas ao princípio moralista, lesa-se a administração pública e isto constitui motivação suficiente para que seja acionado o seu controle, dentre eles o

controle popular. Dessa forma, deve o Poder Judiciário ao julgar a ação popular, não analisar apenas a legalidade estrita, mas sim legalidade sob o foco da moralidade administrativa.

CONCLUSÕES: Embora os resultados da pesquisa sejam parciais, percebe-se a necessidade de se produzir uma posição clara e precisa de que é possível o controle da administração pública sob o mérito da moralidade exclusiva. Nesse sentido, já é possível constatar a importância do tema em estudo, pois as análises detalhadas das referências bibliográficas consultadas e das decisões do Supremo Tribunal Federal permitem verificar a relevância da discussão acerca do princípio da moralidade e do seu controle judicial-popular, seja nas ações de todos os agentes públicos, seja no momento do controle de irregularidades que envolvem a “administração do interesse público.” Estas discussões e debates foram responsáveis pela garantia do espaço que este princípio conquistou no âmbito da administração pública de alguns países, um deles o Brasil, que está em estágio avançado. Além disso, aqui, a ação popular, tem antecedentes históricos mais remotos ainda, pois são quase duzentos anos desde a primeira menção deste remédio constitucional na Constituição de 1824. Embora em todo este período encontrasse altos e baixos na legislação constitucional brasileira, tendo como fundamento as tendências tomadas pelas decisões do Supremo Tribunal Federal, abre-se a seguinte questão: como o princípio da moralidade que se sobrepôs ao da vedação do anonimato, sendo utilizado sem anexo à legalidade absoluta e aceito em algumas decisões de Tribunais de graus diferentes, não é, ainda, autônomo em suas discussões doutrinárias, já que cada vez mais se estabelece o entendimento por este rumo? Inicialmente firmamos pela autonomia do princípio com a intenção dada pela Constituição Federal de 1988 e pela não necessidade de alienação a outros princípios mais consagrados para que o seu controle popular seja efetivo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Civil. Agravo Regimental. Mandado de Segurança 24369/DF. Tribunal Pleno. Brasília – DF. 13 de novembro de 2003. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=MS-MC-segunda->> Acesso em 1º de abr. de 2009.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Civil. Recurso Extraordinário. Ação Popular. Recurso Extraordinário N. 170.768-2/SP. Primeira turma. Brasília – DF. 13 de novembro de 2003. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=MS-MC-segunda->> Acesso em 1º de abr. de 2009.
- CORDEIRO, Alexandre Delduque. **Três indagações sobre o princípio da moralidade administrativa**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2005.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- PINTO, Antonio Luiz de Toledo, WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos e CÉSPEDES, Lívია. **Vade Mécum compacto**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- SEVERINO, Antonio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 22 ed. São Paulo: Cortez, 2002.
- SILVA, José Afonso. **Ação popular constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.
- SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco. **O princípio constitucional da moralidade administrativa**. 2. ed. Curitiba: Genesis, 1993.