IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO E SAÚDE

JANAÍNA MACHADO STURZA

SANDRA MARA MACIEL DE LIMA

SIMONE LETÍCIA SEVERO E SOUSA DABÉS LEÃO

Copyright © 2021 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
RelaçõesInstitucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

---

D597

Direito e saúde [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Janaína Machado Sturza; Sandra Mara Maciel de Lima; Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-423-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Saúde. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO E SAÚDE

Apresentação

O IV Encontro Virtual do CONPEDI cujo tema é “Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities” contou pela primeira vez com a participação do Grupo de Trabalho - Direito e Saúde.

A saúde, a priori, configura-se como o bem mais precioso do ser humano, protegido tanto pela ONU como pela Constituição Federal de 1988 (CF/88), representando um dos maiores desafios do século. E mais,

De acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS), a saúde deve ser compreendida não somente quanto à ausência de doenças, mas ao completo bem-estar físico, mental e social do indivíduo.

Visando a efetivação do Direito à Saúde, as garantias foram estabelecidas e criadas, principalmente nos arts. 196 a 200 da CF/88, Lei n. 8.080 de 1990 (Lei Orgânica da Saúde) e Lei n. 9.656 de 1998 (que definiu as regras para funcionamento da saúde suplementar).

Para que haja um sistema de saúde eficaz, cabe ao Estado definir políticas públicas adequadas, principalmente no tocante ao direcionamento do orçamento destinado à saúde. Todavia, no Brasil há uma disparidade entre a realidade e o que é garantido constitucionalmente em matéria de saúde.

Sabe-se que o Direito à Saúde por vezes esbarra na escassez de recursos e na escolha de prioridades do administrador público e que, por consequência, a judicialização gera impacto no orçamento.

No atual contexto da pandemia COVID-19 não há uniformidade na política pública de enfrentamento à crise sanitária, pois Estados e Municípios têm adotado medidas mais restritivas que a própria União, fazendo-se necessária a intervenção do Judiciário, para defender o direito fundamental à saúde.

Sendo assim, em tempos de pandemia, o Poder Judiciário vem intervindo bastante na solução de demandas judiciais atinentes à saúde, para defender os direitos fundamentais dos cidadãos, em respeito ao princípio da dignidade humana.

A preocupação maior é a preservação da vida e da segurança. Nesse sentido, o interesse coletivo deve se sobrepor ao interesse individual.

A partir da leitura minuciosa dos 23 (vinte e três) artigos selecionados para o GT Direito e Saúde extraem-se questionamentos e debates de assuntos extremamente relevantes nesse atual contexto de pandemia COVID-19, destacando-se esforços do mundo inteiro para a proteção da vida.

O primeiro artigo apresentado por Ana Clara Cunha Peixoto Reis, Célio Marcos Lopes Machado e Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão discorre sobre "A contribuição da Telemedicina no Atual Contexto Brasileiro: inovações e perspectivas". Destaca a telemedicina como uma tendência irremediável, que contribui para a redução dos custos, melhoria na qualidade dos serviços e atendimentos médicos (aumento da produtividade), diminuição de filas de espera. A telemedicina figura como um complemento para o tratamento convencional, com benefícios desejáveis, e se destaca como uma inovação tecnológica em matéria de saúde no contexto da pandemia COVID-19.

O segundo artigo de autoria de Hamanda de Nazaré Freitas Matos, Raimundo Wilson Gama Raiol e Letícia Vitória Nascimento Magalhães, intitulado "O Direito das pessoas com deficiência à saúde em época de pandemia viral no Brasil: uma análise bioética", descreve os pressupostos referentes ao direito das pessoas com deficiência à saúde no Brasil no contexto da pandemia COVID-19. Analisam a tutela destes direitos no ordenamento jurídico brasileiro e as medidas que visam assegurar o direito destas pessoas consideradas vulneráveis, preocupando-se com os enormes desafios enfrentados por elas, no que tange à prevenção, tratamento ou reabilitação.

O terceiro artigo também de autoria de Hamanda de Nazaré Freitas Matos, Raimundo Wilson Gama Raiol e Letícia Vitória Nascimento Magalhães trata das "Mulheres com deficiência na busca por saúde: realidade e legislações", e retrata as experiências de mulheres com deficiência no acesso à saúde, suas dificuldades e obstáculos, diante da disparidade existente na legislação pertinente ao tema, necessitando que Poder Público adote medidas para solucionar o problema.

No quarto artigo, os/as autores/as Camila Giovana Xavier de Oliveira Frazão, Ricardo Alexandre Lopes Assunção e Thainá Penha Pádua intitulado "Ação Popular como proteção da moralidade administrativa em face dos atos lesivos praticados em tempos de pandemia", abordam a evolução da ação popular e a importância da participação do cidadão na proteção

contra os atos lesivos à moralidade administrativa, assim como, destacam o aumento de atos e decretos para conter a pandemia, que relegam tal princípio norteador da Administração Pública, sendo necessário o aperfeiçoamento da Ação Popular.

No quinto artigo, as autoras Janaina Machado Souza e Gabrielle Scola Dutra apresentam o artigo intitulado "O Direito à Saúde e as "escolhas trágicas" no cenário transpandêmico brasileiro: da crise sanitária à crise Humanitária". O objetivo do artigo é refletir sobre o Direito à Saúde diante da realidade transpandêmica brasileira em tempos de COVID-2019, uma vez que há incongruência entre a escassez de recursos públicos e o garantido pela CF/88 de garantia à saúde. Abordam a "Teoria das Escolhas Trágicas" de Guido Calabresi e Philip Bobbitte a Metateoria do Direito Fraterno de Eligio Resta e destacam o estado de emergência sanitária e humanitária do país.

Em seguida, as mesmas autoras Janaina Machado Souza e Gabrielle Scola Dutra apresentam o artigo intitulado "Saúde, gênero e inclusão social no contexto da transpandemia COVID-19: a pluralidade bibliográfica do "ser migrante" no Estado do Rio Grande do Sul". As autoras apresentam interseções entre saúde, gênero e inclusão social a partir da pluralidade dos imigrantes no Estado do Rio Grande do Sul no contexto da pandemia COVID-19. Concluem pela necessidade de políticas públicas de acolhimento do "ser migrante" de forma a garantir uma vida digna a todos/as.

O sétimo artigo de autoria de André Luís Ribeiro, Jamile Gonçalves Calissi e Renato Zanolla Montefusco apresentam o trabalho intitulado "A vacinação como medida obrigatória em tempos de pandemia: uma análise sob a perspectiva do Direito Constitucional", com o objetivo de discutir a obrigatoriedade ou não da vacinação no contexto da pandemia COVID-19. Avaliam a possibilidade de se estabelecer restrições às liberdades individuais em razão da coletividade e analisam o conflito existente entre a autonomia individual e a proteção dos direitos coletivos, com destaque para a posição do Supremo Tribunal Federal no que tange à obrigatoriedade da vacinação.

A autoras Elda Coelho de Azevedo Bussinguer e Shayene Machado Salles no oitavo artigo, apresentam o trabalho intitulado "Direito à Saúde na relação público-privado: análise das Organizações Sociais de Saúde sob a ótica do envolvimento empresarial na economia (componente do complexo econômico industrial da saúde)". Sustentam que o sistema de saúde no Brasil tornou-se uma indústria e que o envolvimento empresarial no cenário político e econômico foi decisivo para a reforma do Estado dos anos 1990 e para a implantação de novas estruturas organizacionais.

No nono artigo intitulado “Estudo comparativo de normas de saúde pública quanto ao uso de máscaras e vacinas da COVID-19 sob a ótica comparada do federalismo para o Século XXI de Chemerinsky”, o autor Carlos Alberto Rohrmann ressalta que a pandemia COVID-19 demandou novas regulamentações que muito rapidamente impactaram a vida em sociedade, sendo necessária a análise da adoção de políticas públicas de incentivo ao uso de máscaras e vacinação, destacando a adoção de normas próximas das necessidades locais e os impactos negativos nacionais.

O décimo artigo “O Direito à Saúde no atendimento às pessoas vítimas de violência” de autoria de Joice Cristina de Paula e Edilene Aparecida Araújo da Silveira versa sobre o tratamento das pessoas que são vítimas de violência e seu impacto na saúde pública. Destacam a necessidade de ações que visem atendimentos específicos, inclusive com efetiva prevenção da violência.

As autoras Andrea Abrahão e Anna Carolina Miranda Bastos do Valle tratam no décimo primeiro artigo, das “Organizações Sociais e a política pública de gestão de saúde em Goiás”. O objetivo é analisar a legislação do Estado de Goiás pertinente ao tema, bem como as medidas adotadas para garantir o efetivo comprometimento das organizações sociais de saúde com transparência, ética e uso dos recursos públicos. As autoras salientando que tais organizações têm sido utilizadas como uma opção de prestação de serviços públicos de qualidade para a sociedade.

No décimo segundo artigo, os/as autores/as Claudine Freira Rodembusch e Henrique Alexander Grazzi Keske exploram “A judicialização da saúde no Brasil pelo viés do impacto federativo: a competência concorrente e comum na pandemia e o Programa Assistir-RS”. Discutem acerca de gestão estadual, municipal e hospitalar pelo Programa Assistir-RS, diante de seu potencial de judicializar questões relativas às dotações orçamentárias e prestações de serviços de saúde. O texto expõe questões sobre a judicialização da saúde no país e as ações dissonantes entre União e Estados no enfrentamento da pandemia.

Em seguida, no décimo terceiro artigo, “Necropolítica no Brasil: um olhar sobre os desastres ambientais e seus impactos na saúde humana”, a autora Emmanuelle de Araujo Malgarim reflete sobre a sociedade pós-colonial da realidade brasileira, diante da população vulnerável e por fim, conclui que a precariedade da saúde humana e os desastres ambientais podem estar relacionados a uma estratégia de “limpeza social”.

A autora Lara Ferreira Lorenzoni, no décimo quarto artigo, explora o “Estado de exceção epidemiológico e direito fundamental à saúde: entre ação e omissão nas políticas sanitárias

brasileiras de 1904 e 2020". Discute a teoria do estado de exceção de Giorgio Agamben, com base no direito à saúde, analisando os fatores que levaram à Revolta da Vacina e a crise sanitária no Brasil, ação esta que que tomou proporções alarmantes diante das inações do governo federal.

No décimo quinto artigo, os autores Daniel Jacomelli Hudler e Alexandre Lagoa Locatelli apresentam o trabalho intitulado "Direito à Saúde: desequilíbrio econômico-financeiro e o limite da negativa por parte dos planos de saúde". O objetivo do texto é averiguar a validade da negativa de cobertura sobre procedimentos e medicamentos não previstos no rol da ANS. Concluem que o sistema de saúde híbrido acaba por favorecer o lucro do setor privado, não se justificando a negativa sob argumento econômico-financeiro, pois tal negativa é abusiva.

No décimo sexto artigo, a autora Fabiane Aparecida Soares da Silva Lucena apresenta o trabalho intitulado "Judicialização da Saúde: um fenômeno legítimo e ainda necessário". O objetivo da autora é identificar as consequências que a judicialização da saúde traz para o Estado e para a sociedade. Conclui, por fim, que este socorro é legítimo e atende aos princípios constitucionais, pois a saúde é direito de todos e dever do Estado.

O autor Jarbas Paula de Souza Júnior, no décimo sétimo artigo, apresenta o trabalho intitulado "O capitalismo de vigilância e a medicina preditiva – dos benefícios dos riscos". Visa analisar a problemática da aplicação da inteligência artificial em relação a eventuais benefícios e riscos decorrentes da extração, armazenamento e processamento de dados através do Big Data. Identifica avanços em razão da capacidade de processamento de dados de saúde, dentre eles a formação de diagnósticos médicos precoces mais precisos.

No décimo oitavo artigo, as autoras Ana Maria Carvalho Castro Capucho e Viviany Yamaki apresentam o trabalho intitulado "O Direito Humano à Saúde da pessoa idosa e a pandemia de COVID-19". O objetivo é avaliar a (in)adequação do critério etário como condicionante para admissão em leitos de unidade de terapia intensiva. Nesse sentido, concluem que as normas de direitos humanos, políticas públicas e a democracia sanitária são fundamentais para combater o preconceito e a discriminação e para garantir a efetivação do direito humano à saúde da pessoa idosa, garantindo-lhe condições dignas e igualitárias.

O autor Tiago Miranda Soares, no décimo nono artigo, apresenta o trabalho intitulado "A dimensão biopolítica do poder de polícia administrativo: biopoder e vigilância sanitária em tempos de pandemia". Relaciona o poder de polícia administrativo exercido pela vigilância

sanitária com conceitos de biopoder, política médica e economia política, na busca de identificar como o Estado age perante a vida do indivíduos no contexto da pandemia COVID-19.

No vigésimo artigo, os autores Sérgio Felipe de Melo Silva e Felipe Costa Camarão apresentam o trabalho intitulado “O Ministério Público na efetivação do Direito à Saúde”. Visam tratar dos limites e possibilidades de atuação do Ministério Público na defesa do direito à saúde, principalmente no que tange ao direito de exigir em face da administração Pública prestações essenciais à proteção, garantia e recuperação da saúde.

Os mesmos autores Sérgio Felipe de Melo Silva e Felipe Costa Camarão, no vigésimo primeiro artigo, apresentam o trabalho intitulado “Diagnóstico literário do direito à saúde pública no Brasil após os primeiros trinta anos do Sistema Público de Saúde”. Apresentam o conteúdo do direito fundamental à saúde, para amparo teórico aos operadores do direito envolvidos com as lides atinentes ao direito à saúde, tendo o seu titular a faculdade de opor em face do estado e do particular obrigações pertinentes à preservação e recuperação do completo bem-estar físico, mental e social.

No vigésimo segundo artigo, as autoras Eliana Lima Melo Rodrigues e Sandra Mara Maciel de Lima, apresentam o trabalho intitulado “A teoria da perda de uma chance na seara médica: uma análise sob a égide do ordenamento jurídico brasileiro”. O objetivo é analisar a teoria da perda de uma chance no âmbito da responsabilidade civil dos profissionais de saúde, concluindo que a oportunidade de obtenção de vantagem ou expectativa de não sofrer danos jamais poderão ser desprezadas pelo julgador, sob pena de injustiça.

E por fim, no vigésimo terceiro artigo, as autoras Edith Maria Barbosa Ramos, Laisse Lima Silva Costa e Rafaela Santos Lima apresentam o trabalho intitulado “O Sistema Único de Saúde no Brasil: trajetórias e desafios”. O objetivo é analisar a criação do Sistema Único de Saúde no Brasil, a inserção do direito à saúde na Constituição Federal, sua regulamentação e os desafios para a sua efetiva concretização.

Nesse peculiar momento histórico, no qual a humanidade enfrenta a pandemia COVID-19, percebe-se as fragilidades do sistema de público de saúde, a precariedade da colaboração entre os entes da federação em busca de soluções para evitar a propagação do vírus, assim como, que o trabalho de pesquisa dos/as autores/es acima mencionados representa o resultado das demandas sociais em matéria de direito e saúde.

Nas palavras de Assafim :

a missão do pesquisador é melhorar o mundo. Especialmente, obrigação de melhorar nosso país... Uma questão de combate à pobreza, a fome e a bem da defesa da saúde: pugna pela vida. Assim, por a pesquisa a serviço das grandes causas nacionais é uma obrigação inalienável de cada professor brasileiro.

Honradas em coordenar este primeiro GT de Direito e Saúde, na esperança de que a pandemia passe logo e possamos nos encontrar presencialmente.

Janaína Machado Sturza - UNIJUI

Sandra Mara Maciel de Lima - Centro Universitário Curitiba

Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão - Fundação Getúlio Vargas

AÇÃO POPULAR COMO PROTEÇÃO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA EM FACE DE ATOS LESIVOS PRATICADOS EM TEMPOS DE PANDEMIA

CLASS ACTION AS PROTECTION OF ADMINISTRATIVE MORALITY IN FACE OF LESIVE ACTS PRACTICED IN PANDEMIC TIMES

Camila Giovana Xavier de Oliveira Frazão
Ricardo Alexandre Lopes Assunção
Thaina Penha Padua

Resumo

O presente trabalho busca abordar a evolução da ação popular e a importância da participação do cidadão na proteção contra atos lesivos à moralidade administrativa, evidenciando que em tempos de pandemia, o aumento de atos e ecretos para conter a epidemia relegaram tal princípio norteador da administração. O método de pesquisa utilizado foi o descritivo-analítico, partindo de pesquisa bibliográfica, revisão literária e documental para apontar que o princípio da moralidade administrativa embora, por si só, validasse a ação popular, não foi cogitado quando do enfrentamento do tema, demonstrando-se a relevância e necessário aperfeiçoamento da ação popular para esta finalidade.

Palavras-chave: Ação popular, Moralidade administrativa, Atos lesivos, Pandemia covid-19

Abstract/Resumen/Résumé

This paper seeks to address the evolution of popular action and the importance of citizen participation in protecting against acts harmful to administrative morality, showing that in times of pandemic, the increase in acts and decrees to contain the epidemic relegated this guiding principle of administration. The research method used was descriptive-analytical, based on bibliographic research, literary and documentary review to point out that the principle of administrative morality, although by itself validating popular action, was not considered when dealing with the theme, demonstrating that whether the relevance and necessary improvement of popular action for this purpose.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Class action, Administrative morality, Harmful acts, Covid-19 pandemic

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O planeta enfrenta grave pandemia provocada pelo Coronavírus COVID-19 contabilizando mais de 4.654.548 mortes em todo mundo. Apenas no Brasil, o número de mortes já chegou a 587.797, ficando, apenas atrás dos Estados Unidos que somam 659.336 mortes[1].

O Coronavírus é uma família de vírus, sendo o causador da doença COVID-19 identificado como SARS-COV-2. A sigla SARS significa Síndrome Respiratória Aguda Grave. O nome atribuído "COVID-19" é junção dos termos Corona, Vírus e Doença, mais o ano de sua descoberta na China, 2019.

A pandemia do COVID-19 não é a primeira e nem a maior da história, ao menos até o momento, mas já é considerada a maior do século XXI, colocando em xeque toda uma sociedade e a capacidade de seus líderes em adotar políticas públicas para minimizar e conter os devastadores efeitos da doença.

Ao longo da antiguidade, pandemias, epidemias e guerras foram mais comuns do que se imagina. Contudo, no contexto histórico a pandemia do COVID-19 assume relevante desafio para as democracias em termo de sensibilização e empatia.

Como lembra Jean La Fontaine, poeta e fabulista do século XVII, referindo-se a uma epidemia de seu tempo: "nem todos morreram, mas todos foram atingidos"[2].

Com a adoção de medidas pontuais para conter o novo Coronavírus, não restam dúvidas que mesmo aqueles que não contraíram a doença em menor ou maior grau será atingido por seus efeitos colaterais: quarentena, isolamento social, suspensão de atividades escolares, fechamento da indústria e comércio dentre inúmeras outras medidas.

Neste cenário, surge a lei 13.979 de 06 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do Coronavírus e os Decretos Presidenciais 10.282 e 10.292 ambos de 2020 que a regulamentam. No dia 20 de março de 2020 foi publicada a Medida Provisória 926 que alterou alguns artigos da lei, notadamente quanto aos procedimentos para aquisição de bens, serviços e insumos de

[1] Fonte: OMS – Organização Mundial de Saúde, 17/09/2021, disponível em: https://covid19.who.int/

[2] "Um mal que espalha o terror / mal que os céus, em sua fúria, enviaram para punir os crimes da terra / Uma peste – pois é preciso chamá-la por seu nome / capaz de abastecer o Aqueronte num único dia / fez entre os animais a guerra / Nem todos morriam, mas todos eram atingidos". LAPOUGE, Gilles. "Nem todos morriam, mas todos eram atingidos". Estadão, São Paulo, 15 de Abril de 2020, disponível em https://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,nem-todos-morriam-mas-todos-eram-atingidos,70003271281.

emergência em saúde pública, esvaziando a competência e a responsabilidade constitucional de estados e municípios para executar medidas sanitárias.

Indagando o uso adequado das prerrogativas do governo federal em enfrentar a emergência de saúde pública, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, aviou a ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 672/DF[3] a qual restou reconhecido e assegurado o exercício da competência concorrente dos governos estaduais e distritais e suplementar dos governos municiais.

No mesmo sentido, o reconhecimento da competência concorrente, em termos de saúde, dos Estados e Munícios também foi evidenciada pela ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.341/DF proposta pelo Partido Democrático Trabalhista[4].

Sem aprofundar acerca da distribuição constitucional de competências e seus limites para editar normas em matéria de saúde, verifica-se que a ausência de controle hierárquico para adoção de medidas impostas pelo governo, culminaram em uma infinidade de atos e decretos nem sempre revestidos e acobertados pelo crivo da moralidade administrativa.

O presente artigo aborda em seu primeiro capítulo a origem da ação popular, fazendo uma digressão histórico até os dias atuais, traçando a seguir os conceitos e características da ação popular na atual legislação brasileira.

A seguir, analisamos o princípio da moralidade administrativa como forma autônoma a ser tutelado pela ação popular e sua aplicação contra atos lesivos praticados em tempos de pandemia, demonstrando que tal princípio muitas vezes tem sido relegado no enfrentamento do tema.

O método de pesquisa utilizado foi o descritivo-analítico, partindo de pesquisa bibliográfica, revisão literária e análise jurisprudencial sobre o tema, com o propósito de colaborar para o debate sobre a importância de evidenciarmos o princípio da moralidade administrativa, mesmo de forma autônoma, contra atos lesivos praticados em razão da pandemia.

2 AÇÃO POPULAR

2.1 Origens Históricas da Ação Popular

[3] Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf
[4] Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6341.pdf

As raízes da Ação Popular remontam ao Direito Romano onde o cidadão dotado de espírito cívico poderia buscar a tutela de um bem, valor ou interesse, mesmo que diretamente não lhe pertencesse.

No direito romano, o Estado não era visto como algo distante do cidadão, com personalidade jurídica própria. As expressões povo e Estado apresentavam conteúdo equivalente, o que tornava os direitos e bens públicos pertencentes a todos os cidadãos romanos, numa espécie de condomínio.

A ação popular era, então, concebida como uma forma de o próprio cidadão proteger um bem público, que também lhe pertencia. Estaria, assim, a defender interesse indivisível da própria coletividade, da qual fazia parte. Além disso, a ação popular romana era supletiva: o autor popular "representava" o poder público. No direito brasileiro, como veremos é corretiva, ou seja, é movida em face do Poder Público.

Embora a *actio* romana inicialmente exigisse um interesse pessoal e direto exercido pelo titular do Direito, as ações populares eram aceitas como uma exceção àquele princípio, justamente porque através delas o cidadão perseguia um fim altruísta, de defesa dos bens e valores mais altos ao interno das *gens* (MANCUSO, 2019).

Daí o famoso aforisma de Paulo, invocado por José Frederico Marques (*reipublicae interest quam plurimus ad defendam suam causa* (interessa à República que sejam muitos os defensores de sua causa).

Para o cidadão romano, os bens de uso comum, tais os caminhos, as praças, os rio, os cemitérios, eram vistos como uma universalidade indivisa, na qual também se integravam o próprio cidadão e o Estado, o que tornava embatidos os contornos do que hoje conhecemos como interesse individual e interesse público (MANCUSO, 2019).

Inicialmente o cidadão Romano só agia nos casos em que o interesse público convergisse com seu interesse particular. Esta sinergia de interesses posteriormente desenvolveu-se, e o pretor a estendeu a dois outros aspectos: autorizava os particulares a agirem mesmo nas hipóteses em que não tinham qualquer interesse pessoal; e, em seguida, substituiu os interditos por meios mais diretos, as chamadas *in factum actionem*.

Assim, a *actio popularis (ação popular)* não tutela interesses privados nem propriamente públicos, mas situa-se num campo intermediário, hoje denominado interesses difusos, que, a rigor, não são públicos nem privados, mas concernentes a sujeitos indeterminados, incidindo sobre um objeto indivisível, conforme dispõe o art. 81, § único I da Lei 8078/90.

Até quando e onde o Direito Romano manteve sua poderosa influência e foi aplicado como direito comum, essa ação foi observada e adotada compativelmente com os regulamentos políticos dos Estados e das cidades, em que o direito mesmo se impôs. O Direito bárbaro não conheceu esse instituto de modo específico, não encontrando correspondência no direito feudal, onde o regime político assume caráter de absolutismo e de despotismo.

Para Ricardo de Barros Leonel (2006, p. 48)

> a sabedoria e o espírito prático dos romanos perdurou ao longo dos tempos, pois o incipiente remédio, por eles primordialmente criado para a tutela dos interesses coletivos, continuou presente nos ordenamentos jurídicos da época contemporânea.

Resquícios da ação popular no direito estrangeiro moderno e contemporâneo mantiveram ascensão, na razão direta em que os cidadãos estejam conscientes da absoluta necessidade da participação de todos na gestão da coisa pública (MANCUSO, 2019, p. 54-62).

Os antigos jurisconsultos portugueses e brasileiros reportavam-se às fontes romanas para qualificar como populares certas ações intentadas em matéria de proteção a bens de uso comum do povo.

O Decreto de 20 de Outubro de 1823 permitiu a continuidade da legislação Portuguesa e com a edição da primeira Constituição Brasileira, em 1824, sob o regime imperial, pela primeira vez utiliza-se a expressão “ação popular” no Brasil. Até a edição da Lei no 4.717/65, que regulamentou a ação popular, é fato que a Constituição do Império foi a única que nomeou o instrumento.

O artigo 157 da Constituição do Império de 1824 trouxe uma ação popular de caráter penal que objetivava reprimir os atos de abuso de poder e prevaricação de juízes e oficiais de justiça no exercício do cargo. Já se tratava da ação popular na modalidade corretiva. Rezava mencionado dispositivo:

> Por suborno, peita, peculato e concussão, haverá contra eles a ação popular, que poderá ser intentada dentro de ano e dia pelo próprio queixoso ou por qualquer do povo, guardada a ordem do processo estabelecida na lei (BRASIL, 1824).

Admitida, assim, ao menos em sede doutrinária, a sobrevivência da ação popular no período imperial e início da República, onde vigoraram as Ordenações do Reino.

A Constituição de 1891, por sua vez, não fez menção à ação popular. Eurico Ferraresi (2009, p. 172) menciona que interessante debate ocorrido nesse período foi sobre a inserção, ou não, no então Projeto de Código Civil, da ação popular. Havia o entendimento defendido por Clovis Beviláqua de que, para ajuizar uma ação, deveria existir, por parte do autor, um

interesse legítimo e próprio, confundia-se a legitimação com o interesse material. A ideia de que alguém pudesse vir a juízo a fim de defender direito da coletividade afigurava-se temerária.

Ainda para Clovis Bevilaqua citado por Eurico Ferraresi (2009, p. 172) quando se discutia o projeto de código, que as ações cíveis populares que tinham existido no direito romano e dele passado para as legislações dos países só se justificariam nos Estados em que sua organização política não fosse suficientemente desenvolvida, por isso a necessidade de que os particulares velassem pelos interesses públicos.

Com o advento do Código Civil, em 1916, propiciou um certo consenso doutrinário e até jurisprudencial, no sentido de que seu art. 76 teria ab-rogado de vez os últimos vestígios da ação popular, na medida em que condicionava o exercício do direito de ação à existência de um "legítimo interesse econômico, ou moral".

A doutrina brasileira toma como marco da ação popular o art. 113, inciso 38, da Constituição de 1934. Que com todas as letras expressamente dispunha:

> Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios (BRASIL, 1934).

Maria Fernanda de Toledo Rodovalho Podval citada por Rodolfo Mancuso (2019, p. 65) esclarece que nessa época a ação popular, "constitucionalmente estabelecida, não só foi recebida com reservas, como também nem chegou a se firmar, muito embora tenha existido um projeto para sua regulamentação".

Com o advento do Estado Novo e, assim, apenas decorrido cerca de três anos de sua fugaz existência, a ação popular não resistiu à ditadura que se veio a instalar, acabando suprimida pela Constituição de 1937 que retirou a ação popular de seu texto, afastando-a, pois, do ordenamento jurídico brasileiro.

No intervalo entre a Constituição de 1937 e a de 1946, sobreveio o Código de Processo Civil em 1939. Este código repristinou antiga ação popular prevista no art. 13 do dec. 173/1893, ao dispor em seu art.670: "A sociedade civil com personalidade jurídica, que promover atividade ilícita ou imoral, será dissolvida por ação direta, mediante denúncia de qualquer do povo, ou do órgão do Ministério Público".

Passada as trevas do período ditatorial, a ação popular ressurge com a Constituição de 1946 novamente instituindo a ação popular, conforme disciplinado em seu art. 141, § 38: "Qualquer cidadão será parte legitima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e

das sociedades de economia mista". A regulamentação da ação popular, todavia, somente veio em 1965, com a edição da Lei no 4.717.

Percebe-se que não só se cuidou apenas de uma reintrodução da ação popular no cenário jurídico-constitucional, mas de uma sensível ampliação de seu objeto, que agora albergava também a administração indireta: autarquias e sociedades de economia mista, critério que, de resto, viria a ser observado nos textos constitucionais subsequentes.

A Constituição de 1967 trouxe a ação popular no parágrafo 31 do art. 150, posteriormente convertido no parágrafo 31 do art. 153, com a Emenda no 1, de 17 de outubro de 1969: "Qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas".

O art. 5º, LXXIII, da Constituição de 1988, legitima qualquer cidadão para ajuizar ação popular que "vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência".

Pela nova redação, além da Administração Direta, também as entidades paraestatais terão seus atos controlados pela ação popular.

A referência ao meio ambiente pela Constituição de 1988 amplia a mera alusão a bens de direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico, da Lei no 4.717/65. O meio ambiente, em todos os seus desdobramentos, não estava contido na redação da Lei no 4.717/65 e, nesse sentido, houve importante alargamento com o novo Texto Constitucional.

Vale relembrar que, se o Ministério Público não aparece legitimado para a ação popular constitucional (art. 5º LXXIII) não há que se negar, contudo, que pode o *Parquet*, mercê da ação civil pública, perseguir fins análogos, conforme se extrai à leitura do previsto no art. 25, IV, "b" da Lei 8625/93.

2.2 Conceito e Características da Ação Popular

A ação popular pode ser conceituada como o instrumento constitucional de que pode se valer o cidadão com vistas à anulação ou à declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público, ao meio ambiente, à moralidade administrativa e ao patrimônio histórico e cultura (MEIRELLES, 2016, p. 190).

Por meio da ação popular, qualquer cidadão fica investido de legitimidade para o exercício de um poder de natureza política. Trata-se de manifestação direta do poder popular,

positivado no parágrafo único do art. 1º da Constituição de Federal de 1988: "todo poder emana do povo" (NIMER, 2016, p. 141).

Segundo Eurico Ferraresi (2019, p. 175) a natureza da ação popular constitucional pode ser visualizada sob três enfoques. O primeiro é o constitucional, que atribui à ação popular a natureza de remédio constitucional e instrumento de garantia, porquanto está prevista no art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal, ou seja, ao lado das principais ações constitucionais (habeas corpus, mandado de segurança, habeas data, mandado de injunção).

O segundo enfoque enxerga, na ação popular, um instrumento de controle dos atos lesivos ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Seria, pois, uma forma de controle jurisdicional, um instrumento de defesa dos interesses da coletividade, atribuído a qualquer cidadão.

Por fim, em um terceiro enfoque, a ação popular pode ser analisada sob o aspecto processual, porquanto configura uma ação civil. Ademais, a ação popular também tem natureza condenatória, em virtude da possibilidade da imediata condenação dos administradores, dos agentes administrativos e de terceiros citados como réus na ação, os quais são condenados desde logo, ou seja, no mesmo processo, ao ressarcimento dos cofres públicos.

Trata-se, portanto, de ação com natureza eclética, mista, em razão das naturezas constitutiva e condenatória.

Quanto à legitimidade estabelece a Constituição Federal de 1988 que qualquer cidadão é parte legítima para propor a ação popular. Com efeito, a prova da cidadania para ingresso em juízo, conforme dispõe o art. 1º § 3º da Lei 4.717/65 será feita com o título eleitoral, ou com documento que ele corresponda.

Conforme súmula 365 do STF a "pessoa jurídica não tem legitimidade para propor ação popular".

Os sujeitos passivos e assistentes da ação popular estão enumerados no art. 6º da Lei no 4.717/65. Afirma citado dispositivo que a demanda será movida em face das pessoas públicas ou privadas e das entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissão, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo.

Quanto ao promotor de justiça oficiante nos autos, que a melhor doutrina qualifica como "parte pública autônoma", apesar de não ter legitimação ativa originária para propor a ação popular enquanto órgão do Ministério Público (podendo fazê-lo, naturalmente, como simples cidadão), somente podendo atuar como: a) custos legis e agente impulsionador

da produção probatória; b) legitimado ativo subsidiário ulterior, na eventualidade de o autor originário dela desistir ou abandonar o feito e c) exequente subsidiário ulterior, caso o autor popular não execute o julgado dentro de 60 dias do trânsito em julgado, nos termos do art. 16 da Lei 4717/65 (MANCUSO, 2019, p. 92)

O procedimento da ação popular comporta litisconsórcio (artigos 113 a 118 do CPC) e assistência (artigos 119 a 124 do CPC), tanto no polo ativo quanto no passivo. A Lei da Ação Popular (art. 6º, §5º) é expressa no sentido da possibilidade de o cidadão ser assistente litisconsorcial do autor popular. Quanto às modalidades de intervenção de terceiro Patrícia Miranda Pizzol (2019, p.105) entende que em relação ao chamamento ao processo e à denunciação da lide, incide a vedação do art. 88 do CDC; as outras modalidades de intervenção de terceiro se aplicam, em tese, à ação popular.

Em relação à competência territorial, será competente o juízo local onde ocorreu ou deva ocorrer o dano. Isso porque a ação popular é instrumento destinado à tutela de direitos coletivos latu senso e sujeita-se ao regime da jurisdição civil coletiva, aplicável às ações coletivas em geral, conforme dispõe o art. 2º da LACP e 93 do CDC (PIZZOL, 2019, p. 107).

A competência da União atrai a do Estado quando houver interesse comum a tais pessoas de direito público interno, assim como a do Estado traz para si a do Município, desde que haja juízo privativo dos feitos da Fazenda estadual.

Ademais, a propositura da ação previne a jurisdição do juízo para todas as ações que forem posteriormente intentadas contra as mesmas partes e sob os mesmos fundamentos (art. 5º , § 3º , da Lei n. 4.717/64), não se limitando essa regra de prevenção às ações populares, mas a todas as ações coletivas, como as ações civis públicas ou os mandados de segurança coletivos a respeito da matéria.

Todas as espécies de tutela prevista no Código de Processo Civil podem ser concedidas subsidiariamente em processo de ação popular. Assim, além da tutela de conhecimento, é plenamente cabível a tutela cautelar, antecipatória e executiva.

No tocante à tutela jurisdicional de conhecimento a ser pleiteada por via da ação popular (objeto imediato), nos termos do art.11 da Lei 4717/65 a sentença de procedência da ação popular, além de declarar a invalidade do ato impugnado, condenará o réu ao ressarcimento por perdas e danos.

Em função de interpretação literal do art. 11 surgiu posicionamento restritivo no sentido de que a sentença de conhecimento da ação popular somente pode ter por conteúdo a tutela desconstitutiva do ato lesivo ao patrimônio público ou à moralidade administrativa e eventual tutela condenatória de recomposição do dano causado.

Para Susana Henriques da Costa (2015, p. 111) este não parece ser o entendimento que melhor se coaduna com o atual modelo processual brasileiro. É que a lei da ação popular editada em 1965 fora concebida em uma época em que o direito processual ainda não estava plenamente desenvolvido, devendo o art. 11º ser analisado dentro do contexto histórico de seu surgimento, devendo ser interpretado de acordo com os princípios atualmente vigentes.

Se o modelo processual brasileiro deve ser visto sob o enfoque da efetividade, do acesso à justiça, da visão instrumentalista, da inafastabilidade da tutela jurisdicional, restringir o objeto imediato da ação popular a pedidos condenatórios e desconstitutivos redundaria numa ofensa a esses princípios, além de prejudicaria a prestação jurisdicional (MANCUSO, 2019, p. 183)

A ação popular não tem por objetivo somente a tutela do erário, trazendo em seu bojo supostas violações ou ameaças de violações a interesses difusos que não podem ser tutelados apenas por tutelas reparatórias. Necessário conceder, até em nome da garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional, proteção ampla, específica e integral aos interesses metaindividuais, com a possibilidade de concessão de tutelas inibitórias, mandamentais, executivas, dentre outras.

Onde o legislador de 1965 previu a possibilidade de condenação em perdas e danos do responsável, deve-se entender pela possibilidade de aplicação de todas as medidas existentes e necessárias para o desfazimento do dano e, somente em último caso, sendo este irreversível, buscar-se a condenação ao ressarcimento por perdas e danos (COSTA, 2015, p. 112).

3 DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

3.1 Princípio da moralidade administrativa como causa autônoma na Ação Popular

O princípio da moralidade administrativa goza, no ordenamento jurídico brasileiro, de condição privilegiada. Figura expressamente em nossa Constituição, que, ao indicar os princípios reitores da Administração Pública (art. 37, caput), assim estabelece: A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

A moralidade administrativa, a partir da Constituição de 1988, torna-se pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública.

Da mesma forma, prevê a Carta, no art. 5º, LXXIII, que qualquer cidadão poderá ajuizar ação popular para combater ato que, dentre outras hipóteses, atente contra a moralidade administrativa. Ainda, no § 4º do art. 37, dispõe que atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário.

A introdução do princípio da moralidade administrativa no ordenamento jurídico brasileiro através da Constituição Federal de 1988 representa um divisor de águas, eis que até então a improbidade administrativa constituía infração prevista e definida apenas para os agentes políticos.

Segundo Luís Otávio Sequeira de Cerqueira (2020, p. 69) após a inserção do princípio da moralidade na Constituição, a exigência de moralidade estendeu-se a toda a administração pública.

Contudo, pergunta que ecoa é em que consistiria a moralidade e como defendê-la? O próprio conceito de moralidade é variável conforme tempo e espaço. O que é imoral em determinado lugar não o é em outro. O imoral de ontem é o moral amanhã (GAJARDONI, 2012, p.106).

Em razão de uma indeterminação jurídica do conceito de moralidade, dentre os objetos tutelados pela ação popular, este desperta maior dificuldade de aplicação prática e diversidade de interpretações.

O senso e a consciência moral permeiam a existência da humanidade desde longínqua data, sendo alvo de importantes estudos no campo da filosofia.

Os romanos há muito distinguiam Direito e a moral com o brocardo *non omne quod licet honestum est*, ou seja, "nem tudo que é lícito é honesto".

Para Rodolfo Mancuso (2019, p. 119)

> a moralidade administrativa situa-se na zona fronteiriça entre o Direito (normas de conduta atributivas, coercitivas e exigíveis) e a moral (normas de conduta aderentes aos sentidos do justo, do equitativo e do senso comum), e daí a dificuldade em conceitua-la, a par de uma certa resistência em admiti-la como categoria jurídica autônoma, ao argumento (inconvincente!) de aí se cuidar de conceito vagou ou indeterminado, suscetível de subjetivismos.

Atendo-se ao conteúdo jurídico do conceito e princípio da moralidade administrativa sem divagar sobre a ótica filosófica, é possível afirmar que a moralidade administrativa é um parâmetro capaz de medir a proporção entre os meios e os fins, orientando a diferença entre a boa e má administração e deriva da legitimidade política e da finalidade pública (NIMER, 2016, p. 106).

Segundo Rodolfo Mancuso (2019, p.118) atribui-se a Hauriou os primeiros conceitos de moralidade administrativa que retirava o conjunto de regras de conduta da disciplina interior da administração e propunha que, além de controle da mera legalidade dos atos administrativos, pelos meios ordinários, impunha-se o contraste de algo mais consistente no exame de eventual desvio de poder da ação administrativa.

Para o citado autor, posteriormente o conceito foi desenvolvido por Welter como:

> A moralidade administrativa, que nos propomos a estudar, não se confunde com a moralidade comum; ela é composta por regras da boa administração, ou seja: pelo conjunto das regras finais e disciplinares suscitadas, não só pela distinção entre o bem e o mal, mas também pela ideia geral de administração e pela ideia de função administrativa.

Para Fernanda Marinela (2018, p.86) o princípio da moralidade exige que a Administração e seus agentes atuem em conformidade com princípios éticos aceitáveis socialmente. Esse princípio se relaciona com a ideia de honestidade, exigindo a estrita observância de padrões éticos, de boa-fé, de lealdade, de regras que assegurem a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública.

Muito se indaga se a defesa da moralidade administrativa permite a propositura da ação popular, independentemente da ocorrência de ilegalidade ou dano ao patrimônio público.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2019, p.104) informa que diversos autores sequer aceitam a existência do princípio da moralidade administrativa, enquanto outros entendem que se encontra absorvido dentro do próprio princípio da legalidade.

José Afonso da Silva (2001, p.466) observa que a se exigir que um ato administrativo imoral seja também ilegal, isso irá “liquidar com a intenção do legislador constituinte de contemplar a moralidade administrativa como objeto de proteção desse remédio”.

Ainda que o conceito de moralidade contenha conteúdo vago que reclama seu confronto ao caso em concreto, a interpretação de um conceito vago é pressuposto lógico da aplicação da regra jurídica ou princípio jurídico.

Rodolfo Mancuso (2019, p.122) afirma que a moralidade administrativa pode e deve ser considerada uma categoria autônoma, significando dizer que um ato administrativo pode ser: a) legalmente formal; b) não lesivo ao erário; mas inobstante, ser moralmente insustentável e sindicável em ação popular.

Para o autor, o constituinte inseriu a moralidade administrativa como fundamento autônomo para a ação popular, não devendo o interprete enfraquecer a dicção constitucional, mas antes imprimir-lhe a máxima efetividade.

4 AÇÃO POPULAR COMO PROTEÇÃO DA MORALIDADE CONTRA ATOS LESIVOS PRATICADOS EM TEMPO DE PANDEMIA.

Após revisitado os conceitos e características da ação popular e da moralidade administrativa, demonstrando que tal instrumento manejado pelo cidadão se presta à proteção da coletividade, por si só, em razão de eventual afronta à moralidade administrativa, necessário contextualizá-lo à luz dos atos lesivos praticados em tempo de pandemia.

Ao longo da Pandemia de COVID-19, verificou-se a proliferação de inúmeros atos no exercício da competência concorrente dos governos estaduais, distritais e suplementar dos governos municiais que, revestidas do manto emergencial e do estado de calamidade, afrontaram a moralidade administrativa.

Tamanho número de atos destoados da moralidade administrativa já rendeu a pecha de "pandemia da imoralidade".

No que pesem outros inúmeros instrumentos de proteção da *res* pública sobejamente manejados pelo Ministério Público e demais legitimados, a utilização da ação popular pelo cidadão se mostra como importante ferramenta de participação e cidadania.

O princípio fundamental de cidadania numa perspectiva abrangente, enfatiza direitos civis e políticos, além de referir-se também aos direitos do cidadão que corresponde a uma qualidade agregada de direitos e deveres oriundos da relação das pessoas com o Estado, entendendo-se que o cidadão é o indivíduo que goza dos direitos e deveres civis e políticos de um Estado (COSTA, 2016, p.76 *apud* VOLPINI, 2011, p.537-556).

Márcio Cammarosano (2006, p.113) aborda a proteção da moralidade administrativa pelo cidadão da seguinte maneira:

> Na medida em que o próprio Direito consagre a moralidade administrativa como bem jurídico amparável por ação popular, é porque está outorgando ao cidadão legitimação ativa para provocar o controle judicial dos atos que sejam inválidos por ofensa a valores ou preceitos morais juridicizados. São esses valores ou preceitos que compõem a moralidade administrativa. A moralidade administrativa tem conteúdo jurídico porque compreende valores juridicizados, e tem sentido a expressão moralidade porque os valores juridicizados foram recolhidos de outra ordem normativa do comportamento humano: a ordem moral. Os aspectos jurídicos e morais se fundem, resultando na moralidade jurídica, que é moralidade administrativa quando reportada à Administração Pública.

A ação popular, com vistas a anular ato lesivo à moralidade administrativa oferece-se como uma das mais expressivas e formidáveis formas de exercício da cidadania e

reconhecimento do Estado Democrático de Direito, passíveis de serem concretizadas por meio da provocação da tutela jurisdicional.

Contudo, não raras vezes o Julgador admita e reconheça a defesa da moralidade administrativa pela ação popular, esta tem sido relegada à guisa da discricionariedade dos atos administrativos e preservação da separação dos poderes.

Em exercício de autocontenção em detrimento do chamado ativismo judicial, o judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros poderes. Para muitos, cabe ao chefe do executivo, e não ao Poder Judiciário, a escolha das políticas públicas aptas a fazer frente à pandemia do COVID-19.

Neste sentido foi a decisão do TJDF proferida no Agravo de Instrumento nº 0722113-37.2020.8.07.0000, que revogou a decisão liminar concedida em ação popular manejada em face do Distrito Federal que suspendia o Decreto Distrital 40.939/2020 que promoveu a flexibilização gradual em relação ao funcionamento de alguns segmentos do setor econômico local:

> Pois bem, dúvidas não subsistem que a discricionariedade do ato administrativo é um campo fértil para diversas elucubrações e, sem prejuízo de eventual apuração de responsabilidade do gestor público pelas consequências do ato administrativo, não cabe ao poder judiciário, igualmente, sem embasamento em estudos elaborados por técnicos específicos das áreas envolvidas na matéria regulamentada, *in casu*, econômica e de saúde, presumir a existência de vício de ilegalidade.
> A estrutura administrativa do Governo Local possui secretarias próprias nas respectivas áreas de saúde e economia para, em tese, embasarem as decisões tomadas pelo Poder Público na edição de seus atos normativos.
> A presunção de legalidade, nesse caso, e de regularidade do ato, repise-se, milita em favor do poder executivo local, conclusão essa decorrente dos princípios elencados no artigo 37, caput, da Constituição Federal.
> Assim, divisa-se, portanto, eventual invasão de competência por parte do prolator da decisão fustigada, na medida em que não compete ao Poder Judiciário se imiscuir nas competências legislativas próprias do Poder Executivo, restando evidente que a manutenção da decisão resistida demonstra ainda a potencialidade lesiva ao bens jurídicos aqui tutelado, quais sejam, a ordem e a economia públicas.
> Assim, a conveniência e a oportunidade apontam para a suspensão da decisão resistida.

Algumas decisões passam mais ao longe ainda, suscitando que sequer cabe ação popular para impugnar ato regulamentado por Decreto Municipal que envolva a saúde pública, sob alegação que os róis de direitos tutelados nos incisos LXXIII do art. 5º da CF/88 não contempla a saúde pública, eis que esta trata-se de direito difuso ou coletivo e deve ser manejada pela via da Ação Civil Pública e não pela Ação Popular.

Neste sentido, a decisão do TJPR proferida no Agravo de Instrumento advindo da Ação popular proposta em face do Município de Irati/PR e seu prefeito que deu provimento para

julgar extinta a ação popular que visava tornar sem efeito decreto municipal que dava novo entendimento sobre atividades essenciais:

> DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EXTINÇÃO DE AÇÃO POPULAR AJUIZADA PARA ANULAR DECRETO MUNICIPAL RELATIVO À PANDEMIA DE COVID-19. DESCABIMENTO DA AÇÃO POPULAR PARA BUSCAR RESGUARDAR GENERICAMENTE A SAÚDE PÚBLICA. INTERPRETAÇÃO EXCESSIVAMENTE AMPLA DO QUE SEJA MEIO AMBIENTE, PATRIMÔNIO PÚBLICO E MORALIDADE QUE NÃO SE COADUNA COM O AJUIZAMENTO DE AÇÃO POPULAR. ART. 5º, LXXIII, DA CF E ART 1º DA LEI FEDERAL Nº4717/65.
> (...)
> A saúde, no viés individual, integra o rol de direitos sociais, nos termos do artigo 6º da Constituição Federal ("Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição."), e, no viés coletivo, integra o conceito de Seguridade Social, ("Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social."), dispondo de Capítulo próprio, no Título VIII da Constituição Federal.
> Como se vê, a saúde pública não está abarcada no conceito legal de patrimônio público tutelável pela Lei da Ação Popular, não sendo possível a propositura da Ação como na forma pretendida.(TJPR - 5ª C.Cível - 0016183-30.2020.8.16.0000 - Irati - Rel.: Desembargador Leonel Cunha - J. 05.10.2020)

No mesmo sentido a 2ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo nos autos do processo 1023966-15.2020.8.26.0053, julgou extinta, sem resolução de mérito, uma ação popular que pedia a construção de um hospital de campanha na zona leste de São Paulo, região mais populosa da cidade e também a mais afetada pelo Coronavírus.

Naqueles autos destacou a Juíza Lais Helena Bresser Lang que a Constituição não trata de atos lesivos contra a saúde pública nas hipóteses de ação popular e que o texto não pode ser interpretado de forma extensiva.

> Caso a intenção do legislador fosse a de permitir a discussão sobre o direito à saúde, no bojo da ação popular, tê-lo-ia previsto de forma assertiva ou então na categoria de "direito difuso ou coletivo", como *exempli gratia* encontra-se previsto na Lei 7347/85, que rege a ação civil pública.

Creio que ambas decisões poderiam ser diferentes se enfrentado o tema sob a ótica da moralidade administrativa, vez que a moralidade administrativa não pode ser vista como uma modalidade de direito difuso, pois não tem a dupla dimensão individual e supraindividual, típica dos direitos difusos e coletivos. A moralidade, assim, constitui direito geral da coletividade. O interesse geral, por seu turno, é um interesse metaindividual, pois não pertence individualmente a ninguém, mas sim a toda sociedade.

Segundo Susana Henriques da Costa (2015, p. 41) a moralidade administrativa é um interesse mais amplo e genérico que um interesse difuso e pode ser considerada um dos fundamentos do Estado democrático de Direito. Trata-se de interesse geral.

O princípio da moralidade administrativa tem estado presente na pauta de julgamento das mais altas Cortes do país que em reiteradas decisões reconheceram a violação do aludido princípio é, por si só, fundamento para o desfazimento de atos praticados pelo Estado, sem a necessidade de concorrência de prejuízos materiais ou economicamente mensuráveis em desfavor da administração pública (COSTA, 2016, p.112).

No mesmo sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça em conformidade com o precedente do tema nº 836 editado pelo Supremo Tribunal Federal:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AÇÃO POPULAR. PRESSUPOSTOS. COMPROVAÇÃO DO ATO LESIVO. PREJUÍZO MATERIAL AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. DESNECESSIDADE.(...) Concluiu, entretanto, com base em precedentes do STJ e do STF, prescindível comprovar o prejuízo financeiro ao erário na Ação Popular, por entender suficiente a demonstração do ilícito (violação ao princípio licitatório) e de que a Administração deixou de adotar os critérios legais que prezam pela impessoalidade e moralidade na aquisição de bens e serviços pelo poder público, inviabilizando a competição entre os fornecedores e a escolha da proposta mais vantajosa pelo erário. (EREsp 1192563/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Rel. p/ Acórdão Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/02/2019, DJe 01/08/2019).

No âmbito da administração pública, o poder normativo é viabilizado por Decreto, ato privativo do Chefe do Executivo. Tal poder normativo confere à autoridade pública a prerrogativa de editar normas gerais e abstratas, nos limites da legislação. Os decretos, em essência, regulamentam lei em sentido formal, ou seja, se destinam à sua fiel execução, mas não estão adstritos da observância da moralidade administrativa.

Não há dúvida que o controle judicial das atividades administrativas é limitado. O controle judicial é restrito à legalidade dos atos da administração pública, pois a intervenção judicial em situações de discricionariedade administrativa, oportunidade e conveniência, em especial as relativas aos atos de polícia, violaria o princípio da separação dos poderes (denominado “controle do mérito dos atos praticados no exercício da função administrativa”. Todavia, isso não significa que os atos discricionários não são passíveis de controle judicial, em especial na verificação se a conduta do gestor é compatível com os limites da discricionaridade, cuja análise tem como referência justamente os princípios da razoabilidade e proporcionalidade e moralidade administrativa.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A evolução da ação popular em nossa legislação atuando na defesa dos bens mais caros da administração e dos interesses da coletividade como um todo atribuíram à ação popular o reconhecimento de democracia participativa como instrumento judicial posto à disposição de qualquer cidadão.

Partindo de um conceito inserto no art. 5º, LXXXIII da Constituição Federal de 1988 erigiu a moralidade administrativa como fundamento autônomo para a ação popular, nitidamente reconhecido pelo STF em repercussão geral sobre o tema.

Em razão da pandemia de COVID-19 e o declarado estado de calamidade pública, inúmeras medidas excepcionais têm sido adotadas pelos entes governamentais e seus gestores. Não resta dúvidas a respeito da importância do Estado em disciplinar e gerenciar uma situação de emergência que exige ações e alocação de recursos públicos.

Ninguém estava preparado para enfrentar a pandemia do Coronavírus 19. A legislação também não estava preparada para um evento de proporções catastróficas, exigindo de todos um comportamento ético que lança a moralidade administrativa como status de superprincípio.

A relutância em analisar as ações populares sob os óculos da moralidade administrativa tem de sobremaneira dificultado a busca de um resultado útil do processo, ao passo que os julgadores se atêm a critérios objetivos de lesão ao erário ou ilegalidade do ato administrativo.

A moralidade administrativa, saliente-se deve ser tutelada por via da ação popular de forma autônoma, independentemente da ocorrência de alguma lesão ao erário ou ilegalidade.

Não raras vezes, conforme visto ao longo deste trabalho, a ação popular tem sido relegada, inclusive, sob pretexto que não se presta à defesa da saúde pública por não estar inserida no rol previsto no art. 5º, LXXIII, da CF e art 1º da Lei Federal nº4717/65. Este obstáculo deve ser facilmente transponível pelas razões de não serem possíveis dissociar de quaisquer atos administrativos o princípio regente da moralidade administrativa, que por si só, já legitima o cidadão a instar a prestação jurisdicional.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Constituição Política do Império do Brazil de 1824**, 25 de Março de 1824, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso: 17 set de 2021.

BRASIL, **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, 16 de Julho de 1934, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso: 17 set de 2021.

BRASIL, **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, 10 de Novembro de 1937, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm, Acesso: 17 set de 2021.

BRASIL, **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, 18 de Setembro de 1946, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso: 17 de set de 2021.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 15 de Março de 1967, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso: 17 de set de 2021.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, 05 de Outubro de 1988, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso: 17 de set de 2021.

BRASIL, **Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de Setembro de 1939**, Código de Processo Civil, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm. Acesso: 17 de set de 2021.

BRASIL, **Lei 4717, de 29 de Junho de 1965**, Regula a Ação Popular, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm. Acesso: 17 de set de 2021.

CAMMAROSANO, Márcio, **O Princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

COSTA, Amarildo Lourenço, **Moralidade Administrativa na Ação Popular**, 1ª Ed. São Paulo: Baraúna, 2016.

COSTA, Susana Henriques da, **O Processo Coletivo na Tutela do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa:** Ação de Improbidade Administrativa, Ação Civil Pública, Ação Popular, 2ª ed.São Paulo: Atlas, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo**, 32ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FERRARESI, Eurico, **Ação Popular, Ação Civil Pública e Mandado de Segurança Coletivo: Instrumentos Processuais Coletivos**, 1ª. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca (et al.), **Comentários à Lei de Improbidade Administrativa:** Lei 8.249 de 02 de Junho de 1992, 4ª Ed. São Paulo: Thonson Reuters Brasil, 2020.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca, **Direitos Difusos e Coletivos II : (Ações Coletivas em Espécie : Ação Civil Pública, Ação Popular e Mandato de Segurança Coletivo** -Coleção saberes do direito nº 35 – São Paulo : Saraiva, 2012.

LEONEL, Ricardo de Barros, **Manual do Processo Coletivo**, 2ª ed, São Paulo: RT, 2011

MANCUSO, Rodolfo de Camargo, **Ação Popular:** Proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente, 7ª ed, São Paulo: Thonson Reuters Brasil, 2019

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**, 12ª ed, São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARQUES, José Frederico. **As ações Populares no Direito Brasileiro**, RT 266/5.

MEIRELLES, Hely Lopes, **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**, 37ª edição, São Paulo: Malheiros, 2016.

NIMER, Beatriz Lameira Carrico. **A Ação Popular Como Instrumento de Defesa da Moralidade Administrativa** (2016) Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2016

PIZZOL, Patrícia Miranda. **Tutela Coletiva:** Processo e técnica de padronização das decisões, São Paulo: Thomson Reuteurs Brasil, 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 19ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001.