

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

PARA UMA TEORIA DOS REQUISITOS DA AÇÃO POPULAR

Orivaldo de Sousa Ginel Junior

Presidente Prudente/SP

2006

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

PARA UMA TEORIA DOS REQUISITOS DA AÇÃO POPULAR

Orivaldo de Sousa Ginel Junior

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Doutor Gelson Amaro de Souza.

Presidente Prudente/SP

2006

PARA UMA TEORIA DOS REQUISITOS DA AÇÃO POPULAR

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Gelson Amaro de Souza

Jéfferson Fernandes Negri

José Roberto Fernandes Castilho

Presidente Prudente/SP, 29 de novembro de 2006.

Àqueles que acreditam que *omne quod licet honestum est*
(nem tudo o que é legal é honesto).

Disse o homem: Fatiguei-me,
ó Deus;
fatiguei-me, ó Deus, e estou exausto
porque sou demasiadamente
estúpido para ser homem;
não tenho inteligência
de homem,
não aprendi a sabedoria,
nem tenho o conhecimento
do Santo.
Quem subiu ao céu e desceu?
Quem encerrou os ventos
nos seus punhos?
Quem amarrou as águas
na sua roupa?
Quem estabeleceu
todas as extremidades da terra?
Qual é o seu nome,
e qual é o nome de seu filho,
se é que o sabes?
Toda palavra de Deus é pura;
ele é escudo
para os que nele confiam.

Agur, *in* A Bíblia Sagrada,
Provérbios 30: 1, *in fine*, 2 a 5

AÇÃO DE GRAÇAS

Agradeço tão-somente a **DEUS**, o **DEUS** Todo-Poderoso, Onipotente, Onipresente e Onisciente, Criador dos céus, da terra, do mar e de tudo o que neles há, o **SENHOR DOS EXÉRCITOS**, **DEUS** de Abraão, de Isaque, de Jacó, o meu **DEUS**, pelo dom da vida, pelo milagre de minha existência, pelo sacrifício redentor de **JESUS CRISTO**, pelo poder transformador, santificador e purificador que opera em mim, pela intercessão, guia, exortação e presença do **ESPÍRITO SANTO**, pelas várias bênçãos, dentre as quais a maioria eu ainda desconheço, e por...

conceder-me o Dr. *Gelson Amaro de Souza* como orientador e professor, reconhecido jurista, versado na Ciência do Direito, quem me iniciou no estudo do Direito Processual e despertou-me o interesse por esse singular ramo do Direito;

conceder-me o Dr. *Paulo Eduardo Pinheiro d'Arce* como professor, profundo conhecedor do Direito Processual, palestrante sensato e brilhante, quem me intensificou o interesse por essa área jurídica;

conceder-me o Dr. *Jesualdo Eduardo de Almeida Junior* como professor, desenvolvimento ensinador, grande incentivador, quem me ministrou as primeiras e as últimas lições de Direito na graduação;

conceder-me o Dr. *José Roberto Fernandes Castilho* como supervisor de estágio, Procurador probo, motivador, quem me transmitiu parte de sua vasta cultura jurídica e filosófica;

conceder-me a Dra. *Neiva Magali Judai Gomes* e o Dr. *Sérgio Nogueira Barhum* como exemplos de profissionais comprometidos com a ética e com a defesa do interesse público; e

conceder-me minha família, meu pai *Orivaldo*, minha mãe *Amélia* e minha irmã *Vanessa*, meus paradigmas, pessoas maravilhosas, as melhores do mundo, quem me fazem, pela graça de **DEUS**, o mais feliz de todos dos homens.

RESUMO

A monografia pretende investigar quais são os requisitos da ação popular. Para tanto, examinam-se, em princípio, algumas generalidades do instrumento, como conceito no contexto histórico nacional, natureza jurídica, finalidades e objeto, conduzindo-se, todavia e desde o início, ao principal objeto de pesquisa. Após, tratam-se dos requisitos da ação, verificando-se suas abrangência, autonomia, harmonia e conjugação. Em seguida, analisam-se dois casos concretos, mui semelhantes, oriundos da Comarca de Martinópolis/SP, tentando-se conferir uma aplicação ao estudo. Encerra-se o trabalho com considerações finais, num apanhado conclusivo. Em anexo, colaciona-se cópia da sentença que julgou a provável primeira ação popular após a promulgação da Constituição Federal de 1946 e do respectivo acórdão que a confirmou, dos principais atos dos processos martinopolenses e dos correspondentes processos administrativos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, de mais três arestos e do do texto da Lei n.º 4.717/65. Na pesquisa, vale-se de documentação indireta, sobretudo artigos de revistas jurídicas, livros, jurisprudência e leis. Utilizam-se os métodos histórico, dedutivo e sistêmico. Eis a síntese do trabalho.

Palavras-chave: requisitos, ação, popular.

ABSTRACT

This present work intends to investigate which are the legal requirements of the popular action. In such a way, are examined, at first, some generalities of the instrument, as concept in the national historical context, legal nature, purposes and object, conducting itself, however and since the beginning, to the main object of research. Thereafter, attends the requirements of the action, verifying its autonomy, harmony and conjugation. Afterwards, are analyzed two similar concrete cases of the judicial district of Martinópolis/SP, having tried themselves to confer an application to the study. The work with final considerations is locked in, in a conclusive summary. In annex, it confers copy of the sentence that judged the probable first popular action after the promulgation of the Federal Constitution of 1946 and of the respective judgment that confirmed it, of the main acts of the processes of Martinópolis/SP, othres judgments presenteds and the corresponding administrative proceedings of the Procuradoria Geral do Estado de São Paulo and the text of the Law n.º 4.717/65. In the research, have recourse of indirect documentation, mainly articles of legal journals, books, jurisprudence and laws. The used methods are historical, deductive and systematic. Here is the synthesis of the work.

Key-words: requirements, action, popular.

LISTA DE QUADROS

QUADRO 1 – ANÁLISE DOS CONJUNTOS	48
QUADRO 2 – ANÁLISE COMBINATÓRIA	55

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO: DELINEANDO O OBJETO DE PESQUISA.....	10
1 DA AÇÃO POPULAR.....	12
1.1 Das origens	12
1.2 Do conceito no contexto histórico brasileiro.....	15
1.3 Da natureza jurídica.....	22
1.3.1 Da natureza normativa.....	22
1.3.2 Da natureza material.....	25
1.3.3 Da natureza processual	30
1.4 Das finalidades	36
1.5 Do objeto	38
2 DOS REQUISITOS DA AÇÃO POPULAR	41
2.1 Principiologia constitucional dos requisitos	41
2.1.1 Do princípio da moralidade administrativa	41
2.1.2 Do princípio da não-lesividade: corolário	44
2.1.3 Do princípio da legalidade.....	46
2.4.1 Quadro sinótico: análise dos conjuntos.....	48
2.3 Presunção?	48
2.3 Pressupostos, condições ou requisitos?.....	50
2.4 Requisitos conjugados ou autônomos?	51
3 ANÁLISE COMBINATÓRIA	52
3.1 Imoralidade e lesividade e ilegalidade.....	52
3.2 Imoralidade e lesividade	52
3.3 Imoralidade e ilegalidade.....	54
3.4 Imoralidade	54
3.5 Lesividade e ilegalidade.....	54
3.6 Lesividade	54
3.7 Ilegalidade	54
3.8 <i>Nihil</i>	54
3.9 Quadro sinótico	55
4 DOIS CASOS DE MARTINÓPOLIS	56
5 CONCLUSÃO.....	57
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	59
ANEXOS.....	64

INTRODUÇÃO: DELINEANDO O OBJETO DE PESQUISA

A pesquisa não pretende esgotar todo o tema da ação popular constitucional, nem mesmo tratar de todo o seu delineamento constitucional e infraconstitucional.

Primeiro porque muitos respeitados doutrinadores já o fizeram e este trabalho visa inovar algo, ainda que a originalidade seja apresentada numa única linha. Talvez “inovar” não seja o termo adequado. Aí sim haveria uma grande pretensão. O correto seria dizer que a pesquisa tentará tratar de um aspecto específico do instituto numa abordagem diferente. Reconhece-se que esta premissa não convence e que parece muito incoerente. Todo texto é uma abordagem peculiar de alguma coisa, o que não significa, necessariamente, que é original. Recorre-se a outro argumento.

Segundo porque o tema todo da ação popular é muito extenso, o que seria impróprio para uma monografia de bacharelado. Os professores de metodologia advertem sobre a importância da especificidade do objeto de pesquisa, sobre a necessidade de circunscrevê-lo, delimitá-lo. E, como o tema da ação popular é muito amplo, o trabalho não tratará de um tema, mas de um subtema, porquanto abordará um aspecto do instituto. Busca-se, assim, uma limitação do objeto da monografia. Esta explicação, dita científica, não é muito persuasiva.

Terceiro porque se pretende escrever um texto objetivo, pragmático, pontual. Este argumento, embora despido de qualquer cientificismo, convence. Não porque a atividade de escrever seja tão penosa, mas porque o ato de ler uma pesquisa deveras o é. E alguém terá de ler este trabalho (os ilustres componentes da banca examinadora terão). Logo, a limitação do tema (ou subtema) se presta, sobretudo, para aliviar a tão árdua tarefa do leitor.

Foi visto o que não será tratado na monografia: não se abordará o tema todo da ação popular. Mas, afinal, o que será tratado? Tratar-se-á de uma faceta peculiar do instituto. Mas qual será?

Para os materialistas: a pesquisa se aterá aos fundamentos da ação popular, atentando-se para o caráter principiológico do instituto; é dizer: ao direito material a ser discutido numa relação processual popular. Para os

processualistas: o trabalho tratará da causa de pedir e, de certa forma, do objeto da ação. Para todos: a monografia analisará os requisitos da ação popular.

Enfim, será tratado aquilo que justifica a autorização outorgada a qualquer cidadão de ajuizar uma demanda popular.

Todavia, como se intenta adotar algum método científico, o trabalho fará uma breve passagem pelas generalidades do instituto. Busca-se um percurso do genérico para o específico.

Portanto, num primeiro momento, tratar-se-ão de características gerais da ação popular (Capítulo 1). Num segundo plano, serão abordados os requisitos do instituto (Capítulos 2 e 3). E, por derradeiro, tentar-se-á conferir uma aplicação ao estudo, analisando-se casos concretos, no ensaio de uma conclusão (Capítulos 4 e 5).

É isto que o leitor pode esperar desta singela monografia.

1 DA AÇÃO POPULAR

1.1 Das origens

A doutrina é uníssona ao identificar as origens da ação popular no Direito Romano.

O argentino Rafael Bielsa (1955, p. 37 e 38) ensina que, na antiga Roma, foram instituídos instrumentos para a defesa dos direitos referentes “à *ordem pública*, ao *uso público*, às *liberdades públicas*, e à *moralidade das autoridades*”. Tratavam-se das “*actiones populares*, que podiam ser intentadas por qualquer cidadão”, aquele que “possuía aquilo que hoje denominaríamos interesse pela causa pública”. Eram, pois, formas de proteção da “*segurança pública*”, da “*moralidade administrativa*” e do “*patrimônio do Estado*”, exercendo-se “uma espécie de poder de polícia em forma jurisdicional”.

José Afonso da Silva (1968, p. 14) leciona que “a *actio* se definia como o *direito de perseguir em juízo aquilo que nos é devido*”¹ com a observação de que “*a ninguém era lícito agir em nome de outro* (isto é, em defesa de direito alheio), *a não ser em favor do povo*”².

Com efeito, José Frederico Marques assinala que “um índice desse espírito público, nós o encontramos no famoso aforismo do jurisconsulto Paulo, de que ‘importa à república sejam muitos admitidos a defender sua causa’”³. Veja-se já aqui a vinculação estreita da ação popular com o interesse público.

Conforme ensina Elival da Silva Ramos (1991, p. 117), havia uma confusão entre as personalidades do Estado e do cidadão. Assim, “os direitos e bens públicos pertenciam a todos os cidadãos (nacionais) romanos, como que em condomínio”. Ihering (apud Ramos, 1991, p. 117) diz que existia, então, uma distinção entre direito particular, exclusivo, e direito “indiviso e inalienável e indissolavelmente ligado à qualidade de membro da coletividade”. A ação popular, na “idéia originária” prestava-se para “proteger essa relação particular de comunidade indivisa do direito”.

¹ Em nota, Silva apresenta o brocardo: “*Actio nihil aliud quam ius perseguendi iudicio quod sibi debetur*”.

² Silva anota: “GAIUS, IV, 82: ‘... *alterius nomine agere non licebat nisi pro populo*”.

³ Marques apresenta, após, o “aforismo” no original: “*Reipublicae interest quam plurimus ad defendam suam causam*”.

Rodolfo de Camargo Mancuso afirma que “justamente pelo fato de a noção de ‘Estado’ não estar bem definida [...] havia era um forte *vínculo natural* entre o cidadão e a *gens*”.

Silva (1968, p. 23 e 24) conta que “Na fase mais evoluída da organização política de Roma [...] começa a surgir a separação entre o que é do indivíduo e o que é do Estado, donde deriva a distinção entre interêsse particular e interêsse público”, sinalizando que “também evoluem as ações populares”. Chegou-se a conclusão de que “sempre que houvesse um interêsse público, e fôsse atribuída a ação *cuivis e populo*, aí se configuraria a ação popular, estivesse o direito público mesclado ou confundido com o interêsse privado, ou fôsse simplesmente público”.

Pinto Ferreira (1972, p. 34 e 35)⁴ e José Afonso da Silva (1968, p. 16 a 20)⁵ indicam várias espécies de ações popular do Direito Romano:

1) ação *de sepulcro violato*, conferida pelo pretor ao interessado no caso de violação do sepulcro ou utensílios religiosos. Não havendo interessado ou não querendo ele agir, qualquer cidadão poderia provocar a condenação do violador em multa;

2) ação *de effusis et deiectis*, cabível contra quem jogasse, atirasse, de casa, objetos na via pública;

3) ação *de positis et suspensis*, cabível contra quem colocasse objetos na sacada ou no aba do telhado sem as cautelas necessárias para que não caíssem em lugar freqüentado;

4) ação *de corrupto albo*, cabível contra quem dolosamente alterasse o *álbum*, ou seja, o edito com o pretor, na assunção do cargo, dizia de que modo faria observar a lei e administraria a justiça;

5) ação *de aedilitio edicto et redhibitione et quanti minoris*, que poderia ser popular pelo denominado edito *de bestiis*, instituído para evitar que cães, lobos, ursos e outros animais perigosos fossem levados a lugares freqüentados;

6) ação *de termino moto*, cabível contra quem removesse pedras demarcatórias dos limites das propriedades privadas, que, nalguns casos, poderia ser proposta por qualquer um;

⁴ Pinto Ferreira se baseia em obra de Tomasso Bruno.

⁵ Excelente é a “resenha” de Silva, que também informa as fontes das ações, reproduzida, aqui, quanto às indicações, em quase sua integralidade.

7) ação *de tabulis*: no caso de morte violenta do amo, os servos que estavam perto dele e que tinham dever de defendê-lo com a própria vida deveriam ser processados. O herdeiro não poderia abrir o testamento ou aceitar a herança até a conclusão daquele processo. A ação *de tabulis* era cabível contra o herdeiro inobservasse esta medida, para aplicação de multa, cuja metade do valor caberia ao erário e a outra ao acusador;

8) a *assertio in libertatem*: em princípio, só era concedida a quem fosse assistente ou representante da pessoa que queria ter reconhecida sua liberdade, mas, após, foi atribuída aos parentes daquele que devia ser libertado, ainda que contra a vontade deles;

9) o *interdictum de homine libero exhibendo*, conferido a qualquer uma para a defesa da liberdade. Silva (1968, p. 19) afirma que “reconhece-se, aí, certa afinidade com o *habeas corpus* moderno”;

10) ação *de collusine detegenda*, concedida a qualquer pessoa quando escravos ou libertos eram declarados como nascidos livres em conluio com os seus antigos donos. O escravo era dado como prêmio àquele que descobrisse o conluio;

11) a *accusatio suspecti tutoris*, cabível contra o pretor suspeito, que, para Ulpiano, era quase pública;

12) ações populares criadas por Justiniano: uma para os legados a *ad pias causas*, cabível quando os bispos e arcebispos não pediam o legado pio, e outra para pedir a restituição das somas perdidas em jogo.⁶

José Afonso da Silva (1968, p. 20) assevera que, além dessas, existiam “ainda vários *interditos proibitórios* e *restitutórios* que podiam ser interpostos *cuivis e populo* em defesa do uso da *res publicae*”

Atente-se que o nascimento da idéia da ação popular surgiu entre os romanos. A intenção era conferir a todo cidadão a qualidade de guardião dos interesses do Estado, que foram progressivamente identificados e separados. As ações populares romanas eram instrumentos que, em sua maioria, ora serviam para defesa do patrimônio público, das coisas públicas e de seu respectivo uso, ora prestavam-se para a tutela da moralidade dos governantes, da moralidade

⁶ Igualmente excelente é a relação traçada por Sidou (1977, p. 427a 430), que apresenta algumas destas e outras ações populares romanas.

administrativa. “O móvel, pois, da ação popular não era apenas restabelecer a *legalidade*, mas também punir e reprimir a *imoralidade*” (Bielsa, 1955, p. 34).

Essa idéia se expandiu pelo mundo, chegando também no Brasil.

1.2 Do conceito no contexto histórico brasileiro

A legislação brasileira nunca apresentou a definição exata da ação popular, mas sempre esboçou traços conceituais do instrumento. A doutrina, que sempre defendeu o instituto, cuidou de fazê-lo.

Antes mesmo de ser instituída por Lei, a ação popular vigorava no País. José Afonso da Silva (1968, p. 28) diz que a ação popular era admitida no regime das Ordenações, “embora sem lei que a consignasse expressamente”. Corrêa Telles (apud Silva) defendia:

não havendo lei pátria, revogando a lei 2, § 34 do Digesto L. 43, Tít. 13, *ne quid in loco publico*, nem a lei 1 do Digesto L. 43, Tít. 13, *de operis novi nunciatione*, e outras que estabelecem regras para estes interditos, permanece a *ação popular*, ainda que o autor não tenha interesse singular, direito e imediato, contra quem usurpou ou turbou os logradouros e baldios públicos.

A ação popular, como “reminiscência do velho Direito Romano” (Magalhães, 1996, p. 223), prestava-se, pois, para “defesa de logradouros públicos, das coisas de domínio e uso comum do povo” (Silva, 1968, p. 29), isto é, para a defesa do patrimônio público. A ação estava fundada apenas na doutrina. Não havia previsão legal expressa até então.

A primeira aparição do termo “ação popular” (ou melhor, “acção popular”) ocorreu na Constituição do Império, que assim dispunha:

Art. 157. Por suborno, peita, peculato, e concussão haverá contra elles acção popular, que poderá ser intentada dentro de anno, e dia pelo proprio queixoso, ou por qualquer do Povo, guardada a ordem do Processo estabelecida na Lei.

Pinto Ferreira (1972, p. 37) comenta que “Pela primeira vez se aludiu precisamente ao nome de ação popular, numa espécie de ação que, no fundo, é uma concretização nova de ‘actio de corrupto albo’, no sentido de defesa e resguardo da pureza da jurisdição”.

A expressão constitucional “elles” se refere a “Todos os Juizes de Direito, e os Officiaes de Justiça”, indicados no dispositivo anterior. Embora tivesse natureza eminentemente “penal” (Silva, 1968, p. 30), a ação popular ali prevista interessa ao presente estudo porque, pela primeira vez, é legalmente consagrada a legitimidade popular, isto é, a aptidão que qualquer o povo para ajuizar uma demanda popular.

J. M. Othon Sidou (1977, p. 460) identifica a ação popular noutro dispositivo da Constituição:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

[...]

XXX.. Todo o Cidadão poderá apresentar por escripto ao Poder Legislativo, e ao Executivo reclamações, queixas, ou petições, e até expôr qualquer infracção da Constituição, requerendo perante a competente Auctoridade a effectiva responsabilidade dos infractores.

[...]

Silva (1968, p. 29 e 30) ensina que, após a Carta de 1824, a ação popular foi prevista por outro ato normativo:

Além dessa hipótese, era a ação popular prevista, sob certo aspecto, no art. 2º, § 2º, e arts. 3º e 4º, do decreto n.º 2.691, de 19 de novembro de 1860, que disciplinava os casos de falência dos Bancos e outras companhias e sociedades anônimas, permitindo, “quando houver emissão ou conservação na circulação de títulos ilegais por parte do Banco, ao lado das providências administrativas (policial ou fiscal), a apreensão judicial por denúncia ou requerimento *de qualquer pessoa do povo*”.

Aqui, a ação popular adquire natureza civil. Note-se que, enquanto aquela ação popular tutelava a moralidade da jurisdição, esta visava mais a proteção do patrimônio - privado (“títulos”).

A Constituição da República, de 1891, não previu taxativamente a ação popular. Portanto, ficou restrita “à defesa dos logradouros e baldios públicos (conforme admitia a doutrina das ações dos velhos praxistas) e àquela fraca incidência em leis especiais”, consoante lições de Silva (1968, p. 30).

Todavia, Sidou encontra um dispositivo que “mais identidade guarda com o art. 179, inciso 30, da Carta do Império”, que estabelece uma “ação direta”:

Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 9º - É permitido a quem quer que seja representar, mediante petição, aos Poderes Públicos, denunciar abusos das autoridades e promover a responsabilidade de culpados.

[...]

Silva (1968, p. 30) conta que, aquando da elaboração do Projeto do Código Civil (de 1916), houve discussão doutrinária a respeito da viabilidade da ação popular. Manuel Aureliano de Gusmão (apud Silva) dizia que não havia mais “lugar” para a ação popular, pois a defesa dos “interesses sociais e coletivos [era] exercida pelos representantes do ministério público”. Clóvis Beviláqua (apud Silva) sustentava que “se compreende em um estado de direito em que a organização judiciária política não está suficientemente desenvolvida, de modo que seja indispensável que os particulares estejam velando pelos interesses públicos”.

Assim, foi editado o Código Civil com o seguinte dispositivo:

Art. 76. Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral.

Parágrafo único. O interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor, ou à sua família.

Silva anota que a Jurisprudência, então, “Só admitia a ação se o autor tivesse também interesse na hipótese configurada”, mas que, “apesar disso, a ação popular começou a impor-se na legislação brasileira”. Afirma que “Em matéria eleitoral, era geralmente legítima a reclamação de qualquer do povo, em forma de representação”.

Sidou (1977, p. 462) e Silva (1968, p. 31 e 32) citam a “Lei Baiana n.º 1.384, de 24 de maio de 1920 (Lei de Organização dos Municípios da Bahia)”, que traz uma “ação popular de tipo supletivo” (Silva, 1968, p. 32):

Art. 31. É permitido a qualquer habitante do Município, em nome e no interesse dêste, intentar as ações judiciais competentes, para reivindicar ou reaver quaisquer bens ou direitos que ao Município tenham sido usurpados ou estejam indevidamente possuídos por terceiros, contanto que tais ações sejam propostas, se o Intendente recusar-se a intentá-las e se nada providenciar a respeito o Conselho, depois de lhes haver sido apresentada uma exposição circunstanciada do direito que se pretende valer, a qual pode ser pelo expositor publicada pela imprensa, quando nem o Conselho nem o Intendente o tenham feito no prazo de dez dias.

Parágrafo único. Quem tiver intentado a ação e obtido sentença final favorável terá direito a ser indenizado pelo cofre municipal das despesas feitas com o pleito e que não forem pagas pela parte vencida, salvo o direito regressivo do Município.

A ação popular foi novamente prevista pela Constituição de 1934⁷:

Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

38) 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.

[...]

Silva (1968, p. 33) afirma que, na Constituinte, houve discussão sobre a consagração da ação popular. Não estava “consignada no denominado Projeto do Itamarati”, mas foi objeto de emenda. Raul Fernandes (apud Silva) dizia que “todos os atos da administração poderiam ser continuamente postos em xeque e, por vêzes, maliciosamente”.

Levi Carneiro (apud Silva) defendia que “a iniciativa judiciária dos cidadãos” fosse condicionada “à prévia autorização do Conselho Nacional”. Assim, a impugnação de atos, via ação popular, dependeria de outro ato que reconhecesse “a relevância, *prima facie*, dos fundamentos legais da reclamação”. Foi, afinal, aprovada, mas vingou por pouco tempo.

A Constituição de 1937 não abrigou a ação popular. “O autoritarismo do regime de 1937 não tolerava tal garantia, destinada exatamente a impedir desmandos dos gestores das coisas públicas, mediante a participação fiscalizadora do cidadão” (Silva, 1968, p. 35). José Frederico Marques (1957, p. 5) observa que:

As ações populares, como bem acentuou Nelson Carneiro, são “flores exóticas nos regimes absolutos” e “sua eficácia” só se compreende nos sistemas políticos “em que cada cidadão se preocupa pelas coisas públicas como por seus próprios negócios”.

⁷ Silva (1968, p. 32) diz que “foi o inciso 38 do art. 113, da Constituição Federal de 1934 que introduziu o instituto em nossa ordem jurídica”. Sidou (1977, p. 463) concorda: “Eximindo-se em nomear o instituto, a Constituição de 1934 consagrou definitivamente a ação popular no direito brasileiro contemporâneo”.

Paulo Barbosa de Campos Filho (1955, p. 21) narra que o Instituto dos Advogados de São Paulo pleiteou a previsão do instrumento na “legislação processual”. Porém, em 1939, foi promulgado o Código de Processo Civil, que reproduziu, no art. 2º, o disposto no art. 76 do Código Civil então vigente, manifestando explicitamente o repúdio despótico à ação popular.

A Constituição de 1946 acolheu a ação popular, abrangendo o objeto de incidência:

Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 38 - Qualquer cidadão será parte legítima 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.

[...]

Novamente, houve discussão na Constituinte sobre a viabilidade da ampliação do alcance da ação popular. Silva (1968, p. 35) conta que Ivo de Aquino era contra, tendo apresentado “emenda supressiva do texto, que reproduzia o inciso 38 do art. 113 da Constituição de 1934”. Ferreira de Sousa, acompanhado por Mário Magasão, era favorável, “dizendo que o dispositivo em aprêço é de fundo essencialmente democrático, grandemente moralizador de uma justiça perfeita”.

Silva diz que a dilatação do objeto da ação popular atendeu

ao processo evolutivo da administração pública, que, nos últimos tempos, vem descentralizando-se por meio de entidades autárquicas, bem como ao fenômeno moderno de intervencionismo estatal através de empresas públicas e das sociedades de economia mista.

A Lei n.º 818, de 18 de setembro de 1949, que disciplina a aquisição, a perda e a reaquisição da nacionalidade e a perda dos direitos políticos, criou uma “ação popular especial” (Ferreira, 1972, p. 37), para impugnação de atos de naturalização:

Art. 35 - Será nulo o ato de naturalização se provada a falsidade ideológica ou material de qualquer dos requisitos exigidos pelos arts. 8º e 9º.⁸

§ 1º A nulidade será declarada em ação, com o rito constante dos artigos 24 a 34, e poderá ser promovida pelo Ministério Público Federal ou por qualquer cidadão.

[...]

Ferreira (1972, p. 37) diz que a Lei n.º 3.502, de 21 de dezembro de 1958, instituiu uma “ação popular especial sobre enriquecimento ilícito”, que, segundo Arruda Alvim (1983, p. 163), destinava-se ao “seqüestro e perdimento de bens por atos praticados, em detrimento da Fazenda Pública”

Após vários anos de debate, a ação popular foi regulamentada pela Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965, que ampliou ainda mais a incidência da ação popular:

Art. 1º 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, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

[...]

A Constituição de 1967 admitiu a ação popular, apresentando redação abreviada:

Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 31 - Qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas.

[...]

Assim, teriam sido excluídos os atos lesivos ao patrimônio das sociedades de economia mista e empresas públicas do alcance da ação popular, porquanto “têm natureza e estrutura de *entidades privadas*”, não fosse o disposto na Lei n.º

⁸ Redação dada pela Lei n.º 3.192, de 04 de julho de 1957.

4.717/65, que manteve “a enumeração abrangente de tais entidades, entre outras” (Silva, 1968, p. 35 e 36).

Nesta época, Silva (1968, p. 105) apresentou o seguinte conceito de ação popular:

A ação popular constitucional brasileira é um instituto processual civil, outorgado a qualquer cidadão como garantia político-constitucional, para a defesa de interesse da coletividade, mediante a provocação do controle jurisdicional corretivo da ilegalidade de atos lesivos ao patrimônio público.

A Emenda Constitucional n.º 01/69 manteve a redação sobre a ação popular, translocando a disciplina para o art. 153, § 31.

A Constituição de 1988 amplia de vez o objeto da ação popular, dispondo que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LXXIII - 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, 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;

[...]

Diante do novel texto constitucional, Hely Lopes Meirelles (2006, p. 129 e 130) propõe seu conceito:

Ação popular é o meio constitucional posto à disposição de qualquer cidadão para obter a invalidação de atos ou contratos administrativos – ou a estes equiparados – ilegais e lesivos do patrimônio federal, estadual e municipal, ou de suas autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas subvencionadas com dinheiros públicos.

Silva (2000, p. 466; 2005, p. 170) atualizou sua definição:

Podemos, então, definir a *ação popular* constitucional brasileira como instituto processual civil outorgado a qualquer cidadão, como garantia político-constitucional (ou remédio constitucional), para a defesa do interesse da coletividade, mediante a provocação do controle jurisdicional corretivos de atos lesivos do patrimônio público, da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural.

Note-se que, desde sua aparição formal na legislação brasileira (e ainda na sua origem romana), a ação popular, como o próprio nome indica, sempre foi caracterizada por “atribuir-se ao povo, ou a parcela dele, legitimidade para pleitear, por qualquer de seus membros, a tutela jurisdicional de interesse que não lhe pertence, *ut singuli*, mas à coletividade” (Silva, 2000, p. 464).

Outro elemento conceitual da ação (civil) popular constante é a participação direta do administrado na Administração. Assim, pode ele provocar o controle jurisdicional dos atos administrativos irregulares, na “defesa da coisa pública, coisa do povo” (Silva, 2000, p. 464).

O caráter da ação popular que suportou significativas alterações foi pontualmente o seu alcance, o seu objeto, que será (e, que, de certa maneira, já está sendo) tratado no presente estudo.

Portanto, adotando-se o texto constitucional atual e reportando-se aos conceitos de José Afonso da Silva e de Hely Lopes Meirelles, tem-se que a ação popular é um instrumento processual civil, posto à disposição de qualquer cidadão como garantia político-constitucional, para provocar a desconstituição judicial de atos lesivos ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

1.3 Da natureza jurídica

1.3.1 Da natureza normativa

Prevista na Constituição de 1946, a ação popular só foi regulamentada em 1965, pela Lei n.º 4.717. Durante este período, surgiu a discussão se a norma constitucional era ou não auto-executável.

José Afonso da Silva (1998, p. 73) afirma que a jurisprudência e a doutrina americanas classificam as normas constitucionais de acordo com sua aplicabilidade. Existem, de um lado, as *self-executing provisions* e, de outra parte, as *not self-executing provisions*,

que os autores divulgaram, entre nós, pela tradução, respectivamente, de *disposições* (normas, cláusulas) *auto-aplicáveis* ou *auto-executáveis*, ou *aplicáveis por si mesmas*, ou, ainda, *bastantes em si*, e *disposições*

não auto-aplicáveis, ou não auto-executáveis, ou não executáveis por si mesmas, ou, ainda, não bastantes em si.

Thomas M. Cooley (apud Silva, 1998, p. 74) apresenta a distinção:

Pode-se dizer que uma norma constitucional é auto-executável, quando nos fornece uma regra, mediante a qual se possa fruir e resguardar o direito outorgado ou executar o dever imposto; e que não é auto-aplicável, quando meramente indica princípios, sem estabelecer normas por cujo meio se logre dar a esses princípios vigor de lei.

Silva (1998, p. 74) não concorda integralmente com a classificação americana, pois assevera que todas as normas constitucionais têm “força imperativa de regras”, mesmo aquelas consideradas como não auto-executáveis. Assim, propõe outra classificação: normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada. Entretanto, num aspecto as teses comungam⁹: as primeiras produzem seus “efeitos essenciais” de imediato, isto é, “desde a entrada em vigor da constituição” (1998, p. 101), e as últimas dependem de lei que as integrem, complementem, parcial ou totalmente.

José Carlos Barbosa Moreira (1966, p. 395) anota que Pontes de Miranda, Carlos Maximiliano, Themístocles Cavalcanti e Nelson Carneiro defendiam a auto-executoriedade do então art. 141, § 38, da Carta de 1946, enquanto Antão de Moraes sustentava o contrário.

Com efeito, Antão de Moraes (1948, p. 328) admite que “as garantias constitucionais são de execução imediata”, mas ressalva que

tratando-se, como no caso, de instrumento perigoso, cujo exercício pode acarretar conseqüências danosas, nada impede e tudo aconselha que um ato legislativo ordinário determine o modo e o meio prático de realizar o que o dispositivo constitucional preceitua.

Conclui, então, que “O direito de propor ação popular depende de regulamentação”.

Nelson Carneiro (1951, p. 38), por seu turno, assevera que o dispositivo “tem existência própria” e que a ação popular poderia se adaptar à legislação processual em vigor, podendo lei “futura” indicar “algum rito especial”.

⁹ Ambas as classificações são convergentes em relação às *self-executing provisions* ou às normas constitucionais de eficácia plena. José Afonso da Silva (1998, p. 101) afirma: “Neste particular, como se pode ver, a clássica doutrina norte-americana sobre as normas auto-aplicáveis é válida”.

Carlos Maximiliano (1948, p. 524) defende não só a auto-executoriedade daquele dispositivo, mas também sua retroatividade, afirmando que a “Espécie processual é a do tempo em que a ação se realiza, não a da época da aquisição do direito material”. Como diriam os latinos: *tempus regit actum* (o tempo rege o ato).

José Frederico Marques (1957, p. 9) diz que “Ao que parece” foi o primeiro a decidir “uma ação popular após a promulgação de 1946, tendo de enfrentar, desde logo o problema preliminar da imediata aplicação” do dispositivo, ficando com a “opinião de que o preceito constitucional é auto-executável”. A sentença, confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assinala que é “suficiente o conteúdo do preceito constitucional, para aplicação cabal desse direito estatuído ‘pro populo tuetur’”¹⁰.

Barbosa Moreira (1966, p. 395) relata que “ficou assente [...] a tese da auto-executabilidade do dispositivo constitucional”. E, como não havia indicação do procedimento a ser observado, a Jurisprudência afirmou que “ação popular havia de ser processada segundo o ordinário, regulado no Código de Processo Civil”.

O argumento lançado por Antão de Moraes, respeitável, não parece jurídico. O “temor” não é critério idôneo para se classificar as normas. Ademais, a atual Constituição cuidou ela própria¹¹ de evitar e reprimir o dolo. A Carta, a um só tempo, fomenta a propositura da ação popular¹², estabelecendo uma espécie de imunidade das taxas judiciárias¹³ ao autor de boa-fé e livrando-o do ônus da sucumbência, e pune a “maliciosidade” no seu ajuizamento, exatamente com a imposição do pagamento das custas judiciais e com a condenação nos ônus da sucumbência.

¹⁰ A cópia da r. sentença e do v. acórdão, que tratam de outras polêmicas que envolvem a ação popular, está juntada em anexo.

¹¹ Perdoe-se o anacoluto.

¹² José Luiz Gavião de Almeida (1996, p. 75) afirma que a “isenção de custas” foi “O primeiro fator que sem dúvida contribuiu para o aumento das ações populares, ou para a democratização dessa ação constitucional”. Conta que, em 1988, foram ajuizadas dez ações populares na cidade de São Paulo, “e isto aconteceu apenas em épocas eleitorais”; em 1990, vinte e oito; em 1991, vinte e nove; em 1992, trinta e cinco; e em 1993, “mais de quarenta”.

¹³ Paulo de Barros Carvalho (2005, p. 195 e 196) sustenta: “A comprovação empírica de que as imunidades transcendem os impostos, alcançando taxas e contribuições, pode ser facilmente verificada atinando-se às situações abaixo relacionadas. [...] – O cidadão que propuser ação popular, nos termos do art. 5.º, LXXIII, da CF, estará imune às custas judiciais (taxas).” No mesmo sentido: Luciano Amaro (2006, p. 160 e 161) e José Eduardo Soares de Melo (2003, p. 128).

O art. 5º, LXXXIII, da Constituição Federal é, pois, auto-aplicável, porquanto contém “todos os elementos e requisitos para a sua incidência direta”, apresentando-se “suficientemente [explícito] na definição dos interesses [...] regulados” (Silva, 1998, p. 99 e 101). Logo, ainda que não existisse regulamentação, a ação popular poderia ser plenamente exercida, ajustando-se aos preceitos processuais vigentes.

1.3.2 Da natureza material

No estudo da ação popular brasileira, a doutrina se dividiu a respeito de sua natureza, como narra Geraldo Ataliba (1985, p. 112). Levantaram-se duas teses. A primeira corrente entende que a ação popular é “direito político”. A segunda assinala que se trata de um “direito público de modo geral”.

O antagonismo envolve questões práticas. Se a ação popular tiver natureza de direito político, apenas os cidadãos, considerados tecnicamente como aqueles que têm o “direito de participar no governo e direito de ser ouvido pela representação política” (Silva, 2000, p. 349), poderão propô-la. Se não a tiver, qualquer nacional ou até mesmo qualquer estrangeiro poderá intentá-la. Outra questão: se a ação popular for tida por direito político, terão os partidos políticos legitimidade para ajuizá-la?

José Sérgio Monte Alegre (1993, p. 74 a 76) sustenta que direitos políticos “São, sem tirar nem pôr, os hospedados no Cap. V do Tít. II [da Constituição da República], cuja epígrafe nominalmente lhes corresponde, a saber: o voto direito, secreto e igual; o plebiscito; o referendo; a iniciativa popular”. Para ele, direitos políticos são aqueles que conferem “*participação do indivíduo na formação das leis*”. Assevera que a “vontade do Estado se manifesta: a) nas leis; b) na sentença e no acórdão; c) no ato administrativo”. Afirma que “o direito político aparece como interferência da vontade do Estado *quando expressa nas leis*”. Insiste que “*só o fato de estar esse poder [jurídico de cooperar na formação da vontade do Estado, a ser expressa pelo Judiciário] em diverso capítulo é sugestivo do propósito constitucional de torná-lo inconfundível com os direitos políticos*”. Conclui que a ação popular não é direito político, mas mero direito de ação, pois “*viabiliza a interferência na formação da vontade do Estado, a ser expressa já não mais legislativamente, e sim judicialmente, ou judiciariamente!*”.

Paulo Barbosa de Campos Filho (1955, p. 28) afirma que a ação popular tem natureza de direito político, haja vista que a Constituição então vigente “só se refere às pessoas dos cidadãos”. Mas defende uma alteração para que os partidos políticos possam propor a ação.

Barbosa Moreira (1980, p. 13) concorda com a proposta, entendendo que “seria de todo vantajoso que, pelo menos em certa medida e sob determinadas circunstâncias, se facultasse o exercício da Ação Popular também a pessoas jurídicas”.

Pinto Ferreira (1972, p. 39) sustenta que “a ação popular constitucional é um direito público subjetivo, pode[ndo] ser entendido como direito político, atribuído e conferido a qualquer cidadão”.

Guilherme Amorim Campos da Silva e André Ramos Tavares (1995, p. 112) asseveram que a ação popular “significa [...] um meio de participação política”.

De igual modo, Waldir Gomes Magalhães diz que a ação popular “inclui-se entre os direitos políticos dos cidadãos brasileiros”.

Na já citada sentença vanguardista de José Frederico Marques, de 1948, decidiu-se que:

A lei fundamental atribui este direito apenas ao “cidadão”, de forma que só as pessoas físicas investidas desse “status” político podem invocar uma prestação jurisdicional, em se tratando de “acciones populares”. Falta às pessoas jurídicas qualidade para figurar na relação processual como autoras, pois, consoante realçou von Thur, se analógicamente se pode falar em pessoas jurídicas nacionais ou estrangeiras, “em termos apropriados pode falar-se de cidadania apenas em relação ao homem” [...].

Nelson Carneiro (1951, p. 47) afirma que, pela terminologia adotada pela Constituição de 1946, o direito de ação popular é apenas dos cidadãos.

Com a vênua de Monte Alegre, o critério topográfico não merece prosperar. O primeiro equívoco está na afirmação de que o voto, o plebiscito, o referendo, a iniciativa popular estão previstos no “Cap. V. do Tít. II” da Constituição Federal, “cuja epígrafe nominalmente [...] corresponde” aos direitos políticos. “Dos direitos políticos” é o nome do Capítulo IV do Título II. O segundo e maior engano está em acreditar que os direitos políticos estão concentrados neste capítulo. Ora, a Carta prevê direitos políticos também noutros dispositivos. O próprio art. 17, contido no

verdadeiro “Cap. V. do Tít. II”, assegura “o direito [político] de organizar e participar de partidos políticos” (Silva, 2000, p. 351). Outro exemplo: o art. 18, §§ 3º e 4º, trata de plebiscitos especiais, para aprovação de incorporação, subdivisão ou desmembramento de Estados e Municípios.

O critério da modalidade de manifestação da vontade do Estado tampouco prevalece. Se os cidadãos participam da formação da vontade do Estado expressa nas leis elegendo os legisladores, participam, igualmente, da formação da vontade do Estado expressa nos atos administrativos elegendo os administradores, que, em conjunto com aqueles legiferantes, nomeiam parcela dos magistrados.

O critério da legitimidade não é acertado. A respeito, esclarecedor é o magistério de Elival da Silva Ramos (1991, p 192), que defende, em dissertação de mestrado, que “não se prova que a ação popular é um direito político pelo fato de ser atribuída a sua legitimidade ativa aos cidadãos”. Afirma que “O fato do direito de ação popular ser um direito político é que justifica a outorga apenas aos cidadãos e não o contrário”. Diz que, noutros sistemas jurídicos, a legitimidade não é conferida ao cidadão, mas ao contribuinte (Itália), ou a ambos (Portugal). Argumenta que para se demonstrar que a ação popular é um direito político, deve-se vinculá-la “a alguma espécie de função pública, que seria, assim, exercida, direta ou indiretamente, pelo cidadão-autor”.

Com efeito, José Afonso da Silva (1968, p. 86 e 87) diz que “a ação popular [...] dá a oportunidade de exercer diretamente, por iniciativa de qualquer cidadão, aquela função fiscalizadora”, qual seja, “*função fiscalizadora da ação governamental, especialmente no que tange à gestão do patrimônio público*”. Conclui que “a ação popular constitui uma forma de exercício de direitos políticos pelo próprio titular desses direitos, como titular da soberania popular”.

Ramos (1991, p. 196 a 201) rebate a tese, afirmando que “o direito político de ação popular vincula-se ao exercício de uma função de controle, muito próxima da função de fiscalização, mas com ela na se confunde”. Argumenta que, antes de ajuizar a ação, o cidadão verifica “se está agindo corretamente o administrador da coisa pública”. Se não estiver, propõe a ação. Assim, a fiscalização é “prévia à propositura da ação popular”. Diz que a ação popular reclama “a aplicação de medidas sancionadoras, destinadas a reparar os efeitos da conduta irregular do administrador; controle, portanto, e não mera fiscalização”. Todavia, assevera que

a função pública é exercida de forma indireta pelo autor popular, porquanto tão-somente provoca “o Poder Judiciário para que exerça o controle jurídico da atividade da Administração (em regra). Quem exerce, pois, a função pública no âmbito da ação popular é o Judiciário e não o cidadão-autor”.

Neste aspecto, melhor é a lição de Silva. É bem verdade que o controle jurídico do ato administrativo é realizado pelo Poder Pretoriano. Foi o próprio José Afonso da Silva (1968, p. 97) quem assim defendeu, afirmando que a ação popular “é meio destinado a provocar o controle jurisdicional dos atos do poder público”. Mas não é esta a função pública exercida pelo autor popular. O cidadão exerce função fiscalizadora. A fiscalização é atividade contínua. É anterior, simultânea e posterior à propositura da ação popular.

A simples verificação da irregularidade de um ato administrativo destituída de qualquer ação que reclame a correspondente correção não é fiscalização, mas mero testemunho, no sentido de ver, assistir, observar. Se o cidadão vislumbrar vício nalgum ato administrativo e nada fizer, não poder ser considerado fiscal, mas um singelo espectador. Portanto, o ato de identificar uma irregularidade não significar fiscalizar. A fiscalização vai além.

Verificado o vício, o fiscal revela-o e reclama correção, isto é, ajuíza a ação, levando a irregularidade ao conhecimento do Poder Judiciário e provocando o controle do ato. É dizer: a fiscalização não é uma atividade resignada, tímida, que apenas identifica o vício e se conforma com ele. A fiscalização é persecutória. O fiscal “escancara” a irregularidade e busca a respectiva retificação. Dessarte, a propositura da ação integra a fiscalização, porquanto sem ela o Poder Judiciário não pode exercer o controle.¹⁴

A fiscalização não se encerra, não se consuma, com a denúncia da irregularidade, mediante ajuizamento da ação, mas se desenvolve com ela. O autor popular participa do processo, por exemplo, apresentado réplica, requerendo produção de provas, interpondo recurso, sempre reiterando sua pretensão de elisão do vício. O cidadão não se contenta com a simples provocação do Poder Judiciário.

Logo, a fiscalização se finda, se satisfaz, com o efetivo controle judicial do ato, ou seja, até que o Poder Pretoriano afasta a irregularidade apontada.

¹⁴ Como ensina Gelson Amaro de Souza (1998, p. 30), a jurisdição é “atividade provocada”.

Em arremate: a ação popular é um direito político porque está vinculada à função pública de fiscalização. Assim, só pode ser utilizada pelos titulares da soberania populares, quais sejam, os cidadãos.

É evidente, pois, que as pessoas jurídicas e mesmo os partidos políticos não tem legitimidade para propor ação popular, porquanto não são fazem parte do povo, isto é, não são titulares daquela soberania.¹⁵ Os partidos políticos não possuem direitos políticos, mas são resultado de um direito político dos cidadãos, qual seja, o de criação e participação de partidos políticos.

Parece ser este o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, pelo que se constata do seguinte enunciado: “Súmula n.º 365. Pessoa jurídica não tem legitimidade para propor ação popular”.

No entanto, nessa discussão, convém registrar os singulares ensinamentos de Geraldo Ataliba (1985, p. 113):

Não tenho a menor dúvida – dadas as considerações que já fiz, em face do caráter de instrumento posto nas mãos do cidadão, como prerrogativa sua, para provocar a função jurisdicional – que esse é um direito político. Entretanto, não acredito que haja necessidade de que se reconheça ao exercente desse direito, desde que cidadão, qualificado nos termos da própria Constituição, que ele esteja no gozo desses direitos políticos. Por várias razões, as pessoas podem perder o gozo dos direitos políticos. Mas, acredito que isso não lhes tira a qualidade de cidadãos. [...] Não parece certo restringir a ação popular, exigindo que além de ser titular de direitos políticos, precise estar na plenitude de seu gozo. [...] Se, excepcionalmente – a hipótese é excepcional, sempre – algum cidadão tem seus direitos políticos suspensos, será por uma razão determinada também constitucionalmente prevista, que não pode tirá-lo da comunhão cívica, da sua integração no povo (porque povo, juridicamente, é o conjunto de cidadãos, os titulares da República) tirando-lhe portanto suas demais prerrogativas, especialmente esta que é elementar, essencial, vital, absolutamente comum a todos os cidadãos em toda e qualquer hipótese.

Não se pode vincular um direito político a outro. O analfabeto, por exemplo, tem o direito político de votar, conforme art. 14, § 1º, II, a, da Constituição Federal, mas não tem o direito político de ser votado, consoante § 4º.

O direito de ação popular, assim como os demais direitos políticos, é autônomo. Como diz Silva (1968, p. 79), a ação popular “trata-se de um direito público, subjetivo, autônomo, abstrato e genérico, da categoria dos direitos políticos”. Assim, não se exige que o cidadão esteja na plenitude do gozo dos

¹⁵ O art. 1º, parágrafo único, da Constituição da República reza: “Todo o poder emana do povo [...]”.

demais direitos políticos para possa propor ação popular. Não se pode impor, por exemplo, que o autor popular tenha votado na última ou nas últimas eleições. Como também ensina José Afonso da Silva (2000, p. 349), “Os direitos da cidadania adquirem-se mediante *alistamento eleitoral*”, que “se faz mediante a qualificação e inscrição da pessoa como eleitor perante a Justiça Eleitoral”. É dizer: “*eleitor é cidadão*”. Cidadão não é, pois, quem participou do último ou dos últimos pleitos. Cidadão é cidadão. Para comprovar-se essa condição, “O título de eleitor, ou documento equivalente, há de instruir obrigatoriamente a inicial” (Moreira, 1966, p. 397), na exata dicção do art. 1º, § 3º, da Lei n.º 4.717/65. Só.

Portanto, reafirme-se que a ação popular tem natureza de direito político positivo¹⁶, pois garante “a participação do povo no poder de dominação política” (Silva, 2000, p. 351), “mediante [a] qual o cidadão participa da alta missão política de fiscalizar a gestão dos negócios públicos” (Silva, 1968, p. 78).

1.3.3 Da natureza processual

Gelson Amaro de Souza (1998, p. 61) leciona que os processos são divididos “pelo seu fim próximo, em razão da providência jurisdicional solicitada”. Portanto, “a providência jurisdicional pedida” determina a “espécie de processo”.

Na doutrina clássica, o chamado processo de conhecimento “é o processo jurisdicional típico”, mediante o qual “o Estado-Juiz [...] vai conhecer da lide, solucioná-la, dizendo quem está e quem não está com a razão” (Souza, 1998, p. 61). Subdivide-se em:

1) processo meramente declaratório, que apenas visa “a declaração da existência ou inexistência da relação jurídica”, pondo fim à “incerteza da relação jurídica” (Santos, 2004, p. 176);

2) processo constitutivo, que se presta para “constituir uma relação até então inexistente” (processo constitutivo positivo) ou “desconstituir uma relação existente” (processo constitutivo negativo ou desconstitutivo), como ensina Souza (1998, p. 63); e

¹⁶ Silva (2000, p. 351 e 384) classifica os direitos políticos em positivos, que são aqueles que “garantem a participação do povo no poder”, e negativos, que são os que “negam, ao cidadão, o direito de eleger, ou de ser eleito, ou de exercer atividade político-partidária ou de exercer função pública”.

3) processo condenatório, no qual “condena-se o réu a um comportamento”. (Souza, 1998, p. 63), visa “uma declaração quanto à relação jurídica controvertida e a aplicação da sanção ao réu” (Santos, 2004, p. 179).

Existem, ainda, o processo executivo, que “visa tão somente a realização do direito já definido” (Souza, 1998, p. 64), e o processo cautelar, que busca “providências urgentes e provisórias, tendentes a assegurar os efeitos de uma providência principal, em perigo por eventual demora” (Santos, 2004, p. 181).

José Afonso da Silva (1968, p. 241) afirma que a doutrina é controvertida a respeito da “natureza da sentença que julga procedente ou improcedente a demanda popular”. Diz que Pontes de Miranda “classificou-a como *constitutiva negativa*”. Cita julgado do Supremo Tribunal Federal que “a concebeu como *simplesmente declaratória*”

Nelson Carneiro (1951, p. 51) assevera que “se o escopo que [...] norteia [as ações populares] fôr, v.g., a declaração da nulidade do ato incriminado, então serão declaratórias” e “as que anularem o ato lesivo, viciado por dolo, erro, coação ou simulação, serão constitutivas. E as demolitórias exemplificam as últimas entre as ações populares civis” (condenatórias). Silva (1968, p. 242) observa que “Deve-se notar que NÉLSON CARNEIRO escreveu tendo em vista o § 38 do art. 141 da Constituição de 46. [...] não há mais falar naqueles vícios para invalidação dos atos”.

Geraldo Ataliba (1985, p. 114) parece defender que se trata de sentença desconstitutiva e condenatória, sustentando que a expressão anular, contida na então Constituição vigente (também adotada pela atual) significa “revogar, fazer desaparecer, retirar a eficácia, tirar os efeitos, destruir, negar” e que “Por outro lado, não teria sentido anular sem repor, reconstituir, restituir, reparar aquilo que foi feito”.

Arruda Alvim (1983, p. 168) afirma que a ação popular “constitutiva ou constitutiva-negativa, ou ainda desconstitutiva [...], pois ou se anulará, e ou decretará a nulidade, e será condenatória na medida em que determine a restauração do patrimônio público lesado”.

Fernando de Oliveira Teixeira leciona (1979, p. 28):

Diz-se que o objetivo imediato é pleitear do órgão jurisdicional a anulação do ato tipo por lesivo ao patrimônio da coletividade, seguindo-se a condenação ao pagamento de perdas e danos pelo responsável ou

beneficiários do ato impugnado. A sentença, pois, tem características de constitutiva e condenatória.

José Afonso da Silva (1968, p. 242), acompanhado por Dircêo Torrecillas Ramos (1998, p. 34), por José Carlos Barbosa Moreira (1966, p. 401; 1980, 19), por J. M. Othon Sidou (1977, p. 502), por Geraldo Ataliba (1985, p. 114), por Luísa Elisabeth Timbó Corrêa Furtado (1997, p. 52) e por Wolgran Junqueira Ferreira (1989, p. 249), consigna que a Lei n.º 4.717/65 afastou as dúvidas a respeito do efeito condenatório da sentença procedente, dispondo que:

Art. 11. 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.

Pelo termo “condenará” depreende-se que a sentença será necessariamente condenatória, como ensinam aqueles juristas. Ainda que o autor popular não formule pedido nesse sentido, deverá o Juiz condenar os culpados à reparação do dano causado, para se “dar eficácia à Constituição” (Ataliba, 1985, p. 114). “O ato inválido, por lesivo, constitui ilícito gerador de prejuízo, e justifica a atribuição da natureza reparatória” (Silva, 1968, p. 242).

O maior problema reside em conceber o significado da expressão “decretar a invalidade do ato impugnado”.

A doutrina clássica, calcada no Direito Civil¹⁷, assinala que existe a nulidade absoluta, que é a nulidade propriamente dita, e a relativa, que é a anulabilidade. Ato nulo é “aquele inquinado de defeito grave que o impede de atingir o efeito jurídico almejado”, em que falta “elemento essencial para a sua razão de ser, na sua estrutura jurídica, pois viola disposição legal de ordem pública”. Ato anulável, de outra parte, é “aquele em que falta elemento accidental, pois se prende ao interesse das partes que participam do ato”. Assim, “Os atos nulos são considerados como jamais formados. São juridicamente inexistentes”. Logo, “O pronunciamento do vício é meramente declaratório”. Mas “Os atos anuláveis são considerados plenamente constituídos” e vigoram “enquanto não

¹⁷ Arts. 166 e 171 do Código Civil.

decretado o vício”. Portanto, a anulabilidade “pode ser objeto de convalidação” (Mello, 1979, p. 648).¹⁸

O art. 2º da Lei n.º 4.717 enumera causas de nulidade, enquanto o art. 3º relaciona hipóteses de anulabilidade. Assim, parece que a sentença seria ora meramente declaratória da nulidade do ato ora desconstitutiva do ato anulável, conforme defende Nelson Carneiro. Seria dizer: “Declara-se o nulo; anula-se o anulável” (Cretella Júnior, 1996, p. 128).

Neste sentido, Barbosa Moreira (1980, p. 19) diz que “a sentença será declaratória, se se limitar a declarar nulo o ato, ou constitutiva, se o anular”. Mas adverte que “se deva ressaltar que [há] uma forte corrente no Direito Administrativo [que] considera imprópria, inadequada, inaplicável aos atos da Administração Pública essa divisão, essa classificação ente atos nulos e anuláveis”.

Com efeito, primorosa é a lição de Hely Lopes Meirelles (1994, p. 156), segundo a qual, “Embora alguns autores admitam o *ato administrativo anulável*, passível de convalidação, não aceitamos essa categoria em Direito Administrativo, pela impossibilidade de preponderar o interesse privado sobre o público”.

Odete Medauar (2005, p. 179) concorda: “No direito administrativo essa diferença não se sustenta, pois todas as normas são, em princípio, de ordem pública e todos os atos administrativos são editados para atendimento do interesse público”.¹⁹

E a distinção dos arts. 2ª, 3º e 4º da Lei da Ação Popular?

Medauar continua:

A possibilidade de se cogitar de atos anuláveis no âmbito administrativo encontra embasamento no art. 3.º da Lei 4.717/65 – Lei da Ação Popular –, que taxava de atos anuláveis os lesivos ao patrimônio de pessoas de direito público ou privado ou das entidades mencionadas no art. 1.º, cujos vícios não se compreendessem nas especificações do art. 2.º (incompetência, vício de forma, ilegalidade do objeto, inexistência dos motivos, desvio de finalidade). Tal possibilidade hoje não mais subsiste,

¹⁸ No mesmo sentido: Maria Sylvia Zanella di Pietro (2005, p. 235) e Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p. 434 e 435).

¹⁹ Medauar reproduz lição de Diogo de Figueiredo Neto: “não se aplica o instituto civil da anulabilidade. Esta modalidade, de nulidade relativa, tem cabimento nos ramos privados do Direito porque consulta aos interesses individuais disponíveis, quanto à manutenção ou desfazimento de um ato; o ato administrativo, distintamente, não pode ter sua validade ou invalidade pendente de interesses privados”.

pois a Constituição de 1988, ao prever a ação popular, no inc. LXXIII do art. 5.º, utiliza o vocábulo “anular”.

Como visto acima, a Lei n.º 4.717/65 foi editada sob a égide da Constituição de 1946, que, ao tratar da ação popular, referia-se à “declaração de nulidade ou anulação”. A Carta de 1967 adotou o termo “anular”, confirmado, após, pela Emenda Constitucional n.º 01/69 e pela atual Constituição.

Todavia, aqui, anular não se refere à anulabilidade, mas à desconstituição do ato, como assinalam Fábio Conder Comparato, José Wilson Sobrinho e Rodolfo de Camargo Mancuso (2003, p. 264), aqueles citados por este.

Portanto, em Direito Administrativo, por sempre atender ao interesse público, não há se falar em nulidade relativa; tão-só em nulidade absoluta ou nulidade propriamente dita.

Por conseguinte, os arts. 2º, 3º e 4º da Lei da Ação Popular não foram recepcionados pela Constituição de 1967, nem pela Emenda Constitucional n.º 01/69 e tampouco pela Carta de 1988.

Mas a questão ainda parece confusa. Se só há nulidade, por que a sentença procedente da ação popular é desconstitutiva? Não basta a declaração da nulidade?

Aí vem à baila o magistério de José Afonso da Silva (1968, p. 244), que embora admita (ou admitisse) a distinção entre nulidade e anulabilidade, assevera que “o ato jurídico nulo entra no mundo jurídico – por isso mesmo é *jurídico*: e aí surte efeitos”. Por isso, a sentença deve desconstituí-lo, para que sejam cessados seus efeitos.

Ímpar é a lição, porquanto, se o ato jurídico nulo, de fato, não produzisse efeitos, não seria ele lesivo.

A questão não está de todo clara.

Silva (1968, p. 244) sustenta que a ação que desconstitui o ato nulo “tem efeito retroativo, *ex tunc*”. Mancuso, na mesma linha, diz que “dado que a desconstituição incide sobre um ato nulo (e não meramente anulável), os efeitos retroagem *ex tunc*, tudo retornando ao *statu quo ante*”.

No entanto, a doutrina processual afirma que o efeito retroativo é típico da sentença declaratória, e não da sentença constitutiva.

A melhor lição ressalva que “apesar de haver um predomínio de constituição, ou constitutividade, a sentença constitutiva carrega uma certa dose

de declaratividade“ (Souza, 1998, p. 758)²⁰. Moacyr Amaral Santos (2004, p. 179) explica:

Como todas as ações de conhecimento, as ações constitutivas tendem a uma sentença que contém uma declaração e, além disso, modifica uma situação jurídica anterior [...]. Por outras palavras, por via das ações constitutivas se propõe a verificação e declaração da existência das condições segundo as quais a lei permite a modificação de uma relação ou uma situação jurídica e, em consequência dessa declaração, a criação, modificação ou extinção de uma relação ou situação jurídica. Para que a sentença crie, modifique ou extinga uma relação ou situação jurídica entre as partes, deverá, primeiro, declarar se ocorreram as condições legais que autorizam a isso, e em seguida, no caso afirmativo, criar, modificar ou extinguir a relação ou situação jurídica.

Pois bem. A sentença que julga procedente a ação popular declara a nulidade e desconstitui o ato. Por isso, a doutrina fala que a decisão produz efeitos *ex tunc*. A sentença é, portanto, retrooperante em relação à declaração da nulidade e imediata em relação à desconstituição do ato.

Em conclusão: o processo popular é condenatório, pois aplica uma sanção pecuniária aos infratores, e desconstitutivo negativo ou desconstitutivo, porquanto desconstitui, desfaz, destrói, o ato nulo, produzindo a sentença, entretanto, efeitos retroativos quanto à declaração da nulidade.

Consigne-se, por válido, a proposta da “Ação Popular Mandatória”, elaborada por Nagib Slaibi Filho. Sustenta ele (1995, p. 91 e 61):

A ação popular mandatória é remédio jurídico-processual que instrumentaliza, em Juízo, a pretensão individual ao serviço público concreto e divisível, *uti singuli*.

[...]

A partir do momento em que determinado ato legislativo, genérico e abstrato, institui um serviço público específico e divisível, estipulando as condições pelas quais os indivíduos podem usufruí-lo, não pode mais o administrador deixar de prestar tal serviço nos termos e condições fixados pela lei.

A ação será mandamental, encerrando a decisão judicial uma ordem ao administrador para regularizar o serviço, em prazo que for arbitrado pelo juiz, em cada caso concreto, sob pena de responsabilidade criminal e civil pela desobediência ao comando jurisdicional.

Sem se ater aos caracteres da ação mandamental, preferindo-se permanecer com a divisão clássica, observe-se que a tese ainda não vigora, haja

²⁰ Souza (1998, p. 758) afirma que “Esse fenômeno que foi abordado com primazia por *Pontes de Miranda* (Tratado de ações) não escapou às acuidades de outros processualistas de peso, como Alfredo Buzaid, Gilberto Caldas, Amaral Santos, Frederico Marques e tantos outros”.

vista que não há lugar para ordem na atual ação popular. Se houvesse, não haveria execução da sentença, como realmente há, conforme arts. 14, *caput*²¹ e § 3º²², 16²³ e 17²⁴, da Lei da Ação Popular.

Mas a idéia é considerável e “merece registro para a devida reflexão, mormente hoje quando vem reafirmada a questão da *efetividade* da prestação jurisdicional” (Mancuso, 2003, p. 261).

Permita-se outra breve digressão: Geraldo Ataliba (1985, p. 116), a respeito da efetividade da tutela jurisdicional, sustenta que “Se a ação popular não for célere, não for expedita, não tiver preferência sobre todas as outras, cada vez mais será difícil recompor, reconstituir, refazer, reparar aquele dano, aquele mal que foi praticado e que foi alvo da Ação”. Para tanto, foram propostos dois projetos de lei na Câmara dos Deputados (PL n.º 2.748/92 e PL n.º 3.665/93), para alteração da Lei n.º 4.717/65, para conferir prioridade de tramitação às ações populares. Porém, ambos os projetos foram arquivados.

1.4 Das finalidades

Leciona Hely Lopes Meirelles (2006, p. 137) “A ação popular tem fins preventivos e repressivos da atividade administrativa”. Assim, “Como meio *preventivo* de lesão ao patrimônio público, a ação popular poderá ser ajuizada antes da consumação dos efeitos lesivos do ato; como meio *repressivo*, poderá ser proposta depois da lesão, pra reparação do dano”.

O § 4º do art. 5º da Lei da Ação Popular, acrescentado pela Lei n.º 6.513/77, dispõe sobre a possibilidade de “suspensão liminar do ato lesivo impugnado”.

²¹ Art. 14. Se o valor da lesão ficar provado no curso da causa, será indicado na sentença; se depender de avaliação ou perícia, será apurado na execução.

²² § 3º Quando o réu condenado perceber dos cofres públicos, a execução far-se-á por desconto em folha até o integral ressarcimento do dano causado, se assim mais convier ao interesse público.

²³ Art. 16. Caso decorridos 60 (sessenta) dias da publicação da sentença condenatória de segunda instância, sem que o autor ou terceiro promova a respectiva execução, o representante do Ministério Público a promoverá nos 30 (trinta) dias seguintes, sob pena de falta grave.

²⁴ Art. 17. É sempre permitida às pessoas ou entidades referidas no art. 1º, ainda que hajam contestado a ação, promover, em qualquer tempo, e no que as beneficiar a execução da sentença contra os demais réus.

Maria Sylvia Zanella di Pietro (2005, p. 697) afirma que a “previsão de liminar na ação popular está a indicar que ela pode ser proposta preventivamente para evitar que o dano se concretize”.

Pela mesma razão, Meirelles (2006, p. 137) se refere à finalidade preventiva, pois o “dano pode ser potencial ou efetivo. Assim, não é necessário que se aguarde a conversão do ato em *fato administrativo* lesivo para se intentar a ação”.

Como já decidiu o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, “Para sucesso da ação popular, inexige-se o efetivo prejuízo patrimonial; basta o prejuízo potencial” (TJSP, Apelação Cível n.º 101.225.5/1-00, rel. Des. Vanderci Álvares, julgada em 23 de maio de 2000).

Esclarecedor é este ensino. Entretanto, a expressão “potencial” não é a mais adequada, pois, embora muito provável, não se sabe se realmente se consumará. Para cabimento da ação popular, a lesividade sempre tem de ser efetiva. Todavia, não se exige a espera da produção dos danos. Logo, a melhor terminologia seria lesividade concreta e lesividade iminente. A lesividade deve ser certa.

Os que melhores definem a expressão “iminente” são os penalistas, ao tratarem da legítima defesa. Para Luiz Regis Prado (2001, p. 251), o termo “iminente” designa o que está “prestes a acontecer”, isto é, aquilo que sabidamente vai acontecer num futuro muito próximo, quase presente.

Meirelles (2006, p. 138) continua: “Outro aspecto que merece ser assinalado é que a ação popular pode ter finalidade corretiva da atividade administrativa ou supletiva da inatividade do Poder Público nos caos em que devia agir por expressa imposição legal”. *Mutatis mutandi*, a lição guarda alguma relação com a proposta de Nagib Slaibi Filho.

Para Paulo Barbosa de Campos Filho (1955, p. 30), as ações populares poderão ser supletivas, agindo “o autor popular como que em lugar do poder público, para lhe suprir a inércia”, ou corretivas, nas quais “o objetivo a que êle se propõe é [...] a *correção* de mal já consumado”.

Arruda Alvim (1985, p. 168) sustenta que, “Entre nós a Ação Popular é uma *ação corretiva*, porque, por seu intermédio, se objetiva decretar a nulidade ou anulabilidade do ato administrativo”

José Afonso da Silva (1968, p. 104, 132 e 133) afirma que a finalidade da ação popular “é *corretiva*, vez que possibilita ao cidadão pleitear a decretação da nulidade de atos lesivos ao patrimônio público”. Mas assevera com primazia:

O fato de a Constituição falar em *atos*, porventura, não importaria em algo positivo?

Sim. Mas a omissão das autoridades, funcionários ou administradores por dar possibilidade de produzir-se um *ato* danoso ao patrimônio público. Nesse caso, cabe a ação contra a autoridade ou agente, que omitiu e possibilitou a produção do ato ou a causação do fato lesivo, e também contra o beneficiário do ato ou fato decorrente do procedimento omissivo.

Silva baseia-se expressamente na parte final do seguinte dispositivo da Lei n.º 4.717/65:

Art. 6º A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo.

Portanto, a ação popular terá fim repressivo, quando já ocorrida a lesão, e preventivo, quando a lesão seja iminente. Terá finalidade corretiva, quando o ato impugnado for comissivo, e supletiva, quando o ato for omissivo e provocar um ato ou fato lesivo.

1.5 Do objeto

Cumpra, inicialmente, traçar uma ressalva: neste item, não se refere do conceito técnico-processual de objeto, mas procura-se saber quais são “os atos atacáveis” por ação popular (Silva, 1968, p. 117).

Como a Constituição indica, o objeto da ação popular é o ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Convém, pois, verificar, que ato será este. O próximo capítulo tentará cuidar disso.

Antes, porém, cabe uma anotação. A ação popular só ataca atos administrativos ou alcança os atos legislativos?

Para a resposta, deve-se identificar o conceito destes atos.

Mello (2003, p. 352) apresenta a definição de ato administrativo:

declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.

Quanto aos atos legislativos, recorra-se ao conceito de Silva (1968, p. 125):

Em sentido formal, [...] são aqueles produzidos pelo órgão a que a Constituição atribui competência para a criação de normas de caráter geral [...], votados e aprovados pelo Poder Legislativo [...].

Em sentido material, a lei é o ato jurídico dotado de generalidade, abstratividade e obrigatoriedade, tendo por finalidade o ordenamento da vida coletiva, inovando ou modificando a ordem jurídica.

Este Publicista sustenta que os atos legislativos, “em sentido amplo”, ou seja, nos sentidos material e formal, são impugnáveis por ação popular, “desde que incorram numa causa de invalidade e importem em lesão ao patrimônio de entidades públicas” (Silva, 1968, p. 125 e 126).

José Cretella Júnior (1996, p. 129) afirma que a ação popular alcança “ato administrativo, contrato administrativo, fato administrativo. Enfim, qualquer medida do poder público que desfalque o erário”.

Meirelles (2006, p. 142) defende que a “*lei de efeitos concretos*, isto é, aquela que já traz em si as conseqüências imediatas de sua atuação” pode ser objeto da ação popular. Mas neste caso, trata-se de lei no sentido formal, equiparadas aos atos administrativos.

O argumento é correto. A lei, por ser abstrata, não pode, em regra, provocar lesividade ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. O ato de execução da lei o poderá. E se a lei tiver conteúdo concreto, não será lei material, pois não terá generalidade, abstratividade; será ato administrativo.

Todavia, quando sabidamente o ato de execução da lei material for causar lesão a alguns daqueles valores, conterà ela lesividade iminente, ensejando, pois, a propositura da ação popular preventiva.

A demanda popular também terá lugar quando a lei contiver evidente imoralidade, quando a própria redação for imoral.

Assim, em tese, cabe ação popular para se atacar atos legislativos, guardadas as proporções de concretude e iminência da lesão e/ou da manifesta imoralidade administrativa.

E, como bem assinala José Afonso da Silva (1968, p. 132), não são apenas os atos públicos que compõem o objeto da demanda popular. Abrangem-se também alguns atos privados. Isto porque alcançam-se os atos lesivos ao patrimônio de entidade de que o Estado participe, “que, ao menos parcialmente, é, também, público, pela participação do tesouro em sua formação ou desenvolvimento”. Estas pessoas jurídicas “praticam atos de natureza privada, regulados pelo direito privado”. Assim, nestas hipóteses, a ação popular poderá atacar ato privado, limitando-se, no entanto, à lesividade ao patrimônio público, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, porquanto, em tais atos, não há falar-se em moralidade administrativa.

Mas a ação popular vai além. A Constituição fala tão-somente em atos, não fazendo distinção entre atos públicos e privados. Assim, ainda que o ato seja eminentemente privado e não seja praticado por entidade de que o Estado participe, mas que lese algum daqueles princípios protegidos, pode ser impugnado pelo remédio. Exemplo elucidativo é o caso de lesão ao meio ambiente, provocado por ato de pessoas jurídicas de direito privado. O ato é privado, mas atinge direito público. Logo, pode ser hostilizado pelo instrumento cidadão.

Portanto, o que define a incidência da ação não é a natureza do ato, mas seus efeitos. Se o ato, público ou privado, causar lesão concreta ou iminente ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, poderá seu objeto da ação popular.

2 DOS REQUISITOS DA AÇÃO POPULAR

A doutrina e a Jurisprudência afirmam que os requisitos da ação popular são a lesividade, a imoralidade e a ilegalidade do ato. Identifique-se o fundamento constitucional de cada um deles, que indica os seus significado e abrangência.

2.1 Principiologia constitucional dos requisitos

2.1.1 Do princípio da moralidade administrativa

A Carta de 1988 adota a expressão “moralidade” em três dispositivos:

1) no entelado art. 5º, LXXIII, que trata da ação popular;

2) no art. 14, § 11, após a Emenda Constitucional de Revisão n.º 04/1994, que disciplina a competência legislativa sobre casos de inelegibilidade, para proteção, entre outros, da “moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato”; e

3) no art. 37, *caput*, antes de depois da promulgação da Emenda Constitucional n.º 19/1998, que reconhece a moralidade com um dos princípios da Administração Pública.

Tarefa das mais difíceis é delinear o princípio da moralidade administrativa.

Maria Sylvia Zanella di Pietro (2005, p. 77 a 80) narra que a existência do princípio da moralidade administrativa não é aceita por alguns autores, pois “entendem que o conceito de moral administrativa é vago e impreciso ou que acaba por ser absorvido pelo próprio conceito de legalidade”. Para ela, moralidade administrativa e legalidade não se confundem. Assevera que “antiga é a distinção entre Moral e Direito, ambos representados por círculos concêntricos, sendo o maior correspondente à moral e, o menor, ao direito”. Assim, “Licitude e honestidade seriam os traços distintivos entre o direito e a moral, numa ampla aceitação do brocardo segundo o qual *non omne quod licet honestum est* (nem tudo o que é legal é honesto)”²⁵.

A Jurista conta que a doutrina da imoralidade administrativa estava vinculada “à idéia de desvio de poder, pois se entendia que em ambas as

²⁵ Paulus, *Digesto* 50.17.144.

hipóteses a Administração Pública se utiliza de meios lícitos para atingir finalidades metajurídicas irregulares”. Explica que, por isso, aqueles autores entendem que a imoralidade administrativa correspondente à ilegalidade “quanto aos fins”. Afirma que a Lei da Ação Popular “consagrou a tese que coloca o desvio de poder como uma das hipóteses de ato administrativo ilegal”, no seguinte dispositivo:

Art. 2º. *Omissis.*

[...]

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas: [...]

e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

Mas Maria Sylvia sustenta que a Constituição Federal confirmou a moralidade administrativa como “princípio autônomo”:

Embora não se identifique com a legalidade (porque a lei pode ser imoral e a moral pode ultrapassar o âmbito da lei), a imoralidade administrativa produz efeitos jurídicos, porque acarreta a invalidade do ato, que pode ser decretada pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário. A apreciação judicial da imoralidade ficou consagrada pelo dispositivo concernente à ação popular (art. 5º, LXXIII, da Constituição) [...].

Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p. 109 e 110) parece estar entre aqueles autores que não distinguem ilegalidade e imoralidade. Diz que, segundo o princípio da moralidade administrativa, “a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando *ilicitude* que assujeita a conduta viciada a invalidação”. Mas afirma que o princípio estaria ligado à “lealdade e boa-fé”, no sentido de que os administradores devem atuar “com sinceridade e lhanza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos”. E conclui que “o princípio da moralidade administrativa acha-se [...] eficientemente protegido no art. 5º LXXIII”.

Hely Lopes Meirelles (1994, p. 83 a 85), baseado nas lições de Maurice Hauriou²⁶, afirma que “o agente administrativo [...] deve necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o honesto do desonesto”, não podendo “desprezar o elemento ético de sua conduta”. Diz que, enquanto a moral comum é “imposta ao homem para sua conduta externa”, a moralidade administrativa é “imposta ao agente público para sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve e a finalidade de sua ação: o bem comum”. Assinala que a moralidade administrativa “está intimamente ligada ao conceito do ‘bom administrador’”. Sustenta que, embora não se confundam, a “*moralidade administrativa integra o Direito* como elemento indissociável na sua aplicação e na sua finalidade, erigindo-se em fator de legalidade”. Desta maneira, a legalidade seria a consonância do ato com a lei e como a moralidade administrativa. Logo, utilizando-se a didática dos “círculos concêntricos”, o campo da legalidade seria maior.

O “Direito e a moral são espécies da *Ética*, de sorte que a gestão da coisa pública [...] não pode ser objeto de controle externo apenas sob o estrito enfoque técnico-jurídico”, defende Rodolfo de Camargo Mancuso (2003, p. 109 e 110), “porque do contrário se chegaria a um controle jurisdicional meramente *formal*, o que seria de todo insuficiente”. Mas, para que o controle jurisdicional não ultrapasse os limites da discricionariedade da Administração, o Procurador propõe que a moralidade administrativa compõe três “tópicos”:

a) abuso de direito, que seria a “utilização desmesurada, desproporcionada, desarrazoada de um direito”, que “compromete a legitimidade do seu exercício”;

b) desvio de poder, que seria o desvio de finalidade; e

c) razoabilidade da conduta sindicada, que seria a lógica do razoável.

José Afonso da Silva (2000, p. 652) esclarece que “moralidade administrativa não é *moralidade comum*, mas moralidade jurídica”. Isto porque “não é meramente subjetiva, porque não é puramente formal, porque tem conteúdo jurídicos a partir de regras e princípios da Administração”. O Professor diz que “A lei pode ser cumprida moralmente ou imoralmente”. E exemplifica: “Quando sua execução é feita [...] com o intuito de prejudicar [...] ou [...] favorecer

²⁶ Moralidade administrativa é “o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração” (apud).

alguém, por certo que se está produzindo um ato formalmente legal, mas materialmente comprometido com a moralidade administrativa”.

A moralidade administrativa corresponde à boa administração. É forçoso reconhecer que a expressão é bastante vaga, imprecisa, e parece muito subjetiva. De outra parte, não se pode reduzir à moralidade à legalidade. Caso contrário, não teria o constituinte empregado o termo, contentando-se com o vocábulo “legalidade”, disposto no *caput* do art. 37 da Constituição Federal. A moralidade é muito mais abrangente. Exige o exame da honestidade do ato. Adotando-se a pedagogia dos círculos, o campo da moralidade é muito maior; mas não se tratam de círculos concêntricos. Isto porque a legalidade pode ser moral, amoral e até mesmo imoral. Assim, os círculos formariam uma intersecção em relação à matéria comum, qual seja, a moralidade. Giovanni et al explicam (1994, p. 15): “A intersecção de dois conjuntos, A e B, é conjunto formado pelos elementos que são comuns a A e a B, isto é, pelos elementos que pertencem a A e também pertencem a B”. Veja-se também a lição de Silva e Fernandes (1999, p. 12): “Dados dois conjuntos A e B, chama-se intersecção [...] o conjunto cujos elementos são comuns a A e B, isto é, que pertencem a A e também a B”.

Para que seja objeto de controle judicial, a imoralidade administrativa isolada deve ser evidente, manifesta, latente, inegável. Caso contrário, infringir-se-á a segurança (jurídica), que, para Marcelo Caetano (1977, p. 182), é a primeira finalidade do Estado. Caberá, portanto, ao Juiz analisar o caso concreto e verificar a evidência da imoralidade.

Citem-se alguns exemplos de hipóteses de imoralidade administrativa evidente.

O nepotismo é um exemplo. A nomeação de parentes para ocupar cargo em comissão não é ilegal. A lei, aliás, confere o poder de se nomear alguém de “confiança”. Familiares são pessoas da mais alta confiança. Mas o ato é manifestamente desonesto. A imoralidade é evidente.

Outro exemplo: lesividade material.

2.1.2 Do princípio da não-lesividade: corolário

Pelo discutido art. 5º, LXXIII, a Carta Magna repudia tanto os atos imorais, isto é, lesivos à moralidade administrativa, como os atos materialmente lesivos,

ou seja, lesivos ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

É evidente que uma boa administração não causa lesão ao patrimônio que gerencia ou de que participa. Por isso, José Afonso da Silva (2000, p. 465; 2005, p. 171) afirma categoricamente que “Todo ato lesivo ao patrimônio agride a moralidade administrativa”.

Votando-se à didática matemática, a imoralidade e a lesividade, formam, em regra, dois círculos concêntricos. Na verdade, são quase concêntricos. A exceção, que constituirá uma intersecção, é a lesividade provocada por ato privado, como estudado acima. Neste caso, o ato será meramente lesivo, não se podendo falar em imoralidade administrativa, porquanto, de fato, a Administração não participou em sua prática.

A lesividade pode ser simples, quando não conferir vantagem ao administrador nem a outra pessoa, ou composta, quando a conferir. Neste caso, tratar-se-á de improbidade administrativa, que, segundo Silva (2000, p. 653), é “uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem”.

A lesividade é auferida empiricamente. Como bem consigna Meirelles (2006, p. 137), “Ato lesivo [...] é toda manifestação de vontade da Administração danosa aos bens e interesses da comunidade”. E dano é “o verdadeiro e próprio prejuízo econômico” (Cahali, 2005, 21).

Portanto, o princípio da não-lesividade é um desdobramento do princípio da moralidade administrativa, à medida que o bom administrador não provoca dano ao patrimônio que gere.

Importante consignar que a lesividade aqui tratada recai sobre o patrimônio público no sentido amplíssimo, alcançando o patrimônio ambiental, histórico e cultural. O art. 1º, § 1º²⁷, da Lei n.º 4.717/65 reza que “Consideram-se patrimônio público para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico”.

Quanto ao patrimônio das entidades de que o Estado participe, não foi recepcionada a regra do art. 1º da Lei da Ação Popular. Como dito alhures, à época da edição da Lei n.º 4.717/65, era vigente a Carta de 1946, que, ao tratar

²⁷ Redação dada pela Lei n.º 6.513/77.

do remédio cidadão, só se referia ao “patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista”.

A Lei da Ação Popular “ampliou consideravelmente o conceito de patrimônio público” (Pietro, 2005, p. 695) para atingir o patrimônio das entidades “para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido com mais de 50% (cinquenta por cento) do patrimônio ou da receita anual”. Mas a Carta de 1988 fala em “patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe”, não fazendo qualquer ressalva à percentagem de participação. Por isso, Maria Sylvia (2005, p. 696) conclui:

Basta que o Estado participe da entidade, majoritária ou minoritariamente, que seu patrimônio poderá ser protegido por via de ação popular; não mais vigora a exigência constante do dispositivo da Lei n° 4.717/65, que previa participação com mais de 50%.

O Egrégio Tribunal Bandeirante assentou que “A lesividade deve referir-se ao patrimônio público na sua mais ampla concepção” (TJSP, Apelação Cível n.º 126.384-5/9, rel. Des. Guerrieri Rezende, julgada em 05 de junho de 2000).

Como a Constituição não fez qualquer menção sobre a quantidade de participação, não poderá a lei infraconstitucional restringir o campo de incidência da ação popular para patrimônio formado com determinada percentagem de participação do Estado. Logo, não o dispositivo não foi recepcionado pela Constituição vigente.

2.1.3 Do princípio da legalidade

O art. 37, *caput*, da Carta de 1988, indica, ao lado da moralidade administrativa, a legalidade como princípio da Administração Pública.

Bastos e Martins (1989, p. 23 e 24) ensinam que “não há Estado de Direito sem o princípio da legalidade”, que “eleva [...] a lei à condição de veículo supremo da vontade do Estado”.

Com efeito, Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p. 92 e 94) diz que o princípio da legalidade impõe a “completa submissão da Administração às leis”, revelando o “caráter subalterno da atividade administrativa”.

Maria Sylvia Zanella di Pietro (2005, p. 67 e 68) leciona que “a vontade da Administração Pública é a que decorre da lei”. Entre particulares e pessoas jurídicas privadas, vigora o princípio da autonomia da vontade, permitindo-lhe fazer tudo o que a lei autoriza e tudo o que não proíbe (art. 5º, II, da Constituição). De outra banda, pelo princípio da legalidade, “a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite”.

O princípio da legalidade da Administração consubstancia outros dois princípios, conforme magistério de José Joaquim Gomes Canotilho (2002, p.256), que “*apontam para a vinculação jurídico-constitucional do poder executivo*”.

O primeiro é o “princípio da supremacia ou prevalência da lei (*Vorrang des Gesetzes*)”, que “significa que a lei deliberada e aprovada pelo Parlamento tem superioridade e preferência relativamente a actos da administração”. Este princípio “vincula a administração, proibindo-lhe quer a prática de actos contrários à lei (proibição de desrespeito à lei) quer impondo-lhe a adopção de medidas necessárias e adequadas ao cumprimento da lei (exigência de aplicação da lei)”.

O outro é o “princípio da reserva legal (*Vorbehalt des Gesetzes*)”, que postula que “as restrições aos direitos, liberdades e garantias só podem ser feitas por lei ou mediante autorização desta”.

Isto significa que “A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei”, conforme ensinamentos de Meirelles, 1994, p. 82. Conta ele que o princípio da legalidade não tinha previsão legal (note-se o trocadilho). A legalidade era apenas defendida pela doutrina. O princípio foi objeto de “imposição legal” pela Lei n.º 4.717/65:

Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

[...]

c) ilegalidade do objeto;

[...]

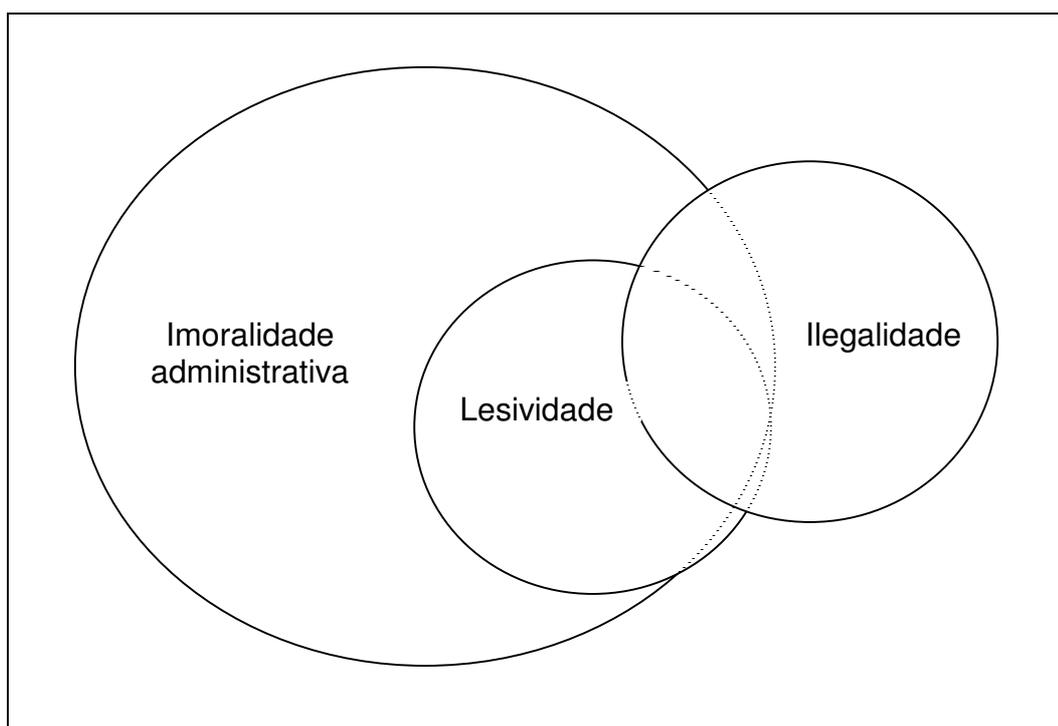
Assinala ainda que a legalidade só passou a ser princípio constitucional com a Carta de 1988.

Portanto, de acordo com o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer aquilo que a lei autoriza. Se o ato não tiver previsão legal, não será permitido. Ato ilegal é, pois, aquele proibido ou não autorizado por lei.

O ato ilegal pode ser apenas ilegal; ilegal e imoral; e ilegal, imoral e lesivo e, em pequena escala; ilegal e lesivo. Recorrendo-se à pedagogia dos círculos, haveria uma intersecção entre a imoralidade administrativa, a lesividade e a ilegalidade; outra entre a imoralidade administrativa e a ilegalidade; e outra entre a ilegalidade e a lesividade.

2.4.1 Quadro sinótico: análise dos conjuntos

Na análise dos conjuntos matemático-principiológicos apresentados, considerados no seu aspecto negativo, ou seja, conjunto da imoralidade administrativa, conjunto da lesividade e conjunto da ilegalidade, e das respectivas intersecções, não sendo tão preciso às dimensões, tem-se o seguinte quadro:



2.3 Presunção?

O art. 334, IV, do Código de Processo Civil dispõe que os fatos em cujo favor militar presunção legal de existência ou de veracidade não dependem de prova.

Menciona-se presunção “legal”. Assim, a Lei deve expressamente indicar o fato acobertado pela presunção.

Alguns doutrinadores sustentam que há previsão de hipóteses presunção de existência do requisito da lesividade nos art. 2º, 3º e 4º da Lei da Ação Popular: “São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: [...]”, “São também nulos os seguintes atos ou contratos [...].

A Egrégia Corte Paulista já afirmou que “a lesividade decorre da ilegalidade”, nos seguintes termos (TJSP, Apelação Cível n.º 026.162-5/7. rel. Des. Soares Lima, julgada em 03 de dezembro de 1998):

Apesar do ensinamento sobre a matéria cogitar de dois requisitos, em relação ao objeto da ação, ambos se condensam em um só. A lesividade decorre da ilegalidade. *Está ela in re ipsa*. [...] A ilegalidade do agente, por si só, causa o dano. [...] Não são [...] dois requisitos objetivos para o acolhimento da ação popular. É mania do doutrinador criar obstáculos à livre ação dos cidadãos, instituindo exigências que a norma constitucional não prevê. [...] A ilegalidade lesa o patrimônio.

Barbosa Moreira (1980, p. 11) afirma que a os atos apontados no art. 4º “contêm uma lesividade que eu diria intrínseca; a lesividade é inerente, é ínsita ao próprio ato”.

Mais ou menos no mesmo sentido, Bastos e Martins (1989, p. 370) defendem que “A lesividade [...] pressupõe a ilegalidade”.

Eros Roberto Grau (1997, p. 340), baseado na lição de José Ignacio Botelho de Mesquita, diz, numa posição intermediária, que o art. 4º “efetivamente presume sejam lesivos os atos nele referidos”, ressaltando que “Essa presunção, contudo, opera única e exclusivamente para o efeito de dispensar a prova de que houve lesão como requisito para a anulação do ato” e não para “a condenação dos réus ao pagamento de perdas e danos decorrentes da prática do ato”. Afirma ela que “Essa condenação reclama a efetiva comprovação da lesividade do ato”.

Data venia, como tratado dantes, os arts. 2º, 3º e 4º não foram recepcionados pela Constituição de 1988. Logo, não se pode fundamentar alguma presunção nestes dispositivos.

Mas ainda que estivessem sido recepcionados, a redação não se refere a nenhuma presunção. Fala tão-somente que, além da lesividade, o ato deve conter uma das nulidades ou anulabilidades ali indicadas. Note-se que art. 4º, evocado por Grau, diz que “São nulos” e não que são lesivos. Ora, como também visto

acima, a Carta de 1946 exigia o requisito da nulidade ou da anulabilidade, o que não fizeram a Constituição de 1967, a Emenda Constitucional n.º 01/69 e tampouco a Carta vigente.

Aliás, se assim fosse, o requisito da lesividade seria reduzido à legalidade, como alguns sustentam que a moralidade administrativa é.

Não há, pois, nenhuma presunção. Mas, como examinado, pode haver cumulação de requisitos, na intersecção dos conjuntos. Mesmo a afirmação de que toda lesividade é uma imoralidade administrativo não se trata de uma presunção; neste caso, há uma constatação.

2.3 Pressupostos, condições ou requisitos?

Imoralidade administrativa, lesividade e ilegalidade são pressupostos, condições ou requisitos da ação popular? A questão é pragmática: a ausência destes itens conduz à extinção do processo com ou sem julgamento do mérito?

José Carlos Barbosa Moreira (1980, p. 11), Roberto Grau (1997, p. 339), Maria Garcia (2000, p. 86), André Ramos Tavares e Guilherme Amorim Campos da Silva (1996, p. 225; 1995, p. 107), José Luiz Gavião de Almeida (1996, p. 75), Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins (1989, p. 369) falam em “requisitos” da ação popular.

Paulo Barbosa de Campos Filho (1955, p. 21), Julio Cesar Finger (1999, p. 59), Carlos Thompson Flores (1991, p. 219), Maria Sylvia Zanella di Pietro (2005, p. 693), Heraldo Garcia Vitta (2000, p. 53) e Hely Lopes Meirelles (2006, p. 141) referem-se a “pressupostos”.

Para Dinamarco (2001, p. 617), “não é tão importante fazer [...] separação” entre condições e pressupostos, porquanto ambos determinam se “o provimento deve ser emitido ou não pode sê-lo”.²⁸

Sergio Sahione Fadel (1987, p. 443 e 445) diz que pressupostos “são aqueles sem os quais ou o autor não pode ingressar ou permanecer em juízo”, enquanto condições “são aquelas que servem de premissa a que a relação jurídica processual se forme validamente”. Moacyr Amaral Santos (2004, p. 169) explica a cronologia do exame. O Juiz deverá, em primeiro lugar, verificar a

²⁸ No mesmo passo: Grinover et al, 2003. p. 259 e 289.

presença dos pressupostos processuais, que “são requisitos necessários à regularidade da relação processual, isto é, pressupostos de um processo válido”. Após, passará o Magistrado a “apreciar as condições da ação, a fim de decidir quanto à existência ou inexistência dos requisitos que legitimam o seu exercício”. E, constatada toda regularidade, deverá o Julgar analisar o mérito da causa.

Neste diapasão, notam-se que a imoralidade administrativa, a lesividade e a ilegalidade não se tratam nem de pressupostos e tampouco de condições da ação popular, haja vista que estão afetas ao mérito da demanda. São elas a causa de pedir da ação popular, sobre a qual deverá recair a prova. Péricles Prade (2003, p. 305), embora tenha adotado o termo “pressupostos” (1986, p. 259), sugere, portanto, a expressão “*requisitos* da tutela jurisdicional”.

Logo, a ausência do(s) requisito(s) é causa de improcedência da ação popular. Mas, para que seja averiguada o cabimento da ação, o autor popular tem o ônus da alegação, isto é, deve indicar o(s) requisito(s) que fundamenta(m) seu pedido.

2.4 Requisitos conjugados ou autônomos?

A procedência da ação exige a presença de todos os requisitos da ação popular? Ou basta a existência de apenas dois, conjugados? Ou de tão-somente um, autônomo?

Trate-se da questão.

3 ANÁLISE COMBINATÓRIA

Para solucionar a questão posta, recorra-se à análise combinatória.

Nas ciências exatas, “Análise combinatória é a parte da Matemática que estuda o número de possibilidades de ocorrência de um determinado acontecimento (evento) sem, necessariamente, descrever todas as possibilidades” (1994, p. 209). Mas “quando o número de possibilidades é ‘pequeno’ usamos o processo descritivo chamado diagrama de árvore”

Exemplo: a doutrina assinala que são três os requisitos da ação popular: imoralidade administrativa, a lesividade e a ilegalidade. De quantas formas podem-se combinar estes requisitos. Resposta: oito maneiras. Vejam-se:

3.1 Imoralidade e lesividade e ilegalidade

Se, na ação popular, estiverem presentes a imoralidade administrativa, a lesividade e ilegalidade, será ela julgada procedente. Trata-se da intersecção dos conjuntos principiológicos, como tratado supra.

Todos os requisitos suscitados pelos juristas e pelas Cortes são existentes. Até aqui, o entendimento é unânime.

Analise-se outra combinação.

3.2 Imoralidade e lesividade

A divergência começa agora. Adicionam-se os requisitos da imoralidade administrativa e da lesividade, mas se exclui o da ilegalidade.

Num estudo comparativo entre as Cartas de 1967 e 1988, o Grupo *Price Waterhouse* (1989, p. 192) concluiu que “deixa de ser requisito para a propositura da ação o dano ao erário público [...] para dar lugar ao prejuízo à sociedade, representado pela lesão ao meio ambiente e à moralidade administrativa”.

Entretanto, atual Constituição manteve expressamente o requisito da lesividade patrimonial e acrescentou o requisito da moralidade administrativa. E como visto, todo ato *público* lesivo é imoral, porquanto fugiu à idéia de boa administração, embora o inverso não seja sempre verdadeiro.

Portanto, nesta combinação, tem-se, em última instância, somente a presença da imoralidade administrativa, haja vista que a lesividade, em regra, é espécie dela. No entanto, o constituinte não foi redundante. Adicionou a proteção a moralidade administrativa no seu sentido próprio, e não só referente à lesividade, que já possuía tutela. Reporte-se, novamente, ao quadro acima.

Assim, deve-se verificar se a imoralidade é requisito autônomo da ação popular.

Muito antes da promulgação da atual Carta, Rafael Bielsa (1955, p. 34, 39 e 40) dizia que “A ação popular é educativa [...] e o seu exercício faz do cidadão um colaborador da moralidade e da legalidade”. E advertia que “Os atos irregulares, imorais, de suborno, etc., que não lesam o patrimônio público, não estão no preceito constitucional, o que é deplorável”.

Embora José Frederico Marques (1957, p. 12) tenha sido o precursor da doutrina da lesividade-ilegalidade, admitiu ele que “Com a ‘ação popular’, temos um eficiente instrumento para o controle da honestidade administrativa, a fim de compelir os agentes ou órgãos do Estado a atenderem aos cânones morais do ‘bom administrador’”.

Mancuso (2003, 107 e 114) assevera que a Constituição de 1998 “erigiu a ‘moralidade administrativa’ em *fundamento autônomo* para a ação popular”.

Péricles Prade sustenta que:

Realmente, a interpretação deve ser *sistemático-teleológico*, sob pena de tornar letra morta a “intencionalidade da norma”, que decorre, por sua vez, da intenção do Poder Constituinte, tendo por alçar a lesão à moralidade administrativa como fundamento autônomo.

O Supremo Tribunal Federal, de forma ainda tímida, tem reconhecido que o art. 5º, LXXIII, da Constituição elevou a moralidade como fundamento da ação popular, embora a relacionando implicitamente com a ilegalidade. Leia-se o seguinte aresto (STF, Recurso Extraordinário n.º 167137/TO, rel. Min. Paulo Brossard, *DJU* 25-11-1994, p. 32312, *EMENTA* 1768-04/840):

[...] AÇÃO POPULAR. A não observância dos requisitos que vinculam a nomeação, enseja a qualquer do povo sujeita-la a correção judicial, com a finalidade de desconstituir o ato lesivo a moralidade administrativa. [...]

Assim, sempre que estiver presente o requisito da imoralidade, ainda que isolado, a ação popular será procedente.

3.3 Imoralidade e ilegalidade

Como visto, o requisito da imoralidade administrativo é autônomo. Assim, no caso de conjugação dela com a ilegalidade, a ação popular será procedente.

3.4 Imoralidade

Vide item anterior.

3.5 Lesividade e ilegalidade

A lesividade é requisito autônomo da ação popular, porquanto, em regra, é espécie da imoralidade administrativa.

Ainda quando for lesividade despida de imoralidade administrativa, que é aquela provocada por ato particular, porquanto, naquele mesmo raciocínio interpretativo, a lesividade é requisito autônomo, porquanto a Constituição de 1988 não empregou os termos nulidade e anulabilidade. No caso da existência tão-só da lesividade, a ação será julgada procedente.

3.6 Lesividade

Vide item anterior.

3.7 Ilegalidade

A ilegalidade não é mais requisito da ação popular. A Carta de 1998 não se refere a ele como tal. Se o ato impugnado contiver apenas ilegalidade, a ação será improcedente.

3.8 *Nihil*

No caso de ausência de imoralidade e de lesividade, e mesmo sem o antigo requisito da ilegalidade, a ação popular será improcedente. Parêmia latina diz: *ex nihilo nihil* (do nada, nada).

É exatamente a hipótese dos dois casos de Martinópolis/SP.

3.9 Quadro sinótico

Imoralidade	Lesividade	Ilegalidade	Ação Popular
+	+	+	+
+	+	-	+
+	-	-	+
-	+	+	+
-	+	-	+
-	-	+	-
-	-	-	-

4 DOIS CASOS DE MARTINÓPOLIS

Os casos são quase idênticos, são mui semelhantes. Far-se-á um narrado breve, haja vista que cópia dos principais atos dos processos judiciais e dos respectivos processos administrativos da Procuradoria Geral do Estado.

Um cidadão, sócio-gerente de uma empresa de informática, participou, em nome dela, de uma licitação na modalidade carta-convite, para venda de materiais eletrônicas para Associações de Pais e Mestres, mas perdeu. A licitante vencedora se trata de uma firma em nome individual, de titularidade de uma funcionária do Governo do Estado.

O cidadão, então, propôs ações populares em face das Associações e da Empresa vencedora, alegando ilegalidade e imoralidade do ato, por causa da condição de funcionária pública da titular da Empresa vitoriosa.

A Fazenda Paulista colocou-se no pólo passivo da demanda popular.

As contestações apontaram a natureza privada da Associação, assinalando que não houve contratação com o Estado e que, ademais, não houve lesividade, porquanto foi pago o menor preço.

Os processos foram extintos sem julgamento do mérito, por falta de interesse de agir, exatamente porque o ato popular não alegou a lesividade.

Todavia, as sentenças deveriam ter apreciado a alegação de imoralidade, e julgado as ações improcedentes, porquanto não houve ato administrativo. O ato foi particular, dada à natureza privada da Associação e, por conseguinte, tampouco houve ilegalidade.

As sentenças foram submetidas a reexame necessário e aguardam julgamento.

5 CONCLUSÃO

Desde o surgimento da idéia da ação popular, pautou-se ela em conferir a qualquer do povo a fiscalização dos atos dos governantes, postulando a moralidade da atuação das autoridades e a proteção das coisas públicas.

Admitida no Brasil pela doutrina, foi sendo acolhida pelas leis que foi, progressivamente, ampliando o seu objeto para resguardar aqueles princípios axiológicos.

Fortificou-se e foi consolidada ainda mais pela doutrina e pelo Poder Judiciário.

Da análise do texto constitucional vigente, depreende-se que os requisitos da ação popular é a imoralidade administrativa e a lesividade concreta ou iminente ao patrimônio público, no seu conceito mais amplo, do ato, tratadas taxativamente pelo art. 5º, LXXIII.

Ato aqui considerado é aquele de efeitos concretos, isto é, os materialmente administrativos, alcançando também os atos legislativos com aqueles efeitos e com conteúdo imoral, e os atos privados que tragam lesividade ao patrimônio de todos.

Entende-se por moralidade administrativa os valores referentes a uma boa gestão, a uma boa administração. Para que seja causa da ação popular, a imoralidade deve ser evidente, manifesta, latente, irrefutável.

A lesividade, provocada por ato administrativo, é um exemplo de imoralidade administrativa evidente. Uma boa administração não causa dano ao patrimônio que gerencia.

No caso da lesividade ao patrimônio público provocado por ato particular, não se cogita de imoralidade administrativa, porquanto a Administração não participa da prática do ato.

A atual Carta não fala mais em declaração de nulidade nem em anulabilidade, demonstrando, pois, que a legalidade não é mais requisito da ação popular. Os requisitos são imoralidade administrativa e lesividade ao patrimônio público, que, embora autônomos, podem ser conjugados no caso concreto.

A ação popular prevista e assegurada na Constituição de 1988, retoma, pois, suas origens, para cuidar daquilo que interessa ao povo e que é efetivamente seu: o direito a um governo honesto e ao patrimônio público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, José Luiz Gavião de. A ação popular e a Constituição de 1988. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 85, n. 729, p. 75-79, jul. 1996.
- ALVIM, Arruda. Ação popular. **Revista de Processo**, v. 8, n. 32, p. 163-177, out./dez. 1983.
- AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.
- ATALIBA, Geraldo. Ação popular na Constituição brasileira. **Revista de Direito Público**, v. 18, n. 76, p. 110-121, out./dez. 1985.
- BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1998. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BIELSA, Rafael. A ação popular e o poder discricionário da administração. **Revista Forense**, v. 52, n. 157, p.34-49, jan./fev. 1955.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRASIL. Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 07 jul. 1965. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 18 nov. 2005.
- BRASIL. Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 18 nov. 2005.
- CAETANO, Marcelo. **Direito constitucional**, vol, I.. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- CAHALI, Yussef Said Cahali. **Dano moral**. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. A ação popular constitucional. **Revista Forense**, v. 52, n. 157, p. 21-33, jan./fev. 1955.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CARNEIRO, Nelson. **Das ações populares civil no direito brasileiro**. Revista Forense, Rio de Janeiro, v., n., p.26-52, jul. 1951
- CARVALHO, Pedro de Barros. **Curso de direito tributário**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CRETELLA JÚNIOR, JOSÉ. **Os “writs” na Constituição de 1988**: mandado de segurança, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data, ação popular, habeas corpus. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, vol. II. São Paulo: Malheiros, 2001.

FADEL, Sergio Sahione. **Código de processo civil comentado**, vol. I. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

FERREIRA, Pinto. Da Ação popular constitucional. **Revista de Direito Público**, v. 5, n. 20, p. 32-47, abr./jun. 1972.

FERREIRA, Wolgran Junqueira Ferreira. **Comentários à Constituição de 1988**, vol. 1.. Campinas: Julex, 1989.

FINGER, Julio Cesar. Algumas notas sobre lesividade, ilegalidade e moralidade na ação popular. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 88, n. 767, p. 59-70, set. 1999.

FURTADO, Luísa Elisabeth Timbó Corrêa. **Ação popular**: mecanismo de controle dos atos da administração pública pelo cidadão. São Paulo: LTr, 1997.

GARCIA, Maria. A interpretação constitucional e os requisitos da ação popular. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 8, n. 30, p. 86-94, jan./mar. 2000.

GRAU, Eros Roberto. Requisito da lesividade na ação popular. In: MELLO, Celso Bandeira de (*), organizador. **Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba**: direito administrativo e constitucional. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 339-342.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Teoria geral do processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GIOVANNI, José Ruy. **Matemática Fundamental**, 2º grau: volum único: resolução dos exercícios propostos e de revisão. São Paulo: FTD, 1994.

LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. Ação popular constitucional - pressupostos que autorizam o seu ajuizamento. **Revista de Processo**, v. 16, n. 61, p. 218-230, jan./mar. 1991.

MAGALHÃES, Waldir Gomes. A ação popular. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 4, n. 14, p. 220-230, jan./mar. 1996.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular**. Vol. 1. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MARQUES, José Frederico. As ações populares no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 46, n. 266, p. 5-13, dez. 1957.

MAXIMILIANO. Ação popular: parecer. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v., n. 181, p. 522-526. 1948.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 19. ed. atual por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data", ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental, o controle incidental de normas no Direito Brasileiro, a representação interventiva e a reclamação constitucional no STF**. 29. ed., atual. por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELO, José Eduardo Soares de. **Curso de direito tributário**. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MONTE ALEGRE, José Sérgio. Ação popular: direito político? **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 3, p. 73-84, 1993.

MORAES, Antão de. Ato administrativo – Poder discricionário da Administração – Contrôlo jurisdicional – Ação popular: parecer. **Revista de Direito Administrativo**, n. 16, p. 317-335

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ação popular. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, n. 16, p. 9-25, jun. 1980.

_____. Problemas da ação popular. **Revista de Direito Administrativo**, n. 85, p. 395-404, jul./set. 1966.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PRADE, Péricles. Ação popular: três aspectos destacados e controvertidos. **Revista de Jurisprudência Catarinense**, v. 29, n. 103, p. 303-311, jul./set. 2003.

_____. Lesividade e ilegalidade como pressupostos da ação popular constitucional. **Revista de Processo**, v. 11, n. 42, p. 259-270, abr./jun. 1986.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**, volume 1: parte geral: arts 1.º a 120. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001

PRICE WATERHOUSE. **A Constituição do Brasil 1988 comparada com a Csonstituição de 1967 e comentada**. São Paulo: Price Waterhouse, 1989

RAMOS, Dircêo Torrecilias. **Remédios constitucionais**: habeas corpus, mandado de segurança, mandado de segurança coletivo, ação popular/ação civil pública, mandado de injunção, habeas data – petição e certidão, inconstitucionalidade por omissão. São Paulo: WVC, 1998.

RAMOS, Elival da Silva. **A ação popular como instrumento de participação política**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

SANTOS, Moacy Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**: volume 1. 23. ed. rev. e atual. por Aricê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 2004.

SIDOU, J. M. OTHON. **As garantias ativas dos direitos coletivos: habeas corpus, ação popular e mandado de segurança**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

SILVA, Guilherme Amorim Campos da. TAVARES, André Ramos. Extensão da ação popular enquanto direito político de berço constitucional no título dos direitos e garantias fundamentais dentro de um sistema de democracia participativa. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 3, n. 11, p. 106-122, abr./jun. 1995.

_____. Requisitos no exercício da ação popular. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 4, n. 16, p. 225-235, jul./set. 1996.

SILVA, Jorge Daniel. FERNANDES, Valter dos Santos. **Matemática**. São Paulo: IBEP, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Ação popular constitucional**: doutrina e processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Ação popular mandatória**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SOUZA, Gelson Amaro. **Curso de direito processual civil**. 2. ed., ampl. e rev. Presidente Prudente: Data Júris, 1998.

TEIXEIRA, Fernando de Oliveira. **Ação popular**. Curitiba: Juruá, 1979.

VITA, Heraldo Garcia. **O meio ambiente e a ação popular**. São Paulo: Saraiva, 2000.

ANEXOS