


Editora
Uniesp

AÇÃO POPULAR CONSTITUCIONAL TEORIA E PRÁTICA

Rogério Silva

 **Unifametro**
Formar para transformar

ISBN: 978-65-5825-130-9

AÇÃO POPULAR CONSTITUCIONAL TEORIA E PRÁTICA

Rogério silva

Centro Universitário – UNIESP

Cabedelo - PB
2022



CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIESP

Reitora

Érika Marques de Almeida Lima

Pró-Reitora Acadêmica

Iany Cavalcanti da Silva Barros

Editor-chefe

Cícero de Sousa Lacerda

Editores assistentes

Márcia de Albuquerque Alves
Josemary Marcionila F. R. de C. Rocha

Editora-técnica

Elaine Cristina de Brito Moreira

Corpo Editorial

Ana Margareth Sarmiento – Estética
Anneliese Heyden Cabral de Lira – Arquitetura
Daniel Vitor da Silveira da Costa – Publicidade e Propaganda
Érika Lira de Oliveira – Odontologia
Ivanildo Félix da Silva Júnior – Pedagogia
Jancelice dos Santos Santana – Enfermagem
José Carlos Ferreira da Luz – Direito
Juliana da Nóbrega Carreiro – Farmácia
Larissa Nascimento dos Santos – Design de Interiores
Luciano de Santana Medeiros – Administração
Marcelo Fernandes de Sousa – Computação
Paulo Roberto Nóbrega Cavalcante – Ciências Contábeis
Maria da Penha de Lima Coutinho – Psicologia
Paula Fernanda Barbosa de Araújo – Medicina Veterinária
Rita de Cássia Alves Leal Cruz – Engenharia
Rogério Márcio Luckwu dos Santos – Educação Física
Zianne Farias Barros Barbosa – Nutrição

Copyright©2022 – Editora UNIESP

É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos direitos autorais (Lei nº 9.610/1998) é crime estabelecido no artigo 184 do Código Penal.

O conteúdo desta publicação é de inteira responsabilidade do(os) autor(es).

Designer Gráfico:

Mariana Morais de Oliveira Araújo

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Biblioteca Padre Joaquim Colaço Dourado (UNIESP)**

S586a Silva, Rogério.

Ação popular constitucional: teoria e prática [recurso eletrônico] / Rogério Silva. - Cabedelo, PB: Editora UNIESP, 2022.

95 p.

Tipo de Suporte: E-book
ISBN: 978-65-5825-130-9

1. Direito constitucional. 2. Constituição – Ação popular. 3. Tutela jurisdicional. I. Título.

CDU: 342

Bibliotecária: Elaine Cristina de Brito Moreira – CRB-15/053

Editora UNIESP

Rodovia BR 230, Km 14, s/n,
Bloco Central – 2 andar – COOPERE
Morada Nova – Cabedelo – Paraíba
CEP: 58109-303

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	05
CAPÍTULO I DA AÇÃO POPULAR CONSTITUCIONAL – ASPECTOS INTRODUTÓRIOS	10
CAPÍTULO II A PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL NA AÇÃO POPULAR CONSTITUCIONAL	37
CAPITULO III AÇÃO POPULAR CONSTITUCIONAL EFICÁCIA, EFETIVIDADE E EXPERIÊNCIA	51
ALGUMAS CONSIDERAÇÕES	70
QUESTÕES PARA FIXAÇÃO DE CONTEÚDO.....	74
REFERÊNCIAS.....	89

APRESENTAÇÃO

Certa vez uma antiga moradora de um bairro, de nome Eufrásia, lamenta o descaso do poder público em razão de uma árvore centenária da localidade. O grande arbóreo viu nascerem gerações de Eufrásia, filhos, netos; agora, a árvore agoniza com seus galhos mal cortados e sofre ainda a potencial ingerência do poder público, que promete arrancá-la, assim ouviu dizer a cidadã de bem, do antigo bairro bucólico da cidade.

Sem muitos recursos financeiros, Eufrásia, procura a Defensoria Pública do Estado, para saber que medidas tomar, nem que venha a fazê-la sozinha, em nome de toda a coletividade. Assim, o órgão da cidadania lhe sugere o manejo da ação popular constitucional, para a proteção o bem ambiental.

Mas, o que vem a ser ação popular constitucional? Com base na situação hipotética narrada, é que se afiguram neste estudo, os elementos fundamentais da garantia constitucional.¹

Um importante estudo acerca das ações coletivas concentra-se na ação popular constitucional a experiência de encontrá-la, na maior parte das vezes, à defesa da moralidade administrativa, embora não seja só este a tutela da garantia constitucional. Além disso, evidenciam os pesquisadores que boa parte das ações populares estudadas são propostas por parlamentares e advogados, a despeito da capacidade postulatória destes a atuarem também como cidadãos, é possível identifica-las também, sob o ajuizamento por funcionários públicos, membros de associações civis. Dentre outros dados, o estudo corrobora a importância da ação popular constitucionais no âmbito das ações metaindividuais.²

¹ Luiz Guilherme Marinoni em seu *Processo Constitucional e Democracia*, vai firmar o problema da tensão entre a tutela de direitos fundamentais e a democracia, o que se particulariza como inevitável no caso da ação popular, em razão de manifesto instrumento da cidadania judicializado. MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia**. São Paulo: Thomson Reuters; Revista dos Tribunais, 2022.

² VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann. **As ações coletivas e os novos lugares da democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: CEDES (Centro de Estudos Direito e Sociedade)-IUPERJ, 2005. (Caderno CEDES). pp.115.

A proposta de Ação Popular Constitucional: teoria e prática é objetivar uma literatura reflexiva sobre o tema da garantia constitucional e compatível com a experiência jurídica dos julgados, Do desenvolvimento doutrinário e da prática processual constitucional por assim dizer.

Por idealismo, vale a pena começar o estudo das garantias constitucionais, sob o apelo da ação popular constitucional, pela maneira dinâmica e social de como a ação se apresenta, ou seja, nada melhor que o instituto da ação popular para despertar o espírito acadêmico com evidência na realização da justiça social.

O que se propõe neste livro é compreender o sujeito político no processo democrático, em contraposição à arbitrariedade administrativa, aos malfadados interesses econômicos, ranços de poderios tradicionais e de pequenos grupos, que, apesar disso, é mais forte que toda a demografia de uma localidade.

De logo se encontra um grave problema, a saber, o titular da ação popular, mesmo gozando de toda a legitimidade para a ação e observando todas as condições que ensejam o encargo popular, não raro, desiste do desiderato popular ou ainda o procrastina, em virtude da sua integridade física e/ou moral, haja vista ainda as prováveis estigmatizações que venha a sofrer, por se tratar de um instrumento político, cujo polo passivo da ação resguarda muitas vezes, o poderio maculado ou arbitrário que surge como verdadeira chaga social.

Por outro lado, tem-se visto com bons olhos a reedição atualizada de obras, como a de José Afonso da Silva e de Rodolfo de Camargo Mancuso, ou mesmo aquelas que genericamente tratam das Ações Constitucionais, incluindo a ação popular como tal, a exemplo do livro de Daniel Amorim Assumpção Neves, além de uma plêiade de publicações com temáticas especializadas, ora em doutrina, ora em artigos jurídicos sobre o tema da ação popular, e ainda o levante de ações populares na vida jurisdicional do País.

O Brasil é um país democrático sob o ponto de vista formal, porém, no contexto social, é considerado deficiente, de tal sorte que a lei confere um esforço nada fácil à vida cidadã. Mas o lenitivo da esperança, tão bem assimilado como característica da personalidade brasileira a remonta a um esforço de atlas na

construção da cidadania, vale dizer, na busca heroica de meios que visem a assegurar a aplicabilidade adequada e finalística dos direitos difusos e coletivos.

Sob esse prisma, dois aspectos devem ser ressaltados: o primeiro de caráter subjetivo, que confere aos cidadãos a perspectiva de uma pretensão no âmbito das liberdades públicas, um direito subjetivo público; e o segundo, de caráter institucional, na pertinência da Lei Fundamental que explicita o Estado em que se vive, na experiência jurídica brasileira, do Estado Democrático de Direito.

Se a Constituição brasileira assegura, positivamente, os direitos e as garantias fundamentais, significa, de outro modo, que toda a pessoa humana dispõe de mecanismos expressos para que sejam efetivados seus direitos, mas há colossal espaço entre a teoria e a prática. Na realidade brasileira, encontra-se grave crise no sistema jurídico, pela veemente carência na concretização dos direitos fundamentais.

Surge então a problemática da utilização de mecanismos para reconhecer e fazer aplicável a proteção de bens jurídicos tutelados pela ordem jurídica estatal; em outras palavras, para haver instrumentalidade dos direitos fundamentais, é necessário que tais direitos sejam envoltos por um manto protetor (garantias) mais efetivo, viabilizando a aplicabilidade desses direitos.

Além disso, é necessário uma interpretação adequada para os direitos e garantias fundamentais, quando muitos consideram que os métodos tradicionais de interpretação são insuficientes, diante da insegurança em se desprezar as peculiaridades e o caráter fundamental existente nesses direitos e garantias, ao que vale ressaltar: é indispensável melhor critério para a eficácia da interpretação com vistas à garantia dos direitos fundamentais.

Não obstante, deve-se dizer, outrossim, que a tutela jurisdicional desses mecanismos só há de ser viabilizada no empreendimento e na sensibilidade dos agentes jurisdicionais e jurisdicionados para o papel que devem cumprir em sede de reivindicações e exigibilidades, porquanto o direito, per si, não é capaz de salvaguardá-los.

Dentre os instrumentos emanados pelo Estado para a justiciabilidade dos direitos fundamentais, está a ação popular, cujo mister, no exercício da soberania do

povo, em linhas gerais, consiste em fiscalizar e reparar os atos de autoridade ilegais e lesivos ao erário, ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e à ordem econômica.

Com efeito, na primeira parte deste estudo, parte-se de uma pretensão geral do instituto, vale dizer, enfocou-se uma exposição polissêmica sobre a ação, para se alcançar, de forma analítica, o desenvolvimento e a sistemática da ação popular no ordenamento normativo à realidade da vida social.

Com isso, envereda-se para uma discussão sobre a distinção entre direito e garantia fundamental no que tange à ação popular constitucional, a qual se leva o interesse da posição que ocupa o titular da ação e as inferências doutrinárias a respeito. Trata-se, na sequência, de apresentar o caráter político que legitima a ação popular constitucional, bem como a fundamentação jurídica do instituto sob a ordem ético-política e social. Ao final do capítulo, repassa-se a uma breve construção histórica do instituto popular, repassando-o na Carta Imperial de 1824 à Constituição Republicana de 1891. Em seguida, faz-se uma apreciação mais detida na Constituição de 1934, haja vista o destaque que ganha a ação popular neste período. Na sequência sucedeu-se uma apreciação das Cartas/Constituições de 1937, 1946, 1967, 1969, parte que se denominou: entre letras e armas, haja vista os períodos ditatoriais e a solenidade formal em desprestígio do instituto. Por último, evidencia-se o atual dispositivo LXXIII do art. 5º. da Constituição de 1988, enquanto garantia fundamental.

Na segunda parte do estudo, procura-se explicar o instituto com base nos pressupostos processuais de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, aliadas ao pragmatismo jurisprudencial, cuja importância é relevante para o estudo da ação popular constitucional. No desenvolvimento da pesquisa, enfatizam-se os dois quesitos que bem delimitam a jurisprudência acerca da ação popular constitucional, a saber: a lesividade do patrimônio público e a ilegalidade do ato administrativo, no que tange à causa de pedir, como um dos elementos da ação.

No terceiro capítulo, desenvolveu-se o conceito, campo temático e aplicativo da eficácia, haja vista a controvérsia existente sobre a concepção semântica entre eficácia e efetividade, por isso repassaram-se as doutrinas de Óscar Correias e de

Marcelo Neves, ao que se firmou pela corrente das hegemonias políticas a que defende o primeiro autor, para então abordar a reflexão do discurso político/jurídico que se deseja tratar sobre a ação popular constitucional, isto é, a partir da correspondência entre o sujeito a que se dirige a norma jurídica e o produtor desse discurso.

Tecem-se algumas considerações de todo o estudo, capitulando os tópicos sob a vinculação do discurso jurídico-político para a eficácia da ação popular constitucional, entendendo que, com base na ação necessariamente cidadã, buscou-se enfrentar o problema da democracia em uma sociedade justa, livre e solidária, para se poder chegar a um consenso construído na experiência jurídica brasileira.

Por último, um caso prático, cujo ineditismo do caso prático, poderá o leitor exercitar uma exordial, à maneira das bancas examinadoras, em torno da ação popular constitucional.

Rogério da Silva e Souza

CAPÍTULO I

DA AÇÃO POPULAR CONSTITUCIONAL – ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

A ação popular constitucional não é uma ação humana qualquer, é antes de tudo, um instrumento político da cidadania. Por essa razão goza de *status* constitucional, é uma garantias fundamentais da Constituição brasileira de 1988, mas para que serve?

Há que se refletir quais os sentidos e características levariam a efeito uma ação popular constitucional. Pode-se delinear a ação judicial como ato voluntário de se dirigir ao órgão jurisdicional, um *agir intencional*, uma manifestação exterior da vontade às vistas do conteúdo do exercício do direito da demanda pertinente.³ Neste sentido tem por índice também a ideia de movimento, de certa mobilização para se alcançar o fim jurisdicional, vale dizer, com interesse em algo e em face de alguém e dirigida ao Estado-juiz.

De fato inúmeras teorias se desenvolveram acerca da ação, ora monistas, ora pluralistas, ora abstrativistas, ora concretistas, mas sem reduzir-se a este ou àquele campo de estudo, urge ressaltar que um conceito pragmático de ação deve ser aplicado à sua realidade. Por isso, as normas são informadas ou fundamentadas por diretrizes que as qualificam, porquanto dão sentido e alcance às normas de direito, isto é, são comandos à interpretação, e, sob o prisma social, resguardam orientação ao intérprete na esfera política, econômica, jurídica, entre outros.

Em relação às diversas teorias sobre a ação, pode-se superar a posição do sistema processual jurídico tradicional, pelo que se propõe a observar, na atual constitucionalização do direito, a principiologia fundamental do direito de ação. É o que bom senso de José de Albuquerque Rocha propõe-se a considerar, a partir do

³ Para Serge-Christophe Kolm: “A justiça respeitosa geralmente diz respeito a *agentes* justiciáveis, e portanto sua teoria tem por base uma teoria da ação. Um agente pode praticar ações, é dotado de uma *vontade*. Uma vontade tem *intenções* e pode influenciar – determinar em parte, ser uma causa de – certos atos desse agente. Uma ação de um agente é um *conjunto de atos intencionais ou voluntários desse agente, que têm o mesmo objetivo*. A ação de um agente é mais livre quando é mais *causada por sua vontade*. As outras causas de uma ação constituem as *restrições* à liberdade da vontade e determinam o correspondente *domínio da liberdade, ou dos possíveis, ou da escolha*.” KOLM, Serge-Christophe. **Teorias modernas da justiça**. Trad. Jefferson Luiz Camargo, Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.46.

aspecto constitucional e decorrências teóricas e pragmáticas, em vez de repetir as surradas teorias da acção, como se fossem verdades eternas e imutáveis.⁴

Importa agora a afirmação do direito à prestação jurisdicional ou direito de acção sob a ordem constitucional, ao que José de Albuquerque Rocha vai explicar o que se deve entender por direito à prestação jurisdicional, repartindo os direitos fundamentais em direitos de liberdade e direitos de prestação, ou seja, aqueles em que o Estado se abstém de realizar, e estes, cuja ordem refere-se a uma realização do Estado. Com efeito, o direito à tutela jurisdicional, como indica o próprio nome, é um direito de prestação, de vez que consiste em obter do Estado especial protecção dos direitos violados ou ameaçados de violação.⁵

Neste sentido, enfatiza-se o direito fundamental de acção aliado ao pragmatismo social, como se pode ler nas palavras de Willis Santiago Guerra Filho: “Daí surge, em termos de Direito Processual Civil, a necessidade de se dar uma feição nova ao processo, para que se torne um ‘processo social’, garantindo o efetivo acesso à justiça, direito fundamental do cidadão”.⁶

José de Albuquerque Rocha, por sua vez, tem conceito mais apropriado à palavra *cidadão* no que pertine aos sujeitos do direito de acção, a saber: “É equivocado dizer que esse direito tem por sujeitos os cidadãos. O direito à protecção dos direitos violados ou ameaçados é fundado na dignidade humana, e não na cidadania. Por isso é extensivo a todas as pessoas incondicionalmente”.⁷

Em tudo a acção popular constitucional preenche os quesitos de norma constitucional, porquanto se lhe retira o fundamento para a vida social contemporânea, a partir da comunicação intersubjetiva com valores fundantes na ordem democrática constitucional, com manifesta visão procedimental no âmbito do discurso político da produção do direito, da sua eficácia, da sua democratização.

⁴ ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 10. ed. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p.163-164.

⁵ Ibid., 2009, p.165.

⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2003, p.140.

⁷ ROCHA, J. A., op.cit., 2009, p.165.

1.1 CONCEITO

O conceito de ação popular não pode vir desassociado da adjetivação normativa. Lê-se, por exemplo, em um livro de história da Independência brasileira: “O uso das tropas constituía-se tanto numa maneira de os rebeldes se valerem de uma subordinação já existente, quanto de evitar uma *ação popular* [grifo nosso] que, perigosamente, acabasse se misturando com os escravos”.⁸ Logo se entende tratar de um movimento plebeu, de um grupo de pessoas reunidas e atuando por um fim político, sem nenhuma identidade com a ação popular jurídica.

José Afonso da Silva remonta ao conceito romano: *Eam popularem actionem dicimus quae sum ius populi* (chamamos ação popular aquela que protege o direito do próprio povo), para afirmar que está aí a essência de qualquer ação popular, e vai conceituar, modernamente, o instituto jurídico de:

A ação popular constitucional brasileira é um instituto processual civil, outorgado a qualquer cidadão como garantia político-constitucional (ou remédio constitucional), para a defesa do interesse da coletividade, mediante a provocação do controle jurisdicional corretivo de atos lesivos ao patrimônio público, da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural.⁹

Rodolfo de Camargo Mancuso, por sua vez, assinala que se deve considerar *popular* a ação que, intentada por qualquer do povo (mais a condição de ser cidadão eleitor, no caso da ação popular constitucional), objetive a prestação jurisdicional de um dos interesses metaindividuais previstos especificamente nas normas de regência: na Constituição brasileira e coadjuvante a Lei de Ação Popular.¹⁰

Já Hely Lopes Meirelles afirma que é um instrumento constitucional posto à disposição de qualquer cidadão para obter a invalidação de atos ou contratos administrativos – ou a este equiparados – eivados de ilegalidade e lesivos ao

⁸ SOUZA, Iara Lis Francisco Schiavinatto Carvalho. **Pátria coroad**a – o Brasil como corpo político autônomo: 1780-1831. São Paulo: UNESP, 1999, p.68.

⁹ SILVA, José Afonso da. **Ação popular constitucional**: doutrina e processo. 2. ed. rev. ampl. aum. São Paulo: Malheiros, 2007, p.100.

¹⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular**: proteção ao erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente. 8. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. (Controle jurisdicional dos atos do Estado, v.1), p.63.

patrimônio das três esferas do Estado federativo, ou de suas autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas subvencionadas com dinheiros públicos.¹¹

Destarte, o conceito de ação popular constitucional, distinto de todas as outras ações populares de cunho jurídico, é instituto civil, de que se serve o cidadão para controle jurídico-político, por meio legítimo ao exercício da democracia, refletindo interesses metaindividuais, cujos fins se delimitam pela proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa, do meio ambiente e da ordem econômica.¹²

1.2 NATUREZA

Outro assunto importante a considerar dá-se quanto à natureza da ação popular constitucional. O que não se pode afastar é seu caráter político, o que de certo modo se atrela ao problema da natureza do direito, porquanto, afirma Simone Goyard-Fabre, desde o começo, era farto de significação política, ou melhor, inseria-se na questão de toda filosofia política.¹³ A autora reforça ainda a tese, ao lembrar que: “A lei só apareceu, na verdade, com a formação das Cidades (isto é, com o nascimento da política)”.¹⁴

É por esta razão que José Afonso da Silva vai afirmar que a natureza da ação popular constitucional brasileira é de direito público, subjetivo, autônomo, abstrato e genérico, da categoria dos *direitos políticos*.¹⁵ É natural que as ações de cunho político rejam-se pelo grande gênero das ações cíveis, neste sentido, também se conduz pelo rito cível, outra instituição da mesma procedência, a ação civil pública,

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**: Ação Popular; Ação Civil Pública; Mandado de Injunção; “Habeas Data”; Ação Direta de Inconstitucionalidade; Ação Declaratória de Constitucionalidade; Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e o Controle incidental de normas no Direito brasileiro. 38a. ed. Atualizado por Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes com a colaboração de Rodrigo Garcia da Fonseca. São Paulo: RT, 2019, p.87.

¹² A ação direta de inconstitucionalidade não constitui sucedâneo da ação popular constitucional, destinada, esta sim, a preservar, em função de seu amplo espectro de atuação jurídico-processual, a intangibilidade do patrimônio público e a integridade do princípio da moralidade administrativa (CF, art. 5º, LXXIII). [ADI 769 MC, rel. min. Celso de Mello, j. 22-4-1993, P, DJ de 8-4-1994.]

¹³ GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. 2a.ed.Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.6.

¹⁴ Ibid., 2002, p.7.

¹⁵ SILVA, J.A., op. cit., 2007, p.77.

diferente das ações penais e as de procedimento administrativas. Tampouco é fungível pela ordem de segurança, como quer a Súmula 101 do STF: “O mandado de segurança não substitui a ação popular”.

Para tanto, o problema de fundamento da ação popular constitucional não se reduz à normatividade, vale dizer, na compreensão do instituto em sua validade jurídica na Constituição brasileira de 1988, há de se compreendê-la também em seu aspecto substancial, cuja fundamentação reclama uma ordem social, por meio do discurso jurídico-político. Em uma palavra, não basta apenas o fundamento jurídico, que por si mesmo nada explica, mas, manifestamente, o fundamento político.

1.3 AÇÃO POPULAR: A GARANTIA E O DIREITO

Ao se adentrar no problema da ação popular constitucional é prudente iniciar sobre a diferença que faz a doutrina entre direito e garantia.¹⁶ Assim, à diferença entre as instituições, veja-se o exemplo a que remete Willis Santiago Guerra Filho:

[...] o processo de tutela do meio ambiente deve ser desenvolvido conscientemente como diverso do processo civil, como de natureza constitucional, da mesma forma como as ações, previstas em nosso ordenamento jurídico para garantir o direito fundamental ao meio ambiente, são ações constitucionais, sendo elas próprias, igualmente direitos (ou garantias) fundamentais, constantes do elenco d art. 5º da Constituição da República. São elas a *ação popular* [grifo nosso],

¹⁶ Para José Luiz Quadros Magalhães: “Muitas Constituições vão utilizar a terminologia francesa de *garantais individuais* ou *constitucionais* para significar os Direitos Individuais nelas encontradas. Entretanto, este entendimento acaba mudando, pois a nova doutrina entende que a simples declaração de certos direitos não será suficiente para garantir a sua eficácia. ‘Tal compreensão leva à aceitação de que a verdadeira garantia da disposições fundamentais consiste em sua proteção processual’.

A expressão *garantias constitucionais* ou *garantias de direitos* será empregada, portanto, de duas maneiras diferentes: primeiramente ela decorre da ‘inserção nos textos constitucionais de princípios, institutos ou situações subjetivas, que após sua incorporação ao texto constitucional passam a ser especialmente asseguradas, isto é, garantidas constitucionalmente’. De outra forma, a doutrina alemã, como ensina o Prof. José Alfredo de Oliveira Baracho, emprega esta expressão para significar ‘os mecanismos jurídicos que dão segurança ao ordenamento constitucional e estabelecem preceitos para a integridade de seu valor normativo’.

Utilizando esta expressão para significar os mecanismo jurídicos que grantem a eficácia das normas constitucionais, encontramos do Direito brasileiro, garantias como o *habeas corpus* e o mandado de segurança, remédios processuais constitucionais, além de princípios fundamentais do direito processual penal, como o devido processo legal, o juiz natural, a instrução contraditória e a ampla defesa”. MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito constitucional**: curso de direitos fundamentais. 3a. ed. rev. a atual. São Paulo: Método, 2014, p.98-99.

ação civil pública, o mandado de segurança coletivo e mandado de injunção [...].¹⁷

A pergunta decorrente é: seria um binômio *direito-garantia* o instituto da ação popular? Entende-se que o direito à prestação jurisdicional, inerente a toda e qualquer ação é antes um direito subjetivo fundamental e a ação popular constitucional é a expressão de mecanismo para se alcançar um direito, é um instrumento.

É sim garantia a que melhor se adequa o mecanismo de proteção dos direitos fundamentais à ordem em que se enquadra o remédio constitucional da ação popular. Veja-se que o instituto tem validade assecuratória dos direitos fundamentais, como a moralidade administrativa, a proteção do meio ambiente, resguardados por essa garantia de conformação corretiva, e, como ainda afirma José Afonso da Silva: “sendo uma forma direta de participação do eleitor na vida política, revela-se como um *instituto de democracia direta*”.¹⁸

José Afonso da Silva vai diferenciar também *garantia constitucional da ação popular* de *ação popular como garantia constitucional*; esta se refere à característica de instrumento constitucionalmente destinado a proteger outros direitos constitucionais do cidadão, um mecanismo, aquela é pertinente ao direito de agir, vale dizer, da norma principiológica que demanda o direito de ação.¹⁹

Importa ainda refletir se a norma em que se insere a garantia popular no texto constitucional é uma regra ou um princípio, e se semelhante distinção é importante para o estudo da ação popular constitucional.

Dentre os autores contemporâneos que tratam da distinção entre princípios e regras, destaca-se Robert Alexy; para o jurista germânico, a distinção entre princípios e regras, é um critério estrutural, que não leva em consideração nem fundamentalidade, nem abstração, nem generalidade, nem outros critérios materiais, imprescindíveis nas classificações tradicionais.²⁰

¹⁷ GUERRA FILHO, W. S., op.cit., 2003, p.120.

¹⁸ SILVA, J.A., op.cit., 2007, p.83.

¹⁹ SILVA, J.A., op.cit., 2007, p.79.

²⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005, p.30.

Os princípios otimizam a diretriz de comandos, ao que se bem diz Virgílio Afonso da Silva citando Robert Alexy: “*princípios* são normas a exigir que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes”.²¹ Ao passo que as regras a partir de suas funções proibitivas, permissivas e obrigatórias, *se válidas, devem sempre ser realizadas por completo*.²²

Pode-se dizer que ação popular constitucional é uma garantia a resguardar a estrutura de regra, podendo-se melhor visualizá-la em tal estrutura normativa, nas funções modais das regras, a saber: proibitivas, obrigatórias e permissivas.²³ Veja-se o que dispõe o texto normativo no art. 5º, LXXIII: “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural [...]”.²⁴

Com efeito, lida-se com as liberdades públicas subjetivas, a iniciar pela função proibitiva, de que o administrador público ou entidade em que o Estado participe não pode promover ato lesivo ao patrimônio público, vinculado que está à norma proibitiva de que se não pode malferir a moralidade administrativa, tampouco o meio ambiente, o patrimônio histórico e cultural e a ordem econômica.

Por sua vez, a função obrigatória diz que no exercício da função administrativa é prescrita ao agente funcional um poder-dever, quer preventivamente, quer defensivamente, a necessidade de proteger os bens jurídicos insculpidos pela ação

²¹ Para Robert Alexy na leitura de Virgílio Afonso da Silva: “O grau de realização dos princípios, ao contrário [das regras], poderá sempre variar, especialmente diante da existência de outros princípios que imponham a realização de outro direito ou dever que colida com aquele exigido pelo primeiro”. *Ibid.*, 2005, p.32.

²² SILVA, V. A., *op.cit.*, 2005, p.32.

²³ Embora anote Philipps: “A concepção dominante na teoria normativa vê, porém, a questão de modo diferente. Segundo esta, a diferença entre proibição e determinação não é do tipo estrutural, mas sim meramente de tipo lingüístico. ‘Proibido...’ seria aqui uma mera abreviatura para ‘determina-se que não...’. ‘É proibido matar!’ encurtaria assim simplesmente a frase: ‘determina-se que não se mate!’ E em vez de ‘determina-se que se ajude um sinistrado!’ poder-se-ia também, de modo mais complicado, com a dupla negação ‘é proibido... não ajudar!’ Em especial Kelsen afirmou há muito que a diferença é simplesmente da natureza lingüística; e na lógica deôntica actual isso é, claramente, uma condição do sistema.” PHILIPPS, Von Lothar. *Teoria das normas*. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Trad. Marcos Keel (Cap. 1-5 e 9), Manuel Seca de Oliveira (Cap. 6-8 e 10-15). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p.355.

²⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (de 5 de outubro de 1988). Planalto, Brasília, 5. out. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 20 maio 2021.

popular. Ao passo que é permitido ao administrador público ou entidade de que o Estado participe, desde que não fira nenhum dos princípios protegidos pela norma, atuar com discricionariedade.

Em síntese a função proibitiva refere-se a uma zona proibida em que se não pode atuar o poder público (um não-fazer); a função obrigatória restringe-se ao cidadão em zona autorizada, isto é, uma ordem que visa à proteção de interesses difusos (um fazer) e, por último, uma zona em que não há regulamentação ao comportamento da esfera pública, ou seja, uma permissão (um deixar fazer).

Neste último caso é preciso evidenciar o conflito que pode haver entre o poder público com vistas à atuação do interesse público secundário e a posição que assume o titular da ação popular constitucional na defesa do interesse público primário, vale dizer, se está ou não o poder público agindo, de modo permissivo, em conformidade com os direitos instrumentalizados pela ação popular, que o cidadão, por sua vez, questiona ou fiscaliza.

Todavia, há princípios informadores de fundamento jurídico-político como o que se refere à instituição democrática da ação popular, como se apreende do art. 1º, parágrafo único, da Constituição brasileira, que consagra ao titular da soberania o poder democrático.²⁵ Além disso, uma plêiade de princípios informadores constitucionais para as ações coletivas, a qual destaca Flávia Regina Ribeiro da Silva:

Se o foco individualista pelo qual eram vistos os direitos conquistados pelos homens sofreu alterações com o tempo, também os instrumentos processuais que dão eficácia a estes direitos foram sendo modificados. Não é aceitável, então, que os princípios constitucionais e sua interpretação tenham permanecido estáticos no tempo, pelo que se tornariam ineficazes socialmente, frustrando as expectativas de seu cumprimento. O mesmo se pode dizer em relação aos princípios constitucionais aplicáveis ao direito processual civil clássico ou individual, notadamente em relação ao novo direito processual coletivo.²⁶

²⁵ BRASIL. Constituição (1988), op.cit., 2008.

²⁶ SILVA, Flávia Regina Ribeiro da. **Ação popular ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.44-45. (Direitos coletivos e ações coletivas; v.1).

Dentre esses princípios encontram-se o da máxima prioridade jurisdicional da tutela jurisdicional coletiva; o da máxima efetividade do processo coletivo, que informam o direito processual.²⁷ Mas a seu turno, destacam-se os princípios de direito substancial que são instrumentalizados pela ação popular como o da moralidade administrativa, o da proteção ao meio ambiente, dentre outros. Como ressalta ainda Flávia Regina Ribeiro da Silva:

Isto se torna possível com o exercício das Ações Coletivas, instrumentos processuais esparsamente positivados no ordenamento, que formam um microsistema específico e que garantem a eficácia das normas veiculadas pelo direito material e também dos princípios informadores do sistema constitucional[...].²⁸

Com efeito, no âmbito do sopesamento entre princípios, a colisão entre princípios deve assumir a dimensão de direitos fundamentais, e com isso, amplia-se a dimensão da pessoa detentora de direitos individuais para a dimensão meta-individual, como é o caso da ação popular constitucional. Assim assinala Reinaldo Pereira e Silva:

Nem todo direito individual possui um conteúdo individual. Há direitos individuais cujo conteúdo é supra-individual, como é o caso do direito fundamental ao ambiente natural. Da mesma forma, há direitos individuais de exercício supra-individual, não obstante seu conteúdo seja supra-individual, como é o caso do direito fundamental de associação. Nessa mesma linha de distinções, vale lembrar que há, ainda, direitos individuais de conteúdo individual que se relacionam com a supra-individualidade apenas em termos de tutela jurisdicional, como ocorre em certas ações coletivas.²⁹

Imagine-se, pois, uma eventual colisão entre os princípios de direitos fundamentais de natureza coletiva, a exemplo da colisão entre os princípios da proteção ao meio ambiente e do desenvolvimento sustentável, a que bem se aplica à garantia da ação popular constitucional.

²⁷ José Afonso da Silva vai afirmar que a garantia desse direito de ação popular “não está no inc. XXXV do art. 5º, que só protege o direito de ação que vise à composição de lide fundada em lesão de direito pessoal (pessoa física ou jurídica). Ora, a ação popular não postula tutela de interesse pessoal, mas a proteção do patrimônio público e de interesse difusos”. SILVA, J. A., op.cit., 2007, p.77-78.

²⁸ Ibid., 2008, p.55.

²⁹ SILVA, Reinaldo Pereira e. A teoria dos direitos fundamentais e o ambiente natural como prerrogativa humana individual. In: **Anuario de Derecho Constitucional**, 2007. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20072/pr/pr5.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2008, p.548.

1.4 ACÇÃO POPULAR NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Destaca-se a problemática da garantia popular sob o contexto histórico, enquadrando-a nas constituições brasileiras, até que se alcance a moderna acção popular constitucional, na valiosa expressão da democracia, de vez que à liberdade e à igualdade soam valores fundantes da democracia, consagrada no princípio universal da cidadania. Mas não sendo a cidadania uma essência é uma construção histórica, intimamente ligada às lutas pela conquista do cidadão moderno.

Não se pretende discorrer aqui sobre a gênese do instituto, mas apenas pontuar alguns enlacs cronológicos que melhor traduzem o progresso e a realidade da acção popular no Brasil, considerando o discurso político que ao longo dos anos pôde-se conferir ao remédio popular.

Examinar-se-á, pois, o pensamento predominante e concretizado em cada realidade histórica constitucional brasileira, a qual todos os desenvolvimentos ulteriores se referem. Traduzindo essa realidade para a vida constitucional brasileira, inicia-se a pré-compreensão do instituto popular na Carta Imperial de 1824 à primeira Constituição republicana, que agora se passa a estudar.

1.4.1 *Do Império à República*

Em geral a doutrina informa sobre a acção popular na Carta Imperial brasileira de 1824,³⁰ pelo fato de que ali já resguarda expressamente o nome da acção,³¹

³⁰ Otho, J.M. Sidou vai fixar a Comissão da Assembléia Constituinte de 1823 tendo como paradigma os ideais sorvidos na Declaração Universal ao propor o capítulo do Poder Judicial à consagração da acção popular. SIDOU, Othon J.M. “**Habeas corpus**”, **mandado de segurança**, **mandado de injunção**, “**habeas data**”, **acção popular**: as garantias ativas dos direitos coletivos. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p.483.

³¹ Dentre outros nomes para a acção popular no estrangeiro: na Itália, “Azione Popolare” (1859); na Alemanha “Popular Klage” (s.d); na Inglaterra “Popular Action” (s.d.), Othon J.M. Sidou registra em “1821” a acção popular constante na Constituição da então República da Nova Granada, atual Colômbia, à época unida à Venezuela e ao Equador. Atualmente os três países resguardam o instituto nas Constituições colombiana (1945); Equador (1967); Venezuela (1961). Ibid., 1992, p.478. Anota ainda a doutrina: “No mundo moderno a primeira referência histórica é belga, na lei comunal de 30.03.1836, seguida de outras experiências como a Lei francesa de julho de 1837.” TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco, FREDERICO, Sérgio Augusto. Acção popular no contexto democrático: aspectos processuais. In: GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; SANTOS FILHO, Ronaldo Fenelon (Coord.). **Acção popular**: aspectos relevantes e controvertidos. São Paulo: RCS, 2006, p.301-341.

todavia, seu objeto prescrevia, tão somente, as responsabilidades penal dos agentes judiciais nos arts. 156 e 157 da referida Constituição.³²

Arthur Magno e Silva Guerra, com base na boa doutrina, registra que raros são os autores que datam a Carta Imperial como precursora da ação popular no ordenamento jurídico brasileiro, de tal sorte que se assemelharia, apesar do nome ação popular, a uma espécie de correição ou denúncia, e encerra: “Entendemos que não é pela pequena extensão de seu objeto à época, restrito aos atos do ‘Poder Judicial’ que não se possa reconhecer, autenticamente, a defesa de um bem que ultrapasse o mero interesse individual”³³.

Não é possível comparar a ação popular de 1824 com a que se tem atualmente, porque ao se realizar uma evolução histórica dos bens jurídicos protegidos pelo ordenamento jurídico brasileiro naquele tempo, sob o nome de ação popular, compreende-se que não são os das tutelas metaindividuais que hoje se conhece, mas os das tutelas penais.³⁴ Além disso, não cabia ao cidadão a legitimidade ativa para a propositura da demanda, mas somente a denúncia.³⁵

³² O dispositivo da Carta do Império brasileiro (de 25 de março de 1824), assinala a seguinte redação: “Art. 156. Todos os Juizes de Direito, e os Officiaes de Justiça são responsaveis pelos abusos de poder, e prevaricações, que commetterem no exercicio de seus Empregos; esta responsabilidade se fará effectiva por Lei regulamentar.

Art. 157. Por suborno, peita, peculato, e concussão haverá contra elles acção popular, que poderá ser intentada dentro de anno, e dia pelo proprio queixoso, ou por qualquer do Povo, guardada a ordem do Processo estabelecida na Lei.” BRASIL. **Constituição Política do Império do Brazil** (de 25 de março de 1824). Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso: em 20 maio 2021.

³³ GUERRA, Arthur Magno e Silva. Controle da Administração Pública via Ação Popular: isenção de custas judiciais, como direito fundamental, no exercício direto da cidadania. **Revista eletrônica de Direito do Estado**. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, nº 6, abr./maio/jun. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso: em 20 maio 2021.

³⁴ José Afonso da Silva observa om algumas distinções a ação popular espanhola: “A Constituição espanhola de 1978, abriu possibilidade de expansão do instituto, em seu art. 125, onde se prevê que os cidadãos poderão exercer a ação popular e participar na Administração da Justiça mediante a instituição do Jurado, na forma e em relação àqueles processos penais que a lei determine, assim como nos Tribunais consuetudinários e tradicionais. Embora o texto se oriente basicamente no sentido de uma ação popular penal, a doutrina entende que a lei poderá instrumentar a ação popular em defesa do interesse coletivo que se manifeste na proteção da saúde, cultura, patrimônio artístico, meio ambiente etc. A constituição não disse em que casos poderá exercer a ação popular, mas a mesma doutrina entende que seu reconhecimento há de ser interpretado restritivamente, sendo de ser admitida somente nos casos expressamente estabelecidos em lei.” SILVA, J.A., op.cit., 2007, p.61.

³⁵ Pela mesma razão consideramos sem identidade com a ação popular a legislação infraconstitucional no período imperial, como a que exemplifica Rodolfo de Camargo Mancuso: “Dec. 2.691/1860, que permitia a apreensão judicial de títulos ilegais emitidos por bancos e outras

Há doutrina que elastece ainda o objeto da ação popular no art. 179, inciso XXX, da mesma Constituição,³⁶ em sua espécie regulamentadora, a saber, a Lei da Responsabilidade dos Ministros e Secretários de Estados e dos Conselheiros de Estado, de 15 de outubro de 1827, consoante a reprodução dos dispositivos:

Art.8º Todo cidadão pode denunciar, na forma do § 30 do art. 179 da Constituição, os ministros e secretários de Estado pelos delitos especificados nesta lei; este direito, porém, prescreve passados três anos.

.....
..

Art.14. Terminado o debate da segunda discussão, a qual se verificará oito dias depois da primeira, a Câmara decidirá – se tem ou não lugar a acusação – e decidindo pela afirmativa, a decretará nesta forma:

‘A Câmara dos Deputados decreta a acusação contra o ministro e secretário de Estado e dos Negócios de ... F. ou o conselheiro de Estado F. pelo delito de ... e a envia à Câmara dos Senadores, com todos os documentos relativos, para se proceder na forma da Constituição e da lei.’³⁷

Observa-se que, nem mesmo o dispositivo supramencionado serviria de fundamento para justificar a ação popular no modelo de 1824. É por isso que Barroso afirma: “A Constituição do Império fazia menção a uma *ação popular*, de índole penal, sem proximidade com a compreensão atual que se tem desse remédio jurídico”.³⁸

O pensamento liberal que redundou na Monarquia liberal da Revolução vintista do Porto, desencadeando na Independência brasileira de 1882 e por consequência a Constituição de 1824, não promovia a legitimidade do povo e para o povo em juízo, mas, no mínimo, o protesto que o popular poderia dar notícia desde que as elites políticas a tudo resolvessem, de tal sorte que o movimento de participação popular

companhias ‘por denúncia ou a requerimento de qualquer pessoa do povo.’” MANCUSO, R.C., op.cit, 2015, p.53.

³⁶ O referido artigo e inciso expressa: “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. XXX.. Todo o Cidadão poderá apresentar por escripto ao Poder Legislativo, e ao Executivo reclamações, queixas, ou petições, e até expôr qualquer infracção da Constituição, requerendo perante a competente Auctoridade a effectiva responsabilidade dos infractores.” BRASIL. Constituição (1824), op.cit. 2008.

³⁷ BONAVIDES, Paulo; AMARAL, Roberto. **Textos políticos da história do Brasil**. 3. ed. Brasília: Senado Federal/Conselho Editorial, 2002. v.1, p.851.

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.202.

política terminava, não raro, em repressão contra o que chamavam de abuso e anarquia.³⁹

Com o advento da Primeira República, a informalidade da ação popular varia entre a obscuridade do dispositivo 72, §9º, da Constituição republicana e a legislação infraconstitucional.⁴⁰ Sobre a primeira Constituição republicana, informa Othon J. M. Sidou, o dispositivo legitimava o cidadão a peticionar o abuso da autoridade pública, o que se poderia confundir com outro instrumento constitucional, manifestamente, contra abuso de autoridade. Além disso, cabia a responsabilidade do agente público.⁴¹ No que se refere à legislação infraconstitucional da vida republicana, há vestígios mais expressivos para o debate sobre a identidade com a ação popular dos dias atuais.⁴²

Por isso José Afonso da Silva, referia-se ao dispositivo da Carta primeira da República sobre a ação popular afirma que: “Ficou ela, por conseguinte, reduzida à

³⁹ A respeito da história do constitucionalismo brasileiro e participação popular, Paulo Bonavides e Paes Andrade afirmam: “Em verdade, tem essa história um fundamento elitista porque o povo não a escreveu. Em seu nome agitaram-se porém os movimentos mais célebres que despertaram em todo o País uma consciência nacional no propósito de estabelecer a identidade do elemento brasileiro, assentado já sobre os alicerces de um pluralismo social a que algumas idéias generosas de nossa formação serviram sem dúvida de bandeira, laço de união e base de conagraçamento”. BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. Brasília: OAB, 2004, p.13.

⁴⁰ Lê-se no art. 72, § 9º da Constituição de 1891: “Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:[...] § 9º - É permitido a quem quer que seja representar, mediante petição, aos Poderes Públicos, denunciar abusos das autoridades e promover a responsabilidade de culpados.” BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (de 24 de fevereiro de 1891). Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 20 maio 2021.

⁴¹ SIDOU, O. J. M., op.cit., 1992, p.485.

⁴² Othon J. M. Sidou lembra ainda que o dispositivo 31 da Lei 1.385 de 1920 Lei de Organização dos Municípios da Bahia, reproduzindo ainda o mesmo teor da Lei nº 1.102 de 11 de agosto de 1915 do Estado da Bahia, que processualmente, informa o doutrinador: “preenche todos os requisitos da moderna ação popular, nitidamente inspirada no modelo italiano de sua época, divergindo no entanto em que é de índole reipersecutória apenas.” Eis o teor do art. 31 da Lei do Estado soteropolitano: “É permitido a qual quer habitante do Município, em nome e no interesse deste, intentar as ações judiciais competentes, para reivindicar ou reaver quaisquer bens ou direitos que ao Município tenham sido usurpados ou estejam indevidamente possuídos por terceiros, contanto que tais ações sejam propostas, se o Intendente de lhes haver sido apresentada uma exposição circunstanciada do direito que se pretende valer, a qual pode ser pelo expositor publicada pela imprensa, quando nem o Conselho nem o Intendente o tenham feito no prazo de dez dias.

Parágrafo único. Quem tiver intentado a ação e obtido sentença final favorável terá direito a ser indenizado pelo cofre municipal das despesas feitas com o pleito e que não forem pagas pela parte vencida, salvo o direito regressivo do Município”. Ibid., 1992, p.485.

defesa de logradouros e baldios públicos (conforme admitia a doutrina das ações dos velhos praxistas) e àquela fraca incidência em leis especiais [...].⁴³

Quando do advento do Código Civil, lembra José Afonso da Silva que André Figueira pretendeu introduzir o instituto no direito brasileiro a partir de discussão travada em torno do Projeto de Código Civil, cuja ideia fora combatida por Clóvis Beviláqua, o qual se pronunciava sobre a instituição da *actio populari* na ordem jurídica brasileira: “se compreende em um estado de direito em que a organização política não está suficientemente desenvolvida, de modo que seja indispensável que os particulares estejam velando pelos interesses públicos”⁴⁴; transformara-se, pois o Projeto civilista no art. 76 do Código Civil.⁴⁵

Resta acordar com Rodolfo de Camargo Mancuso que o Diploma Civil demandava uma harmonia na doutrina e na jurisprudência no sentido de que o art. 76 teria ab-rogado o que restava da ação popular, porquanto condicionava o direito à prestação jurisdicional para a existência de um “legítimo interesse econômico ou moral”.⁴⁶ Ao que José Afonso da Silva reproduz ainda afirmação da Comissão revisora do Projeto do Código Civil:

Por isso desapareceram do direito civil moderno as ações populares, cujo objeto, em parte, entrou para a esfera do direito criminal, passando a constituir matéria de prescrições policiais, em parte converteu-se em direito pertencente aos indivíduos, quando são estes diretamente lesados, e em parte constitui direito das coletividades, como pessoas jurídicas de direito público. Não tinham mais uma função especial a exercer, no direito moderno, as ações populares.^{47 48}

⁴³ SILVA, J. A., op.cit., 2007, p.34.

⁴⁴ Ibid., 2007, p.34.

⁴⁵ Rezava o art. 76 do então Código Civil de 1916: “Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral.” BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Institui o Código Civil. **Diário Oficial União**. Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 13 jan. 2021.

⁴⁶ MANCUSO, R.C., op.cit. 2015, p.54.

⁴⁷ SILVA, J.A., op.cit., 2007, p.34.

⁴⁸ José Afonso da Silva levanta ainda pensamento da época sobre o Código Civil e ação popular: “[...] Este a proscreveu, adotando a doutrina defendida por Clóvis e bem traduzida nestas palavras de Manuel Aureliano de Gusmão: “No estado atual, porém, não só do nosso Direito, como do Direito da quase totalidade das nações civilizadas, não mais há lugar ao exercício das ações populares; e a razão é que, conforme já tivemos ensejo de dizer, na organização jurídica, hodierna, por um lado, os atos que, no Direito Romano, autorizavam as ações populares, ou passaram a constituir crimes definidos e punidos pelas leis penais, ou a ser objeto de leis de polícia, de leis provinciais, comunais, e por outro lado a função judiciária de velar pela guarda e conservação dos bens públicos e de defender, em juízo, os interesses sociais e coletivos é exercida pelos representantes o ministério

A jurisprudência, recorda Othon J. M. Sidou, reagiu, nas raras vezes em que fora provocada, em posicionamento contrário a quem defendesse em juízo o interesse coletivo sob a competência utilitária *ut universi*, e registra: “O cidadão não tem interesse legítimo para anular ato da Municipalidade que vende terrenos de uma praça pública – lê-se num acórdão da época – salvo quando isso atingir os direitos patrimoniais do indivíduo”.^{49 50} Já a doutrina de J. X. Carvalho Santos, por sua vez afirmava pela ação popular, conforme cita Rodolfo de Camargo Mancuso:

Temos como certo que as ações populares – no sentido de ações que os cidadãos podem exercer para fazer reintegrar direitos públicos lesados – são admissíveis em nosso direito. Precisamente porque, em casos tais, há o interesse de agir e portanto, cai-se na regra geral estabelecida pelo Código, para justificar qualquer ação judicial.^{51 52}

Parece-nos que a expressão do dispositivo constitucional careceria de aplicabilidade em virtude dos conturbados primeiros anos republicanos e, além disso, a construção dos tribunais do País refletiam o pensamento liberal, como informa Othon J. M. Sidou: “Era um recuo inqualificado ao mais blindado individualismo!”^{53 54} Ou como quer Luís Roberto Barroso: “Guardavam-se as

público, para tal fim criado e instituído no organismo político de generalidade dos povos cultos”. *Ibid.*, 2007, p.34.

⁴⁹ SIDOU, O.J.M., *op.cit.*, 1992, p.485.

⁵⁰ Outra jurisprudência digna de destaque é a que reproduz José Afonso da Silva em trecho de decisão da qual foi relator Costa Manso em face do dispositivo do Código Civil de 1916, senão vejamos: “Se é certo que o art. 76 do Código Civil mostra ter sido abolida a ação popular, ao indivíduo é facultado agir em defesa do uso público, quando o obstáculo oposto a este uso o prejudique diretamente. Ninguém pode impedir arbitrariamente a freqüência aos lugares públicos, e se isto acontece o prejudicado pode propor ação, fundando-a no direito ao uso da coisa pública, direito este que lhe compete *ut universi*, embora a ação seja intentada *ut singuli*”. SILVA, J.A, *op.cit.*, 2007, p.34. Também, José Afonso da Silva, destaca acórdão da Corte de Apelação de São Paulo: “Se alguém edifica um terreno que é praça pública, a interessada direta na questão é a Municipalidade, a qual teria direito de defender sua posse ou propriedade, por meio de ação competente e jamais o autor, visto não ser admissível no estado atual do nosso direito, o uso das denominadas ações populares, destinadas à defesa das coisas públicas.” *Ibid.*, 2007, p.350.

⁵¹ MANCUSO, R.C., *op.cit.*, 2015, p.54.

⁵² Rodolfo de Camargo Mancuso refere-se também a doutrina de Paulo Barbosa Campos Filho afirmando que: “[...] a ablação, se houve, atingiu apenas as ações populares de natureza civil, ‘em as quais o particular como que se substituiu ao Estado, fazendo valer direitos que a este pertencam. Não abrangeu, nem alcançou as de cunho político, as de índole criminal e as estritamente administrativas [...]’.” *Ibid.*, 2015, p.54.

⁵³ Vejamos Luís Roberto Barroso: “A República brasileira que desde sua proclamação não atingira um funcionamento institucional normal, esvaía-se sem legitimidade, canhestamente liberal, em grosseira contrafação”. BARROSO, L.R., *op.cit.*, 2006, p.17.

aparências democráticas, mas não era possível fazer política fora do oficialismo”.⁵⁵

56

1.4.2 A Constituição de 1934

De logo se evidencia que o dispositivo contido na Constituição de 1934 é o que melhor se assemelha ao que hoje se entende como ação popular, manifestamente em seu inciso 38 do art. 113.⁵⁷ Conforme averba José Afonso da Silva: “Há diferenças fundamentais entre a nossa e aquelas, diferenças que demonstram tratar-se de institutos de natureza e finalidades bem diversas, embora conceitualmente tenham conotações idênticas”.⁵⁸

Lembra também José Afonso da Silva que Machado Guimarães embora não recebesse com entusiasmo o instituto, reconhecia sua elevada finalidade, em palavras suas, segundo ainda José Afonso da Silva: “Ressuscitando as velhas ações populares do direito romano, foi o legislador constituinte, movido pelo escopo elevado de assegurar uma tutela mais eficiente dos interesses públicos, confiando-os à fiscalização desvelada e constante dos cidadãos”.⁵⁹

Todavia, por tão brilhante exposição, vale reproduzir o texto que assinala José Afonso da Silva a respeito da ação popular e a política legislativa na Constituição brasileira de 1934:

⁵⁴ SIDOU, O.J.M., op.cit., 1992, p.485.

⁵⁵ BARROSO, L.R., op.cit., 2006, p.17.

⁵⁶ Trata a respeito Carlos Maximiliano: “Conquista de valor outr’ora, em monarchias absolutas, não tem importancia na actualidade o direito de petição. Atiraram-no para o segundo plano os *meetings* ou comícios populares, a imprensa periodica e a tribuna parlamentar em actividade pelo menos alguns mezes do anno. Contra os proprios abusos da autoridade recorre-se, de preferencia, para o processo judicial, incomparavelmente mais effcaz.

Versam as petições sobre assumptos de interesse individual ou geral e publico. As primeiras são mais vezes attendidas do que as segundas, porque os signatarios põem em actividade, em seu favor, amigos prestigiosos, parentes ou advogados com assento em alguma das camaras ou bem relacionados com os membros do executivo. Em regra, o mais que se consegue, é dar a *Commissão de petições e Poderes* parecer sobre o memorial, que em seguida vae dormir nos arquivos da assembléa o somno do esquecimento.” MAXIMILIANO, Carlos. **Commentarios à Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos Editor, 1918, p.703-704.

⁵⁷ Reza o art 113, inciso 38 da Carta de 1934: “A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] 38) Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios”. BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 20 maio 2021.

⁵⁸ SILVA, J.A., op.cit., 2007, p.38.

⁵⁹ Ibid., 2007, p.37-38.

É interessante acompanhar sinteticamente a formação do instituto na Constituição de 34. Não era consignada no denominado Projeto do Itamaraty, que serviu de base à formação daquela Carta Constitucional. Na Constituinte, formou-se a chamada Comissão dos 26 membros. Esta era presidida por Carlos Maximiliano, tendo como Vice-Presidente Levi Carneiro e como Relator-Geral Raul Fernandes; esses formaram o que se chamou de pequeno Comitê, a que a Comissão confiou a tarefa de revisão de relatórios parciais. Foi nesse pequeno Comitê que se insinuou a idéia da instituição da ação popular. Levi Carneiro conta que se preocupou profundamente com a necessidade de facilitar a provocação judiciária, sobre a ilegalidade ou inconstitucionalidade de atos do Governo ou do Legislativo, ou, sobre atos lesivos ao patrimônio nacional, por parte de todos os cidadãos.⁶⁰

A proposta da Comissão de 1934, como se pode ver, resguarda o espírito popular a que se destina o instituto. Todavia, o otimismo a que se depara a princípio é desestimulada a seguir:

Mas, no pequeno Comitê, foi dissuadido pelas ponderações de seu colega Raul Fernandes que julgava perigosa a medida, 'dado que todos os atos da administração poderiam ser continuamente postos em xeque, por vezes, maliciosamente, desde que, em nossos próprios anais judiciais, temos precedentes de questões intentadas em juízo, tendenciosamente, por homens de palha, visando a uma decisão que favoreça à situação aparentemente atacada'. Por isso, o Projeto que saiu da Comissão dos 26 ainda não contemplava a ação popular. Em plenário, esse projeto foi aprovado em globo, ressalvadas as emendas, para cuja apresentação se deu o prazo de 30 dias, nos quais ficou, também, aberta a discussão. Foi, aí, que surgiu a emenda instituindo a ação popular. Levi Carneiro combateu a amplitude com que era consagrada, 'sem freios, restrições, sem ressalvas'.⁶¹

É como bem assinala ainda Oliveira Vianna: "Mesmo, ainda recentemente – por ocasião da Constituinte de 34 – não vimos ali a preocupação do interesse *local* o espírito *regionalista*, o sentimento do *grupo provincial* procurando dominar e, afinal, inspirando tudo?"⁶² E esse espírito dominante elitista prevaleceu diante da ação popular, leia-se ainda:

Em princípio, pronunciou-se favorável à adoção do instituto, com restrições, *in verbis*: 'Para efetividades das normas que a Constituição estabelece há que contar com a vigilância dos cidadãos.

⁶⁰ Ibid., 2007, p.36.

⁶¹ Ibid., 2007, p.36.

⁶² VIANNA, Oliveira. **Instituições políticas brasileiras**. Brasília: Senado Federal, 1999, p.331. (Coleção biblioteca básica brasileira).

É preciso, pois, facultar-lhes a reclamação judicial contra as transgressões cometidas. Receou a douta subcomissão os perigos das chamadas ações populares. Condicionei, então, a iniciativa judiciária dos cidadãos á prévia autorização do Conselho Nacional, como consta da emenda nº 32, isto é, depois de reconhecida, pelo mesmo Conselho, a relevância, *prima facie*, dos fundamentos legais da reclamação. Nem assim, porém, logrei par a sugestão o voto de meus eminentes colegas. Parece-me, no entanto, que, sem essa possibilidade, não se conseguirá assegurar a observância de muitos e muitos dispositivos da Constituição’.

Por isso, dizia-se na situação difícilima, de quem, ‘aplaudindo a idéia inicial tem de recusar apoio à forma por que se apresentava na emenda’.

Quem a defendeu, com ardor, foi o deputado pela Bahia, Marques Reis. A emenda foi aprovada em plenário, surgindo a ação popular na última fase de elaboração constitucional no inciso do art. 113.”⁶³

Lembra-se que a Constituição não resistiu três anos ao futuro Estado Novo, além disso jazia expressa não havendo legislação que a regulamentasse.⁶⁴ É neste lapso temporal que José Afonso da Silva, conforme a doutrina, fala das tentativas de regulamentar a ação popular primeiro, por intermédio do Deputado Teotônio Monteiro de Barros “que procurava abrir o debate, afinal jamais travado, em torno da complementação do inciso, que apontava uma grande conquista democrática e não queria percesse à míngua de lei que lhe regulasse o processo”.⁶⁵ Segundo, o projeto do deputado paulista Ferreira de Sousa, de cuja proposta substitutiva mereceu debate na Ordem dos Advogados Brasileiros, ao que encerra J. Afonso da Silva:

A tentativa, de regulamentação, contudo, não vingou, pois, como assinala Néelson Carneiro, àquela época, “vagares não tinha o Congresso para tratar de direitos e garantias constitucionais, de há muito suspenso pelo famoso ‘estado de guerra’, instrumento e antecipação do famigerado ‘Estado Novo’.”⁶⁶

⁶³ SILVA, J.A., op.cit., 2007, p.36.

⁶⁴ Conforme Mancuso, mesmo Clóvis Beviláqua censurara a inserção da ação popular no texto constitucional, ao que expressava: “ temia [o codificador civil de 1916] que daí adviessem ‘inconvenientes, que a boa organização do Ministério Público evita. Para funções dessa classe, a sociedade possui órgãos adequados, que melhor as desempenham do que qualquer do povo’.” MANCUSO, R.C., op.cit., 2015, p.55.

⁶⁵ SILVA, J.A., op.cit., 2007, p.39.

⁶⁶ Ibid., 2007, p.39-40.

Tampouco aceito o mandado de segurança, em cujo período construía-se à jurisprudência brasileira, como forma subsidiária para a utilização da Ação Popular.⁶⁷ Como bem afirma Barroso: “Em sua curtíssima vigência, a Carta de 1934 conviveu com logo período de suspensão das garantias constitucionais”, nem mesmo a legislação infraconstitucional civilista, a pretexto de um pensamento manifestamente liberal abria espaço para a utilização do instrumento.⁶⁸

1.4.3 *Entre letras e armas*

No Estado Novo a ação popular não teve voz constitucional, na então Carta cognominada “polaquinha” de 1937, porquanto o pensamento estadonovista, que perdurou até 1946 era ditatorial, como assevera Rodolfo de Camargo Mancuso: “O que não é de causar espanto, já que a ação popular italiana também não houvera resistido ao período fascista, nem a espanhola ao período franquista”,⁶⁹ e ainda, na mesma esteira doutrinária, o autor: “sob a longa noite da ditadura, não havia clima para o ressurgimento das ações populares”.⁷⁰

Quiçá, a resistência ou insurgência adviesse na Lei de Ritos de 1939⁷¹, de cujo art. 670, repetia o dispositivo previsto no art. 13 do Decreto 173/1883. Porém, a

⁶⁷ Neste sentido Mancuso destaca o trabalho dissertativo de Maria Fernanda de Toledo Rodovalho Podval que, por sua vez, recolhe interesses arestos, que manifestava reserva à ação popular, como podemos observar: “(i) mandado de segurança impetrado por cidadãos que se insurgiam contra a divisão em lotes de uma praça da cidade de Theophilo Ottoni, e posterior venda em hasta pública, o Tribunal de Justiça de Minas gerais entendeu que tal ‘pedido assume o caráter de ação popular, não merecendo, portanto, qualquer acolhida. [...] A resolução da Municipalidade entra na ordem dos atos totalmente discricionários, que são imunes à ação fiscalizadora do Poder Judiciário. Os requerentes, que visam apenas à reintegração do direito do povo, são carecedores, para isso, do mandado de segurança” (rel. Des. Villas Boas, j. 14.04.1937, RF 71/324); (ii) em ação movida por cidadão contra a Mitra Arquidiocesana, objetivando a demolição de obras executadas em praça pública, a Corte de Apelação de São Paulo entendeu que: ‘nesse caso, a interessada direta é a Municipalidade da capital, a qual teria direito de defender sua posse ou propriedade, por meio de ação competente, e jamais o autor, visto não ser admissível no estado atual do nosso direito o uso das denominadas ações populares, destinadas à defesa das coisa pública’. (rel. Des. Meireles dos Santos, j. 17.02.1937, RF 70/296).” MANCUSO, R.C., op.cit., 2001, p.56.

⁶⁸ BARROSO, L.R., op.cit. 2006, p.21.

⁶⁹ MANCUSO, R.C., op.cit., 2015, p.57.

⁷⁰ MANCUSO, R.C., op.cit., 2015, p.57.

⁷¹ Lembra outrossim José Afonso da Silva que o art 2º *caput* do Código de Processo Civil de 1939, reproduzia o intento do art. 76 do Código Civil, vale dizer, o legítimo interesse econômico ou moral, de cujo art. 3º da atual Lei de Ritos também assinala em essência. SILVA, J.A. op.cit., 2007, p.34.

inexpressiva *ação direta* e ratificando o trecho que afirmava tão somente *denúncia por qualquer do povo* Santos considera:

O Código de Processo, porém, fala em ação direta, mediante denúncia de qualquer do povo, ou do órgão do Ministério Público. Qual será, entretanto, essa ação direta? É o que não esclarece. O que nos parece certo é que a ação deverá ser ordinária, sem prejuízo das providencia administrativas que o Governo poderá tomar, com apoio na Lei de Segurança, quando for o caso.⁷²

De fato no estado getulista não se realizava através povo, mas para o povo aos olhos do regime, como bem afirma Luís Roberto Barroso: “[...] a violência institucional como instrumento de combate ideológico – empana, mas não elimina, algumas realizações no campo econômico e social”.⁷³ A ação popular fora entregue a inexistência jurídica, pela supressão e marginalizações dos manifestos interesses populares na Carta de 1946.

Já na Constituição de 1946 encontra-se o art.114, §38⁷⁴ que além da reintroduzir o art. 113, §38 da Constituição de 1934 amplia o objeto da ação popular à administração indireta.

Rodolfo de Camargo Mancuso remonta duas questões pertinentes a respeito da ação popular de 1946,⁷⁵ a primeira, se o instituto na Carta de 1946 era ou não auto-aplicável, ou dependia de regulamentação para o seu exercício; a segunda, se o objeto da ação popular recepcionaria atos ocorridos antes de seu ingresso na referida constituição. Questões que as dirime a partir de sentença jurisdicional da lavra de José Frederico Marques conforme reproduz Rodolfo de Camargo Mancuso, ao que assinala o autor “a primeira prolatada em ação recepcionada como *popular* após a Constituição Federal de 1946”, vide:

⁷² SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código de Processo Civil interpretado**: artigos 600 a 674. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947, v.VII. p.352.

⁷³ BARROSO, L.R., op.cit., 2006, p.23.

⁷⁴ O art 141 da Constituição de 1946 encerra: “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 38 - Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista.”

⁷⁵ MANCUSO, R.C., op.cit., 2015, p.58.

Quanto ao primeiro daqueles aspectos, S.Exa. entendeu que tal direito de ação ‘independe de regulamentação ulterior para ser usado e exercitado [...]’. Faltando a norma regulamentadora infraconstitucional, prosseguia S.Exa., ‘o mandamento constitucional é dilatado de acordo com as regras de hermenêutica, e através dos princípios sobre a integração do ordenamento jurídico, porque a imediata aplicação de um direito individual solenemente proclamado sobreleva à desejável uniformidade de soluções nas diversas controvérsias que o assunto possa suscitar’. E quanto ao segundo aspecto supra-referido, entendia que não cabia excepcionar às malhas da ação popular os atos praticados anteriormente ao advento da Constituição de 1946, porque ‘ligar o direito de agir ao direito subjetivo substancial constitui revivescência do conceito romanístico da *actio*, de há muito banido pela ciência processual’.⁷⁶

A Carta de 1946 traduz a evolução da aplicabilidade da norma jurídica constitucional e neste sentido é marco para a efetividade do instituto que ora se amplia, ora fomenta a legislação infraconstitucional, de cuja era jurídica auferia a justiciabilidade auto-executória do remédio popular que viria a fundar-se como direito fundamental.⁷⁷ Não obstante era apenas um ensaio à concretização do instituto, pois, como afirma Luís Roberto Barroso: “Politicamente, a nova ordem timbrava-se pelo liberalismo, em coloração conservadora, ‘tingida pelo social’, para usar a expressão de Nelson Saldanha”.⁷⁸

A respeito da ação popular no Diploma constitucional de 1967, ressalta-se que mantinha o dispositivo no art. 150 § 31⁷⁹, e afirma Othon J. M. Sidou, cuja “modificação do texto objetivou compatibilizar o campo aplicativo da ação popular constante da Carta de 1946”,⁸⁰ informando ainda Sidou:

O texto constitucional de 1967 foi de fato, mais proveitoso do que o original. Primeiro, porque, com o personalizar o instituto, no que tem carácter pioneiro nas Cartas republicanas, assegurou à ação popular,

⁷⁶ MANCUSO, R.C., op.cit., 2015, p.58.

⁷⁷ Mancuso considera que: “No interregno entre a Constituição de 1946 e a de 1967, duas ações populares, *de cunho supletivo*, vieram criadas na legislação ordinária: uma, pelo art. 35, § 1º, da Lei 818, de 18.09.1949, sobre aquisição, perda e reaquisição da nacionalidade, e perda dos direitos políticos; outra, pelo art. 5º, § 1º, da Lei 3.502, de 21.12.1958, onde se previu uma ação popular em matéria de enriquecimento ilícito (estando agora essa lei expressamente revogada pelo art. 25 da Lei 8.429/92)”. MANCUSO, R.C. op.cit., 2015, p.59.

⁷⁸ BARROSO, L.R., op.cit., 2006, p.26.

⁷⁹ No art 150, § 31 da Carta Política de 1967 encontramos: “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:[...] § 31 - Qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas”.

⁸⁰ SIDOU, O.J.M., op.cit., 1992, p.488.

tal como ocorre com o *habeas corpus*, a característica tradicional. Segundo, porque, em termos constitucionais marcou um nítido avanço na identificação com a *actio popularis*, consagrada pelo direito histórico.⁸¹

Não obstante, o dispositivo restringia o objeto da ação popular aos órgãos da administração pública em detrimento dos órgãos da administração que resguardassem a natureza privada, pois encerrava a expressão genérica “patrimônio de entidades públicas” no bojo do dispositivo. Isso se dava como contempla J.M. Othon Sidou: “[...] tornado restrito em face da reforma administrativa que se procedia e que foi organizada pelo Decreto-Lei nº 200, do mesmo ano de 1967”.⁸²

Não obstante, o período da ditadura que se inicia com o golpe militar de 1964 traz a lume a Constituição de 1967, e, neste espaço ditatorial é outorgada ao povo a Carta constitucional, a qual nas palavras de Luís Roberto Barroso: “O processo de amadurecimento democrático, de consciência política e de prática da cidadania ficou truncado”.⁸³

Resta assinalar o advento da Lei 4.717 de 29 de junho de 1965, que regula a Ação Popular e tratamo-la neste tópico por compreendermos destacá-la no âmbito temporal que inicia o golpe militar, nomeadamente em 1964, derivada, segundo Silva⁸⁴ de Projeto Executivo, o qual teve por base o anteprojeto de Seabra Fagundes, que por sua vez, incorporara parte expressiva do projeto Bilac Pinto, importando afirmar que em virtude da Lei n.º 6.513, de 20. de dezembro de 1977 foi introduzida a redação do §1º, art. 1º da Lei da Ação Popular, vale dizer, englobando no conceito de patrimônio público a proteção do cidadão aos bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico e turístico,⁸⁵ conquanto o instituto fosse relegado à marginalização mormente os desvios a que se enveredara a política institucional do País.

⁸¹ SIDOU, O.J.M., op.cit., 1992, p.488.

⁸² SIDOU, O.J.M., op.cit., 1992, p.488.

⁸³ BARROSO, L.R., op.cit., 2006, p.35.

⁸⁴ SILVA, J.A.S., op.cit., 2007, p.41.

⁸⁵ Arthur Magno e Silva Guerra recorda que com o surgimento da Lei n.º 6.717 de 1967, fora acrescentado os “bens e valores turísticos” para a compreensão do termo “patrimônio público”, para efeitos da lei, assinalando que embora a expressão não tenha sido redigida na Carta de 1988, permanece tutelado por encontrar-se no próprio conceito de patrimônio público. Além disso, a referida Lei possibilitou, mediante alteração da Lei 4.717 de 1965, a suspensão liminar do ato lesivo impugnado na defesa de patrimônio público. GUERRA, A.M.S., op.cit., 2008, p.4.

Por último, deve-se compreender que as grandes mudanças realizadas pela Emenda Constitucional de 1969 sobre a Carta de 1967, faz com que se a conceba potencialmente como Constituição. No que tange à ação popular a referida Emenda reproduzia tão somente o dispositivo do Diploma de 1967, notadamente, em seu art. 153, § 31.⁸⁶

Assim é que Luís Roberto Barroso fala em *insinceridade constitucional*,⁸⁷ de sorte que a efetividade fora usada como meio de reverter a vida reacionária jurídica no País.⁸⁸ Ora a eficácia da norma jurídica diz respeito ao cerne da validade social, para tanto, a norma jurídica demanda o grau de justiça condizente com os valores da sociedade em seu tempo e seu lugar, visando ao acatamento voluntário da norma pela própria sociedade.

O que se procurou realizar naquele período, através do Judiciário, fora a construção de modelos eficazes, sem a qual a Constituição estagnava-se em mero instrumento de dominação política-ideológica, como assevera Luís Roberto Barroso: “A doutrina da efetividade consolidou-se no Brasil como um mecanismo eficiente de enfrentamento da insinceridade normativa e de superação da supremacia política exercida fora e acima da Constituição”.⁸⁹

A assertiva leva a refletir a respeito da preponderância do fator político sobre o jurídico. Ora, a eficácia social é uma relação autônoma que demanda ao reconhecimento e obediência social não precisando estar de mãos dadas com a validade formal; o que se quer com a eficácia é o resgate da realidade social. Mas, restritamente ao âmbito de vigência da Emenda de 1969, assinala Barroso: “A atividade política institucional foi regulada a um plano secundário, preterida por um

⁸⁶ Eis o art. 153, § 31 da Emenda revisional nº 1 da Carta de 1967: “ A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 31. Qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas.

⁸⁷ BARROSO, L.R., op.cit., 2006, p.283-284.

⁸⁸ Em Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega e Sérgio Augusto Frederico lê-se que: “A observação da realidade social, a construção teórica e o diálogo entre as diversas correntes permite constatar a existência de modelos democráticos meramente formais alheios a qualquer ideologia [compreendendo-se o corpo de idéias e valores respeitantes à ordem pública com a função de orientar os comportamentos políticos coletivos] possível em qualquer contexto político enquanto método ou conjunto de regras de procedimento para a constituição de governo e para a formação das decisões políticas. Enquanto proposta vem sendo superada em favor da democracia substancial que se efetiva pela participação do cidadão na gestão e na fiscalização da coisa pública. Explica-se, por isto, o fato de a ação popular ter sobrevivido mesmo no regime ditatorial brasileiro, de democracia formal”. TARREGA, M.C.V.B, FREDERICO, S.A., op.cit., 2006, p.304-305.

⁸⁹ BARROSO, L.R., op.cit., 2006, p.284.

novo estamento tecnocrático-militar.”⁹⁰ E assim que Wanderley Guilherme dos Santos assinala sobre a cidadania nos tempos do autoritarismo: “[...] a noção de cidadania destituída de qualquer conotação pública e universal. Grande parte da população é pré-cívica e nela não se encontra ínsita nenhuma pauta fundamental de direitos”.⁹¹

1.4.4 A Constituição cidadã

A Constituinte de 1988, como quer Carvalho⁹²: “[...] redigiu e aprovou a constituição mais liberal e democrática que o país já teve, merecendo por isso o nome de Constituição Cidadã”, vem a seu turno à garantia de um Estado democrático de Direito, cujo pensamento assinala Luís Roberto Barroso, embora crítico dos interesses e paixões à apoteose cívica que rompera com as represadas forças das duas décadas anteriores,⁹³ afirma ainda o autor: “não empana o seu carácter democrático, mas apenas realça a sua fisionomia ainda imatura de um País fragilizado pelas sucessivas rupturas institucionais e pela diversidade de suas relações sociais”.⁹⁴ Bonavides, por sua vez, afirma: “A Constituição de 1988 é basicamente em muitas de suas essenciais uma Constituição do Estado Social”,⁹⁵ ou noutro momento: “O Estado social brasileiro é portanto de terceira geração, em face desses aperfeiçoamentos: um Estado que não concede apenas direitos sociais básicos, mas os garante”.⁹⁶

Nesta transição entre o Estado liberal ou social, repisa-se a evolução para o Estado democrático pelo esforço comum entre as duas forças, vale dizer, entre o liberal e o social. No texto maior ressalta-se o complexo de direitos e garantias

⁹⁰ BARROSO, L.R., op.cit., 2006, p.39.

⁹¹ SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Cidadania e justiça**: a política social na ordem brasileira. Rio de Janeiro: Campos, 1979, p.104.

⁹² CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2001. p.199.

⁹³ BARROSO, L.R., op.cit., 2006, p.41.

⁹⁴ BARROSO, L.R., op.cit., 2006, p.42.

⁹⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito constitucional**. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p.336.

⁹⁶ Ibid., 1996, p.338.

fundamentais, individuais e coletivos, dentre eles o que se refere à ação popular, em seu art. 5º, inciso LXXIII, a saber:

qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência,⁹⁷

Destarte, como bem observa José Afonso da Silva, a respeito da ação popular⁹⁸ na Constituição de 1988: “não se limitou a repetir os enunciados anteriores, porque lhe deu nova formulação, ampliando o seu objeto para amparar novos interesses [...]”,⁹⁹ ou Barroso: “deu maior dimensão à ação popular, estendendo o seu alcance a novos domínios, como a proteção do meio ambiente e da moralidade administrativa [...]”¹⁰⁰ e Othon J.M.Sidou: “[...] o que constitui avanço na identificação da nossa com a vetusta *popularis actio*”.¹⁰¹

De tudo o grande mérito da Carta de 1988, com a abertura política do País, é a potencial eficácia para o controle democrático no Estado brasileiro, basta averiguar, hodiernamente, as inúmeras demandas populares nos tribunais pátrios e o pensamento doutrinário a evidenciar os problemas específicos da ação popular constitucional brasileira.¹⁰²

⁹⁷ Para Othon J. M. Sidou: “Sem nos determos na redação, que é legislativamente pobre, por tratar de assuntos diversos num só dispositivo disfarçado pela forma gerundiva, o dispositivo não ampliou propriamente, mas explicitou o texto precedente.

Com proveito, substituí o restritivo “patrimônio de entidades públicas” por “entidade de que o Estado participe”. Há, com efeito, interesses coletivos a defender que não se engastam necessariamente no conceito patrimonial de entidades estatais, e aí está o universo de bens e direitos indisponíveis que o Estado dá a entidades privadas para administrar e por cuja totalidade ou fração lhe incumbe preservar. Aí se incluem também os sindicatos, as fundações, as corporações e demais órgãos responsáveis pela arrecadação e aplicação de contribuições compulsórias instituídas por lei”. SIDOU, O. J.M., op.cit., 1992, p.488.

⁹⁸ SILVA, J.A., op.cit., 2007, p.39.

⁹⁹ Mancuso traça, em nível infraconstitucional após o advento da Constituição de 1988, as ações cidadãs correlatas à ação popular, lembrando que para a tutela do aspecto pecuniário do patrimônio público é largamente utilizada pelo Ministério Público a ação prevista na Lei de Improbidade Administrativa nº 8.429 de 20 de junho de 1992, sob a notícia dada por *qualquer pessoa*, bem como a Ação Civil Pública, Lei 8.624 de 1993, que para a doutrina seria uma modalidade de ação popular, embora maneável legitimamente pelo *Parquet* por perseguir fins análogos ao da ação popular. MANCUSO, R.C., op.cit., 2015, p.60-61.

¹⁰⁰ BARROSO, L.R., op.cit., 2006, p.203.

¹⁰¹ SIDOU, O.J.M., op.cit., 1992, p.489.

¹⁰² Encerra Bonavides: “Mas o verdadeiro problema do Direito Constitucional de nossa época está, ao nosso ver, em como juridicizar o Estado social, como estabelecer e inaugurar novas técnicas ou institutos processuais para garantir os direitos sociais básicos, a fim de fazê-los efetivos”. BONAVIDES, P., op.cit., 1996, p.338.

Lembra-se que a ação popular é instituto jurídico com previsão no art. 5º, LXXIII, da Constituição e na legislação extravagante no que foram recepcionados os dispositivos da Lei da Ação Popular n. 4.717/1965. Mas há de se fazer a remissão e concomitância, outrossim, com a Lei 7.347 de 24 de julho de 1985, da Ação Civil Pública, manifestamente o artigo. 1º, além da aplicação processual subsidiária do Código de Processo Civil, sob previsão expressa na Lei 4.717 os arts. 7º e 22.^{103 104}

No seu aspecto positivo, o artigo 5º., LXXIII, da Constituição brasileira assinala uma sistemática que regule outra parcela de normas constitucionais e infraconstitucionais, basta, porém, uma interpretação sistêmica de seus dispositivos.

O princípio da moralidade administrativa estaria garantido pela ação popular constitucional naqueles ditames encontrados no art. 37 da Carta Magna, a saber: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de [sic] legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”,¹⁰⁵ evidenciando a diversidade de situações de que se pode utilizar o cidadão para controle da moralidade administrativa com base nos princípios constitucionais expressos nesse dispositivo.

Também, vê-se a garantia popular consoante os princípios da ordem econômica elencados no art. 170 da Constituição: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...]”.¹⁰⁶ Além disso, assinala Mancuso, a ação popular abrange também os interesses difusos do consumo.¹⁰⁷

¹⁰³ Lei da Ação Civil Pública: “Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)”. BRASIL. Lei nº 7.347, de 25 de julho de 1985. Planalto, Brasília, 25 jul. 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 18 abr. 2021.

¹⁰⁴ Lei de Ação Popular: “Art. 7º A ação obedecerá ao procedimento ordinário, previsto no Código de Processo Civil, observadas as seguintes normas modificativas:[...] 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.” BRASIL. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Planalto, Brasília, 29 jun. 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4717.htm. Acesso em: 18 abr. 2021.

¹⁰⁵ BRASIL. Constituição (1988), op.cit., 1998.

¹⁰⁶ BRASIL. Constituição (1988), op.cit., 1998.

¹⁰⁷ MANCUSO, R. C., op.cit., 2015, p.64.

A boa doutrina afirma também sobre a gestão dos dinheiros públicos, não só conforme a dotação orçamentária e sua respectiva despesa efetuada, como também cuidar que a escolha seja feita da melhor maneira possível sob o ponto de vista econômico-financeiro, às vistas do art.70 da Constituição que prevê:

A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.¹⁰⁸

A proteção ao meio ambiente, por sua vez, tem previsão expressa no art. 225 da Constituição: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”¹⁰⁹ É, manifestamente, um direito difuso, com base na cidadania participativa para fins de responsabilidade socioambiental.

Dentre outras situações, como quer Rodolfo de Camargo Mancuso: “a defesa do patrimônio cultural constitui um dever conjunto do Poder Público e da comunidade (CF, art. 216, §1º.) e os danos e ameaças a tal interesse difuso serão ‘punidos, na forma da lei’ (CF, art. 216, §4º.)”¹¹⁰, enfeixando-se ainda no art. 215 que assinala: “O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.”¹¹¹ Tudo isso evoca a ampliação que dera o constituinte de 1988 para o objeto da ação popular e para o alargamento do exercício da cidadania.

¹⁰⁸ BRASIL. Constituição (1988), op.cit., 1998.

¹⁰⁹ BRASIL. Constituição (1988), op.cit., 1998.

¹¹⁰ MANCUSO, R. C., op.cit., 2015, p.63.

¹¹¹ BRASIL. Constituição (1988), op.cit., 1998.

CAPÍTULO II

A PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL NA AÇÃO POPULAR CONSTITUCIONAL

Como se viu a ação popular é uma garantia fundamental, com base no art. 5º., LXXIII, da Constituição brasileira, e por isso mesmo um instrumento modelo da democracia, haja vista a iniciativa do cidadão na gestão pública como forma de participação e controle da atividade pública, porquanto o sujeito ativo da ação popular não postula em juízo um interesse subjetivo particular, porém, um interesse público indisponível.

Destaca-se que a finalidade da ação popular é o interesse público primário, vale dizer, o interesse de toda a sociedade, podendo distinguir-se do modelo que vê a Administração pública como interesse público secundário. Com efeito, aquele é o interesse público primário, este é o interesse público secundário.¹¹² Por isso é que brevemente se avaliam os meios processuais para que o sujeito demande ao exercício da democracia, sobretudo o discurso que conflite gestão pública e autonomia privada no estado contemporâneo.

Na sequência, expõem-se os pressupostos processuais, que mais importam para o início e desenvolvimento da prestação da tutela jurisdicional, capitulando sempre os aspectos importantes com ênfase no discurso, contudo, sobressaindo-se a abrangência processual nesta parte do estudo.

2.1 CRITÉRIOS DE CONSTITUIÇÃO DA AÇÃO POPULAR CONSTITUCIONAL

Em verdade, a definição do conceito de ação pouco contribui para a realidade da ação popular constitucional no ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, dizer que a ação é um instrumento de direito público subjetivo, abstrato e autônomo com

¹¹² SANCHES JÚNIOR, Antônio Roberto. Ação popular: aspectos relevantes e controvertidos. In: GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; SANTOS FILHO, Ronaldo Fenelon (Coord.). **Ação popular**: aspectos relevantes e controvertidos. São Paulo: RCS, 2006, p.1-27, p.3.

vistas à prestação jurisdicional, efetiva e justa demandaria a análise de uma reflexão crítica que repassa uma teleologia constitucional contemporânea, a saber, o acesso à ordem jurídica justa.

Com isso, os elementos da ação, bem com as condições da ação, a despeito do desprestígio desses critérios no Novo Código de Processo Civil, demandam à experiência jurídica, notadamente para os problemas de adequação processual, não obstante, seguindo a boa doutrina é melhor categorizar tais critérios, no âmbito dos pressupostos processuais.

Quanto aos elementos da ação, melhor compreende-se o problema na ordem dos pressupostos de constituição do processo, haja vista que são componentes que possibilitam indicar se as demandas se são ou não idênticas, havendo risco de sentenças conflitantes. É, pois, imprescindível que se conheçam os elementos que compõem a ação, para que seja possível reconhecer e distinguir as ações entre si, e para a resolução de matérias como competência e litispendência. Basta que um desses elementos seja diferente para que as causas também sejam.

São pressupostos de constituição do processo, os sujeitos que conformam a relação jurídica processual, manifestamente as partes que, compreendendo-se uma bilateralidade entre um sujeito passivo e um sujeito ativo, que em nome próprio ou do interessado é pedida a tutela jurisdicional do Estado, com base em uma pretensão fática e jurídica. Além disso, esses institutos indicativos da ação demandam critério preliminar de admissibilidade e sempre de forma motivada.

Acerca-se agora da ação popular cuja relação jurídica processual demanda aspectos próprios, se assim for considerado um microssistema pertinente às ações coletivas que visam às tutelas de interesses metaindividuais. O que vai se realizar a seguir é a reflexão sobre tais pressupostos com base na legislação processual, associando ao tema, por vezes, exemplos de jurisprudência e doutrina, para tornar mais fácil a exposição do tema.

Toda a relação jurídica processual é constituída por partes, ora pela linearidade de direitos e deveres que há entre elas, ou seja, uma relação parcial em litígio, ora pela subordinação angular com o terceiro imparcial que é o Estado-juiz,

formando assim uma relação triangular jurídico-processual, daí o princípio da dualidade das partes no processo.

Conforme o art. 1º. da Lei 4.717, de 1965, qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público bem como a condenação em perdas e danos, tal legitimidade ativa, é claro, merecerá a capacidade postulatória do causídico, quando não for este autor da própria ação.

Além disso, o § 5º. do art. 6º. da Lei de Ação Popular admite o litisconsórcio facultativo ulterior e a assistência; é possível a figura do litisconsórcio facultativo originário com outro cidadão. Rodolfo de Camargo Mancuso assinala, na esteira de Candido Rangel Dinamarco, sobre a intervenção de colegitimados que podem figurar na demanda inicial, que vindo depois, não trariam qualquer modificação ao objeto do processo.¹¹³

O Ministério Público pode também figurar no polo ativo da demanda para dar continuidade à ação popular, conforme o art. 9º da Lei 4.717/65, caso o cidadão do instrumento a abandone ou desista, no entanto, como ensina Geisa de Assis Rodrigues, a Instituição não é obrigada a assumir a condução da ação popular, devendo fazê-la quando verificar que há interesse público a ser defendido, já havendo inclusive acórdão de nulidade de sentença pelo TRF da 1ª Região em Apelação Cível 01027864 de 23/11/2000, em autos de ação popular, na qual não foi observada a intervenção obrigatória do Ministério Público e cumpridas as prescrições do art. 9º da Lei 4.717/65.¹¹⁴ Vale ressaltar que se o autor desistir da ação popular proposta, qualquer cidadão, bem como o representante do Ministério Público, no prazo de noventa dias da última publicação dos editais, poderá promover o prosseguimento da ação.

Ao despachar a inicial da ação popular, o juiz ordenará, além da citação dos réus, a intimação do representante do Ministério Público que intervém obrigatoriamente no feito, acompanhando a ação, apresentando a produção de

¹¹³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação popular: proteção ao erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente. 8.ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. (Controle jurisdicional dos atos do Estado, v.1). p.79.

¹¹⁴ RODRIGUES, Geisa de Assis. Da ação popular. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. Ações constitucionais. 6a. Salvador: JusPodvim, 2012, p. 217.

prova e promovendo a responsabilidade civil ou criminal dos que nela incidem. O dispositivo invoca a legitimidade do cidadão para ajuizar a ação popular constitucional em face dos legitimados passivos, manifestamente, as pessoas jurídicas de direito público da Administração direta (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e indireta (Sociedades autárquicas, sociedades de economia mista, empresas públicas, entre outras referidas), além de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos (terceiros beneficiários). Se para o autor há um polo ativo objetivo, no polo passivo há quase sempre um cúmulo subjetivo, porquanto quis o legislador buscar quem direta ou indiretamente, tenha concorrido para ação ou omissão à lesão da coisa pública.

Em síntese, poderão ser citadas em litisconsórcio passivo necessário simples, os seguintes sujeitos: a) as pessoas físicas e jurídicas, privadas ou públicas; b) os agentes públicos que de algum modo concorreram para o ato impugnado, ou quando omissivas tiveram dada oportunidade à lesão; e c) os beneficiários do ato, direta ou indiretamente, agentes públicos ou não. Como bem avalia Rodolfo de Camargo Mancuso: “[...] a esse rol do polo passivo deve-se acrescentar os que lhe podem aderir ulteriormente (assistentes, litisconsortes), apesar de o §5º. do art. 6º. da lei referir-se apenas a ‘litisconsorte ou assistente do autor’”.¹¹⁵

Quanto à existência da petição inicial, assinala-se os elementos inerentes à causa de pedir e o pedido. A doutrina, tradicionalmente, classifica a causa *petendi*, consistente nos fundamentos fáticos (causa de pedir remota) e jurídicos (causa de pedir próxima) do pedido. A doutrina esclarece que a causa de pedir, isto é, que os fundamentos fáticos e jurídicos correspondem, nomeadamente, a “afirmação de direito”, e que a chamada causa de pedir remota consiste na afirmação do fato constitutivo do direito subjetivo (compreendido aí a afirmação da lesão) e por próxima, a indicação da norma que prevê o direito subjetivo.

A causa de pedir remota na ação popular é a impugnação de ato praticado por autoridade pública. O que se tem por causa de pedir próxima na demanda popular refere-se, como quer Rodolfo de Camargo Mancuso, em o autor oferecer um

¹¹⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação popular: proteção ao erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente. 8.ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015 (Controle jurisdicional dos atos do Estado, v.1). p.79.

indício de prova que agente público ou autoridade, agindo por ação ou omissão, lesou ou presume-se lesar o erário, o meio ambiente ou o patrimônio cultural, *lato sensu*, ou afrontou, ou está na iminência de fazê-lo, contra a moralidade administrativa.¹¹⁶

O que a doutrina tem problematizado para a causa de pedir remota na ação popular constitucional é a independência da lesividade ao patrimônio público e da ilegalidade do ato administrativo como quesitos do preceito constitucional LXXIII, art. 5º. Com fundamento no texto constitucional, a doutrina assinala como característica do instituto popular o binômio: lesividade e ilegalidade do ato administrativo, daí que a jurisprudência tem exigido, não raro, como controle de admissibilidade da demanda, esses dois elementos, que não seriam, entretanto, imprescindíveis para a ação, até porque o binômio precisa ser aferido em sede de instrução probatória.

É corrente, outrossim, na doutrina o entendimento de que a propositura da ação popular não pode dispensar o requisito de lesividade, com base no texto constitucional, como quer Luiz Manoel Gomes Júnior, afirmando que se pode admitir a adoção de situações nos quais a lei tenha como presente o requisito da lesividade, ainda que por presunção, mas nunca dispensá-lo, sob pena de ser ignorado o sentido do preceito constitucional que expressamente o exige.¹¹⁷

Do contrário, isto é, havendo só lesividade com ausência de ilegalidade, parece ser só aparente, ou é dispensável por ser presumida, como observa André Ramos Tavares, ao dizer que o fato de determinados atos serem descritos em lei como lesivos faz com que também sejam considerados como ilegais, sob a égide do art. 4º da Lei de Ação Popular.¹¹⁸ Para Daniel Amorim Assumpção Neves: “A exigência ou não da lesividade, portanto, restará limitada às ações que tenham como objeto atos ou omissões já ocorridos”¹¹⁹.

¹¹⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação popular: proteção ao erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente. 8.ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. (Controle jurisdicional dos atos do Estado, v.1). p.91.

¹¹⁷ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. Ação popular: aspectos polêmicos: lei de responsabilidade fiscal, improbidade administrativa, danos causados por liminares e outros pontos relevantes. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

¹¹⁸ TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2002. p.689.

¹¹⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Ações constitucionais. 5a.ed. re. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2020. p.321.

Firma-se, portanto, o que vem a ser lesão ao patrimônio público. Hely Lopes Meirelles vai explicar o ato lesivo como sendo “a manifestação de vontade da Administração danosa aos bens e interesses da comunidade. Esse dano pode ser potencial ou efetivo. Assim sendo, não é necessária a conversão do ato em *fato administrativo* lesivo para se intentar a ação.”¹²⁰ Ainda na lição de Hely Lopes Meirelles constata-se que: “a ação popular não autoriza o judiciário a invalidar opções administrativas ou substituir critérios técnicos por outros que repute mais convenientes ou oportunos, pois essa valoração refoge à competência da justiça e é privativa da Administração”.¹²¹ Implicado, então, que a matéria seja limitada unicamente à legalidade do ato e à sua lesividade.

Todavia, se as decisões administrativas não pudessem ser objeto de apreciação judicial, seria tornar letra morta o princípio constitucional do inciso XXXV, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, de vez que o poder discricionário da Administração submete-se, também, ao controle da legalidade.

De tal importância os quesitos da lesividade e da legalidade, sobretudo nos aspectos processuais e sua decorrência para os pressupostos de desenvolvimento e regularidade do processo, que o STJ vem, reiteradamente, decidindo pela imprescindibilidade da comprovação dos requisitos ilegalidade e lesividade patrimonial, a ponto de não se conhecer de Recurso Especial. É o que se pode ler em REsp 234388/SP 2ª Turma, sob relatório do Ministro João Otávio de Noronha e o REsp 250593/SP da 1ª Turma, Relator Ministro Garcia Vieira.

Muito embora a existência de decisão distinta do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que parece ser posição minoritária, a qual entende a ilegalidade como o único requisito para a ação popular, de vez que para este

¹²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança: Ação Popular; Ação Civil Pública; Mandado de Injunção; “Habeas Data”; Ação Direta de Inconstitucionalidade; Ação Declaratória de Constitucionalidade; Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e o Controle incidental de normas no Direito brasileiro. 38a. ed. Atualizado por Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes com a colaboração de Rodrigo Garcia da Fonseca. São Paulo: RT, 2019. p.130.

¹²¹ Ibid., 1997, p.126.

Tribunal a lesividade decorre da ilegalidade,¹²² sobre isso, reproduzam-se as palavras de Luís Roberto Barroso que bem sintetiza tal questão na atualidade:

Anteriormente à Constituição de 1988, era consolidado o entendimento de que a declaração de nulidade ou a anulação de atos pela via da ação popular fundava-se em dupla ocorrência: *ilegalidade* e *lesividade* do ato que se desejava invalidar. A tendência dos últimos anos, todavia, tem sido a de admitir que cada um desses vícios, individualmente, legitima a propositura da ação. Ademais, a proteção da moralidade administrativa importa necessariamente na revisão da doutrina tradicional, de vez que ela poderá ser vulnerada sem que haja, diretamente, violação da lei ou lesão ao patrimônio.¹²³

É oportuno lembrar, com importante acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o recorrente discurso jurisprudencial de que cabe ao Poder Judiciário apurar se existem o desvio da finalidade e a simulação da legalidade sob o manto da discricionariedade administrativa, “para constatar se efetivamente existe o interesse público na autorização para a obra ou a lesão ao interesse da coletividade para beneficiar um grupo de particulares”.¹²⁴

Veja-se, outrossim, quanto ao pedido no contexto da exordial, que o dispositivo do art. 319, IV, do CPC determina que a petição inicial deverá indicar o *pedido com suas especificações*, cujo dualismo pode ser *imediato* ou *mediato*, o que se aplica à ação popular, por força do art. 22 da Lei 4.717/65.

O pedido mediato refere-se, como afirma a doutrina tradicional, ao “bem da vida”, vale dizer, à garantia da tutela do bem que pode ser material ou imaterial. Já o pedido imediato refere-se ao atendimento de uma solicitação jurisdicional dirigida ao

¹²² “ACÇÃO POPULAR – Ato administrativo, lesivo ao patrimônio público – ilegalidade – requisito objetivo único para o acolhimento da ação. Não são dois os requisitos objetivos para o acolhimento da ação popular, mas um só. A lesividade decorre da ilegalidade. Está ela *in re ipsa*. O agente administrativo apenas pode decidir em face das finalidades encampadas no ordenamento normativo. A ele é dada a competência apenas para que atinja boa prestação de serviços públicos. O fim gisado na norma constitucional ou legal é o objetivo único do agente. Sua competência destina-se a alcançar os fins traçados no sistema normativo. A ilegalidade do comportamento, por si só causa o dano. Dispensável à existência de lesão. Se moral está no próprio objeto do ato administrativo, ou no objeto do contrato”. TJSP.Einfrs 121.513-1-8C.-J. 13.3.91 – Rel. Des. Regis de Oliveira.

¹²³ BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.205.

¹²⁴ RIO DE JANEIRO. TJRJ. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n.º 2007.002.19745. **Diário Oficial**. Rio de Janeiro, 02. abr. 2008. Rel. Des. Helena Candida Lisboa Gaede. Disponível em: <
<http://srv85.tj.rj.gov.br/inteiroTeor/abrePDF.do?nomeDir=2007002&nomeArq=19745.0001.01.20080402.418&nomeSubDir=19501.20000&pathz=webacord2>>. Acesso em: 21 maio 2008, p.9-10.

Estado, melhor explicando, a indicação da providência jurisdicional específica que proporcionará a proteção desejada ao direito subjetivo.

No caso da ação popular, tem-se que o pedido imediato tem como providência pleiteada: condenação (reparação por perdas e danos), declaração (nulidade do ato administrativo), (des)constituição (anulação do ato administrativo), cautelar (ação cautelar do ato impugnado), execução (por quantia certa ou para a entrega de coisa certa). E pedido mediato: a quantia monetária; o bem material; a desconstituição do ato.

Ressalta-se ainda que, para José Afonso da Silva, a ação tem como objeto imediato: a) a anulação de ato lesivo à coisa pública; e b) a condenação dos responsáveis e beneficiários pelo ato invalidado, ao pagamento de perdas e danos.¹²⁵

No que concerne à competência, é válido assinalar que o limite da jurisdição para o processo de ação popular dá-se pela origem do ato a ser anulado, consoante o art. 5º. da Lei da Ação Popular: “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”.¹²⁶ Por exemplo, se um ato fora editado por Prefeito Municipal, a competência é do juízo da Comarca estadual.

Para tanto, não há competência originária de Tribunal para conhecê-la, salvo o art. 102, I, “n” da CF/88 e de lides nas quais se verificarem conflito entre União e Estado-Membro. (Rcl 2.833/05 e Recl 3.331/06). Não há também foro privilegiado para os chefes do Poder Executivo ou de qualquer autoridade.¹²⁷

Ressalva-se, porém, quando o ato ou omissão impugnados na ação concerne a mais de um nível de governo, como bem coloca Rodolfo de Camargo Mancuso: por exemplo, se uma hidrelétrica que está sendo construída com recursos de um Município e de um fundo federal, a competência se desloca em favor do ente político

¹²⁵ SILVA, José Afonso da. Ação popular constitucional: doutrina e processo. 2. ed. rev. ampl. aument. São Paulo: Malheiros, 2007.p.74.

¹²⁶ BRASIL. Lei 4.717/65, op.cit., 2008.

¹²⁷ Ex vi do art. 109, §2º. As causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no DF.

mais proeminente, no caso a União.¹²⁸ É o que está à luz do §2º. do art.5º. da Lei 4.717/65: “Quando o pleito interessar simultaneamente à União e a qualquer outra pessoa 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.”¹²⁹

Uma vez que o pedido imediato encerra também a pretensão do provimento jurisdicional, tem-se que a sentença que o rejeita é, em regra, declaratória negativa. Caso a ação seja julgada improcedente por deficiência de prova, a decisão não faz coisa julgada, de tal modo que qualquer cidadão poderá demandar outra ação com idêntico fundamento, com base em nova prova. Vale ressaltar que as sentenças proferidas em ação popular que venham a concluir pela improcedência ou carência da ação serão interpostas por reexame necessário (recurso de ofício ou duplo grau de jurisdição obrigatório), conforme o art. 19 da Lei de ação popular.¹³⁰

Já a sentença que julga o pedido procedente, muito embora o art. 11 da Lei da ação popular afirme: “A sentença que, julgando procedente a ação popular, *decretar* [grife-se] a invalidade do ato impugnado”, sugerindo, tão somente, a natureza declaratória do provimento jurisdicional, para a boa doutrina, aparece como sendo de natureza complexa: tem ora a natureza declaratória, se declara a nulidade, ora desconstitutiva, se anula o ato impugnado, ora condenatória com o benefício do pagamento de perdas e danos.¹³¹ Da sentença que julga ação popular procedente cabe apelação voluntária, com efeito suspensivo, também, por força do art. 19 da Lei da ação popular.¹³²

2.2 CRITÉRIOS DE DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR DA AÇÃO POPULAR CONSTITUCIONAL

A ação deve atender às condições de desenvolvimento válido e regular do processo, manifestamente, a legitimidade para agir e o interesse de agir. Na ação

¹²⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação popular: proteção ao erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente. 8.ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. (Controle jurisdicional dos atos do Estado, v.1). p.251.

¹²⁹ BRASIL. Lei 4.717/65, op.cit., 2008.

¹³⁰ Ibid., 2008.

¹³¹ RAMOS, Elival as Silva. A ação popular como instrumento de participação política. São Paulo: RT, 1991. p.158.

¹³² BRASIL. Lei 4.717/65, op.cit., 2008.

popular não poderia ser diferente, atendendo, igualmente, a requisitos processuais que lhe são inerentes, como já se observou: condição de eleitor-cidadão e de poder público ou autoridade administrativa bem como os beneficiários, na situação de autor e réu, respectivamente; ilegalidade ou ilegitimidade do ato administrativo e a lesividade do ato ou omissão em detrimento do interesse público primário.

O interesse de agir processual baseia-se na veracidade das afirmações do autor, que detém interesse legítimo para a demanda, tendo em vista a prestação da tutela jurisdicional.

A doutrina assinala que o interesse de agir se compõe da necessidade ou utilidade da tutela jurisdicional e da adequação existente entre a situação reclamada pelo autor da ação e o provimento jurisdicional solicitado. Não havendo uma escolha correta desse provimento, nem existindo um processo e procedimento idôneos para sua obtenção, há falta de interesse de agir.

Rodolfo de Camargo Mancuso considera ainda que o interesse, sob o aspecto material, no contexto da ação popular: “[...] compõe o núcleo e a *genesis* do direito subjetivo público de cada cidadão brasileiro, a uma Administração proba e eficiente, direito esse que ele exerce em face de qualquer dos Poderes constituídos”.¹³³

A doutrina tem se pronunciado pela carência da ação nos casos de ausência de interesse de agir, quando este é privativo do autor da ação popular e não se conforma com o interesse coletivo. Com isso, o que se encontra na demanda popular é a expressão de que embora o cidadão tenha interesse particular em proteger o patrimônio público, não o faz em interesse só seu, mas também em nome de toda a coletividade.

A legitimidade da parte, como bem expressa a boa doutrina, é a capacidade de estar em juízo, vale dizer, a relação de legítima adequação entre o sujeito e a causa, estabelecida como a capacidade de promover a ação e em face de quem é dirigida a ação.

¹³³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação popular: proteção ao erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente. 8.ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. (Controle jurisdicional dos atos do Estado, v.1). p.217.

A posição do autor na ação popular tem sido a de atuação em nome próprio com vistas ao interesse coletivo agindo por legitimação ordinária, consignada à capacidade postulatória de que é dotado o cidadão-autor. Não há que se falar em legitimação extraordinária, vale dizer, quando a lei autoriza propositura de ação em nome próprio para pleitear direito alheio, o cidadão é parte legítima para a demanda da ação popular como garantia constitucional com autonomia e interesses próprios que se estendem à coletividade, ainda que parte da doutrina e da jurisprudência trate o autor da ação popular como substituto processual.¹³⁴

Para tanto, na sistemática da Lei da Ação Popular, o art. 3º, evoca a prova da cidadania, para ingresso em juízo, a qual será feita com o título eleitoral. Em princípio, só o título de eleitor dá legitimidade para postular em juízo a ação popular, porquanto nenhum outro documento substitui o título de eleitor.¹³⁵

Muito se tem questionado sobre o exercício da cidadania na ação popular, tão somente com o título de eleitor, o que não parece muito adequado. Veja-se, por exemplo, um indígena que ensejasse ingressar com a ação em defesa do patrimônio ambiental e, caso este não fosse detentor do título eleitoral, seria inabilitado para tal mister. A rigor, o titular da ação popular deverá ser brasileiro, nato ou naturalizado, e eleitor; ao estrangeiro é vedado semelhante direito, *ex vi*, do art. 14, § 1º, incisos e alíneas, e § 2º, da CF.¹³⁶

¹³⁴ PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO POPULAR. LIMINAR. ART. 1., DA LEI 8.437/1992. 1. O AUTOR POPULAR NÃO LITIGA CONTRA O ESTADO, MAS, AO CONTRÁRIO, COMO SEU SUBSTITUTO PROCESSUAL, RAZÃO PELA QUAL A VEDAÇÃO DE CONCESSÃO DE LIMINARES, CONTIDA NO ART. 1., DA LEI 8.437/1992, COM AUDIÊNCIA OU NÃO DO PODER PÚBLICO, NÃO SE APLICA AS AÇÕES POPULARES. PRECEDENTES DA CORTE. 2. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. (REsp 73.083/DF, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, julgado em 09/09/1997, DJ 06/10/1997 p. 50063).

¹³⁵ EMENTA: AÇÃO POPULAR. TÍTULO DE ELEITOR. O TÍTULO DE ELEITOR PARA EFEITO DE LEGITIMAÇÃO PARA A AÇÃO POPULAR, NÃO É A ÚNICA PROVA POSSÍVEL DE SER FEITA. OUTRAS, QUE POSSAM DEFLUIR DOS ELEMENTOS DOS AUTOS, SÃO POSSÍVEIS PARA TITULARIZAR O INTERESSADO PARA A AÇÃO POPULAR. SENTENÇA CASSADA EM REEXAME NECESSÁRIO. (Reexame Necessário Nº 592009088, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, Julgado em 28/04/1992).

¹³⁶ Vide os dispositivos: "Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

§ 1º - O alistamento eleitoral e o voto são:

I - obrigatórios para os maiores de dezoito anos;

II - facultativos para:

a) os analfabetos;

b) os maiores de setenta anos;

c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.

A questão controvertida em doutrina é se o relativamente incapaz poderia ingressar com ação popular sem assistência, ainda que pouco comum esta espécie de legitimidade ativa para o exercício da cidadania com a ação popular. Os que entendem pelo exercício da ação popular na menoridade púbere evocam a existência da maioria ora pela Constituição, ora pelo Código Civil; já os que militam pela tese oposta, observam que a assistência é suficiente para o exercício da ação popular.

Em síntese, partilha-se neste estudo da posição doutrinária, que o menor impúbere não poderá ser parte legítima em uma ação popular, porque não possui o título eleitoral; já o relativamente incapaz, uma vez que pode optar pelo alistamento eleitoral e voto, poderá ajuizar a ação popular, não necessitando esse cidadão-autor do instituto da assistência.

É de bom alvitre lembrar, conforme a Súmula 365 do STF, que: “Pessoa jurídica não tem legitimidade para propor ação popular”; em conformidade ainda com o dispositivo que só confere ao “cidadão-eleitor” a autoria da ação. A boa doutrina tem se manifestado pelo alargamento da legitimidade ativa para a ação popular às associações de bairros e às organizações de defesa do meio ambiente, dentre outras tantas, mas parece razoável que a titularidade pertença a um membro-cidadão filiado a essas entidades.^{137 138}

Por isso a doutrina manifesta-se no sentido de que se conjuguem esforços técnicos e institucionais para a iniciativa em litisconsórcio ativo. Bem se vê que não é fácil ao titular da ação popular lidar com a forte atividade postulatória por parte dos legitimados passivos dos órgãos públicos, da Administração indireta, das empresas,

§ 2º - Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos.” BRASIL. Constituição (1998), op.cit., 2008.

¹³⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação popular: proteção ao erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente. 8.ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. (Controle jurisdicional dos atos do Estado, v.1). p.157.

¹³⁸ Ainda Rodolfo de Camargo Mancuso avalia (2015, p.159): “Entre nós, como se sabe, a restritiva atribuição da ação popular ao cidadão eleitor vem, de certo modo, como que *compensada* com a legitimação ampla, de tipo concorrente-disjuntiva, para a ação civil pública, cuja lei regulamentadora (n.7.347/85), em seu art. 1º. Invoca, *pour cause*, a ação popular, já que ambas se prestam à tutela dos interesses metaindividuais, e registra-se sensível aproximação entre ambos os seus objetos; depois, impende lembrar que o Ministério público é legitimado para uma ação de tipo *civil pública*, cujo objeto abrange, por continência, o da ação popular (Lei 8.625/93, art. 25, IV, e alíneas)”.

embora o gesto corajoso e esclarecido do cidadão-autor da ação popular se faça muitas vezes reconhecido pela tutela jurisdicional.

Vale ressaltar ainda sobre o litisconsórcio passivo que pode estabelecer-se entre pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, a qual deveria contestar o pedido do autor da ação, mas em razão do interesse público, venha a atuar também, ativamente, ao lado do autor, como dispõe o art. 6º, § 3º, da lei da Ação Popular.¹³⁹

Quanto à legitimidade passiva da demanda, resta esclarecer, que se encontra na pessoa que praticou o ato ilegal e/ou lesivo, bem como a que desse suposto ilícito tirou proveito. É o que se deduz da redação dos arts. 6º e 11 da Lei 4.717/65.¹⁴⁰ Rodolfo de Camargo Mancuso trata extensamente da questão dos terceiros beneficiários que diretamente tiraram proveito do ato de autoridade administrativa, argumentando, sobretudo, quanto aos legitimados diretos que: “sendo eles terceiros *juridicamente interessados* (se já antes não figurarem como partes originais), é claro que têm de vir a integrar a lide, até como condição de eficácia do julgado”.¹⁴¹

Fala a Lei da Ação Popular de beneficiários diretos, porquanto pode haver aqueles que se beneficiam indiretamente, como o exemplo que se coloca a seguir: um prefeito, em conluio com certo proprietário de terra, investe considerável verba pública no entorno da propriedade, sob a justificativa de recuperação urbanística, e uma vez valorizado pela melhoria, solicita a alienação do imóvel, com manifesta vantagem particular.

Esse ato é impugnado por ação popular, em cuja demanda o prefeito passa a condição de legitimado passivo bem como o proprietário do lote, ao passo que os

¹³⁹ O art. 6º, § 3º.: “A pessoas 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”. BRASIL. Lei 4.717/65, op.cit., 2008.

¹⁴⁰ **EMENTA** AÇÃO POPULAR. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE PARA REQUERER REGULARIZAÇÃO DO POLO PASSIVO COM A INCLUSÃO DO BENEFICIÁRIO DO ATO PRETENDIDO ANULAR. ART. 6º DA LEI 4.717/65. DESPROVIMENTO DO RECURSO. (TJRJ - AGRAVO DE INSTRUMENTO - DES. LEILA MARIANO - Julgamento: 04/06/2003 - SEGUNDA CAMARA CIVEL 2002.002.08588)

¹⁴¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação popular: proteção ao erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente. 8.ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. (Controle jurisdicional dos atos do Estado, v.1). p.180.

proprietários de lotes que nada sabiam da trama, apesar de serem beneficiários indiretamente, nada se lhes pôde alcançar a ação popular, de vez que não detinham o título que os legitimasse como réus na ação, só lhes restando cobrar contribuição de melhoria *ex vi* do art. 81 do Código Tributário Nacional.¹⁴²

Já não se fala, hodiernamente da possibilidade jurídica do pedido, tampouco das condições da ação, no entender da boa doutrina, a possibilidade jurídica do pedido, dada a sua desgastada compreensão, melhor exame de mérito do pedido, ao passo que o interesse a legitimidade de agir, passam a critérios dos pressupostos processuais como já viu.

Isto porque a possibilidade jurídica do pedido na demanda popular verifica-se como critério de razoabilidade para o julgador, vale dizer, não há de se fazer juízo de certeza sobre tal possibilidade, mas de razoabilidade, como bem considera Rodolfo de Camargo Mancuso, se o autor tem como causa para a formulação do pedido desconstitutivo/condenatório a ilegalidade/lesividade ou moralidade diante de um ato administrativo, a possibilidade jurídica do pedido é admissível, bastando que essa formulação se afigure razoável de início, sem que a venha excluir o ordenamento jurídico.¹⁴³

A possibilidade jurídica do pedido não pode esquivar-se dos parâmetros que a lei dispõe, porquanto o disposto no instituto popular não é exemplificativo, mas enumerativo. Neste sentido, reputam-se nulos os atos previstos no art. 2º: a) incompetência; b) vício de forma; c) ilegalidade do objeto; d) inexistência dos motivos; e) desvio de finalidade. E anuláveis, por exclusão, conforme o art. 3º., os que não são nulos, além dos atos presumivelmente lesivos nas hipóteses dos incisos do art. 4º. da Lei 4.717/65.¹⁴⁴

¹⁴² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação popular: proteção ao erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente. 8.ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. (Controle jurisdicional dos atos do Estado, v.1). p.179.

¹⁴³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação popular: proteção ao erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente. 8.ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. (Controle jurisdicional dos atos do Estado, v.1). p.251.

¹⁴⁴ BRASIL. Lei 4.717/65, op.cit., 2008.

CAPITULO III

AÇÃO POPULAR CONSTITUCIONAL EFICÁCIA, EFETIVIDADE E EXPERIÊNCIA

Antes de iniciar a questão da eficácia da ação popular propriamente dita, é oportuno esclarecer sobre o que se entende por eficácia neste objeto de trabalho, de vez que o termo motiva uma vasta discussão no que tange ao seu conceito, campo de estudo e aplicação.

Há manifesta mudança no pensamento jurídico em busca do resgate pluridimensional da Teoria positivista do Direito. A exemplo disso, muito se tem falado em eficácia, como uma das dimensões do Direito.

Entretanto, o estudo da eficácia ainda se encontra em desenvolvimento, por isso Óscar Correias vai considerar que a Sociologia jurídica contemporânea preocupa-se em distinguir o conceito de eficácia do conceito de efetividade. Por outro lado, afirma o autor: “[...] *la Teoría General del Derecho no se ha interesado por esta crucial diferencia.*”^{145 146}

No campo da Teoria do Direito, não se deve perder de vista as chamadas instâncias de validade da norma, em que a validade social ou eficácia, ou mesmo efetividade, traduziria o processo de aceitação da norma pelo indivíduo.¹⁴⁷

¹⁴⁵ CORREAS, Oscar. **Introducción a la Sociología Jurídica**. México, D.F.: Coyoacán, 1994. (Filosofía, política y derecho – 1), p. 207.

¹⁴⁶ Correias afirma: “Hemos visto también la relación entre validez y efectividad de las normas: una norma es válida si cumple la condición de ser eficaz em cierto grado, dice Kelsen. Por outra parte, um sistema jurídico es válido cuando sus normas, em términos generales y a grandes rasgos, son efectivas. Es decir la validez del sistema depende de la efectividad de las normas que lo componen. Lo que bien puede dar lugar a la conclusión de que la Dogmática Jurídica no puede cumplir su misión de describir um orden válido mientras no pueda afirmarse, por la SJ [Sociología Jurídica], que son efectivas la mayor parte de las normas que lo componen. Es decir, que la SJ es *condición* de la Dogmática, o que la pretensión de los juristas ‘puros’ de prescindir de los hechos y de independizar su ciencia de toda consideración sociológica, es ilegítima.” Ibid., 1994, p.252.

¹⁴⁷ Miguel Reale afirma que a eficácia ou eficiência é a chamada validade social, para o autor a eficácia se refere, pois, à aplicação ou execução da norma jurídica, ou por outras palavras, é a regra jurídica enquanto momento da conduta humana, bastando dentre as instâncias de validade que no âmbito social a própria “sociedade deve viver o Direito e como tal reconhecê-lo”. REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.112. Também Luís Roberto Barroso: “Efetividade, em suma, significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social”. BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.290.

Acontece que a ciência jurídica não traduz melhor definição para o problema, confundindo as terminologias. Assim é que se pretende, por agora, analisar duas teorias sobre a distinção da eficácia e da efetividade, uma no segmento sociológico do direito, da lavra de Óscar Correas, e outra sob o prisma da Teoria do Direito, de Marcelo Neves, para ao final tecer as considerações a respeito.

3.1 A DOUTRINA DE ÓSCAR CORREAS

Óscar Correas entende que a efetividade ocorre quando o sujeito a que se dirige a norma segue uma conduta que pode ser descrita da mesma maneira que a conduta descrita na norma.¹⁴⁸ Já a eficácia, nas palavras do autor: “[...] *hace referencia a los objetivos políticos del productor del discurso*”.¹⁴⁹ Ou ainda: “*En el caso del derecho, tratándose de un discurso prescriptivo, su eficacia, en una primera aproximación, consiste en que se logre el objetivo querido por su productor*”.¹⁵⁰

Um exemplo de efetividade jurídica, a que sugere Óscar Correas, verifica-se a partir de uma norma a qual assinala certa conduta: pagar impostos é obrigatório, afirma o autor: “Una norma *Op* a es *efectiva* si una observación sociológica, es decir una observación de *hechos*, comprueba que el individuo al que el derecho de dirige produce una conducta a la que puede atribuir-se el mismo sentido *p*”.¹⁵¹ Vale ressaltar que Óscar Correas convencionou a “O” a modalidade deontica “obrigatória” e a “p” uma variável que pode substituir-se pela descrição de qualquer conduta humana possível.¹⁵²

Quanto à eficácia e sua distinção de efetividade, Óscar Correas dispõe de exemplo que ilustra bem a ideia, a saber: traficar drogas é proibido, vale dizer, a norma de combate ao narcotráfico faz referência ao objetivo político do produtor do discurso, muito embora, a conduta observada possa ocorrer diferentemente da

¹⁴⁸ CORREAS, op.cit., 1994, p.208.

¹⁴⁹ Ibid., 1994, p.209.

¹⁵⁰ Ibid., 1994, p.237.

¹⁵¹ Ibid., 1994, p.217.

¹⁵² Ibid., 1994, p.208.

conduta descrita na norma, de vez que o discurso do direito é diferente da realidade. Veja-se, pois, do que trata o autor:

*[...] es posible que se observe un alto grado de efectividad en la aplicación de las normas que reprimen el narcotráfico y sin embargo el objetivo, que es la desaparición de ese negocio, no se consigue en absoluto. Puede que en algún país se observe que la policía, los jueces y los funcionarios de las cárceles, produzcan las conductas obligatorias tales como apresar a los narcotraficantes, condenarlos y mantenerlos en prisión. Y puede que eso suceda en todas las oportunidades en que se detecta el tráfico, en que se juzga a los delincuentes y em que se los encierra. Y sucede, como es público y notorio, que el narcotráfico ni siquiera disminuye. Este sería un caso de alto grado de efectividad y nula eficacia.*¹⁵³

Óscar Correas avalia, também, as motivações pelas quais as normas são, de um modo geral, correspondidas pelas seguintes maneiras:

A) correspondência simples entre conduta e norma: ocorre pelo simples cumprimento da descrição da conduta contida na norma, embora não se saiba se os sujeitos de direito conhecem as normas.¹⁵⁴ Anota ainda Óscar Correas: “*No debe descartarse la posibilidad de que la correspondencia fuera efecto de la obediencia de otras normas, religiosas por ejemplo, o provenientes de otros sistemas, los indígenas por ejemplo*”.¹⁵⁵

B) correspondência por obediência: caso em que os sujeitos de direito obedecem às normas porque as conheciam e mesmo que as desconhecêssem, obedeceriam-nas por motivação moral ou religiosa;¹⁵⁶

C) correspondência por aceitação, que Óscar Correas vai subdividir em três segmentos, a saber: c.1) por convencimento, quando é possível estabelecer correspondência às normas, porquanto os sujeitos estão convencidos de que as condutas reclamadas são moralmente boas;¹⁵⁷ c.2) por temor, na explicação do próprio autor: “*cuando la representación de la sanción en la conciencia de los sujetos pueda ser vista como teniendo la fuerza necesaria, como siendo causa, de la*

¹⁵³ Ibid., 1994, p.210.

¹⁵⁴ Ibid., 1994, p.210-211.

¹⁵⁵ Ibid., 1994, p.211.

¹⁵⁶ Ibid., 1994, p.211.

¹⁵⁷ Ibid., 1994, p.212.

conductas observadas.”;¹⁵⁸ c.3) por conveniência, quando os sujeitos têm meios para evitar as sanções, porém, aceitam o cumprimento da conduta normativa por um cálculo de outra natureza, como quer Óscar Correas: “*Por ejemplo quien adecua su conducta a normas bancarias que le permiten acceso al crédito [...]*”.¹⁵⁹

Com relação à eficácia ocorre o que Óscar Correas, com fundamento na doutrina de Antonio Gramsci, denomina de hegemonia. Desta forma assinala o jurista mexicano:

*[...] tiene hegemonía quien consigue dirigir la sociedad; y ‘dirigir’ no puede querer decir otra cosa que lograr que otros produzcan las conductas y posean la ideología deseadas por quien detenta esa hegemonía. Que es precisamente lo que desde el punto de vista de la SJ se denomina eficacia del derecho.*¹⁶⁰

Vale ressaltar que, para Óscar Correas, o produtor político do discurso jurídico pode ser tanto o do Processo Estatal de Hegemonia (PEH), nas palavras do autor: “[...] *conjuntos de conductas producidas por órganos del estado*”;¹⁶¹ quanto o do Processo Civil de Hegemonia (PCH): “[...] *conjuntos de conductas producidas por ciudadanos, entendiendo por éstos a quienes no son órganos estatales*”.¹⁶²

Com isso Óscar Correas avalia que a hegemonia, assim como o conceito de eficácia, converte-se em um conceito relativo, porquanto: “[...] *en el realidad el fenómeno del poder existe como un juego de hegemonías e contrahegemonías entre distintos grupos sociales. Ninguno, em realidad, detenta hegemonía absoluta sobre todos los demás. Este juego em el que se adquiere y pierde hegemonía de llama política*”.^{163 164}

¹⁵⁸ Ibid., 1994, p.212.

¹⁵⁹ Ibid., 1994, p.213.

¹⁶⁰ Ibid., 1994, p.238-239.

¹⁶¹ Ibid., 1994, p.240.

¹⁶² Ibid., 1994, p.240.

¹⁶³ Ibid., 1994, p.239.

¹⁶⁴ O conceito de hegemonia de Antonio Gramsci segundo Carlos Nelson Coutinho é abstraído do seguinte período: “A hegemonia se materializa na criação dessa vontade coletiva, motor de um ‘bloco histórico’ que articula diferentes grupos sociais, todos eles capazes de operar, em maior ou menor medida, o ‘movimento catártico’ de superação de seus interesses meramente ‘econômico-corporativos’ em função da criação ‘ético-política’ universalizadora. Essa passagem ‘catártica’ do particular para o universal, porém, não se dá em Gramsci, ao contrário de Rousseau, através da repressão da vontade singular, mas sim, tal como em Hegel, mediante uma superação dialética na qual o ‘ético-político’, a vontade coletiva, conserva e *eleva a nível superior* os múltiplos interesses singulares e particulares dos diversos e plurais componentes do ‘bloco histórico’. Mas é como se, em

Em vista dessa concepção doutrinária é que se pode observar, com base na distinção entre eficácia e efetividade, um alto grau de efetividade na correspondência entre a conduta descrita e a norma a ser seguida e nula eficácia com relação ao efetivo poder de produção do discurso, ou, inversamente, um baixo grau de efetividade e plena eficácia do discurso político produzido.

3.2 A DOCTRINA DE MARCELO NEVES

Prossegue-se agora na apreciação das principais ideias de Marcelo Neves sobre a distinção entre eficácia e efetividade. De início, o jurista pernambucano apresenta a posição de Vilhelm Aubert a respeito das funções sociais manifestas e latentes da legislação, para referenciar o seu estudo sobre a *constituição simbólica*, assinalando que: “A legislação simbólica teria, então, efeitos sociais latentes, em muitos casos bem mais relevantes do que os ‘efeitos manifestos’ que lhe faltaram.”

165

Com efeito, Marcelo Neves inicia a problematização da diferença entre o conceito de eficácia e efetividade, a saber: “[...] a utilização indiscriminada dos termos 'eficácia' e 'efetividade' em relação à legislação simbólica pode embaraçar a compreensão de quais os seus efeitos específicos. Além do mais, há efeitos latentes que não importam à função simbólica da lei.”¹⁶⁶

Primeiramente, Marcelo Neves trata da distinção entre a eficácia no sentido *jurídico-dogmático*, assim denominada por ele, da eficácia em sentido sociológico.

Gramsci, a eticidade – aquilo que empresta conteúdo concreto à vontade geral ou coletiva, superando a abstratividade moralizante que é própria da concepção rousseauiana – fosse também ela resultado de um contrato, de uma livre negociação intersubjetiva, e não, como pensava Hegel, do movimento necessário e impessoal de um ‘espírito objetivo’, nem tampouco, como imaginam muitos marxistas vulgares, de férreas e fetichizadas ‘leis históricas’ de base econômica. Desse modo, se Gramsci retém de Hegel a noção de eticidade (que nele ganha os nomes de hegemonia e de ‘ético-político’), retém ao mesmo tempo de Rousseau a concepção política como contrato, como formação intersubjetiva de uma vontade geral (que nele ganha o nome de ‘vontade coletiva nacional-popular’).”
COUTINHO, Carlos Nelson. **Marxismo e política**: a dualidade de poderes e outros ensaios. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1996, p.140.

¹⁶⁵ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.42.

¹⁶⁶ Ibid., 2007, p.42-43.

No primeiro caso, o autor alude à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma jurídica, cuja problemática é se: “[...] a norma preencheu as condições intra-sistêmicas para produzir seus efeitos jurídicos específicos”.¹⁶⁷

No segundo caso, Marcelo Neves vai denominar a eficácia em seu sentido empírico, real ou sociológico, compreendendo-a no que diz respeito à conformidade das condutas dos destinatários à norma, cuja questão é: “[...] se a norma foi realmente ‘observada’, ‘aplicada’, ‘executada’ (imposta) ou ‘usada’.”¹⁶⁸

Com isso, o autor vai dizer que eficácia: “[...] pode decorrer, conseqüentemente, seja da observância da lei ou de sua imposição”.¹⁶⁹ Ou ainda, na sua forma negativa, como quer o jurista: “A ineficácia só se configura, por conseguinte, na hipótese de não ocorrer nenhuma das duas alternativas de concreção da norma legal [...]”.¹⁷⁰

Marcelo Neves avalia também que: “A consonância entre produção e aplicação de normas gerais não é suficiente, portanto, para que se caracterize a eficácia do direito: a falta de observância ou de execução (em sentido estrito) poderá, também, nesse caso, quebrar a cadeia da concretização normativa.”¹⁷¹

Efetividade, para Marcelo Neves, refere-se: “[...] à implementação do ‘programa finalístico’ que orientou a atividade legislativa, isto é, à concretização do vínculo ‘meio-fim’ que decorre abstratamente do texto legal”.¹⁷²

Já a eficácia, para o jurista pernambucano: “[...] diz respeito à realização do ‘programa condicional’, ou seja, à concreção do vínculo ‘se-então’ abstrata e hipoteticamente previsto na norma legal”.^{173 174}

¹⁶⁷ Ibid., 2007, p.43.

¹⁶⁸ Ibid., 2007, p.43.

¹⁶⁹ Ibid., 2007, p.44.

¹⁷⁰ Ibid., 2007, p.45.

¹⁷¹ Ibid., 2007, p.46.

¹⁷² Ibid., 2007, p.48.

¹⁷³ Ibid., 2007, p.47-48.

¹⁷⁴ Marcelo Neves registra: “Capella (1968, p.105) e Jeammaud (1983, p.53s.) utilizam os termos ‘efetividade’ e ‘eficácia’ em sentido inverso ao que utilizo no presente trabalho, mas tratam do mesmo problema”. Ibid., 2007, p.47.

Destarte, Marcelo Neves vê a efetividade, quanto aos fins das normas jurídicas, em efetiva ou inefetiva ou ainda em antiefetiva em sua atuação.¹⁷⁵ E explica o autor que:

Uma lei destinada a combater a inflação, por exemplo, será *efetiva* quando a inflação for reduzida relevantemente por força de sua *eficácia* (observância, aplicação, execução, uso). Entretanto, o vínculo “se-então” previsto abstratamente em uma lei antiinflacionária pode estar sendo regularmente concretizado nas relações sociais, sem que haja nenhuma modificação significativa no aumento dos preços; tem-se, portanto, *eficácia* sem *efetividade* [o que Marcelo Neves vai chamar de *inefetividade*].¹⁷⁶

Com isso, o autor conjectura a existência de uma legislação anti-inflacionária intensamente eficaz, mas que, no entanto, provoque uma relevante alta de preços, importando em antiefetividade.^{177 178}

3.3 O PROBLEMA DA EFICÁCIA DA AÇÃO POPULAR CONSTITUCIONAL

Objetivando a análise das distinções elaboradas por Óscar Correias e por Marcelo Neves, deve iniciar-se pelo ponto em comum dessas duas doutrinas.

Com efeito, Óscar Correias vai chamar de efetividade o que comumente se chama de eficácia, ao passo que Marcelo Neves mantém a nomenclatura usual de eficácia. Ambos, porém, empregam à expressão o significado social para essa instância de validade da norma jurídica.¹⁷⁹

Agora, com relação à eficácia, para Óscar Correias, refere-se à produção do discurso político que se insere no texto normativo. Para Marcelo Neves, a eficácia,

¹⁷⁵ Ibid., 2007, p.48.

¹⁷⁶ Ibid., 2007, p.48.

¹⁷⁷ Ibid., 2007, p.48.

¹⁷⁸ Marcelo Neves afirma ainda: “[...] quero advertir que tanto ‘eficácia’ quanto ‘efetividade’ são conceitos relativos, graduais. Nos casos, porém, em que a ineficácia e a inefetividade atingem um grau muito elevado, implicando que as expectativas normativas das pessoas e dos órgãos estatais, de uma forma generalizada não se orientem pelos dispositivos legais, encontramos-nos diante da falta de vigência social da lei ou de carência de normatividade do texto legal [...]” Ibid., 2007, p.48.

¹⁷⁹ Para leitura sobre as instâncias de validade da norma jurídica, vide o capítulo: “Legitimidade da norma jurídica”, em VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.236-272. e “Da validade da norma jurídica”, em REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.105-116.

que na sua doutrina é denominada de efetividade, é uma relação “meio-fim” por decorrência do texto legal, como visto anteriormente.

A diferença está que na primeira concepção doutrinária, a terminologia está compreendida na doutrina político-sociológica e a segunda se insere na interpretação teleológica da norma jurídica.

Entende-se neste estudo dissertativo, que a estrutura “meio-fim” de Marcelo Neves, através de um esforço hermenêutico intrassistêmico, não traduz uma distinção metódica decisiva para o conceito de efetividade.

É que tal exegese pela estrutura finalística da norma é incapaz de responder ao problema que transcende à ordem positiva, qual seja, a legitimidade, porque afasta a tensão que deve existir entre a hegemonia estatal e a hegemonia civil na produção político-jurídica das normas jurídicas.

Leia-se aqui hegemonia, no âmbito das posições ideológicas, como o consenso entre a classe dirigente e a aceitação da classe dirigida pela produção de normas jurídicas do Estado, segundo Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, com base na doutrina de Antonio Gramsci.^{180 181}

Com efeito, a eficácia, na doutrina de Óscar Correias, não é mera instância de validade social da norma jurídica, vale dizer, acatamento da norma pela sociedade, mas o processo político de quem produz a norma jurídica, que tanto pode ser o processo de hegemonia estatal, quanto o processo de hegemonia civil.

¹⁸⁰ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 13.ed. Trad. Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dini; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cacais. Brasília: UNB, 2007, v.1, p.580.

¹⁸¹ Com isso assinalam os autores: “Seguindo o caminho indicado por Gramsci, o debate acerca da Hegemonia continuou até os nossos dias, definindo melhor o conceito e enriquecendo-o de novas particularidades. Alguns estudiosos marxistas, especialmente Nicos Poulantzas, defenderam a importância de uma função hegemônica no seio do próprio bloco que detém o poder, destinada a regular as contradições existentes entre as diversas classes e frações de classe que o compõem. A Hegemonia de uma classe ou fração sobre as demais que compõem o bloco do poder dominante faz com que cada uma renuncie aos seus interesses imediatos, interesses econômico-corporativos, em benefício do comum interesse político pela exploração e domínio das classes subalternas. A Hegemonia atua como princípio de unificação dos grupos dominantes e, ao mesmo tempo, como princípio de disfarce do domínio de classe. Simetricamente, no bloco revolucionário entendido como unidade contraditória entre classes dominadas, a Hegemonia indica a transformação política, para além de todo particularismo e corporativismo, do interesse da classe operária em interesse geral de todos os explorados”. Ibid., 2007, p.581.

Para Marcelo Neves, o papel político realizado pela norma jurídica chama-se efetividade, cuja compreensão se dá por quem se utiliza do poder para alcançar os fins expressos pela norma jurídica.

Por isso a diferença fundamental da eficácia de Óscar Correias e da efetividade de Marcelo Neves é que para este a efetividade é uma convenção política da hegemonia estatal, e por assim dizer, sem legitimidade, para aquele, a eficácia é processo dialético da hegemonia estatal e da hegemonia civil.

O problema é que a tensão entre o processo de hegemonia estatal e o processo de hegemonia civil vai refletir-se na existência entre o Estado e a sociedade civil, com fundamento no princípio democrático decisivamente estabelecido nas Constituições democráticas, a exemplo da Constituição de 1988, como bem observa Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz:

Com a soberania popular erigida ao nível de princípio fundamental de legitimidade do poder, uma vez positivada na Constituição, a idéia de representação política procedimentaliza essa pedra fundamental do sistema político-jurídico. A limitação do poder se dá numa estrutura jurídica de carácter universal e exigível, não mais dependendo da vontade de quem temporariamente o exerce. A legitimidade do poder e, o seu correlato, a limitação do seu exercício, referidos ao princípio constitucional da soberania popular, situam a obrigação político-jurídica não como exigência moral, um dever moral do governante, mas como uma exigência universal posta na lei fundamental do Estado e da Sociedade.¹⁸²

Mas, então, deve-se questionar se o problema da eficácia para Óscar Correias passa a ser o problema da legitimidade da norma jurídica. Entende-se que não, uma vez que tanto a eficácia quanto à legitimidade operam sob a observação da norma jurídica pela sociedade. Ocorre que a legitimidade cuida do aspecto político da norma jurídica, ao passo que a eficácia assinala o seu aspecto jurídico-político.

Veja-se que a eficácia é instância de validade da norma jurídica, como evidencia Arnaldo Vasconcelos: “O que se espera da eficácia é o resultado, que se mede pela constância com que a norma é seguida e realizada”.¹⁸³ Enquanto a

¹⁸² DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **O princípio de legitimidade do poder no direito público romano**: e sua efetivação no direito público moderno. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.313.

¹⁸³ VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2006, p.241.

legitimidade é instância de valor da norma jurídica, ainda na verve do jurista cearense: “Verifica-se a preeminência do fator político sobre o jurídico, colocando-se a legitimidade por cima da justiça”.¹⁸⁴

Ora, o chamado processo estatal de hegemonia comporta as diversidades que espelham a sociedade, com isso, surge o processo civil de hegemonia que vai produzir a tensão entre o interesse estatal e o interesse da sociedade pluralista politicamente, produzindo, portanto, ações políticas diversificadas, mas que estariam dicotomizadas pelo produtor do discurso estatal e pelo produtor do discurso civil.

É bem verdade como se verá nas páginas seguintes que o processo estatal de hegemonia nem sempre se coaduna com o discurso do processo civil de hegemonia. Ocorre que para a tensão de hegemonias e contra-hegemonias, importará o consenso que porventura venha esclarecer qual processo resguarda o melhor propósito para o interesse social.

É a extensão do Estado, que Antonio Gramsci vai a chamar de sociedade civil e a dialética da *opinião pública*.¹⁸⁵ Com isso, o autor peninsular vai estabelecer o mérito da opinião pública: “o ponto de contato entre a sociedade civil e a sociedade política, entre o consenso e a força. O Estado, quando quer iniciar uma ação pouco popular, cria preventivamente a opinião pública adequada, ou seja, organiza e centraliza certos elementos da sociedade civil”.¹⁸⁶

Afinal, por que a ação popular se insere no discurso de hegemonias e contra-hegemonias? Isso acontece porque a garantia da ação popular constitucional

¹⁸⁴ Ibid., 2006, p.247.

¹⁸⁵ Assim define a sociedade civil Costilla, sob a égide gramsciana: “1) um espaço social ‘público’ de grande liberdade privada: trama privada do estado, espaço ‘privado’ das relações sociais e, espaço social público onde se desenvolve a vida ativa e atuante dos indivíduos; 2) espaço ideológico de confrontação e luta: em que as ideologias, transformadas em ‘partidos’ (isto é, concepções de mundo, programas de idéias e orientações políticas nacionais e sociais diferentes), entram em confronto e lutam entre si; 3) plano ou fenômeno onde prevalece e se impõe uma dada unicidade dos fins econômicos e políticos, uma das ideologias-partido tende a prevalecer, deve se impor em toda a área social, determinando a unicidade intelectual e moral, além da unicidade dos fins econômicos e políticos; 4) plano do universal: lugar onde as questões se põem num plano relacionado com todas as energias nacionais, e 5) expressão de hegemonia de um grupo social fundamental sobre uma série de grupos determinados.” COSTILLA, Lucio Olivier. Um Gramsci para o século XXI. In: GRAMSCI: Interpretações e atualizações de um pensamento. **Revista de Ciências Sociais**, Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, v. 35, n.2, p. 126, 2004.

¹⁸⁶ GRAMSCI, Antonio. **Cadernos do cárcere**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2000. Caderno 7, nota 83, p.265.

manifesta uma dimensão democrática que se realiza justamente na tensão entre o interesse público primário e o interesse público secundário.¹⁸⁷

Como se verá a seguir, pode-se observar claramente a tensão que ocorre entre o processo de hegemonia civil, por intermédio do cidadão, legitimado para postular em juízo a defesa do interesse social, em face do processo de hegemonia estatal, por ato de autoridade na relação jurídica processual.

3.4 AÇÃO POPULAR, EFICÁCIA E DEMOCRACIA

Seguindo a concepção ideológica defendida por Óscar Correias, pode-se compreender a eficácia como manifestação do exercício democrático e, com isso, a ação popular constitucional manifesta os contornos expressos de instrumento a serviço da democracia.

O advento da democracia moderna é a questão da pluralidade, como informa Simone Goyard-Fabre: “Por intermédio do pluralismo, cada um pode reconhecer sua diferença e sua liberdade; tem então o sentimento de se engajar de maneira responsável na vida da cidade e, em troca, espera do estado que ele se ponha a serviço dos direitos individuais e coletivos”.¹⁸⁸

Uma definição mínima de democracia na vida contemporânea é a que oferece Norberto Bobbio, a saber: “o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem *quem* está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais *procedimentos*”.¹⁸⁹

Entretanto, para que não se veja aí também uma definição autocrática, o próprio autor vai desenvolver seu pensamento no sentido de que não é qualquer decisão coletiva que a faria democrática, a pretexto de marginalizar a pluralidade de grupos dentro de um Estado. Por isso, assinala ainda Norberto Bobbio: “[...] é preciso que aqueles que são

¹⁸⁷ Sobre a diferença entre interesse público primário e interesse público secundário assinala Celso Antônio Bandeira de Mello: “Interesse público ou primário é o pertinente à sociedade como um todo e só ele pode ser validamente objetivado, pois este é o interesse que a lei consagra e entrega à compita do Estado como representante do corpo social. Interesse secundário é aquele que atina tão-só ao aparelho estatal enquanto entidade personalizada e que por isso mesmo pode lhe ser referido e nele encarna-se pelo simples fato de ser pessoa.” MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 57-58.

¹⁸⁸ GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. (Coleção: Justiça e Direito), p.342.

¹⁸⁹ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. 4. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989, p.18.

chamados a decidir sejam colocados diante de alternativas reais e postos em condição de poder escolher entre uma e outra.”¹⁹⁰ Além disso, assevera o autor: “[...] não apenas exerce o poder *sub lege*, mas o exerce dentro de limites derivados do reconhecimento constitucional dos direitos ‘invioláveis’ do indivíduo”.¹⁹¹

Também aí está a política. É bem verdade que política tem um objeto polissêmico e por isso demanda uma pluralidade de objetos de estudos. Não se tem por meta realizar aqui um ensaio sobre a semântica da palavra, mas é inegável que o sentido mais frequente que se atribui à política é o de *poder*.

Com isso, desde os gregos da antiguidade, ficou proclamado o ser humano como ser político, o qual tem condição natural de vida na *polis*, vale dizer, tratou-se de firmar a índole humanista de que o homem, ao que observa Arnaldo Vasconcelos: “E é assim porque a Política constitui uma das dimensões mais dignificantes da condição do ser humano”.¹⁹²

É o que confirma Battista Mondin: “Sociabilidade e politicidade são duas dimensões fundamentais do ser humano. Já Aristóteles dizia: ‘O homem é, por natureza, animal político’ (e, então, também sociável). Quem, por natureza, não possui estado, é superior ou mesmo inferior ao homem, quer dizer: ou é Deus ou mesmo animal”.¹⁹³ Com efeito, o ser humano emana a exigência que lhe é própria de relacionar-se e sente o sentimento particular quando consegue realizar essa sua disposição.¹⁹⁴

A política está na essência da criatura, o ser humano não conhece a si mesmo senão através do outro e política faz-se tão somente entre pessoas, pois é uma qualidade inerente ao ser humano.

É o que diz Hannah Arendt em outros termos: “[...] o homem é a-político. A política surge no *entre-os-homens*; portanto, totalmente *fora* dos homens. Por conseguinte, não existe nenhuma substância política original. A política surge no intra-espaco e se estabelece como relação.”¹⁹⁵ Por isso conclui a autora: “A política baseia-se na pluralidade dos homens”.¹⁹⁶

¹⁹⁰ Ibid., 1989, p.20.

¹⁹¹ Ibid., 1989, p.20.

¹⁹² VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria pura do direito**: repasse crítico de seus principais fundamentos. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.148.

¹⁹³ MONDIN, Battista. **O homem, quem é ele?** Trad. R. Leal Ferreira e M.A.S Ferrari. 9. ed. São Paulo: Paulus, 1980, p.159.

¹⁹⁴ MONDIN, B., op.cit., 1980, p.159.

¹⁹⁵ ARENDT, Hannah. **O que é política?** Trad. Reinaldo Guarany. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998, p.23.

¹⁹⁶ Ibid., 1998, p.21.

Já se vê que a política pressupõe a potencialidade intrínseca para a natureza humana e a relaciona à intersubjetividade, estratificando-se socialmente como objeto de estudo e comporta, por último, uma integração com o direito, a saber, o poder que interfere nas instituições de direito.

Um dos fundamentos essenciais da democracia é o veículo entre povo e poder, de cuja relação decorrem as três formas distintas de democracia: a direta, em que o povo por meios mediatos legisla, administra e julga; a indireta, na qual o povo transfere as funções do governo aos seus representantes eleitos; e a semidireta, na qual existe a junção da democracia representativa com a participativa através de instrumentos de participação direta, como o plebiscito, dentre outros.

A democracia como a que se apresenta no Brasil, é objeto de muitas críticas pelo fato de não haver a real identidade entre o povo e o representante eleito no que tange à manifestação de vontade daquele. A distância entre a vontade popular e as ações governamentais é intensificada pela ausência de prestação de contas dos representantes em relação aos seus eleitores, pelo manifesto desinteresse por parte dos representantes do povo. De toda sorte, com a abertura política do País, a democracia apresenta esforços para a sua consolidação, a exemplo da projeção cidadã, como titular de direitos e garantias, dentre eles o exercício da ação popular constitucional.

Toda dúvida acerca da ação popular constitucional e sua articulação enquanto mecanismo da democracia é pautada na incredulidade histórica que se deve ao instituto, se é ou não eficaz. Ocorre que tal questionamento se dá na descrença social, porquanto, do ponto de vista sistêmico o instituto oferece condições para isso, já pela sua validade formal, já pela material, por ser uma garantia fundamental da Constituição brasileira.

É soberano o povo para, no exercício da cidadania, utilizar o mecanismo da ação popular para os fins a que o instituto prevê, e, é exatamente nesta ordem que se pode fundamentar formalmente o princípio da soberania popular no parágrafo único do art. 1º do texto constitucional: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”, que tem por fundamento o Estado Democrático de Direito; no dispositivo 1º, II: “a cidadania”, e por último, o instrumento que se tem por objeto, dentre as garantias fundamentais do art. 5º, LXXIII: “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural [...]”.

Com efeito, é no plano positivo que a validade formal da ação popular se expressa, entretanto, materialmente, a garantia apresenta o fundamento político de controle dos atos públicos. Assim é que José Afonso da Silva afirma: “A doutrina reconhece, quase sem discrepância, que a ação popular é um instrumento de natureza política e essencialmente democrático”.¹⁹⁷

José Afonso da Silva, segundo o verbete “Azione Popolare” de Enciclopédia Italiana: “Mediante tal instituto atua-se na forma de participação do cidadão na vida pública. Essa participação importa numa derrogação do princípio, segundo o qual o exercício dos direitos cabe ao sujeito que lhe é titular ou a quem o represente”.¹⁹⁸

Todavia, José Afonso da Silva vai dizer que a segunda parte da citação contém equívoco irreduzível, ao afirmar que a titularidade é do povo e o cidadão não a derroga; só isso, assinala o autor, é bastante para demonstrar que é exercida pelo próprio titular do poder que a fundamenta.¹⁹⁹ Assim, a ação popular é instrumento da soberania do povo, que, ordinariamente, é exercido por meio de representação popular.

Com efeito, do ponto de vista substancial, há eficácia do instituto da ação popular constitucional? Nesse sentido afirmam Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega e Sérgio Augusto Frederico: “Entende-se por democracia substancial, distinguindo-a da formal, aquela que faz referência prevalentemente a conteúdos preconizados pelos ideais da tradição do pensamento democrático – o igualitarismo e a participação”.^{200 201}

Na concepção de Ana Paula de Barcellos, a relação entre o controle das políticas públicas e a participação da sociedade civil é compreendida por princípios

¹⁹⁷ SILVA, José Afonso da. **Ação popular constitucional**. 2. ed. rev. ampl. aument. São Paulo: Malheiros, 2007, p.83.

¹⁹⁸ SILVA, J. A., op. cit., 2007, p.84.

¹⁹⁹ SILVA, J. A., op. cit., 2007, p.84.

²⁰⁰ TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco; FREDERICO, Sérgio Augusto. Ação popular no contexto democrático: aspectos processuais. In: GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; SANTOS FILHO, Ronaldo Fenelon (Coord.). **Ação popular**: aspectos relevantes e controvertidos. São Paulo: RCS, 2006, p.301-341, p.305.

²⁰¹ Vejamos ainda em Tarrega e Frederico: “Adverte Bobbio que ao longo da história da teoria democrática se entrecruzam motivos de métodos e motivos ideais, fundidos na concepção maior em que a democracia de valor enquanto ideal igualitário se realiza somente na formação da vontade geral – democracia como método. Ambos, portanto, historicamente legítimos. A democracia que se busca precisa de ideais e de instrumentos para a sua concretização.” TARREGA, M.C.V.B; FREDERICO, S.A., op.cit., 2006, p.305.

democráticos em uma área nuclear e uma área não nuclear, a partir de dois círculos concêntricos. Assim, o círculo interior corresponderá a um núcleo de efeitos mínimos que se tornam *determinados* na medida em que decorrem de forma consensual do sentido elementar do princípio democrático. O espaço intermediário entre o círculo interno e o externo será o espaço de expansão do princípio reservado à deliberação democrática; esta é que definirá o sentido, dentre os vários possíveis em uma sociedade pluralista, que se atribuirá ao princípio a partir de seu núcleo.²⁰²

O problema surge quando determinado grupo político age em razão de interesses econômicos e/ou partidários com interesses manifestamente particularizados em prejuízo dos interesses sociais, o que significa verdadeiro engessamento do processo de hegemonias e contra-hegemonias, em outras palavras, um verdadeiro desprestígio do processo democrático.

Assim, a legitimidade eleva a questão da democracia, partindo-se do princípio de que a legitimidade assegura o reconhecimento da autoridade que detém o poder, juntamente com o reconhecimento do processo pelo qual esse poder se manifesta, ao que se pode entender a preponderância do fator político sobre o jurídico.

Por isso é que Carlos Nelson Coutinho, a partir de uma leitura da hegemonia gramscianiana, evidencia que “a obrigação política se funda na aceitação consensual, por governantes e governados, de um mínimo de regras e valores coletivamente partilhados”.²⁰³

Essa é a questão contra a qual se insurgem inúmeras ações populares, com o objetivo de corrigir os desvios de poder ou de finalidade a que devem ser levados os atos da administração pública.

Para fins exemplificativos de como a ação popular manifesta-se como um dos instrumentos para a reconstrução da democracia brasileira, remete-se a recente

²⁰² BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.). **Direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.46.

²⁰³ COUTINHO, Carlos Nelson. **Marxismo e política**: a dualidade de poderes e outros ensaios. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1994, p.140.

julgado pelo Supremo Tribunal Federal em Recurso Extraordinário 479.887-5 do Rio de Janeiro.²⁰⁴

No ano de 1979, o então advogado Walter do Amaral, atualmente desembargador do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, propôs ação popular em face de Paulo Salim Maluf, Petróleo Brasileiro S/A (PETROBRÁS), PAULIPETRO – Consórcio CESP (Companhia Energética do Estado de São Paulo) e IPT (Instituto de Pesquisas Tecnológicas do Estado de São Paulo), dentre outros tantos.²⁰⁵

Depois de quase 28 anos, o Supremo Tribunal Federal condenou o ex-governador e outros cinco réus a indenizar o Estado de São Paulo em 4,3 bilhões de reais.²⁰⁶ Na ementa do acórdão pode-se ler:

É nulo de pleno direito o contrato supracitado, porquanto o negócio premeditado, engendrado e, afinal, realizado pelo Estado de São Paulo visando a exploração de Petróleo na Bacia do Paraná, e que lhe deu colossal prejuízo sobre ter sido efetivado com evidente atentado a moralidade administrativa, decorre de ato administrativo, em que falta, um a um, todos os elementos para a sua caracterização, já que praticado a) com desvio de finalidade; b) adotando forma imprópria, pois não prevista em lei; c) praticado por agente incapaz; d) sem competência; e) faltando ainda o consentimento do Estado visto só ser tido como tal quando manifestado nos limites estabelecidos pela lei. Ação popular. Procedência.²⁰⁷

Para o Ministério Público, trata-se do maior escândalo da exploração do petróleo no Brasil, posto que, com o objetivo de explorar petróleo e gás natural no estado de São Paulo, a PAULIPETRO foi criada a partir de um convênio com a CESP e o IPT, e firmado contrato de alto risco com a PETROBRÁS, projeto que esta última já havia tentado e desistiu, prevendo o malogro do empreendimento, que os demais prosseguiram com acentuado desvio da melhor administração pública.²⁰⁸

²⁰⁴ BRASIL. STF. Supremo Tribunal Federal. Rextr. 479.887-5/RJ. Coord. de Análise da Jurisprudência. **Diário da Justiça**. Brasília, 31 jan. 2007. Ementário 2296-3. Rel. Min. Carlos Ayres Brito.

²⁰⁵ ATHAYDE, Phydia. Cidadão persistente: Perfil – A história de Walter do Amaral que derrotou Paulo Maluf na Justiça. **Carta Capital**, São Paulo, 19 mar. 2008. Caderno: Seu País. c.1-3. p.30.

²⁰⁶ ATHAYDE, P., op.cit., 2008, p.30.

²⁰⁷ BRASIL. RExt. 479.887-5/RJ., op.cit., 2007, p.5-6.

²⁰⁸ ATHAYDE, P., op.cit., 2008, p.30.

O que se pode observar em tal caso é a iniciativa de um cidadão, que muito embora causídico, travava em tempos difíceis da democracia no Brasil, com o propósito de zelar pela moralidade administrativa por meio de ação popular constitucional e em oposição a grupo reconhecido por obras faraônicas, que tinha como subterfúgio a exploração da coisa pública em total imoralidade.

Outro caso importante, com manifesta lesão ao erário público, pode-se evidenciar em Recurso Extraordinário nº 208.114-1, e cuja ementa do instrumento do Supremo Tribunal Federal sintetiza: “Ação popular. Publicação custeada pela Prefeitura de São Paulo. Ausência de conteúdo educativo, informativo ou orientação social que tivesse como alvo a utilidade da população, de modo a não se ter o acórdão recorrido como ofensivo ao §1º do art. 37 da CF”.²⁰⁹

Em síntese, a ação popular se contextualiza em certa nota do município de São Paulo divulgada pela imprensa; tida como necessária e útil para informação da comunidade, sem vinculação a interesses pessoais da Prefeita de São Paulo, à época a Sra. Luiza Erundina. A nota fora veiculada em diversos jornais da Capital, com título: “A greve geral e a Prefeitura”, tecendo comentários sobre a posição do governo municipal com relação ao movimento paredista ocorrido nos dias 14 e 15 de março de 1989.

Com aparência de ato discricionário da Administração Pública, deixava entrever finalidades diversas de simples teor educativo, ao declarar que ela e seu secretariado não se intimidavam diante de acusações infundadas e ameaças de represálias políticas e jurídicas, e expunham ainda o seu apoio político à greve, de acordo com as diretrizes do Partido dos Trabalhadores (PT), sobretudo, porque agiam em cumprimento do mandato recebido nas urnas, entre outras tantas, teciam críticas sobre os efeitos desastrosos da política econômica do Governo Federal.²¹⁰

No entendimento do Ministério Público, afirmou-se nada obstar que a ré ou qualquer partido político se manifestasse a respeito da greve geral desde que o resultante exercício do poder ficasse condicionado ao interesse público e dele não

²⁰⁹ BRASIL. STF. Supremo Tribunal Federal. REExtr 208.114-1/SP.RECURSO EXTRAORDINÁRIO 208.114-1/SP. Coord. de Análise da Jurisprudência. **Diário da Justiça**. Brasília, 25 ago. 2000. Ementário 2001-3. Rel. Min. Octávio Gallotti.

²¹⁰ BRASIL. STF. REExtr 208.114-1/SP., op.cit., 2000, p.3-4.

se afastasse sob pena de contaminação do ato por desvio de finalidade, cuja previsão se encontra no art. 2º “e” e parágrafo único “e”, da Lei da Ação Popular 4.717, de 29/6/65.²¹¹

Nesse sentido, Ana Paula de Barcellos vai tratar de uma grave e legítima preocupação em limitar juridicamente o ímpeto arrecadador do Estado, embora não se veja preocupação equivalente com o que o Estado fará, afinal, com os recursos arrecadados, que não são fenômenos pontuais e isolados na Administração Pública brasileira, a exemplo de desperdício e ineficiência, precariedade de serviços indispensáveis à promoção de direitos fundamentais básicos, como educação e saúde, e sua convivência com vultosos gastos em rubricas, como publicidade governamental e comunicação social, prioridades incompatíveis com a Constituição.²¹²

Por fim, manteve-se a decisão de 1º grau preservada que, acolhendo a ação popular, declarou inválido o ato administrativo impugnado, condenando a Sra. Prefeita do Município de São Paulo a repor aos cofres públicos a importância paga com as publicações referidas na inicial e demais custas judiciais e honorários advocatícios.²¹³

Nesses dois últimos casos, seguindo a corrente defendida por Óscar Correias, pode-se evidenciar um baixo grau de eficácia da ação popular constitucional, porque, ao garantir-se a efetividade do instituto popular com a obediência à norma prevista na garantia, o mesmo não se pode afirmar por eficácia, uma vez que o discurso político previsto na ação popular não é alcançado com o êxito de uma administração condizente com os ditames da moralidade pública.

Com efeito, o instrumento é uma garantia que permite fiscalizar a atuação dos dirigentes, servidores, agentes e representantes públicos, cujo instrumento legitima o direito de qualquer cidadão pleitear para si a proteção de um interesse metaindividual, de tal sorte que a ação popular é uma garantia política que se inclui na cidadania e que se adjetiva, bem afirmado por Ricardo Lobo Torres, como

²¹¹ BRASIL. STF. REExtr 208.114-1/SP., op.cit., 2000, p.5.

²¹² BARCELLOS, A.P., op.cit., 2006, p.44.

²¹³ BRASIL. STF. REExtr 208.114-1/SP., op.cit., 2000, p.2.

cidadania democrática, e, que por sua vez, está intimamente ligada à liberdade política.²¹⁴

A ação popular é, enfim, um mecanismo da democracia, mais ainda de uma democracia qualificada, em cuja reserva do poder social se reconhece a legitimidade de controle e correção pelo poder do povo, sob as condições da ordem democrática poliárquica que se fundam em expediente de caráter constitucional, baseadas no procedimento de certas regras fundamentais.^{215 216}

Em suma, é o que se pode ver na construção democrática da garantia da ação popular, vale dizer, sobre o esforço para enfrentar a atuação dos que malferem a administração pública e dos problemas que temORIZAM o direito à prestação jurisdicional espelhando a sorte reacionária ao máximo. Nessa hora é que o cidadão se retrai com insatisfação ou mesmo teme a atuação dos grupos que detêm o poder sobre as instituições sociais, vale dizer, no que se refere às políticas públicas em detrimento da ordem social cidadã. Cidadania esta que tem por fim o zelo pelo bem comum, a igualdade e a justiça.

²¹⁴ TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.269.

²¹⁵ Para Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega e Sérgio Augusto Frederico: “A plenificação da democracia é assegurada pela idéia de que, o povo, ao transferir para outros o poder originário de fazer as leis, conserva o poder de criar o direito através da tradição e de intervir na gestão da coisa pública, diretamente ou pelo controle dos atos praticados pelo poder público. A titularidade de poder conferida aos representantes legitima a ação política, mas a possibilidade substancial de pressupor o direito conserva-se com o povo. Essa reserva de poderes legitima a participação política do cidadão nas decisões e no controle delas”. TARREGA, M.C.V.B.; FREDERICO, S.A., op.cit., 2006, p.304.

²¹⁶ Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega e Sérgio Augusto Frederico assinalam: “A democracia poliárquica significa um avanço no contexto de democracias tradicionais sobretudo porque ultrapassa os limites dos direitos e garantias constitucionalmente assegurados e estabelece fundamentos pré-constitucionais para a participação popular na tomada e no controle das decisões públicas.” TARREGA, M.C.V.B; FREDERICO, S.A., op.cit., 2006, p.306.

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

I. A ação popular firma-se na ordem constitucional como mecanismo de que se serve o cidadão para o controle dos atos de gestão pública, tendo por objeto a proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa, do meio ambiente e da ordem econômica.

II. A garantia é insculpida no art. 5º., LXXIII, da Constituição brasileira de 1988 e tem natureza jurídico-política existente na tensão entre o interesse público primário e o interesse público secundário.

III. A Constituição de 1988 enuncia no art.1º., parágrafo único, combinado com o dispositivo previsto na garantia fundamental, as premissas do Estado Democrático para a eficácia da ação popular, seja no que concerne à participação cidadã no contexto da abertura política e redemocratização do País, seja no alargamento de seu objeto de atuação, com a justiciabilidade da garantia fundamental e a vigilância do cidadão-eleitor.

IV. Nas Constituições brasileiras, desde o Império à República, encerraram-se as considerações sobre o ceticismo histórico da ação popular constitucional. A exemplo disso, na Constituição do Império, embora se resguardasse o objeto contra os atos dos agentes públicos e se contivesse expressamente o nome de ação popular, o cidadão não detinha a legitimidade para que demandasse em juízo a ação, tratando-se de mera denúncia.

V. A Constituição da Primeira República trazia dispositivo que tratava de ato abusivo de autoridade; além disso, a legislação infraconstitucional repetia a mesma disposição constitucional, porém, a doutrina e a jurisprudência enveredaram pelo descrédito do instrumento, restando pela inaplicabilidade do sugestivo dispositivo constitucional.

VI. A Constituição de 1934 expressava conceitualmente a ação popular e a que mais se assemelhava com a atual garantia constitucional. Apesar de sua vigência efêmera, a ação popular não obtivera êxito posto que carecia de regulamentação, muito embora se destacasse nesse período as primeiras manifestações de regulamentação do instituto.

VII. A Constituição no Estado Novo de 1937 não dera possibilidade à ação popular, inabilitando a sua prática jurídica. A Constituição de 1946, por sua vez, firmou-se pela auto aplicabilidade da ação popular, além do que ampliou o objeto do dispositivo, reintroduzindo o artigo da Constituição de 1934 e dilatando a garantia popular aos órgãos da administração indireta.

VIII. A Carta de 1967 abrevia o objeto da ação popular para as “entidades de patrimônio público”, restringindo-a aos órgãos da administração indireta de natureza privada, no entanto, sob a ordem política, vige a ditadura militar que inibe o pragmatismo da ação popular. Todavia, nesse mesmo período, surge o diploma que regula o instrumento cidadão, manifestamente a Lei 4.717, de 29 de junho de 1965. Já a Emenda Constitucional de 1969 data de um período político tecnocrático-militar do País, em que a ação popular vivia sob as contingências daquele Estado de exceção, à margem dos atos institucionais, motivo pela qual se refreava a democracia.

IX. Com a Constituição brasileira de 1988, a garantia da ação popular se insere no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, como norma constitucional auto aplicável e a possibilidade política cidadã alcançada com a abertura democrática no País. No Estado Democrático de Direito de 1988, promove-se a aplicabilidade material e instrumental da ação popular nos modelos providos pela doutrina e jurisprudência brasileiras.

X. No que tange ao direito à prestação da tutela jurisdicional, enfatizaram-se na garantia os elementos da ação (partes, pedido e causa de pedir), refletindo-se sobre as partes como elemento intersubjetivo da relação jurídica processual; sobre o pedido e sua distinção entre pedido imediato (nulidade ou anulação do ato administrativo lesivo à coisa pública e à condenação a reparação por perdas e danos) e pedido mediato (restabelecimento do princípio da legalidade e observância da probidade administrativa no Estado democrático de direito) e, por último, o paradigma relativo à causa de pedir remota, o binômio: ilegalidade e lesividade.

XI. No que concerne às condições da ação (interesse de agir, possibilidade jurídica do pedido e legitimidade para agir em juízo), observou-se que o interesse/utilidade é manifestamente a defesa da coisa pública de um modo geral,

cujo interesse/adequação é a via da acção popular constitucional; que juridicamente possível é o pedido que visa à nulidade ou anulação dos atos administrativos ilegais/lesivos, e o que vise ainda a probidade da administração pública com relação aos princípios de moralidade administração, e quanto à legitimidade procurou-se dividi-la em ativa e passiva, no que pertine à primeira cabe ao cidadão a sua legitimação ordinária, e a admissibilidade de substituição por outro cidadão, bem como pelo Ministério Público; com relação à segunda ocupam essa posição os agentes públicos ou autoridades, além dos beneficiários diretos dos atos administrativos impugnados por acção popular.

XII. Sobre a eficácia adotou-se a posição doutrinária de Óscar Correias. Para o autor, embora a norma seja obedecida pelo meio social, haverá sempre uma comunicação entre o destinatário e o produtor da norma jurídica, com ênfase no discurso político de hegemônicas e contra-hegemônicas, o que chama de eficácia.

XIII. Pode-se evidenciar um baixo grau de eficácia da acção popular constitucional, de vez que se garante a efetividade do instituto popular com a obediência à norma prevista na acção popular, porém o discurso político previsto na acção popular não é alcançado com o processo de uma administração proba.

XIV. Com isso a Lei 4.717, de 1967, é um bom instrumento para a exercício democrático, vale dizer, encontram-se no instituto os mecanismos para que o cidadão faça controle da coisa pública. A acção popular implica na perspectiva do interesse público primário sob o *status activae civitatis* e *in processu*, no amadurecimento para uma autocrítica social e descentralizadora, promovendo-se a construção da realidade social sob paradigmas jurídicos pluralistas.

XIV. Historicamente, viu-se o alargamento do objeto de incidência da acção popular, mas do ponto de vista fático não se evidenciaram as devidas condições para que o cidadão venha a exercê-la sem a descrença de um resultado indiferente aos reclames da cidadania, e isso não a torna eficaz, porquanto o produtor do discurso político não se preocupou em destacar a vulnerabilidade em que se encontra o cidadão quando venha a exercer a fiscalização da administração pública. Para tanto, a Lei de acção popular pode ser aperfeiçoada, no sentido de que ela

possibilite ao cidadão equilíbrio de forças em face das instituições legitimadas passivas para o mister da garantia constitucional.

XV. No exercício da democracia, através da ação popular constitucional, o interesse público secundário tem encontrado mais força do que o interesse público primário. É certo, porém, que ação popular tem contribuído para a vida democrática, ainda que a passos curtos, e a ausência desse instrumento enfraqueceria os interesses da democracia cidadã.

QUESTÕES PARA FIXAÇÃO DE CONTEÚDO

1. (Prova: Dédalus Concursos - 2020 - COREN-SC – Advogado) A ação popular consiste em meio de controle judicial da atividade administrativa para demandar anulação ou declaração de nulidade de atos que ameacem ou lesem valores constitucionalmente protegidos. Sobre esse remédio constitucional, é correto afirmar que:

- A) O mandado de segurança não substitui a ação popular, sendo idôneo, contudo, utilizar o mandado de segurança para veicular uma ação popular.
- B) O autor sempre é subordinado a ônus de provar a lesão ao patrimônio material ou imaterial da sociedade, uma vez que o ordenamento jurídico pátrio não traz casos de lesividade presumida.
- C) Os Juízos Federais são competentes para a ação popular contra atos de entidades, políticas ou administrativas, federais, estaduais ou municipais.
- D) As pessoas jurídicas, como, por exemplo, os partidos políticos, detêm legitimidade para promover a ação popular.
- E) Sob o aspecto processual, a ação popular é revestida da natureza jurídica de ação cível, pela qual pretensão jurídica, pública ou difusa, pode ser deduzida em juízo ou tribunal.

2. (Prova: FUNDEP (Gestão de Concursos) - 2019 - DPE-MG - Defensor Público) Analise as seguintes afirmativas referentes à ação popular.

- I. Para o cabimento de ação popular, é exigível do interessado a menção e a prova, na petição inicial, de prejuízo material ocasionado aos cofres públicos.
- II. A prova da cidadania, para ajuizamento da ação popular, será feita com documento que demonstre ter o autor domicílio eleitoral no local do dano apontado na petição inicial.
- III. Independentemente da comprovação de má-fé do autor da ação popular, é vedada sua condenação ao pagamento de custas processuais e de honorários de sucumbência.
- IV. A competência para julgar ação popular contra ato praticado pelo presidente da República e pelos ministros de Estado é, em regra, do STF.

Nesse contexto, pode-se afirmar:

- A) Todas as afirmativas estão corretas.
- B) Todas as afirmativas estão incorretas.
- C) Estão corretas as afirmativas II e IV apenas.
- D) Estão incorretas as afirmativas II e IV apenas.

3 – (FGV - 2021 - PC-RN - Agente e Escrivão) Maria, vereadora, que residia em área contígua a uma grande reserva florestal, observou que todos os dias, durante a noite, empregados de uma construtora promoviam o desmatamento da área. O objetivo, segundo as informações que obteve, era o de permitir a construção de uma estrada.

Maria poderá ajuizar uma ação de natureza constitucional para impedir o desmatamento da área.

Essa ação é:

- A) a reclamação constitucional;
- B) o mandado de segurança;
- C) o mandado de injunção;
- D) a ação civil pública;
- E) a ação popular.

4 – (FGV - 2021 - TCE-AM - Auditor Técnico de Controle Externo - Área de Ministério Público de Contas) No que concerne à ação popular, é correto afirmar que:

- A) as associações constituídas há pelo menos um ano têm legitimidade para intentá-la;
- B) a pessoa jurídica cujo ato seja impugnado pode deixar de contestar e associar-se em litisconsórcio com o autor popular;
- C) não podem ser litisconsortes passivos os beneficiários diretos do ato impugnado, que devem ser processados em ação posterior;
- D) se o autor desistir da ação, não sendo o prosseguimento do feito promovido por outro cidadão, não poderá o Ministério Público assumir o polo ativo da demanda;

E) julgado improcedente o pedido por insuficiência de provas, a demanda não poderá ser novamente proposta, em razão da coisa julgada material formada.

5 – (FGV - 2018 - TJ-AL - Analista Judiciário - Área Judiciária) Eraldo, que jamais deixara de votar em uma eleição, cumprindo fielmente os seus deveres cívicos, tomou conhecimento de que o Prefeito Municipal estava realizando diversos gastos de forma irregular, sem a prévia realização de processo licitatório e sem qualquer motivo idôneo à contratação direta.

Com o objetivo de responsabilizar o Prefeito pelos danos causados ao patrimônio público, Eraldo procurou um advogado e solicitou que fosse informado da ação que poderia ajuizar.

À luz da sistemática constitucional, essa ação é:

- A) o mandado de segurança;
- B) a ação penal;
- C) o mandado de injunção;
- D) a ação popular;
- E) a reclamação constitucional.

6 – (FGV - 2013 - TJ-AM - Analista Judiciário - Qualquer Área de Formação) Dentre os meios de controle da administração pública encontra-se a ação popular. Com relação a essa ação, assinale a afirmativa correta.

- A) A ação popular pode ser interposta por qualquer pessoa física ou jurídica para a proteção do patrimônio público e da moralidade administrativa.
- B) A ação popular, caso o autor seja o perdedor, somente não será condenado ao pagamento de custas e honorários se comprovar ser carente de recursos.
- C) O foro especial por prerrogativa de função não é aplicado aos réus na ação popular.
- D) A ação popular tem sua legitimidade ativa restrita ao Ministério Público, Defensoria Pública, entes federativos, empresas públicas e associações constituídas há mais de um ano.
- E) A ação popular não poderá ser interposta para a exclusiva proteção preventiva do meio ambiente pois o caráter indenizatório é essencial a mesma.

7 – (FGV - 2021 - TJ-SC - Titular de Serviços de Notas e de Registros – Provisamento) Ana ingressou com ação popular em face do Estado Alfa, embasando-se na indevida extensão do direito ao auxílio-alimentação aos servidores inativos, o que estaria em desacordo com a ordem constitucional. Para sua surpresa, o juízo da 1ª Vara Cível da Comarca da Capital julgou improcedente o pedido formulado.

Como Ana entende ter sido violada uma súmula vinculante, para que a matéria possa ser conhecida pelo Supremo Tribunal Federal com a maior celeridade possível, considerando a decisão do juízo, será preciso:

- A) ajuizar reclamação imediatamente;
- B) ingressar com mandado de segurança;
- C) exaurir os recursos nas instâncias ordinárias e ajuizar reclamação;
- D) exaurir os recursos nas instâncias ordinárias e no Superior Tribunal de Justiça, e ajuizar reclamação;
- E) exaurir os recursos nas instâncias ordinárias e no Superior Tribunal de Justiça, e interpor recurso extraordinário.

CASO PRÁTICO

PROBLEMA

CAIO DOS ANZÓIS lê no jornal de circulação da capital cearense que a casa onde nasceu Franklin Távora, advogado, jornalista, político, romancista e teatrólogo nascido em Baturité será demolida e em seu lugar construir-se-á uma escola com o nome dessa mesma personalidade. Caio dos Anzóis, embora residente e domiciliado em Fortaleza, mantém vínculos com a cidade de Baturité, fazendo parte de Associação dos Amigos de Baturité, constituída há 10 anos no Município. Com efeito, lembrou que a casa de Franklin Távora apesar de mal cuidada era um ícone da municipalidade, poderia ser reformada e tornar-se um espaço cultural, pra fazer jus ao grande romancista de *O Cabeleira*, também articulista de *A Verdade*: pela qual colaboraram vários dos primeiros escritores de Pernambuco é um importante repertório de notícias, registrando importantíssimas questões de direito constitucional e eclesiástico. Para tanto, já que o Município estava prestes a demolir a casa do conterrâneo de Caio dos Anzóis, no lapso de uma semana, Caio, na condição de cidadão, procura-o(a) na qualidade de advogado(a) para saber que medida judicial levaria a efeito impedir o ato administrativo de demolição da casa e, ainda uma providência para conservar o bem público, que já era tombado pela municipalidade.

Elabore a peça judicial cabível.

SOLUÇÃO

Trata-se de ação popular constitucional, preenchendo os requisitos da garantia constitucional, porquanto se lhe retira o fundamento para a vida social contemporânea, a partir da comunicação intersubjetiva com valores fundantes na ordem democrática constitucional, com manifesta visão procedimental no âmbito do discurso político da produção do direito, da sua eficácia, da sua democratização. Surge a garantia constitucional sob o advento da Constituição de 1934 e é regulamentada pela Lei 4.717/1965; na CRFB/88 tem assento no art. 5º., LXXIII; a ação prescreve em 5 (cinco) anos, como quer o art. 21 da Lei 4.717/1965.

OBJETO: a ação popular constitucional, distinta de todas as outras ações populares de cunho jurídico, é instituto civil, de que se serve o cidadão para controle jurídico-político, por meio legítimo ao exercício da democracia, refletindo interesses metaindividuais, cujos fins se delimitam em anular ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. A finalidade da ação popular é o interesse público primário, vale dizer, o interesse de toda a sociedade, podendo distinguir-se do modelo que vê a Administração pública como interesse público secundário. Com efeito, o interesse primário do caso em espécie é a preservação do bem cultural da cidade, ao passo que o interesse público

secundário é a construção da escola. Por isso é que brevemente se avaliam os meios processuais para que Caio dos Anzóis demande ao exercício da democracia, sobretudo o discurso que conflite a gestão pública e autonomia privada no Estado contemporâneo.

LEGITIMIDADE ATIVA: conforme o art. 1º. da Lei 4.717, de 1965, qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público bem como a condenação em perdas e danos, tal legitimidade ativa, é claro, merecerá a capacidade postulatória do causídico, quando não for este autor da própria ação.

A posição de Caio na ação popular tem sido a de atuação em nome próprio com vistas ao interesse coletivo, consignada a capacidade postulatória de que é dotado o cidadão-autor.

Para tanto, na sistemática da Lei da Ação Popular em seu art. 1º., §3º evoca-se a prova da cidadania, para ingresso em juízo, a qual será feita com o título eleitoral.²¹⁷

²¹⁷ PROCESSUAL CIVIL. ACÇÃO POPULAR. ELEITOR COM DOMICÍLIO ELEITORAL EM MUNICÍPIO ESTRANHO ÀQUELE EM QUE OCORRERAM OS FATOS CONTROVERSOS. IRRELEVÂNCIA. LEGITIMIDADE ATIVA. CIDADÃO. TÍTULO DE ELEITOR. MERO MEIO DE PROVA.

1. Tem-se, no início, ação popular ajuizada por cidadão residente e eleitor em Itaquaira/MS em razão de fatos ocorridos em Eldorado/MS.

O magistrado de primeiro grau entendeu que esta circunstância seria irrelevante para fins de caracterização da legitimidade ativa ad causam, posição esta mantida pelo acórdão recorrido - proferido em agravo de instrumento.

2. Nas razões recursais, sustenta a parte recorrente ter havido violação aos arts. 1º, caput e § 3º, da Lei n. 4.717/65 e 42, p.

único, do Código Eleitoral, ao argumento de que a ação popular foi movida por eleitor de Município outro que não aquele onde se processaram as alegadas ilegalidades.

3. A Constituição da República vigente, em seu art. 5º, inc. LXXIII, inserindo no âmbito de uma democracia de cunho representativo eminentemente indireto um instituto próprio de democracias representativas diretas, prevê que "qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência" (destaque acrescentado).

4. Note-se que a legitimidade ativa é deferida a cidadão. A afirmativa é importante porque, ao contrário do que pretende o recorrente, a legitimidade ativa não é do eleitor, mas do cidadão.

5. O que ocorre é que a Lei n. 4717/65, por seu art. 1º, § 3º, define que a cidadania será provada por título de eleitor.

6. Vê-se, portanto, que a condição de eleitor não é condição de legitimidade ativa, mas apenas e tão-só meio de prova documental da cidadania, daí porque pouco importa qual o domicílio eleitoral do autor da ação popular. Aliás, trata-se de uma exceção à regra da liberdade probatória (sob a lógica tanto da atipicidade como da não-taxatividade dos meios de provas) previsto no art. 332, CPC.

7. O art. 42, p. único, do Código Eleitoral estipula um requisito para o exercício da cidadania ativa em determinada circunscrição eleitoral, nada tendo a ver com prova da cidadania. Aliás, a redação é clara no sentido de que aquela disposição é apenas para efeitos de inscrição eleitoral, de alistamento eleitoral, e nada mais.

8. Aquele que não é eleitor em certa circunscrição eleitoral não necessariamente deixa de ser eleitor, podendo apenas exercer sua cidadania em outra circunscrição. Se for eleitor, é cidadão para fins de ajuizamento de ação popular.

9. O indivíduo não é cidadão de tal ou qual Município, é "apenas" cidadão, bastando, para tanto, ser eleitor.

10. Não custa mesmo asseverar que o instituto do "domicílio eleitoral" não guarda tanta sintonia com o exercício da cidadania, e sim com a necessidade de organização e fiscalização eleitorais.

LEGITIMIDADE PASSIVA: pessoas públicas ou privadas e entidades estatais e 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, manifestamente, as pessoas jurídicas de direito público da Administração direta (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e indireta (Sociedades autárquicas, sociedades de economia mista, empresas públicas, entre outras referidas), além de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos. Se para o autor há um polo ativo objetivo, no polo passivo há quase sempre um cúmulo subjetivo, porquanto quis o legislador buscar quem direta ou indiretamente (e ainda terceiros beneficiários), tenha concorrido para ação ou omissão à lesão da coisa pública (MANCUSO, 2001, p.79). Há de se configurá-los em litisconsórcio passivo necessário.

Quanto à legitimidade passiva da demanda encontra-se a pessoa que praticou o ato ilegal e/ou lesivo, bem como a que desse suposto ilícito tirou proveito. É o que se deduz da redação dos arts. 6º, e 11 da Lei 4.717/65. Em síntese, poderão ser citadas em litisconsórcio passivo necessário simples, os seguintes sujeitos: a) as pessoas físicas e jurídicas, privadas ou públicas; b) os agentes públicos que de algum modo concorreram para o ato impugnado, ou quando omissivas tiveram dado oportunidade à lesão; e c) os beneficiários do ato, direta ou indiretamente, agentes públicos ou não (MANCUSO, 2001, p.79).

11. É que é entendimento pacífico em doutrina e jurisprudência que a fixação inicial do domicílio eleitoral não exige qualquer vínculo especialmente qualificado do indivíduo com a circunscrição eleitoral em que pretende se alistar (o art. 42, p. único, da Lei n. 4.737/65 exige tão-só ou o domicílio ou a simples residência, mas a jurisprudência eleitoral é mais abrangente na interpretação desta cláusula legal, conforme abaixo demonstrado) - aqui, portanto, dando-se ênfase à organização eleitoral.

12. Ainda de acordo com lições doutrinárias e jurisprudenciais, somente no que tange a eventuais transferências de domicílio é que a lei eleitoral exige algum tipo de procedimento mais pormenorizado, com demonstração de algum tipo de vínculo qualificado do eleitor que pretende a transferência com o novo local de alistamento (v. art. 55 da Lei n. 4.737/65) - aqui, portanto, dando-se ênfase à fiscalização para evitação de fraude eleitoral.

13. Conjugando estas premissas, nota-se que, mesmo que determinado indivíduo mude de domicílio/residência, pode ele manter seu alistamento eleitoral no local de seu domicílio/residência original.

14. Neste sentido, é esclarecedor o Resp 15.241/GO, Rel. Min. Eduardo Alckmin, DJU 11.6.1999.

15. Se é assim - vale dizer, se não é possível obrigar que à transferência de domicílio/residência siga a transferência de domicílio eleitoral -, é fácil concluir que, inclusive para fins eleitorais, o domicílio/residência de um indivíduo não é critério suficiente para determinar sua condição de eleitor de certa circunscrição.

16. Então, se até para fins eleitorais esta relação domicílio-alistamento é tênue, quanto mais para fins processuais de prova da cidadania, pois, onde o constituinte e o legislador não distinguiram, não cabe ao Judiciário fazê-lo - mormente para restringir legitimidade ativa de ação popular, instituto dos mais caros à participação social e ao controle efetivos dos indivíduos no controle da Administração Pública.

17. Recurso especial não provido.

(REsp 1242800/MS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/06/2011, DJe 14/06/2011).

COMPETÊNCIA: no que concerne à competência, é válido assinalar que o limite da jurisdição para o processo de ação popular dá-se pela origem do ato a ser anulado, consoante o art. 5º. da Lei da Ação Popular: “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”. Por exemplo, se um ato fora editado por Prefeito Municipal, a competência é do juízo de primeiro grau da jurisdição, é o caso em questão, cujo juízo é o da Comarca de Baturité. Assim, dependerá da autoridade que poderá desfazer o ato impugnado, a saber:

Autoridade coatora	Autoridade competente
Autoridade estadual ou municipal	Juízo de direito
Autoridade federal	Juízo federal

REQUISITOS ESPECIAIS: como o ato é lesivo ao patrimônio histórico, é possível a sua anulação via ação popular (CRFB/88, Art. 5º, inciso LXXIII). É ilícita a prática da demolição da casa visto que tratasse um bem público tombado pela própria municipalidade. Não se admite o argumento de que sobre o local será construído uma escola.

Os atos do poder concedente e do concessionário devem ser praticados em harmonia com a ordem jurídica, que protege o patrimônio histórico, nos termos do Art. 23, inc. III e IV da CRFB/88 e do Art. 216 § 1 da CRFB/88. Considerando o que diz o Decreto-Lei nº 25/1937, art. 17, pois não há outra dicção se não acatar e defender a obrigatoriedade de proteção ao patrimônio histórico, não sendo permitida a destruição e nenhuma alteração de bens tombados sem antes autorização especial do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.

Quanto à Constituição, em seu artigo 216, estabelece-se a função da União, do Estado e dos Municípios, com o apoio da comunidade, preservar os bens culturais. Aliás, por oportuno, ainda há dentre as obrigações constitucionais impostas ao município pelo artigo 30, IX, da CF/88, o dever do Município de proteção do patrimônio histórico e cultura local. É ainda contrário ao direito, por também infringir as normas específicas que regem a prática ou por se desviar dos princípios gerais que norteiam a Administração Pública (vide art. 37, caput, da CF).

A lei municipal que tomba o imóvel, veda a construção, demolição ou qualquer outra alteração que se pretenda realizar, uma vez que o tombamento impede a prática de quaisquer desses atos, e visa dá proteção administrativa especial. Enfim, aquele que ameaçar ou destruir um bem tombado está sujeito a processo legal que poderá definir multas, medidas compensatórias ou até mesmo a reconstrução do bem.

Indica-se, no mérito, que é inequívoco que o ato praticado pelo Município de Baturité, através do prefeito, manifestamente ilegal os direitos já legislados pelo município em prol do patrimônio histórico da casa de onde nasceu Franklin Távora tombada pela municipalidade, não estando em conformidade com o princípio da legalidade, sendo inclusive anunciado a demolição, no lapso de uma semana, da referida casa, ficando patente a violação de direitos já tutelados pelo município, onde o patrimônio objeto da ilegalidade por ato da prefeitura já estava tombado.

Com base nessas disposições legais acima mencionadas, e diante das inequívocas infrações, é que o autor ajuíza a presente demanda, no afã de ver respeitada a Constituição e a legislação infraconstitucional.

Comprovada a prática de atos ilegais e lesivos à coletividade de Baturité, toma-se imprescindível a intervenção do Poder Judiciário para proceder a anulação desses atos e exigência de restauração e proteção do bem jurídico tutelado, bem como a condenação dos responsáveis pelas perdas e danos sofridas.

LIMINAR: cabe liminar, de tal sorte que é emblemática a ação preventiva ajuizada antes da consumação dos efeitos do ato, podendo ser deferida a suspensão do ato impugnado. Para tanto, o pedido de mérito para liminar suspensiva ou torna-la definitiva e anulação do ato que visa a evitar ou reparar lesão ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

TUTELA: quanto ao pedido no contexto da exordial a petição inicial deverá indicar o pedido com suas especificações, cujo dualismo pode ser imediato ou mediato, o que se aplica à ação popular, por força do art. 22 da Lei 4.717/65.

No caso da ação popular, tem-se que o pedido imediato tem como providência pleiteada: condenação (reparação por perdas e danos), declaração (nulidade do ato administrativo), (des)constituição (anulação do ato administrativo), cautelar (ação cautelar do ato impugnando), execução (por quantia certa ou para a entrega de coisa certa). E pedido mediato: a quantia monetária; o bem material; a desconstituição do ato.

1	
2	
3	
4	
5	
6	
7	
8	
9	
10	
11	
12	
13	
14	
15	
16	
17	
18	
19	
20	
21	
22	
23	
24	
25	
26	
27	

28	
29	
30	
31	
32	
33	
34	
35	
36	
37	
38	
39	
40	
41	
42	
43	
44	
45	
46	
47	
48	
49	
50	
51	
52	
53	
54	
55	
56	

57	
58	
59	
60	
61	
62	
63	
64	
65	
66	
67	
68	
69	
70	
71	
72	
73	
74	
75	
76	
77	
78	
79	
80	
81	
82	
83	
84	
85	

86	
87	
88	
89	
90	
91	
92	
93	
94	
95	
96	
97	
98	
99	
100	
101	
102	
103	
104	
105	
106	
107	
108	
109	
110	
111	
112	
113	
114	

115	
116	
117	
118	
119	
120	
121	
122	
123	
124	
125	
126	
127	
128	
129	
130	
131	
132	
133	
134	
135	
136	
137	
138	
139	
140	
141	
142	
143	

144	
145	
146	
147	
148	
149	
150	

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. **O que é política?** Trad. Reinaldo Guarany. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

ATHAYDE, Phydia. Cidadão persistente: Perfil – A história de Walter do Amaral que derrotou Paulo Maluf na Justiça. **Carta Capital**, São Paulo, 19 mar. 2008. Caderno: Seu País. c.1-3.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.). **Direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 13.ed. Trad. Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dini; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cacais. Brasília: UNB, 2007, v.1.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. 4. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

BONAVIDES, Paulo; AMARAL, Roberto. **Textos políticos da história do Brasil**. 3. ed. Brasília: Senado Federal/Conselho Editorial, 2002. v.1.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. Brasília: OAB, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito constitucional**. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (de 5 de outubro de 1988)**. Planalto, Brasília, 5. out. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 20 maio 2021.

BRASIL. **Lei nº 7.347, de 25 de julho de 1985**. Planalto, Brasília, 25 jul. 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 18 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965**. Planalto, Brasília, 29 jun. 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4717.htm. Acesso em: 18 abr. 2021.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Planalto. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 20 maio 2021.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º. de janeiro de 1916. **Institui o Código Civil. Diário Oficial União**. Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em:<<https://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 13 jan. 2021

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)**. Planalto. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 20 maio 2021.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brazil (de 25 de março de 1824)**. Planalto. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso: em 20 maio 2021.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2001.

CORREAS, Oscar. **Introducción a la Sociología Jurídica**. Méxco, D.F.: Coyoacán, 1994. (Filosofia, politica y derecho – 1).

COSTILLA, Lucio Olivier. Um Gramsci para o século XXI. In: GRAMSCI: Interpretações e atualizações de um pensamento. **Revista de Ciências Sociais**, Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, v. 35, n.2, p. 126, 2004.

COUTINHO, Carlos Nelson. **Marxismo e política: a dualidade de poderes e outros ensaios**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1994.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **O princípio de legitimidade do poder no direito público romano: e sua efetivação no direito público moderno**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Ação popular: aspectos polêmicos: lei de responsabilidade fiscal, improbidade administrativa, danos causados por liminares e outros pontos relevantes**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. (Coleção: Justiça e Direito).

GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. 2a.Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GRAMSCI, Antonio. **Cadernos do cárcere**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2000. Caderno 7, nota 83.

GUERRA, Arthur Magno e Silva. Controle da Administração Pública via Ação Popular: isenção de custas judiciais, como direito fundamental, no exercício direto da cidadania. **Revista eletrônica de Direito do Estado**. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, nº 6, abr./maio/jun. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso: em 20 maio 2021.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2003.

KOLM, Serge-Christophe. **Teorias modernas da justiça**. Trad. Jefferson Luiz Camargo, Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito constitucional: curso de direitos fundamentais**. 3a. ed. rev. a atual. São Paulo: Método, 2014.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular: proteção ao erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente**. 8. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. (Controle jurisdicional dos atos do Estado, v.1)

MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia**. São Paulo: Thomson Reuters; Revista dos Tribunais, 2022.

MAXIMILIANO, Carlos. **Commentarios à Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos Editor, 1918.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança: Ação Popular; Ação Civil Pública; Mandado de Injunção; "Habeas Data"; Ação Direta de Inconstitucionalidade; Ação Declaratória de Constitucionalidade; Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e o Controle incidental de normas no Direito brasileiro**. 38a. ed. Atualizado por Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes com a colaboração de Rodrigo Garcia da Fonseca. São Paulo: RT, 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

MONDIN, Battista. **O homem, quem é ele?** Trad. R. Leal Ferreira e M.A.S Ferrari. 9. ed. São Paulo: Paulus, 1980.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações constitucionais**. 5a.ed. re. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2020.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

PHILIPPS, Von Lothar. Teoria das normas. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Trad. Marcos Keel (Cap. 1-5 e 9), Manuel Seca de Oliveira (Cap. 6-8 e 10-15). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

RAMOS, Elival as Silva. **A ação popular como instrumento de participação política**. São Paulo: RT, 1991.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 10. ed. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2009

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Da ação popular**. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Ações constitucionais**. 6a. Salvador: JusPodvim, 2012.

SANCHES JÚNIOR, Antônio Roberto. Ação popular: aspectos relevantes e controvertidos. In: GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; SANTOS FILHO, Ronaldo Fenelon (Coord.). **Ação popular: aspectos relevantes e controvertidos**. São Paulo: RCS, 2006,

SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código de Processo Civil interpretado**: artigos 600 a 674. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947, v.VII.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Cidadania e justiça**: a política social na ordem brasileira. Rio de Janeiro: Campos, 1979.

SIDOU, Othon J.M. **“Habeas corpus”, mandado de segurança, mandado de injunção, “habeas data”, ação popular**: as garantias ativas dos direitos coletivos. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

SILVA, José Afonso da. **Ação popular constitucional**: doutrina e processo. 2. ed. rev. ampl. aum. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Flávia Regina Ribeiro da. **Ação popular ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.44-45. (Direitos coletivos e ações coletivas; v.1).

SILVA, Reinaldo Pereira e. A teoria dos direitos fundamentais e o ambiente natural como prerrogativa humana individual. In: **Anuario de Derecho Constitucional**, 2007. Disponível em:
<<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20072/pr/pr5.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2021.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA, Iara Lis Francisco Schiavinatto Carvalho. **Pátria coroada** – o Brasil como corpo político autônomo: 1780-1831. São Paulo: UNESP, 1999.

TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco, FREDERICO, Sérgio Augusto. Ação popular no contexto democrático: aspectos processuais. In: GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; SANTOS FILHO, Ronaldo Fenelon (Coord.). **Ação popular: aspectos relevantes e controvertidos**. São Paulo: RCS, 2006.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2006.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria pura do direito**: repasse crítico de seus principais fundamentos. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann. **As ações coletivas e os novos lugares da democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: CEDES (Centro de Estudos Direito e Sociedade)-IUPERJ, 2005. (Caderno CEDES).

VIANNA, Oliveira. **Instituições políticas brasileiras**. Brasília: Senado Federal, 1999, p.331. (Coleção biblioteca básica brasileira).

Um importante estudo acerca das ações coletivas concentra-se na ação popular constitucional a experiência de encontrar a defesa do patrimônio público, genericamente falando à tutela da garantia constitucional. Além disso, evidenciam os pesquisadores que boa parte das ações populares estudadas são propostas por parlamentares e advogados, a despeito da capacidade postulatória destes a atuarem também como cidadãos, é possível identifica-las também, sob o ajuizamento por funcionários públicos, membros de associações civis. Dentre outros dados, o estudo corrobora a importância da ação popular constitucionais no âmbito das ações metaindividuais.



Rogério Silva é doutor em Direito (UFC)

Mestre em Direito Constitucional (UNIFOR)

Professor universitário e advogado. Foi membro da Comissão de Direito Constitucional (OAB/CE), autor de diversos artigos, palestras e cursos sobre a ação popular constitucional.

E-mail: rogeriojur75@gmail.com

Instagram: @rogeriosilvajur

