



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Instrumentos de Controle da Administração Pública pela Sociedade: Ação Popular

Roberto Fontes Pinheiro

Rio de Janeiro
2012

ROBERTO FONTES PINHEIRO

Instrumentos de Controle da Administração Pública pela Sociedade: Ação Popular

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson Tavares

INTRUMENTOS DE CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELA SOCIEDADE: AÇÃO POPULAR

Roberto Fontes Pinheiro

Graduado pela Pontifícia Universidade Católica
do Rio de Janeiro. Advogado

Resumo: As relações da Administração Pública com a sociedade se apresentam de forma complexa. A história da democracia tem origem na Atenas clássica, mas foi sofrendo adaptações nos diversos locais em que foi adotada. A ideia inicial era criar uma comunidade política na qual os cidadãos tivessem o direito de participar ativamente da vida política do Estado, por meio de debates e decisões políticas. A realidade brasileira está longe do que os gregos idealizaram como democracia. Com o passar do tempo, os cidadãos foram afastados das decisões políticas, restando poucos mecanismos que permitem uma atuação mais incisiva dos cidadãos. A essência do trabalho é abordar a democracia brasileira e a relevância da ação popular como instrumento legalmente previsto para o controle da Administração Pública pela sociedade.

Palavras-chave: Administração Pública. Sociedade. Democracia. Controle. Ação Popular. Histórico. Brasil.

Sumário: Introdução. 1. Democracia. 2. Administração Pública. 3. Ação Popular. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho ora proposto enfoca a temática da democracia brasileira e dos instrumentos de controle da Administração Pública pela sociedade, especialmente quando realizada por meio da propositura da ação popular, prevista na Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965, cuja legitimidade ativa recai sobre os cidadãos brasileiros.

Para tal, estabelece como premissa a reflexão sobre a democracia brasileira, em que o histórico demonstra como foram raros os instrumentos que permitiam a participação direta da população no controle da Administração Pública e, muitas vezes, ineficazes na sua função

precípua de preservar a integridade e moralidade no setor público e criar uma consciência social mais forte.

A ação popular, presente em diversas constituições brasileiras, busca essa aproximação do povo com o setor público, funcionando como um remédio contra a inércia de órgãos fiscalizadores e de estímulo para a formação de uma identidade nacional e progresso da nação. Busca-se um meio viável para estimular o desempenho da função pública de maneira mais eficiente e proba, diminuindo a existência de danos ao patrimônio público e colaborando para o aumento do nível de cidadania em todas as regiões do Estado.

É imperioso verificar se tal ação constitucional, depois de anos de existência, conseguiu alcançar, no plano fático, a finalidade com que foi idealizada, dando um verdadeiro significado a democracia brasileira e sentido para a nossa Constituição Federal de 1988 quando esta declara que todo o poder emana do povo. Não se pode, igualmente, descurar do papel importante que a jurisprudência desempenhou ao longo dos anos, adequando o instituto, durante os mais diversos períodos pelos quais o Estado brasileiro atravessou. Questões como a legitimidade para sua propositura, pressupostos e competência foram abordados de modo a aperfeiçoar essa ação constitucional.

Busca-se trazer à tona a participação da sociedade no setor público, dentro de um contexto de democratização e moralização pelo qual vem passando o Estado brasileiro durante os últimos anos. Procura-se demonstrar que quanto maior é a participação da população na coisa pública, maior é o nível de cidadania, identidade e consciência coletiva da comunidade. A visão de que a sociedade é ignorante e que por isso deve ser afastada do controle das decisões políticas só colabora para a formação da espiral da negatividade que tende a aumentar a barreira existente entre governantes e governados. Institutos como a audiência pública, o orçamento participativo, a ação civil pública e a ação popular valorizam

o indivíduo, que passa a enxergar a gestão da coisa pública não como um dever dos governantes, mas como responsabilidade de todos, dignificando o cidadão.

1. DEMOCRACIA

A vida em sociedade proporciona diversos benefícios ao homem, mas, também, cria uma série de limitações. Diversos doutrinadores discutem sobre o momento em que o Estado surgiu: a primeira corrente sustenta que o Estado sempre existiu, ainda que mínima fosse a organização social; a segunda corrente afirma que a sociedade precedeu à formação dos Estados, que teria surgido da necessidade de grupos sociais; a terceira corrente afirma que o Estado só passaria a existir depois de verificadas determinadas características.¹

Os tipos estatais não seguem uma sucessão cronológica, evidenciando-se as características do Estado em cada época.² Dentre os Estados que ganharam maior destaque na antiguidade é possível mencionar o Estado Grego.

Embora seja comum a referência ao Estado Grego, deve ser salientado que o mesmo não era um Estado único, englobando toda a civilização helênica.³ As diversas civilizações, naquela localidade, possuíam características fundamentais semelhantes, embora seus costumes, muitas vezes, fossem diversos.⁴

A cidade-Estado de Atenas foi uma dessas sociedades políticas de maior expressão, constituindo berço da ideia de democracia. O cidadão ateniense gozava de uma posição peculiar em relação a qualquer outro nas suas respectivas civilizações, na medida em que era chamado a participar intensamente dos debates e das decisões do Estado, a respeito dos

¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011, p. 1.

² DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.60.

³ *Ibidem*, p. 63.

⁴ *Ibidem*.

assuntos de caráter público.⁵ Apesar do conceito de cidadão ser restritivo, não abrangendo determinados segmentos indivíduos, como era o caso das mulheres, crianças, escravos e homens livres sem direito político, já se verificava uma participação popular importante na gestão da coisa pública e nas decisões políticas fundamentais. Essa ideia grega de democracia ainda possui relação com a concepção moderna, principalmente quanto a noção de governo do povo.⁶

A ideia moderna de democracia nasceu das lutas contra o absolutismo, sobretudo através da afirmação dos direitos naturais da pessoa humana, tendo como marco histórico: a Revolução Inglesa, que originou o *Bill of Rights*; a Revolução Americana, que originou a Declaração de Independência das treze colônias americanas; e a Revolução Francesa, por meio da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.⁷ Nesse momento histórico a democracia passa exigir a observância de três pontos fundamentais, quais sejam, a supremacia da vontade popular, a preservação da liberdade e a igualdade de direitos.⁸

Durante séculos, a concepção de democracia foi se modificando e se adaptando de acordo com a realidade política dos Estados. De modo geral, é possível classificar os regimes democráticos em três espécies: democracia direta, em que o povo exerce por si o poder, sem intermediários ou representantes; democracia representativa, na qual o povo, soberano, elege representantes, outorgando-lhes poderes, para que, em nome deles e para o povo, governem o país; democracia semidireta ou participativa, constituindo um sistema híbrido entre os dois tipos de democracia anteriores.⁹

O Estado brasileiro, ao longo de sua história, alternou períodos de autoritarismo e de democracia. A Constituição Federal de 1988 foi resultado da ação do poder constituinte

⁵ *Ibidem*, p. 64.

⁶ *Ibidem*, p. 146.

⁷ *Ibidem*, p. 147.

⁸ *Ibidem*, p. 151.

⁹ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1015.

originário¹⁰ e teve como principal objetivo assegurar a instalação definitiva de um governo democrático, positivando diversos direitos e garantias fundamentais, além de instrumentos que pudessem controlar a Administração Pública no exercício da sua atividade. Nesse contexto, é possível afirmar que ela é a mais democrática das cartas políticas brasileiras.

Com efeito, veio a ser positivado no ordenamento jurídico pátrio em nível de objetivo fundamental, a construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária (art. 3º, I da CRFB/88). Consagrou-se, igualmente, que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição (art. 1º, parágrafo único da CRFB/88). Não menos importante, foi expresso que a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência solidária (art. 37 da CRFB/88). Esses dispositivos, dentre outros espalhados ao longo da Lei Fundamental, refletem a natureza do Estado brasileiro.

O Estado brasileiro pode ser entendido como um Estado Social e Democrático de Direito. Trata-se de um superconceito, do qual se extraem princípios como o da separação dos Poderes, o do pluralismo político, o da isonomia, o da legalidade e o da dignidade da pessoa humana.¹¹ Compreende-se o Estado de direito como aquele em que o mesmo Estado que cria as normas jurídicas, também está a elas submetido. O Estado democrático é aquele que se empenha em assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos.¹² O Estado social de direito preocupa-se não só com a segurança jurídica, mas

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.234.

¹¹ *Ibidem*, p. 171.

¹² *Ibidem*.

também, com os ideais de justiça e igualdade, mobilizados especialmente para garantia e efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais.¹³

O texto constitucional consagra a participação direta do povo, não havendo qualquer conflito com exercício representativo do poder. O representante político atua em nome e para o povo, podendo a norma constitucional estabelecer hipóteses em que este tome a iniciativa das ações pelo fato de ser ele o detentor do poder e pelo fato de que ambos objetivam a consecução do bem comum. Buscou-se entregar ao povo a possibilidade de se tornar membro efetivo do controle social da administração pública. Não se trata apenas de um controle de legalidade, mas, principalmente, um controle de mérito, de eficácia, de conveniência e de oportunidade do ato administrativo.¹⁴

A participação popular é decorrência natural do modelo brasileiro, que consagra, implícita ou explicitamente, outras previsões de participação popular em diversos setores da vida pública.¹⁵ Podem ser identificados alguns institutos como é o caso do plebiscito, referendo, ação civil pública, audiência pública, orçamento participativo e a ação popular.

2. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O Estado é um ente personalizado se apresentando nas relações internacionais e nas internas como uma pessoa jurídica de direito público, sendo dotado de capacidade para adquirir direitos e contrair obrigações na ordem jurídica.¹⁶ Todo o modo de agir da Administração Pública é pautada nos princípios administrativos, expressos ou implícitos, os

¹³ FERREIRA, Siddharta Legale. *Estado Social e Democrático de Direito: História, direitos fundamentais e separação dos poderes*. Disponível em: < http://www.cspb.org.br/docs_concursos2009/monografiasiddharta.pdf >. Acesso em 02 abr. 2012, 21:25:00.

¹⁴ CARRION, Eduardo Kroeff Machado. *Apontamentos de direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 83-84.

¹⁵ LOCK, Fernando do Nascimento. Participação Popular no Controle da Administração Pública: Um estudo exploratório. *Revista Eletrônica de Contabilidade do Curso de Ciências Contábeis UFSM*. Rio Grande do Sul. vol. 1. n.1. p.122-134. Set-Nov/2004.

¹⁶ CARVALHO FILHO, *op. cit.*, p.1.

quais representam cânones pré-normativos norteadores do exercício da atividade administrativa.¹⁷

O princípio da legalidade representa a pedra base da conduta dos agentes da Administração Pública. Toda e qualquer atividade administrativa deve estar autorizada por lei,¹⁸ ou seja, diferencia-se do princípio da legalidade quando voltado para o indivíduo, em que é permitido fazer tudo que a lei não proíba.

O princípio impessoalidade busca assegurar o tratamento igualitário aos indivíduos que se encontrem em situação idêntica, na medida em que a Administração deve estar voltada ao interesse público. O princípio da moralidade impõe que o administrador observe preceitos éticos, visando um atuar de forma honesta.

Não menos importantes, foram consagrados o princípio da publicidade, segundo o qual os atos da Administração devem ser públicos e divulgados, facilitando a possibilidade do exercício do controle, e o princípio da eficiência, muito associado a ideia de administração gerencial em que se procura os melhores resultados com um mínimo de custo

Existe um conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos por meio dos quais se exerce o poder de fiscalização e de revisão da atividade administrativa em qualquer das esferas do Poder.¹⁹ O controle, prévio, concomitante ou posterior, é um princípio fundamental, podendo ser legislativo, judiciário ou administrativo. Ele poderá ser interno ou externo e poderá fundar-se num controle de legalidade ou de mérito. Em determinados casos esse controle poderá ser de ofício ou provocado, mas sempre com o objetivo de confirmar, corrigir ou alterar determinado ato.

Dentre os diversos meios de controle existentes, alguns deles serão facultados aos cidadãos como uma maneira de incentivar sua participação política e como exercício do pensamento democrático. O indivíduo, desprovido de qualquer interesse individual imediato e

¹⁷ *Ibidem*, p. 17.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*, p. 863.

pautado na consecução do interesse comum, utiliza-se das vias administrativas ou judiciais para o exercício desse controle. A consagração da participação política do cidadão o estimula a ter uma atuação mais incisiva na fiscalização da coisa pública.

3. AÇÃO POPULAR

A tutela coletiva, no ordenamento jurídico brasileiro, está pautada em quatro leis especiais, quais sejam, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, Lei de Ação Popular, a Lei de Ação Civil Pública e a Lei de Improbidade Administrativa. Todas as essas normas dialogam entre si, constituindo um sistema de vasos intercomunicantes,²⁰ no entanto, é preciso identificar qual é a lei aplicável ao caso. O povo brasileiro, desde o advento sucessivo dessas legislações, vem aumentando sua participação na fiscalização e controle da administração pública. Trata-se da passagem de uma concepção puramente individualista e subjetivista, para algo mais solidário e social, fundado na eticidade e boa-fé. Dentre os instrumentos legalmente previstos, aquele que mais se aproxima do povo continua sendo a ação popular.

A ação popular é o instrumento de nível constitucional e natureza civil através do qual qualquer cidadão pode pleitear a nulidade de atos praticados pelo poder público, ou entidades de que o Estado participe, lesivos ao patrimônio público, ao meio ambiente, à moralidade administrativa ou ao patrimônio histórico cultural.

O art. 5º, LXXIII da CRFB/88 estabelece que 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

²⁰ MAZZEI, Rodrigo Reis. A ação popular e o microsistema da tutela coletiva, in Luiz Manoel Gomes Junior (Coord.). *Ação Popular - Aspectos controvertidos e relevantes - 40 anos da Lei 4.717/65*. São Paulo: RCS, 2006

cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Segundo ensina a melhor doutrina, a ação popular tem sua origem remota no direito romano, quando, em alguns casos excepcionais, ao cidadão era permitido buscar a tutela de um direito de toda a coletividade.²¹ Criou-se uma singular relação do cidadão com a *res publica*, a qual pertenceria a todos os cidadãos, que eram considerados coproprietários dos bens públicos.²² A ação era ajuizada por determinado indivíduo, vinculava a todos os demais, mas a pretensão era vista como exercício de um direito próprio do cidadão-autor.²³

Inicialmente, o instituto se ocupava de pretensões com caráter penal, tendo como objetivo evitar condutas lesivas através de cominações de multa ou alguma espécie de pena pecuniária.²⁴ O instituto foi se desenvolvendo e passou a tutelar situações que caracterizavam direitos transindividuais, ainda que relacionada à defesa das coisas públicas e de caráter sacro.²⁵ A queda do direito romano fez com as *actiones populares* do direito romano fossem esquecidas, tendo como renascimento a Lei Comunal de 30 de março de 1836 na Bélgica e a Lei Comunal de julho de 1837 da França, as quais teriam servido como fundamento para a ação popular eleitoral italiana de 1859.²⁶

A primeira menção ao termo “ação popular”, no ordenamento jurídico pátrio, ocorreu no texto de 1824, no entanto, ela se referia a certo caráter disciplinar ou mesmo penal.²⁷ O instituto foi elevado ao nível constitucional em 1934, retirado em 1937, retornado em 1946 e permanece até o presente momento.²⁸ A Constituição de 1934 trouxe uma redação mais abrangente do que o texto previsto na Constituição Imperial. Sua supressão na Constituição de

²¹ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: RT, 2002, p.40.

²² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações constitucionais*. São Paulo: Método, 2011, p. 203.

²³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular*. 4 ed. São Paulo: RT, 2004, p.39-41.

²⁴ NEVES, *op. cit.*, p. 203.

²⁵ *Ibidem*, p. 204.

²⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*. Belo horizonte: Del Rey, 2007. p. 346.

²⁷ LENZA, *op. cit.*, p. 957.

²⁸ *Ibidem*, p. 957.

1937 ocorreu pelo advento do período de ditadura militar, já que instrumentos associados a democracia não encontram guarida em tais regimes opressores. A Constituição de 1946, ao retomar o instituto, adotou redação semelhante àquela prevista na Constituição de 1934, mas ampliou o rol de sujeitos passivos, que agora abrangia as sociedades de economia mista e as entidades autárquicas.²⁹ A Constituição de 1988, por ter sido a última, aperfeiçoou o instituto ao ampliar a participação popular e a possibilidade de fiscalização, coadunando-se com o espírito idealizador do supracitado instituto.

No campo infraconstitucional, ela é disciplinada, atualmente, pela Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965. Foi a primeira lei que tratou de tutela coletiva no ordenamento jurídico brasileiro e trouxe inúmeras novidades que serão analisadas no em seguida.

A pequena digressão histórica do instituto e sua previsão nos sucessivos textos constitucionais brasileiros permite verificar a evolução da democracia no Estado até a sua efetiva consolidação na Constituição Federal de 1988. Os períodos em que o Estado brasileiro passou por regimes autoritários coincidem com períodos em que o instituto teve sua abrangência mitigada.

As Constituições anteriores vinculavam esse instrumento apenas à proteção do patrimônio público. A CRFB/88 ampliou o rol de bens tutelados abrangendo em seu âmbito o patrimônio público, inclusive o histórico e cultural, a moralidade administrativa e o meio ambiente.³⁰ Não há uma limitação à tutela do patrimônio público material, ou seja, não está associada somente aos atos ilegais e lesivos ao erário, passando a abarcar os bens imateriais que integram o patrimônio público.

Dentre os vários aspectos controvertidos que envolvem o tema, ganha destaque a divergência acerca da natureza jurídica do instituto. Rodolfo de Camargo Mancuso defende

²⁹ BRITO, Álvaro de Azevedo Alves. *A ação popular constitucional brasileira: aspectos históricos, conceito e natureza jurídica*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10698&revista_caderno=9> . Acesso em 10 set. 2012, 23:45:00.

³⁰ CARVALHO FILHO, *op. cit.*, p. 965.

que o instituto pode ser entendido como uma ação de natureza dupla, ou seja, constituiria um direito constitucionalmente político de participação na fiscalização direta da Administração Pública e uma garantia processual constitucional.³¹ Haveria a possibilidade de uma atuação política direta, amparada pelo texto constitucional, a qual seria efetivada por meio do Poder Judiciário. Sérgio Monte Alegre, adotando orientação diversa, acredita que a ação popular não tem natureza política.³² Sustenta que o instrumento foi previsto pelo constituinte originário na parte destinada aos direitos e garantias fundamentais e não foi incluída no rol do art. 14 da CF/88 que prevê, de maneira expressa, o sufrágio universal, o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular. O autor, para reforçar sua teoria, apresenta a ação popular ambiental que teria natureza de direito subjetivo fundamental pelo fato do meio ambiente constituir um direito fundamental e difuso. Em que pese a divergência, grande parte da doutrina entende pela natureza política.

Como já foi verificado em momento anterior, o instituto é cabível na proteção do patrimônio público material e imaterial, podendo ser dividida em três hipóteses: a) anulação de ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe; b) anulação de ato lesivo à moralidade administrativa e; c) anulação de ato lesivo ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.³³ Importante salientar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça³⁴ tem limitado o campo de incidência da ação popular, não permitindo o seu cabimento para a tutela difusa do consumidor.

A ação popular é um instrumento que para ser útil, deve ser eficaz na tutela dos direitos que constituem seu objeto. Essa eficácia está associada às circunstâncias e ao momento em que ela pode ser proposta pelos legitimados. Dessa maneira, ela poderá ter um viés

³¹ MANCUSO, Rodolfo *op. cit.*, p. 393 e ss.

³² MONTE ALEGRE, Sérgio. Ação Popular não é direito político. *Revista de Direito Administrativo*. n. 189. P. 123-138. Jul-set, 1992, *passim*

³³ NEVES, *op. cit.*, p. 205.

³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, REsp. 818.725/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 13.05.2008, *DJE* 16.06.2008.

preventivo ou repressivo, sempre com a finalidade de melhor tutelar o interesse público. No caso de uma tutela inibitória é necessário a iminência da prática do ato administrativo,³⁵ enquanto que na tutela reparatoria esse ato já se consumou e produz seus efeitos danosos. Em determinadas situações, o cidadão é chamado a se antecipar à ocorrência dos danos, evitando grandes prejuízos, mas em outras, deverá atuar de modo a minimizar as mazelas causadas pela execução de determinados atos, havendo a plena reparação ao erário.

Essas mazelas podem advir tanto de um atuar estatal como ser decorrência uma omissão.³⁶ A conduta do agente deve ser pautada no princípio da legalidade, ou seja, só poderá agir quando a lei o autorizar, tendo em vista que as leis foram criadas pelo povo. Todas as vezes que sua ação não estiver em conformidade com o ordenamento jurídico e ferir o interesse público, estará ele sujeito ao controle, havendo um pedido anulatório. As omissões também são objeto de fiscalização, havendo um pedido declaratório para que busque a certeza jurídica de que houve uma omissão ilícita violadora. O agente administrativo, quando se depara com determinadas situações, é obrigado, por lei, a promover determinados atos que, se ignorados, causarão danos ao erário. Busca-se cercar os agentes de maneira que os mesmos adotem uma conduta proba no exercício da função pública.

O entendimento da doutrina e da jurisprudência é pacífico no sentido de que tanto os atos vinculados como os atos discricionários podem ser objeto de ação popular, ou seja, se fará o controle do desvio do padrão legal e, também, da razoabilidade no exercício do poder discricionário estatal.³⁷ O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional incide nesses casos para que não haja contrariedade ao ordenamento jurídico ou inobservância do interesse público em relação aquele determinado ato. Tradicionalmente, admite-se a ação popular contra atos administrativos em geral, mas há uma grande rejeição em relação a sua incidência

³⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 2ª Turma, AO 9802382175 RJ, rel. Desembargador Federal Antonio Cruz Netto, *DJ*: 23.12.1999.

³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, REsp. 889.766/SP, rel. Min. Castro Meira, j. 04.10.2007, *DJ* 18.10.2007.

³⁷ NEVES, *op. cit.*, p. 209.

sobre os atos jurisdicionais, os quais estão sujeitos aos recursos processuais próprios previstos em lei.³⁸

Válido mencionar que não se admite o seu ajuizamento para o controle de lei, que poderá ser feito de forma incidental quando o pedido de declaração de inconstitucionalidade for somente o fundamento da pretensão (Súmula n. 266 do STF).³⁹ Entendimento diverso seria permitir a utilização da ação popular como um sucedâneo de ação direta de inconstitucionalidade e configuraria uma burla ao rol de legitimados para sua propositura, os quais estão expressa e taxativamente previstos no texto constitucional. As leis de efeito concreto estão sujeitas a ação popular. São leis em sentido formal, mas, materialmente, são atos administrativos e, portanto, sujeitos à fiscalização popular pela possibilidade de causar dano ao patrimônio público.⁴⁰

O binômio lesividade e ilegalidade é um dos requisitos essenciais para o seu ajuizamento, havendo necessidade de uma conjugação entre eles e o ato praticado.⁴¹ A ilegalidade deve ser verificada no ato impugnado, podendo ela se revestir das mais variadas formas como é o caso do desvio de finalidade, abuso de poder e inobservância do princípio da razoabilidade.

É válido constatar que a exigência ou não de lesividade, restará limitada às ações que tenham como objeto atos ou omissões já ocorridos, não incidindo sobre a ação popular preventiva em que se busca evitar a prática de ato ilícito.⁴²

O Superior Tribunal de Justiça⁴³ tem se posicionado no sentido de que para os atos fixados nos artigos 2º e 3º da Lei n 4717/65 haveria necessidade de lesividade patrimonial

³⁸ *Ibidem*, p. 209.

³⁹ *Ibidem*, p. 210.

⁴⁰ DOS PASSOS, Anderson Santos. *Comentários práticos sobre os aspectos processuais da ação popular*. Disponível em: < <http://jusvi.com/colunas/32814>>. Acesso em 11 set. 2012, 01:14:00.

⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, REsp. 1.225.901, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 26.04.2011, *DJe* 05.05.2011.

⁴² NEVES, *op. cit.*, p. 211

⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, REsp. 973.044/MG, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 03.04.2008, *DJ* 18.10.2007.

efetiva, enquanto naqueles fixados no artigo 4º haveria lesividade patrimonial presumida.⁴⁴ Daniel Amorim Assumpção Neves afirma que a melhor doutrina entende que a presunção legal atinge tão somente o pedido de anulação do ato administrativo, bastando a simples comprovação da situação descrita em lei, mas que para a condenação a reparação do erário, haveria necessidade do dano.⁴⁵ Dessa maneira, ainda que haja uma causa em que se reconheça a lesividade presumida, para que o réu seja compelido a reparar algum dano, é imprescindível a prova da lesividade do ato.

Importante frisar que a lesividade não está sempre associada, diretamente, a aspectos patrimoniais, ou seja, a uma lesão material ao patrimônio público. É possível a presença desse elemento quando da inobservância de determinado princípio, como é o caso da moralidade administrativa. A violação deste princípio não implicará, necessariamente, em danos pecuniários ao erário, mas que nem por isso deixam de ser igualmente importantes. Entende-se que a moralidade administrativa é um bem imaterial e que a mera prática do ato ou sua omissão é suficiente para que se configure o requisito da lesividade exigido em lei. É imperioso, no entanto, que haja um ato concreto passível de impugnação.

A legitimidade é a pertinência subjetiva da demanda, ou seja, é a situação prevista em lei que permite a um determinado sujeito propor a demanda judicial e a um determinado sujeito formar o polo passivo dessa demanda.⁴⁶ No âmbito da tutela individual do sistema processual, a regra é a legitimação ordinária, ou seja, quando o sujeito defende em nome próprio, interesse próprio. A doutrina majoritária entende que a tutela coletiva está relacionada a legitimidade extraordinária, o cidadão não estaria defendendo direito próprio, mas um direito difuso cujo titular seria a coletividade.⁴⁷

⁴⁴ NEVES, *op. cit.*, p. 211.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 211.

⁴⁶ ASSIS, Araken de. Substituição Processual. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: RT, 2003.

⁴⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: RT, 2006.

Tratando-se de um instrumento típico da cidadania, ela somente poderá ser proposta pelo cidadão eleitor, devendo ele estar no pleno gozo de seus direitos políticos. É hipótese restrita e condicionada, pois não são todas as pessoas que podem ajuizar a ação e o indivíduo deve demonstrar de plano a sua condição sob pena de indeferimento da petição inicial, não chegando o seu pedido a ser analisado.⁴⁸ Essa comprovação é feita através da apresentação do título de eleitor ou qualquer documento que a ele corresponda, como é o caso de uma certidão da Justiça Eleitoral.⁴⁹

A legitimidade ativa não é, portanto, atribuída a qualquer pessoa, estando excluídas pessoas jurídicas (Súmula n. 365 do STF), os estrangeiros, os apátridas e aqueles que estiverem com seus direitos políticos suspensos ou perdidos. O fundamento dessa restrição reside no fato de que tendo o cidadão o direito político de escolher o governante, também goza do direito de fiscalizar os seus atos e controlas seus excessos. É um reflexo do dispositivo constitucional que consagra a soberania popular ao afirmar que todo o poder emana do povo. Difere, em muito, de outras ações coletivas, tais como a ação civil pública em que o rol de legitimados é bem mais restrito e previsto taxativamente em sua lei básica.

A capacidade postulatória é um pressuposto de validade processual. A lei exige aptidão técnica especial para a prática de determinados atos processuais, devendo a parte ser auxiliada por advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil. Alguns atos não necessitam da presença de advogado habilitado como é o caso do *habeas corpus* e das ações que tramitam nos juizados especiais cíveis quando o valor da causa não ultrapassar 20 salários mínimos. Surgiram controvérsias acerca da necessidade da parte poder ajuizar ação popular sem a presença de um advogado, vindo o Supremo Tribunal Federal considerá-

⁴⁸ MENDES, *op. cit.*, p. 590.

⁴⁹ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ações constitucionais: ação popular*. 5 ed. São Paulo: JusPodivm, 2011, p.285.

lo indispensável, afastando qualquer entendimento no sentido de que esse instrumento constitucional viesse a fazer parte desse rol privilegiado.⁵⁰

A doutrina diverge quanto a necessidade de assistência ao cidadão menor de 18 anos para a propositura de ação popular. Uma primeira corrente defende que a capacidade eleitoral é distinta da capacidade civil e processual, devendo o eleitor menor ser assistido. Existe uma segunda corrente que defende a possibilidade do seu exercício de maneira independente, pois ele já estaria apto para exercer o direito de voto, sendo esta a mais adequada segundo Geisa de Assis Rodrigues.⁵¹

O art. 12, §1º da CRFB estabelece que aos portugueses serão atribuídos direitos inerentes a brasileiros desde que haja reciprocidade. A ação popular, no entanto, não poderá ser ajuizada por portugueses pela vedação existente na Constituição português, não havendo o preenchimento dos requisitos necessário que é a existência de reciprocidade.⁵²

Como anteriormente visto, a ação popular é um dos corolários do principio da participação popular no controle e fiscalização do exercício da função pública, sendo imperiosa a existência de mecanismos que facilitem o seu efetivo exercício. O texto constitucional, de maneira a viabilizá-lo, consagrou que o autor ficará isento de custas judiciais e ônus de sucumbência, salvo comprovada a má-fé. É inegável que os processos judiciais são muito custosos e exigir do cidadão que ele aplique seus recursos pessoais em uma causa que não lhe traga benefício direto seria tornar o instituto absolutamente inócuo. Nesse sentido, o constituinte originário resolver facilitar-lhe o ajuizamento, mas impôs um limite para que a ação não servisse de instrumento para perseguições pessoais e causadoras de danos a terceiros.

Ao estabelecer os legitimados passivos para a ação popular, o art. 6º da Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965 fixou algo bem amplo, de maneira a abranger o agente que praticou o

⁵⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AO n. 1.531-AgR. rel. Min. Carmen Lucia. *DJ* de 1º.07.2009.

⁵¹ RODRIGUES, *op. cit.*, p. 287.

⁵² LENZA, *op. cit.*, p. 960.

ato bem como os servidores, de qualquer nível, que de algum modo tenham contribuído para a lesão e os terceiros beneficiários diretos do ato lesivo.⁵³ Fixou hipótese de litisconsórcio necessário. O Supremo Tribunal Federal estabeleceu que deverão ser citadas para a ação, obrigatoriamente, as pessoas jurídicas, públicas ou privadas, em nome das quais foi praticado o ato a ser anulado e mais as autoridades, funcionários ou administradores que houveram autorizado, aprovado, ratificado ou praticado pessoalmente o ato ou firmado o contrato impugnado, ou que, por omissos, tiveram dado oportunidade à lesão, como, também, os beneficiários diretos do mesmo ato ou contrato.⁵⁴

Hely Lopes Meirelles,⁵⁵ em sua obra, afirma que podem ser admitidos na relação jurídica processual certos intervenientes passivos desde que tenham legítimo interesse na defesa da causa. Tais interesses seriam observados em situações nas quais funcionários não foram citados para integrar a lide, mas que estão sujeitos as suas consequências se julgada procedente e verificada a culpa no caso. Esses funcionários estariam sujeitos a responsabilização regressiva pelo dano, sendo inegável a necessidade de permitir o seu ingresso como litisconsortes ou assistentes do réu.

A competência para o seu ajuizamento é, em regra, do juízo competente de primeiro grau, ainda que a autoridade goze de foro privilegiado⁵⁶, podendo variar entre a Justiça Estadual e a Justiça Federal a depender se o patrimônio atingido pertencer ou não a determinadas pessoas jurídicas. Uma vez proposta a ação popular, o juízo se torna prevento para as demais ações, ainda que não populares, que forem ajuizadas num momento posterior desde que tenha as mesmas partes e os mesmos fundamentos.

⁵³ CARVALHO FILHO, *op. cit.*, p. 966.

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ACO 772 RR, rel. Min. Carlos Britto, DJ: 26.04.2005.

⁵⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *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*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 142.

⁵⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Ação Popular 01/2005 RJ 2005.028.00001, rel. Desembargador Roberto Wider, DJ: 28.09.2006, Órgão Especial, DJE: 27.10.2006,

Não existem regras de competência, no texto constitucional, em relação à ação popular como é o caso do mandado de segurança, *habeas corpus*, *habeas data* e o mandado de injunção. A prerrogativa de função, atribuída pela CRFB/88 a alguns agentes, ocorre, em regra, nas ações que apresentam natureza penal condenatória, não sendo o caso da ação popular que possui natureza cível. Ampliar essas prerrogativas através de lei⁵⁷ ou adotar qualquer interpretação extensiva seria algo inconstitucional pela ausência de previsão na Carta constitucional nesse sentido, por implicar em supressão de instâncias, violação do devido processo legal e por ferir o princípio da isonomia, tendo em vista que pessoas em situações de igualdade estariam sendo tratadas de forma desigual sem que houvesse algum fundamento razoável que justifique um tratamento nesse sentido.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu o princípio da reserva constitucional de competência originária, ou seja, sua atribuição está explicitada de forma taxativa na CRFB/88, devendo ele se afastar do processo e julgamento de causas cíveis não previstas no texto constitucional e indicar o órgão que repute competente para o julgamento do feito nele ajuizado originariamente.⁵⁸ É possível verificar a competência originária do Supremo Tribunal Federal quando verificadas as hipóteses dos art. 102, I, “f” e “n” da CRFB/88. São hipóteses excepcionais e que encontram respaldo constitucional.

A ação popular deve observar o procedimento especial previsto em sua lei, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil de 1973 de maneira subsidiária. A lei estabelece o prazo comum de 20 dias para a resposta dos réus, podendo ser prorrogado por mais 20 dias desde que requerido pelo interessado e for particularmente difícil a produção de prova documental. Diante da fixação dos prazos, surgiram questionamentos acerca da incidência do art. 188 do Código de Processo Civil de 1973 que estabelece a possibilidade do prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer para a Fazenda Pública. O

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI: 2797/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19.12.2006.

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet. 3.986 AgR/TO, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 25.6.2008, *inf. 312/STF*.

Ministro Luiz Fux, diante do impasse, leciona que a prerrogativa incide sempre que não haja previsão de prazo especial, como, v.g., na ação popular onde a lei pressupõe que a parte passiva seja a Fazenda Pública.⁵⁹

É sabido que a finalidade do supracitado dispositivo é a proteção do interesse público que, em regra, é desempenhada pela Fazenda Pública. Ocorre que a ação popular provoca a inversão desse entendimento, pois é o cidadão que está na defesa do interesse público e a Fazenda Pública, por meio de seus agentes, é quem está causando danos ao patrimônio público. Essa função do cidadão pode verificada na própria lei que estabelece o duplo grau obrigatório nos casos de improcedência do pedido, como será verificado mais a frente.

Diante do papel desempenhado pelo cidadão quando do ajuizamento da ação popular, fica claro a impossibilidade da reconvenção nos procedimentos dessa natureza, tendo em vista que o autor não está pleiteando um direito próprio.

O art. 6º, §3º da Lei n. 4.717, de 29 de jun. de 1965 traz uma previsão curiosa ao possibilitar que a pessoa jurídica não conteste o feito e concorde com ele, assumindo uma posição que atenda melhor ao interesse público. Trata-se da possibilidade da parte ré mudar de lado e atuar ao lado do autor.

Se não houver requerimento de prova testemunhal ou pericial o juiz prolatará sentença no estado dos autos, em 48 horas, após a concessão de prazo de 10 dias para alegações finais das partes.⁶⁰ Se, contudo, houver requerimento de prova testemunhal ou pericial, o rito se definirá como ordinário, e, à semelhança do que ocorre no CPC, deverá ser designada audiência de instrução e julgamento depois de saneado o processo.⁶¹

Ao Ministério Público, segundo o texto constitucional, incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Tal

⁵⁹ FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2004, p. 331.

⁶⁰ DOS PASSOS, *op. cit.*, p. 1.

⁶¹ *Ibidem*, p. 2.

disposição serve como fundamento de validade para sua atuação obrigatória como *custus legis* na ação popular.

O art. 5º, § 4º da Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965 traz a possibilidade de medida liminar em sede de ação popular sempre que presentes os requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*. A liminar deverá ser concedida para evitar um prejuízo maior ao patrimônio público.

Quando do julgamento do mérito, as decisões oriundas das ações populares também fazem coisa julgada, no entanto, ela se opera *secundum eventum litis*, ou seja, se a ação for julgada procedente ou improcedente por ser infundada, produzirá efeito de coisa julgada oponível *erga omnes*.⁶² As decisões de improcedência pautadas na ausência de provas implicarão em coisa julgada formal, sendo possível a qualquer cidadão o ajuizamento de nova ação popular, fundado na mesma causa de pedir, mas balizado em novas provas, não apreciadas pelo juízo. Válido ressaltar que este estará prevento em relação a todos os incidentes relacionados a causa.

Outra peculiaridade nesse procedimento é a existência do duplo grau obrigatório de jurisdição quando a demanda for julgada improcedente. Trata-se de uma previsão legal que busca conferir maior legitimidade e uma análise mais cuidadosa do tema por envolver aspectos relacionados ao patrimônio público. Tal peculiaridade não existe nas hipóteses em que a ação for julgada procedente, caso em que a parte contrária deverá interpor o recurso de apelação e pleitear o seu recebimento no duplo efeito, qual sejam, o efeito devolutivo e o efeito suspensivo.

Uma vez julgada procedente a ação popular, haverá título executivo judicial que poderá ser executado pelo Ministério Público, por qualquer cidadão e as entidades rés. A execução ocorrerá por meio do cumprimento de sentença, sendo aplicável o procedimento a

⁶² LENZA, *op. cit.*, p. 963.

ele inerente. Trata-se de uma fase procedimental, sem haver a necessidade de instauração de uma nova ação judicial. Deve-se levar em consideração que o autor da ação popular é o legitimado para a execução. Caso a inércia dure mais de 60 dias do transito em julgado, o Ministério Público deverá promovê-la dentro de 30 dias.

CONCLUSÃO

Aristóteles sempre afirmou que o homem é um ser político, sendo a consequência lógica disso, portanto, a necessidade de se viver em sociedade. A cooperação entre os semelhantes e a comunhão de conhecimentos permitiram com que o ser humano conseguisse atender as seus anseios com maior facilidade. É despidiendo salientar que em toda sociedade organizada existem aqueles que desempenham a função pública e que esta deve ser exercida em razão do bem comum de toda a coletividade.

É inegável que a ação popular, com todas as peculiaridades que lhe são próprias como consequência da soberania popular, é um instrumento democrático e, atualmente, ainda que abstratamente, constitui um elemento de controle do atuar da Administração Pública. Sofreu algumas mutações desde que ingressou no ordenamento jurídico brasileiro, mas alcançou seu ápice com a CRFB/88, podendo ser utilizada para a proteção de bens materiais e imateriais do patrimônio público.

A legitimidade foi atribuída a qualquer cidadão-eleitor, no entanto, o que se verifica é a sua concentração em determinados segmentos da sociedade como os acadêmicos e os operadores do direito. Qualquer Estado que se considere democrático deve estabelecer no seu corpo normativo mecanismos que possibilitem o controle de suas atividades, órgãos e entidades, no entanto, para que eles sejam dotados de utilidade e eficácia, é preciso que seus legitimados saibam utilizá-lo.

A realidade mostra que o cidadão brasileiro ainda não desenvolveu um grau de consciência política e de cidadania para compreender e se utilizar da ação popular. Dessa maneira, é importante deixar claro que não é suficiente ao Estado criar, de maneira abstrata, determinado instituto, sendo imperioso que o mesmo ensine os legitimados a fazer uso dos mesmos para que a soberania popular não resida somente no campo filosófico.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*. Belo horizonte: Del Rey, 2007.

ARRION, Eduardo Kroeff Machado. *Apontamentos de direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ASSIS, Araken de. Substituição Processual. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: RT, 2003.

BRITO, Álvaro de Azevedo Alves. *A ação popular constitucional brasileira: aspectos históricos, conceito e natureza jurídica*. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10698&revista_caderno=9>. Acesso em 10 set. 2012, 23:45:00.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DOS PASSOS, Anderson Santos. *Comentários práticos sobre os aspectos processuais da ação popular*. Disponível em: < <http://jusvi.com/colunas/32814>>. Acesso em 11 set. 2012, 01:14:00.

FERREIRA, Siddharta Legale. *Estado Social e Democrático de Direito: História, direitos fundamentais e separação dos poderes*. Disponível em: < http://www.cspb.org.br/docs_concursos2009/monografiasiddharta.pdf>. Acesso em 02 abr. 2012, 21:25:00.

FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2004.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: RT, 2002.

LOCK, Fernando do Nascimento. Participação popular no controle da Administração Pública: um estudo exploratório. In: *Revista Eletrônica de Contabilidade Curso de Ciências Contábeis UFSM*. Volume I. N.1 Set-Nov/2004.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular*. 4 ed. São Paulo: RT, 2004.

MAZZEI, Rodrigo Reis. *A ação popular e o microssistema da tutela coletiva, in Luiz Manoel Gomes Junior (Coord.)*. Ação Popular - Aspectos controvertidos e relevantes - 40 anos da Lei 4.717/65. São Paulo: RCS, 2006

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança: ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, argüição de descumprimento de preceito fundamental, o controle incidental de normas no direito brasileiro*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MONTE ALEGRE, Sérgio. Ação Popular não é direito político. *In Revista de Direito Administrativo*. n. 189. P. 123-138. Jul-set, 1992.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações Constitucionais*. São Paulo: Método, 2011.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ações constitucionais: ação popular*. 5 ed. São Paulo: JusPodivm, 2011.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, São Paulo: RT, 2006.