

SONIA APARECIDA LUZ RIBEIRO

**A AÇÃO POPULAR COMO MECANISMO DE EXERCÍCIO
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

MESTRADO EM DIREITO

UNIFIEO - CENTRO UNIVERSITÁRIO FIEO

OSASCO

2006

T

R372a

SONIA APARECIDA LUZ RIBEIRO

**A AÇÃO POPULAR COMO MECANISMO DE EXERCÍCIO
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

MESTRADO EM DIREITO

UNIFIEO - CENTRO UNIVERSITÁRIO FIEO

OSASCO

2006

SONIA APARECIDA LUZ RIBEIRO

**A AÇÃO POPULAR COMO MECANISMO DE EXERCÍCIO
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Dissertação apresentada à banca examinadora do Centro Universitário FIEO - UNIFIEO, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direitos Fundamentais, tendo como área de concentração a “Positivação e Concretização dos Direitos Fundamentais”, dentro do projeto “Colisão e Controle dos Direitos Fundamentais”, inserido na linha de pesquisa “Efetivação Jurisdicional dos Direitos Fundamentais”, sob a orientação do Professor Doutor Antônio Cláudio da Costa Machado.

OSASCO (SP)

2006



CDU T
PHA R 372a

ASS. Yolky

Banca Examinadora

~~_____~~
Sergio Duran

Dedico este trabalho a meus pais, que muito contribuíram para a realização dos meus ideais.

Meus sinceros agradecimentos ao caro Mestre Antônio Cláudio da Costa Machado, que orientou a realização desta Dissertação.

RESUMO

Esta dissertação tem por objetivo o estudo da ação popular como mecanismo de exercício dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. Este remédio processual está previsto na Lei da Ação Popular e foi recepcionado expressamente pela Constituição Federal, no artigo 5º, inciso LXXIII. Nosso objetivo é oferecer uma visão geral sobre este instituto processual e sua importância nos dias de hoje, procurando demonstrar que ele é o mais democrático dos meios constitucionais destinados à defesa do interesse público, tutelando o patrimônio público, a moralidade administrativa, o meio ambiente e o patrimônio histórico e cultural, que são direitos fundamentais previstos em nossa Carta Magna. Com base em pesquisa teórica, com a consulta de jurisprudência e extensa bibliografia, começaremos discorrendo sobre o Estado de Direito e o percurso que a ele levou, bem como falaremos sobre a trajetória dos Direitos Fundamentais. A seguir, analisaremos o surgimento da ação popular e sua evolução no tempo, os principais aspectos do tema, os limites desta figura processual e seus principais problemas: a necessidade de ampliação da legitimidade ativa, a representação processual e o acesso à Justiça. Enfim, demonstraremos que, embora hoje a Lei da Ação Popular demande alterações visando ao equacionamento das questões levantadas, ela constitui efetivamente um instrumento próprio de um Estado Democrático de Direito, aparelhando o cidadão na defesa da sociedade, assegurando o exercício da soberania popular, a participação política e a concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988.

SOMMARIO

La presente tesi ha per oggetto lo studio dell' Azione Popolare come strumento per l'esercizio dei Diritti Fondamentali dei Cittadini nello Stato Democratico di Diritto. Questo rimedio processuale è stato disciplinato nel 1965 dalla Legge dell'Azione Popolare e fu recepito nel 1988 dalla Costituzione Federale, nell'articolo 5°, al numero LXXIII. Il nostro obiettivo è quello di offrire una visione generale rispetto a questo istituto processuale ed alla sua importanza ai giorni d'oggi, cercando di dimostrare che esso è il più democratico dei mezzi costituzionali destinati alla difesa dell'interesse pubblico, tutelando il patrimonio pubblico, la moralità amministrativa, il mezzo ambiente ed il patrimonio storico e culturale, che sono Diritti Fondamentali previsti nella nostra Carta Costituzionale. Basati su accurate ricerche teoriche, giurisprudenziali e bibliografiche, inizieremo discorrendo sullo Stato di Diritto e gli antecedenti che lo precedettero nonché sulla traiettoria dei Diritti Fondamentali. Analizzeremo qui di seguito le origini dell'Azione Popolare e la sua evoluzione lungo il tempo, gli aspetti principali del tema, i limiti di questa figura processuale ed i suoi principali problemi: la necessità di ampliare la legittimazione attiva, la rappresentazione processuale e l'accesso alla Giustizia. Infine, dimostreremo che, nonostante oggigiorno la Legge dell'Azione Popolare richieda modificazioni per l'affrontamento delle questioni qui sollevate, essa costituisce effettivamente uno strumento proprio dello Stato Democratico di Diritto, apparecchiando il cittadino alla difesa della società, assicurando l'esercizio della sovranità popolare, la partecipazione politica e la concretizzazione dei Diritti Fondamentali previsti nella Costituzione del 1988.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	01
1. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	07
1.1 O Estado de Direito.....	07
1.2 O Estado Social de Direito.....	18
1.3 O Estado Democrático de Direito.....	26
2. DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	38
2.1 O conceito de Direitos Fundamentais.....	39
2.2 Os Direitos Fundamentais de Primeira Geração.....	49
2.3 Os Direitos Fundamentais de Segunda Geração.....	57
2.4 Os Direitos Fundamentais de Terceira Geração.....	64
2.5 Os Direitos Fundamentais de Quarta Geração.....	67
2.6 Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1988.....	69
3. A AÇÃO POPULAR.....	73
3.1 Histórico.....	74
3.2 Conceito.....	81
3.3 Legalidade, Lesividade e Moralidade.....	86
3.4 Ação Popular X Mandado de Segurança.....	95
3.5 Ação Popular X Ação Civil Pública.....	98
3.6 Ação Popular X Ação de Improbidade Administrativa.....	101
3.7 Legitimidade.....	108
3.7.1 Legitimação Ordinária X Extraordinária.....	108
3.7.2 Legitimidade ativa.....	112
3.7.3 Legitimidade passiva.....	124
3.8 Casuística.....	125
3.9 Ministério Público.....	131

3.10 Procedimento.....	137
3.10.1 Leis aplicáveis.....	137
3.10.2 Prazo para ajuizamento da ação.....	138
3.10.3 Competência.....	139
3.10.4 Da citação.....	142
3.10.5 Litisconsórcio.....	145
3.10.6 Requisitos da petição inicial.....	147
3.10.7 Da Concessão ou Denegação da Liminar	150
3.10.8 Rito.....	154
3.11 Da sentença.....	159
3.12 Dos recursos.....	164
3.13 Da coisa julgada.....	169
3.14 Da execução.....	172
4. A AÇÃO POPULAR COMO MECANISMO DE EXERCÍCIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	176
CONCLUSÃO.....	187
BIBLIOGRAFIA.....	194
ANEXO - LEI DA AÇÃO POPULAR.....	208

INTRODUÇÃO

O espírito norteador deste trabalho está muito bem expresso na seguinte afirmação de Jorge Miranda:

Não basta enumerar, definir, explicitar, assegurar só por si direitos fundamentais; é necessário que a organização do poder político e toda a organização constitucional estejam orientadas para a sua garantia e a sua promoção. Assim como não basta afirmar o princípio democrático e procurar a coincidência entre a vontade política do Estado e a vontade popular, em qualquer momento; é necessário estabelecer um quadro institucional em que esta vontade se forme em liberdade e em que cada cidadão tenha a segurança da previsibilidade do futuro.¹

O objeto do nosso estudo, a ação popular, vem a ser justamente um mecanismo de exercício dos direitos fundamentais no Brasil, hoje um Estado Democrático de Direito.

É certo que o Direito deve ser um instrumento de efetivação da dignidade humana.

A Constituição Brasileira de 1988 representou um avanço incomensurável quanto à garantia dos direitos iminentes à pessoa humana, direitos esses considerados em toda a sua integralidade. Já no artigo 1º, estabelece o respeito ao princípio da dignidade humana como um dos

¹ Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, p. 177.

pilares do nosso ordenamento jurídico. Podemos afirmar que nossa Carta Magna é resultado da luta pela construção de um Estado Democrático de Direito, no qual os direitos fundamentais sejam respeitados.

No decorrer dessa batalha, muitos tombaram pelo caminho, nos porões da ditadura ou mesmo no combate armado; a imprensa foi censurada durante anos no regime militar instalado após o ano de 1964, mas a guerra valeu a pena, porque foram resguardados os direitos dos cidadãos brasileiros.

De acordo com Sepúlveda Pertence:

É patente a preocupação da Constituição brasileira, acentuada no texto de 1988, mas quase uma constante do constitucionalismo brasileiro, em dimensões sem paralelo no direito comparado, com a garantia da jurisdição e do processo como técnica da efetivação dos direitos.²

Já José Afonso da Silva diz que:

O equilíbrio entre o poder e a cidadania só se realiza efetivamente num Estado Democrático de Direito em que se amplie, por todas as formas possíveis, a participação do povo no poder. Onde essa participação é ampla, o Estado se integra na sociedade civil, de sorte que os conflitos poder-povo são resolvidos dialeticamente. Um tal regime há que incorporar, além do mais, as novas manifestações dos direitos do Homem, conforme será enunciado em seguida, harmonizando-se com as

² José Sepúlveda Pertence, *Dos Instrumentos de garantias de direitos*, p. 47.

declarações internacionais dos direitos humanos, de que o Brasil é signatário.³

Ingo Wolfgang Sarlett, por sua vez, assevera o seguinte:

a Constituição, a despeito de seu caráter compromissário, confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais...⁴

Esta dissertação tem por objetivo o estudo de uma das manifestações da soberania popular em nosso país: a ação popular como mecanismo de exercício dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, já que, a nosso ver, é o mais democrático dos instrumentos processuais constitucionais destinados a defender o interesse público e, conseqüentemente, a garantir a efetivação dos direitos fundamentais constantes da Carta de 1988. Por via direta, é uma garantia constitucional quanto aos direitos fundamentais de terceira geração, ou seja, o meio ambiente e o patrimônio histórico, artístico, estético e turístico. Por via indireta, ao resguardar o Erário público e a moralidade administrativa, propicia a efetivação dos direitos fundamentais de segunda geração, como saúde, educação, trabalho, segurança pública, lazer, previdência social etc.

Além de ser um instrumento processual destinado à garantia dos direitos fundamentais, a ação popular também é uma forma de participação

³ José Afonso da Silva, *Poder Constituinte e Poder Popular*, p. 20.

⁴ Ingo Wolfgang Sarlett, *Dos Princípios Constitucionais*, p. 221.

política, permitindo a qualquer cidadão zelar pela boa condução da administração pública.

Carlos Roberto Siqueira Castro vai mais longe, dando a real importância da ação popular ao dizer que o Constituinte de 1988 fez “do instituto em exame um dos esteios do horizonte de salvaguarda da *res publica* que a redemocratização descortinou para o nosso país.”⁵

A Lei n.4.717/65, que regulamenta a ação popular, foi a primeira lei a tratar de questões relativas a direitos fundamentais, na medida em que, em seu artigo 1º, parágrafo primeiro, conceitua como patrimônio público tanto os bens de valor econômico como aqueles de valor histórico, artístico, estético e turístico, estes últimos direitos fundamentais de terceira geração, como aqui oportunamente será visto.

Resumidamente falando, a ação popular é uma ação de natureza constitucional, que permite a qualquer cidadão invalidar ato comissivo ou omissivo que seja lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ou seja, o único requisito de natureza subjetiva da ação popular é ser cidadão. Este instituto processual já estava previsto e regulamentado na Lei n. 4.717/65, mas foi expressamente recepcionado pelo texto constitucional no artigo 5º, inciso LXXIII, que ampliou sobremaneira o objeto da ação

⁵ Carlos Roberto Siqueira Castro, *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*, p. 754.

popular, passando a proteger também o meio ambiente e a moralidade administrativa.

Esta análise não tem a pretensão de esgotar o assunto, vez que ele é extremamente amplo, mas oferecer uma visão geral sobre este importante meio de garantia dos Direitos Fundamentais e sua importância no Estado Democrático de Direito.

Com base em pesquisa teórica, pretendemos analisar o surgimento desta figura processual nos moldes como hoje está prevista em nosso país, os principais aspectos do tema, os limites deste instituto e seus problemas. Falaremos também de Direitos Fundamentais e do Estado Democrático de Direito, temas umbilicalmente ligados à ação popular. Procuraremos demonstrar que este instrumento processual confere ao cidadão brasileiro o poder de fiscalizar o poder público e seus agentes, zelando para que a Administração Pública cumpra o princípio da moralidade administrativa, ao mesmo tempo em que atua como mecanismo de exercício de outros direitos fundamentais previstos na Carta de 1988, ou seja, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito de ver resguardados o patrimônio público e o patrimônio histórico e cultural. Por patrimônio público, nos termos da Lei Popular, entende-se também o patrimônio artístico, turístico e estético. Mostraremos ainda que a ação popular é um

instrumento processual próprio de um Estado Democrático de Direito, como o Brasil hoje.

Ao final, esperamos deixar claro que a ação popular, sendo um mecanismo de proteção ao patrimônio público, patrimônio aqui entendido em seu mais amplo sentido, instrumentaliza o cidadão na defesa não somente de seus direitos, mas de toda a sociedade, constituindo-se em uma garantia da efetividade dos direitos fundamentais encartados na Constituição Federal.

Começaremos pela abordagem do Estado Democrático de Direito, sistema previsto no artigo 1º, da Carta Magna de 1988.

1. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado Democrático de Direito não é um estamento que aparece do nada, mas é decorrente de uma construção histórica, tortuosa e longa, fruto da luta humana por direitos, entre os quais a ação popular está inserida. E já que na História nenhuma forma de governo nasce de forma repentina, aleatoriamente, mas sim como resultado de uma sucessão de fatos, idéias e, muitas vezes, sérios embates, começaremos falando do Estado de Direito.

Mostraremos que o Estado de Direito resultou de um processo histórico complexo, que tem seu ápice no século XVIII como reação ao absolutismo. Será fornecido o arsenal teórico que permitirá entender como chegamos hoje, no Brasil, ao conceito de Estado Democrático de Direito constante na Constituição Brasileira, no qual a ação popular está inserida como um instrumento processual realizador de direitos fundamentais.

1.1 O Estado de Direito

O Estado de Direito não é uma concepção de Estado que possa ser imposta unilateralmente, mas sim uma forma de Estado construída

progressivamente ao longo da história do homem. Em princípio pressupõe uma forma de organização jurídica e política em que paulatinamente se foi sedimentando um determinado modelo jurídico, político, cultural e econômico. É um paradigma da cultura ocidental que, apesar de todos os avanços democráticos, já produziu figuras como Hitler, Mussolini e Franco no século XX.

Como já dito, o Estado de Direito surgiu como uma reação ao absolutismo, regime de governo predominante na Europa do século XV ao século XVIII, em que os interesses da realeza eram os determinantes e não havia limites jurídicos à vontade do rei.

No Estado de Direito, os direitos e liberdades dos cidadãos passaram a ser o elemento central do Estado, em contraponto ao Estado absolutista, que

havia sido concebido como forma suprema de organização, com a tendência, historicamente observável, de se apresentar como poder absoluto – portador da *summa potestas* -, como poder que não reconhecia limites jurídicos e políticos nem a existência de um poder superior a si.⁶

Bruno Galindo, a respeito do Estado de Direito fala que:

Foi a partir das teorias desenvolvidas pelos pensadores iluministas que surgiram a contestação e a crítica ao absolutismo, e a conseqüente defesa de um tipo de Estado

⁶ Wilson Steinmetz, *A vinculação dos particulares a Direitos fundamentais*, p. 66.

diferente que tivesse seus poderes limitados e pudesse garantir o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, sendo esta limitação do poder estatal concebida a partir da idéia de separação de poderes, para alguns considerada como o primeiro requisito para a proteção desses direitos.⁷

Coloca Locke, Rousseau, Montesquieu e Kant como os principais pensadores iluministas defensores destas idéias.

Montesquieu é o filósofo político formulador da teoria da separação dos poderes. Entendia que o ser humano tende ao despotismo, por possuir uma tendência natural de abusar de qualquer parcela de poder que lhe seja conferida. Para prevenir isso, Montesquieu pregava que a autoridade do governo deveria ser dividida entre os poderes legislativo, executivo e judiciário, e que qualquer um desses poderes deveria ser capacitado a agir como um freio contra os outros dois.⁸

Trata-se aqui do clássico princípio de Montesquieu de que “o poder limita o poder”, sendo preconizado o sistema de “freios e contrapesos”, para que nenhum dos poderes aja de forma absoluta. A teoria das atribuições não deixa que a teoria do poder passe a ser soberana, sobre a teoria do dever. Um poder fiscaliza o outro, impedindo abusos.⁹

⁷ Bruno Galindo, *Direitos Fundamentais. Análise de sua Concretização Constitucional*, p. 36.

⁸ Edward McNall Burns, *História da Civilização Ocidental*, v.II, p. 600.

⁹ Alcebíades da Silva Minhoto Júnior, *Teoria e Prática da Ação Popular Constitucional*, p.13-14.

Falando sobre o Iluminismo, o historiador Edward McNall Burns diz que "Poucos movimentos históricos tiveram efeitos tão profundos no sentido de moldar o pensamento dos homens e de orientar o curso de suas ações." ¹⁰ Em seguida, observa que o Iluminismo fundamentalmente postulava que a razão é o único guia infalível da sabedoria; o universo é uma máquina governada por leis inflexíveis que o homem não pode desprezar; a melhor estrutura da sociedade é a mais simples e a mais natural e que não existe pecado original, não sendo o homem congenitamente depravado.

Os iluministas franceses questionavam a divisão da sociedade em "estados" ou "ordens", que privilegiava a aristocracia em detrimento da burguesia e do povo em geral. No campo da política criticavam a teoria do "direito divino" e da "soberania absoluta" dos governantes, defendendo a idéia de que o Estado e o poder monárquico eram resultado, não da vontade pessoal, mas de um contrato entre governantes e governados.

O pensamento formulado pelos iluministas levou à concepção de que o poder decorre da vontade dos homens e tem um estatuto fixado por eles, estatuto que se impõe perante os governantes visando à paz, para Hobbes, e à garantia dos direitos naturais, para Locke e Rousseau. Passa a prevalecer a concepção de que o homem é titular de direitos anteriores à própria

¹⁰ Edward McNall Burns, *História da Civilização Ocidental*, v.I, p. 549.

formação do Estado e que a ele deve ser assegurada proteção quanto ao trinômio vida, liberdade e propriedade, ideais caros à Revolução Francesa.

O Estado de Direito, na visão de Carlos Alberto Cavalheiro, foi resultado da luta pela concretização e materialização de um ideal de liberdade e igualdade, “por meio do qual busca a burguesia emergente (século XVII) a construção de uma ordem jurídica que possa assegurar um conjunto de direitos fundamentais.”¹¹

Para José Afonso da Silva, o Estado de Direito era um conceito tipicamente liberal, constituindo uma das garantias das constituições liberais burguesas, tendo como objetivo primordial a observância do princípio da legalidade: toda atividade estatal deveria submeter-se à lei.¹²

O Estado de Direito é um Estado, portanto, cujas atividades são pautadas pelo direito.

Cuidando do Estado de Direito, Caio Tácito assevera que:

A história das liberdades públicas tem suas raízes na luta contra o absolutismo e a conseqüente afirmação de direitos oponíveis ao Poder. A primeira marca dessa limitação da autoridade absoluta se imprime na Magna Carta (1215), que vai ser confirmada na Carta de Henrique III (1225).¹³

¹¹ Carlos Alberto Cavalheiro, *Revista de Direito Social*, n.5, p. 12.

¹² José Afonso da Silva, *Revista Forense*, n.305, p. 45.

¹³ Caio Tácito, *Revista de Direito Administrativo*, n.178, p. 1.

Logo adiante, na mesma página, Caio Tácito diz também que é nas terras do Novo Mundo, nos Estados Unidos da América, que as idéias libertárias irão florescer e repercutir na Revolução Francesa. Fala mais:

O Estado de Direito se consolida como o princípio da supremacia da lei, oposto ao arbítrio da autoridade, fazendo nascer o conceito de direitos públicos subjetivos oponíveis ao Estado, que se deve submeter às leis que ele próprio estabelece.¹⁴

A leitura da Declaração de Direitos do Estado de Virgínia, de 12 de junho de 1776, mostra que Caio Tácito tem razão, pois, entre outras disposições, estabelecia que, por natureza, todos os homens são igualmente livres e independentes e têm certos direitos inerentes, tais como o de desfrutar a vida e a liberdade com os meios para adquirir e possuir propriedades, a busca da felicidade e da segurança; que toda a autoridade está baseada no povo e é derivada dele mesmo; que o governo está, ou deve estar, instituído para a segurança, a proteção e o benefício comum do povo; que a melhor forma de governo é aquela que propicia mais segurança e felicidade e a que oferece melhores meios de resguardo de uma má administração.¹⁵

¹⁴ Ibidem, p. 1.

¹⁵ Rogério Gesta Leal, *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*, p. 38.

Assim, dos Estados Unidos veio o conceito de poder constituinte do povo, ou seja, do povo elaborar uma constituição da qual constassem os esquemas essenciais do governo e respectivos limites.

Da Inglaterra, com a *rule of law*, adveio a regra do direito (ou princípio da legalidade), implicando a idéia da obrigatoriedade da adoção de um processo justo, legalmente regulado quando se trata de julgar e punir os cidadãos; a prevalência das leis e costumes do país perante a discricionariedade do poder real, que deve ser definido, limitado e controlado; a sujeição de todos os atos do poder executivo à soberania dos representantes do povo e o acesso de qualquer do povo aos tribunais, quando necessária a defesa dos direitos segundo os princípios do direito comum e perante qualquer entidade (pública ou privada).

Jorge Miranda observa que:

Com a expressão *rule of law* designam-se os princípios, as instituições e os processos que a tradição e a experiência dos juristas e dos tribunais mostraram ser essenciais para a salvaguarda da dignidade das pessoas frente ao Estado, à luz da idéia de que o Direito deve dar aos indivíduos a necessária protecção contra qualquer exercício arbitrário do poder.¹⁶

Da França veio o entendimento de que não há Estado de Direito onde não houver uma constituição feita pela nação, tampouco onde não haja uma

¹⁶ Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo I, p. 130.

declaração ou catálogo de direitos e uma organização do poder político segundo o princípio da divisão de poderes.

De acordo com Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo Santos, é com o advento da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, durante a primeira fase da Revolução Francesa, que restou consagrado “de forma positiva o elenco de direitos individuais, tais como a liberdade, a igualdade, a propriedade (tutelados tais valores de acordo com as sucessivas visões históricas e realidades cambiantes)...”¹⁷

As principais características do Estado de Direito, conforme José Afonso da Silva, são:

(a) submissão ao império da lei, que era a nota primária de seu conceito, sendo a lei considerada como ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto de representantes do povo, mas do povo-cidadão; (b) divisão de poderes, que separe de forma independente e harmônica os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, como técnica que assegure a produção das leis ao primeiro e a independência e imparcialidade do último em face dos demais e das pressões dos poderosos particulares; (c) enunciado e garantia dos direitos individuais. Essas exigências continuam a ser postulados básicos do Estado de Direito, que configura uma grande conquista da civilização liberal.¹⁸

¹⁷ Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo Santos, *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, p. 57.

¹⁸ José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 116/7.

Portanto, em substituição ao antigo regime (Estado absolutista, despótico), instaurou-se o Estado de Direito. A caracterização das estruturas e relações do poder estatal sob a forma de Estado de Direito é efetuada com a indicação dos seguintes traços: a submissão da atividade estatal ao império da lei (Princípio da Legalidade); a adoção da técnica de divisão dos poderes do Estado proposta por Montesquieu e a declaração e garantia dos direitos individuais, pois liberdade e igualdade são valores fundamentais contra o Estado absolutista. A limitação dos poderes do Estado é possibilitada com a adoção de mecanismos constitucionais, entre os quais os direitos fundamentais e a separação dos poderes. O primeiro dos pilares do Estado de Direito é o princípio da legalidade.¹⁹

Segundo Carlos Alberto Cavalheiro, a Constituição passa a ser reconhecida como documento jurídico, que engloba no seu conjunto as supremas normas da comunidade, submetendo governantes e governados ao seu império, constituindo-se no limite jurídico do poder.²⁰

O Estado de Direito é, assim, resultado da transformação social, política e cultural, decorrente de profundas alterações no campo econômico e de grande repercussão no mundo jurídico, de capital importância para a compreensão da história das sociedades ocidentais, transformação essa ocorrida em fins do século XVIII. Ela tem por fato histórico emblemático e

¹⁹ Elival da Silva Ramos, *A Ação Popular como instrumento de participação política*, p. 50.

²⁰ Carlos Alberto Cavalheiro, *Revista de Direito Social*, p. 15.

decisivo a Revolução Francesa de 1789: é o fim das monarquias absolutistas, cujo poder tinha por fundamento a vontade divina, com a ascensão da burguesia ao comando do Estado, sob a justificativa da fonte popular do Poder Político. A respeito do assunto, Jane Reis Gonçalves Pereira assegura que:

De fato, a concepção jurídica instaurada pela Revolução de 1789 promoveu uma mudança estrutural tanto na ordem política como nas relações sociais. Não só o sistema político foi transformado, mas toda a arquitetura social foi redesenhada: suprimiram-se as prerrogativas corporativas, clericais e nobiliárquicas, alterando-se radicalmente a forma como os indivíduos relacionavam-se entre si.²¹

Muito embora a Revolução Francesa tenha sido o grande marco dos Direitos fundamentais e do Estado de direito, a Revolução Gloriosa inglesa (1688), seguida do *Bill of Rights* (1689) e a independência das colônias americanas, acompanhada da Constituição dos Estados Unidos da América (1787) e o *Bill of Rights* (1789) têm a mesma importância, constituindo-se, todos juntos, fatores determinantes na construção do Estado de Direito.

Em relação ao Estado de Direito, Wilson Steinmetz, preceitua que:

Ele é uma construção do direito público alemão do século XIX. Com o conceito de *Rechtsstaat*, descrevia-se o Estado típico da Europa continental do século XIX. O *Rechtsstaat* (“Estado sob o regime de direito”) distingue-se e se opõe ao *Machstaat* (“Estado sob o regime da força”), Estado absoluto do século

²¹ Jane Reis Gonçalves Pereira, *A Nova Interpretação Constitucional*, p. 125.

XVII, e ao Polizeistaat (“Estado sob o regime da Polícia”), estado do despotismo ilustrado e paternalista típico do século XVIII.²²

Dentre os direitos individuais fundamentais reconhecidos no Estado de Direito, encontram-se a liberdade e a igualdade. Com relação à liberdade, sua afirmação categórica encontra lugar no âmbito das relações econômicas: os cidadãos são livres para estipular entre si as condições e bases das relações de trabalho, produção, distribuição e consumo de bens, sem qualquer interferência do Estado, que não deve se imiscuir na seara das relações privadas. A liberdade é, dessa forma, a liberdade de produzir, de trabalhar, de consumir. Em síntese: a liberdade afirmada no Estado de Direito é a liberdade econômica. A igualdade, por sua vez, é a igualdade formal, jurídica, abstrata. Todos são iguais e livres, podendo assim os cidadãos atuarem na sociedade civil, esfera das relações privadas, em condições de igualdade, sem que o Estado possa, ao legislar, criar distinções entre os indivíduos, vez que é da essência da lei a generalidade.

Tais concepções de liberdade e igualdade têm por fundamento a doutrina do liberalismo, político e econômico. O Estado preconizado pelos liberais é o Estado que deve pautar sua atuação pela neutralidade na seara econômica. Visto que os cidadãos são livres e iguais e que tais direitos devem ser reconhecidos e assegurados pelo Estado, tem-se por

²² Wilson Steinmetz, *A vinculação dos particulares a Direitos Fundamentais*, p. 71/2.

conseqüência que ele não pode interferir nas relações intersubjetivas próprias da sociedade civil, ou seja, na órbita das relações privadas.

Ao Estado de Direito corresponde a primeira geração de Direitos Fundamentais, consubstanciada nos ideais da Revolução Francesa: vida, liberdade e igualdade. Será estudada neste trabalho mais adiante.

As premissas do Estado de Direito serão superadas a partir do início do século XX com a doutrina do Estado Social de Direito, onde há o reconhecimento de que as teorias econômicas vigentes não estavam exatamente certas e que a mão invisível do mercado, como prelecionava o economista Adam Smith,²³ não era suficiente para que as relações de produção e a lógica do capital criassem um desenvolvimento social harmônico e pacífico, sem distâncias abissais entre a classe trabalhadora e a classe capitalista.

1.2 O Estado Social de Direito

Historicamente, a teoria do Estado Social de Direito ocupou o espaço aberto com a superação do Estado Liberal de Direito. Caio Tácito ensina que: “O Estado é chamado a dirimir conflitos entre as forças do capital e do trabalho, bem como a conter os excessos do liberalismo e da propriedade

²³ Edward McNall Burns, *História da Civilização Ocidental*, V.II, p. 605.

privada, submetendo-os aos princípios do bem comum e da justiça social.”

24

Juridicamente falando, o Estado Social de Direito inicia e promove o processo de positivação das chamadas normas programáticas, ou seja, as definições e conceituações acerca das finalidades institucionais e precípua do Estado que passaram, progressivamente, por um processo de absorção pelas Constituições. Com isso, discussões, ponderações, conceituações, metas, formulações, objetivos e interesses de longo prazo do Estado começaram lentamente a migrar do campo político, da Ciência Política e da Teoria Política para dentro do Direito, alcançando um estágio doutrinário bem específico no campo do Direito Constitucional.

Heloisa Helena Nascimento Rocha diz que enquanto “no paradigma do Estado Liberal, a partir de uma perspectiva de separação profunda entre a esfera privada e a esfera pública política, os direitos fundamentais são interpretados como uma garantia de não ingerência do Estado na esfera social, permitindo que cada indivíduo busque por si só a felicidade.”, o que gerou profundas diferenças sociais, “No paradigma do Estado Social ocorre uma profunda transformação da concepção do Direito que passa a ser

²⁴ Caio Tácito, *Revista de Direito Administrativo*, n.178, p. 2.

instrumento de distribuição da riqueza e de bem-estar, compensando as desigualdades sociais.”²⁵

Dentre os fatores apontados como ensejadores do abandono da concepção liberal de Estado destaca-se a luta dos trabalhadores, particularmente no continente europeu, por condições dignas de vida, tudo motivado pela Revolução Industrial na Inglaterra no início do século XIX.

Rogério Gesta Leal afirma que:

A concentração de renda e dos meios de produção nas mãos de uma parcela ínfima da sociedade, revela uma divisão de classes indisfarçável, explicitando o fato de que a maior parte dela se vê alijada e desamparada por um estado absenteísta, nos moldes da filosofia liberal clássica e do liberalismo.²⁶

Há uma grande disparidade de renda entre a burguesia ascendente e a classe trabalhadora, que toma consciência dessa crescente desigualdade social, exigindo a interferência do Estado na esfera econômica, via legislação disciplinadora das relações de trabalho, bem como a prestação, pelo ente estatal, de serviços na área da saúde, educação, habitação, assistência social etc. Exige-se do Estado uma conduta positiva, ao contrário do Estado Liberal, onde se buscava a não interferência do Governo.

²⁵ Heloisa Helena Nascimento Rocha, *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*, p. 233.

²⁶ Rogério Gesta Leal, *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*, p. 39.

As manifestações políticas e teóricas espalharam-se pela Europa, tendo como agentes a classe proletária, levada principalmente pela crítica formulada pelo pensamento socialista às relações de produção e apropriação do resultado do trabalho humano, típicas do regime capitalista. Há um crescente clamor dos trabalhadores e dos sindicatos contra a excessiva exploração do trabalho por parte dos donos do capital. Os movimentos reivindicatórios espalharam-se pelo mundo, embalados pela filosofia de Karl Marx e Friedrich Engels, como veremos melhor quando tratarmos dos direitos fundamentais de segunda geração.

José Afonso da Silva diz que:

O individualismo e o abstencionismo ou neutralismo do Estado liberal provocaram imensas injustiças, e os movimentos sociais do século passado e deste especialmente, desvelando a insuficiência das liberdades burguesas, permitiram que se tivesse consciência da necessidade de justiça social.²⁷

A concepção de Estado Social de Direito é uma doutrina que visa ao bem estar geral, visando à superação das injustiças sociais e ao desenvolvimento da pessoa humana, em contraposição ao individualismo reinante no Estado Liberal. Busca-se a superação da igualdade formal, para chegar à igualdade material. Em termos de Direitos Fundamentais, corresponde à segunda geração de direitos, os direitos sociais.

²⁷ José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 119.

No Direito Constitucional comparado são apontadas as Constituições do México (1917), de Weimar (1926) e a Carta de Bonn (1949), as duas últimas da Alemanha, como as primeiras a elencar uma nova modalidade de direitos, os direitos sociais, em um capítulo relativo à ordem econômica e social. Entretanto, Manoel Gonçalves Ferreira Filho coloca a Declaração francesa de 1848 como um marco dos direitos sociais, ao reconhecer o direito ao trabalho.²⁸

Ilustrativamente, a Constituição elaborada em Weimar, Alemanha, na parte II, trata dos direitos e deveres fundamentais dos alemães: na primeira parte, cuida-se do indivíduo; na segunda, da vida social; na terceira, da religião e sociedades religiosas; na quarta, da instrução e estabelecimentos de ensino e na quinta, da vida econômica.

Entre nós, a Constituição de 1824 foi marcada pelo apego à concepção individualista dos direitos fundamentais.²⁹ Já a de 1891 constituiu notável avanço, contendo uma “Declaração de Direitos”, com o abrandamento das penas criminais, suprimindo-se as penas de galés, de banimento judicial e de morte e a introdução, no texto constitucional, do *Habeas Corpus*.³⁰

²⁸ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 247.

²⁹ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de Direito Constitucional*, p. 86.

³⁰ Celso Ribeiro Bastos, *Curso de Direito Constitucional*, p. 60.

A atuação do Poder Público, no Estado Social, visa à realização da igualdade material entre os cidadãos. Nesse sentido, ensina Paulo Bonavides que “o centro medular do Estado Social e de todos os direitos de sua ordem jurídica é indubitavelmente o princípio da igualdade”.³¹

Sinteticamente, podemos caracterizar o Estado Social apontando os seguintes traços:

- a) assim como no Estado de Direito Liberal, a atuação estatal encontra-se submetida ao princípio da legalidade; o poder é exercido por órgãos com atribuições típicas (divisão funcional do poder) e aos cidadãos são assegurados direitos individuais fundamentais. O Estado Social de Direito deve pautar-se pela observância do princípio da legalidade por parte de seus agentes;
- b) por outro lado, ao contrário do Estado Liberal, o Estado Social interfere na atividade econômica, disciplinando-a via legislação, ou atuando diretamente em face de interesse público relevante ou em razão de imperativos da segurança nacional (intervencionismo estatal). O Estado Social de Direito deve ter como objetivo a realização de uma democracia econômica,

³¹ Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, p. 340.

social e cultural e deverá manter firme o princípio da subordinação do poder econômico ao poder político;

- c) a igualdade e a liberdade assumem caráter de direitos materiais, que devem ser concretizados no plano social. Pelo princípio da igualdade, todos devem ser tratados com igual respeito e consideração; devem igualmente ter acesso a bens e oportunidades, direito a competências e possibilidades de expressão política; e ter igualmente direitos e deveres. As minorias devem ser protegidas.
- d) assume o Estado Social a responsabilidade de assegurar os direitos sociais de modo a realizar o bem-estar social. Há que se promover a inclusão social, já que a idéia de exclusão afasta a idéia de um Estado Social de Direito. Procura-se superar as profundas desigualdades sociais que se desenvolveram no Estado de Direito Liberal.

A doutrina do Estado Social não é pacífica, vez que nem sempre teve conteúdo democrático. Questiona-se desde a propriedade da expressão “Estado Social” ou “Estado Social de Direito”, até o caráter e os verdadeiros objetivos e ideologia a que serve a teoria do Estado Social. Para uns, trata-se de uma formulação revolucionária cuja aplicação resultaria em alteração do *status quo*, com a supressão do sistema

capitalista e conseqüente instituição do regime socialista; para outros, não passaria de um paliativo destinado a amenizar as condições sociais do sistema vigente; outros ainda entendem ser fórmula apta, mantida no sistema econômico, a tornar concretos os direitos de igualdade e liberdade.

A observação a ser feita é que no Estado Social não se fala em soberania popular, na presença do povo na vontade estatal ou em participação popular nas questões de Estado. Ele nem sempre tem conteúdo democrático e não foi capaz de assegurar a justiça social. Não se pode esquecer que os ideais de Karl Marx levaram à Rússia de Stalin e à Cuba de Fidel Castro, entre outros tantos regimes totalitários baseados no marxismo.

Jorge Miranda, referindo-se aos sistemas constitucionais de matriz soviética, assevera que:

... o corte antropofágico que a teoria socialista operou em relação à teoria tradicional de direitos do homem conduziu às suas deficiências principais: 1) funcionalização extrema de direitos fundamentais e minimização de uma irredutível dimensão subjectiva; 2) tendencial redução dos direitos à existência de condições materiais, econômicas e sociais, com manifesto desprezo das garantias jurídicas.³²

O tempo encarregou-se de mostrar a superação desses conceitos e levou ao desenvolvimento da idéia de um Estado Democrático de Direito, que é a forma de governo estabelecida na Constituição Brasileira, e no qual

³² Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, p. 191.

a ação popular está inserida como um mecanismo de efetivação dos direitos fundamentais. E não podemos falar em Direitos Fundamentais sem falar em Estado Democrático de Direito e vice-versa.

Passaremos então ao estudo do Estado Democrático de Direito, dando-se ênfase a esta forma de governo entre nós, já que o objeto do nosso estudo é a ação popular no ordenamento processual constitucional brasileiro e a atuação dela no Estado Democrático de Direito, como mecanismo de exercício dos direitos fundamentais.

1.3 O Estado Democrático de Direito

Como reza a Constituição, já em seu pórtico, o Brasil constitui-se num Estado Democrático de Direito.

A Carta Magna de 1.988 indica os princípios e valores eleitos a serem seguidos, os fundamentos e objetivos fundamentais, fixando os contornos do Estado Democrático de Direito. E a ação popular está encartada no texto constitucional, como parte dos mecanismos garantidores do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais, na medida em que é um meio processual de proteção ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Aqui, ao discutir-se Estado Democrático de Direito, muito se falará em direitos e garantias fundamentais, o que torna necessário uma breve distinção entre as duas palavras. Os direitos são disposições meramente declaratórias, que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, enquanto garantias são disposições assecuratórias, que limitam o poder, em defesa dos direitos.³³ Manoel Gonçalves Ferreira Filho situa a ação popular como uma garantia instrumental, destinando-se à proteção dos direitos fundamentais.³⁴ Outros exemplos de garantia são o mandado de segurança, que protege direito líquido e certo; o *habeas corpus*, que protege o direito de liberdade e o *habeas data*, que tem por objeto a proteção do direito líquido e certo do impetrante em conhecer todas as informações e registros relativos à sua pessoa, constantes em repartições públicas ou particulares acessíveis ao público, para eventual retificação de seus dados pessoais.

Flávia Piovesan leciona que:

“A Constituição de 1988 demarca, no âmbito jurídico, o processo de democratização do Estado brasileiro, ao consolidar a ruptura com o regime autoritário militar instalado em 1964.”³⁵

Um pouco mais adiante, coloca que a Carta de 1988 “introduz indiscutível avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos

³³ Alexandre de Moraes, *Direito Constitucional*, p. 58.

³⁴ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Direitos Humanos Fundamentais*, p. 33.

³⁵ Flávia Piovesan, *A Proteção dos Direitos Humanos no Sistema Constitucional Brasileiro*, p. 83.

fundamentais e na proteção de setores vulneráveis da sociedade brasileira.”³⁶

Para Willis Santiago Guerra Filho:

houve uma manifestação inequívoca do “titular da soberania”, o povo brasileiro, a quem os constituintes representavam, no sentido de que se abandonasse completamente o Estado ditatorial a que se viu submetido por quase três décadas, e se ingressasse, então, numa ordem política diametralmente oposta, plenamente democrática.³⁷

Do Texto Constitucional de 1988, em seu preâmbulo, consta que haveria de se “instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais etc.” Os valores da democracia espalham-se por todo o ordenamento constitucional, garantindo a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

A leitura do artigo 1º é elucidativa, clara. Fala *in verbis* que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” Todo o restante do texto constitucional é norteado pelo artigo 1º, que se constitui numa fórmula política. O princípio básico é o respeito pela dignidade humana.

³⁶ Ibidem, p.85.

³⁷ Willis Santiago Guerra Filho, *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 16.

De acordo com Ingo-Wolfgang Sarlett:

... a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que “atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais”, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos).³⁸

Proclamado o Estado Democrático de Direito, definidos os seus fundamentos, optou o Constituinte por estabelecer, em sede constitucional, as diretrizes da atividade estatal, os alvos que devem ser perseguidos para que se materializem os princípios do Estado Democrático de Direito. Para tanto, o artigo 3º da Constituição assinala os objetivos fundamentais do Estado.

No mundo ocidental, o Estado Democrático de Direito surge após a Segunda Guerra, representando uma forma de superação ao modelo liberal, e social, ou socialista de Estado. Há uma revalorização dos direitos individuais de liberdade, que jamais devem ser sacrificados em favor dos denominados direitos sociais. Mas há também um aumento de intervenção do Estado, no sentido de efetivar a justiça social, o bem-estar social. São idéias e valores que correspondem à terceira e à quarta geração de direitos fundamentais.

³⁸ Ingo Wolfgang Sarlett, *Dos princípios constitucionais*, p. 223.

A espinha dorsal do Estado Democrático de Direito é o princípio da legalidade, ressaltando-se a importância do princípio da moralidade administrativa, no pensamento de José Afonso da Silva.³⁹ Ele deixa claro que, no Brasil, a ação popular é um meio de proteger a moralidade administrativa, um instrumento do Estado Democrático de Direito. Veremos adiante, nesta dissertação, ao tratar especificamente da ação popular, que este instrumento processual combate justamente a imoralidade praticada pelo poder público.

Alexandre de Moraes, sobre Estado Democrático de Direito, diz:

O Democrático de Direito, que significa a exigência de reger-se por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais, proclamado no caput do artigo, adotou, igualmente, no seu parágrafo único, o denominado princípio democrático, ao afirmar que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.⁴⁰

Ricardo Cunha Chimenti define Estado Democrático de Direito como

aquele que permite a efetiva participação do povo na administração da coisa pública, visando sobretudo alcançar uma

³⁹ José Afonso da Silva, **Poder Constituinte e Poder Popular**, p. 125.

⁴⁰ Alexandre de Moraes, **Direitos Humanos Fundamentais**, p. 61.

sociedade livre, justa e solidária em que todos (inclusive os governantes) estão igualmente submetidos à força da lei.⁴¹

O Estado Democrático de Direito, para ser efetivo, deve ter instituições fortes, garantir a soberania popular, a representação política e a independência dos poderes. Deve subordinar-se ao Direito, deve curvar-se ao Direito. Deve atuar através do Direito, deve estar conformado por princípios radicados na consciência jurídica geral e dotados de valores intrínsecos. Deve estruturar-se em torno do princípio denominado proibição do excesso, pelo qual protegem-se os indivíduos de medidas agressivas, coativas, restritivas ou descabidas dos poderes públicos, assegurando o exercício das garantias individuais e direitos adquiridos. Deve pautar-se pelo respeito aos direitos fundamentais e zelar para que os particulares também cumpram esses direitos, já que no mundo contemporâneo o Estado não é potencialmente o único infrator dos direitos fundamentais: também os particulares, Estados estrangeiros e grandes grupos capitalistas podem sê-lo.

O Estado Democrático de Direito é, portanto, um estado de direitos fundamentais, ou seja, eles devem ser efetivados e não constituir mera letra morta numa Constituição. Para isso, são previstos mecanismos concretizadores dos direitos fundamentais, tais como a ação popular, a ação civil pública, o mandado de segurança, o mandado de injunção, o *habeas-*

⁴¹ Ricardo Cunha Chimenti, *Apontamentos de Direito Constitucional*, p. 51.

data, o *habeas-corpus* etc. Ou seja, no Estado Democrático de Direito, a ação popular é um instrumento de participação popular no governo do país, visando à implementação dos direitos fundamentais. É ela, nos termos do artigo 1º. da Carta Magna, uma forma direta de participação do povo no poder estatal, já que permite o controle dos atos emanados desse mesmo poder, garantindo o meio ambiente sadio e equilibrado, o cumprimento do princípio da moralidade e o zelo pelo patrimônio público, aqui entendido em sentido amplo.

O Estado Democrático de Direito precisa assegurar o respeito aos princípios constitucionais. E, dentro deste raciocínio, podemos dizer que a ação popular é talvez, senão o mais importante, o mais democrático dos meios de concretização dos princípios constitucionais da Carta de 1988, já que é acessível a qualquer cidadão.

De acordo com José Afonso da Silva:

O Estado Democrático de Direito reúne os princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, não como simples reunião formal dos respectivos elementos porque, em verdade, revela um conceito novo que os supera, na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*.⁴²

⁴² José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 113.

A Constituição tem que ser vista como um processo, porque a sua simples elaboração, por melhor que seja o texto, por mais direitos que lá estejam discriminados, não vai garantir que eles sejam de fato efetivados. É preciso o engajamento de todos os que fazem parte da organização política de um Estado Democrático de Direito, permitindo a participação popular, para que o ideário constitucional saia do papel. O povo deve participar ativamente, fiscalizando a atuação dos titulares dos órgãos do Estado e aqui a ação popular mostra-se um instrumento processual essencial, próprio da democracia, para a consecução dos direitos constantes da Carta constitucional.

É nesse contexto que se encontra a ação popular, garantindo ao cidadão zelar pela boa gestão pública, visando à transformação da realidade social no sentido de uma sociedade justa e solidária, eliminando-se as profundas desigualdades regionais ainda presentes no Brasil do século XXI, onde nem sempre são cumpridos os direitos fundamentais.

Na sociedade pós-moderna há inúmeras realidades a partir das quais há também inúmeras possibilidades. É essencial combinar tudo para que os problemas sociais sejam melhor equacionados. O Estado Democrático de Direito depende de procedimentos legislativos, eleitorais e judiciais, tanto no sentido de sua efetivação como para que siga passo a passo com as transformações da sociedade. E novamente repetimos, dentre os

procedimentos judiciais, a ação popular encarta-se sob medida na consecução do Estado Democrático de Direito, já que é um instrumento que, usado, permite a participação popular na administração pública. Ela garante que os recursos do Estado sejam usados da melhor maneira possível, a favor de todos os integrantes da comunidade, e que os atos dos administradores sejam pautados pelo princípio da moralidade. A ação popular, enfim, é um meio que, usado, vela pelo meio ambiente, pelo patrimônio histórico, artístico, estético e turístico, pela moralidade administrativa e pelo patrimônio público.

O Estado Democrático de Direito deve harmonizar os interesses da esfera pública, ocupada pelo Estado; da esfera privada, em que se situa o indivíduo e da esfera coletiva, em que se situam os interesses dos indivíduos enquanto membros de determinados grupos, formados para a consecução de objetivos econômicos, políticos, culturais ou outros. Nessa harmonização é imperioso o zelo pelo cumprimento dos direitos fundamentais.

Do conceito acima, extrai-se a idéia da grande importância do Poder Judiciário, na solução dos conflitos. As ações de dimensão constitucional, como a ação popular, a ação civil pública e o mandado de injunção, por exemplo, constituem formas de participação política e exercício da cidadania, garantindo-se o respeito ao princípio basilar, que é o respeito à

dignidade humana. A cidadania assim constitui o fundamento do Estado Democrático de Direito, possibilitando-se aos indivíduos o seu pleno desenvolvimento, tanto social como econômico.

Luísa Elisabeth T.C. Furtado diz que:

... a ação popular representa um remédio constitucional, através do qual qualquer cidadão se investe de legitimidade para exercer um poder potencialmente político, decorrente da soberania popular preconizada no art.1º., parágrafo único, onde diz que todo o poder emana do povo, que o exerce ou por meio de seus representantes eleitos ou diretamente.⁴³

O direito de participação deve ser incentivado. Este direito garante ao indivíduo ser consultado para a tomada de decisões que dizem respeito à direção da sociedade em que vive, o que inclui a igualdade de sufrágio, o direito de voto e de elegibilidade, o direito de petição e o direito de iniciativa popular. A iniciativa popular de leis, que cabe aos cidadãos (§2º, do artigo 61, da Constituição da República Brasileira), o referendo e o plebiscito, e a garantia de propor ação popular nos casos previstos em lei, correspondem a alternativas de participação política (o referendo e o plebiscito devem ser determinados, para que se verifiquem, pelo Congresso Nacional).

O Estado Democrático de Direito hoje é aquele juridicamente vinculado em nome da autonomia individual e deve ser um Estado

⁴³ Luísa Elisabeth T. C. Furtado, *Ação Popular*, p. 49.

preocupado com a sustentabilidade ambiental, a qual – de acordo com Canotilho⁴⁴ - consiste na necessidade de os Estados adequarem as suas políticas e estruturas organizatórias de forma ecologicamente sustentada. Há que haver políticas públicas pautadas pelas exigências da sustentabilidade ecológica, e responsabilidade perante às gerações futuras quanto a um ambiente ecologicamente saudável. Isso implica também na observância do princípio da igualdade, na medida em que os países ricos não devem ou não deveriam desenvolver atividades de risco ambiental nos países pobres, ou remeter seu lixo ambiental para esses mesmos países pobres. E aqui também a ação popular ambiental revela-se como um instrumento extremamente importante de realização dos direitos fundamentais.

O Estado Democrático de Direito, mesmo tendo um conceito produzido pela cultura ocidental, possui princípios e valores materiais que proporcionam uma ordem humana de justiça e de paz: ele pressupõe a liberdade do indivíduo, a segurança individual e coletiva, a responsabilidade e responsabilização dos titulares do poder, a igualdade de todos os cidadãos e a proibição de discriminação de indivíduos e de grupos. Há de haver uma sociedade livre, justa e solidária, em que o poder emana do povo e deve ser exercido em favor dele. Enfim, no Estado Democrático de Direito há mecanismos específicos e próprios do sistema constitucional,

⁴⁴ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 43.

garantindo e materializando o estabelecido como direitos fundamentais.

Entre eles, a ação popular.

Como bem diz Canotilho⁴⁵, hoje no mundo não há mais espaço para a defesa aberta de um Estado que não seja de Direito.

A nosso ver, hoje, tendo em vista a instantaneidade dos meios de comunicação e o intercâmbio mundial de informações, não há como ficar fora do mundo globalizado, e nele impõe-se a observância de regras e princípios próprios de um Estado Democrático de Direito.

A seguir, trataremos dos Direitos Fundamentais, já que o Estado Democrático de Direito tem de ser um Estado concretizador dos Direitos Fundamentais, superando as desigualdades sociais na medida em que realiza a justiça social.

⁴⁵ Ibidem, p. 23.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS

O tema analisado nesta dissertação, ação popular, faz parte da questão dos direitos fundamentais da pessoa humana, hoje tão falados e discutidos. A razão disso é porque a ação popular, como já dito, é um dos mecanismos de exercício dos direitos fundamentais no Brasil, instrumentalizando o cidadão na defesa de seus interesses e da coletividade, na medida em que através dela é possível proteger o patrimônio público, a moralidade administrativa, o meio ambiente e o patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e estético. Ainda, do ponto de vista econômico, por meio deste instrumento processual é também possível zelar pelo emprego adequado dos recursos públicos, fazendo com que eles sejam utilizados no estrito interesse da coletividade, o que torna possível a implementação dos direitos assegurados na Carta Magna. A ação popular é um exercício de cidadania, de soberania, assegurando a qualquer cidadão a participação na coisa pública, a fiscalização da conduta dos agentes públicos e a garantia do cumprimento do princípio da moralidade administrativa.

Os Direitos Fundamentais surgiram justamente da necessidade de limitar e controlar as atividades do Estado e de seus agentes em face do povo. Constituem faculdades atribuídas aos cidadãos pelo ordenamento

constitucional de um determinado Estado, sendo fruto de um processo de construção histórica e tendo como característica a imprescritibilidade e a inalienabilidade.⁴⁶

De acordo com Bertrand Mathieu, professor da Sorbonne, França:

O desenvolvimento do constitucionalismo operou-se nas duas últimas décadas essencialmente a partir dos direitos fundamentais. Se o propósito de uma Constituição é o de organizar os poderes públicos, não deixa de ser também o de definir e proteger os direitos fundamentais...⁴⁷

Daí a importância, neste trabalho, de aprofundarmos o estudo dos direitos fundamentais.

2.1 Conceito de Direitos Fundamentais

O tempo em que vivemos é decididamente o tempo dos Direitos Fundamentais, mesmo quando eles não estão presentes ou não são cumpridos.

A locução “Direitos Fundamentais” (e suas variações) é tão discutida, tão usada, por tanta gente e em tantos veículos de comunicação diferentes, que podemos dizer que, de certa forma, ela está banalizada.

⁴⁶ Manoel Gonçalves Filho, *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 245.

⁴⁷ Bertrand Mathieu, *Direito Constitucional, Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, p. 23.

Na verdade, hoje a questão dos direitos fundamentais não está mais restrita aos operadores do Direito, mas está na voz e no texto de profissionais das mais diversas áreas do conhecimento e até, pode se dizer, na boca do povo.

Essa trivialização dos direitos fundamentais tem o seu lado bom, útil, na medida em que o homem comum ganha consciência da importância de sua participação política, conhece seus direitos e passa a exigí-los, utilizando-se do Judiciário e até da mídia. A mídia teve e, ainda tem, grande contribuição no sentido de que o conceito de direitos fundamentais fosse propagado e o homem do povo passasse a ter uma mínima noção de seus direitos.

Também é muito usada, no Brasil, com o mesmo propósito, a expressão direitos humanos. Aliás, para falar-se de Direitos Fundamentais são utilizados diversos termos e nossa própria Constituição lança mão de locuções variadas para tratar do assunto. Numa rápida visualizada, encontramos, na Carta Magna, as seguintes: “direitos sociais e individuais” (Preâmbulo), “direitos humanos” (art. 4º, II), “direitos e garantias fundamentais” (Título II), “direitos e deveres individuais e coletivos” (Capítulo I, Título II), “direitos e liberdades constitucionais” (art. 5º, LXXI), “direitos e garantias” (art. 5º, § 1º), “direitos sociais” (Capítulo II,

Título II), “direitos políticos” (Capítulo IV, Título II), “direitos fundamentais da pessoa humana” (art. 17), “direitos da pessoa humana” (art. 34, VII, b), “direitos individuais, políticos e eleitorais” (art. 68, § 1º, II), “direitos políticos, individuais e sociais” (art. 85, III), “garantias constitucionais” (art. 138) e “direitos individuais” (art. 145, § 1º).

Na verdade, os direitos fundamentais ou direitos humanos são hoje o que anteriormente eram denominados direitos naturais e constituem concretizações do direito natural. Por direito natural entenda-se o ordenamento ideal, correspondente a uma justiça superior e suprema. Simbolizando a perfeita justiça, é o parâmetro que deve inspirar o legislador.⁴⁸

De acordo com José Afonso da Silva, para designar direitos fundamentais são usadas as expressões “direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem.”⁴⁹

Diz o eminente constitucionalista que Direitos Humanos “é expressão preferida nos documentos internacionais”.⁵⁰

⁴⁸ Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil, Parte Geral*, p. 8.

⁴⁹ José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 179.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 180.

Paulo Ferreira da Cunha está entre os autores que preferem, em vez de usar “direitos humanos”, empregar a locução “direitos fundamentais”.⁵¹

Outro jurista que pensa assim é Jorge Miranda, para quem o termo “direitos fundamentais” é mais apropriado, no que estamos de acordo.⁵²

Diz que os direitos fundamentais são:

os direitos ou as posições jurídicas subjectivas das pessoas enquanto tais, individual ou constitucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material – donde, direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material.⁵³

Por direitos fundamentais, em sentido formal, diga-se todos os direitos consagrados na Lei Fundamental e por direitos fundamentais, em sentido material, os “direitos resultantes da concepção de Constituição dominante, da idéia de Direito, do sentimento jurídico colectivo.”⁵⁴

Para Canotilho:

direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-

⁵¹ Paulo Ferreira Cunha, *Teoria da Constituição*, Tomo II, p. 55.

⁵² Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, p. 49.

⁵³ *Ibidem*, p. 7.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 10.

institucionalmente garantidos e limitados espaciotemporalmente.⁵⁵

Canotilho leciona também que os direitos fundamentais visam à defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado; significam ainda o direito do particular obter algo através do Estado (saúde, educação, segurança social); o dever do Estado em proteger os titulares dos direitos fundamentais quanto a terceiros, e ainda assegurar a não discriminação, ou seja, que “o Estado trate os seus cidadãos como cidadãos fundamentalmente iguais.”⁵⁶

Também é usada a expressão direitos inatos (artigo 1º. da Declaração da Virgínia), direitos naturais (artigo 2º. da declaração de 1789) e direitos originários (art.359 do Código Civil Português).

No direito anglo-saxão, por sua vez, é empregada a locução direitos civis como direitos dos cidadãos ou como direitos contrapostos aos direitos naturais. São apenas direitos individuais.

Os direitos fundamentais são essencialmente radicados no Direito natural, mas a maioria das constituições do século XX vai além do direito natural: há direitos das instituições, há direitos coletivos etc.

⁵⁵ José Joaquim Gomes Canotilho, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 393.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 407 a 410.

A origem dos direitos fundamentais como conceituados hoje encontra-se na Inglaterra, na Idade Média, com a *Magna Charta Libertatum*, pacto firmado em 1215 pelo Rei João-Sem Terra e pelos bispos e barões ingleses. Todavia, os direitos fundamentais foram consagrados a partir dos Estados Unidos e da França, no século XVIII. A teoria dos direitos subjetivos públicos é tanto uma tentativa de sistematizar os direitos das pessoas frente às entidades públicas como uma reação ao direito natural. Só o Estado tem vontade soberana e todos os direitos subjetivos públicos fundamentam-se na organização estatal.

Para Jorge Miranda, a locução direitos subjetivos públicos reporta-se a uma visão positivista estatista que os amarram e os condicionam. Os direitos subjetivos públicos são direitos subjetivos atribuídos por normas de direito público, em contrapartida aos direitos subjetivos atribuídos por normas de direito privado. Mas a expressão “direitos subjetivos públicos”, conforme Jorge Miranda, é muito mais abrangente do que os direitos fundamentais propriamente ditos e engloba situações que cabem no Direito Administrativo, no Direito Tributário etc.⁵⁷

A expressão “direitos fundamentais”, nas últimas décadas, e não só no Brasil, é usada na doutrina e nos textos constitucionais para designar os direitos das pessoas frente ao Estado, direitos esses protegidos pela

⁵⁷ Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, p. 54.

Constituição. Pode-se dizer que são direitos subjetivos intangíveis, imprescritíveis, inalienáveis. Muitos ainda utilizam a expressão direitos do homem, a nósso ver uma expressão sexista, já que a humanidade é composta de homens e mulheres. Entre nós brasileiros, Direitos do Homem pressupõe uma concepção machista da sociedade, deixando entrever resquícios do Brasil patriarcal.

Ingo W.Sarlet diz que a expressão “direitos do homem” tem uma conotação jusnaturalista, no sentido de direitos naturais não positivados ou ainda não positivados. Já Direitos Humanos são direitos positivados na esfera do direito internacional, tendo contorno mais amplo e impreciso, enquanto Direitos Fundamentais são direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada país, de contorno mais preciso e restrito.⁵⁸

Atualmente, a moderna doutrina constitucional tem rejeitado progressivamente as variações da locução Direitos Fundamentais, já que esta é a expressão mais apropriada.

A seguir, duas definições para o termo Direitos Fundamentais.

José Afonso da Silva fala que a expressão direitos fundamentais do homem, além de referir-se

⁵⁸ Ingo W. Sarlet, **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 34.

a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que eles concretizam em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.

Vai ele além, dizendo que:

no qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do homem, não como macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana. Direitos Fundamentais do homem significa direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos fundamentais. É com esse conteúdo que a expressão direitos fundamentais encabeça o Título II da Constituição, que se completa, como direitos fundamentais da pessoa humana, expressamente, no art.17.⁵⁹

Marcelo Campos Galuppo é conciso em sua conceituação:

... os Direitos Fundamentais são os direitos que os cidadãos precisam reciprocamente reconhecer uns aos outros, em dado momento histórico, se quiserem que o direito por eles produzido seja legítimo, ou seja, democrático.⁶⁰

Paulo Bonavides, aqui usando o termo gerações de direitos, preceitua

o seguinte:

⁵⁹ José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 182.

⁶⁰ Marcelo Campos Galuppo, *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 236.

Há na escala evolutiva do direito constitucional, legislado ao longo das revoluções e metamorfoses de dois séculos, quatro gerações sucessivas de direitos fundamentais que, passando da esfera subjetiva para as regiões da objetividade, buscam reconciliar e reformar a relação do indivíduo com o poder, da sociedade com o Estado, da legalidade com a legitimidade, do governante com o governado.⁶¹

É preciso esclarecer que, muito embora não haja dissenso quanto ao conteúdo, a doutrina divide-se atualmente entre o uso da locução “geração” e da palavra “dimensão”, quando se trata dos direitos fundamentais no tempo. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, Willis Santiago Guerra Filho, Paulo Bonavides e Ingo W. Sarlet estão entre os que atualmente preferem usar o termo “dimensão”, enquanto doutrinadores como Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Carlos Mário da Silva Velloso e Ivo Dantas usam o termo “gerações”.⁶² É de se ressaltar que Paulo Bonavides ora emprega o termo “dimensões”, ora a palavra “gerações”.⁶³

Ingo W. Sarlet ressalta que a locução “dimensão” é mais apropriada por que

o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso

⁶¹ Paulo Bonavides, *Princípios Constitucionais*, p. 165.

⁶² Os autores adotam tais expressões nas obras indicadas na bibliografia ao final enumerada.

⁶³ Paulo Bonavides, *Princípios Constitucionais*, p.166-168.

da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra...⁶⁴

Preferimos o termo gerações por entendermos que é mais didático para os iniciantes no tema e porque, para nós, o termo “geração” não exclui a idéia de complementaridade: uma geração de direito vai se formando sem a exclusão da antecedente. O verbo “gerar”, de acordo com Francisco Silveira Bueno, significa “Dar o ser; criar; dar existência a; produzir; desenvolver; fecundar; causar; formar.”⁶⁵ E, em direitos fundamentais, gerar, a nosso ver, quer dizer desenvolvimento, formação. As gerações de direitos constituem um conjunto de direitos que passam a ser discutidos, desenvolvem-se, amadurecem e são reconhecidos, em períodos temporalmente estabelecidos. Além disso, historicamente analisando, há de fato uma sucessão cronológica de direitos, refletindo a demanda de certos períodos da história humana. Há um desenvolvimento de idéias e de valores na área dos direitos fundamentais, uma gradativa tomada de consciência, num determinado tempo, de que esses direitos têm que ser necessariamente respeitados. Essa paulatina tomada de consciência não implica na exclusão dos valores, dos direitos anteriormente reconhecidos ou em processo de reconhecimento. A prova desta assertiva é nossa Carta Magna, onde direitos fundamentais de todas as quatro gerações são reconhecidos.

⁶⁴ Ingo W. Sarlet, **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 49.

⁶⁵ Francisco da Silveira Bueno, **Dicionário Escolar da Língua Portuguesa**, p. 531.

Como o objetivo deste trabalho é verificar se a ação popular, aqui no Brasil, diante da definição aceita de direitos fundamentais, se constitui efetivamente como um mecanismo de exercício destes direitos frente ao Estado Democrático de Direito, a seguir será traçado um panorama da evolução dos direitos fundamentais ao longo do tempo, as diversas gerações de direitos e será visto como eles estão dispostos em nossa Carta Magna. Eles são classificados em quatro gerações (ou dimensões), sendo que a última diz respeito a questões não existentes no passado, relativas ao progresso tecnológico, em especial na medicina e na informática.

2.2 Direitos Fundamentais de Primeira Geração

Os direitos fundamentais de primeira geração são os direitos de liberdade, ou seja, os direitos civis e políticos. Como fala Paulo Bonavides:

Se hoje esses direitos parecem já pacíficos na codificação política, em verdade se moveram em cada país constitucional num processo dinâmico e ascendente, entrecortado não raro de eventuais recuos, conforme a natureza do respectivo modelo de sociedade, mas permitindo visualizar a cada passo uma trajetória que parte com freqüência do mero reconhecimento formal para concretizações parciais e progressivas, até ganhar a máxima amplitude nos quadros processuais de efetivação democrática do poder.⁶⁶

⁶⁶ Paulo Bonavides, **Dos Princípios Constitucionais**, p. 165.

Podemos dizer que o marco inicial dos direitos fundamentais foi fincado na Inglaterra, na Idade Média, com a *Magna Charta Libertatum*, pacto firmado em 1215 pelo Rei João-Sem Terra e pelos bispos e barões ingleses. Ingo Wolfgang Sarlet diz que:

Este documento, inobstante tenha apenas servido para garantir aos nobres ingleses alguns privilégios feudais, alijando, em princípio, a população do acesso aos “direitos” consagrados no pacto, serviu como ponto de referência para alguns direitos e liberdades civis clássicos, tais como o hábeas corpus, o devido processo legal e a propriedade.⁶⁷

Muito embora de fato a Magna Carta tenha conferido direitos apenas a uma determinada classe, refletindo a profunda estratificação social da época, é a partir dela que passa a haver a inserção dos direitos fundamentais nos textos constitucionais dos Estados modernos ocidentais e a progressiva extensão desses direitos ao restante da sociedade.

A respeito da Magna Carta Inglesa, Augusto Zimmermann coloca:

Contendo esta carta medieval uma série de preceitos limitadores do poder monárquico, inicialmente serviu apenas para a proteção do baronato. Com o tempo, os direitos contidos na Magna Carta foram sendo gradualmente estendidos para todos os habitantes daquela nação.⁶⁸

Alexandre de Moraes assevera que:

⁶⁷ Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 44.

⁶⁸ Augusto Zimmermann, *Curso de Direito Constitucional*, p. 217.

Os direitos humanos fundamentais, em sua concepção atualmente conhecida, surgiram como produto da fusão de várias fontes, desde tradições arraigadas nas diversas civilizações, até a conjugação dos pensamentos filosóficos-jurídicos, das idéias surgidas com o cristianismo e com o direito natural.⁶⁹

É um período em que ocorrem as descobertas geográficas do século XV e XVI, a expansão da civilização europeia e a ascensão da burguesia.

Alexandre de Moraes afirma ainda que:

durante a Idade Média, apesar da organização feudal e da rígida separação de classes, com a conseqüente relação de subordinação entre o suserano e os vassallos, diversos documentos jurídicos reconheciam a existência de direitos humanos, sempre com o mesmo traço básico: a limitação do poder estatal. O forte desenvolvimento das declarações de direitos humanos fundamentais deu-se, porém, a partir do terceiro quarto do século XVIII até meados do século XX.⁷⁰

Cita ele, como marcos na evolução dos Direitos Fundamentais, a *Magna Charta Libertatum*, de 1215; a *Petition of Right*, de 1628; o *Habeas Corpus Act*, de 1679; a *Bill of Rights*, de 1689 e o *Act of Settlemente*, de 1701, todos da Inglaterra.

De acordo com Édson Luís Baldan, a *Petition of Right*, de 1628, “subordinava o estabelecimento dos tributos à promulgação de atos próprios pelos representantes indicados pelo povo e, também, proibia as

⁶⁹ Alexandre de Moraes, *Direitos Humanos Fundamentais*, p. 19.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 25.

detenções ilegais.”⁷¹ Já o *Habeas Corpus Act*, de 1679, subscrito por Carlos II, regulamentou o instituto que conserva seu nome até agora.

Conforme o mesmo autor, a *Bill of Rights*, de 1689,

... significou severa restrição ao poder estatal, em especial proibindo a revogação das leis pelo soberano, criando o direito de petição, estabelecimento de eleições livres para os Membros do Parlamento, instituição das imunidades parlamentares, vedação à aplicação de penas cruéis etc. Todavia retrocedeu ao negar a liberdade e igualdade religiosa, com privilégio aos protestantes.

Diz também que o *Act of Seattlemente*, de 1701, reafirmou o princípio da legalidade.⁷²

Estas declarações inglesas do século XVII progressivamente ampliaram as liberdades reconhecidas e as estenderam ao restante da população da Inglaterra.

Podemos dizer que é a partir da concepção de Estado de Direito, com a ascensão do constitucionalismo e as revoluções liberais, que surgiu a primeira geração de direitos fundamentais, os denominados direitos individuais, que são direitos de defesa contra o Estado. Eles visam impedir medidas arbitrárias por parte do Estado.

⁷¹ Édson Luís Baldan, *Direitos Fundamentais na Constituição Federal*, p. 115.

⁷² *Ibidem*, p. 116.

Os direitos fundamentais de primeira geração, inspirados nas doutrinas iluminista e jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, dominaram até o século XIX e têm como titular o indivíduo, sendo chamados de direitos de liberdade, ou “liberdades públicas”. O nacional deixou de ser considerado como mero súdito, passando à condição de cidadão, detentor de direitos tutelados pelo Estado, inclusive contra os próprios agentes deste. Como fala Alexandre de Moraes, havia a necessidade de “limitação e controle dos abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas e a consagração dos princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado moderno e contemporâneo.”⁷³

Tais direitos foram consolidados com as grandes revoluções burguesas do final do século XVIII, a Revolução Americana, em 1776 e a Revolução Francesa, em 1789, e atualmente não há Constituição que ao menos formalmente não os reconheça. A primeira declaração de direitos foi a americana, do Estado da Virgínia, em junho de 1776, servindo de modelo para as demais Declarações de Direitos dos demais estados americanos, mas a mais conhecida é a francesa, datada de 1789.

Há uma certa discussão sobre a paternidade dos direitos fundamentais, ou seja, se eles surgiram primeiro na França ou nos Estados

⁷³ Alexandre de Moraes, **Direitos Humanos Fundamentais**, p. 25.

Unidos da América. Ingo Wolfgang Sarlet é da opinião que a declaração americana:

marca a transição dos direitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais. As declarações americanas incorporaram virtualmente os direitos e liberdades já reconhecidos pelas suas antecessoras inglesas do século XVII, direitos estes que também tinham sido reconhecidos aos súditos das colônias americanas, com a nota distintiva de que, a despeito da virtual identidade de conteúdo, guardaram as características da universalidade e supremacia dos direitos naturais, sendo-lhes reconhecida eficácia inclusive em relação à representação popular, vinculando, assim, todos os poderes públicos.⁷⁴

Em seguida, coloca que tanto a declaração francesa como as americanas tinham como ponto em comum

sua profunda inspiração jusnaturalista, reconhecendo ao ser humano direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis, direitos de todos os homens e não apenas de uma casta ou estamento.⁷⁵

Muito embora não tenha sido a pioneira, a Revolução Francesa constituiu-se inquestionavelmente como o grande marco na história dos Direitos Fundamentais, o que é unânime na doutrina. Os ideais contidos na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, com dezessete artigos, entre os quais podem ser citados: princípios da igualdade, liberdade, legalidade, propriedade, segurança, presunção da inocência,

⁷⁴ Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 46-47.

⁷⁵ *Ibidem*.

reserva legal, anterioridade da lei penal; resistência à opressão; associação política; liberdade religiosa e livre manifestação do pensamento⁷⁶, disseminaram-se pelo mundo, com seus conceitos de liberdade, igualdade e fraternidade sendo universalizados. Estão presentes e reconhecidos nas constituições do mundo ocidental, mas podemos dizer que influenciaram também o resto do planeta.

Os direitos fundamentais de primeira geração correspondem aos direitos civis e políticos, englobando os direitos à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei, à liberdade de expressão coletiva, os direitos de participação política e, ainda, algumas garantias processuais. São os denominados direitos de cidadania, resguardando os direitos considerados indispensáveis à pessoa humana. Ficam de fora os direitos sociais, coletivos e difusos.

Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Painovski Ruzyk falam que:

Os direitos fundamentais, nesse primeiro momento, eram exercidos contra um ente que se colocava em posição de superioridade em relação aos titulares dos direitos, a ele subordinados, mas que possuíam a garantia de um espaço de liberdade intangível para o Estado.⁷⁷

⁷⁶ Édson Luís Baldan, **Direitos Fundamentais na Constituição Federal**, p. 116.

⁷⁷ Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Painovski Ruzyk, **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**, p. 89.

Nós podemos dizer que os direitos fundamentais de primeira geração são aqueles direitos relacionados à questão do próprio indivíduo como tal (direitos à liberdade e à vida). Ou seja, são os direitos oponíveis ao Estado, limitando a ação dele, constituindo-se consequência direta da luta da burguesia contra o absolutismo. Luta que procura evitar a intervenção do Estado na liberdade individual, postulando uma atitude “negativa” por parte dos poderes públicos. Constituem-se em um não-fazer do Estado, a favor do cidadão. Não é exigida uma ação positiva por parte do Estado.

Prega-se o Estado não intervencionista. E a idéia de igualdade é de uma igualdade formal, partindo-se da idéia de que todos os homens são iguais, esquecendo-se que os seres humanos são diferentes entre si, tendo capacidade e necessidades diversas. É um avanço em relação à Idade Média, mas não suficiente para produzir a igualdade real.

Os denominados direitos fundamentais de primeira geração são caracterizados pela subjetividade, ou seja, o caráter individualista é o traço marcante das declarações de direitos dos séculos XVIII e XIX. De acordo com Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk:

A racionalidade das codificações do século XIX manifesta clara finalidade de constituir instrumento assecuratório da liberdade individual, e espaço de não intervenção estatal.⁷⁸

⁷⁸ Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 90.

A seguir, vêm os direitos fundamentais de segunda geração, que não excluem os da primeira, mas correspondem à evolução deles. Há uma consagração gradativa dos direitos fundamentais, sem que uns eliminem os outros, tão somente complementando-se.

Antes, o pensamento de Jorge Miranda mostra bem a gradação da evolução dos direitos fundamentais:

A evolução e as vicissitudes dos direitos fundamentais, seja numa linha de alargamento e aprofundamento, seja numa linha de retracção ou de obnubilação, acompanham o processo histórico, as lutas sociais e os contrastes de regimes políticos – bem como o progresso científico, técnico e econômico (que permite satisfazer necessidades cada vez maiores de populações cada vez mais urbanizadas).⁷⁹

2.3 Direitos Fundamentais de Segunda Geração

Os direitos de segunda geração vêm consagrados entre o final do século XIX e o início do século XX, com o Estado Social de Direito. Eles dominam o século XX e se constituem nos denominados direitos sociais. De acordo com Paulo Bonavides, esses direitos “Nasceram abraçados ao

⁷⁹ Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, p. 25.

princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.”⁸⁰

Andréas J. Krell diz que:

Os Direitos Fundamentais Sociais não são direitos contra o Estado, mas sim direitos através do Estado, exigindo do poder público certas prestações materiais. O Estado, através de leis, atos administrativos e da criação real de instalações de serviços públicos, deve definir, executar e implementar, conforme as circunstâncias, as chamadas “políticas sociais” (de educação, saúde, assistência, previdência, trabalho, educação) que facultem o gozo efetivo dos direitos constitucionalmente protegidos.⁸¹

A partir da segunda geração de direitos fundamentais, a preocupação centrou-se não mais na formulação de meras declarações, mas ficou evidenciada a necessidade da verdadeira promoção desses direitos, de satisfação das necessidades básicas do indivíduo. Passou a ser percebido que não bastava simplesmente a existência de direitos individuais, a inserção deles no ordenamento jurídico constitucional, mas era necessário que os indivíduos, mais precisamente aqueles de classe menos favorecida, os miseráveis, a classe proletária, tivessem meios para exercer os direitos individuais.

⁸⁰ Paulo Bonavides, *Dos Princípios Constitucionais*, p. 166.

⁸¹ Andréas J. Krell, *A Constituição Concretizadora*, p. 27.

Manoel Gonçalves Ferreira dá um bom exemplo da questão, ao colocar que de pouco adiantava a liberdade de imprensa nessa época, se a maioria das pessoas não tinha meios para fundar, imprimir e distribuir um jornal.⁸² Em seguida diz que, ao mesmo tempo em que crescia a produção de riquezas, beneficiando os capitalistas, aumentava a miséria da maioria da população.

Os direitos fundamentais de segunda geração surgem no final do século XIX, tendo um cunho histórico-trabalhista embasado no marxismo. Karl Marx, filósofo alemão, foi um dos críticos, talvez o maior, do Estado liberal, não intervencionista. Ele e Friedrich Engels fizeram uma reflexão crítica da situação a que o homem era submetido nesse período, denunciando o fato de que, na verdade, somente a classe burguesa tinha acesso aos direitos fundamentais. Marx formulou a teoria universalmente conhecida como marxismo, que tem os seguintes pontos principais: a interpretação econômica da história (toda transformação histórica fundamental tem como causa alterações nos métodos de produção e troca); o materialismo dialético (os sistemas econômicos evoluem até um determinado ápice, quando começa a decadência; é um processo dinâmico, contínuo, que acabará por levar à perfeição: o comunismo); a luta de classes (toda a história é feita de lutas entre as classes); a doutrina da mais-valia (toda riqueza é criada pelo trabalhador, e a diferença entre o valor que

⁸² Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de Direito Constitucional*, p. 283.

o trabalhador produz e o que ele recebe é a mais-valia); e por fim, a teoria da evolução socialista (o capitalismo sucumbirá, seguindo-se então a ditadura do proletariado; a remuneração de acordo com o trabalho feito; a posse e a administração, pelo Estado, de todos os meios de produção, distribuição e troca). O socialismo, porém, seria uma mera transição para o comunismo, que nada mais é que uma sociedade igualitária, sem classes.⁸³

As idéias de Karl Marx (1818-83) e de Engels (1820-95) difundiram-se como um rastilho de pólvora, e o sucesso da revolução bolchevique na Rússia gerou o temor, no resto do mundo, de que outras revoluções ocorressem, já que houve um crescimento dos movimentos reivindicatórios. Isso fez com que os Estados passassem a promover ações no sentido de materializar – para todos – os direitos enunciados no Estado de Direito.⁸⁴

Há um progressivo reconhecimento de direitos, e o pensamento passa a ser o de que deve haver uma busca a que o Estado aja positivamente para favorecer as liberdades, que anteriormente eram apenas formais. O Estado passa a ter máxima importância na concretização dos direitos fundamentais, exigindo-se dele uma função positiva, no sentido de

⁸³ Edward McNall Burns, **História da Civilização Ocidental**, p.700-701.

⁸⁴ Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia, **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**, p. 307.

efetivação desses direitos. Busca-se, no dizer de Celso Lafer, o “direito de participar do bem-estar social”.⁸⁵

Historicamente falando, as idéias marxistas influenciaram na ascensão dos primeiros Estados Sociais, já no começo do Século XX. O Estado Socialista da União Soviética, a partir da Revolução Bolchevique de 1917, seria a versão mais arraigada do marxismo. As versões mais moderadas surgiram com o Estado Social mexicano, em 1917, e a República de Weimar, na Alemanha, em 1919.

Os direitos fundamentais de segunda geração são direitos ligados à responsabilidade do Estado e têm por objetivo assegurar direitos aos indivíduos desprovidos de condições, proporcionando a eles acesso ao conteúdo desses direitos através da intervenção estatal, por isso chamados de direitos sociais.

Nessa fase, busca-se a igualdade material, através da ação positiva do Estado no sentido de sua concretização, e a realização dos direitos sociais, culturais, econômicos e coletivos.

Paulo Bonavides diz que os direitos fundamentais de segunda geração compreendem também “os critérios objetivos de valores, bem como os princípios básicos que animam a Lei Maior, projetando-lhe a

⁸⁵ Celso Lafer, *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, p. 127.

unidade e fazendo a congruência fundamental de suas regras.”⁸⁶ E logo após, diz que a partir dos direitos fundamentais de segunda geração, “as prescrições desses direitos são também direito objetivo.”

Os direitos fundamentais de segunda geração vinculam-se às chamadas “liberdades positivas” ou direitos sócio-políticos e econômicos. Aqui, ao contrário dos direitos fundamentais de primeira geração, exige-se uma conduta “positiva” do Estado: busca-se o bem-estar social, por intermédio do Estado, fazendo parte dessa classificação também as chamadas “liberdades sociais”.

Ingo Wolfgang Sarlet afirma que:

a expressão “social” encontra justificativa, entre outros aspectos (...), na circunstância de que os direitos de segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem a reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico.⁸⁷

Paulo Bonavides fala, referindo-se aos direitos de segunda geração, que eles:

atravessaram, a seguir uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes constituições,

⁸⁶ Paulo Bonavides, **Dos Princípios Constitucionais**, p. 167.

⁸⁷ Ingo Wolfgang Sarlet, **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p.52.

inclusive a do Brasil, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. De tal sorte, os direitos da segunda geração tendem a tornar-se tão justificáveis quanto os da primeira; pelo menos esta é a regra que já não poderá ser descumprida ou ter sua eficácia recusada com aquela facilidade de argumentação arrimada no caráter programático da norma.⁸⁸

Na medida em que uma geração de Direitos Fundamentais não exclui a outra, os direitos sociais estão presentes na nossa Constituição, no art.6º, onde está dito que: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e infância, a assistência aos desamparados na forma desta Constituição.”

Os direitos fundamentais de segunda geração estão presentes em grande parte das Constituições do Segundo pós-guerra, sendo objeto de pactos internacionais. Todavia, os movimentos bélicos do começo do século XX, com a 1ª e a 2ª. Grandes Guerras, em especial a Segunda Grande Guerra, com o nazismo e o massacre de seis milhões de judeus na Alemanha, o fascismo na Itália, a morte de milhões de russos na frente de batalha e a explosão da bomba atômica em Hiroshima e Nagasaki, levaram a humanidade a pensar sobre temas como o desenvolvimento e a autodeterminação dos povos, a paz, a necessidade de um meio ambiente saudável e equilibrado, a comunicação e os bens que se constituem patrimônio da humanidade.

⁸⁸ Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, p. 518.

De acordo com Manoel Gonçalves Ferreira Filho, somadas as liberdades públicas – primeira geração – aos direitos sociais – segunda geração – chega-se, no final da Segunda Guerra Mundial, a uma síntese que se espelha na Declaração Universal dos direitos do Homem, votada em dezembro de 1948, na ONU.⁸⁹

A reflexões provocadas pelas guerras do século XX levaram aos direitos fundamentais de terceira geração, que são aqueles que dizem respeito ao gênero humano.

2.4 Os Direitos Fundamentais de Terceira Geração

Também denominados de direitos de solidariedade e fraternidade, foram desenvolvidos no século XX, compondo os direitos inerentes a todos os indivíduos, transcendendo a titularidade individual ou dos grupos e sociedades específicas para a titularidade coletiva ou difusa, ou seja, tendem a proteger os grupos humanos. São os denominados direitos transindividuais.

Para Paulo Bonavides:

⁸⁹ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 247.

A consciência de um mundo partido entre Nações desenvolvidas e subdesenvolvidas ou em fase de precário desenvolvimento deu lugar em seguida a que se buscasse uma outra dimensão dos direitos fundamentais, até então desconhecida.⁹⁰

Os titulares destes direitos não são os indivíduos, mas sim o gênero humano, os grupos de indivíduos, grupos humanos como a família, o povo, a nação e a própria humanidade.

Os direitos transindividuais constituem-se nos direitos à paz, ao desenvolvimento, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente, à sadia qualidade de vida, à utilização e conservação do patrimônio histórico e cultural e o direito à comunicação. Muito embora o homem individualmente usufrua destes direitos, na realidade eles possuem uma titularidade difusa. Voltando a Paulo Bonavides, ele completa dizendo que é possível que haja outros direitos “em fase de gestação, podendo o círculo alargar-se à medida que o processo universalista se for desenvolvendo.”⁹¹

Os direitos fundamentais de terceira geração, enfim, são direitos que visam a inserção do homem em ambientes sadios e equilibrados, bem como o fortalecimento da união dos povos. Eles são direitos que passam a ser debatidos após o término da 2ª Grande Guerra Mundial e a criação da ONU, com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948. Eles também constituem-se em uma proteção contra o

⁹⁰ Paulo Bonavides, *Dos Princípios Constitucionais*, p. 168.

⁹¹ *Ibidem*, p. 169.

impacto de novas tecnologias, como a informática, por exemplo, que de certa forma invade a vida das pessoas através dos bancos de dados, da internet etc.

Quanto à efetivação desses direitos Ingo Wolfgang Sarlet diz:

é preciso reconhecer que, ressalvadas algumas exceções, a maior parte destes direitos fundamentais da terceira dimensão ainda (inobstante cada vez mais) não encontrou seu reconhecimento na seara do direito constitucional, estando, por outro lado, em fase de consagração no âmbito do direito internacional, do que dá conta um grande número de tratados e outros documentos transnacionais nesta seara.⁹²

A nosso ver, tendo em vista a miséria em volta das metrópoles brasileiras e as grandes queimadas na Amazônia, aqui no Brasil há um longo percurso ainda a percorrer para a materialização dos direitos de terceira geração. Apesar disso, eles são direitos inerentes a um Estado Democrático de Direito, onde a ação popular configura-se como um instrumento para sua consecução. Este instituto, que será analisado no capítulo terceiro, é um meio processual feito sob medida para que o cidadão atue em favor de um meio ambiente equilibrado, da sadia qualidade de vida e da conservação do patrimônio histórico e cultural, direitos fundamentais de terceira geração. É através dela que o cidadão pode exigir do administrador uma administração proba, voltada para a

⁹² Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 53.

consecução do bem comum, com a efetivação dos direitos previstos constitucionalmente.

2.5 Os Direitos Fundamentais de Quarta Geração

Não é pacífica na doutrina internacional, nem na nacional, a existência de uma quarta geração de direitos fundamentais.

Entre nós, um dos primeiros constitucionalistas a falar na idéia da existência de uma quarta geração de direitos fundamentais foi Paulo Bonavides. De acordo com esse constitucionalista, os direitos fundamentais de quarta geração constituiriam resposta à globalização dos direitos fundamentais, e corresponderiam ao direito à democracia, ao pluralismo (sem monopólios do poder) e à informação correta (sem a interferência da mídia manipuladora). A democracia, enquanto direito de quarta geração, é a democracia direta.⁹³ Mas o mesmo autor diz que longínquo está o tempo da positivação desses direitos *que* “compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão somente com eles será legítima e possível a globalização política”.⁹⁴

⁹³ Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, p. 523/524.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 526.

Na visão de outros doutrinadores, os direitos fundamentais de quarta geração teriam surgido na última década, em razão do desenvolvimento tecnológico da humanidade. São aqueles direitos ligados à pesquisa genética, surgidos da necessidade de imposição de controle da manipulação do genótipo dos seres, em especial o do ser humano. Relacionam-se à biotecnologia e bioengenharia e tratam da vida e da morte. Esses direitos visam coibir eventuais abusos quanto à manipulação de embriões. Fala-se ainda no direito à mudança de sexo. Ingo Wolfgang situa estes direitos como sendo de terceira geração.⁹⁵

Wilson Steinmetz conceitua os direitos fundamentais de quarta geração “como posições jurídicas subjetivas básicas ante os progressos da ciência (e.g., biologia e ciências e tecnologias afins, ciência da computação e ciências e tecnologia afins).”⁹⁶ Hoje, já se discute a questão da Internet, que transmite informações instantaneamente em nosso mundo globalizado, mas de realidades e demandas diferentes.

Ricardo Cunha Chimenti cita o direito à democracia, à informação, ao pluralismo, à autodeterminação, à paz e ao patrimônio comum da humanidade.⁹⁷

⁹⁵ Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 54.

⁹⁶ Wilson Steinmetz, *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 94.

⁹⁷ Ricardo da Cunha Chimenti, *Apontamentos de Direito Constitucional*, p. 46.

Há hoje, de acordo com Wilson Steinmetz, uma ampliação dos direitos fundamentais, “seja no plano dos titulares, seja no plano da espacialidade; seja no plano dos âmbitos de proteção.”⁹⁸

Entendemos que, no fundo, os “novos” direitos fundamentais cuidam basicamente da proteção à vida, à liberdade, à igualdade, em suma, do respeito à dignidade da pessoa humana, que, aliás, é o norte de nossa Constituição e fundamental num Estado Democrático de Direito.

Vale reiterar o fato de que os direitos fundamentais de uma geração não se contrapõem aos de outra, mas tão-somente complementam-se, razão assistindo a Ingo Wolfgang Sarlet quando afirma que:

a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno “Direito Internacional dos Direitos Humanos.”⁹⁹

2.6 Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1988

A Constituição de 1988 é uma constituição voltada à concretização dos direitos fundamentais, já que o Brasil, constitucionalmente falando, é

⁹⁸ Wilson Steinmetz, *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 94.

⁹⁹ Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 49-50.

Estado Democrático de Direito. E conforme José Eduardo Neder Meneghelli:

O Estado Democrático de Direito almeja ultrapassar – e para sua caracterização de mister realizar – o mero formalismo do reconhecimento dos direitos fundamentais e sociais tão em voga nos Estados que se querem denominar “de Direito”, como se a mera subordinação a um conjunto de leis sem eficácia, meras tecituras gráficas, escrituras abstratas legadas à própria sorte, possa timbrar dignidade a qualquer dos membros da comunidade, muitas vezes sem o mínimo para sobrevivência.¹⁰⁰

José Ângelo Remédios Júnior coloca que:

com o advento da Constituição Federal de 1988 e a promulgação de nova ordem constitucional, foi instituído um Estado Democrático de Direito, baseado no poder emanado do povo, visando a consecução do bem comum. Ou seja, o direito posto, inserto numa estrutura piramidal, veio à tona na sua expressão de máxima hierarquia e rigidez, no vértice do sistema normativo, que é a Constituição, objetivando subjugar o fato e traçando caminhos a serem percorridos pelo Estado de Direito Democrático e Social.¹⁰¹

Na Carta de 1988, vários instrumentos processuais são previstos para a efetivação dos Direitos Fundamentais, garantindo um Estado Democrático de Direito, entre os quais o mandado de segurança individual, o mandado de segurança coletivo, o *habeas-data*, o *habeas-corporis*, o mandado de injunção e a ação popular.

¹⁰⁰ José Eduardo Neder Meneguelli, **Na Fronteira: Conhecimento e Práticas Jurídicas para a Solidariedade Emancipatória**, p. 317-318.

¹⁰¹ José Ângelo Remédio Júnior, **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, p. 185-186.

Conforme José Afonso da Silva¹⁰², em nossa Constituição os direitos fundamentais são agrupados de acordo com seu conteúdo.

Os direitos individuais estão no artigo 5º, reconhecendo autonomia aos particulares, garantindo iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado.

Os direitos coletivos, relativos ao homem membro de uma coletividade, estão também no artigo 5º da Constituição.

Os direitos sociais, tratados no art. 6º e 193 ss., são os direitos fundamentais do homem-social, constituindo os direitos assegurados ao homem em suas relações sociais e culturais.

Os direitos à nacionalidade estão dispostos no art. 12 e têm por conteúdo e objeto a definição da nacionalidade e suas faculdades.

Os direitos fundamentais do homem cidadão estão previstos nos artigos 14 a 17, constituindo-se nos direitos políticos ou ainda denominados direitos democráticos ou direitos de participação política.

Parafraseando Rogério Gesta Leal, podemos dizer que a Assembléia Constituinte de 1988 conseguiu, no interesse de grande parte da população

¹⁰² José Afonso da Silva, **Direito Constitucional Positivo**, p. 186.

brasileira, inserir matérias de ampla abrangência social, contemplando vários direitos fundamentais.¹⁰³

Por fim, hoje a grande discussão é a problemática da eficácia das normas de direitos fundamentais no âmbito das relações entre particulares, a vinculação dos particulares a direitos fundamentais. Mas este tema, embora extremamente atual e interessante, foge ao propósito deste estudo, que é justamente a ação popular como mecanismo de exercício dos direitos fundamentais no Estado Democrático de direito, ou seja, a ação popular como instrumento de controle do Estado, como meio assecuratório dos direitos fundamentais.

No próximo capítulo trataremos da ação popular, que é um instrumento processual que visa justamente garantir o exercício dos direitos fundamentais, possibilitando a qualquer cidadão participação política e o exercício da cidadania.

¹⁰³ Rogério Gesta Leal, *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*, p. 165.

3. A AÇÃO POPULAR

A importância do estudo da Ação Popular fica clara com a seguinte colocação de Jean Carlos Dias:

A demanda da sociedade de massas pela defesa dos interesses difusos e coletivos recolocou em evidência alguns institutos processuais que muito haviam se consolidado na história do Direito Processual. Esse processo de revitalização se deu em grande parte pela incidência da Constituição de 1988 que não somente ampliou como redefiniu o regulamento desses institutos.¹⁰⁴

Jean Carlos Dias inclui a ação popular entre os institutos que tiveram o raio de incidência expandido, de modo a oferecer proteção aos direitos difusos.

Carlos Ari Sundfeld também diz – referindo-se ao Estado Democrático de Direito – que superada a fase inicial, o Estado de Direito foi paulatinamente incorporando instrumentos democráticos, com a finalidade de permitir a participação do povo no exercício do poder, instrumentos esses que permitem controlar o Estado.¹⁰⁵ E, a nosso ver, que instrumento é mais democrático do que a ação popular?

¹⁰⁴ Jean Carlos Dias, *Revista Dialética de Direito Processual*, p. 80.

¹⁰⁵ Carlos Ari Sundfeld, *Fundamentos do Direito Público*, p. 50.

Ambos os autores estão certos, já que a ação popular é um instrumento de efetividade das garantias fundamentais e da soberania popular, permitindo a participação política do povo nas decisões estatais, no sentido de resguardar o patrimônio público, a moralidade administrativa, o meio ambiente e o patrimônio histórico, artístico, turístico e estético.

Cuidaremos a seguir da ação popular, desde sua origem até os dias de hoje.

3.1 Histórico

De acordo com José Afonso da Silva, a origem das ações populares perde-se na história do Direito Romano.¹⁰⁶

No direito romano, existiam as ações privadas (*privata judicia*), que eram intentadas por pessoa determinada para a reparação de dano. Ao lado das ações privadas existiam as chamadas *actio popularis*, através das quais qualquer pessoa do povo podia promover a defesa do interesse da coletividade¹⁰⁷.

J. M. Othon Sidou diz que, no direito romano, “ações populares são as que se dão à pessoa singular, ao indivíduo, não mais considerado como

¹⁰⁶ José Afonso da Silva, **Ação Popular Constitucional**, p. 11.

¹⁰⁷ Maria Sylvia Zanella di Pietro, **Direito Administrativo**, p. 641.

titular particular de um direito e sim como participante de um interesse público e defensor desse mesmo interesse público.”¹⁰⁸

Assim, para ensejar um direito de agir *pro populo*, o direito romano concebeu as "ações populares", ainda na fase ante-clássica, para tutelar o interesse do povo, da coletividade.¹⁰⁹

De acordo com Luísa Elisabeth T. C. Furtado:

desde a antiguidade, procurou-se proteger em Juízo interesses que não fossem restritos aos indivíduos, legitimando pessoas não titulares do direito lesado ou ameaçado, ao uso de interditos, pelo entendimento de que tal demanda transcendia o interesse daquele relacionado materialmente com o litígio, ainda que não sofresse dano direto. O próprio significado do nome ação popular decorre do fato de ser atribuído ao próprio povo, ou a apenas uma parcela deste, legitimidade para requerer a proteção jurisdicional de determinado interesse que não seja seu, *ut singulis*, mas que pertença à coletividade. Assim, o legitimado ativo para esta ação, através da tutela jurisdicional, faz valer um interesse *ut universis*, por isso lhe cabe como parte integrante de determinada comunidade, pois que está agindo *pro populo*.¹¹⁰

Já Celso Antonio Pacheco Fiorillo diz que, “O direito defendido pela ação popular era aquele que não correspondia ao indivíduo enquanto particular, mas sim como membro da comunidade.”¹¹¹

¹⁰⁸ J. M. Othon Sidou, “Habeas Corpus”. Mandado de Segurança. Ação Popular, p. 386.

¹⁰⁹ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Curso de Direito Constitucional, p. 316.

¹¹⁰ Luísa Elisabeth T.C. Furtado, Ação Popular, p. 47.

¹¹¹ Celso Antonio Pacheco Fiorillo, Curso de Direito Ambiental Brasileiro, p. 374.

As ações populares romanas acabaram se transformando numa exceção à regra do direito de ação, uma vez que se a *actio* era definida como direito de perseguir o que nos é devido, ou seja, um interesse pessoal, no dizer de Rodolfo de Camargo Mancuso,

as ações populares eram aceitas como uma exceção àquele princípio, justamente porque através delas o cidadão perseguia um fim altruísta, de defesa dos bens e valores mais altos dentro da gens.¹¹²

Essas ações, apesar de perseguirem o ressarcimento, não constituíam um bem privado, não passando a integrar o patrimônio do ofendido para acrescê-lo, caso fosse vencedor, embora em sendo derrotado, sofresse um ônus, que hoje seria equiparado à má-fé.

Cronologicamente falando, Roma está muito distante e, acreditando ter sido fornecido um sucinto painel quanto ao surgimento da ação popular, daremos um salto no tempo, porque nosso objetivo é falar da ação popular hoje, em nosso ordenamento jurídico, como mecanismo de exercício dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito.

J. M. Othon Sidou conseguiu, em poucas palavras, traçar o percurso deste instrumento processual ao longo do tempo. Disse ele o seguinte:

O Estado despótico, ou absolutista, em princípio é exclusivista, ou monopolizador; tem-se por infalível, infalibilidade que se

¹¹² Rodolfo de Camargo Mancuso, *Ação Popular*, p. 38.

estende a todos os seus agentes, e assim considera prescindível a colaboração do indivíduo nos misteres de fiscalização de seus atos, o fulcro objetivo da ação popular.¹¹³

Logo após, fala que;

o Estado-Nação, produto da Idade Moderna, não se fez à altura de cultivar as ações populares, o que significa, não conseguiu assimilar o conceito de convocação do povo para anteguardar seus próprios interesses.

E em seguida, arremata afirmando que “só o Estado contemporâneo permitiu o renascimento da ação popular, agora caracterizada como garantia dos direitos coletivos.”¹¹⁴

Veremos a seguir, o caminho da ação popular no Brasil, que é o cerne do nosso trabalho.

Em nosso país, a ação popular já era admitida em nosso sistema jurídico desde o regime das Ordenações, muito embora não houvesse texto escrito. Prestava-se à defesa das coisas públicas. Somente na Constituição de 1824, no artigo 156, aparece o nome “ação popular”, referindo-se à “repressão ao abuso do poder e prevaricação dos Juizes de Direito no exercício de seus cargos. E no art. 157 que “por suborno, peita, peculato e concussão, haverá contra eles a ação popular...”

¹¹³ J. M. Othon Sidou, “Habeas Corpus”. Mandado de Segurança. Ação Popular, p. 407-8.

¹¹⁴ Ibidem.

A Constituição de 1891 aboliu a ação popular.

A Constituição de 1934, em seu artigo 113, item 38, dispunha: “qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos ao patrimônio da União, dos Estados e dos Municípios.” Novamente aparece a ação popular, já com as feições de hoje.

A ação popular foi abolida na Carta Magna de 1937 e instituída de novo na de 1946, agora com a seguinte redação:

Art. 141, parágrafo 38: Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou declaração de nulidade dos atos lesivos ao patrimônio da União, dos Estados e dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista.

A partir de 1946, a ação popular passou a ser usada, apesar de não haver uma lei regulamentadora.

A regulamentação da ação popular veio com a Lei n. 4.717/65, que representou um marco no que se refere às ações coletivas destinadas a garantir o acesso das massas ao Judiciário, em defesa de bens de interesse da sociedade.¹¹⁵ Foi o primeiro diploma que, apesar de debater temas de direito instrumental, destacou questões de direito material fundamental.

¹¹⁵ Daniel Henrique Bini Mendes e Fernanda de Salles Cavedon, *Revista de Direitos Difusos*, v. 30, p. 168.

A Carta de 1967, em seu artigo 150, parágrafo 31, manteve a ação popular com o fim específico de proteção patrimonial: “Qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas.” Tal fato ocorreu porque aquela Constituição foi promulgada num período em que a participação política era cerceada. Era o período da ditadura militar e, como em qualquer ditadura, não era permitida qualquer intervenção popular, mesmo que indireta, no poder estatal.

Por conta do período ditatorial, a ação popular foi, até a promulgação da Constituição de 1988, pouco usada para a defesa dos direitos fundamentais. É preciso considerar que, da regulamentação da ação popular até a Constituição de 1988, o Brasil atravessou um período de ditadura, onde os direitos fundamentais não eram obedecidos e onde a participação popular não era incentivada, ao contrário, era desestimulada. Havia censura na imprensa e o exercício da política era cerceado.

A Constituição de 1988 ampliou o objeto da ação popular e, na visão de Celso Agrícola Barbi, passou a proteger os “direitos coletivos”, como os atos lesivos ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e cultural. Conforme o processualista, “A Constituição, no art. 5º, LXXIII, veio tornar constitucional essa proteção, ao dispor que aquela ação visa a anular ato

lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.”¹¹⁶

A Carta de 1988 inovou realmente, pois alargou o objeto da ação popular ao incluir expressamente a defesa do meio ambiente e da moralidade administrativa no raio de abrangência da ação popular, alcançando, com a defesa da moralidade administrativa, qualquer ato de improbidade.

Nelson Nery e Rosa Andrade Nery dizem que:

No sistema anterior, a tutela jurisdicional do patrimônio público somente era possível mediante ação popular, cuja legitimação ativa era e é do cidadão (CF 5º, LXXIII). O MP podia assumir a titularidade da ação popular apenas na hipótese de desistência pelo autor (LAP 9º.) A CF 129 III conferiu legitimidade ao MP para instaurar IC e ajuizar ACP na defesa do patrimônio público e social, melhorando o sistema de proteção judicial do patrimônio público, que é uma espécie de direito difuso. O amplo conceito de patrimônio público é dado pela LAP 1º., caput e parágrafo 1º.¹¹⁷

De acordo com Manoel Gonçalves Ferreira Filho,¹¹⁸ com a Constituição de 1988, houve uma “interpretação ampliativa” quanto ao conceito de patrimônio, ao se incluir a defesa do meio ambiente entre os bens tutelados pela ação popular. Até então, em sua origem romana e no

¹¹⁶ Celso Agrícola Barbi, *Proteção Processual dos Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*, in *As garantias do Cidadão na Justiça*, p. 106.

¹¹⁷ Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de Processo Civil Comentado*, p. 1330.

¹¹⁸ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de Direito Constitucional*, p. 161.

Direito Constitucional Brasileiro, a ação popular tinha por fim apenas a defesa do patrimônio público *stricto sensu*.

3.2 Conceito

A ação popular é um instituto processual pelo qual qualquer cidadão fica investido de um poder essencialmente político, na defesa da coletividade, objetivando a anulação de 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, com a condenação dos responsáveis ao pagamento de perdas e danos ou à restituição de bens ou valores, conforme o art.14, parágrafo 4º., da Lei n. 4.717/65, bem como sanar eventuais omissões do Poder Público. Portanto tem uma natureza ao mesmo tempo constitutiva e condenatória.

A ação popular resguarda os interesses da coletividade. Trata, portanto, de interesses difusos, como bem coloca Vera Lucia R.S. Jucovsky:

Com efeito, a possibilidade de tutelar o meio ambiente adveio, de forma mais clara, do fato de que a Lei n. 4.717/65, para os fins do art.1º. parágrafo único, põe à conta de patrimônio público os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético,

histórico ou turístico. Em outro falar, a lei resguarda também os interesses difusos, enquanto bens materiais.¹¹⁹

Maria Sylvania Zanella di Pietro assim define ação popular:

é a ação pela qual qualquer cidadão pode pleitear a invalidação de atos praticados pelo poder público ou entidades de que participe, lesivos ao patrimônio público, ao meio ambiente, à moralidade administrativa ou ao patrimônio histórico e cultural, bem como a condenação por perdas e danos dos responsáveis pela lesão.¹²⁰

Para Hely Lopes Meirelles,

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 ou municipal ou de suas autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas subvencionadas com dinheiro público.¹²¹

A ação popular é um meio de defesa dos direitos da coletividade, o qual pode ser empregado por qualquer de seus membros, no gozo dos direitos políticos. O cidadão vai a Juízo defender um bem da sociedade, pois como reza o artigo 1º da Carta Magna, todo poder emana do povo. Ao fazer isto, ele faz uso de um direito fundamental. De acordo com J. M. Othon Sidou:

¹¹⁹ Vera Lúcia R.S. Jucovsky, *Revista de Direito Ambiental*, v.17, p. 77.

¹²⁰ Maria Sylvania Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, p. 459.

¹²¹ Hely Lopes Meirelles, *Mandado de Segurança*, p. 121.

Com a ação popular não se vulnera apenas o ato administrativo restritivamente corporalizado no cumprimento de uma atividade funcional, porém, toda espécie de atuação do poder público, inclusive a lei, o decreto, a portaria, o regulamento, a ordem de serviço, desde que comprometa o patrimônio.¹²²

A ação popular é um manifesto de soberania popular, como mostra a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal constante abaixo.¹²³

Até a Constituição Federal de 1967, a ação popular permitia apenas a defesa do patrimônio público.

Hoje, o raio de aplicação da ação popular foi ampliado, com a proteção da moralidade administrativa e do meio ambiente. Há a defesa da coletividade, a defesa de direitos fundamentais. O cidadão é isento de custas e dos ônus de eventual sucumbência, salvo comprovada má-fé.

É um instituto típico de um Estado Democrático de Direito, onde é respeitada a soberania popular e incentivada a participação política do cidadão, constituindo-se num mecanismo implementador dos direitos fundamentais, uma garantia constitucional.

¹²² J. M. Othon Sidou, "Habeas Corpus", **Mandado de Segurança, Ação Popular. As garantias ativas dos direitos coletivos**, p. 432.

¹²³ Usurpação da competência. Processos judiciais que impugnam a portaria nº 820/98, do Ministério da Justiça. Ato normativo que demarcou a reserva indígena denominada Raposa Serra do Sol, no Estado de Roraima. Caso em que resta evidenciada a existência de litígio federativo em gravidade suficiente para atrair a competência desta Corte de Justiça (alínea f do inciso I do art. 102 da Lei Maior). Cabe ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar ação popular em que os respectivos autores, com pretensão de resguardar o patrimônio público roraimense, postulam a declaração da invalidade da Portaria nº 820/98, do Ministério da Justiça. Também incumbe a esta Casa de Justiça apreciar todos os feitos processuais intimamente relacionados com a demarcação da referida reserva indígena." (Rcl 2.833, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 05/08/05) Disponível em: [http:// www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em 01.01.2006 (A Constituição e o Supremo).

Para prosseguirmos no estudo, é preciso também conceituarmos o que seja patrimônio público, meio ambiente, patrimônio histórico e cultural e ato.

Patrimônio público é aquele pertencente ao povo, é o conjunto de bens destinados ao uso público, abrangendo os pertencentes às entidades estatais, autárquicas e paraestatais. Pode-se dizer que são bens que interessam diretamente à Administração ou à coletividade. No primeiro caso, incluem-se os prédios das repartições públicas, por exemplo. No segundo caso, as águas, as florestas, o patrimônio histórico, cultural e artístico do país. A Lei n. 4717/65, no artigo 1º, parágrafo 1º, define patrimônio público como sendo “os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico.”¹²⁴

Meio ambiente, de acordo com a Lei 6938/81, em seu artigo 3º, inciso I, é o “conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.”¹²⁵ O conceito felizmente é extremamente amplo e abrange a fauna, a flora, as águas, o solo, o mar, o ar, e também o patrimônio cultural

¹²⁴ AÇÃO POPULAR - Não integração de áreas reservadas para praças, jardins, ruas e prédios públicos ao patrimônio público - Decreto-lei n. 58/37 - Inadmissibilidade - Vedada a transformação de bem público de uso comum do povo em bem particular - Irritos a lei que autorizou a doação e o ato notarial pelo qual se materializou - Hipótese em que nem mesmo os fins sociais permitem contornar a proibição legal - Alegada irretroatividade da Lei n. 6.766/79 - Irrelevância - Desafetação incorrente - Direito adquirido, ademais, não verificado - Ação procedente - Recurso não provido. (Relator: Sousa Lima - Apelação Cível n. 212.571-1 - Santos - 14.09.94). Disponível em: <http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br>. Acesso em 17.01.2006.

¹²⁵ A lei 6938/81 dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação.

(bens e direitos de valor paisagístico, artístico, estético, histórico e turístico).

Patrimônio histórico já tem um conceito mais restrito, sendo constituído de bens que dizem respeito à história do Brasil e cuja preservação é essencial à memória nacional. É o caso, por exemplo, dos monumentos históricos; do conjunto arquitetônico do Pelourinho, em Salvador; e do casario de estilo português de São Luís do Maranhão. Na realidade, o conceito de patrimônio histórico confunde-se com o de patrimônio cultural, e acreditamos que, na realidade, o patrimônio histórico faça parte do patrimônio cultural da nação.

Patrimônio Cultural constitui-se dos bens de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, cuja conservação interessa ao país. De acordo com Hugo Nigro Mazzilli, o patrimônio cultural constitui-se de “bens de natureza material ou imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”¹²⁶. Um exemplo são as obras e documentos de interesse da nação, como os mapas cartográficos da época do descobrimento do Brasil, as pinturas de Tarsila do Amaral e os originais das obras de Jorge Amado ou Machado de Assis. Outro exemplo é o conjunto arquitetônico representado pela cidade de Brasília. Como

¹²⁶ Hugo Nigro Mazilli, *A defesa dos direitos difusos em juízo*, p. 132/3.

citado acima, também o conjunto arquitetônico do Pelourinho, em Salvador, ou o de São Luís integram o patrimônio cultural do país.

Todos esses bens incluem-se na expressão direitos difusos: em caso de lesão, um número indeterminado de pessoas é atingido por um agente da pessoa jurídica, no exercício de atribuições do Poder Público.

Celso Antonio Pacheco Fiorillo conceitua direitos difusos como um “Direito transindividual, tendo um objeto indivisível, titularidade indeterminada e interligada por circunstâncias de fato”.¹²⁷ Em seguida, fala que transindividuais são os interesses que transcendem o indivíduo e que o objeto é indivisível quando não é possível cindi-lo.

Enfim, ato é a lei, o decreto, a resolução, a portaria, o contrato e quaisquer outras manifestações do Poder Público e dos entes com funções públicas delegadas ou equiparadas. Ato lesivo, portanto, é toda manifestação de vontade da Administração que, potencial ou efetivamente, cause danos aos bens e interesses da coletividade.

3.3 Legalidade, Lesividade e Moralidade

O ato invalidável pela ação popular deve ser lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade

¹²⁷ Celso Antonio Pacheco Fiorillo, *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*, p. 6.

administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Ou seja, a lesividade é o elemento chave na ação popular.

Como bem diz Michel Temer, “é impossível a existência de um ato lesivo, mas “legal”. É que a lesividade traz em si a ilegalidade.”¹²⁸

Nós concordamos com Michel Temer, pois entendemos que não é possível falar em lesividade sem pensar em ilegalidade. Lesão quer dizer prejuízo, e não há atos prejudiciais ao interesse público que não sejam ilegais.

Também Raquel Fernandes Perrini pensa assim, pois assevera que:

Se um ato traz lesão ao patrimônio público, pressupõe-se sua ilegalidade posto que a Administração Pública jamais estará autorizada a praticar atos prejudiciais àquilo que deve tutelar.¹²⁹

Celso Ribeiro Bastos preleciona que: “São os atos lesivos que, em regra, geram a ilegalidade, porque a própria noção de lesividade acarreta o conceito de ilegalidade”.¹³⁰ Fala também que um ato pode ser ilegal e não ser lesivo ao patrimônio público, como por exemplo, a cobrança indevida de um tributo.

¹²⁸ Michel Temer, *Elementos de Direito Constitucional*, p. 188.

¹²⁹ Raquel Fernandes Perrini, *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v.3, n.11, p. 193.

¹³⁰ Celso Ribeiro Bastos, *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, n.21, p. 193.

André Ramos Tavares sintetiza bem a questão da lesividade, da ilegalidade e da imoralidade, ao asseverar o seguinte:

A ilegalidade não é requisito da ação popular, não nos ocupando aqui da discussão de se teria sido em alguma época. Por outro lado, configurada a ilegalidade, e na medida em que traz sempre em si a imoralidade da conduta do agente que assim se comporta, e sendo a imoralidade um requisito suficiente por si só, temos que a ilegalidade sempre acarretará a pertinência do questionamento popular. A lesividade, requisito que também se basta e está acima da ilegalidade, na medida em que esta pode não ocorrer, embora se promova descaradamente a sangria dos cofres públicos.¹³¹

Lúcia Valle Figueiredo pensa de forma diversa, afirmando que, “Não mais temos, na ação popular, restrição no tocante à necessidade de que o ato seja ilegal e lesivo. Não se trata mais de “e”, mas sim de “ou” lesivo.”

132

Outro entendimento dissonante é aquele defendido por Hely Lopes Meirelles, ao asseverar o seguinte: “O que o constituinte de 1988 deixou claro é que a ação popular destina-se a invalidar atos praticados com ilegalidade de que resultou lesão ao patrimônio público.” Situa a ilegalidade do ato com um dos três requisitos para a propositura da ação

¹³¹ André Ramos Tavares e Guilherme A. C. da Silva, *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v.4, n.16, p. 235.

¹³² Lúcia Valle Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo*, p. 278.

popular, ao lado da lesividade e da condição de cidadão por parte do autor.¹³³

Discordamos desses dois últimos posicionamentos, por entendermos que o ato lesivo, passível de impugnação pela via da ação popular, jamais será legal. É inimaginável um ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente ou ao patrimônio histórico e cultural que seja legal.

As ementas transcritas no rodapé mostram que o autor popular deverá, na inicial, comprovar a lesividade, seja ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente ou ao patrimônio histórico e cultural.¹³⁴

Na ação popular, o juiz deve examinar com profundidade o ato questionado com o intuito de constatar eventual lesividade passível de

¹³³ Hely Lopes Meirelles, **Mandado de Segurança. Ação Popular etc.**, p. 124.

¹³⁴ AÇÃO POPULAR - Alegação de lesividade de ato expropriatório, cujo preço se acha sob o crivo do Judiciário - Inadmissibilidade - Meio impróprio e inadequado para atingir o desiderato - Extinção do processo, sem exame do mérito, pronunciado o juízo de carência - Sentença confirmada - Recursos não providos. (Apelação Cível n. 190.259-5 - Piracicaba - 4ª Câmara de Direito Público - Relator: Soares Lima - 27.06.02 - V.U.) Disponível em: <http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br>. Acesso em 01.01.2006.

AÇÃO POPULAR - Pedido meramente indenizatório, por má execução de obra pública, regularmente contratada pela Administração Pública - Inadmissibilidade - A ação popular tem por finalidade invalidação de ato administrativo ou contrato ilegais e lesivos ao erário público, sendo o pedido indenizatório mera consequência - Extinção do processo decretada - Imposição de ônus de sucumbência - Inadmissibilidade, salvo quando comprovada má-fé dos autores populares - Artigo 5º, LXXIII - Recursos parcialmente providos. (Apelação Cível n. 7.313-5 - Pindamonhangaba - 8ª Câmara de Direito Público - Relator: José Santana - 05.11.97 - V.U.) Disponível em: <http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br>. Acesso em 01.01.2006.

nulidade. Porém a doutrina e a jurisprudência são remansosas no sentido de que ao Judiciário não é permitido apreciar o mérito do ato impugnado através da ação popular, mas tão somente julgar a lesividade desse ato.¹³⁵ A discricionariedade do ato cabe à Administração Pública e seus agentes. E por discricionariedade deve-se entender a “liberdade de ação dentro dos limites legais.”¹³⁶

O Judiciário, neste instituto processual, terá por objeto de exame apenas e unicamente a lesividade do ato impugnado, não cabendo pronunciar-se sobre a conveniência, oportunidade ou eficiência, que dizem respeito ao mérito administrativo, já que esse exame está fora da alçada do Estado-Juiz.

Na verdade, a separação da pressão política sobre o Estado ou, mais precisamente, sobre a Administração Pública, do aspecto puramente técnico da ação ou da sua natureza eminentemente jurídica, não é muito simples. Não é raro o interesse da coletividade vir disfarçado em interesse de grupos, ou de parcelas restritas da sociedade, não configurando, ainda que de forma indireta, o proveito comum.¹³⁷

¹³⁵ AÇÃO POPULAR - Liminar suspendendo efeitos de contrato de prestação de serviços de advocacia - Inexistência de ilegalidade na decisão - Presença dos requisitos que autorizam a concessão de liminar - Hipótese em que a municipalidade conta com procuradores concursados para a execução da mesma atividade do advogado contratado - Inexistência de intromissão do Judiciário na administração municipal - Ocorrência de mero exame da legalidade do ato administrativo - Agravo improvido. (Agravo de Instrumento n. 264.238-1 - Guarujá - 4ª Câmara Civil - Relator: G. Pinheiro Franco - 28.09.95 - V.U.) Disponível em: <http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br>. Acesso em 01.01.2006.

¹³⁶ Carlos Pinto Coelho Motta, *Revista de Direito e Administração Pública* n.33, p. 46.

¹³⁷ Alcebíades da Silva Minhoto Júnior, *Teoria e Prática da Ação Popular Constitucional*, p. 76.

A ausência de lesividade acarretará a improcedência do pedido.¹³⁸

Podemos conceituar ato lesivo como sendo aquele ato ou omissão administrativa que desfalca os cofres públicos, ou afronta a moralidade administrativa, ou aquele que causa danos ao patrimônio histórico, artístico, cultural ou ambiental da comunidade. A lesão normalmente incide sobre aspectos econômicos da Administração Pública, mas pode ser de natureza moral, espiritual, estética, histórica e ambiental, ou seja, danos de natureza difusa.¹³⁹

Para Hely Lopes Meirelles,

A “lesão tanto pode ser efetiva quanto legalmente presumida, visto que a lei regulamentar estabelece casos de presunção de lesividade (art.4º.), para os quais basta a prova da prática do ato naquelas circunstâncias para considerar-se lesivo e nulo de pleno direito.”¹⁴⁰

Celso Ribeiro Bastos assevera o seguinte:

¹³⁸ AÇÃO POPULAR - Zona Azul - Insurgência contra implantação de áreas especiais de estacionamento em locais públicos pela municipalidade, mediante cobrança do preço correspondente ao tempo de permanência do veículo no local, cabendo-lhe estabelecer e disciplinar os locais de estacionamento - Legitimidade da exigência de prestação pecuniária ou de tarifa, que não se confunde com a modalidade tributária - Inexistência de ilegalidade, nos termos do art. 30, I e VIII da Constituição da República de 1988 e art. 181 da Constituição Estadual de 1989 - Pressuposto de lesividade ao patrimônio público, ademais, não caracterizado, sendo o contrário, medida em proveito dos próprios municípios - Ação improcedente. (Relator: Márcio Bonilha - Apelação Cível 140.260-1 - 18.04.91 - Sorocaba). <http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br>. Acesso em 02.01.2006.

¹³⁹ CERCEAMENTO DE DEFESA - Inocorrência - Indeferimento de perícia em ação popular - Promovente que não forneceu parâmetros de confronto que justificassem uma perícia mais minuciosa - Preliminar rejeitada Constituindo a lesividade a substanciação da ação popular, é imprescindível que a própria promovente, desde logo, forneça parâmetros de confronto que justifiquem uma perícia mais minuciosa. (Relator: Jorge Tannus - Apelação Cível n. 194.778-1 - São Paulo - 21.10.93). <http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br>. Acesso em 02.01.2006

¹⁴⁰ Hely Lopes Meirelles, **Mandado de Segurança, Ação Popular etc.**, p. 125.

patrimônio público. É por isso que, nada obstante reconhecer a procedência da exigência dos dois requisitos, para efeito de compreensão do autêntico móvel da ação popular deve-se considerar o elemento lesividade. Sem esta não há pensar-se em ação popular.¹⁴¹

A legalidade, de acordo com Hely Lopes Meirelles, é um dos princípios básicos da Administração e significa:

que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e às exigências do bem-comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.¹⁴²

Conforme Ezequiel Antonio Balthazar, “o Estado de Direito assenta no princípio da legalidade”.¹⁴³ E o Brasil, indubitavelmente, é um Estado de Direito, razão pelo que os administradores devem pautar sua conduta sob o prisma da legalidade.

Illegal é o ato que contraria o Direito, infringindo as normas que orientam a sua prática ou que se desvia dos princípios gerais norteadores da Administração Pública.

Por moralidade administrativa entenda-se o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da administração, e o descumprimento a essas regras fundamentará o pedido de nulidade do ato. Ofendido o

¹⁴¹ Celso Ribeiro Bastos, *Cadernos de Direito tributário e Finanças Públicas*, n.21, p. 193.

¹⁴² Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 70.

¹⁴³ Ezequiel Antonio Ribeiro Balthazar, *Direito Regulatório. Temas Polêmicos*, p. 59.

princípio da moralidade administrativa, o ato deverá ser invalidado, vez que com certeza também será lesivo ao patrimônio público. Esses vícios deverão ser devidamente mostrados na petição inicial.¹⁴⁴

Para Celso Ribeiro Bastos, moralidade administrativa significa “a defesa do comportamento eticamente desejável dentro de uma Administração submetida ao direito e dirigida ao bem comum”.¹⁴⁵

De acordo com Luiz Manoel Gomes Junior:

pelo princípio da moralidade administrativa, deve o administrador guiar-se pela noção de moral, buscando na finalidade do ato administrativo o interesse público, de modo que o seu agir seja sempre guiado pelos parâmetros legais, almejando um resultado o mais satisfatório possível para a coletividade. Toda vez que tal finalidade - interesse público -

¹⁴⁴ AÇÃO POPULAR - Prefeito - Mensagens natalinas veiculadas em seu nome às custas do erário - Propaganda de caráter pessoal - Infração aos princípios da moralidade e impessoalidade da administração pública - Violação do artigo 37, § 1º, da Constituição Federal - Obrigação de recompor o patrimônio público lesado - Pedido procedente - Recurso não provido. (Apelação Cível n. 84.931-5 - Jacareí - 8ª Câmara de Direito Público - Relator: Antonio Villen - 19.04.2000 - M.V.) <http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br>. Acesso em 01.01.2006.

RECURSO - Ex officio e apelações cíveis opostas pelas partes - Ação popular - Insurgência do autor contra ato administrativo que, com base na Lei Municipal de Orlandia n. 2.491/93, concedeu aos servidores, nominados na própria lei, “Adicional de Produtividade” de até 50% - Ação julgada procedente na origem - Inconformismo do autor quanto à verba honorária fixada em R\$ 1.000,00 - Recursos dos requeridos defendendo a legalidade do ato atacado e pretendendo a reforma da decisão - Recurso do autor popular provido para adequar a verba honorária - Recursos oficial e voluntários dos réus não providos. “O ato administrativo, fundado em lei casuista de efeitos concretos de concessão de benefício a número determinado e identificado de servidores, sem justificação das razões do discrimen, ofende o princípio da legalidade moralidade e, ainda, o princípio dos motivos determinantes e resta contaminado com o vício da nulidade, não podendo prevalecer ou ter eficácia válida”. (Apelação Cível n. 209.183-5/6 - Orlandia - 3ª Câmara de Direito Público - Relator: Rui Stoco - 27.05.03 - V.U.) <http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br> Acesso em 20.03.2006.

¹⁴⁵ Celso Ribeiro Bastos, *Curso de Direito Constitucional*, p.225.

não estiver sendo objetivada, não se pode ter como respeitado o princípio da moralidade.¹⁴⁶

Weida Zancaner, discorrendo sobre o princípio da moralidade, diz que:

em síntese, podemos dizer que o administrador afrontará o princípio da moralidade todas as vezes que agir visando interesses pessoais, com o fito de tirar proveito para si ou amigos, ou quando editar atos maliciosos ou desleais, ou ainda, atos caprichosos, atos exarados com o intuito de perseguir inimigos políticos, quando afrontar a probidade administrativa, quando agir com má-fé ou de maneira desleal.¹⁴⁷

O administrador público deve ater-se ao cumprimento da lei na execução de qualquer ato administrativo e, ao fazer isso, com certeza observará os princípios da legalidade e da moralidade.¹⁴⁸

¹⁴⁶ Luiz Manoel Gomes Junior, *Ação Popular. Aspectos Polêmicos*, p.14.

¹⁴⁷ Weida Zancaner, *Razoabilidade e Moralidade: Princípios concretizadores do Perfil Constitucional do Estado e democrático de Direito*. In: Mello, Celso Antonio Bandeira (org.). *Direito Administrativo e Constitucional. Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba 2*, p. 632.

¹⁴⁸ Código: 01040 Matéria: AÇÃO POPULAR Recurso: AC 203733 1 Origem: SB CAMPO Órgão: CCIVF 3 Relator: ALFREDO MIGLIORE Data: 01/03/94 Decisão: - AÇÃO POPULAR - PREFEITO - PUBLICAÇÃO DE ANUNCIOS DE APOIO A GREVE POSICIONAMENTO IDEOLÓGICO E PARTIDÁRIO DA AUTORIDADE MUNICIPAL - ATO ILEGAL E LESIVO AOS COFRES PUBLICOS - DESVIO DE FINALIDADE CARACTERIZADO - RNP. O PRINCIPIO DA FINALIDADE, SIGNIFICANDO A ADEQUAÇÃO DO ATO AO SEU FIM LEGAL, TEM INTIMA ASSOCIAÇÃO COM O CONCEITO DE MORALIDADE ADMINISTRATIVA, COMO VALIDADE DA CONDUTA FUNCIONAL DO AGENTE DO PODER. <http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br>. Acesso em 20.03.2006.

3.4 Ação Popular X Mandado de Segurança

A ação popular e o mandado de segurança têm raio de abrangência próprio, não podendo jamais ser confundidos.

Como já exposto neste estudo, a ação popular presta-se a que o indivíduo, como cidadão, possa postular a anulação ou a declaração de nulidade de 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.

Como cidadão, o autor popular defende os interesses da sociedade em geral, promovendo a garantia de direito pertencente a todos.

Na ação popular, portanto, há a defesa da comunidade, com a possibilidade de ampla produção de provas no sentido de comprovar o direito. E a única exigência em termos de legitimidade é que o autor seja cidadão. Aqui há a proteção a interesses da sociedade.

Já no mandado de segurança, o autor ajuíza pedido individual, requerendo direito que diz respeito unicamente a ele, postulando a garantia de direito pessoal reconhecido pelo ordenamento jurídico. Quanto ao mandado de segurança coletivo, a ação é proposta na defesa de interesses

de um grupo determinado, pelas pessoas legitimadas pelo inciso LXX do artigo 5º da Constituição: partido político com representação no Congresso Nacional ou organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados. Mas, nos dois casos, o mandado de segurança presta-se a invalidar atos de autoridade ofensivos a direito individual ou coletivo (de um grupo determinado) líquido e certo.

Portanto, a grande diferença entre estes dois institutos diz respeito à natureza dos direitos defendidos em juízo: na ação popular trata-se de ação proposta por um cidadão, com possibilidade de ampla produção de provas, em defesa da sociedade como um todo, enquanto no mandado de segurança cuida-se de direitos individuais ou coletivos (de um grupo determinado), mas dotados de liquidez e certeza. No dizer de Celso Agrícola Barbi, no tocante ao mandado de segurança, há a necessidade de que os fatos constitutivos dos direitos sejam certos, provados de plano, documentalmente.¹⁴⁹

Assim, enquanto no mandado de segurança individual o que move o autor é o interesse individual, e no mandado de segurança coletivo o interesse de um grupo, na ação popular o que impulsiona o autor popular é o interesse público. E o mandado de segurança, seja coletivo ou individual,

¹⁴⁹ Celso Agrícola Barbi, *As garantias do cidadão na justiça*, p. 106.

pressupõe a certeza do direito, a liquidez demonstrada já na petição inicial, enquanto a ação popular comporta a produção posterior de provas.

Como bem coloca J. M. Othon Sidou, é caso de mandado de segurança se o ato questionado atinge um indivíduo ou um determinado grupo de indivíduos, cada um dos quais direto destinatário da ofensa, enquanto cabe ação popular se o ato atinge uma coletividade mas não se concentra concretamente numa só pessoa, ou grupo de pessoas particularizadas.¹⁵⁰

Mas há mais diferenças. Na ação popular, como adiante será melhor explicitado, somente o cidadão tem legitimidade ativa, ao passo que no mandando de segurança individual qualquer pessoa pode propô-lo. Quanto ao pólo passivo, no mandado de segurança figura a autoridade que praticou a suposta coação, e na ação popular está a pessoa jurídica dentro da qual se deu a lesividade; as autoridades, funcionários e administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado pessoalmente ato ou firmado contrato impugnado, ou que, por omissão, tiverem dado oportunidade à lesão, como também os beneficiários diretos do mesmo ato ou contrato.

O ponto comum entre a ação popular e o mandado de segurança é o fato de ambos serem garantias constitucionais, constituindo ações de

¹⁵⁰ J. M. Othon Sidou, "Habeas Corpus", *Mandado de Segurança, Ação Popular*, p. 427-8.

natureza civil, destinadas a provocar o controle jurisdicional de atos de autoridade, por ilegalidade ou abuso de poder.

3.5 Ação Popular X Ação Civil Pública

A ação civil pública visa à defesa do patrimônio público, dos bens coletivos, dos direitos difusos e dos direitos individuais homogêneos. Estão legitimados a intentá-la o Ministério Público, a União, os Estados e os Municípios, as autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista e associações constituídas há mais de um ano que tenham entre seus objetivos a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ao patrimônio histórico, artístico, estético, turístico e paisagístico.

Trata-se de legitimação concorrente outorgada pela Constituição de 1988, mas apenas o órgão do Ministério Público pode promover o inquérito civil público, para a coleta dos dados preliminares que irão fundamentar o ajuizamento da ação civil pública.

A ação civil pública tem por fim a condenação dos causadores dos danos, visando à reconstituição dos bens lesados. Portanto, objetiva à reparação do dano.

A ação popular, por sua vez, como já visto, é o meio previsto constitucionalmente que habilita qualquer cidadão a anular atos ou contratos administrativos lesivos ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico ou cultural. Tem também um cunho preventivo, porque através dela é possível a suspensão liminar do ato lesivo impugnado, conforme prevê o parágrafo 4º., do artigo 5º., da Lei da Ação Popular. Tem legitimação para intentá-la qualquer cidadão no gozo de seus direitos políticos.

Tanto a ação civil pública como a ação popular tutelam a defesa do patrimônio público (em sentido lato) em juízo. A ação civil pública, instituída pela Lei n.7347, de 24 de julho de 1985, possui um “núcleo comum” com a ação popular, núcleo esse acentuado na nova Constituição Federal, visto que ambas tutelam o meio ambiente e bens e direitos de valor histórico e cultural.

Essas ações diferenciam-se quanto à legitimação ativa e à passiva; quanto ao rito e quanto à competência.

No tocante à legitimidade ativa, a grande diferença entre elas é que para a ação popular está legitimado somente o cidadão e, para a ação civil pública, entre outros legitimados, o órgão do Ministério Público. Quanto à legitimidade passiva, a ação popular volta-se em face de entidade da

Administração, além dos sujeitos mencionados nos artigos 1º e 6º da Lei da Ação Popular, enquanto qualquer pessoa pode ser ré na ação civil pública. Quanto à competência: a Lei nº. 7.347/85, que trata da Ação Civil Pública, prevê a competência absoluta do local do dano, enquanto a competência na ação popular obedece à regra geral do Código de Processo Civil. E ainda, de acordo com Celso Antonio Pacheco Fiorillo, a ação popular visa a atacar o ato, enquanto a ação civil pública procura atacar as conseqüências, objetivando à reparação do dano.¹⁵¹

Na verdade, a ação civil pública e a ação popular são mecanismos extremamente próximos: ambas visam à proteção do patrimônio público, este compreendido no sentido lato; ambas permitem medida liminar, com ou sem justificção prévia; a sentença de procedência tem efeito *erga omnes*; e o litigante de má-fé deve ser condenado nas custas e honorários advocatícios.¹⁵²

¹⁵¹ Celso Antonio Pacheco Fiorillo, **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**, p. 380.

¹⁵² AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Desvio de dinheiro dos cofres públicos - Propositura pelo Ministério Público visando a restituição do "quantum" desviado por agentes políticos - Admissibilidade - Legitimidade "ad causam" - Circunstância que não afasta a ação popular com o mesmo objetivo, inclusive o de exigir a moralidade administrativa - Voto vencido (TJMG) RT 721/222). Disponível em: <http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br>. Acesso em 02.01.2006.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Anulação de contratos administrativos - Cabimento - Distinção entre a ação proposta e a ação popular - Inteligência dos artigos 5º e 129, III, da Constituição da República - Embargos rejeitados. Nada obstante consigne o inciso LXXIII, do artigo 5º da Constituição da República que qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público. tal não quer significar que não possa o Ministério Público, por meio da ação civil pública, buscar o mesmo objetivo, sem provocação de populares ou de outros servidores públicos. (Embargos de Declaração n. 228.723-1 - Santos - Relator: JORGE TANNUS - CCIV 5 - V.U. - 30.03.95). Disponível em: <http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br>. Acesso em 01.01.2006.

3.6 Ação Popular X Ação de Improbidade Administrativa

A ação popular e a ação de improbidade administrativa são instrumentos processuais que visam a proteção do patrimônio público.

A Lei n.8429, de 02 de junho de 1992, também conhecida por Lei do Colarinho Branco, e a legislação complementar definem a improbidade administrativa como sendo auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades já mencionadas, enumerando ainda mais doze incisos que tipificam perfeitamente a conduta. Esta legislação regulamenta o disposto na Constituição vigente que, em seu art.37, inc.XXI, parágrafo 4º, diz que:

os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

A Lei n.8429/92 abrange o enriquecimento ilícito (artigo 9º), o prejuízo ao Erário (art.10º) e o atentado aos princípios da Administração (art.11).

Podemos dizer que Improbidade Administrativa é o designativo técnico para a chamada corrupção administrativa que, sob diversas formas,

promove o desvirtuamento da Administração Pública e afronta os princípios nucleares da ordem jurídica, caracterizando-se pela obtenção de vantagens patrimoniais indevidas às expensas do erário, pelo exercício nocivo das funções e empregos públicos, pelo "tráfico de influência" nas esferas da Administração Pública e pelo favorecimento de poucos em detrimento dos interesses da sociedade, mediante a concessão de vantagens e privilégios ilícitos.¹⁵³

Qualquer agente público poderá vir a ser o sujeito ativo. O agente público vem conceituado no artigo 2º, da Lei da Improbidade Administrativa, como sendo todo aquele que exerce, mesmo que transitoriamente, ou sem remuneração, por eleição, contratação, designação ou qualquer outra forma de vínculo, mandato, cargo ou função nas entidades indicadas no artigo 1º. Mas também pode ser sujeito ativo aquele que, não sendo agente, concorra ou induza para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie, sob qualquer forma direta ou indireta. O agente ou terceiro beneficiário dos bens ou de valores acrescidos ao

¹⁵³ AÇÃO POPULAR - Improbidade administrativa - Concurso público dirigido ao irmão e ao filho do presidente da Câmara Municipal - Inadmissibilidade - Ocorrência de desvio de finalidade do concurso público, desrespeito aos princípios da publicidade, impessoalidade e da moralidade administrativa - Apelo improvido. (Apelação Cível com Revisão n. 300.314-5/9-00 - Nhandeara - 7ª Câmara de Direito Público - Relator: Walter Swensson - 21.11.2005-V.U.Voto n. 18.068) Disponível em: <http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br>. Acesso em 21.03.2006.

patrimônio, que deu origem ao enriquecimento ilícito, ficará sujeito à perda desses bens.¹⁵⁴

Esses atos de improbidade administrativa implicarão na suspensão dos direitos políticos, na perda da função pública, na indisponibilidade dos bens e no ressarcimento ao erário, de conformidade com a forma e a graduação prevista na lei. Esta tem, segundo o § 4º do citado dispositivo, sanções próprias que não excluem as penas criminais.¹⁵⁵

O sujeito passivo é toda pessoa jurídica de direito público interno: União, Estados, Distrito Federal, Municípios e autarquias. Também o são os entes públicos ou privados que participem direta ou indiretamente do dinheiro público, de seu patrimônio ou da receita anual.

¹⁵⁴ AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Ilícito de improbidade administrativa - Declaração de indisponibilidade de bens de pessoa jurídica acusada de participação no ato reputado ilegal - Possibilidade - Ilícito que mesmo sendo praticado apenas por pessoas físicas pode ter a participação de pessoas jurídicas, recaindo também sobre estas a medida cautelar da indisponibilidade dos bens - Recurso não provido. Ainda que os atos de improbidade administrativa só possam ser praticados por agentes públicos, pessoas físicas, se terceiros se beneficiam daqueles atos, sejam pessoas físicas ou jurídicas, auferindo vantagens indevidas em detrimento do patrimônio público, podem também ser responsabilizadas, ficando seus bens indisponíveis para garantia de eventual indenização como medida de cautela. (Agravo de Instrumento n. 77.298-5 - São Paulo - 8ª Câmara de Direito Público - Relator: Celso Bonilha - 22.04.99 - V.U.). Disponível em: <http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br>. Acesso em 21.03.2006.

¹⁵⁵ AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Improbidade administrativa - Liminar decretando a indisponibilidade de bens - Inadmissibilidade - Nos termos do artigo 7º da Lei Federal n 8.429/92, o juiz somente decretará a indisponibilidade dos bens do acusado de improbidade administrativa mediante pedido formulado pelo Ministério Público, devidamente justificado, e demonstrada a imperiosa necessidade de assegurar ao processo principal a sua idoneidade para cumprir, de maneira eficaz, a tutela jurisdicional definitiva - A indisponibilidade não pode ser decretada sobre todos os bens do réu, mas apenas sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito - Artigo 5º, LIV e LV da Constituição Federal - Recurso provido para indeferir a liminar. (Agravo de Instrumento n. 311.800-5/2-00 - São Simão - 8ª Câmara de Direito Público - Relator: Toledo Silva - 28.05.03 - V.U.) Disponível em: <http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br>. Acesso em 21.03.2006.

A lei é precisa e determina, em cumprimento à Constituição, o zelo pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. Entretanto, essa relação não é exaustiva.

A probidade administrativa está intimamente ligada à moralidade administrativa. A moralidade administrativa contém a probidade administrativa, que é uma de suas manifestações. Conforme José Afonso da Silva, “a probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial pela Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão dos direitos políticos.” A improbidade consiste na “imoralidade administrativa qualificada.”¹⁵⁶ Ele diz ainda que a probidade é o dever de o “funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício de suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades dela decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer.”

A improbidade pressupõe a desonestidade e relaciona-se com a conduta do administrador, podendo ser praticada não apenas pelo agente

¹⁵⁶ José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 653.

público, *lato sensu*, senão também por quem não é servidor e infringe a moralidade pública.¹⁵⁷

Apesar das semelhanças, já que a ação popular combate atos contrários à moralidade administrativa e a improbidade administrativa é uma forma de moralidade, há diferenças entre a ação popular e a ação de improbidade: nas ações populares há que se comprovar, pelo menos, que o ato questionado é lesivo, não sendo suficiente a violação ao princípio da moralidade pública, notadamente ao tratar-se apenas de vícios formais. E não é preciso que ocorra dano ao Erário para que se caracterize a improbidade, já que ela está presente quando há só o enriquecimento ilícito e quando há atentado contra os princípios da Administração Pública. O enquadramento do ato pode dar-se isoladamente, em uma das três hipóteses, ou, cumulativamente, em duas ou nas três.¹⁵⁸

De acordo com Aristides Junqueira Alvarenga:

¹⁵⁷ ADMINISTRATIVO - Ação civil por improbidade administrativa - Condenação de Prefeito pela não aplicação de percentuais mínimos na manutenção do ensino e pela abertura de créditos adicionais sem recursos, gerando déficit orçamentário - Decisões governamentais de alta complexidade e importância - Possibilidade de ocorrência de erros nas medidas executivas à decisão e determinação do administrador municipal - Exclusão legal da lei de improbidade administrativa (Lei n. 8.429/92) do administrador inábil que não cause prejuízo ao erário público - Precedentes - Responsabilidade civil não caracterizada - Necessidade de que haja abuso de poder ou má-fé do Prefeito para que sua conduta seja passível de punição - Recurso provido para julgar a ação improcedente. (Apelação Cível n. 212.177-5/6 - Penápolis - 8ª Câmara de Direito Público - Relator: Celso Bonilha - 14.05.03 - V.U.) Disponível em: <http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br>. Acesso em 21.03.2006.

¹⁵⁸ PREFEITO MUNICIPAL - Improbidade administrativa - Vício de licitação - Contratação ilegal - Alegada ausência de prejuízo ao erário - Irrelevância - Fato que consubstancia violação ao princípio da moralidade administrativa - Imposição de sanção civil, cuja graduação permite ao juiz a fixação conforme seu livre convencimento - Exclusão da pena de suspensão dos direitos políticos - Recurso parcialmente provido - JTJ 271/213 Disponível em: <http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br>. Acesso em 21.03.2006.

Quando a conduta administrativa lesiva ao patrimônio público não é marcada por forma qualificada de imoralidade administrativa a Constituição Federal prevê, como direito e garantia individual, a ação popular (art.5º., LXXIII), devendo a condenação se ater à nulidade do ato ilegal ou imoral, causador da lesão patrimonial, com a conseqüente reparação do dano, nos termos da Lei 4.717, de 29.6.1965.¹⁵⁹

Um pouco antes, no mesmo artigo, o autor aponta a desonestidade da conduta como nota característica da improbidade, e como conseqüência o dano ao Erário e ou a obtenção de vantagem indevida ao ímprobo ou a outrem, o que nos leva a estabelecer que uma das diferenças entre a ação popular e a ação de improbidade é que enquanto na primeira o pressuposto básico é a lesão ao patrimônio público (no sentido lato da expressão), na segunda é a desonestidade do agente. Na ação popular não é preciso que o causador do dano tenha agido com desonestidade.

Outra diferença entre a ação de improbidade administrativa e a ação popular é a questão da legitimidade para a propositura da ação respectiva: enquanto na ação popular, somente o cidadão tem legitimidade para propor a ação popular, na ação de improbidade qualquer pessoa, o Ministério Público e o representante da Fazenda Pública podem propor o processo.

Também o rito das duas ações é diferente, pois, na ação de improbidade, o Juiz receberá a ação, mandará autuá-la e determinará a

¹⁵⁹ Aristides Junqueira Alvarenga, *Improbidade administrativa. Questões Polêmicas e Atuais*, p. 108.

notificação do requerido para que este apresente manifestação por escrito, no prazo de quinze dias. Essa manifestação poderá ser acompanhada de documentos e justificativas, e levando em conta essa “defesa prévia”, o Juiz poderá concluir – fundamentadamente – pela rejeição da ação, pela inexistência do ato de improbidade, pela improcedência da ação ou da inadequação da via eleita. Portanto, é dada aos sujeitos passivos da ação uma oportunidade de defesa preliminar, a qual, se rejeitada, levará à formal citação, o que não ocorre na ação popular.¹⁶⁰

Diversas são as sanções aplicáveis, já que enquanto a ação popular visa à anulação do ato lesivo e à condenação dos responsáveis ao pagamento de perdas e danos ou à restituição de bens ou valores, nos termos do art.14, parágrafo 4º, da Lei da Ação popular, a ação de improbidade pode implicar a suspensão dos direitos políticos, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento dos danos causados ao erário.

Como leciona Hely Lopes Meirelles,

Além da invalidade do ato ou do contrato e das reposições e indenizações devidas, a sentença em ação popular, não poderá impor qualquer outra sanção

¹⁶⁰ AGRAVO DE INSTRUMENTO - Ação de improbidade administrativa - Defesa prévia dos acionados - Sendo insuficientes para afastar a causa de pedir e diante da plausibilidade dessa última, não há ilegalidade na rejeição da defesa e o prosseguimento da ação, bastando para isso decisão suficientemente fundamentada, ao teor do art. 165 do CPC. Art. 17, § 9º, da Lei 8.424/92 e inciso IX, do art. 93 da CF/88 - Caso em que houve revisão de ato administrativo precluso por autoridade, em tese, incompetente para o ato, com pagamento retroativo de salários para a servidora readmitida ao serviço, a configurar atos de improbidade administrativa - Questão que enseja discussão no âmbito do contraditório para decisão final, em sentença de mérito - Admissibilidade da ação proposta - Recurso improvido. (Agravo de Instrumento n. 332.298-5/3 - Bauru - 8ª Câmara de Direito Público - Relator: José Santana - 22.10.03 - V.U.) Disponível em: <http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br>. Acesso em 21.03.2006.

aos vencidos. Sua natureza civil não comporta condenações políticas, administrativas ou criminais.¹⁶¹

Enfim, na ação de improbidade, quando o ato é praticado por servidor público, é paralelamente instaurado processo na esfera administrativa para apuração da responsabilidade administrativa, sem prejuízo da concomitante ação penal, quando a conduta é tipificada como ilícito penal (neste caso contra o servidor e o particular que tenha participado do ato).

3.7 Legitimidade

3.7.1 Legitimação Ordinária X Extraordinária

A ação popular tem como características básicas o fato de que sua titularidade cabe a qualquer cidadão e que este age em defesa de interesses públicos, nunca de um interesse individual. É indubitavelmente uma manifestação da soberania popular.

A questão da legitimação é controversa. Há divergências doutrinárias relevantes quanto a ela ser ordinária ou extraordinária.

Por legitimação ordinária entenda-se a parte defender, no processo, a tutela jurídica de um direito seu, ou seja, direito próprio em nome próprio.

¹⁶¹ Hely Lopes Meirelles, *Mandado de Segurança, Ação popular etc.*, p.151.

Já na legitimação extraordinária, a parte litiga em nome próprio, mas em defesa de um direito alheio. É o denominado substituto processual, que atua como parte na relação processual, em nome próprio, nunca em nome do substituído, mas defendendo interesses de outrem.¹⁶²

José Afonso da Silva e ainda Rodolfo de Camargo Mancuso abraçam a tese de que se trata de legitimação ordinária, já que o cidadão atua em nome próprio, em defesa de direito próprio. Seria, portanto, um legitimado ordinário, não substituindo nem representando ninguém, apenas defendendo um interesse seu de ver resguardada a *res publica*, a moralidade administrativa, o meio ambiente e o patrimônio histórico e cultural.¹⁶³

Rodolfo de Camargo Mancuso diz que o autor popular, ao ingressar com a ação,

está exercendo, enquanto cidadão no gozo de direitos políticos, a sua quota parte no direito geral a uma administração proba e eficaz, pautada pelos princípios assegurados nos arts.37, 170, 215 e outros da CF. Sob essa ótica, não haveria necessidade de recorrer-se à figura da substituição processual, para explicar sua atuação em juízo.¹⁶⁴

¹⁶² Humberto Theodoro Júnior, *Curso de Direito Processual Civil*, v.I, p. 57.

¹⁶³ Rodolfo Camargo Mancuso, *Ação Popular*, p.133.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p.135.

Na visão de José Afonso da Silva, o autor popular defende “interesse próprio como titular da soberania popular que fundamenta sua legitimação para agir na ação popular corretiva como é a nossa”.¹⁶⁵

Já Ada Pellegrini Grinover, quanto à legitimação, diz que:

Ora, do ponto de vista subjetivo, tanto na ação civil pública supra mencionada, como na ação popular constitucional ajuizada pelo cidadão, os respectivos autores (o primeiro público, os demais populares) agem como substitutos processuais da coletividade.¹⁶⁶

Ou seja, se tratar-se-ia de legitimação extraordinária.

Alcides A. Munhoz da Cunha é da seguinte opinião:

A ação popular contempla um caso de legitimação extraordinária, porque o cidadão quando atua em nome próprio para a preservação do patrimônio público, exerce também a defesa do interesse de outros tantos cidadãos que, a despeito de figurarem como parte no conflito ou lide, não são partes formais na ação.¹⁶⁷

A maioria da doutrina posiciona-se a favor da tese de que, na ação popular, se trata de legitimação extraordinária.¹⁶⁸

¹⁶⁵ José Afonso da Silva. In Prefácio da obra de Rodolfo de Camargo Mancuso, *Ação Popular*, p. 10.

¹⁶⁶ Ada Pellegrini Grinover, *Cadernos de Direitos Constitucional e Ciência Política*, v. 5, n.19, p. 53.

¹⁶⁷ Alcides A. Munhoz da Cunha, *Revista da Procuradoria Geral da República*, n. 8, p. 249.

¹⁶⁸ Elival da Silva Ramos, *A Ação Popular como instrumento de participação política*, p. 150.

Interessante ponto de vista expressa Elival da Silva Ramos, ao afirmar que:

Na verdade, a discussão em torno da legitimação com que atua o autor popular, embora rica em construções técnico-jurídicas, não apresenta conseqüências práticas de monta: afinal, o que importa é a legitimação para agir, sem o que não se pode utilizar o instrumento com autonomia, transformando-se em questão meramente acadêmica o definir se a *legitimatio ad causam* é ordinária ou extraordinária.¹⁶⁹

Concordamos em parte com Elival da Silva Ramos. Não importa muito, de fato, discussões doutrinárias quanto à legitimação.

Todavia, podemos dizer que, muito embora o cidadão, num ato de participação política, postule direitos em favor de toda a sociedade na qual está inserido, na realidade atua fundamentalmente em seu próprio interesse. O autor popular, enquanto cidadão, tem como direito fundamental o direito a uma gestão eficiente e proba por parte do administrador público, respeitando-se o patrimônio público (aqui entendido no sentido amplo do termo), a moralidade administrativa e o meio ambiente.

¹⁶⁹ Ibidem. p.152.

3.7.2 Legitimidade Ativa

Para figurar no pólo ativo, o requisito subjetivo é ser cidadão.¹⁷⁰

Quanto ao requisito objetivo, é a ilegalidade e/ou imoralidade praticada pelo Poder Público ou entidade de que ele participe e a lesividade ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural etc. Aqui é preciso ressaltar que a lesividade do ato é essencial para a viabilidade jurídica do pedido.

Cidadão, de acordo com a doutrina e o entendimento do Judiciário, até agora, quer dizer aquele que pode participar do processo político instituído, ou seja, aquele que elege e aquele que pode ser eleito.

Oswaldo Agripino de Castro Junior define cidadania assim:

A ação política do cidadão contra o Estado ou terceiro, através do Estado, para exigir direitos que são inerentes à sua personalidade jurídica, Tais direitos fazem parte do patrimônio do cidadão, denominados *direitos de cidadania*, que são o conjunto de direitos e obrigações civis, sociais, políticas, econômicas e culturais, concedidos pelo Estado, e que servem como requisito para que esse possa conviver em sociedade, subordinando os seus interesses aos da comunidade em que vive (sociedade civil).¹⁷¹

¹⁷⁰ AÇÃO POPULAR - Litisconsórcio facultativo - Desistência por alguns dos autores - Irrelevância - Prosseguimento do feito - Legitimidade ativa conferida a qualquer cidadão nacional (TJMG - Ement.) RT 610/22. Disponível em: <http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br>. Acesso em 02.01.2006.

¹⁷¹ Oswaldo Agripino de Castro Jr., *Os novos Conceitos do Novo Direito Internacional*, 430.

Augusto Zimmermann conceitua cidadania como “o atributo ou qualidade daquele individuo que possui direitos de participação política na comunidade nacional.”¹⁷²

Assim, não podem ser impetrantes desta garantia constitucional, por não serem detentoras da qualificação jurídica de cidadãos, as pessoas jurídicas (como as entidades não governamentais), tampouco as físicas que não se encontrem na fruição das prerrogativas cívicas, quer por nunca as terem adquirido, como os estrangeiros ou os incapazes, quer por delas terem decaído em caráter permanente ou transitório. Como exemplo dos que perderam a cidadania em caráter permanente, podemos citar os maiores de setenta anos que já tenham se alistado e requereram o cancelamento do título eleitoral. Em caráter transitório, podemos exemplificar as pessoas maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, vez que para eles o voto não é obrigatório, e ainda aqueles que tiveram a suspensão ou perda temporária dos direitos políticos, por decisão judicial transitada em julgado.

Na ação popular, a situação legitimante é a constante no art.5º. LXXIII da Constituição Federal e nos artigos 1º. e 4º. da Lei n. 4.717/65, ou seja, a atribuição, a qualquer cidadão, do direito a uma gestão eficiente e proba da coisa pública (patrimônio público, meio ambiente, moralidade administrativa).

¹⁷² Carlos Zimmermann, *Curso de Direito Constitucional*, p. 198.

Para a jurisprudência e para boa parte da doutrina, a condição de brasileiro não basta para conferir legitimidade ativa na ação popular, porque os textos exigem ainda o implemento da condição de eleitor, a saber: prova de estar o brasileiro no gozo dos direitos políticos (direito de voto, que a Constituição Federal atribui para os maiores de 18 anos e, facultativamente, para os analfabetos, os maiores de setenta anos, os maiores de dezesseis e menores de 18 anos), vedado tal direito aos estrangeiros (art. 14, § 1º, incisos, alíneas e § 2º, da Constituição Federal).

A súmula 365 do Supremo Tribunal Federal estabeleceu que não podem propor ação popular os inalistáveis, os inalistados, os partidos políticos, as entidades de classe, ou qualquer outra pessoa jurídica.

Nem se fala da possibilidade do estrangeiro poder propor a ação popular, o que hoje seria justo, já que o meio ambiente equilibrado é um direito de todos os habitantes do país e tendo em vista que todos os contribuintes, diretos e indiretos, nacionais ou alienígenas, fazem jus a um governo honesto, a uma administração proba. O meio ambiente equilibrado, aliás, faz parte dos direitos fundamentais de terceira geração.

Alexandre de Moraes ressalta que:

A legitimação do cidadão é ampla, tendo o direito de ajuizar a ação popular, mesmo que o litígio se verifique em comarca onde ele não possua domicílio eleitoral, sendo irrelevante que o

cidadão pertença, ou não, à comunidade a que diga respeito o litígio, pois esse pressuposto não está na lei e nem se assenta em razoáveis fundamentos.¹⁷³

Atualmente, tendo em vista que a Carta Magna de 1988 ampliou o objeto da ação popular, estendendo-a aos bens difusos, começa a ser criticada a exigência de ser “cidadão” para a propositura da Ação Popular, já que há bens que pertencem a todos os integrantes do país e não apenas aos cidadãos. Os bens ambientais são um exemplo de bens que pertencem a todos, cidadãos ou não, constituindo-se em um direito fundamental. E, como já dito antes, todos os habitantes do país fazem jus a uma administração proba e eficiente.

Já há hoje, na doutrina, vozes que pregam a ampliação da legitimidade ativa na ação popular, no que concordamos plenamente. Também postulamos uma maior amplitude da legitimação ativa, adotando o entendimento de que ela deve ser mais democrática, estendendo-se a possibilidade de uso desta via processual para as pessoas jurídicas, para todos os brasileiros e até para os estrangeiros aqui legalmente residentes. Podemos pensar até que todos os contribuintes deveriam ter o direito de ingressar com a ação popular caso o entendam necessário. Todavia, dentre os autores por nós consultados, não são todos que partilham deste posicionamento.

¹⁷³ Alexandre de Moraes, *Direito Constitucional*, p. 193.

A seguir, mostraremos os entendimentos dissonantes encontrados.

Elival da Silva Ramos, já no ano de 1991, dizia:

As possibilidades de utilização do remédio popular como instrumento de proteção de interesses difusos, inquestionavelmente, ganhariam novo ímpeto, se a legitimação ativa para a demanda fosse estendida às associações de defesa de interesses coletivos, na forma do item 60 retro.¹⁷⁴

Jean Carlos Dias, discorrendo sobre a legitimidade ativa na ação popular, assegura que:

A idéia de cidadania assentada na Constituição de modo algum se exaure no cadastramento eleitoral e pensar isso seria apequenar o sistema de direitos fundamentais que o Texto Magno agregou à noção de cidadania.¹⁷⁵

Celso Antonio Pacheco Fiorillo também faz parte daqueles que criticam a exigência de ser cidadão para a propositura da ação popular:

Em sendo de todos os bens ambientais, nada mais lógico que não só o eleitor quite com a justiça eleitoral, mas todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País possam ser rotulados cidadãos para fins de propositura da ação popular ambiental.¹⁷⁶

Para este doutrinador, tendo em vista o que dispõe o artigo 5º., *caput* e LXXIII, e o art.225, *caput*, ambos da Carta Magna, a exigibilidade da

¹⁷⁴ Elival da Silva Ramos, *A Ação Popular como instrumento de participação política*, p. 228.

¹⁷⁵ Jean Carlos Dias, *Revista Dialética de Direito Processual*, p. 81.

¹⁷⁶ Celso Antonio Pacheco Fiorillo, *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*, p. 377.

condição de cidadão para a ação popular de natureza ambiental não tem razão de ser. Isso porque o art.5º da Constituição Federal fala em igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer espécie, quer sejam brasileiros ou estrangeiros; o inciso LXXIII fala que “qualquer cidadão” é parte legítima para propor a ação popular, enquanto o art. 225, caput, preceitua que “todos têm direito ao meio ecologicamente equilibrado etc.”, ou seja, brasileiros (cidadãos ou não) ou estrangeiros. Portanto, todos deveriam ter legitimidade para propor a ação popular ambiental. A nosso ver, esse raciocínio pode ser aplicado a todas as hipóteses legais passíveis de propositura de ação popular.

Lúcia Valle Figueiredo ensina que:

Na medida em que só o cidadão puder acionar, puder ser o autor popular, claro está que a ação popular perde muito de sua força, e tem de perder. É difícil para o cidadão entrar em confronto com a Administração Pública, como já assinalado. A legitimidade para agir, atribuída somente ao cidadão, é algo que acanha a ação popular, desvirtuando medida de ouro para controle da legalidade da Administração, para controle da lesividade que a Administração possa produzir ao patrimônio público, para controle da moralidade administrativa.¹⁷⁷

Logo mais adiante, ela enfoca muito bem o problema ao dizer que:

Deveras, as ações populares, que ainda são movidas, vingam em cidades grandes; em cidades menores não, pois não se pode

¹⁷⁷ Lucia Valle Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo*, p. 277.

pensar no autor popular, como cidadão, a enfrentar a “toda-poderosa Administração Pública.”¹⁷⁸

José Carlos Moreira fala que, no tocante à legitimidade ativa, a Lei da Ação Popular tem uma deficiência grave, afirmando que “um indivíduo isolado, para sustentar em juízo esse tipo de pleito, defronta-se com adversários de grande poder político e econômico.” Compara o embate à luta bíblica de um Davi sem funda contra Golias. Prega a ampliação da legitimidade ativa, no sentido de que também as pessoas jurídicas e as entidades públicas possam propor a ação popular.¹⁷⁹

Luis Roberto Barroso também perfilha esse entendimento, apontando o seguinte:

... teria sido conveniente que também as pessoas jurídicas pudessem propor a ação popular. Isto porque, às vezes, é extremamente penoso para uma pessoa esta identificação pessoal, esta personalização do pleito. Podem surgir constrangimentos, perseguições, que seriam atenuadas se o autor fosse uma pessoa jurídica.¹⁸⁰

A nosso ver, podemos dizer que Vital Moreira também partilha desse posicionamento, na medida em que ele fala que as sociedades modernas deixaram de ser marcadas pela cidadania nacional, já que os movimentos

¹⁷⁸ Ibidem, p. 277.

¹⁷⁹ José Carlos Barbosa Moreira, *Revista Trimestral de Direito Público*, n.3, p.187-203.

¹⁸⁰ Luis Roberto Barroso, *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v.1, n.4, p. 238.

de imigração mudaram a configuração de muitas cidades européias. Para ele:

É por isso que hoje faz parte da agenda constitucional o reconhecimento de direitos políticos, tipicamente integrantes do conceito tradicional de cidadania, aos estrangeiros residentes, desde o direito de petição até aos direitos eleitorais.¹⁸¹

Logo mais adiante, ele conclui que:

A superação da distinção entre cidadão e meteco, ou seja, o reconhecimento de direitos de cidadania aos residentes, independentemente da nacionalidade, bem como a abertura às cidadanias plurais constituem sem dúvida uma revolução político constitucional de grande alcance, que no futuro não pode senão aprofundar-se.¹⁸²

Carlos Roberto Siqueira Castro é outro autor também contrário à restrição quanto à legitimidade ativa para a propositura da ação popular, entendendo que os partidos políticos deveriam ter legitimidade, já que “os partidos políticos estão, muitas vezes, melhor aparelhados para identificar atos lesivos ao interesse público do que o cidadão, isoladamente.”¹⁸³

José Rubens Morato Leite toca numa questão nevrálgica, ao postular a ampliação da legitimidade para a propositura da ação popular:

o argumento favorável, neste sentido, é que muitas vezes a insignificância do dano causado às pessoas individualmente

¹⁸¹ Vital Moreira, *Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, p. 321.

¹⁸² *Ibidem*, p.322.

¹⁸³ Carlos Roberto Siqueira Castro, *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*, p. 759.

consideradas, a falta de consciência ambiental, os obstáculos e a lentidão do acesso à justiça, temor de enfrentar demandados economicamente poderosos, e outras ponderações, podem afastar o lesado a individualmente tutelar os interesses coletivos lato senso.¹⁸⁴

Muito embora ele tenha efetuado esta assertiva em um artigo sobre a ação popular ambiental, o raciocínio aplica-se à ação popular em geral. A onerosidade inerente a uma ação judicial desestimula as pessoas comuns quanto a propositura da ação popular.

Paulo Affonso Leme Furtado observa bem ao colocar o seguinte:

A única dificuldade para a ação ser totalmente popular é que o cidadão ou cidadãos precisam contratar advogado para apresentar a petição inicial, o que seria dispensável se se considerar que o Ministério Público acompanhará a ação, cabendo-lhe apressar a produção da prova e promover a responsabilidade civil ou criminal dos que nela incidirem, sendo-lhe vedado, em qualquer hipótese, assumir a defesa do ato impugnado ou de seus autores” (art.6º., parágrafo 4º., da Lei 4.717/65).¹⁸⁵

José Sérgio Monte Alegre ressalta que:

Se a ação popular se preordena à preservação, por exemplo, do patrimônio público, não se tem como obscurecer que para a sua formação concorrem todos quantos pagam tributos e não apenas o eleitor, e, então é manifesta iniquidade, a que não se pode prestar o Direito, deferir o uso da ação popular a um e negá-lo aos demais, mormente se se considerar que o princípio da

¹⁸⁴ José Rubens Morato Leite, *Revista de Direito Ambiental*, v.17, p. 134.

¹⁸⁵ Paulo Affonso Leme Furtado, *Direito Ambiental Brasileiro*, p. 345.

igualdade, hóspede constitucional, é anunciado em termos que excluem tanto o tratamento igual para situações desiguais, quanto o tratamento desigual para situações iguais.¹⁸⁶

Por fim, Canotilho prega que “As modernas sociedades há muito que perderam um de seus traços característicos: identidade comunitária baseada numa forte homogeneidade social. Tornaram-se multiculturais, multiétnicas.”¹⁸⁷

Como já dito, partilhamos destes entendimentos dissonantes, pois, sendo a ação popular um instrumento de garantia dos direitos fundamentais, qualquer pessoa, seja ela física ou jurídica, deve ter legitimidade para propô-la, seja nacional ou estrangeira, seja eleitor ou não. Também o estrangeiro devidamente regularizado no país deveria ter legitimidade para a propositura da ação popular. Careceria ser observada apenas a questão da capacidade processual, nos termos do Código de Processo Civil vigente.

Para nós, o conceito de cidadania, enquanto fundamento do Estado Democrático de Direito, é um conceito mais amplo, e não se restringe à titularidade e exercício dos direitos políticos. A determinação de seu conteúdo só adquire precisão em conexão com o de dignidade da pessoa

¹⁸⁶ José Sérgio Monte Alegre, *Revista de Direito Administrativo*, p. 132.

¹⁸⁷ J.J.Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 387.

humana, que é o princípio norteador do nosso ordenamento constitucional. Ele deve ser entendido como princípio constitucional fundamental.

Num país de milhões de analfabetos, de profundas desigualdades sociais, como esperar participação política? Citando Celso Antonio Bandeira de Mello, podemos dizer que “A democracia exige, para seu funcionamento, um *minimum* de cultura política, que é precisamente o que falta nos países apenas formalmente democráticos.”¹⁸⁸ O povo há que ter um mínimo de educação para saber reivindicar seus direitos e fazer escolhas políticas, pena de ser alvo de belos discursos, de conteúdo vazio, como vemos hoje.

Exemplificativamente, como cercear a legitimidade da pessoa jurídica para a propositura da ação popular em uma cidade pequena, esperando que uma pessoa física vá confrontar-se com a Administração Pública? Um mero cidadão teria grandes dificuldades para conseguir um advogado, e encontraria tantas barreiras para interpor um processo que certamente desistiria.

Enfim, no tocante à legitimidade ativa, há que ser lembrada a questão do acesso à justiça do autor popular. Há urgente necessidade de facilitar o acesso do autor popular ao Judiciário. Donaldo Armelin, sobre este assunto, pontua que: “Mais frustrante em tema de acesso à Justiça é o problema do

¹⁸⁸ Celso Antonio Bandeira de Mello, *Revista Trimestral de Direito Público*, p. 100.

custo do processo e da exigência de representação técnica para a postulação da tutela jurisdicional.”¹⁸⁹

A nosso ver, deve ser repensada a exigência de que o autor popular deve ser obrigatoriamente assistido por um advogado, o que pressupõe a contratação de um profissional, gerando custos e desestimulando conseqüentemente a propositura da ação. Deveria ser facilitada a propositura da ação popular, garantindo-se o exercício dos direitos fundamentais por ela protegidos. Na teoria, existem os serviços de Assistência Judiciária gratuita. Mas, justamente por integrarmos os quadros da Procuradoria de Assistência Judiciária, da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, e conhecermos o sistema de atendimento, temos consciência de que somente as pessoas rigorosamente carentes é que fazem jus à assistência judiciária gratuita. É sabido, todavia, que as pessoas rigorosamente hipossuficientes são justamente aquelas que menos têm consciência de seus direitos e que dificilmente ingressarão em juízo com uma ação popular. Na prática, é preciso muito espírito cívico e condições financeiras para que o cidadão contrate um advogado para ingressar com uma ação popular em Juízo. Além das despesas com advogado e com o processo em si (deslocamentos, tempo, obtenção de documentos etc.) há o fato de que nas cidades pequenas com certeza será muito difícil, ou mesmo

¹⁸⁹ Donaldo Armelin, *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, v.31, p. 179.

impossível, ao autor popular encontrar um causídico disposto a litigar contra os poderes públicos. Urge, portanto, mudanças no tocante ao acesso à justiça do autor popular.

3.7.3 Legitimidade Passiva

No tocante ao pólo passivo, deverão ser citadas para a ação, obrigatoriamente, nos termos do art. 6º da Lei da Ação Popular, as pessoas jurídicas, públicas ou privadas, em nome das quais foi praticado o ato a ser anulado, ou seja, qualquer entidade que lide com o patrimônio público. O sujeito passivo pode ser órgão da administração direta, da administração indireta ou mesmo as pessoas jurídicas de direito privado de qualquer forma subvencionadas pelo Estado. Serão citadas ainda as autoridades, funcionários e administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado pessoalmente ato ou firmado contrato impugnado, ou que, por omissão, tiverem dado oportunidade à lesão, como também os beneficiários diretos do mesmo ato ou contrato.¹⁹⁰

¹⁹⁰ LITISCONSÓRCIO - Necessário - Ação popular - Impugnação de ato praticado pela Câmara Municipal - Propositura apenas contra o Presidente da Câmara - Inadmissibilidade - Ações que deveriam ter sido propostas contra os vereadores que aprovaram os atos combatidos - Litisconsórcio necessário - Artigo 6º da Lei n. 4.717/65 - Autores carecedores das ações - Preliminar acolhida. (Relator: Gonzaga Franceschini - Apelações Cíveis ns. 202.773-1 e 202.774-1 - Campinas - 14.06.94)). Disponível em: <http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br>. Acesso em 01.01.2006.

AÇÃO POPULAR - Litisconsórcio passivo - Integração do membro do Ministério Público por suposta omissão deste diante do ato impugnado - Inadmissibilidade - Ausência de vínculo de responsabilidade direta ou indireta deste com o referido ato - Ausência de responsabilidade - Exclusão da lide - Recurso não provido - JTJ 263/280). Disponível em: <http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br>. Acesso em 01.01.2006.

A regra, pois, é que todos que de alguma forma contribuíram para o ato impugnado deverão integrar o pólo passivo, sejam pessoas públicas ou privadas, devendo ser efetuada prova quanto ao proveito obtido pelo réu.

A citação deverá ser efetuada na pessoa das autoridades, funcionários ou administradores que tenham poder de decisão, ou seja, não serão processados os meros executores dos atos impugnados: somente será citado o funcionário que conscientemente houver executado a ordem ilegal.

O beneficiário direto do ato lesivo é aquele que obteve efetiva vantagem do ato impugnado e, se condenado, deverá devolver aos cofres públicos o bem, as vantagens obtidas ou reparar o dano, como é o caso da fraude em licitação, do irregular ingresso no serviço público etc. E se não houver beneficiário direto, serão processadas as pessoas que determinaram e executaram o ato.

3.8 Casuística

A disciplina das nulidades do Código Civil tem pouca aplicação quanto à ação popular, já que os atos impugnados não podem ser ratificados: o reconhecimento do vício leva à sua invalidação.

A lei regulamentadora, além dos atos de entidades públicas centralizadas e descentralizadas, acrescentou outros passíveis de invalidação em caso de lesividade ao patrimônio público e tais são os de sociedades mútuas de seguros nas quais a União represente os segurados ausentes; empresas públicas; serviços públicos autônomos; instituições ou fundações para cuja criação, ou custeio, o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio da receita anual; empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios; e os de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos (art. 1º da Lei da Ação Popular¹⁹¹). Abrangeu, assim, os atos de todas as pessoas jurídicas de direito privado nas quais o Poder Público tenha interesses econômicos predominantes em relação ao capital particular. Mas a ação só é cabível contra atos dessas entidades.¹⁹¹

Para José Cretella Junior “se o ato é nulo, se é eivado de nulidade, falamos em declaração; se o ato é anulável, se é suscetível de ser anulado, falamos em anulação. Declara-se o nulo, anula-se o anulável.”¹⁹²

¹⁹¹ AÇÃO POPULAR - Legitimidade passiva “ad causam” - Ato lesivo ao patrimônio público praticado por pessoa jurídica de Direito Privado na qual o Poder Público tem interesses econômicos predominantes, com participação acionária majoritária - Caracterização como entidade pública para fins de responsabilização (TJSP) RT 649/54. Disponível em: <http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br>. Acesso em 01.01.2006.

¹⁹² José Cretella Junior, *Os Writs na Constituição de 1988*.

Dentre os atos com presunção de ilegitimidade e lesividade, sujeitos à ação popular, a lei respectiva, no artigo 4º, enumera como nulos: I – a admissão ao serviço público remunerado com desobediência às condições de habilitação, às normas legais, regulamentares ou constantes de instruções gerais; II – a operação bancária ou de crédito real realizada irregularmente; III – a empreitada, a tarefa e a concessão de serviço público contratadas sem concorrência, ou com edital irregular, ou com limitação discriminatória para os concorrentes; IV – as modificações ou vantagens em contratos que não estiverem previstas em lei ou nos respectivos instrumentos; V – a compra e venda de bens imóveis e móveis realizada irregularmente ou por preço inferior ou superior ao real; VI – a concessão irregular de licença de importação e exportação; VII - a operação irregular de redesconto; VIII – o empréstimo irregular concedido pelo Banco Central da República; IX – a emissão, quando efetuada sem observância das normas constitucionais, legais e regulamentares que rege a espécie.

Afora os casos específicos acima indicados, rendem ensejo à anulação pela ação popular os atos das entidades enumeradas no art. 1º da Lei da Ação Popular que contenham quaisquer desses vícios: incompetência de quem os praticou; vício de forma; ilegalidades do objeto; inexistência dos motivos; ou desvio de finalidade (art.2º e parágrafo único). A própria lei incumbiu-se de conceituar os vícios que enumerou como

ensejadores da anulação, mas admitiu também que outros podem ocorrer, segundo a natureza do ato e as prescrições legais específicas para sua prática (art. 3º da Lei n. 4.717/65).

A lei não é exaustiva, admitindo novas hipóteses de atos ou contratos invalidáveis pela ação popular, desde que ocorra a lesividade ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, a que se refere a Constituição Federal. Pode ser invalidável até mesmo a lei de efeitos concretos como, por exemplo, a que desapropria bens e a que desmembra ou cria municípios. Tais leis só o são em sentido formal, visto que materialmente se equiparam aos atos administrativos e, por isso mesmo, são atacáveis por ação popular ou por mandado de segurança, conforme o direito ou o interesse por elas lesado, mas é incabível a ação popular contra a lei em tese.¹⁹³

Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma que:

¹⁹³ AÇÃO POPULAR - Extinção do processo, sem apreciação do mérito, sob fundamento que o pedido de declaração de inconstitucionalidade de lei municipal é vedada pela Lei da Ação Popular - Lei Municipal nº 844/2000 se caracteriza como lei de efeitos concretos - Ação popular é a via adequada para ressarcimento de danos causados ao erário público e à moralidade administrativa por publicidade, em desconformidade com o disposto no art. 37, § 1º, da CF - Embora a ação popular não se preste à declaração de inconstitucionalidade de lei, a ação popular é via adequada para anular os atos administrativos lesivos derivados de lei de efeitos concretos, com aferição de sua constitucionalidade, por via de controle difuso, ou seja, *incidenter tantum*, e de condenação ao ressarcimento ao erário público pelos danos deles decorrentes, condenação esta que foi pleiteada na inicial - Reconhecimento da inadmissibilidade da declaração de inconstitucionalidade da LM 844/2000 na ação popular não justifica a extinção do processo, sem apreciação do mérito, visto que não é óbice para o prosseguimento do feito, impondo-se, apenas e tão somente, a vedação da declaração de inconstitucionalidade da LM 844/2000, mas não de sua apreciação de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, via controle difuso - Afastada a extinção do processo, sem julgamento do mérito, pelo fundamento nela especificado, determinando o prosseguimento do feito, vedada a simples declaração de inconstitucionalidade da LM 844/2000 - Recursos providos, em parte. (Apelação Cível n. 268.329-5/5 - Caraguatatuba - 6ª Câmara de Direito Público - Relator: Manoel Ricardo Rebello Pinho - 08.11.04 - V.U.) acesso 20.03.2006.

Em tese, não deve caber ação popular contra atos legislativos. Se o ato legislativo, e mormente a lei, é expressão da vontade geral, com nenhum fundamento teórico se pode pretender que o Judiciário, mero executor da lei, possa anulá-lo, por ser a seu critério lesivo ao interesse público. Fiel a esse entendimento, ainda que por argumentos variados, julgados há que rejeitam ação popular contra lei em tese (v.g., RT, 310:509). Todavia, na prática, os representantes do povo às vezes praticam atos escandalosamente lesivos ao patrimônio público que não podem passar em brancas nuvens. Por isso, os tribunais, em muitos julgados, têm ignorado a doutrina e admitido ações populares contra leis em tese (p.ex. RT, 313:178).¹⁹⁴

Os casos mais comuns de lesão passíveis de propositura de ação popular são de natureza pecuniária, incidindo sobre aspectos econômicos da Administração Pública, mas eles também podem ser de natureza estética, artística, histórica e ambiental, ou seja, referir-se a interesses difusos.¹⁹⁵ Um exemplo de ato que pode ser impugnado via ação popular é

¹⁹⁴ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de Direito Constitucional*, p. 318.

¹⁹⁵ Código: 01040 Matéria: AÇÃO POPULAR Recurso: EI 126734 1 Origem: SANTOS Órgão: CCIV 2 Relator: ARAUJO CINTRA Data: 10/11/92 Decisão: Lei: LMUN 3529/68 - AÇÃO POPULAR - ANULAÇÃO DE PROJETO DE CONSTRUÇÃO DE EDIFÍCIO PROPOSITURA POR VIZINHOS DA OBRA - IRRELEVÂNCIA - VIOLAÇÃO AO ART 12 DA LMUN 3529/68 CARACTERIZADA - EMBARGOS REJEITADOS. A VIOLAÇÃO DAS NORMAS EM CAUSA TENDEM A LESAR O PATRIMÔNIO PÚBLICO NO TOCANTE A SEUS VALORES ECONÔMICO E ESTÉTICO, AO MEIO AMBIENTE E A PRÓPRIA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. A CIRCUNSTÂNCIA DE SEREM OS AUTORES VIZINHOS DA OBRA CUJA IMPUGNAÇÃO SE DESEJA E DE, PORTANTO, TEREM TAMBÉM INTERESSES INDIVIDUAIS EM JOGO, NÃO OS PRIVA DO DIREITO DE DEFESA AO PATRIMÔNIO PÚBLICO POR VIA DE AÇÃO POPULAR. Disponível em: <http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br>. Acesso em 07.03.2006.

AÇÃO POPULAR - Meio ambiente - Interposição visando a reparação de sistema de esgotos local, de molde a evitar dano ambiental - Falta de interesse processual se o Município anteriormente foi condenado em ação civil pública, de objeto mais amplo, à reparação pretendida pelo autor popular (TJSP) - RT 788/242. Disponível em: <http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br>. Acesso em 07.03.2006.

AÇÃO POPULAR - Meio ambiente - Construção de cemitério - Relatório de Impacto ao Meio Ambiente (RIMA) - Ausência - Meio adequado - Instrumento de defesa dos interesses da coletividade - Possibilidade de atuação preventiva contra lesão ao meio ambiente - Reexame necessário provido. (Apelação Cível n. 83.500-5 - Piedade - 9ª Câmara de Direito Público - Relator: Gonzaga Franceschini - 21.02.01 - V.U.) Disponível em: <http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br>. Acesso em 07.03.2006.

aquele que autoriza a construção de prédios muito altos, na orla marítima de uma cidade turística. Ou, ainda, o ato que autoriza a demolição de um prédio de valor histórico.

José Carlos Barbosa Moreira dá como exemplo uma ação que visava a anular o ato que aprovara o projeto de construção do aeroporto de Brasília, porque ele não se harmonizaria com a concepção arquitetônica da capital do país e outra, em São Paulo, onde se pretendia a demolição de uma tradicional escola (cujo prédio teria valor histórico e artístico) para a construção de uma estação do metrô.¹⁹⁶

Podemos dizer que a ação popular se presta a tutelar uma infindável gama de situações na seara do meio ambiente e do patrimônio histórico, artístico, cultural, turístico e estético.

O que discorremos mostra bem que a Ação Popular é realmente um instrumento de proteção aos direitos fundamentais, e que através dela há a possibilidade do cidadão resguardar o interesse público, a moralidade administrativa e o patrimônio histórico, artístico, cultural e o meio ambiente.

¹⁹⁶ José Carlos Barbosa Moreira, *Temas de Direito Processual*, p. 116.

3.9 O Ministério Público.

A relevância do papel do Ministério Público, na Ação Popular, é clara nesta afirmação de Antônio Cláudio da Costa Machado:

Poucas leis extravagantes prevêm em relação a uma mesma situação material tantas funções ministeriais diferentes como a Lei 4.717, de 1965, que disciplina a ação popular. Em apenas quatro dispositivos encontramos nada menos que três atribuições bastante distintas entre si, quais sejam: a) legitimação ativa *ad causam* originária para propositura de ação penal, para propositura de ação civil de responsabilidade e para a propositura de ação de execução; b) legitimação ativa *ad causam* superveniente para prosseguir na ação popular caso o autor dela desista ou ocorra o que o estatuto processual revogado chamava de absolvição de instância; c) legitimação interventiva especial para officiar como *custos legis*.¹⁹⁷

É certo que o Ministério Público não tem legitimidade originariamente para propor a ação popular.¹⁹⁸

De acordo com Alexandre de Moraes:

O Ministério Público, enquanto instituição, não possui legitimação para o ingresso de ação popular, porém como parte

¹⁹⁷ Antônio Cláudio da Costa Machado, *A intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro*, p. 455.

¹⁹⁸ AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Contrato firmado entre o município e sociedade mantenedora para arrendamento de hospital - Questionamento de certa cláusula contratual - Invalidação das contratações feitas sem licitação e sem concurso público - Matéria principal típica de "ação popular", e não de "ação civil pública" - Petição inicial indeferida por falta de interesse e legitimidade do Ministério Público - Decisão mantida - Recurso não provido. (Apelação Cível n. 129.953-5 - Jundiaí - 4ª Câmara de Direito Público - Relator: Aldemar Silva - 31.08.2000 - V.U.) Disponível em: <http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br>. Acesso em 02.01.2006.

pública autônoma é incumbido de zelar pela regularidade do processo e de promover a responsabilização civil e criminal dos responsáveis pelo ato ilegal e lesivo ao patrimônio público, manifestando-se, em relação ao mérito, com total independência funcional (CF, art.127, parágrafo 1º).¹⁹⁹

Todavia, o *Parquet* atua obrigatoriamente na ação popular, pena de nulidade. Nos termos do art.6º, parágrafo 4º da Lei da Ação Popular, o Ministério Público atua como *custos legis* e órgão agilizador da prova.²⁰⁰ Zela pela defesa do patrimônio público, visando ao restabelecimento da legalidade e da moralidade. Trata-se aqui de direitos indisponíveis.

Conforme o ensinamento de Antônio Cláudio da Costa Machado:

De fato, a única razão por que a Lei n.4.717, de 1965, impõe a participação do Ministério Público no processo da ação popular é a flagrante indisponibilidade dos interesses em jogo. É que ao Estado, mais do que a ninguém, importa diretamente a anulação ou o decreto de nulidade de atos administrativos que lesam o patrimônio público, haja vista que a sobrevivência e o equilíbrio sociais dependem da manutenção do respeito à legalidade e à moralidade no que concerne à atividade daqueles que lidam com tal patrimônio.²⁰¹

¹⁹⁹ Alexandre de Moraes, *Direito Constitucional*, p.194.

²⁰⁰ AÇÃO POPULAR - Exceção de impedimento - Arguição em face do representante do Ministério Público, porque este ATUA como representante do Ministério Público, autor de ação civil pública de igual objeto da ação popular - Arguição improcedente - O exercício da representação ministerial, em ambas ações, é ditado por interesses convergentes que, na ação popular ultrapassa a simples função de fiscal da lei, chegando à assistência ao autor popular e à substituição processual, sempre voltada para a realização do interesse público - Lei n. 4.717/65 - Recurso improvido. (Agravo de Instrumento n. 49.390-5 - Jundiaí - 8ª Câmara de "Julho/97" de Direito Público - Relator: José Santana - 05.11.97 - V.U.). Disponível em: <http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br>. Acesso em 02.01.2006.

²⁰¹ Antônio Cláudio da Costa Machado, *A intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro*, p. 457.

Quanto à atuação do Ministério Público como *custos legis*, Antônio Cláudio da Costa Machado fala que:

é inerente à função do *custos legis* o opinar com liberdade total a respeito da solução meritória a ser dada à pretensão deduzida pelo autor popular, o que, em hipótese alguma, pode ser confundido com a defesa do ato impugnado, mas que, pelo contrário, representa a mais lídima expressão de defesa da ordem pública e dos interesses indisponíveis da sociedade.²⁰²

A intervenção do Ministério Público inicia-se com o despacho do juiz deferindo a inicial, quando ele determina a citação dos réus e a intimação do *Parquet* (art. 7º, inc. I). O autor deverá obrigatoriamente requerer a intimação do Ministério Público, sob pena de nulidade do processo (Código de Processo Civil, art. 84).²⁰³

Cabe ao *Parquet* apressar a produção de provas (art. 6º parágrafo 4º); promover a responsabilização civil e criminal dos réus na ação popular (art. 6º, parágrafo 4º); providenciar para que as requisições de documentos e informações previstas no art. 7º, I, “b”, sejam atendidas dentro dos prazos fixados pelo juiz (art. 7º, parágrafo 1º); promover a execução da sentença condenatória quando o autor não o fizer, e dar continuidade ao processo

²⁰² Ibidem, p. 466.

²⁰³ MEDIDA CAUTELAR INOMINADA - Ação popular pendente - Falta de intervenção do Ministério Público - Nulidade decretada (TJMT - Ement.). RT 566/218. Disponível em: <http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br>. Acesso em 08.01.2006.

caso o autor seja inerte.²⁰⁴ Jamais poderá o Ministério Público efetuar a defesa do autor do ato impugnado, ou produzir provas e/ou praticar atos processuais contra os autores da inicial.

No tocante à responsabilização civil, Antônio Cláudio da Costa Machado assevera que

indiscutível é a sua necessidade. Como toda ação civil pública depende de expressa previsão legal (art.81 do CPC), sem ela jamais poderia o Ministério Público tomar a iniciativa de instaurar qualquer processo com este objetivo. (...) Observamos, ainda, e finalmente, que a legitimação *ad causam* nesta hipótese é do tipo extraordinária e concorrente, dado que não só ao Ministério Público é facultado promover a ação de responsabilidade civil: as pessoas diretamente atingidas pelo ilícito não perdem a legitimação ordinária para tanto só por causa da extraordinária *legitimatío* dada ao *parquet*.²⁰⁵

Quanto à responsabilidade penal, é tarefa precípua do Ministério Público a propositura da ação penal em caso de notícia de crime. Portanto, se as provas colhidas na ação popular indicarem a existência de um crime, deve o *Parquet* promover a respectiva ação penal.

Quanto ao cumprimento da sentença, nos termos do artigo 16 da Lei da Ação Popular, no caso do pedido ser julgado procedente em primeira instância, confirmada a decisão em segundo grau e, mesmo na pendência

²⁰⁴ Todos os dispositivos citados referem-se à lei da Ação Popular.

²⁰⁵ Antônio Cláudio da Costa Machado, *A intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro*, p. 458.

de recurso extraordinário ou especial, ela deverá ser promovida. Caso não seja requerido o cumprimento da sentença no prazo legal de sessenta dias, pelo autor ou qualquer outro legitimado, o Ministério Público deverá fazê-lo em trinta dias, sob pena de responsabilidade. Não pode o órgão ministerial recusar-se a promover o cumprimento da sentença por entender incorreta a solução dada ao caso pelo Poder Judiciário, e somente poderá fazê-lo em caso de inércia do autor popular ou do terceiro legitimado, após o transcurso do prazo de sessenta dias. Nos termos da nova Lei de Execução, o cumprimento da sentença será efetuado no processo de conhecimento, já que ocorreu a unificação procedimental entre a ação condenatória e a ação de execução.

Facultativamente, o Ministério Público poderá atuar como parte em caso de desistência do autor, de acordo com o artigo 9º da Lei n. 4.717/65, e se ele entender que a ação é de interesse público. “(...) O prosseguimento da ação por parte do Ministério Público é facultativo e só se realizará se o órgão do parquet perceber a existência de subsídios concretos que justifiquem a continuidade do processo.”²⁰⁶ Nessa condição, ele poderá recorrer se a ação for julgada improcedente (art. 19 da Lei da Ação Popular): se a sentença for procedente, em princípio beneficia o patrimônio público, razão pela qual não é passível de recurso por parte do *parquet*.

²⁰⁶ Antônio Cláudio da Costa Machado, *A intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro*, p. 461.

Deve ser rigorosamente observado o fato de que o Ministério Público não poderá jamais defender o ato invalidado, estando a vedação contida no artigo 6º, parágrafo 4º da Lei n. 4.747/65. Ressalvada essa restrição e excetuando-se os casos em que atua como autor ou sucessor (em caso de desistência do autor) na ação popular, o Ministério Público – na condição de fiscal da lei – pode a final opinar pela procedência ou improcedência do pedido.

Quanto à atuação do Ministério Público, importante colocação foi feita por Elival da Silva Ramos:

Caberia, não obstante, aprimorar a regulamentação da atividade do Ministério Público no processo de nossa demanda popular, no sentido de suprimir a vedação de, em qualquer hipótese, assumirem seus representantes a defesa do ato impugnado ou de seus autores (art.6º, parágrafo 4º., da Lei 4.717/65), disposição essa que se nos afigura inconciliável com a missão de fiscalizar a aplicação da lei, que é típica da instituição.²⁰⁷

Concordamos com esta assertiva, já que, na ação popular, o *Parquet* atua como fiscal da lei e, como tal, é contraditório que ele tenha que eventualmente atuar contra o princípio da verdade, disposto no artigo 14 do Código de Processo Civil. Não faz sentido que ele seja legalmente impedido de atacar uma lide de natureza temerária, proposta contra o interesse público.

²⁰⁷ Elival da Silva Ramos, *A Ação Popular como instrumento de participação política*, p. 233.

Enfim, não se pode esquecer que, na condição de cidadão, o membro do Ministério Público pode propor a ação popular e, aqui, devidamente representado por um advogado.

3.10 Procedimento

3.10.1 Leis aplicáveis

A ação popular visa proteger bens de natureza pública (patrimônio público) e difusa (meio ambiente, lesão ao patrimônio histórico, cultural). Por conta disso, a ela são aplicáveis vários dispositivos legais.

Fundamentalmente são utilizados os dispositivos constantes da Lei nº 4.717/65 que trata da ação popular. Mas aplicam-se também os princípios e disposições constantes da Carta Magna, já que os ditames da Constituição irradiam-se para todo o ordenamento infra-constitucional. O artigo 5º, inciso LXXIII, trata especificamente da ação popular, e o artigo 225 (ambos da Carta Magna) cuida do meio ambiente.

Como prevê o art.19, da Lei da Ação Popular, as regras do Código de Processo Civil são observadas, no que couber.

Enfim, também são aplicáveis a Lei da Ação Civil Pública e ainda o Título III, do Código de Defesa do Consumidor, no caso das ações de proteção a bens difusos.

3.10.2 Prazo para ajuizamento da ação

O prazo para impetração da ação popular é de cinco anos a partir da publicação do ato ou de sua omissão, conforme previsão no artigo 21 da lei respectiva.

De acordo com Ernane Fidélis dos Santos:

o prazo é condição para o exercício da própria ação, razão pela qual é decadencial, não suspendendo nem interrompendo por nenhuma causa. Findo o prazo, é como se o direito não existisse.²⁰⁸

Esse prazo também é o prazo para eventual responsabilidade civil (RJTJSP 95/234).

Não se exige o esgotamento de todos os meios administrativos e jurídicos de prevenção ou repressão aos atos ilegais ou imorais e lesivos ao patrimônio público, para o ajuizamento da ação popular.

²⁰⁸ Ernane Fidélis dos Santos, *Manual de Direito Processual Civil*, v.3, p. 243.

Enfim, para propor esse instituto processual também não é necessário que a lesão já tenha ocorrido. É preciso tão somente que, administrativamente, o ato ou contrato já tenha sido concluído, sem necessidade de execução, ou que a omissão tenha se concretizado. Um exemplo é o decreto que autoriza a demolição de um prédio de valor histórico. Nesse caso, será proposta a ação popular justamente com o fito de impedir a demolição do bem. Abaixo, ementas que mostram bem a questão do prazo para interposição da ação popular.²⁰⁹

3.10.3 Competência

A competência para processamento e julgamento da ação popular é determinada pela origem do ato que deverá ser invalidado.

²⁰⁹ AÇÃO POPULAR – Indeferimento da petição inicial por Ter sido ajuizada a ação após o prazo de cinco anos do fato tido como lesivo ao erário (Lei 4.171/65, artigo 21) – Doação com encargos de imóvel público efetuada pela Municipalidade a particular – Prescrição operada, seja o prazo contado da edição da lei, seja da lavratura da escritura, seja ainda do cumprimento dos encargos pelo donatário - Sentença mantida - Recurso não provido. (Apelação Cível n. 2-3.987-5/1-00 – Bragança Paulista – 9ª Câmara de Direito Público - Relator: Ricardo Lewandowski – 11.06.03 - V.U.). Disponível em: <http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br>. Acesso em 08.01.2006.

PRESCRIÇÃO - Ação popular - Licitação - Vícios - Prazo quinquenal - Fluência a partir da homologação formal do ato licitatório - Prescrição operada - Sentença confirmada JTJ 201/159. Disponível em: <http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br>. Acesso em 08.01.2006.

PRESCRIÇÃO - Ação popular - Nulidade de contrato firmado por Prefeitura Municipal - Obrigações decorrentes da prorrogação contratual não alcançada pelo prazo quinquenal - Sujeição aos ditames da ação, por não estarem afetadas pela prescrição - Irrelevância que se trate ou não do mesmo contrato. JTJ 184/147. Disponível em: <http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br>. Acesso em 08.01.2006.

AÇÃO POPULAR - Lei Municipal que autoriza doação de lotes ao Prefeito - Sentença que reconheceu a prescrição - Inicial que nada esclarece a respeito da efetivação da doação, da data a partir da qual flui o prazo prescricional - Inépcia, uma vez que a Lei autorizadora não é suficiente para a caracterização da lesão - Petição inicial indeferida e processo extinto, sem julgamento de mérito, em sede de reexame necessário. (Apelação Cível n. 18.886-5 - Taquarituba - 8ª Câmara de Direito Público - Relator: Antonio Villén - 22.04.98 - V.U.). Disponível em: <http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br>. Acesso em 08.01.2006.

A Justiça Federal é competente para julgar a ação popular quando há interesse da União, autarquias federais e empresas públicas federais (Constituição Federal, art.109, I). À União equiparam-se, para efeitos de competência, todas as entidades por ela mantidas, como as fundações públicas, as sociedades de economia mista das quais mantém o controle acionário (ex.: Banco do Brasil), entidades por ela subvencionadas e aquelas em que tenha interesse patrimonial. O processo será distribuído ao juízo federal da seção judiciária onde se consumou o ato. Isso significa que se a autoridade federal cometeu ato lesivo ao patrimônio público, o juiz federal é que será competente para julgar a demanda.

A competência é da Justiça Estadual ou do Distrito Federal quando os interesses em jogo são estaduais ou do Distrito Federal, ou de entidades a eles equiparadas, nas mesmas condições acima expostas quanto à União. A lei de organização judiciária disporá a respeito da distribuição do processo.

No tocante aos Municípios e entidades a eles equiparadas, nas mesmas condições da União, dos Estados e do Distrito Federal, a competência é da respectiva sede.

Havendo interesses federais e estaduais, é competente a Justiça Federal; e quando há em jogo interesses estaduais ou do Distrito Federal e

municipais, a competência prevalente é estadual, correndo o processo na capital do Estado.²¹⁰

A ação popular tramitará na Justiça de primeiro grau, mesmo que ajuizada contra o Presidente da República, o Governador ou o Presidente do Senado. Não há foro privilegiado em razão do cargo.²¹¹

Alexandre de Moraes coloca que:

importante ressaltar que seguindo uma tradição de nosso direito constitucional, não há previsão na Constituição de 1988, de competência originária do Supremo Federal, para o processo e julgamento de ações populares, mesmo que propostas em face do Congresso Nacional, de Ministros de Estado ou do próprio Presidente da República, ou das demais autoridades que, em mandado de segurança, estão sob sua jurisdição.²¹²

O ajuizamento da ação previne a competência para todas as ações que forem posteriormente propostas contra as mesmas partes e os mesmos fundamentos (parágrafo 3º do art. 5º da Lei n. 4717/65).

²¹⁰ José Rubens Morato Leite, *Revista de Direito Ambiental*, v.17, p.138.

²¹¹ COMPETÊNCIA - Ação popular - IPESP - Julgamento afeto às Varas da Fazenda Pública da Capital - Aplicação dos artigos 5º da Lei n. 4.717/65 e 35,I, do Código Judiciário - Competência funcional - Recurso não provido. Havendo interesse de autarquia estadual, o juízo competente é o de uma das Varas da Fazenda Pública da Capital. (Agravado de Instrumento n. 235.390-1 - Atibaia - Relator: ERNANI DE PAIVA - CCIV6 - V.U. - 23.02.95). Disponível em: <http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br>. Acesso em 08.01.2006.

COMPETÊNCIA - Ação popular ajuizada contra a SABESP - Entidade paraestatal - Julgamento afeto a uma das Varas da Fazenda estadual - Inteligência do art. 5º da Lei 4.717/65 RT 558/75. Disponível em: <http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br>. Acesso em 08.01.2006.

²¹² Alexandre de Moraes, *Direito Constitucional*, p. 195.

3.10.4 Da citação

A citação é uma das particularidades da ação popular e merece uma problematização quanto às suas particularidades.

O artigo 7º, inciso II, da Lei n. 4.717/65, prescreve que o autor popular pode optar pela citação por edital dos beneficiados do ato inválido.

De acordo com Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco:

as partes, em relação ao juiz, não têm papel de antagonistas, mas sim de “colaboradores necessários”: cada um dos contendores age no processo tendo em vista o próprio interesse, mas a ação combinada dos dois serve à justiça na eliminação do conflito ou controvérsia que os envolve.²¹³

Para que as partes exerçam seus papéis dentro do processo é preciso que estejam cientes da existência dele, ou seja, há necessidade de que o(s) réu(s) seja(m) citado(s) para exercitar(em) o direito de defesa, tal como previsto constitucionalmente. A citação, aliás, é um dos requisitos para que se forme por completo a relação jurídica processual.

Ora, como dito antes, na ação popular está previsto no inciso II, do art. 7º, da Lei nº 4717/65, que o autor popular poderá citar por edital os

²¹³ Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, **Teoria Geral do Processo**, p.55.

beneficiários do ato invalidado. Todavia, a aplicar-se esse dispositivo ao “pé da letra”, como prevê a Lei da Ação Popular, terão sido desrespeitados os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Por ampla defesa, sinteticamente falando, entenda-se o direito assegurado ao réu de trazer ao processo todos os elementos que lhe permitam dar sua versão dos fatos, ou seja, defender-se do que lhe é imputado.

Já quanto ao princípio do contraditório, Humberto Theodoro Júnior diz que “consiste na necessidade de ouvir a pessoa perante a qual será proferida a decisão, garantindo-lhe o pleno direito de defesa e de pronunciamento durante todo o curso do processo.”²¹⁴ Ou seja, o princípio do contraditório é a exteriorização da própria defesa.

É certo que a Constituição de 1988 assegura plenamente o exercício destes princípios, o que torna obrigatória sua observância, tanto no processo civil, como no processo administrativo e também no processo penal. Todo o ordenamento jurídico deve pautar-se pela observância dos princípios constitucionais.

Portanto, o texto da Lei da Ação Popular não pode hoje ser lido textualmente, mas sim à luz do que dispõe a Constituição e o Código de

²¹⁴ Humberto Theodoro Júnior, *Curso de Direito Processual Civil*, v.1, p. 25.

Processo Civil. Ou seja, a citação por edital dos beneficiários pelo ato impugnado não pode ficar ao livre-arbítrio do autor popular, sob pena de violação dos princípios constitucionalmente estatuídos.

É certo que a interpretação deve ser restritiva e assim somente os beneficiários incertos e desconhecidos do ato lesivo é que, em tese, podem ser citados por edital. Os demais réus, de acordo com os princípios constantes da Constituição, devem ser citados pessoalmente ou pelo correio. Caso conhecidos, os réus serão citados por edital somente quando não encontrados, estando em local incerto e não sabido.

Rodolfo de Camargo Mancuso, sobre este assunto, diz que somente deverá ser autorizada a citação por edital dos beneficiários que estejam em local incerto e não sabido, e que:

Ainda que a “existência” ou “identidade” do responsável só se torne conhecida no curso do processo, a lei expressamente impõe ao juiz o dever de mandar citá-lo, restituído o prazo para contestação.²¹⁵

Assim, o inciso II do art. 7º da Lei da Ação Popular deve ser interpretado nos termos da Carta Magna: Os beneficiários do ato impugnado, caso conhecidos, deverão ser citados pessoalmente, sob pena de nulidade. Leitura oposta do texto da lei feriria princípios constitucionais

²¹⁵ Rófolfo de Camargo Mancuso, *Ação Popular*, p. 167-8.

e estaria maculando um instrumento constitucional de defesa dos direitos fundamentais.

3.10.5 Litisconsórcio

Há litisconsórcio necessário na ação popular vez que várias pessoas têm de ser necessariamente citadas: tanto o agente responsável pelo ato impugnado como os beneficiários do ato lesivo ao patrimônio público.²¹⁶

Caso a parte não requeira a citação de todos os réus, o próprio juiz determinará que o autor o faça, nos termos do art.7º, da Lei da ação popular.

²¹⁶ AÇÃO POPULAR - Consultor - Participação do ato administrativo nessa qualidade - Legitimidade passiva de parte em litisconsórcio necessário - Artigos 6º da Lei Federal n. 4.717, de 1965, e 47 do Código de Processo Civil - Preliminar rejeitada. JTJ 179/17). Disponível em: <http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br>. Acesso em 01.01.2006.

LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO - Ação popular - Autor popular que deixa de convocar para a demanda os membros do Poder Legislativo e Executivo que aprovaram e sancionaram a lei acoimada de lesiva ao patrimônio público - Circunstância que impede o desenvolvimento regular e válido do processo (TJSC) - RT 796/392). Disponível em: <http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br>. Acesso em 02.01.2006.

AÇÃO POPULAR - Insurgência contra o aumento de vencimentos do Prefeito Municipal, Vice-Prefeito e Vereadores, decorrente de Lei Municipal impugnada - Ação movida contra a Prefeitura e a Câmara de Vereadores do Município - Integração da lide, porém, em litisconsórcio ativo necessário, dos titulares dos cargos de Prefeito Municipal, Vice-Prefeito e Vereadores, contra os quais foi proferida condenação, não efetivadas em 1º Grau - Citações determinadas, porque obrigatórias, a teor do artigo 6º da Lei nº 4.717/65, e artigo 47, parágrafo único, do Código de Processo Civil - Processo anulado para tal fim, a partir da sentença, inclusive - Recursos voluntários das rés prejudicados quanto ao mérito e as preliminares suscitadas, assim como o agravo retido interposto pelo autor. (Apelação Cível n. 64.955-5 - Ubatuba - 7ª Câmara de Direito Público - Relator: Lourenço Abbá Filho - 14.08.00 - V.U.). Disponível em: <http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br>. Acesso em 02.01.2006.

LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO - Constatado por Tribunal - Ação popular - Verificando o Tribunal, em julgamento de recurso, a falta de citação de litisconsorte passivo necessário, deve anular o feito e determinar que o juiz singular cumpra o disposto no Código de Processo Civil artigo 47, parágrafo único - Precedente do Superior Tribunal de Justiça - Processo anulado de ofício. (Apelação Cível n. 13.528-5 - Tatuí - 3ª Câmara de Direito Público - Relator: Ribeiro Machado - 31.03.98 - V.U.). Disponível em: <http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br>. Acesso em 02.01.2006.

A pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, ao ser citada, poderá ter três posicionamentos: contestar o pedido; quando não for beneficiária do ato impugnado, poderá deixar de contestar o pedido; e, por último, passar a figurar como litisconsorte no pólo ativo da ação, ao lado do autor, caso entenda que tal procedimento seja útil ao interesse público.

De acordo com Luiz Vicente de Vargas Pinto, nos termos do artigo 6º, parágrafo terceiro, da Lei n.4.717/65, o Estado será citado, na pessoa de um de seus procuradores, a integrar a lide.²¹⁷ Contestará ele a lide se houver utilidade ao interesse público. Ou seja, para contestar, deve demonstrar que o autor popular age contra o ente público presuntivamente defendido.²¹⁸ Pois caso contrário, não poderá contestar a ação, vez que o autor popular em tese age em defesa do interesse público. Não há sentido em que o Estado conteste uma lide proposta em seu interesse.

Qualquer cidadão também poderá habilitar-se como litisconsorte na ação popular, bastando provar ser eleitor (artigo 6º, parágrafo 5º, da Lei n. 4.717/65). A assistência é litisconsorcial, e o litisconsorte terá pleno poder de ação. Em caso de desistência do autor, o litisconsorte poderá prosseguir

²¹⁷ AGRAVO DE INSTRUMENTO - Ação popular - Admissão da Fazenda Estadual na qualidade de assistente dos autos - Faculdade admitida pela Lei da Ação Popular - Incompatibilidade inexistente no caso - Recurso não provido. (Agravo de Instrumento n. 47.012-5 - São Paulo - 8ª Câmara de Direito Público - Relator: José Santana - 17.09.97 - V.U.*744/277/05) Disponível em: <http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br>. Acesso em 07.03.2006.

²¹⁸ Luiz Vicente de Vargas Pinto, **Ação Popular Constitucional**, p. 37.

na ação e, ao final, se for o caso, poderá recorrer, independentemente de concordância da outra parte.

3.10.6 Requisitos da petição inicial

A petição inicial da ação popular deverá obedecer ao disposto no artigo 282 do Código de Processo Civil. Ademais, deve atender às condições da ação em geral, quais sejam, o interesse de agir, a possibilidade jurídica do pedido e a legitimação para agir. O não atendimento do disposto no art.282 do Código de Processo Civil gera o indeferimento da inicial.²¹⁹

Como pressupostos específicos, a petição da ação popular deve atender: qualidade de cidadão do sujeito ativo (questão já tratada neste estudo) e lesão ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.²²⁰

²¹⁹ PETIÇÃO INICIAL - Ação popular - Falta de endereço e qualificação de uma das rés - Inadmissibilidade - Requisito indispensável - Aplicação do artigo 282 do Código de Processo Civil - Concessão de prazo para completar a inicial - Omissão da parte - Petição inicial indeferida - Decisão mantida - Recurso não provido. (Apelação Cível n. 34.573-5 - Jaú - 4ª Câmara de Direito Público - Relator: Aldemar Silva - 16.12.99 - V.U.). Disponível em: <http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br>. Acesso em 01.01.2006.

²²⁰ AÇÃO POPULAR - Ausência das condições da ação - Extinção do processo sem julgamento de mérito - Admissibilidade - Se o autor popular não lastreia o seu pedido em ato lesivo ao patrimônio público, nem à moralidade administrativa, ou ao meio ambiente e patrimônio histórico e cultural, resente-se a ação popular do próprio objeto, inexistindo a possibilidade jurídica do pedido, que diz com interesse particular - Sendo assim, o processo tinha de ser extinto, sem julgamento do mérito, não havendo qualquer nulidade da sentença, que não apreciou questão de mérito, onde não chegou - Sentença mantida - Recurso de reexame necessário não provido. (Apelação Cível n. 268.658-1 - Lorena - 8ª Câmara de Direito Público - Relator: Felipe Ferreira - 19.03.97 - V.U.). Disponível em: <http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br>. Acesso em 07.03.2006.

O valor da causa deverá ser aquele atribuído à reparação que se pretende obter para o patrimônio público.

A fundamentação do pedido deverá ser enquadrada em uma das hipóteses previstas em lei ou em situações análogas. O pedido deve ser bem embasado, dele constando o direito a ser protegido e a lesão que se quer evitar ou o ressarcimento objetivado.

A inicial da ação popular deverá ser instruída com cópia do título de eleitor do autor, o qual comprovará sua condição de cidadão, elemento essencial para a viabilidade do pedido. O título de eleitor poderá referir-se a comarca diferente daquela onde a ação será proposta.

A parte deverá juntar todos os documentos necessários à instrução do pedido, já que a “a ação popular é densamente documental e, em menor intensidade, pericial. A perícia ainda aqui é supletiva, ou roborativa da prova documental.”²²¹ Para comprovar a ilegalidade e a lesividade já mencionadas, o autor tem o direito de requerer aos órgãos administrativos, gratuitamente, valendo-se do direito de petição (art. 5º, inciso XXXIV, alínea “a”, da Constituição Federal), as certidões e informações que julgar necessárias, bastando para isso indicar a finalidade das mesmas (art. 1º, § 4º, da Lei da Ação Popular), as quais serão fornecidas no prazo de 15 (quinze) dias a contar da data em que o autor der entrada ao requerimento e

²²¹ J. M. Othon Sidou, “Habeas Corpus”. Mandado de segurança. Ação Popular, p. 454.

somente poderão ser utilizadas para a instrução da respectiva ação popular. Só poderá haver a negativa do fornecimento ao cidadão no caso de, justificadamente apontado, haver sigilo em razão do interesse público (§§ 5º e 6º, do artigo 1º. da Lei da Ação Popular), o que não impedirá a propositura da ação. Nessa hipótese, o juiz deverá verificar os motivos da recusa e, se entender necessário, requisitará os documentos, fazendo com que o processo tramite em segredo de justiça até o trânsito em julgado da sentença condenatória, se houver.²²²

Conforme os ensinamentos de J. M. Othon Sidou:

relewa-se a obrigatoria juntada de documentos à inicial apenas quando ocorrer a hipótese de recusa de certidão ou informação, caso em que, feita a expressa menção, o juiz, apreciando os motivos da negativa, requisitará ditos documentos às entidades indicadas, salvo tratando-se de segurança nacional, como previne o art.1º, parágrafo 7º.²²³

O autor, no caso de negativa do órgão administrativo, deverá individualizar o documento na petição inicial; explicitar a finalidade da prova e

²²² AÇÃO POPULAR - Prefeito municipal - Segredo de justiça - Não cabimento - Hipótese em que o interesse público não se confunde com o interesse do agravante - Recurso não provido - JTJ 275/245. Disponível em: <http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br>. Acesso em 08.01.2006.

MEDIDA CAUTELAR - Preparatória - Liminar - Concessão para prestação de informações e documentos necessários ao ajuizamento de ação popular - Cabimento, resguardado o direito à intimidade pessoal tanto dos agravados como de terceiros envolvidos - Hipótese de processamento sob segredo de justiça - Recurso provido para esse fim - JTJ 258/317. Disponível em: <http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br>. Acesso em 08.01.2006.

²²³ J. M. Othon Sidou, "Habeas Corpus", Mandado de Segurança, Ação Popular. As garantias ativas dos direitos coletivos, p. 451.

as circunstâncias que o levam a afirmar que o documento existe e que o réu o possui.²²⁴

Não há recolhimento das custas judiciais na ação popular, já que todas as despesas e custas respectivas só se fazem a final, inclusive taxa judiciária, se houver (art.10 da Lei da Ação Popular). O autor popular não tem qualquer gasto, vez que somente será condenado a pagar as custas em caso de litigância de má-fé.²²⁵

3.10.7 Da concessão ou denegação de liminar

O objetivo da ação popular é corretivo, no sentido de anular o ato impugnado e, nos termos do art. 5º, parágrafo 4º, da Lei da Ação Popular, admite-se a suspensão liminar do ato lesivo impugnado ou mesmo o

²²⁴ AGRADO DE INSTRUMENTO - Medida Cautelar - Preparatória de Ação Popular - Pedido de informações e documentos reputados necessários para o ajuizamento de ação popular - Liminar deferida para a disponibilização do requisitado aos requerentes da medida cautelar - Admissibilidade, com o resguardo do sigilo, devendo as informações e documentos, todavia, serem enviados ao Juízo e juntados aos autos, sob o manto do segredo de justiça - Recurso parcialmente provido. (Agravo de Instrumento n. 270.148-5 e 270.179-5 - Cubatão - 8ª Câmara de Direito Público - Relator: José Santana - 07.08.02 - V.U.). Disponível em: <http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br>. Acesso em 08.01.2006.

²²⁵ AÇÃO POPULAR - Depósito prévio para realização de perícia - Inadmissibilidade - Autor popular isento de custas judiciais - Inteligência do artigo 5º, LXXIII da Constituição da República - Inexistência de má-fé - Recurso parcialmente provido para esse fim. Salvo comprovada má-fé, está isento o autor popular das custas judiciais em todas as fases do processo, nos termos do disposto no artigo 5º, LXXIII, da Constituição Federal. (Agravo de Instrumento n. 213.219-1 - São Paulo - Relator: ERNANI PAIVA - CCIV6 - V.U. - 16.02.95). Disponível em: <http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br>. Acesso em 01.01.2006.

AÇÃO POPULAR - Perícia - Pagamento de honorários - Caracterização da despesa como custas judiciais para os fins da lei - Isenção de pagamento pelo autor - Artigo 5º, LXXIII da Constituição Federal - Decisão que ordenara pagamento pelo autor - Recurso provido. (Agravo de Instrumento n. 79.600-5 - Igarapava - 4ª Câmara de Direito Público - Relator: Jacobina Rabello - 22.04.99 - V.U.). Disponível em: <http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br>. Acesso em 01.01.2006.

AÇÃO POPULAR - Prova - Perícia - Honorários do perito - Adiantamento - Obrigatoriedade - Distinção necessária entre despesas processuais e custas do processo - Ausência de norma que leve o perito a aguardar remuneração e desembolso de despesas do sucumbente - Recurso não provido JTJ 230/200. Disponível em: <http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br>. Acesso em 01.01.2006.

ajuizamento preventivo da ação antes de a lesão ter se consumado. Não é preciso aguardar a ocorrência do dano ao patrimônio público para propor a ação, bastante apenas a potencialidade da lesão.

A concessão da medida liminar visa a conferir efetividade ao processo da ação popular. Betina Rizzato Lara diz que:

A liminar na ação popular tem natureza cautelar pois visa suspender o ato lesivo ao patrimônio público de modo que, se ao final for julgada procedente a ação, a prestação jurisdicional não se apresente inútil e ineficaz. É necessário comprovar, assim, a existência de um risco de dano, além da probabilidade de vencer a ação.²²⁶

Logo após conclui dizendo:

Inobstante a cautela ser o fim principal visado com a liminar, a suspensão provisória do ato antecipa a “suspensão definitiva” que se pretende obter com a anulabilidade ou declaração de nulidade do ato. Por esta razão, trata-se de uma liminar cautelar-satisfativa.²²⁷

O artigo 5º, parágrafo quarto, da lei em epígrafe, é extremamente sintético, não fazendo referência a requisitos para a concessão da liminar, prazo ou recurso cabível. Todavia, o artigo 22º da Lei n. 4717/65 reza que, subsidiariamente, deverão ser aplicadas as regras previstas no Código de

²²⁶ Betina Rizzato Lara, *Liminares no Processo Civil*, p. 188.

²²⁷ *Ibidem*.

Processo Civil, “naquilo em que não contrariem os dispositivos desta lei, nem a natureza específica da ação”.

A liminar concedida, inicial ou incidentemente na ação popular, tem natureza cautelar. Visa afastar o perigo representado pela iminência do dano e pela demora do julgamento do mérito, quando eventualmente já poderão ter ocorrido danos irreversíveis. Não é possível aguardar o término de uma ação, por exemplo, no caso em que se questiona o ato que autorizou a demolição de um prédio de valor histórico.

Cabe ao juiz, estudando o caso concreto, examinar a plausibilidade da alegação de perigo, concedendo ou não a medida de plano. A ofensa ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural deverá estar bem caracterizada. Caso contrário, a liminar não será concedida.²²⁸

O magistrado deverá verificar a iminência do ato e a irreparabilidade ou impossibilidade de reposição material do dano, no caso de demora da prestação jurisdicional. Enfim, deverá estar presente o *periculum in mora*.

²²⁸ AÇÃO POPULAR - Liminar - Deferimento - Inadmissibilidade - Ausência do *periculum in mora* - Recurso provido para cassar a liminar. Para que configure o chamado perigo da demora, é necessário que a falta do provimento jurisdicional imediata impeça ou torne inexecutível a decisão judicial final. (Agravo de Instrumento n. 194.854-1 - Campinas - Relator: BENINI CABRAL - CCIV 7 - V.U. - 15.02.95) Disponível em: <http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br>. Acesso em 01.01.2006.

Código: 01040 Matéria: AÇÃO POPULAR Recurso: AI 179014 1 Origem: CAMPINAS Órgão: CCIV 6 Relator: MELO COLOMBI Data: 02/09/93 Decisão: - AÇÃO POPULAR - LIMINAR - SUSPENSÃO DE PAGAMENTOS A EMPRESA CONTRATADA - INADM - COMPLEXIDADE DOS FATOS E FUNDAMENTOS DO PEDIDO, DEPENDENTES DE PROVA E NÃO CONSTATÁVEIS A SIMPLES VERIFICAÇÃO DE DOCUMENTOS PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS - LIMINAR CASSADA RP. Disponível em: <http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br>. Acesso em 08.01.2006.

A jurisprudência é dominante no sentido da necessidade de comprovação do *periculum in mora*.²²⁹

A liminar poderá ser requerida já na petição inicial ou no curso do processo, tanto pelo autor, como pelo representante do Ministério Público, pelo terceiro interveniente (art. 6º da Lei n.4717/65) e pelas entidades lesadas.

Leciona Rodolfo Camargo Mancuso:

A par de poder a liminar, naturalmente, vir a ser cassada na sentença que julga improcedente a ação (embora haja entendimento de que seus efeitos se protraíam até o trânsito em julgado), ela pode ter seus efeitos suspensos pelo Presidente do Tribunal que seria o competente para conhecer da ação em grau de recurso, mediante requerimento do Ministério Público ou da entidade pública interessada.²³⁰

Tanto a decisão concessiva como a denegatória de liminar são agraváveis. De acordo com as recentes mudanças na lei, o agravo terá

²²⁹ AÇÃO POPULAR - Liminar de indisponibilidade dos bens imóveis do réu - Admissibilidade - Poder de cautela do juiz artigo 798 do Código de Processo Civil - Condições de admissibilidade, outrossim, presentes - Agravo de instrumento não provido. (Agravo de Instrumento n. 138.072-5 - Quatá - 4ª Câmara de Direito Público - Relator: Eduardo Braga - 24.02.00 - V.U.) Disponível em: <http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br>. Acesso em 01.01.2006.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - Ação popular - Liminar - Concessão - Livre convencimento e prudente arbítrio do magistrado - Hipótese de licitação, cujo edital se apresentou eivado de ilegalidades, recomendando sua suspensão, inclusive para assegurar o resultado útil da ação, em caso de procedência não repercutindo na decisão liminar o fato de existir decisão do Tribunal que suspendeu a eficácia de sentença concessiva de segurança tendo por objeto, a mesma licitação, em face da diversidade dos fundamentos e dos objetivos das ações propostas - Liminar bem concedida, nos termos do artigo 5º, § 4º da Lei n. 4.717/65 - Recurso não provido. (Agravo de Instrumento n. 135.247-5 - Osasco - 8ª Câmara de Direito Público - Relator: José Santana - 01.03.00 - V.U.) Disponível em: <http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br>. Acesso em 01.01.2006.

²³⁰ Rodolfo Camargo Mancuso, **Ação Popular**, p. 172.

regular andamento demonstrando-se a urgência da medida. Caso contrário, o recurso ficará retido nos autos.

3.10.8 Rito

A ação popular será distribuída de acordo com as regras de organização judiciária local. Ela seguirá o rito ordinário.

Após o deferimento da inicial, o juiz determinará a citação dos réus e a intimação do Ministério Público. O magistrado, ainda no despacho inicial, requisitará os documentos sigilosos que não houverem sido anexados, devendo o autor comprovar a negativa quanto ao fornecimento deles.

As cópias e informações requeridas pelo juiz deverão ser apresentadas no prazo fixado de quinze a trinta dias, pena de busca e apreensão e responsabilização por desobediência. O prazo poderá ser prorrogado, se houver motivo razoável para tanto.

Nos termos dos artigos 5º, parágrafo 4º, da Lei n.4.717/65, em defesa do patrimônio público, em seu mais amplo sentido, poderá ser concedida a suspensão liminar do ato lesivo impugnado. Para a prevalência da liminar não há prazo estabelecido, sendo o limite máximo a extinção do processo

ou o cumprimento da decisão, no caso da sentença procedente, abrangendo, inclusive, a fase recursal.

A citação das pessoas jurídicas de direito público, das entidades que respondem pela ação popular, das autoridades, funcionários e administradores responsáveis, far-se-á por mandado ou por edital (nas hipóteses em que se fizer necessário).

Aos citados por edital será nomeado curador especial, de acordo com o artigo 9º do Código de Processo Civil.

O prazo de contestação é de vinte dias, prorrogável por mais vinte dias, a pedido de qualquer interessado, se for difícil a obtenção da prova documental (art.7º, IV da Lei n. 4.747/65). O prazo começa a ser contado a partir da juntada da última citação devidamente cumprida. Se houver citação por edital, é por ela que se contará o prazo, a não ser que haja citação pessoal posterior. O prazo para contestação é comum.

Em princípio, não cabe reconvenção, pois, de acordo com a posição predominante da doutrina, como já visto quando se tratou da questão da legitimação,²³¹ o autor popular agiria como substituto processual, ou seja, em interesse de outrem, ao sustentar situação jurídica que não lhe é exclusiva. Na ação popular, o autor defende o interesse da sociedade, razão

²³¹ P. 108 e seguintes

pela qual, *a priori*, não é possível ao réu ofertar reconvenção. Aplica-se o disposto no art. 315 do Código de Processo Civil.

Rodolfo de Camargo Mancuso é da opinião de que não é possível a reconvenção, vez que este instituto pressupõe que as partes “estejam brandindo situações jurídicas que lhes são próprias” e que, na ação popular, o autor “não sustenta posição jurídica própria, e sim da sociedade como um todo...”, e a reconvenção é vedada àquele que demanda em nome de outrem.²³²

Não havendo contestação por parte das autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissão, houverem causado a lesão, bem como os beneficiários diretos do mesmo, ocorrerá a figura da revelia.

No tocante à pessoa jurídica, ela tem três caminhos: poderá contestar o pedido, assumindo, assim, a condição de ré; abster-se de contestar a demanda, não se caracterizando nesse caso a revelia, pois estarão simplesmente deixando de defender o ato impugnado, declinando da condição de parte; e, enfim, atuar ao lado do autor popular, postulando a procedência do pedido. Todavia, a pessoa jurídica ou entidade ré poderá

²³² Rodolfo de Camargo Mancuso, *Ação Popular*, p. 195.

ingressar nos autos a qualquer momento, recebendo-os no estado em que se encontram. J. M. Othon Sidou observa que, neste caso:

A pessoa jurídica ou entidade acionada não poderá mais contestar a demanda popular, porém, fazendo-o até o despacho saneador, reserva-se-lhe o direito de requerer a produção de prova.²³³

Conforme Elival da Silva Ramos:

O interessante, na regulamentação legal de nossa ação popular, é que as entidades prolatoras do ato impugnado só serão réis na demanda se assim o quiserem seus representantes no momento da citação.²³⁴

A escolha sobre o caminho a tomar compete aos representantes constitucionais e legais das pessoas jurídicas que produziram o ato, que deverão optar pelo caminho mais conveniente ao interesse público.²³⁵

Contestada a ação, é dada vista ao autor, ao litisconsorte e ao Ministério Público para falar sobre os documentos juntados, no prazo de cinco dias (CPC, art. 398), ou em dez dias, se houver alegação de matéria enumerada no art. 301 do CPC e de fato impeditivo, modificativo e extintivo de direito (CPC art. 326), podendo o autor suprir as irregularidades e sanar as nulidades (art.327 do CPC).²³⁶

²³³ J. M. Othon Sidou, "Habeas Corpus", Mandado de Segurança, Ação Popular. As garantias ativas dos direitos coletivos, p. 447.

²³⁴ Elival da Silva Ramos, A Ação Popular como instrumento de participação política, p. 148.

²³⁵ Ibidem, p. 148.

²³⁶ Todos os dispositivos citados são do Código de Processo Civil.

A parte pode requerer provas. Todavia, o juiz, se entender necessário, pode mandar que o autor as produza. Se não houver provas a produzir, será aberta vista dos autos às partes para, em dez dias, apresentarem as alegações finais, após o que os autos subirão conclusos para sentença, que deve ser proferida em quinze dias (art.7º, VI da Lei n.4.717/65).²³⁷

Havendo prova a produzir, o procedimento segue o rito ordinário. Na instrução do processo será admitida a produção de quaisquer provas em direito admitidas: testemunhas, periciais ou documentais.

A qualquer momento, antes da sentença, o juiz, verificando que pessoa beneficiária ou responsável pelo ato impugnado não foi citada, determinará sua citação, abrindo-se-lhe prazo para defesa e permitindo-lhe a produção de provas. Isso equivale a dizer que o processo praticamente reiniciará, aproveitando-se apenas os atos ratificados e que não causem prejuízo às partes.²³⁸

É de se observar, enfim, que se o autor desistir do processo, a desistência não é homologada de plano: são publicados editais e qualquer cidadão ou o órgão do Ministério Público pode assumir a titularidade do

²³⁷ CERCEAMENTO DE DEFESA - Inocorrência - Ação popular - Prova testemunhal desnecessária - Decisão de livre convencimento do Juiz - Hipótese em que a questão envolve apenas matéria de direito a ser resolvida documentalente - Recurso não provido. (Agravo de Instrumento n. 246.140-1 - Cândido Mota - Relator: EDUARDO BRAGA - CCIV 3 - V.U. - 28.03.95). Disponível em: <http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br>. Acesso em 17.01.2006.

²³⁸ Rodolfo de Camargo Mancuso, **Ação Popular**, p. 168.

processo. A mesma coisa é feita, ou seja, a publicação de editais e a possibilidade do terceiro ou do *Parquet* assumir o pólo ativo do processo antes da sentença de extinção, quando o autor houver dado causa ao encerramento do processo, sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267 do CPC. e houver possibilidade de aproveitamento da ação proposta. É necessário ressaltar que, nas duas hipóteses ora tratadas, a intervenção do Ministério Público é facultativa.

3.11 Da sentença

Atualmente, tendo em vista as mudanças havidas no Código de Processo Civil, a sentença é o ato do juiz que pode analisar, ou não, o mérito da causa. Conforme Sérgio Seiji Shimura, “o pronunciamento judicial não põe termo ao processo nem é mais fator de exaurimento do ofício jurisdicional.”²³⁹

Hodiernamente, a doutrina é dominante no sentido de que a sentença condenatória tem natureza desconstitutiva e condenatória, ao contrário de tempos idos, em que se entendia que a sentença tinha efeito meramente declaratório.²⁴⁰

Conforme os ensinamentos de J. M. Othon Sidou, a ação popular:

²³⁹ Sérgio Seiji Shimura, *Execução no Processo Civil*, p. 243.

²⁴⁰ André Ricardo Franco, *Revista de Direitos Difusos*, v.22, p.3101.

É constitutiva porque a sentença tem o efeito de constituir, modificar ou extinguir uma situação jurídica, decretando a nulidade do ato questionado, e ao mesmo tempo condenatória porque na sentença se declara a existência de uma prestação, exigível coativamente, impondo multa, repetição, demissão e ou sanção criminal.²⁴¹

Fala ainda o autor que:

Por sua natureza constitutiva, a sentença de acolhimento da ação popular decreta a nulidade do ato argüido como lesivo do patrimônio público; como sentença condenatória indica o valor da lesão ou, se depende de avaliação ou perícia, autoriza a apuração na fase executória.²⁴²

Já Alexandre de Moraes diz que:

a natureza da decisão na ação popular é desconstitutiva-condenatória, visando tanto à anulação do ato impugnado quanto à condenação dos responsáveis e beneficiários em perdas e danos.²⁴³

Também Rodolfo de Camargo Mancuso partilha dessa opinião, ao dizer que a ação popular tem

necessariamente o cunho condenatório/desconstitutivo, por sua própria natureza e finalidade (...) mas nos parece que o fato de toda sentença ter algum conteúdo declaratório não legitima a conclusão de que uma ação popular possa ter conteúdo só declaratório.²⁴⁴

²⁴¹ J. M. Othon Sidou, "Habeas Corpus", Mandado de Segurança, Ação Popular. As garantias ativas dos direitos coletivos, p. 431.

²⁴² Ibidem, p. 431.

²⁴³ Alexandre de Moraes, Direito Constitucional, p. 195.

²⁴⁴ Rodolfo de Camargo Mancuso, Ação Popular – Proteção do Erário Público; do Patrimônio Cultural e Natural e do Meio Ambiente, p.53 a 54.

O autor apenas em caso de comprovada má-fé é que fica sujeito ao pagamento das custas e ônus da sucumbência (art. 5º, LXXIII, da CF e art. 13 da Lei da Ação Popular), respondendo também pelos danos causados por liminar deferida a seu pedido. Só a manifesta temeridade da lide é que acarreta esta penalidade.²⁴⁵

A sentença de improcedência ou que concluir pela carência da ação, no todo ou em parte, fica sujeita ao duplo grau de jurisdição, nos termos do artigo 19 da Lei da Ação Popular.²⁴⁶

Não há reexame necessário da sentença procedente vez que, embora a pessoa jurídica de direito público seja ré na ação, a decisão é benéfica para o patrimônio público.

De acordo com Alexandre de Moraes:

Se a ação popular for julgada improcedente por ser infundada, a sentença produzirá efeitos de coisa julgada *erga omnes*,

²⁴⁵ AÇÃO POPULAR - Condenação, em primeiro grau, da autora, em honorária advocatícia - Impossibilidade face o ordenamento jurídico vigente - Inocorrência de caracterização de má-fé por parte da demandante - Segura reforma da sentença - Provimento do recurso da autora e improvimento do oficial. (Apelação Cível n. 47.035-5 - Santo André - 7ª Câmara de Direito Público - Relator: Prado Pereira - 13.03.00 - V.U.) Disponível em: <http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br>. Acesso em 01.01.2006.

AÇÃO POPULAR - Litigância de má-fé - Descaracterização Causa de pedir e pedido lícitos e processualmente admissíveis - Irrelevância dos motivos extraprocessuais que levaram a interposição da ação ou de o autor popular pertencer a grupo político de oposição ao réu (TJSP) - RT 788/24. Disponível em: <http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br>. Acesso em 01.01.2006.

Código: 10970 Matéria: LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ Recurso: AC 173408 1 Origem: SP - Órgão: CCIV 5 Relator: MARCIO BONILHA Data: 03/08/92 Decisão: - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - AÇÃO POPULAR - PROPOSIÇÃO POR EX-ADVOGADO DA EMPRESA RÉ - ATUAÇÃO IMPELIDA POR MERO ESPÍRITO DE EMULAÇÃO, PELA OCORRÊNCIA DE RESCISÃO DE SEU CONTRATO DE TRABALHO - AÇÃO JULGADA MANIFESTAMENTE TEMERARIA - HIPÓTESE DE COMPROVADA MÁ-FÉ DO AUTOR RECURSO PROVIDO PARA ESSE FIM. Disponível em: <http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br>. Acesso em 01.01.2006.

²⁴⁶ AÇÃO POPULAR - Sentença de improcedência - Obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição - Artigo 19, da Lei 4.717/65 - Reexame necessário, portanto, considerado interposto. (Apelação Cível n. 54.197-5 - Santa Izabel - 4ª Câmara de Direito Público - Relator: Eduardo Braga - 02.03.00 - V.U.). Disponível em: <http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br>. Acesso em 01.01.2006.

permanecendo válido o ato. Porém, se a improcedência decorrer de deficiência probatória, apesar da manutenção da validade do ato impugnado, a decisão de mérito não terá eficácia de coisa julgada *erga omnes*, havendo possibilidade de ajuizamento de nova ação popular com o mesmo objeto e fundamento, por prevalecer o interesse público de defesa da legalidade e da moralidade administrativas, em busca da verdade real.²⁴⁷

A sentença poderá declarar o ato nulo, bem como condenar os responsáveis por sua prática e os seus beneficiários, os quais ficarão sujeitos ao pagamento de perdas e danos (art. 11, da Lei da Ação Popular), além do pagamento das custas, despesas com a ação e honorários advocatícios. Se no curso do processo ficar evidenciado crime ou infração administrativa que possa causar demissão ou rescisão de contrato de trabalho, o magistrado, de ofício, determinará a remessa das cópias à autoridade competente e aos administradores a quem competir aplicar a sanção cabível.

Eros Roberto Grau diz que os réus somente poderão ser condenados em perdas e danos com a efetiva comprovação da lesividade do ato: “sem dano comprovado inexistente responsabilidade civil, ainda que possa haver a declaração da nulidade do ato, nos casos do art. 4º”.²⁴⁸

²⁴⁷ Alexandre de Moraes, **Direito Constitucional**, p. 196.

²⁴⁸ Eros Roberto Grau. **Requisito da lesividade na ação popular**, p. 341, *in* **Direito Administrativo e Constitucional**, Celso Antonio Bandeira de Mello, p. 339 a 342.

Comprovando-se os danos ao patrimônio público, a condenação recairá sobre as autoridades responsáveis pelo ato e sobre os beneficiários, cabendo ainda ação regressiva contra funcionários não chamados ao processo, desde que tenham agido com culpa, nos termos do art.11, da Lei da Ação Popular. O regresso poderá ser apurado em ação direta ou denúncia da lide (Código de Processo Civil, art. 70, III).

A pessoa jurídica de direito público, ré na ação popular, não sofre os efeitos da condenação, mesmo que conteste, visto que o processo visa a justamente recompor o seu patrimônio.

Provado o valor da lesão no curso do processo, a sentença será líquida, mesmo que não tenha havido pedido expresso para isso. Caso o valor da lesão não tenha sido demonstrado, será objeto de liquidação nos termos da Lei da Ação Popular. Deve ser observado que, a partir da vigência da Lei n.11.232, em 24 de junho de 2006, cumprir-se-á o disposto no artigo 475, letras A, B, C, D, E, F, G e H do Código de Processo Civil.

Na sentença que reconhecer a falta ou isenção do pagamento devido, a condenação o imporá com juros de mora, multa legal ou contratual, se houver (art. 14, parágrafo 1º), e correção monetária (art. 14, parágrafo 1º e Lei nº 6899/81, art. 1º); se o reconhecimento é de ação fraudulenta, simulada ou irreal de contrato, condena-se à restituição do indébito, com

juros de mora e correção monetária (art. 14, parágrafo 2º e Lei n.6899/81, art. 1º).

A sentença condenatória ainda não transitada em julgado constitui título para requerimento de seqüestro, quando o bem a ser devolvido for coisa certa e de arresto, quando a condenação for pecuniária (artigo 14, parágrafo 4º). Observar-se-á, a partir de 24 de junho de 2006, os termos da Lei n.11.232/05, sobre Execução.

O autor, o terceiro legitimado e o *Parquet* têm legitimidade para pedir o seqüestro e o arresto. A atuação do Ministério Público fica condicionada à inércia do autor popular ou do terceiro legitimado.

3.12 Dos recursos

A Lei nº 4717/65 somente faz referência aos recursos de apelação e de agravo de instrumento (art. 19). Entretanto, o artigo 22 da referida lei é claro no sentido de que, subsidiariamente, se aplicam as regras do Código de Processo Civil, naquilo que não conflitar com os dispositivos da citada lei, ou com a natureza específica da ação.

Assim, são cabíveis na Ação Popular, além da apelação e do agravo de instrumento, também os embargos infringentes, embargos de declaração, recurso especial e recurso extraordinário.

O recurso contra a sentença de procedência, de improcedência ou de carência da ação é a apelação, recebida em ambos os efeitos (art.19 da Lei 4.717/65), com o trâmite determinado pelo Código de Processo Civil.

É preciso frisar que, a rigor do que dispõe o art. 19 da Lei da Ação Popular e admitindo-se que, em tese, a ação popular tutela a proteção do patrimônio e do interesse público, o terceiro e o Ministério Público não podem recorrer em caso de sentença procedente, só podendo fazê-lo os réus atingidos pela decisão: só eles possuem legitimidade para insurgir-se contra a sentença, já que foram responsabilizados e deverão ressarcir o erário.²⁴⁹

Este assunto é polêmico, vez que a sentença pode ser favorável ao autor, mas contrária aos interesses da sociedade, situação que – de acordo com o nosso ordenamento Constitucional – deveria conferir legitimidade ao Ministério Público para recorrer.

Caso a sentença seja improcedente e o autor não recorrer, qualquer cidadão ou o membro do Ministério Público também podem recorrer, conforme o art. 19 da Lei da Ação Popular. Aqui o *Parquet* tem a faculdade, e não a obrigatoriedade, de recorrer.

²⁴⁹ PREFEITO MUNICIPAL - Contratação irregular de servidor público para cargo em comissão - Exercício das funções de fisioterapeuta - Falta de habilitação - Nulidade do ato - Prejuízo ao erário público - Ação popular procedente - Obrigação solidária do Prefeito e do servidor contratado de reembolsar os salários pagos pela Municipalidade - Sentença mantida - Recurso improvido - Inteligência do art. 4º, I, da Lei 4.717/65 (TJSP) RT 690/80. Disponível em: <http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br>. Acesso em 08.01.2006.

A decisão denegatória fica sujeita ao duplo grau de jurisdição, o que significa que o juiz, de ofício, deverá remeter os autos à instância superior, em caso de improcedência ou carência de ação. Isso porque prevalece a defesa do interesse público, prejudicado com a rejeição do pedido.

A remessa do processo, em caso de recurso de ofício pelo juiz, é efetuada através de simples menção ao final da sentença, mas se isso não for feito, o tribunal poderá avocar o processo, para reapreciação do mérito do pedido do autor.

Das decisões interlocutórias cabe agravo de instrumento. Por decisão interlocutória entenda-se toda aquela que, não sendo sentença, resolveu no processo uma questão entre as partes. E a decisão interlocutória mais comum na ação popular é aquela que concede ou denega a liminar. Mas há inúmeras outras, tais como a que decide sobre o valor da causa, a que denega a apelação, a que decreta a deserção, a que concede ou denega a suspensão do processo, a que não admite o aditamento da inicial, etc.

Com a recente mudança na Lei do Agravo, visando, em tese, a conferir maior celeridade ao processo, a interposição deste recurso ficou mais restritiva. O art. 522 do Código de Processo Civil passou a ter a seguinte redação:

Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão

suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento.

O parágrafo 3º do art. 523 assim dispõe:

Das decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento caberá agravo na forma retida, devendo ser interposto oral e imediatamente, bem como constar do respectivo termo (art. 457), nele expostas sucintamente as razões do agravante.

Enfim o Art. 527, inciso II, prescreve:

- converterá o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, mandando remeter os autos ao juiz da causa.

Assim, é necessário comprovar a urgência da medida para que o Agravo tenha seguimento vez que, caso contrário, ficará ele retido nos autos, par apreciação oportuna.

Os embargos infringentes são opostos a acórdão não-unânime. Conforme Rodolfo Camargo Mancuso caso eles não sejam opostos,

ficará precluso o posterior exercício do recurso extraordinário, que não pode ser interposto *per saltum*, exigindo-se que o

acórdão recorrido seja final, a saber, que tenham sido esgotadas as possibilidades recursais nas instâncias inferiores.²⁵⁰

Os embargos infringentes podem ser interpostos junto com o recurso especial e o extraordinário, os quais ficarão sobrestados até o julgamento dos embargos. Nos termos do art. 500, inciso II, do Código de Processo Civil, eles podem ser interpostos na modalidade adesiva.

Os embargos de declaração suspendem o prazo de interposição de outros recursos e esclarecem pontos obscuros, omissos ou contraditórios da decisão, além de funcionar como embargos prequestionadores para fins de interposição de recurso extraordinário. Rodolfo de Camargo Mancuso dá como exemplo cabível de embargos de declaração a hipótese em que:

a sentença desconstituísse o ato lesivo, silenciando quanto à condenação dos responsáveis à reparação do prejuízo ao patrimônio público” (art.11 da LAP). Ou, se tendo considerado o autor um improbus litigator (CF, art.5º, LXXIII, parte final), se omitisse à sua apenação nos ônus da sucumbência.²⁵¹

O recurso especial é proposto junto ao Superior Tribunal de Justiça e visa a manter a unidade e a autoridade da lei federal, resolvendo uma questão federal controvertida. De acordo com Humberto Theodoro Junior, “Através dele não se suscitam nem se resolvem nem questões de fato nem questões de direito local.”²⁵²

²⁵⁰ Rodolfo Camargo Mancuso, **Ação Popular**, p. 232.

²⁵¹ *Ibidem*, p.233.

²⁵² Humberto Theodoro Junior, **Curso de Direito Processual Civil**, V.I, p.577.

O recurso extraordinário tem por finalidade manter a unidade e a autoridade da Constituição Federal.

Ambos os recursos – especial e extraordinário – requerem que haja prequestionamento da questão federal ou constitucional levantada, ainda que de modo implícito.

Enfim, é preciso observar que os dois recursos podem ser interpostos conjuntamente, sendo que o especial é julgado primeiro, ficando sobrestado o recurso extraordinário. E, que comportam a interposição na modalidade adesiva.

No tocante aos prazos, a Lei da Ação Popular não regula os prazos para que sejam apresentados os recursos, razão pela qual são seguidos aqueles constantes do Código de Processo Civil, no artigo 191. Caso os litisconsortes tenham advogados diferentes, o prazo para recorrer será contado em dobro.

3.13 Da coisa julgada

A coisa julgada material, para Antônio Cláudio da Costa Machado, é:

a “qualidade de imutabilidade que reveste os efeitos naturais da sentença (o conjunto de efeitos que a sentença produz na condição de decisão final do litígio, como qualquer outro ato do Estado). Já coisa julgada formal é a imutabilidade da própria

sentença como ato do processo (e não dos seus efeitos) em virtude de não mais caberem quaisquer recursos ou em decorrência da não-utilização dos recursos cabíveis.”²⁵³

Sucintamente falando, a coisa julgada formal opera sobre a sentença que não mais comporta recurso, enquanto na coisa julgada material a sentença também não é mais passível de recurso, mas seus efeitos, aqueles que se irradiam para o mundo jurídico, não mais permitem que a matéria decidida seja discutida em outro processo.²⁵⁴

A eficácia da coisa julgada na ação popular é *erga omnes* (artigo 18 da Lei 4.717/65). A exceção fica por conta da ação popular improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que nova ação poderá ser intentada por qualquer cidadão, com idêntico fundamento.²⁵⁵

Rodolfo de Camargo Mancuso observa que:

nos casos de improcedência por insuficiência de prova, deve o juiz consignar expressamente essa circunstância no dispositivo do julgado, a fim de que se opere o sistema especial de coisa julgada prevista no art. 18, parte final da Lei da Ação Popular. Trata-se de um critério legal especialíssimo, derogatório do sistema comum, e, portanto, para sua incidência no caso

²⁵³ Antônio Cláudio da Costa Machado, *Código de Processo Civil Interpretado*, p. 642.

²⁵⁴ Gelson Amaro de Souza; *Revista Institutos de Pesquisas e Estudos*, p. 234-237.

²⁵⁵ AÇÃO POPULAR - Coisa julgada inexistente pela presença de provas novas - Admissibilidade, ademais, de repetição de pedido em ação popular - Recurso não provido. (Agravo de Instrumento n. 273.045-1 - São Paulo - 6ª Câmara de Direito Público - Relator: Afonso Faro - 26.02.96 - V.U.). Disponível em: <http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br>. Acesso em 08.01.2006.

AÇÃO POPULAR - Coisa julgada - Inocorrência - Ação anterior julgada improcedente por falta de provas - Repetição do pedido que busca a apresentação de novas provas - Aplicabilidade do artigo 18 da Lei Federal n. 4.717, de 1965 - Recurso não provido. JTJ 180/167. Disponível em: <http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br>. Acesso em 08.01.2006.

concreto é preciso que o próprio julgador esclareça que está julgando “no estado dos autos.”²⁵⁶

Já nos idos de 1968, José Afonso da Silva afirmava que:

os efeitos *erga omnes* da coisa julgada estão intimamente ligados à posição do autor popular. Como todos os cidadãos são conjuntamente legítimos para intentar a demanda popular, todos sofrem os efeitos da sentença que a decidir, porque, no caso concreto, o Estado já forneceu a prestação jurisdicional devida, em relação à lide estabelecida entre os réus e todos os cidadãos. A solidariedade de interesse embasa o fato de o cidadão-autor popular defender a identidade de direitos.²⁵⁷

J.M. Othon Sidou coloca que:

A sentença que considerar infundada a pretensão do autor por efeito da prova produzida reveste-se da eficácia de coisa julgada material. Provida outra ação com base na mesma causa de pedir e no mesmo sentido ela autoriza a exceção de coisa julgada, muito embora outro seja o demandante.²⁵⁸

Do exposto até agora, conclui-se que a sentença procedente e a improcedente, decidindo o mérito, farão coisa julgada *erga omnes* a partir do trânsito em julgado. Não poderão ser propostas novamente com o mesmo fundamento e objeto, mesmo que por outro cidadão, pena de arguição de coisa julgada. Já a sentença improcedente por falta de provas

²⁵⁶ Rodolfo de Camargo Mancuso, *Ação Popular*, p.249.

²⁵⁷ José Afonso da Silva, *A Ação Popular Constitucional*, p.286.

²⁵⁸ J. M. Othon Sidou, “*Habeas Corpus*”, *Mandado de Segurança, Ação Popular. As garantias ativas dos direitos coletivos*, p. 463.

não faz coisa julgada *erga omnes*, podendo ser reproposta pelo autor ou por outro cidadão caso surjam novas provas.

3.14 Da Execução

Com as recentes alterações ocorridas no Código de Processo Civil, deixou de existir, na ação popular, o processo autônomo de execução: o cumprimento da sentença é apenas uma fase do processo de conhecimento.

Discorrendo sobre o cumprimento da sentença, Sérgio Seiji Shimura diz que:

O cumprimento da sentença passa a ser fase subsequente à decisão condenatória, uma etapa final, de efetivação do comando judicial. Não se há mais falar em “processo” de execução, despregado e autônomo do desconhecimento.²⁵⁹

Todavia, apurado o valor da condenação, compete ao credor a iniciativa de requerer ao juízo a intimação do devedor, para cumprimento da sentença.

Na ação popular, com a decisão de segundo grau que julgou a apelação e eventuais embargos infringentes, iniciar-se-á a execução provisória em sessenta dias da publicação do julgado condenatório. Essa execução será feita pelo autor ou qualquer terceiro legitimado, mesmo que

²⁵⁹ Sérgio Seiji Shimura, *Execução no processo civil*, p. 245.

pendente recurso especial e/ou extraordinário, nos termos do art. 27, da Lei 8038, de 28.05.1990. Há dispensa de qualquer caução pelo particular na execução provisória, vez que ela é feita no interesse do patrimônio público.

Caso o autor popular ou terceiro legitimado não promovam o cumprimento da sentença no prazo legal, cabe ao membro do *Parquet* promovê-la, sob pena de responsabilidade.

Está implícito na lei que a sentença de primeiro grau transitada em julgado também é exeqüível pelo Ministério Público, em caso de inércia do autor ou de qualquer outro cidadão. A legitimação do Ministério Público é subsidiária e condicionada, de acordo com Hely Lopes Meirelles. Portanto, o *Parquet* só poderá promover o cumprimento da sentença em caso de inércia do autor ou de qualquer outro cidadão.

Pessoas e entidades públicas também poderão promover a execução naquilo que for do seu interesse, mesmo que tenham sido rés na ação, vez que a execução é realizada no interesse do patrimônio delas. Não seria lógico que essas pessoas e entidades públicas fossem condenadas a devolver bens ou a ressarcir a si mesmas.

Se o réu condenado for funcionário público, o cumprimento da sentença poderá ser feito por desconto em folha, a não ser que haja modo mais eficiente para o ressarcimento do patrimônio público (art. 14,

parágrafo 3º da Lei n.4.717/65), como seria a hipótese do réu ter bens passíveis de penhora.²⁶⁰

Em caso de lesão ao patrimônio histórico, cultural ou meio ambiente, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o dinheiro da indenização deverá ser depositado no Fundo de Reconstituição de Bens Lesados, instituído pelo Decreto n. 92302/86, com base no art. 13 da Lei da Ação Civil Pública.²⁶¹

Aqui em São Paulo, lei autorizou o Poder Público a criar um Fundo Especial de Despesa de Reparação de Interesses Difusos, que visa à reparação dos danos e será constituído pelas indenizações obtidas. A lei não faz referência à ação civil pública, o que significa que as indenizações decorrentes da ação popular podem ser depositadas no referido fundo, que integra a estrutura organizacional do Ministério Público. O fundo é o

²⁶⁰ AÇÃO POPULAR - Execução - Réus condenados a reparar danos públicos solidariamente - Credor pode exigir a dívida de qualquer dos devedores - Artigo 904 do Código Civil - Recurso provido. (Agravo de Instrumento n. 12.693-5 - Itanhaém - 7ª Câmara de Direito Público - Relator: Walter Moraes - 17.02.97 - M.V.). Disponível em: <http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br>. Acesso em 01.01.2006.

MEDIDA CAUTELAR - Incidental - Sequestro - Garantia de execução de sentença em ação popular - Decisão condenatória que não autoriza por si só a concessão da medida - Necessários o "fumus boni juris" e o "periculum in mora" - Requisitos não comprovados - Recurso não provido. (Apelação Cível n. 219.945-5 - Barretos - 5ª Câmara de Direito Público - Relator: Ralpho Oliveira - 27.09.01 - V.U.). Disponível em: <http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br>. Acesso em 01.01.2006.

AÇÃO POPULAR - Execução de sentença - Correção monetária sobre a indenização devida por perdas e danos - Incidência a partir da data do fato, e não apenas após a vigência da Lei 6.899/81 - Determinação que não ofende a decisão executanda e vai de encontro à própria natureza da ação, que pressupõe a reparação integral do patrimônio público - Declaração de voto - Aplicação da Súmula 562 (STF) RT 639/235 Disponível em: <http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br>. Acesso em 08.01.2006

AÇÃO POPULAR - Execução - Demolição de imóvel construído irregularmente - Municipalidade como co-ré - Intimação do Secretário da Habitação e do Desenvolvimento Urbano para proceder à demolição - Alegação de não ter sido parte na demanda - Irrelevância - Autoridade competente para cumprir a ordem judicial na qualidade de agente da administração - Recurso não provido JTJ 120/301. Disponível em: <http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br>. Acesso em 01.01.2006.

²⁶¹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, **Direito Administrativo**, p. 648.

Fundo Estadual de Reparação de Interesses Difusos Lesados, criado pelo Decreto Estadual n.27.070/87.

4. A AÇÃO POPULAR COMO MECANISMO DE EXERCÍCIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Nos capítulos anteriores, estudamos a ação popular, e pode ser constatado que ela foi o primeiro instrumento processual colocado à disposição do cidadão para a tutela de bens e interesses da coletividade.

Falou-se também em Direitos Fundamentais e no Estado Democrático de Direito. Concluimos que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, e que os Direitos Fundamentais, em tese, estão assegurados na Constituição.

É necessário, todavia, visualizarmos os três conceitos de forma integrada.

É certo que não basta falar em Direitos Fundamentais ou em Democracia, pois, como diz Luiz Flávio Gomes, “O exercício dos direitos fundamentais, do qual deriva a verdadeira cidadania e uma forte sociedade civil, tem como pressuposto básico o império do ordenamento jurídico.”²⁶²

²⁶² Luiz Flávio Gomes, *A Dimensão da Magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito*, p. 96.

Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto assevera que, no Estado Democrático de Direito, é preciso “respeito não só à forma de produção da lei, mas também do seu aspecto material, seu conteúdo, o que deve ser observado também pelos governantes.”²⁶³

Paulo Ferreira da Cunha afirma que o Estado, hoje, tem de ser um Estado de Direitos Fundamentais e que os Direitos Fundamentais pressupõem um Estado de Direito.²⁶⁴

O Estado Democrático de Direito deve garantir o bem-estar social, a liberdade e a participação popular. O homem, o cidadão, deve poder participar da história e não ser apenas um espectador dela. Mário Lúcio Quintão Soares coloca bem a questão, ao assegurar que:

...a democracia tem necessidade de um cidadão político que faça uso de seus direitos. Entretanto, tão somente aquele que está tutelado pelos direitos fundamentais pode exigir que os governantes venham a arcar com suas responsabilidades.²⁶⁵

Carlos Roberto Siqueira Castro de forma realista fala que:

Sob a ótica específica dos países da América Latina, os direitos fundamentais do homem padecem de uma espécie de síndrome de onirismo e paradoxismo: quanto mais são catalogados nas pautas constitucionais e legais, e ainda nos programas partidários e nos discursos sem fim das lideranças políticas, mais são eles relegados ao descaso no plano das realidades.

²⁶³ Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto, **Diálogos Constitucionais: Brasil/ Portugal**, p. 260.

²⁶⁴ Paulo Ferreira da Cunha, **Teoria da Constituição**, Tomo II, p. 257.

²⁶⁵ Mário Lúcio Quintão Soares, **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**, p. 413.

Ele ainda coloca que o problema não está na Constituição, e sim no “terreno árido em que aquela deve frutificar.”²⁶⁶

É pacífico entre os operadores do Direito que não é suficiente um direito ser reconhecido e declarado: é preciso efetivá-lo. É preciso exercitá-lo. O nosso Texto Constitucional, em seu preâmbulo, traça as diretrizes do Brasil como sendo um Estado Democrático de Direito. E insere a ação popular entre os direitos e garantias fundamentais do povo brasileiro.

Um Estado Democrático de Direito pressupõe soberania, participação popular na coisa pública, participação essa efetiva e não meramente formal, e o cumprimento dos Direitos Fundamentais, através de uma política de solidariedade social, no qual o homem aprenda a pescar, e não simplesmente receba o peixe, a “cesta básica” ou “a dentadura”, típicos do Brasil coronelista e patriarcal.

Na verdade, podemos dizer que os conceitos de Estado Democrático de Direito, Direitos Fundamentais e Ação Popular estão em perfeita simbiose, já que Estado Democrático de Direito exige o cumprimento dos Direitos Fundamentais; os Direitos Fundamentais irradiam valores para todo o ordenamento jurídico, pressupondo a existência de um Estado Democrático de Direito, e a Ação Popular é um instrumento do Estado Democrático de Direito que leva à efetivação dos Direitos Fundamentais,

²⁶⁶ Carlos Roberto Siqueira Castro, *A Constituição aberta e os Direitos Fundamentais*, p. 260.

na medida em que a atividade estatal é controlada, atendo-se ela à sua finalidade precípua: o bem-estar da sociedade. Através deste instituto processual é possível zelar pelo patrimônio público, pela moralidade administrativa, pelo meio ambiente e pelo patrimônio artístico, cultural, histórico e turístico, direitos fundamentais de terceira geração. Num sentido mais amplo, ao proteger o Erário Público, a ação popular assegura o cumprimento dos direitos fundamentais de segunda geração, como a saúde, a educação, a assistência social etc.

José Afonso da Silva diz que:

O certo, contudo, é que a Constituição de 1988 não promete a transição para o socialismo com o Estado Democrático de Direito, apenas abre as perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais que ela inscreve e pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania e que possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana.²⁶⁷

Como fala Elival da Silva Ramos:

Enquanto aspecto político, a ação popular significa a participação dos cidadãos na função de controle do poder Público (da Administração fundamentalmente), controle esse, à evidência, de natureza jurídica. O Estado democrático, para a realização do bem comum, prestigia determinados instrumentos, que se convertem, por assim dizer, em fins instrumentais. É o caso dos mecanismos do Estado de Direito, essenciais para manter a atuação dos governantes adstrita à causa pública.

²⁶⁷ José Afonso da Silva, *Direito Constitucional Positivo*, p. 124.

Surge, destarte, a função de assegurar a legalidade, ou de controle jurídico, exercida, primacialmente, pelo Poder Público.²⁶⁸

Nesse contexto, a ação popular é justamente um dos instrumentos processuais que, usado, leva à implementação do Estado Democrático de Direito e à efetivação dos Direitos Fundamentais, municiando o cidadão com uma arma processual que garante direitos da coletividade e a fiel observância aos princípios da legalidade e da moralidade administrativa, por parte dos administradores públicos e daqueles que gerem entidades de que o Estado participa: a ação popular atua como um freio contra eventuais abusos cometidos pelo poder público. Resguardando o Erário Público, indiretamente é um mecanismo que leva à efetivação dos direitos fundamentais de segunda geração, vez que o dinheiro público bem utilizado reflete em mais investimentos na saúde, na educação, segurança pública etc. Já a proteção ao meio ambiente e ao patrimônio histórico, cultural, turístico e estético, é uma garantia dos direitos de terceira geração.

O cidadão tem em suas mãos um meio de controle dos atos de seus governantes, garantindo que o poder seja usado a favor de toda a sociedade, e que os recursos públicos sejam empregados no sentido do progresso e bem-estar de toda a coletividade. Pois, como ensina Humberto Theodoro Júnior, ao discorrer sobre a ação popular:

²⁶⁸ Elival da Silva Ramos, *A Ação Popular como instrumento de participação política*, p. 198.

O processo, portanto, é chamado a servir à Constituição em ambos os níveis, vale dizer, tanto na tutela do ordenamento jurídico em geral (manutenção do princípio da legalidade) como na tutela das garantias específicas de natureza puramente constitucional.²⁶⁹

A seguir situa a ação popular como um dos instrumentos processuais de defesa dos direitos fundamentais.

O autor, ao propor uma ação popular, colabora em favor de sua comunidade, exercendo seu papel social, posicionando-se como um cidadão ativo, exigindo que os governantes ajam de acordo com a lei, pena de responsabilidade.

Pode-se dizer que, ao propor uma ação popular, o autor está aplicando as idéias de Montesquieu, na medida em que o Poder Judiciário é instado a manifestar-se sobre a lisura de atos dos outros dois poderes do governo. A ação popular funcionaria como um freio ao Poder Executivo e, algumas vezes, até ao Poder Legislativo. Seria o típico exemplo do sistema de freios e contra-pesos, em que um dos poderes do Estado freia o outro. O autor popular pode a qualquer momento interferir no processo político, fazendo com que o Judiciário se manifeste quanto à legalidade dos atos impugnados através da ação popular.

²⁶⁹ Humberto Theodoro Júnior, *Revista Jurídica Mineira*, n. 69, p. 134.

A doutrina é remansosa em tipificar a ação popular como sendo um instrumento de defesa dos Direitos Fundamentais, uma arma extremamente importante da democracia participativa, da soberania popular, já que, conforme Jorge Miranda, “Por definição, os direitos fundamentais têm de receber, em Estado de Direito, protecção jurisdicional. Só assim valerão inteiramente como direitos.”²⁷⁰

A ação popular aqui no Brasil é de fato um mecanismo de participação política, permitindo teoricamente que qualquer cidadão dê sua parcela de contribuição na construção do Estado Democrático de Direito. É um instrumento processual de protecção, de garantia de alguns dos direitos fundamentais constantes da Carta de 1988.

Entre nós, a ação popular foi o primeiro instrumento processual que permitiu ao cidadão postular a prestação jurisdicional em favor do interesse público, protegendo o patrimônio estatal e a sociedade. E a Constituição de 1988 veio a ampliar o raio de abrangência deste instrumento processual, ao incluir a questão da moralidade administrativa, consagrando-o como um instituto essencialmente democrático, onde o povo participa, direta ou indiretamente, da gestão da coisa pública.

Celso Antonio Pacheco Fiorillo bem diz que “A ação popular é um dos remédios constitucionais mais antigos e, mesmo com marchas e

²⁷⁰ Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, p.232.

contramarchas da história, podemos dizer que foi pioneiro na defesa dos direitos coletivos *lato sensu*.”²⁷¹

Sob a égide da Constituição anterior, Manoel Gonçalves Ferreira Filho já afirmava acertadamente que “a ação popular é um remédio constitucional nascido da necessidade de se melhorar a defesa do interesse público e da moral administrativa.”²⁷²

Luísa Elisabeth T.C. Furtado bem coloca que:

Configura-se, pois, este instrumento, numa das formas de participação do cidadão na vida pública, decorrente de princípios democráticos, onde este poder lhe é concedido originariamente. Assim, corresponde a ação popular a uma garantia constitucional política, vez que favorece ao cidadão a oportunidade de fiscalizar o desempenho das entidades em que o Estado participe e ou atos lesivos ao patrimônio público, sendo em regra feita esta Função Fiscalizadora pelos representantes das casas Legislativas que fiscalizam a aplicação do dinheiro público por meio de controle externo, além de interno, determinado por lei (art.70 e ss. da CF).²⁷³

No dizer de José Rubens Morato Leite, discorrendo sobre a ação Popular, “A prática efetiva do exercício deste instrumento jurisdicional legitima e dá maior transparência, controle e fiscalização aos atos praticados pelo poder público.”²⁷⁴

²⁷¹ Celso Antonio Pacheco Fiorillo, *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*, p. 374.

²⁷² Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Direito Constitucional*, p. 298.

²⁷³ Luísa Elisabeth T. C. Furtado, *Ação Popular*, p. 49.

²⁷⁴ José Rubens Morato Leite, *Revista de Direito Ambiental*, n.17, p. 126.

J. M. Othon Sidou arremata a questão ao dizer que “A ação popular não é só uma resultante do Estado organizado; é um imperativo do Estado democrático.” E logo após fala que ela é uma garantia dos direitos coletivos.²⁷⁵

A ação popular é hoje uma ferramenta colocada à disposição de qualquer cidadão, permitindo que ele zele pelo cumprimento de alguns dos Direitos Fundamentais previstos na Constituição de 1988, na medida em que atua como um elemento controlador da legalidade e da moralidade administrativa, zelando pelo patrimônio público no sentido mais amplo da expressão.

Como fala José Afonso da Silva: “Toda ação popular consiste na possibilidade de qualquer membro da coletividade, com maior ou menor amplitude, invocar a tutela jurisdicional a interesses coletivos.”²⁷⁶

Com a amplitude dada pela Carta Magna de 1988, através da ação popular é possível invalidar atos que atentem contra o patrimônio público, a moralidade administrativa, o meio ambiente, o patrimônio histórico e cultural. Foi conferida maior efetividade a este instituto, facilitando-se o acesso à justiça, na medida em que o autor popular foi isentado do

²⁷⁵ J. M. Othon Sidou, “Habeas Corpus”. Mandado de Segurança. Ação Popular, p. 407-8.

²⁷⁶ José Afonso da Silva, Direito Constitucional Positivo, p. 464.

pagamento de qualquer verba de sucumbência ou custa processual, afora comprovada má-fé, possibilitando assim que qualquer cidadão ingresse com a ação. E hoje, cada vez mais, ela é usada na defesa do meio ambiente.

O único requisito é ser cidadão, o que atualmente já é questionado, levando-se em conta todos os princípios garantidos por nossa Carta Constitucional, e já foi discutido nesta dissertação, quando se falou sobre legitimidade ativa. O certo é que hoje – levando-se em conta todo o ordenamento constitucional – não faz sentido restringir o acesso à Ação Popular, excluindo-se os estrangeiros, as pessoas jurídicas e aqueles que tiverem suspensos ou declarados perdidos seus direitos políticos (CF, art.15). Como bem diz Canotilho, referindo-se ao “direito de acção popular” em Portugal:

Não é de excluir que a fórmula “qualquer um do povo” abranja pessoas coletivas, pois trata-se de um dos direitos compatíveis com a natureza das próprias pessoas coletivas e com a própria natureza do direito em causa.²⁷⁷

A ação popular, apesar das restrições quanto à legitimidade ativa, é de fato um dos mecanismos que proporcionam ao cidadão a defesa de seus interesses e de toda a coletividade. E razão assiste a Humberto Theodoro Júnior, ao falar que os instrumentos processuais possibilitam a plena

²⁷⁷ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 510/511.

realização da Justiça programada na Constituição, e que a ação popular é um dos “remédios processuais de defesa dos direitos fundamentais.”²⁷⁸

O instituto processual ora estudado permite ao cidadão, como nenhum outro é capaz, contribuir para a efetividade dos direitos constantes da Carta Magna de 88. O autor popular age movido pelo ideal cívico de fiscalização dos negócios públicos, já que o beneficiário direto de sua iniciativa não é ele mesmo, mas o povo, que faz jus a um governo competente e honesto, implementador dos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente.

A nosso ver, o que melhor define a importância deste instituto do direito processual é a colocação efetuada por Celso Antonio Bandeira de Mello, ao dizer que a ação popular:

É, talvez, a única providência judicial realmente temida pelos administradores, porquanto, nos termos do art.11 da referida lei, se a ação for julgada procedente, vindo a ser decretada a invalidade do ato impugnado, a sentença “condenará ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele.”²⁷⁹

²⁷⁸ Humberto Theodoro Junior, *Revista Jurídica Mineira*, p. 134.

²⁷⁹ Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, p. 224.

CONCLUSÃO

1. A ação popular é um instituto processual próprio de um Estado Democrático de Direito, que assegura ao cidadão a participação política e o exercício da cidadania, no sentido de assegurar a concretização dos direitos fundamentais constantes da carta de 1988.

2. A ação popular constitui-se em um meio de participação permanente do povo, dando a qualquer cidadão a possibilidade de exercer a responsabilidade social característica de uma democracia, viabilizando, através do Judiciário, a interferência na formação da vontade do Estado.

3. O instituto processual objeto do nosso estudo inquestionavelmente é um instrumento de garantia dos direitos fundamentais previstos na Carta de 1988. Garante os direitos fundamentais de terceira geração: o administrador público, sabedor que o cidadão tem meios para fiscalizar, controlar e atacar judicialmente os atos públicos, com certeza pensará muito antes de colocar sua assinatura em atos lesivos ao patrimônio público, aqui tomado no sentido amplo do termo, abrangendo tanto aqueles de caráter econômico, como também os de valor histórico, cultural, turístico e estético; à moralidade administrativa e ao meio ambiente.

4. Ao proteger o Erário, a ação popular indiretamente zela pelos direitos fundamentais de segunda geração, já que a administração prova possibilita que o dinheiro público seja melhor empregado em investimentos na área de saúde, educação, previdência social, geração de empregos etc.

5. O ato impugnado pela ação popular deve ser caracterizado pela lesividade. Não há como imaginar ato público passível de anulação pela ação popular que não seja lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

6. A ação popular é o mais democrático dos instrumentos constitucionais destinados a defender o interesse público e, conseqüentemente, a garantir a efetivação dos direitos constantes da Carta de 1988, vez que está à disposição de qualquer cidadão, permitindo que ele exerça seu papel social, participando da gestão da coisa pública, em defesa da sociedade e em última análise, em prol de seus próprios interesses.

7. Tendo em vista a importância da ação popular como garantia dos Direitos Fundamentais, no Estado Democrático de Direito, entendemos que a Lei da Ação Popular demanda alterações no sentido de ser um instrumento processual realmente democrático.

8. Na ação popular, é preciso urgentemente ampliar a legitimidade ativa, conferindo este direito a todos os nacionais e estrangeiros

devidamente regularizados no país, pois acreditamos que não há razão para as limitações atuais, tendo em vista o ordenamento jurídico constitucional. Para nós, o conceito de cidadania, enquanto fundamento do Estado Democrático de Direito, tem um significado mais amplo. O mundo globalizado de hoje, com movimentos de imigração intensos, não permite a exclusão dos não nacionais a um instrumento de direito fundamental como a ação popular.

9. Quanto à pessoa jurídica de direito privado, também tendo em vista o texto constitucional, não é possível excluir sua legitimidade para a propositura da ação popular, além do que ela, com certeza, é mais aquinhoadada financeiramente para arcar com os custos diretos e indiretos do processo. Em tese, a pessoa jurídica de direito privado também está mais protegida, em comparação à pessoa física, quanto a pressões de ordem política.

10. O que devemos ter em mente é que o patrimônio público e a tutela da moralidade administrativa dizem respeito a todos aqui no Brasil, nacionais ou não, eleitores ou não. A titularidade exclusiva da ação popular ao cidadão, tal qual é aceita pela maioria da doutrina e da jurisprudência, não combina com o espírito da Lei da Ação Popular nem com os princípios da Constituição de 1988. Afinal, a ação popular está inserida no capítulo que trata dos direitos e garantias fundamentais.

11. Outro ajuste a fazer é a necessidade do autor popular ser obrigatoriamente assistido por um advogado, já que o alto custo das demandas judiciais e a exigência de advogado podem tornar proibitiva a propositura da ação popular. Dado o fato da demanda ser obrigatoriamente acompanhada por um integrante do Ministério Público, há que se pensar numa outra forma do autor popular apresentar seu pedido. Uma possibilidade talvez fosse a ação popular aproximar-se do rito seguido pela ação de improbidade administrativa.²⁸⁰

12. Há também necessidade de facilitar o acesso do autor popular à Justiça. O Acesso à Justiça, aliás, é um dos princípios constitucionais assegurados em nossa Carta Constitucional. Afinal, os custos do processo tendem a desanimar aqueles que se deparam com atos ensejadores de uma ação popular. Além das despesas com advogado, há a perícia e o tempo despendido para a obtenção de documentos, transporte pessoal e de testemunhas. É de se considerar ainda que, na maioria das vezes, tais autores se depararão – do outro lado – com partes muito mais dotadas em termos de poder e possibilidades econômicas.

13. As mudanças no tocante à legitimidade ativa, à representação processual e ainda a facilitação do acesso à justiça tornarão mais efetiva a

²⁸⁰ Fato explicitado às fls. 101 e seguintes

participação popular na gestão da coisa pública, através do instrumento processual ora discutido.

14. Não se pode esquecer que o Brasil é um país de profundas desigualdades sociais e regionais, onde a informação e o conhecimento ainda não são acessíveis a todos. Ao contrário, a educação de boa qualidade é privilégio de poucos. Somente cidadãos conhecedores de seus direitos é que têm a possibilidade de ingressar com uma ação popular.

15. Pesquisando-se a jurisprudência, verifica-se que a ação popular ainda não é muito usada. A razão é porque nosso país ainda tem milhões de analfabetos, e outros tantos milhões de analfabetos funcionais, ou seja, aqueles que teoricamente sabem e figuram como letrados nas estatísticas oficiais, mas que na verdade não conseguem entender um texto, não têm instrumental teórico para o exercício pleno dos direitos que possuem.

16. Há um longo percurso ainda a percorrer no sentido de que os brasileiros tenham consciência integral de seus direitos e possibilidades, utilizando-se de todos os recursos disponíveis para a consecução dos princípios constantes da Constituição de 1988, entre os quais, a nosso ver, a ação popular é o mais democrático deles. Há necessidade de uma política efetiva de implementação dos direitos fundamentais. É preciso que a educação realmente atinja todos os brasileiros.

17. Nesse caminho, a ação popular é um importante meio para atingir o objetivo, já que ela é um instrumento próprio dos regimes democráticos de Direito, garantindo o pleno exercício dos direitos fundamentais. É ela um verdadeiro exercício de aprendizagem da democracia, um ato de participação política, exigindo para sua postulação um cidadão consciente de seus direitos. Além de resguardar direitos fundamentais de terceira geração, ela ainda é um mecanismo indireto de efetivação dos direitos fundamentais de segunda geração.

18. Com o fito de coibir abusos e revanchismos, compete ao Judiciário, examinando com prudência o que consta dos autos, analisar a lesividade do ato. O Magistrado jamais deverá permitir que a ação popular se transforme em um instrumento de disputas partidárias, numa contenda entre a administração que sai e a que assume o poder. No interesse público, a ação popular nunca deverá se constituir numa ameaça à administração pública, paralisando ou impedindo a realização de obras e serviços essenciais à coletividade.

19. Cabe à sociedade e, dentro dela, principalmente a nós operadores do direito, conscientizar-se da importância deste instituto, utilizando-o efetivamente como mecanismo de exercício dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. É necessário que deixemos de ser meros

espectadores para sermos atores da transformação social que, um dia, esperamos não muito distante, o Brasil há de ter.

BIBLIOGRAFIA

ALEGRE, José Sérgio Monte. Ação popular não é direito político. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Renovar, v.189: 123-138, jul./set. 1992.

_____. Ação popular: é mesmo de direito político que se trata? **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.1, n.2: 63-74, jan./mar. 1993.

ALVARENGA, Aristides Junqueira. Reflexões sobre Improbidade Administrativa no Direito Brasileiro. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende.(Coord.) **Improbidade Administrativa. Questões Polêmicas e Atuais**. São Paulo: Malheiros, 2003.

ALVES, Francisco Alves; PIMENTA, Marília Gonçalves. **Acesso à Justiça em preto e branco: Retratos Institucionais da Defensoria Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. Cidadania e Ação Popular. **Revista de Direito e Administração Pública**. Brasília: Consulex, Ano V, n.51, p.6-8, 2002.

ARANHA, Márcio Iorio. **Interpretação Constitucional e as Garantias Institucionais dos Direitos Fundamentais**. 2ª. ed., São Paulo: Atlas, 2000.

ARMELIN, Donaldo. O Acesso à Justiça. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, v.31: 171-182, junho, 1989.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A Interpretação Jurídica no Estado Democrático de Direito: Contribuição a partir da Teoria do Discurso de Jurgen Habermas. In: CATTONI, Marcelo Cattoni (Org.). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, p.301-357, 2004.

BALDAN, Édson Luís. Direitos Fundamentais na Constituição Federal. Estado Democrático de Direito e os fins do Processo Penal. In: SILVA, Marco Antonio Marques da. **Tratado Temático de Processo Penal**. São Paulo: Juarez de Oliveira, p.111-139, 2002.

BALTHAZAR, Ezequiel Antonio Ribeiro. A legalidade no Estado Democrático de Direito: Necessidade de Razoabilidade e de Proporcionalidade das leis. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di (coord.). **Direito Regulatório. Temas Polêmicos**. 2ª. ed. revista e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, p.51-91, 2004.

BARBI, Celso Agrícola. Proteção Processual dos Direitos Fundamentais. **Revista Ajuris**. Porto Alegre: Ajuris, no. 43: 137-154, julho, 1988.

_____. Proteção Processual dos direitos fundamentais na Constituição de 1988, In: TEIXEIRA, Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). **As garantias do cidadão na Justiça**. São Paulo: Saraiva, p.93-107, 1993.

BARROSO, Luis Roberto. Ação popular e ação civil pública: aspectos comuns e distintivo. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.1, n.4: 233-241, jul./set. 1993.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª. ed., São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. Ação popular e a noção de patrimônio público. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 5, no.21: 188-197, outubro-dezembro de 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. Os Direitos Fundamentais e a Globalização. In: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos Princípios Constitucionais. Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, p.165-179, 2003.

BUENO, Francisco da Silveira. **Dicionário Escolar da Língua Portuguesa**. 11ª ed. 8ª. tir. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1984.

BURNS, Edward McNall. **História da Civilização Ocidental**, v.I, 24ª., ed. Porto Alegre, Globo, 1981.

_____. **História da Civilização Ocidental**, v.II, 23ª. ed. Porto Alegre, Globo, 1981.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. Direitos Humanos e Direito Penal: Limites da intervenção estatal no Estado Democrático de Direito. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). **Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva**. São Paulo: Método, p.73-80. 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**, em “Cadernos Democráticos”, Portugal: edição Gradiva.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARNAÚBA, Ana Paula Masini Carneiro. Ação Popular e sua efetividade social. **Revista Prática Jurídica**. Brasília: Consulex, Ano II, no. 17: 14-17, 31 de agosto de 2003.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CASTRO JR, Osvaldo Agripino. Notas introdutórias sobre a cidadania brasileira no mundo globalizado. In: ANNONI, Danielle (org.). **Os Novos conceitos do Novo Direito Internacional. Cidadania, democracia e direitos humanos**. Rio de Janeiro: América Jurídica, p.425-442, 2002.

CAVALHEIRO, Carlos Alberto. Estado Democrático de Direito – Uma utopia para além do Estado de Direito. **Revista de Direito Social**. Porto Alegre: Notadez, Ano 2, no. 5: 11-24, 2002.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo Cintra; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Apontamentos de Direito Constitucional**. São Paulo: Damásio de Jesus, 2003.

CRETELLA JUNIOR, José. **Os “WRITS” na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

FERRAZ, Sérgio. Instrumentos de defesa do administrado. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v.165: 11-22, jul/set, 1986.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. O desenvolvimento da democracia como resultado da efetiva participação do cidadão. In: GARCIA, Maria (coord.). Democracia hoje. **Um modelo político para o Brasil**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, p.209-256, 1997.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 28ª. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. A cultura dos Direitos Fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, p.239-250, 2003.

_____. **Direitos Humanos Fundamentais**. 6ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FILARDI, Hugo. Democracia e Processo. Breves Reflexões sobre a Influência do Estado Democrático de Direito na Prestação da Tutela Jurisdicional. **Revista Fórum Administrativo. Direito Público**. Belo Horizonte: Fórum, Ano 4, n.45: 4684-4689, novembro, 2004.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. A Ação Popular e a Defesa do Meio Ambiente. **Revista do Advogado**. São Paulo: AASP, v.37: 27-35, setembro, 1992.

_____. Dos Direitos Humanos aos Direitos e Garantias Fundamentais: Direitos Difusos. Meio Ambiente. Direito à informação. Direito à comunicação. Engenharia Humana. O Genoma Humano. Direitos Sociais: Previdência Social, educação e saúde. In: **10 Anos de Constituição. Uma análise**. Coordenação: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional – IBDC. São Paulo: Celso Bastos, p.145-149, 1998.

_____. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CUNHA, Alcides A.Munhoz da. Evolução das ações coletivas no Brasil. **Revista da Procuradoria Geral da República**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.8: 246-258, jan./jun. 1996.

CUNHA, Carlos Roberto. Estado Democrático de Direito, Cidadania e os Direitos Humanos. Problemática do Pleno Exercício do Estado Democrático de Direito, da Cidadania e da Democracia no Brasil Atual. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. **Na Fronteira: Conhecimento e Práticas Jurídicas para a Solidariedade Emancipatória**. Porto alegre: Síntese, p.205-226, 2003.

CUNHA, Ettore Dalboni da. Ação Popular. **Revista Jurídica Consulex**. Brasília: Consulex, ano VI, no. 121: 32-34, 31 de janeiro de 2002.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Teoria da Constituição**, tomo II. Direitos Humanos. Direitos Fundamentais. Lisboa: Verbo, 2000.

DALLARI, Adilson de Abreu. Limitações à atuação do Ministério Público na Ação Civil Pública. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). **Improbidade Administrativa. Questões Polêmicas e Atuais**. São Paulo: Malheiros, 2003.

DANTAS Ivo. Jurisdição Constitucional e a Promoção dos Direitos Sociais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, p.437-450, 2003.

DIAS, Jean Carlos. Quem tem medo da ação popular? Uma necessária revisão a respeito do instituto sob a ótica da proteção aos direitos difusos e coletivos. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Dialética, v.21: 80-88, dezembro, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 1 v. São Paulo: Malheiros, 2000.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FERNANDES, Bernardo Mançano et al. **A questão Agrária e a Justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994.
- FRANCO, André Ricardo. Ação Popular Ambiental. **Revista de Direitos Difusos**. São Paulo: Esplanada, ano IV, v.22: 3099-3104, novembro-dezembro, 2003.
- FRIEDMANN, Daniel Issac. A Ação Popular como instrumento de defesa dos Direitos Metaindividuais Urbanísticos. In: **Temas de Direito Urbanístico**. Ministério Público do Estado de São Paulo. São Paulo: Ministério Público-Imprensa Oficial, p.107-115, 2000.
- FURTADO, Luísa Elisabeth T.C.Furtado. **Ação Popular: Mecanismo de Controle dos Atos da Administração Pública pelo Cidadão**. São Paulo: LTR, 1997.
- GALINDO, Bruno César Machado Torres. **Direitos Fundamentais. Análise de sua Concretização Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2005.
- GALUPPO, Marcelo. Campos. O que são Direitos Fundamentais . In: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, p.213-238, 2003.
- GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.
- GOMES, Luiz Flávio. **A dimensão da Magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. **Ação Popular. Aspectos Polêmicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direito Constitucional. Estudos em homenagem a PAULO BONAVIDES**. São Paulo: Malheiros, 2001.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Uma nova modalidade de legitimação: a ação popular. Possibilidade de conexão, continência e litispendência. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.5, n.19, 53-56, abr./jun. 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto Fink et al. **Código Brasileiro do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 7^a. ed. Rio de Janeiro:Forense, 2000.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. A interpretação constitucional no contexto do Estado Democrático de Direito. **Revista Mestrado em Direito**. Osasco: UNIFIEO, N.1, Ano 2: 93-97, 2002.

_____. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 4^a. ed. São Paulo: RCS Ltda, 2005.

JUCOVSKY, Vera Lucia R.S. Meios de defesa do meio ambiente. Ação popular e participação pública. Brasil – Portugal. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 5, no. 17: 65-111, janeiro-março, 2000.

KRELL, Andréas J. Controle Judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A Constituição Concretizadora. Construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p.25-60, 2000.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LEITE, José Rubens Morato. Ação Popular: um exercício da cidadania Ambiental. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 5, n.17: 123-140, janeiro-março, 2000.

LIPPMANN, Ernesto. **Os Direitos Fundamentais da Constituição de 1988 com anotações e jurisprudência dos tribunais**. São Paulo: LTR, 1999.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **A intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. **Tutela Antecipada**. 3^a.ed. rev. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

_____. **Código de Processo Civil Interpretado**. Barueri: Manole, 2004.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 9ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MAGALHÃES, Waldir Gomes. A ação popular. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.4, n.14: 220-230, jan./mar. 1996.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Popular**. 3ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARTINEZ, Vinício Carrilho. Estado Democrático de Direito Social. **Cadernos de Direito**. Piracicaba: UNIMEP, v.4, no.6: 246-253, junho, 2004.

MATHIEU, Bertrand. Reflexões sobre o papel dos Direitos Fundamentais na ordem Jurídica Constitucional. In: BARROS, Sérgio Rezende de; ZILVETI, Fernando Aurélio(Coord.). **Direito Constitucional. Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. São Paulo: Dialética, p.23-30, 1999.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em Juízo**. 8ª.ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Tutela dos interesses difusos e coletivos**. São Paulo: Paloma, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

_____. **Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, "Habeas Data", Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental"** 25ª. ed. atual. por Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo, v. p.100, 1995.

_____. **Direito Administrativo e Constitucional. Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba 2**. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **Curso de Direito Administrativo**, 13^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDES, Daniel Henrique Bini e CAVEDON, Fernanda de Salles. Ação Popular Ambiental e Acesso à Justiça: Considerações acerca da legitimidade ativa. **Revista de Direitos Difusos**. São Paulo: Esplanada, Ano VI, v.30: 157-176, março-abril, 2005.

MENEGHELLI, José Eduardo Neder. Estado democrático de direito e a dignidade da pessoa humana. IN: SOUSA JUNIOR, José Geraldo. **Na Fronteira: Conhecimento e Práticas Jurídicas para a Solidariedade Emancipatória**. Porto alegre, Síntese, p.315-324, 2003.

MINHOTO JÚNIOR, Alcebíades da Silva. **Teoria e Prática da Ação Popular Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1085.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, tomo IV. 2^a. ed. Coimbra: Coimbra, 1998.

_____. **Manual de Direito Constitucional**, tomo I, 2^a. ed. Coimbra: Coimbra, 1997.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil. Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 1979.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 8^a. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Direitos humanos Fundamentais. Teoria Geral. Comentários aos arts.1^o. a 5^o. da Constituição da República Federativa do Brasil. Doutrina e Jurisprudência**. 4^a. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual**. Primeira Série, São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. Ação civil pública. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, v.3: 187-203, 1993.

MOREIRA, Vital. O futuro da Constituição. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (coord.). **Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, p.313-336, 2001.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. O Mandado de Segurança e a Ação Popular nas Licitações. **Revista de Administração Pública**. Brasília: Consulex, Ano IV, n.33, p.32-47, 2001.

NEGRÃO, Theotonio. **Código de Processo Civil**. 35ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 8ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

NOLASCO, Loreci Gottschalk. Estado de direito, cidadania e democracia, no Brasil atual. IN: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. **Na Fronteira: Conhecimento e Práticas Jurídicas para a Solidariedade Emancipatória**. Porto Alegre: Síntese, p.375-395, 2003.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Teoria Discursiva da Argumentação Jurídica de Aplicação e Garantia Processual Jurisdicional dos Direitos Fundamentais. In: CATTONI, Marcelo (Org.). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, p.189-225, 2004.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. Ciência e Direito Constitucional: O caminho do Estado Democrático de Direito. In: NUNES, Antonio Jose Avelas; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.). **Diálogos Constitucionais: Brasil/ Portugal**. Rio de Janeiro: Renovar, p.251-262, 2004.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves Pereira. Apontamentos sobre a Aplicação das Normas de Direito Fundamental nas Relações Jurídicas entre Particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A Nova Interpretação Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, p.119-192, 2003.

PERRINI, Raquel Fernandes. A ação popular como instrumento de defesa ambiental. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.3, n.11: 183-208, abr./jun. 1995.

PERTENCE, José Sepúlveda. Dos Instrumentos de Garantias de Direitos. Hábeas-Corpus, Ação Popular, Direito de Petição, Mandado de Segurança Individual e Coletivo, Mandado de Injunção e Hábeas-Data. **Série de Cadernos do Centro de Estudos Judiciários**, n.6. Brasília, 1994, p.43-65.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 13^a. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

PINTO, Luiz Vicente de Vargas. Ação Popular Constitucional. **Revista Jurídica Consulex**. Brasília: Consulex, Ano II, no. 25: 36-38, 31 de janeiro de 1999.

PIOVESAN, Flávia. A Proteção dos Direitos Humanos no Sistema Constitucional Brasileiro. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, no. 51/2: 81-102, 1999.

PRADO, Francisco Octavio de Almeida. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

RAMOS, Carlos Henrique. Acesso à justiça e efetividade do processo: novos caminhos. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Dialética, v.21: 11-27, dezembro, 2004.

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

REIS, Rômulo Rezende. Ação Popular. **Revista Instituto de Pesquisas e Estudos**. Bauru: EDITE, ed.36: 107-116, dezembro de 2002 a abril de 2003.

REMÉDIO JÚNIOR, José Ângelo. O Estado Democrático de Direito e a livre concorrência. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 10, no.42: 185-207, janeiro-fevereiro de 2002.

RIZZATO LARA, Betina. **Liminares no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2^a.ed., 1994.

RIZZATO NUNES, Luiz Antônio. **Manual da Monografia Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHA, Heloisa Helena Nascimento. Elementos para uma Compreensão Constitucionalmente Adequada dos Direitos Fundamentais. In: CATTONI, Marcelo (org.). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, p.227-256, 2004.

ROCHA, Lincoln Magalhães da. A verdadeira origem dos direitos humanos. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo (org.). **Na Fronteira: Conhecimento e Práticas Jurídicas para a Solidariedade Emancipatória**. Porto Alegre: Síntese, p.119-150, 2003.

SANTOS, Achibaldo Nunes dos. **Direitos e Garantias do Militar. O Exército Brasileiro perante os Direitos e Garantias Constitucionais e as Normas Infraconstitucionais no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Ciência Jurídica, 1997.

SANTOS, Ernani Fidélis. **Manual de Direito Processo Civil**, v.3. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo. Os Direitos e Garantias Fundamentais e a Nova Constituição. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, v.31: 57-64, junho, 1989.

SARLET, INGO WOLFGANG. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. Algumas notas em torno da relação entre o princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais na ordem constitucional brasileira. In: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos Princípios Constitucionais. Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, p.198-236, 2003.

SHIMURA, Sérgio Seiji. Cumprimento de Sentença. In: SHIMURA, Sérgio Seiji. NEVES, Daniel A. Assumpção Neves (Coord.) **Execução no processo civil. novidades & tendências**. São Paulo: Método, 2005.

SIDOU, J.M.OTHON. **"Habeas Corpus", Mandado de Segurança, Ação Popular. As garantias ativas dos direitos coletivos**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SILVA, José Afonso da Silva. **Ação Popular Constitucional. Doutrina e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

_____. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, ano 85, v.305: 45-50, janeiro-fevereiro-março, 1989.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

_____. **Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a Constituição)**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Ação Popular Mandatória**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Interesses difusos e coletivos**. São Paulo. Atlas, 2001.

SOARES, Mário Lúcio Quintão Soares. Processo Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, p.405-422, 2003.

SOUZA, Gelson Amaro de. Direitos Difusos e Coletivos – Sentença – Limites Subjetivo e Objetivo da Coisa Julgada. **Revista Instituto de Pesquisas e Estudos**. Bauru: EDITE, ed.36: 231-267, dezembro de 2002 a abril de 2003.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos do Direito Público**. São Paulo: Malheiros, 2000.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 1992.

TACITO, Caio. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988**. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, n.178: 1-5, outubro-dezembro, 1989.

TAVARES, André Ramos. SILVA, Guilherme A.C. da. Requisitos no exercício da ação popular. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.4, n.16: 225-235, jul./set. 1996.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Ação Popular, Habeas Data e Mandado de Injunção na nova Constituição Brasileira. **Revista Jurídica Mineira**. Belo Horizonte: Interlivros Jurídica, Ano VII, n.69: 133-154, janeiro de 1990.

_____. Ação Popular, Habeas Data e Mandado de Celso Antonio Bandeira de (org.). **Direito Administrativo e Constitucional. Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba 2.** São Paulo: Malheiros, p.619-632, 1997.

_____. **Curso de Direito Processual Civil.** V.I, 41^a. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. As novas garantias constitucionais. **Revista dos Tribunais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 78, v.644: 7-17, junho de 1989.

_____. A Evolução da Interpretação dos Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, p.347-383, 2003.

WEIDA, Zancaner. Razoabilidade e Moralidade: Princípios concretizadores do Perfil Constitucional do Estado e democrático de Direito. In: MELLO, Celso Antonio Bandeira de (org.). **Direito Administrativo e Constitucional. Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba 2.** São Paulo: Malheiros, p.619-632, 1997.

ZIMMERMANN, Augusto. **Curso de Direito Constitucional.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

ANEXO

LEI n. 4.717/65, de 29 de junho de 1965.

Regula a ação popular

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

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.

§ 1º - Consideram-se patrimônio público para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico. (Redação dada pela Lei nº 6.513, de 1977)

§ 2º Em se tratando de instituições ou fundações, para cuja criação ou custeio o tesouro público concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, bem como de pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas, as consequências patrimoniais da invalidez dos atos lesivos terão por limite a repercussão deles sobre a contribuição dos cofres públicos.

§ 3º A prova da cidadania, para ingresso em juízo, será feita com o título eleitoral, ou com documento que a ele corresponda.

§ 4º Para instruir a inicial, o cidadão poderá requerer às entidades, a que se refere este artigo, as certidões e informações que julgar necessárias, bastando para isso indicar a finalidade das mesmas.

§ 5º As certidões e informações, a que se refere o parágrafo anterior, deverão ser fornecidas dentro de 15 (quinze) dias da entrega, sob recibo, dos respectivos requerimentos, e só poderão ser utilizadas para a instrução de ação popular.

§ 6º Somente nos casos em que o interesse público, devidamente justificado, impuser sigilo, poderá ser negada certidão ou informação.

§ 7º Ocorrendo a hipótese do parágrafo anterior, a ação poderá ser proposta desacompanhada das certidões ou informações negadas, cabendo ao juiz, após apreciar os motivos do indeferimento, e salvo em se tratando de razão de segurança nacional, requisitar

umas e outras; feita a requisição, o processo correrá em segredo de justiça, que cessará com o trânsito em julgado de sentença condenatória.

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

- a) incompetência;
- b) vício de forma;
- c) ilegalidade do objeto;
- d) inexistência dos motivos;
- e) desvio de finalidade.

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

a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou;

b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;

c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;

d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;

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.

Art. 3º Os atos lesivos ao patrimônio das pessoas de direito público ou privado, ou das entidades mencionadas no art. 1º, cujos vícios não se compreendam nas especificações do artigo anterior, serão anuláveis, segundo as prescrições legais, enquanto compatíveis com a natureza deles.

Art. 4º São também nulos os seguintes atos ou contratos, praticados ou celebrados por quaisquer das pessoas ou entidades referidas no art. 1º.

I - A admissão ao serviço público remunerado, com desobediência, quanto às condições de habilitação, das normas legais, regulamentares ou constantes de instruções gerais.

II - A operação bancária ou de crédito real, quando:

a) for realizada com desobediência a normas legais, regulamentares, estatutárias, regimentais ou internas;

b) o valor real do bem dado em hipoteca ou penhor for inferior ao constante de escritura, contrato ou avaliação.

III - A empreitada, a tarefa e a concessão do serviço público, quando:

a) o respectivo contrato houver sido celebrado sem prévia concorrência pública ou administrativa, sem que essa condição seja estabelecida em lei, regulamento ou norma geral;

b) no edital de concorrência forem incluídas cláusulas ou condições, que comprometam o seu caráter competitivo;

c) a concorrência administrativa for processada em condições que impliquem na limitação das possibilidades normais de competição.

IV - As modificações ou vantagens, inclusive prorrogações que forem admitidas, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos de empreitada, tarefa e concessão de serviço público, sem que estejam previstas em lei ou nos respectivos instrumentos.,

V - A compra e venda de bens móveis ou imóveis, nos casos em que não cabível concorrência pública ou administrativa, quando:

a) for realizada com desobediência a normas legais, regulamentares, ou constantes de instruções gerais;

b) o preço de compra dos bens for superior ao corrente no mercado, na época da operação;

c) o preço de venda dos bens for inferior ao corrente no mercado, na época da operação.

VI - A concessão de licença de exportação ou importação, qualquer que seja a sua modalidade, quando:

a) houver sido praticada com violação das normas legais e regulamentares ou de instruções e ordens de serviço;

b) resultar em exceção ou privilégio, em favor de exportador ou importador.

VII - A operação de redesconto quando sob qualquer aspecto, inclusive o limite de valor, desobedecer a normas legais, regulamentares ou constantes de instruções gerais.

VIII - O empréstimo concedido pelo Banco Central da República, quando:

a) concedido com desobediência de quaisquer normas legais, regulamentares,, regimentais ou constantes de instruções gerias:

b) o valor dos bens dados em garantia, na época da operação, for inferior ao da avaliação.

IX - A emissão, quando efetuada sem observância das normas constitucionais, legais e regulamentadoras que regem a espécie.

DA COMPETÊNCIA

Art. 5º Conforme a origem do ato impugnado, é competente para conhecer da ação, processá-la e julgá-la o juiz que, de acordo com a organização judiciária de cada Estado, o for para as causas que interessem à União, ao Distrito Federal, ao Estado ou ao Município.

§ 1º Para fins de competência, equiparam-se atos da União, do Distrito Federal, do Estado ou dos Municípios os atos das pessoas criadas ou mantidas por essas pessoas jurídicas de direito público, bem como os atos das sociedades de que elas sejam acionistas e os das pessoas ou entidades por elas subvencionadas ou em relação às quais tenham interesse patrimonial.

§ 2º Quando o pleito interessar simultaneamente à União e a qualquer outra pessoas ou entidade, será competente o juiz das causas da União, se houver; quando interessar simultaneamente ao Estado e ao Município, será competente o juiz das causas do Estado, se houver.

§ 3º A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações, que forem posteriormente intentadas contra as mesmas partes e sob os mesmos fundamentos.

§ 4º Na defesa do patrimônio público caberá a suspensão liminar do ato lesivo impugnado. (Incluído pela Lei nº 6.513, de 1977)

DOS SUJEITOS PASSIVOS DA AÇÃO E DOS ASSISTENTES

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.

§ 1º Se não houver benefício direto do ato lesivo, ou se for ele indeterminado ou desconhecido, a ação será proposta somente contra as outras pessoas indicadas neste artigo.

§ 2º No caso de que trata o inciso II, item "b", do art. 4º, quando o valor real do bem for inferior ao da avaliação, citar-se-ão como réus, além das pessoas públicas ou privadas e entidades referidas no art. 1º, apenas os responsáveis pela avaliação inexata e os beneficiários da mesma.

§ 3º A pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente.

§ 4º O Ministério Público acompanhará a ação, cabendo-lhe apressar a produção da prova e promover a responsabilidade, civil ou criminal, dos que nela incidirem, sendo-lhe vedado, em qualquer hipótese, assumir a defesa do ato impugnado ou dos seus autores.

§ 5º É facultado a qualquer cidadão habilitar-se como litisconsorte ou assistente do autor da ação popular.

DO PROCESSO

Art. 7º A ação obedecerá ao procedimento ordinário, previsto no Código de Processo Civil, observadas as seguintes normas modificativas:

I - Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

a) além da citação dos réus, a intimação do representante do Ministério Público;

b) a requisição, às entidades indicadas na petição inicial, dos documentos que tiverem sido referidos pelo autor (art. 1º, § 6º), bem como a de outros que se lhe afigurem necessários ao esclarecimento dos fatos, ficando prazos de 15 (quinze) a 30 (trinta) dias para o atendimento.

§ 1º O representante do Ministério Público providenciará para que a requisições, a que se refere o inciso anterior, sejam atendidas dentro dos prazos ficados pelo juiz.

§ 2º Se os documentos e informações não puderem ser oferecidos nos prazos assinalados, o juiz poderá autorizar prorrogação dos mesmos, por prazo razoável.

II - Quando o autor o preferir, a citação dos beneficiários far-se-á por edital com o prazo de 30 (trinta) dias, afixado na sede do juízo e publicado três vezes no jornal oficial do Distrito Federal, ou da Capital do Estado ou Território em que seja ajuizada a ação. A publicação será gratuita e deverá iniciar-se no máximo 3 (três) dias após a entrega, na repartição competente, sob protocolo, de uma via autenticada do mandado.

III - Qualquer pessoa, beneficiada ou responsável pelo ato impugnado, cuja existência ou identidade se torne conhecida no curso do processo e antes de proferida a sentença final de primeira instância, deverá ser citada para a integração do contraditório, sendo-lhe restituído o prazo para contestação e produção de provas, Salvo, quanto a beneficiário, se a citação se houver feito na forma do inciso anterior.

IV - O prazo de contestação é de 20 (vinte) dias, prorrogáveis por mais 20 (vinte), a requerimento do interessado, se particularmente difícil a produção de prova documental, e será comum a todos os interessados, correndo da entrega em cartório do mandado cumprido, ou, quando for o caso, do decurso do prazo assinado em edital.

V - Caso não requerida, até o despacho saneador, a produção de prova testemunhal ou pericial, o juiz ordenará vista às partes por 10 (dez) dias, para alegações, sendo-lhe os autos conclusos, para sentença, 48 (quarenta e oito) horas após a expiração desse prazo; havendo requerimento de prova, o processo tomará o rito ordinário.

VI - A sentença, quando não prolatada em audiência de instrução e julgamento, deverá ser proferida dentro de 15 (quinze) dias do recebimento dos autos pelo juiz.

Parágrafo único. O proferimento da sentença além do prazo estabelecido privará o juiz da inclusão em lista de merecimento para promoção, durante 2 (dois) anos, e acarretará a perda, para efeito de promoção por antigüidade, de tantos dias quantos forem os do retardamento, salvo motivo justo, declinado nos autos e comprovado perante o órgão disciplinar competente.

Art. 8º Ficarà sujeita à pena de desobediência, salvo motivo justo devidamente comprovado, a autoridade, o administrador ou o dirigente, que deixar de fornecer, no prazo fixado no art. 1º, § 5º, ou naquele que tiver sido estipulado pelo juiz (art. 7º, n. I, letra "b"), informações e certidão ou fotocópia de documento necessários à instrução da causa.

Parágrafo único. O prazo contar-se-á do dia em que entregue, sob recibo, o requerimento do interessado ou o ofício de requisição (art. 1º, § 5º, e art. 7º, n. I, letra "b").

Art. 9º Se o autor desistir da ação ou der motiva à absolvição da instância, serão publicados editais nos prazos e condições previstos no art. 7º, inciso II, ficando assegurado a qualquer cidadão, bem como ao representante do Ministério Público, dentro do prazo de 90 (noventa) dias da última publicação feita, promover o prosseguimento da ação.

Art. 10. As partes só pagarão custas e preparo a final.

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.

Art. 12. A sentença incluirá sempre, na condenação dos réus, o pagamento, ao autor, das custas e demais despesas, judiciais e extrajudiciais, diretamente relacionadas com a ação e comprovadas, bem como o dos honorários de advogado.

Art. 13. A sentença que, apreciando o fundamento de direito do pedido, julgar a lide manifestamente temerária, condenará o autor ao pagamento do décuplo das custas.

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.

§ 1º Quando a lesão resultar da falta ou isenção de qualquer pagamento, a condenação imporá o pagamento devido, com acréscimo de juros de mora e multa legal ou contratual, se houver.

§ 2º Quando a lesão resultar da execução fraudulenta, simulada ou irreal de contratos, a condenação versará sobre a reposição do débito, com juros de mora.

§ 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.

§ 4º A parte condenada a restituir bens ou valores ficará sujeita a seqüestro e penhora, desde a prolação da sentença condenatória.

Art. 15. Se, no curso da ação, ficar provada a infringência da lei penal ou a prática de falta disciplinar a que a lei comine a pena de demissão de demissão ou a de rescisão de contrato de trabalho, o juiz, "ex-officio", determinará a remessa de cópia autenticada das peças necessárias às autoridades ou aos administradores a quem competir aplicar a sanção.

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.

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.

Art. 18. A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível "erga omnes", exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Art. 19. A sentença que concluir pela carência ou pela improcedência da ação está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal; da que julgar a ação procedente caberá apelação, com efeito suspensivo. (Redação dada pela Lei nº 6.014, de 1973)

§ 1º Das decisões interlocutórias cabe agravo de instrumento. (Redação dada pela Lei nº 6.014, de 1973)

§ 2º Das sentenças e decisões proferidas contra o autor da ação e suscetíveis de recurso, poderá recorrer qualquer cidadão e também o Ministério Público. (Redação dada pela Lei nº 6.014, de 1973)

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 20. Para os fins desta lei, consideram-se entidades autárquicas:

a) o serviço estatal descentralizado com personalidade jurídica, custeado mediante orçamento próprio, independente do orçamento geral;

b) as pessoas jurídicas especialmente instituídas por lei, para a execução de serviços de interesse público ou social, custeados por tributos de qualquer natureza ou por outros recursos oriundos do Tesouro Público;

c) as entidades de direito público ou privado a que a lei tiver atribuído competência para receber e aplicar contribuições parafiscais.

Art. 21. A ação prevista nesta lei prescreve em 5 (cinco) anos.

Art. 22. Aplicam-se à ação popular as regras do Código de Processo Civil, naquilo em que não contrariem os dispositivos desta lei, nem a natureza específica da ação.

Brasília, 29 de junho de 1965; 144º da Independência e 77º da República.

H. Castello Branco
Milton Soares Campos

Este texto não substitui o publicado no DOU de 5.7.1965 e republicado no DOU de 8.4.1974

Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 08.01.06, às 19,30 horas.

Tombc T 01897
Valor _____
Proc Comis A. L. P. Reis
Data 22.11.06
Encac

AC. 161321
EX. 124859

FIEO-BIBLIOTECA



T01897