

# Ação Popular

## Popular Action

Polyane Denobi<sup>1</sup>; Thiane Tonon<sup>2</sup>

---

### Resumo

A ação popular constitui-se em remédio constitucional nascido da necessidade de melhorar a defesa do interesse público e da moral administrativa. É uma manifestação direta da soberania popular. Através dela, qualquer cidadão é parte legítima para obter a invalidação de atos ou contratos administrativos ilegais e lesivos do patrimônio federal, estadual e municipal, ou de suas autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas subvencionadas com dinheiros públicos. Tem por objeto o interesse difuso à preservação da probidade, eficiência e moralidade na gestão da coisa pública, à tutela do meio ambiente e do patrimônio público. Sua finalidade é a prevenção e a desconstituição de ato lesivo e condenação dos responsáveis à reposição do *status quo ante*. É um meio processual que efetiva essa defesa público-administrativa e independe de o autor ter proveito pessoal na questão. Embora o interesse possa dizer respeito à coletividade como um todo, que é beneficiária da possível anulação do ato impugnado, o certo é que o autor popular age em nome próprio e no exercício de um direito seu, garantido constitucionalmente. É um direito político que faz com que o cidadão seja um fiscalizador da legalidade administrativa, tendo seu direito de participação na vida política do Estado.

*Palavras-chaves:* Ação popular, defesa pública

---

### Abstract

The Popular Legal Action is a constitutional remedy, which is originated from the necessity of improving the Defense of Public Interest as well as of the Public Administration Morality Act. This remedy is a clear manifestation of the citizens' sovereignty. This legal measure entitles any citizen to obtain the invalidation of illegal administrative acts or contract that can cause damages to the Federal, State and Municipal Property, which includes public agencies and any private party entitled to handle public money. This study has the purpose of preserving the public interest through probity, efficiency and morality when handling public property. In addition, it includes the environmental protection and the State Properties. Its aim is the prevention and interruption of the illicit act with the consequent conviction of the defendants who must return the damaged property to its *status quo ante*. It is a legal enforcement act that puts the Public Administration Defense into effect, not taking into consideration any personal advantage from the author. Although this legal remedy is concerned with the population as a whole, who is the beneficiary of the possible nullification of the illicit act, it is clear that this citizen will have his/her constitutional right preserved. In short, this Popular Legal Action is a political right that each citizen can make use of, in order to supervise the Administrative legality as well as his/her right to participate in the State Policy.

*Key-words:* popular action, public defense.

---

<sup>1</sup> Discente do curso de Direito da Universidade Estadual de Londrina, pesquisadora do Projeto de Pesquisa em Direito de Integração desta Instituição de Ensino Superior.

<sup>2</sup> Discente do curso de Direito da Universidade Estadual de Londrina.

## Introdução

Um dos dispositivos que melhor justificam o título de Constituição Cidadã, atribuído à Carta Magna, é sem dúvida o que está insculpido no inciso LXXIII do art. 5º.

A ação popular constitui-se num instrumento para a manutenção do Estado do Direito, uma forma de controle da atividade estatal pela sociedade. Um Estado democrático depende da eficácia do controle social sobre o poder, para que ele seja exercido em seu benefício, defendendo os interesses inerentes à cidadania.

A expressão *ação popular* sugere povo. Conforme José Afonso da Silva, o nome deriva do fato de atribuir-se ao povo, ou a parcela dele, legitimidade para pleitear, por qualquer de seus membros, a tutela jurisdicional de interesse que não lhe pertence, *ut singuli*, mas à coletividade. O que lhe dá conotação especial é a natureza impessoal do interesse defendido por meio dela: interesse da coletividade.

O presente trabalho visa a analisar técnica e criticamente a ação através da qual seu autor – ao menos teoricamente – defenderá o interesse público.

Por análise técnica deve-se entender o investigar dos dispositivos constitucionais e legislativos: suas virtudes e defeitos. Quase o mesmo ocorre com a análise crítica, com a diferença de haver ao final desta uma conclusão acerca do verdadeiro papel social desempenhado pela ação.

Levando-se em conta que o elemento técnico pode ser encontrado em todas as fontes pesquisadas, e que criticar significa expressar subjetivamente uma opinião acerca do assunto, infere-se, pela apreciação do a seguir exposto, que se tomou como fator mais relevante o segundo elemento.

## 1 Origem

As raízes históricas remontam ao Direito Romano. Apesar de na época a noção de Estado não estar

delineada, o que havia era um forte vínculo natural entre o cidadão e a *gens*.

Com ela se atribuía ao povo a legitimidade para ajuizar, por intermédio de qualquer de seus cidadãos componentes, o beneficiário da tutela jurisdicional de determinado interesse gerado pela coisa pública que pertencesse à coletividade, e pelo cidadão ele mesmo. O autor popular estava ligado à *gens*, visando a um benefício da comunidade e as ações podiam ser propostas para a defesa da legalidade geral, da legalidade administrativa (da segurança, do patrimônio público, de ausente, de menores, etc.). (FERREIRA, 1999).

Havia o sentimento de que a *res pública* pertencia de certa maneira aos cidadãos romanos. Portanto, a sociedade se tornava bastante receptiva à iniciativa dos cidadãos que se dispusessem a tutelar os interesses de seus associados (MANCUSO, 1998). Eram as chamadas *actiones populares*.

A história sinaliza para o fato de esse instrumento não ter sobrevivido no direito intermediário, pois essa relação Estado-indivíduo “não deve ter prosperado nos anos obscuros da Idade Média, onde medraram o autoritarismo feudal, as monarquias absolutistas, a religiosidade ambígua e aterrorizante da Santa Inquisição” (FERREIRA, 1999, p.42). O século XX acolheu a ação popular com restrições, e muitos países a ignoraram.

### 1.1 Evolução Histórica Brasileira

A primeira Constituição brasileira a instituir a ação popular foi a de 1934, criando-a como instituto de proteção do patrimônio público, em seu art. 113, n.º 38: “qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos ao patrimônio da União, dos Estados e Municípios”.<sup>3</sup>

Retornou na Constituição de 1946 em seu art. 141, § 38, acrescentando o patrimônio das entidades

<sup>3</sup> Não chegou a ser regulamentado e nem resistiu ao autoritarismo da Carta de 1937.

autárquicas e das sociedades de economia mista como objeto de sua proteção. A regulamentação legal do dispositivo tardou cerca de vinte anos.

Em 26 de junho de 1965, foi publicada a Lei nº 4.717, que, recepcionada pela atual Constituição, disciplinou o exercício da ação popular, traçando-lhe o procedimento e dando maior amplitude ao texto constitucional. Cuidou a lei de fixar o conceito de patrimônio público, com a finalidade de aumentar a área de atuação para fora do restrito círculo das lesões meramente pecuniárias. Observando que é anterior à Constituição de 1967 e à Emenda de 1969, deve ser entendida à luz do novo texto constitucional.

A Carta de 1967, manteve em substância o texto da Constituição anterior. Na atual Constituição, ganhou maior dimensão, estendendo o seu alcance à proteção do meio ambiente e da moralidade administrativa.

## 2 Previsão Constitucional

A Ação Popular está prevista na Constituição Federal no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos.

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

### 2.1 Interpretação do art. 5º, LXXIII

A ação popular como garantia constitucional tornou possível a invocação da atividade jurisdicional do Estado independentemente de o autor ter proveito pessoal na questão. Embora o interesse possa di-

zer respeito à coletividade como um todo, que é beneficiária da possível anulação do ato impugnado, o certo é que o autor popular age em nome próprio e no exercício de um direito seu, assegurado constitucionalmente, e não como um substituto processual.<sup>4</sup>

A ação popular constitui instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos<sup>5</sup>, dessa maneira, havendo condenação, o produto desta não reverte em prol do autor da ação, e sim em favor da entidade pública favorecida pela decisão ou do órgão fiscalizador/pesquisador do interesse objetivado. É um direito político que faz com que o cidadão seja um controlador da legalidade administrativa, tendo seu direito de participação na vida política do Estado.

Esse direito deve ser exercido, segundo regula a Lei nº 4.717 em seu art. 6º, contra a entidade lesada, contra os que, em seu nome, praticaram o ato impugnado, e contra os beneficiários diretos.

É necessária a compreensão do objeto e da causa de pedir da ação para que ela seja efetiva e corretamente utilizada. Para isso, se faz necessária a interpretação de temas que constituem o cerne deste meio processual.

Patrimônio público é expressão já contemplada no artigo 1º na lei que regula o processo popular: “§ 1º Consideram-se patrimônio público, para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético ou histórico”.

Entidade de que o Estado participe: são as entidades estatais, entidades autárquicas ou sociedades de economia mista.

Meio ambiente é um conceito adotado na Constituição em seu artigo 225: “[...] bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida [...]”.

Patrimônio histórico e cultural vem definido pela própria Constituição Federal em seu artigo 226:

<sup>4</sup> Substituto processual é aquele que age em nome próprio mas no interesse de outrem.

<sup>5</sup> Direito difuso é aquele que diz respeito a um grupo indeterminado ou indeterminável de pessoas que busquem a satisfação de um direito que a todos pertence.

Art. 226 Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

- I- as formas de expressão;
- II- os modos de criar, fazer e viver;
- III- as criações científicas, artísticas e tecnológicas;
- IV- as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;
- V- os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Moralidade administrativa: é uma expressão que não tem uma compreensão instantânea e rigorosa, embora tenha sido elevada a princípio constitucional a ser atendido pela Administração Pública (art. 37). Abrange o sentido ético da conduta do administrador. O texto constitucional quer que a moralidade administrativa em si seja fundamento de nulidade do ato lesivo. Segundo José Afonso da Silva, “deve-se partir da idéia de que moralidade administrativa não é *moralidade comum*, mas *moralidade jurídica*. Essa consideração não significa necessariamente que ato legal seja honesto.” (SILVA, 2000, p.463).

Portanto não basta que o ato do Poder Público seja legal, deve estar também de acordo com o princípio da moralidade. O administrador público não é o titular dos bens que administra simplesmente. É o gerente do domínio cujo titular em um regime democrático é o povo.

As ações populares são isentas de custas e outras despesas processuais, conforme estabelecido na Constituição Cidadã, tanto para facilitar o acesso judicial, como forma de motivação ao agir.

Tal ação tem as mesmas características de todas aquelas com que alguém se envolve ao Poder Judiciário, em busca do reconhecimento da detenção de um direito, ou da tutela de qualquer dos bens assim juridicamente considerados.

Entre os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, encontra-se o relativo à cidadania (art. 1º, II, CF). Por isso, caberá ao próprio Poder Público assegurar o exercício da ação popular, inclusive oferecendo advogados ou defensores públicos, mesmo que para a contestação e anulação de atos seus (CLEVE, 1993, p.24).

Má fé: O que caracteriza a má fé é o fato de a ação não conter objetivamente nada que possa, independente de razoável dúvida, conter os pressupostos da ação.

Ato lesivo: é todo ato ou permissão administrativa que desfalca o erário ou prejudica a Administração, assim como o que ofende bens ou valores artísticos, cívicos, culturais, ambientais, ou históricos da comunidade.

### 3 Ação popular

#### 3.1 Conceito

É popular a ação que, intentada por qualquer do povo, objetive a tutela judicial de um dos interesses metaindividuais previstos especificamente nas normas de regência.

É um remédio constitucional<sup>6</sup> nascido da necessidade de se melhorar a defesa do interesse público e da moral administrativa, pelo qual qualquer cidadão fica investido de legitimidade para o exercício de um poder de natureza essencialmente política, e constitui manifestação direta da soberania popular (art. 1º, parágrafo único, CF). Revela-se como uma forma de participação do cidadão na vida pública, no exercício de uma função que lhe pertence primariamente, a de fiscal do bem comum.

<sup>6</sup> Segundo José Afonso da Silva, “remédios constitucionais, no sentido de *meios* postos à disposição dos indivíduos e cidadãos para provocar a intervenção das autoridades competentes, visando *sanar, corrigir*, ilegalidade e abuso de poder em prejuízo de direitos e interesses individuais. Alguns desses remédios revelam-se meios de provocar a atividade jurisdicional, e, então, têm natureza de ação: são *ações constitucionais*.” (2000, p. 442)

No conceito de Meirelles (2000, p.87), ação popular :

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

No ensinamento de Silva (2000, p.462)

o nome ação popular deriva do fato de atribuir-se ao povo, ou a parcela dele, legitimidade para pleitear, por qualquer de seus membros, a tutela jurisdicional de interesse que não lhe pertence, ut singuli, mas à coletividade.

O que lhe dá conotação especial é a natureza impessoal do interesse defendido por meio dela: interesse da coletividade. Sua finalidade é coletiva, não propriamente preventiva, mas a lei pode dar, como deu, a possibilidade de suspensão liminar do ato impugnado para prevenir a lesão.

Constitui forma de exercício da soberania popular, juntamente com o direito de sufrágio, direito de voto em eleições, plebiscitos e referendos e ainda a iniciativa popular de lei e o direito de organização e participação de partidos políticos (Arts. 1º e 14, CF). Dessa forma, permite-se ao povo exercer a função fiscalizatória do Poder Público de maneira direta, com base no princípio da legalidade dos atos administrativos e no conceito de que a *res* pública (república) é o patrimônio do povo.

### 3.2 Objeto

O objeto da ação popular consiste no interesse difuso à preservação: da probidade, eficiência e moralidade na gestão da coisa pública e bem assim à tutela do meio ambiente e do patrimônio público em sentido amplo. (CF, art. 5.º, LXXIII; arts. 37 e 170, VI, Lei de Ação Popular (LAP), arts. 1.º e 4.º). É o combate ao ato ilegal ou imoral e lesivo ao patrimônio público, sem contudo configurar-se à *ultima ratio*.

Além das possibilidades de ingresso especificadas anteriormente, é pensável a sua utilização também na tutela do interesse difuso dos consumidores (Código de Defesa do Consumidor, art. 81, I; Lei 7.347/85 art. 1.º *caput*).

A LAP dispõe sobre atos que considera nulos e os que reputa anuláveis (arts. 2º, 4º e 3º), adotando classificação tradicional do direito privado. No campo dos nulos, destacam-se os casos de incompetência, vício de forma, ilegalidade do objeto, inexistência dos motivos e desvio de finalidade (art. 2º, alíneas ‘a’ a ‘e’). Ainda nesse campo, a lei institui, entre outras, hipóteses que dizem respeito à inobservância do procedimento licitatório (art. 4º, III, IV e V), ou a empréstimos concedidos irregularmente (art. 4º, VIII). Quanto aos anuláveis, o critério adotado foi o de exclusão: serão passíveis de anulação os atos lesivos ao patrimônio público, quando os vícios não se compreendam nos casos de nulidade, segundo as prescrições legais (art.3º).

### 3.3 Classificação

A interpretação da LAP não é exaustiva. Além dos atos com presunção de ilegitimidade e lesividade, sujeitos à ação popular previstos pelo art. 4º da LAP, de I a IX, rendem ensejo a anulação de atos das entidades do art. 1º nos casos de:

- a) *incompetência* ou seja, quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou; pelo *vício de forma* e consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;
- b) *ilegalidade do objeto* cuja ocorrência se dá, quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;
- c) *inexistência dos motivos* se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;

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

Também são nulos os atos ou contratos, praticados ou celebrados por quaisquer das pessoas ou entidades referidas no artigo 1º da LAP (art. 4º, LAP).

### 3.4 Finalidade

A ação tem por finalidade a desconstituição do ato lesivo e condenação dos responsáveis à reposição do *status quo ante*, permitida a tutela cautelar (arts. 5.º, § 4.º, LAP). Sem prejuízo das perdas e danos.

O texto constitucional não indica o momento de propositura da ação, portanto torna cabível, como meio preventivo, sendo ajuizada antes da consumação dos efeitos lesivos ao ato ou como meio repressivo, sendo proposta depois da lesão, para reparação de dano.

Como ensina Meireles (2000, p.124), na ampla acepção administrativa, *ato* é a lei, o decreto, a resolução, a portaria, o contrato e demais manifestações gerais ou especiais, de *efeitos concretos*, do Poder Público e dos entes com funções públicas delegadas ou equiparadas. *Ato lesivo*, portanto, é toda manifestação de vontade da Administração danosa aos bens e interesses da comunidade. Esse dano pode ser potencial ou efetivo. Assim sendo, não é necessário que se aguarde a conversão do *ato* em *fato administrativo* lesivo para se intentar a ação.

A ação pode ter finalidade corretiva da atividade administrativa ou supletiva da inatividade do Poder Público nos casos em que devia agir por expressa imposição legal. O cidadão tanto pode corrigir a atividade *comissiva* da Administração como *obrigá-la a atuar*, quando sua omissão redundar em lesão ao patrimônio público.

Bastos (2001, p.398) ressalta que:

os efeitos se traduzem tanto na anulação do ato praticado, na sua sustação, caso iminente a sua consumação, como também na ordenação da sua prática, na hipótese de omissivo. Ademais, comporta condenação dos beneficiários da lesividade, daí porque é mister o chamamento a juízo, como co-réu, tanto da pessoa que praticou o ato questionado quanto do que dele extraiu proveito.

### 3.4 Natureza da ação

De acordo com o art. 11 da Lei nº 4.717, a ação possui natureza desconstitutiva-condenatória, pois a decisão que der invalidade ao ato condenará os responsáveis e seus beneficiários por perdas e danos e visará à anulação do ato impugnado.

Segundo Tomás Pará Filho a constitutividade é a aptidão pela qual determinada sentença opera mudança na condição ou estado jurídico das partes, ou, incidindo sobre certa relação jurídica, de algum modo a transmuda (apud MANCUSO, 1998, p.210).

Por ser constitutiva-condenatória a sentença decreta a invalidade do ato impugnado, como também condena ao pagamento de perdas e danos os responsáveis e os beneficiários do ato, pois, sendo lesivo, mister se faz que o dano seja reparado.

Rodolfo de Camargo Mancuso acredita que as hipóteses de ação que configura como pedido meramente declaratório, configura carência por falta de interesse de agir.

### 3.6 Causa Petendi

Em relação à causa de pedir da ação, anteriormente à Constituição de 1988, era consolidado o entendimento de que a declaração de nulidade ou anulação de atos pela via popular fundava-se em dupla ocorrência: ilegalidade e lesividade do ato que se desejava invalidar.

Uma questão importante é a de saber se, na ação popular, a *causa petendi* é a nulidade somada à sua lesividade ou se basta a lesividade do ato para viciá-lo.

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, já que ela poderá ser prejudicada sem que haja, diretamente, violação da lei ou lesão ao patrimônio.

Conforme Mancuso (1998, p.78), a ação alcança aqueles atos que ferem a moralidade administrativa, independentemente de causarem lesão ao patrimônio público.

Acredita que é dispensável o requisito da legalidade, eis que a ofensa à moralidade por si permite o desfazimento do ato pela ação popular. Restando apenas como requisito a lesividade, mas não, necessariamente, de cunho patrimonial (MANCUSO, 1998, p.70).

Meirelles (2000, p.122-123) acredita que a:

admitir que qualquer cidadão conteste a validade de ato administrativo praticado por agente competente, de acordo com a lei e os regulamentos aprovados pelos Poderes Constitucionais legítimos, apenas com base no conceito vago de imoralidade, é deixar a sorte da Administração ao sabor variável e influenciável da opinião pública e dos humores políticos. Se a Administração age dentro da lei, sem desvio de finalidade, não há como aceitar a intervenção do Poder judiciário através da ação popular.

A Lei nº 4.717 declara nulos os atos lesivos que forem viciados por incompetência, vício de forma, ilegalidade do objeto, inexistência dos motivos e desvio de finalidade (art. 2.º), bem como alguns que expressamente enumera (art. 4º). Declara anuláveis os atos lesivos cujos vícios não forem os indicados.

Difícilmente haverá vícios que não os enumerados como causa de nulidade, a menos que se entenda como vício as quebras da moralidade administrativa. Dessa maneira, seriam anuláveis os atos lesivos praticados com malícia, ou com violação das boas normas de moral administrativa, ainda que formalmente perfeitos.

No entender de Bastos e Martins (2001, p.395) a condição de natureza objetiva para o exercício da ação popular é que o ato a ser invalidado seja lesivo ao patrimônio público. A lesividade, contudo, pressupõe a ilegalidade, pois, se assim não fosse, dever-se-ia aceitar que a Administração está legalmente autorizada a desfalcocar o patrimônio público.

O Judiciário deverá examinar a legalidade do ato jurídico. Bastos e Martins (2001) defende que a ilegalidade pode residir em aspectos intrínsecos ao próprio ato, como a sua forma, por exemplo, assim como em aspectos exteriores a ele mesmo (ausência de causa ou motivo). Destarte, a venda de bem público por preço vil é anulável por ação popular, ainda que efetuada em obediência aos trâmites procedimentais previstos para tanto. É que a ausência de contraprestação razoavelmente justa priva o ato de causa, viciando-o, em conseqüência. E completa afirmando ser :

imoral, administrativamente, aquele ato que sem encerrar violação frontal a um preceito, termina, no entanto, por constituir violência aos fins com que deve ser levado a efeito a atividade administrativa. Não basta, entretanto, para que um ato possa ser considerado administrativamente imoral, que não corresponda às prioridades políticas daquele que emite o juízo (BASTOS; MARTINS, 2001, p.396-397).

### 3.7 Requisitos

Para o ajuizamento da ação popular são necessários dois requisitos:

- *requisito subjetivo*: somente o cidadão tem legitimidade para a propositura da ação, sendo que a prova da cidadania, para ingresso em juízo, será feita com o título eleitoral, ou com documento que a ele corresponda.
- *requisito objetivo*: referente à natureza do ato ou omissão do Poder Público a ser impugnado, devendo ser lesivo ao patrimônio público, seja por ilegalidade ou imoralidade.

Não se exige a ilicitude do ato na sua origem, mas sim a ilegalidade na sua formação ou no seu objeto. A ilegitimidade pode provir de vício formal ou substancial, inclusive desvio de finalidade, conforme a lei regulamentar enumera e conceitua em seu próprio texto, no art. 2º “a” e “e”.

Essa lesão pode ser efetiva quando legalmente presumida, pois a lei regulamentar estabelece casos de presunção de lesividade (art. 4º), para os quais basta a prova da prática do ato naquelas circunstâncias para se considerar lesivo e nula de pleno direito. A lesividade abrange o patrimônio material quanto o moral, o estético, o espiritual, o histórico.

Nos demais casos é necessário demonstrar a ilegalidade e a lesão efetiva ao patrimônio protegível pela ação popular. O objetivo não é apenas restabelecer a legalidade, mas também punir ou reprimir a imoralidade administrativa, portanto, tem um valor educativo a impor.

### 3.8 Extensão da ação popular

Tal questão é alvo de controvérsias. Parte da doutrina entende que somente os atos administrativos podem ser atacados pela ação popular. Por outro lado, há o entendimento de que mesmo atos legislativos e até jurídicos podem ser atacados por ela, já que esses atos podem ser lesivos ao patrimônio público, porém a lei não distingue entre atos que podem ser objeto de ação popular.

Primeiramente, examinando o caso legislativo, em tese, não deve caber ação popular, pois seu ato é expressão da vontade geral, não havendo fundamento teórico que justifique o Judiciário, mero executor das leis, possa anulá-lo, por ser a seu critério lesivo ao interesse público (FERREIRA FILHO, 1999, p.319).

Hoje a doutrina e a jurisprudência concordam que não cabe ação popular para invalidar lei em tese, ou seja, a norma geral, abstrata, que apenas estabelece regras de conduta para a sua aplicação. É necessário

que a lei renda ensejo a algum ato concreto de execução, para ser atacado pela via popular. Os tribunais vêm seguidamente ressaltando que ação popular não pode servir como substituto da ação direta de inconstitucionalidade, justamente por não se prestar ao ataque à lei em tese.

Todavia, na prática, os representantes do povo às vezes praticam atos visivelmente lesivos ao patrimônio público, os quais não se pode ignorar, por esse motivo, os tribunais, contrariando a doutrina, tem admitido ações populares contra leis em tese.<sup>7</sup> Na Lei nº 4.717, nada consta sobre a questão, devendo ao intérprete escolher entre a teoria e a moralidade pública.

Contra atos judiciais não consta acolhimento de ação popular pelos tribunais, devendo a discussão ser apenas acadêmica, por falta de coisa julgada. Admitir ação rescisória contra o Judiciário significaria um conflito de valores: moralidade administrativa X segurança das decisões judiciais.

### 3.9 Legitimação ativa

A expressão qualquer cidadão restringe a legitimidade apenas ao nacional no gozo de seus direitos políticos como sujeito ativo. Existem autores que defendem que o português também pode ser, uma vez que tem seus direitos políticos equiparados ao do brasileiro (art. 12, II, § 1º, CF). É vedada a legitimidade, portanto, aos estrangeiros, às pessoas jurídicas, e àqueles que tiverem suspensos ou declarados perdidos seus direitos políticos (art. 15, CF).

A comprovação da legitimidade se dará pelo título de eleitor (brasileiros) ou certificado de equiparação e gozo dos direitos civis e políticos e título de eleitor (português equiparado).

No caso do cidadão menor de 21 anos, não há a necessidade de assistência, por tratar-se de direito político. O cidadão pode ajuizar a ação mesmo que o litígio se verifique em comarca onde ele não pos-

<sup>7</sup> p. ex., RT, n.313, p.178.

sua domicílio eleitoral.

A maioria da jurisprudência e da doutrina entende que o autor popular age como substituto processual, pois defende em juízo, em nome próprio, um interesse difuso, pertencente à coletividade. Cabe o entendimento de que a ação popular, enquanto instrumento de exercício de soberania popular, pertence ao cidadão, que, em face de expressa previsão constitucional, teve sua legitimação ordinária ampliada, e em nome próprio e na defesa de seu próprio direito – participação na vida política do Estado e fiscalização da gerência do patrimônio público – poderá ingressar em juízo (MANCUSO, 1998, p.183).

Segundo o posicionamento de alguns autores, dentre os quais Rodolfo de Camargo Mancuso e José Afonso da Silva, o autor popular não é um substituto processual, pois defende um interesse próprio como titular da soberania popular que fundamenta sua legitimação para agir na ação popular corretiva.

O Ministério Público, enquanto instituição, não possui legitimação para o ingresso de ação popular, porém como parte pública autônoma é incumbida de zelar pela regularidade do processo e de promover a responsabilização civil e criminal dos responsáveis pelo ato ilegal e ileso, manifestando-se em relação ao mérito com total independência funcional (art. 127, § 1º, CF).

É facultado a qualquer cidadão habilitar-se como litisconsorte ou assistente do autor popular (art. 6º, § 5º, LAP). Abre-se aos mesmos cidadãos e também ao Ministério Público (MP) a possibilidade de prosseguir na ação, caso o autor originário desista ou dê causa à sua extinção (art. 19, § 2º, LAP).

O eleitor também pode intervir na qualidade de litisconsorte ou assistente do autor, ou mesmo, para prosseguir na demanda se dela desinteressar-se o postulante originário. (art. 6º § 5º, LAP).

### 3.10 Legitimação passiva

Pode haver vários sujeitos passivos, contudo é obrigatória a citação das pessoas jurídicas públicas, inclusive das empresas públicas e das sociedades de economia mista, ou privadas, em nome das quais o ato foi praticado, e mais as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado pessoalmente o ato ou firmado o contrato impugnado, ou que, por omissos tiverem dado oportunidade à lesão, com também os beneficiários diretos<sup>8</sup> do mesmo ato ou contrato.

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

Segundo o art. 6º da LAP, há litisconsórcio passivo necessário de todas as pessoas mencionadas, e se alguma não estiver presente no feito, deve o juiz, ao sanear-lo, ordenar a sua citação. O objetivo é não excluir ninguém que tenha contribuído para a realização do ato cuja nulidade ou anulação se demanda.

Dos sujeitos passivos da ação e dos assistentes:

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

É peculiar a posição da entidade (pessoa jurídica de direito público ou privado) que tenha sofrido lesão em seu patrimônio em razão do ato impugnado. Será citada inicialmente como ré, mas poderá abs-

<sup>8</sup> Todos os beneficiários diretos do ato impugnado são litisconsortes passivos necessários, e a falta de sua citação para o contraditório é causa de nulidade absoluta do processo.

ter-se de contestar o pedido ou atuar ao lado do autor, desde que isso se figure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente (art. 6º, § 3º e *caput*, LAP).

Isso significa que, na matéria, sobreleva o interesse coletivo no desfazimento do ato ilegítimo e na recomposição do patrimônio público por ele desfalcado, uma vez que não é lógico forçar a pessoa jurídica a permanecer solidária com a prática de uma ilegalidade a ela mesma danosa, se já convencidos dos erros de seus órgãos, ou já substituídos os eventuais ocupantes de seus cargos por quem não esteja de acordo com as anteriores irregularidades.

## 4 Propositura e Tramitação da Ação Popular

### 4.1 Competência

A competência para processar e julgar ação é determinada pela origem do ato a ser anulado, conforme artigo 5º da LAP. 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.

A ação pode ser proposta em qualquer comarca. Na capital, o interesse da União levará o feito à uma das varas da seção judiciária, ou Justiça Federal. É ajuizada contra a União, o Estado ou o Município, contra a pessoa que recebe subvenção governamental e contra quem se tiver beneficiado das irregularidades que a ensejam.

A ação ajuizada contra Presidente da República, Presidente do Senado, Presidente da Câmara dos Deputados, Governador ou Prefeito, será processada e julgada perante a Justiça de primeiro grau (Federal ou Comum).

O Supremo Tribunal Federal decidiu ser de sua competência originária o julgamento da ação popular pela qual pudesse causar um conflito entre um Estado e a União; também nas que haja interesse de

todos os membros da Magistratura ou de mais da metade dos membros de um tribunal, por aplicação da alínea “n” do inciso I do art. 102 da CF.

Para fins de competência equiparam-se aos atos da União, do Distrito Federal, dos Estados ou dos Municípios os atos das pessoas criadas ou mantidas por essas pessoas jurídicas de Direito Público, bem como os atos das sociedades de que elas sejam acionistas e os das pessoas ou entidades por elas subvencionadas em relação às quais tenham interesse patrimonial (art. 5º, §1º, LAP).

A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações que forem posteriormente intentadas contra as mesmas partes e sob os mesmos fundamentos.<sup>9</sup>

Deverá ser requerida a intimação do Representante do Ministério Público para acompanhamento desde a inicial, por isso, no mesmo despacho que determina a citação, o juiz deverá ordenar também esta intimação, sob pena de nulidade. E no caso de ter sido deferida requisição de provas por ofício, compete ao Ministério Público diligenciar para que sejam fornecidas no prazo, isto também faz parte de sua função de fiscal da lei.

Julgando procedente a ação popular, o juiz poderá condenar o requerido em perdas e danos, mesmo que não lhe tenha sido requerido, conforme inteligência do art. 11, sempre da mesma lei reguladora. Entretanto, é facultado à administração, exercer o direito regressivo, no caso de culpa, quando forem funcionários os causadores do dano. O valor pode até ser descontado dos vencimentos.

Os pedidos possíveis são o condenatório (ressarcimento ao erário; restituição de bens e valores) e constitutivo-negativo (nulidade/rescisão do ato lesivo), o que qualifica a ação como predominantemente pessoal.

O critério de competência é fixado através de critérios especiais elencados no art. 5º da LAP, que muitas vezes vão contra o CPC, quais sejam:

<sup>9</sup> Art. 5º da LAP, também de acordo com o princípio geral já previsto no Código de Processo Civil.

- a) como regra geral, a causa será proposta no foro ou juízo correspondente ao ente político interessado, considerando-se para tanto a origem do ato sindicado. Um exemplo de caso prático é aquele onde o objeto da ação envolve obra pública a cargo da União. Nesse caso, a ação será proposta na seção judiciária competente da Justiça Federal<sup>10</sup>, podendo sê-lo, conforme for, na seção em que for domiciliado autor, naquela em que houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda, ou onde esteja situada a coisa, ou ainda, no Distrito Federal;<sup>11</sup>
- b) o segundo caso é da competência por equiparação, na qual derroga-se a competência comum, uma vez que tais pessoas ou entidades seriam sindicadas perante o juízo onde normalmente são demandas, prevalecendo, na espécie, entretanto, o foro remarcado pelo interesse daquelas a que estão ligadas por criação, manutenção, sociedade ou subvenção. Nesse caso, há, por consequência, nítido interesse da pessoa jurídica de direito público participante (SILVA *apud* MANCUSO, 1998, p.40) ;
- c) quando o ato ou omissão toque a mais de um nível de governo, a competência se desloca em favor do ente político mais proeminente, e mesmo se dando-se a concomitância de interesses envolver Estado e Município (art. 5º, § 2º, LAP) “Essa competência, por prioridade ou atração, afastará qualquer outra, tornando-se privilegiada” (SILVA *apud* MANCUSO, 1998, p.40).

Meirelles (2000, p.120) ressalta 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 da competência da Justiça e é privativa da Administra-

ção. O pronunciamento do judiciário, nessa ação, fica limitado unicamente à legalidade do ato e à sua lesividade ao patrimônio público. Sem a ocorrência desses dois vícios no ato impugnado não procede ação.

A conveniência e a oportunidade, quando da atuação da Administração Pública, não estão sujeitos ao controle judicial.

#### 4.2 Fase Postulatória

##### 4.2.1 Formação do litisconsórcio passivo

Quanto ao litisconsórcio passivo necessário, utilizam-se os seguintes critérios:

- a) entidades públicas: serão citadas naturalmente, nas pessoas de seus representantes legais, podendo haver prévia delegação para tal (art. 12, II, CPC);
- b) a autoridade<sup>12</sup> cujos atos ou omissões constituam objeto da ação, será citada pessoalmente, porque a responsabilidade pelos atos ou omissões na ação é pessoal, e assim, não será a entidade, e sim a autoridade, que responderá com seu patrimônio em caso de procedência da ação, podendo sê-lo juntamente com seus pares<sup>13</sup>;
- c) administradores: também serão citados pessoalmente, tanto como representantes legais das entidades, como em seu nome pessoal, sendo esta última observação devida à mesma razão da anterior;
- d) funcionários<sup>14</sup>: aqueles que de algum modo participaram ou concorreram para a lesão, serão citados pessoalmente, como o seriam normalmente em uma ação que lhes imputasse responsabilidade por falha funcional;

<sup>10</sup> Art. 109, I, CF.

<sup>11</sup> Art. 109, § 2º CF.

<sup>12</sup> Prefeito, Governador, Presidente da República, chefes do Legislativo ou do Judiciário.

<sup>13</sup> v. g., os integrantes da Mesa Diretora da Casa Legislativa ou do Órgão Especial, em se tratando do Judiciário.

<sup>14</sup> Servidores de escalão inferior.

e) avaliador<sup>15</sup> e os terceiros beneficiários: também serão citados pessoalmente, mas quanto a esses últimos pode o autor optar pela citação editalícia.

O órgão do Ministério Público será intimado, ante o evidente interesse público subjacente à ação.

Apesar do ente político e órgãos da administração indireta não lograrem prejuízo com a procedência da ação proposta (já que, a princípio, ela é proposta em seu favor), o interesse processual que determina sua citação, e pois, sua condição de co-réu, tem dois fundamentos técnicos.

O primeiro diz que o litisconsórcio passivo que se instaura é o do tipo necessário, de maneira que a eficácia do julgado dependerá da citação de *todos* os legítimos contraditores (CPC, art. 47). Já o segundo sustenta que tais entidades, conquanto rés, podem, ao tempo da resposta, beneficiar do triplice alvitre que lhe assegurou o legislador, optando em contestar, omitir-se ou assistir o autor (LAP, art. 6º, § 3º), e, mesmo tendo contestado, podem executar a sentença que venha a julgar procedente a ação (LAP, art. 17).

#### 4.2.2 Concessão ou denegação de liminar

Inicialmente, a LAP não previu a possibilidade de tutela liminar. Contudo, o CPC vigente na época de sua promulgação previa tais medidas preventivas<sup>16</sup>, bem como o art. 22 da própria lei da ação manda aplicar subsidiariamente as regras do CPC.<sup>17</sup>

A questão da liminar hoje pode ser resumida da seguinte maneira, conforme sugere Rodolfo de Camargo Mancuso:

a) é expressamente prevista na LAP, com acréscimo da Lei 6513/77. Se não desta maneira, já era cabível segundo o CPC vigente à época, cabendo ao magistrado verificar a razoabilidade da alegação do justo temor do dano (irreparável);

b) a decisão do juiz que a concede ou a nega é agravável<sup>18</sup>;

c) pode ser requerida na inicial ou incidentalmente: pelo autor, pelo Ministério Público, pelo terceiro interveniente<sup>19</sup>, pelas entidades afirmadamente lesadas - ou ainda ser concedida de ofício pelo juiz<sup>20</sup>;

d) obstante ela poder ser cassada pela sentença de improcedência, pode ter seus efeitos suspensos pelo Presidente do Tribunal que seria o competente para conhecer da ação em grau de recurso, mediante requerimento do Ministério Público ou entidade pública interessada; e

e) tanto a decisão presidencial que concede a suspensão de liminar como a nega, é agravável.

#### 4.2.3 O conjunto probatório

As particularidades na produção da prova devem-se à dúplici natureza contenciosa da ação. Tal duplicidade apresenta, de um lado, um processo de partes (autor e aqueles a que se imputa a responsabilidade), e de outro, um contencioso de legalidade (contraste entre a conduta da Administração ou da autoridade).

##### 4.2.3.1 A POSTURA DO JUIZ

Ao contrário do que ocorre no processo civil, o juiz tem uma postura mais inquisitória quanto à aferição da prova. Isso em razão da melhor proteção do interesse da coletividade e do patrimônio público lesado. Aqui o juiz está mais para produtor do que para destinatário da prova.

Pode de ofício requisitar documentos e solicitar esclarecimentos das entidades sindicadas. Pode aplicar pena de desobediência em caso de escusa ou retardamento no fornecimento de certidões, documentos

<sup>15</sup> Quando for o caso do art. 4º, II, “b” da LAP.

<sup>16</sup> Arts. 675, II e 683, CPC de 1939.

<sup>17</sup> Art. 22.: LAP: “(...) naquilo que não contrariem os dispositivos desta lei, nem a natureza específica da ação”.

<sup>18</sup> TJSP, 08.10.1980, rel. Carvalho Filho, RT 549, p.56.

<sup>19</sup> Art. 6º, LAP.

<sup>20</sup> Art. 6º, *caput*, LAP.

ou informações<sup>21</sup>. Pode qualificar a lide, ao sentenciar, como *manifestadamente temerária*, para condenar o autor no ônus da sucumbência<sup>22</sup>. Pode remeter peça dos autos à autoridade competente quando entender comprovada a prática de infração penal ou administrativa (art. 15, LAP).

Quanto à questão do retardamento da prestação jurisdicional, se ele exceder o prazo quinzenal estabelecido para a sentença, ficará excluído da lista de merecimento para a promoção, durante dois anos, e acarretará a perda, para o efeito de promoção por antigüidade, de tantos dias quanto forem os do retardamento<sup>23</sup>.

Deve precaver-se para não envolver-se pela colusão entre as partes, cabendo usar o artigo 129 do CPC<sup>24</sup>.

Quanto ao mérito da causa, deve proferir sentença terminativa, quando houver controvérsia em torno dos atos que escapam ao contraste jurisdicional, como os puramente políticos ou os estritamente discricionários.

#### 4.2.3.2 O PROCEDIMENTO

Apesar das peculiaridades e muito embora se qualifique como uma *lei processual extravagante*, a ação segue o rito ordinário previsto no CPC, enquanto espécie, juntamente com o sumário, do gênero procedimento comum (art. 7º, *caput*, LAP).

A ação segue o rito ordinário com as seguintes modificações:

a) no despacho inicial o juiz ordenará a citação de todos os responsáveis pelo ato impugnado e a intimação do Ministério Público, que é interveniente obrigatório;

b) requisitará os documentos necessários, marcando

o prazo de quinze a trinta dias para atendimento;

- c) ordenará a citação pessoal dos que praticaram o ato e a citação edital e nominal dos beneficiários, se o autor assim requerer; e
- d) decidirá sobre a suspensão liminar do ato impugnado, se for pedida.

O curso procedimental depende do modo como se vai processar a massa probatória:

- a) se a massa probatória incluir pedido de prova testemunhal ou pericial, o rito se definirá como ordinário. O juiz saneará o feito e designará audiência de instrução e julgamento<sup>25</sup>.
- b) se as partes não manifestarem tal intenção, o rito se abreviará. O juiz prolatará a sentença nos estado dos autos, em 48 horas após o transcurso do descêndio aberto às partes para as alegações finais<sup>26</sup>.

Subjacente ao procedimento da ação, há nítida preocupação do legislador com a perquirição da *verdade real*, que explica certas peculiaridades da ação, tais como uma certa postura inquisitória do juiz, o prazo especial para defesa<sup>27</sup>, e a tríplice opção de conduta para a entidade pública no prazo de resposta<sup>28</sup>.

#### 4.2.3.3 A POSTURA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A qualificação mais aceita é a de Hely Lopes Meirelles (2000, p.96), que vê o Ministério Público como “parte pública autônoma incumbida de velar pela regularidade do processo, de apressar a produção da prova e de promover a responsabilidade civil

<sup>21</sup> Art. 8º, LAP.

<sup>22</sup> Art. 5º, LXXIII, parte final, CF.

<sup>23</sup> Art. 7º, VI do parágrafo único, LAP.

<sup>24</sup> Art. 129: “convencendo-se, pelas circunstâncias da causa, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei, o juiz proferirá sentença que obste aos objetivos das partes”, CPC.

<sup>25</sup> Art. 7º, V e CPC, art. 331, LAP.

<sup>26</sup> Art. 330, I e LAP, art. 7º, V, CPC.

<sup>27</sup> 20 dias, prorrogáveis por outro tanto. Art. 7º, IV da LAP.

<sup>28</sup> Art. 6º, § 3º, LAP.

ou criminal dos culpados”.

O Ministério Público constitui parte pública autônoma, tendo liberdade para manifestar-se, a favor, a favor ou contra a procedência da ação, pois o que a lei veda (art. 6º, § 4º, LAP) é que assumam a defesa do ato impugnado ou dos réus, isto é, que contraditam a inicial, promovam provas ou pratiquem outros atos processuais contra os autores.

O texto do § 4º do art. 6º da LAP deve ser interpretado no sentido de que o promotor oficiante deve pautar a sua atuação sempre pela diretriz do que melhor consulte ao interesse público, à defesa do erário, à proteção do patrimônio público e da moralidade administrativa. A influência não pode ser apenas unilateral – pró-autor – deve opinar também pela improcedência da ação, quando necessário ao interesse público.

As atividades do Ministério Público na ação são múltiplas, conforme LAP, § 4º do artigo 6º; § 1º do art. 7º, arts 9º e 16; e § 2º do art. 19, cujas interpretações sistemáticas conduzem às seguintes atribuições:

- a) oficiante necessário, enquanto fiscal da lei;
- b) órgão ativador e agilizador da prova;
- c) sucessor processual do autor;
- d) não é parte principal na ação em si, mas somente na ação penal que resultar da constatação, nos autos, de infração penal (art. 15, LAP);
- e) não é titular da ação, porque só o será o autor popular no gozo de seus direitos políticos, e não enquanto promotor de justiça.

#### 4.2.3.4 OS MEIOS DE PROVA, O *ONUS PROBANDI*, E A OPORTUNIDADE DE SUA PRODUÇÃO

Conforme Péricles Prade, a prova visa, fundamentalmente, à existência da lesividade, sem prejuízo da ocorrência da ilegalidade (*apud* MANCUSO, 1998, p.187).

A atual CF vocaciona a ação popular para:

anular ato lesivo ao patrimônio público, silenciando quanto à co-exigência da ilegalidade e, realmente, conforme acórdão do TJSP (RT 547/63), o ato do administrador pode ser lesivo ao patrimônio, sem ter sido ilegal. Nos casos mais ocorrentes, porém, permanece o entendimento de que a ação pressupõe a prova do binômio ilegalidade/lesividade.<sup>29</sup>

Se a causa de pedir fundar-se em alegação de que o ato sindicado afrontou a moralidade administrativa sendo este um fundamento autônomo para a ação, o conjunto probatório apresentará refrações especiais, dada a conotação difusa desse conceito.

Nos casos mais ocorrentes, o objeto da prova incidirá naquele binômio, até para que a petição inicial ganhe densidade jurídica, e atenda aos princípios da substanciação (art. 282, III, CPC).

Cabe ao autor demonstrar, no plano da regularidade processual:

- a) que é legitimado ativo, juntando a prova documental da condição de brasileiro eleitor (art. 1º, § 3º da LAP);
- b) que tem interesse processual (art. 3º, CPC);
- c) que concorre o quesito da possibilidade jurídica do pedido;

No plano substancial, onde incidirá a decisão sobre o mérito da controvérsia, deve o autor desincumbir-se do ônus de provar o fato constitucional de sua pretensão.

Desse modo, o autor, ao momento da inicial, deverá: juntar a prova documental de que dispõe, e, sendo o caso, a prova pré-constituída; requerer sejam requisitadas junto às entidades sindicadas, as certidões e outros assentamentos, embora o juiz possa fazê-lo de ofício; protestar pelas demais provas que intente produzir, ficando ciente de que, se por ocasião da fase em que seria possível o *judgamento*

<sup>29</sup> STF (RE 92.326, 1º T. rel. Min. Rafael Mayer).

conforme o estado do processo<sup>30</sup> vier a requerer prova oral ou pericial, tal comunicação determinará que o que o rito do processo passará a ser o ordinário<sup>31</sup>.

A produção probatória na ação popular não sofre outras restrições, a não ser a de que os meios devem ser legais, bem como moralmente legítimos, e a CF não descarta as provas obtidas por meios ilícitos<sup>32</sup>. Tudo isso, dada a finalidade pública do objeto.

Dos meios de prova, são os mais importantes.<sup>33</sup>

- a) *documental* (título de eleitor, certidões, contratos, fotografias,...) e
- b) *pericial* (tanto as avaliações procedidas no processo de conhecimento como no de execução, bem como as pré-constituídas).

O autor popular não pode confessar fato contrário à tese por ele sustentada na inicial, como também não pode renunciar ao direito sobre que se funda a ação<sup>34</sup>, exatamente porque o interesse não é propriamente seu, mas da sociedade como um todo, até porque não vale como confissão a admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis<sup>35</sup>.

Já quanto aos co-réus, podem fazê-lo e, inclusive, reconhecer a procedência do pedido<sup>36</sup>, sendo que o § 3º do art. 6º da LAP prevê a possibilidade de a entidade pública omitir-se de contestar, podendo até assistir o autor<sup>37</sup>.

A entidade apenas poderá confessar a ação ou reconhecer o pedido caso não tenha antes optado por assistir o autor, porque se o fez, operou-se em relação a ela, a preclusão lógica para a prática daqueles atos, por incompatíveis com a com a opção processual por ela antes adotada.

No que se refere a ação fundada no interesse público, aumenta o ônus que recai sobre os cidadãos, em geral, de colaborarem na perquirição da verdade real, investigada na ação<sup>38</sup>, dando ao autor popular ou ao promotor de justiça oficiante notícia do que souberem e que seja relevante ao esclarecimento dos fatos, ou até mesmo requerendo sua intervenção na lide.<sup>39</sup>

Não é descartada a hipótese de que o autor disponha de *prova inequívoca* quanto à pretensão, de modo que, não há impedimento para a concessão para antecipação dos efeitos da tutela.<sup>40</sup>

#### 4.2.3.5 REVELIA

Quanto à pessoa jurídica de direito público ou privado cujo ato é sindicado na ação, cremos que não se aplica o efeito da revelia, consistente em *reputarem-se verdadeiros os fatos afirmados pelo autor*<sup>41</sup>, porque:

<sup>30</sup> Art. 329, CPC.

<sup>31</sup> Art. 7º, V, LAP.

<sup>32</sup> Art. 5º, LVI, CF.

<sup>33</sup> A prova testemunhal tem importância reduzida, porque por si só, é um meio menos convincente e, no âmbito de tal ação, está contraposta a provas de natureza mais robusta, e também, porque esse tipo de prova sofre várias restrições à sua produção. Art. 400, 401; §§ 1º, 2º, 3º do art. 405, CPC.

<sup>34</sup> Art. 269, V, CPC.

<sup>35</sup> Art. 351, CPC.

<sup>36</sup> Art. 269, II, CPC.

<sup>37</sup> Segundo José Afonso da Silva (1968, p.229), quando estas posturas processuais são tomadas pela entidade pública, não vinculam seus subordinados, também réus na ação. "O réu, funcionário ou administrador, tem o direito de prosseguir na demanda e lutar para vencê-la, porque ali se jogam, não só relações patrimoniais, mas também morais, relativas à reputação dessas pessoas físicas, sem contar que a confissão não exclui a condenação em perdas e danos. Antes, pressupõe-na".

<sup>38</sup> Art. 339, CPC.

<sup>39</sup> Art. 6º, § 5º, LAP.

<sup>40</sup> Art. 273, CPC, redação da Lei 8952/94.

<sup>41</sup> Art. 319, CPC.

- a) a própria LAP a autoriza a *abster-se de contestar o pedido*<sup>42</sup>, o que tornaria um contra-senso aplicar-se, contra ela, o ônus decorrente do efeito da revelia;
- b) o próprio CPC estabelece que a revelia não induz o efeito de “reputarem verdadeiros os fatos afirmados pelo autor, se havendo pluralidade de réus, alguns deles contestarem a ação, e bem assim se o litígio versar sobre direitos indisponíveis” (art. 320, I e II). Esta excludente é necessariamente ocorrente numa ação popular, por definição, enquanto que aquela primeira é provavelmente ocorrente, porque é razoável supor-se que no amplo litisconsórcio passivo que se estabelece nessa ação, por certo alguns co-réus, contestarão a ação.

É relevante considerar que as pessoas jurídicas, mesmo que tenham contestado a ação, podem, em qualquer tempo, e no que as beneficiar, promover a execução da sentença contra os demais réus<sup>43</sup>. Se assim é, também nos casos em que a pessoa jurídica se absteve de contestar, hipótese em que surge a presunção de que se abstiveram de defender o ato impugnado.

Quanto aos demais co-réus, defende Mancuso (1998, p.194):

o efeito da revelia poderá ocorrer normalmente, porque sua legitimação advém de responsabilidade pessoal, e assim, com relação a eles não há falar em direitos indisponíveis; de outra parte o litisconsórcio que os aglutina não é do tipo unitário.

O ônus da revelia<sup>44</sup> terá, basicamente, aplicação contra os co-réus que não tenham contestado a ação, mas daí deve ser excluída a pessoa jurídica.

#### 4.3.1 Reconvenção

Na ação popular não se admite reconvenção: conquanto possa haver conexão entre a matéria da ação e a que seria deduzida pelo réu via reconvenção<sup>45</sup>, esse instituto pressupõe que as partes estejam brandindo situações jurídicas que lhe são próprias.

Substancialmente falando, o autor popular não sustenta posição jurídica própria, e sim da sociedade como um todo, que ele reputa prejudicada pelo ato/fato/omissão que reputa ilegais e lesivos; logo não há como qualquer dos réus aproveitar-se da ação pendente para formular contrapretensão ao autor popular. Será essa a única restrição que se pode fazer ao amplo espectro da defesa aos co-réus nessa ação.

### 5 Sentença

Procedente a ação, o juiz deverá decretar necessariamente a invalidade do ato impugnado e as restituições devidas, condenando ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela prática e os beneficiários de seus efeitos, focando ressaltada à administração a ação regressiva contra os funcionários culpados<sup>46</sup>.

Há, pois, três situações a serem consideradas na sentença: a) a do ato impugnado (decretação de invalidade); b) a dos responsáveis pelo ato (réus); e a dos beneficiários do ato (co-réus), todos em princípio, solidários na reparação do dano.

Invalidado o ato, a condenação abrangerá, ainda, as indenizações devidas, as custas e as despesas com a ação que teve o autor, bem como honorários de seu advogado.

<sup>42</sup> Art. 6º, § 6º, LAP.

<sup>43</sup> Art. 17, LAP.

<sup>44</sup> “Contra o revel correrão todos os prazos independentemente de sua intimação” (art. 322 do CPC).

<sup>45</sup> Art. 315, CPC.

<sup>46</sup> A invalidação do ato impugnado só acarreta condenação daqueles que tenham agido com culpa ou dolo, pois os que cumpriram ordens superiores, ou atuaram no desempenho regular de suas atribuições funcionais não ficam sujeitos a indenizações ou reparações pelo ato invalidado. A condenação, nesse caso, será apenas do superior que ordenou ou praticou, e de seus beneficiários. Por beneficiários entendem-se aqueles funcionários que auferiram vantagens diretas e imediatas do ato invalidado, e não os que, posteriormente, contrataram regularmente obras ou serviços decorrentes daquele ato.

Nas ações julgadas improcedentes o autor ficará, “salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e ônus da sucumbência”, que são os honorários do advogado.<sup>47</sup>

Pelo art. 5º da LAP, a sentença terá eficácia de coisa julgada oponível *erga omnes*, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Caso o valor da lesão seja comprovado no curso da ação, será indicado na sentença; se depender de avaliação ou perícia, será apurado em execução. Os critérios para a condenação e a execução do julgado são:

- a) quando a lesão resultar da falta de algum pagamento, a condenação importará o recolhimento devido, com juros de mora e multa legal ou contratual, se houver;
- b) quando a lesão resultar da execução fraudulenta, simulada ou irreal de contrato, a condenação versará sobre a reposição do débito, com juros de mora;
- c) quando o réu condenado receber dos cofres públicos, far-se-á a execução por desconto em folha até o integral ressarcimento, se assim mais convier ao interesse público; d) a parte condenada a restituir bens ou valores ficará sujeita a seqüestro e penhora, desde a prolação da sentença condenatória.<sup>48</sup>

Se, no final da ação, ficar comprovada alguma infringência de norma penal ou falta disciplinar, a que a lei comine pena de demissão ou rescisão de contrato de trabalho, o juiz determinará, de ofício, a remessa das peças ao Ministério Público, à autoridade ou administrador a quem competir a aplicação da pena.

A sentença proferida em ação popular que for contrária aos interesses do Poder Público poderá ser suspensa pelo Presidente do Tribunal ao qual caber conhecer do respectivo recurso, enquanto não transitar em julgado.

A ação prevista na Lei prescreve em cinco anos, sendo que aplicam-se à ação popular as regras do Código de Processo Civil, naquilo em que não contrariem os dispositivos da Lei, nem a natureza específica da ação.

## 6 Tipos de sentença na ação popular

São tipos de sentenças factíveis na ação popular:

- a) *que extinguem o processo com julgamento do mérito*, nos casos de procedência/improcedência/procedência parcial, desfechos esses que podem ter várias causas: porque as resistências opostas pelos co-réus não forma capazes de infirmar a tese sustentada na inicial, porque tenha havido o reconhecimento do pedido, porque o julgador tenha pronunciado a decadência ou prescrição ou porque as defesas diretas de mérito oferecidas pelos co-réus foram de modo a ilidir, total ou parcialmente, a tese firmada na inicial;
- b) *que extinguem o processo sem julgamento do mérito*, nos casos de: ausência dos pressupostos de existência e validade da ação ou do processo, inclusive os *pressupostos negativos*.

Quanto à desistência da ação ou abandono do processo, inclusive a hipótese de perempção, dificilmente poderão ser causa de extinção do processo da ação popular, porque os dois primeiros casos serão publicados em editais, ficando assegurado a qualquer cidadão, bem como ao representante do Ministério Público, dentro do prazo de 90 dias da última publicação feita, promover o prosseguimento da ação.

<sup>47</sup> Art. 5º LXXIII, parte final, CF.

<sup>48</sup> Art. 14, § 1º a 4º, LAP.

### 6.1 Natureza das sentenças possíveis em ação popular

Pode se distinguir:

- a) sentença que extinguiu o processo sem julgamento do mérito: a LAP somente se refere a três motivos ensejadores de sentença apenas terminativa na ação popular: *absolvição da instância* ou *desistência pelo autor*<sup>49</sup> e, genericamente, *carência da ação*<sup>50</sup>. As demais hipóteses são: indeferimento liminar, ausência de pressuposto de existência ou validade do processo ou de condição da ação; ocorrência de evento processual impeditivo; e desatendimento à diligência processual determinada. Sua natureza é apenas declaratória de uma dada situação processual ocorrente naquele processo e naquele momento em que foi prolatada, não impedindo, pois, a repropositura da ação;
- b) se a sentença extinguiu o processo com julgamento do mérito e o resultado foi a improcedência, haverá interesse, para aferir os limites subjetivos da coisa julgada, em saber a causa dessa improcedência;
- c) a sentença que acolhe, total ou parcialmente a ação, deve prever em seu dispositivo, conforme artigos 11 e 12 da LAP:

- 1º) o decreto de desconstituição do ato impugnado;
- 2º) a condenação (solidária) de seus ordenadores e beneficiários diretos na reparação do patrimônio público lesado pelos danos dele defluentes;

O que tocará ao autor, na ação julgada procedente será apenas o ressarcimento pelas custas e despesas processuais que acaso tenha antecipado, e os honorários do advogado que ele tenha constituído. Se a procedência for parcial, o quadro continua o mesmo, porque a distribuição eqüitativa de custas e honorários entre os litigantes parcialmente sucumbentes não e de se aplicar à ação popular, onde o autor não sustenta direito próprio, e assim não pode ser sucumbente.

<sup>49</sup> Art. 9º, LAP.

<sup>50</sup> Art. 19, LAP.

d) sentença que julga a ação improcedente; de um lado mantém a situação jurídica favorável ao réu, como se encontrava na fase pré-processual e de outro funciona como uma declaração negativa da pretensão afirmada pelo autor. Nesse caso, o autor não responde pela honorária (ressalvada a hipótese de lide “temerária”), porque não é ele quem sucumbe, e sim a sociedade, bem como a jurisprudência e a doutrina recomendam que não se desestimulem os cidadãos quanto à iniciativa de ajuizamento da ação por receio da condenação em honorários.

### 6.2 Recursos

A Lei 4.717/65 apenas faz referência à apelação e ao agravo de instrumento (art. 19 e § 1º). Já se inferiu em doutrina que os demais recursos cíveis aí não teriam aplicação em virtude da regra que faz prevalecer a *lex specialis* sobre a *lex generalis* - representada pelo CPC. (BRASIL, 1965)

Todavia, o processo da ação popular é de conhecimento, já que tende a uma decisão de mérito, e seu procedimento é o ordinário, de sorte que à execução do recurso ordinário constitucional não se vislumbra razão plausível para qualquer comentário restritivo no tocante ao exercício dos demais recursos cíveis nessa ação.

Aplicam-se, portanto, à ação popular, também o rol dos recursos cíveis previstos no art. 496, com redação dada pela Lei 8038/90.

#### 6.2.1 Apelação

É cabível da sentença que extingue a ação popular, tenha ou não resolvido o mérito da causa, o recurso de apelação. Trata-se de recurso do tipo ordinário, pois: a) comporta impugnação à matéria de fato de direito; b) sua devolutividade é ampla; c) seu fundamento é a alegação, pelo recorrente, da injusti-

ça da sentença; d) o interesse em recorrer reside no fato mesmo da sucumbência.

Além do Ministério Público, qualquer cidadão pode apelar da sentença proferida *contra o autor da ação* (art. 19 da LAP).

#### 6.2.2 AGRAVO DE INSTRUMENTO

Só é sentença o ato judicial que põe termo ao processo, decida ou não o mérito da causa, desafiando a apelação. O ato que não se enquadre nesse conceito e que não constitui mero despacho de expediente, configura decisão interlocutória e é agravável. (Arts. 162 e §; 504, 513 e 522, CPC).

### 7 Coisa julgada

A sentença definitiva produzirá efeitos de coisa julgada oponível *erga omnes*, exceto quando a improcedência de prova, caso em que poderá ser renovada com idêntico fundamento, desde que se indiquem novas provas (art. 18, LAP). Essa renovação da ação tanto pode ser feita pelo mesmo autor como por qualquer outro cidadão.

Por esse motivo, é importante distinguir três situações: a) a sentença que julga procedente a ação; b) sentença que julga improcedente a ação, por ser infundada; c) sentença que julga improcedente a ação, por deficiência de provas. Nos dois primeiros casos a sentença decide a questão de mérito e, quando definitiva, tem eficácia de *coisa julgada*, oponível *erga omnes*.

Dessa maneira, não pode ser admitida outra ação com mesmo fundamento e objeto, ainda que proposta por outro cidadão. Se for proposta, pode o réu argüir a exceção de coisa julgada. Mas se a sentença julgou improcedente a ação por deficiência da prova, não decidiu a questão de mérito, por isso *não terá eficácia de coisa julgada*, podendo ser intentada outra ação com o mesmo fundamento, desde que sejam indicadas novas provas. Significa apenas que o julgamento de *deficiência da prova* é que se tornou

coisa julgada, tanto que, se não forem indicadas novas provas, o réu poderá pedir a *declaração de carência da ação*, argüindo-se a impossibilidade de propor-se outra demanda com o mesmo fundamento e as mesmas provas.

### 8 Execução

A sentença na ação popular constitucional apresenta dupla natureza: desconstitutiva e condenatória. Tirante a parte desconstitutiva do julgado (que não carece de execução forçada para efetivar-se), e as sanções (que a doutrina configura como administrativas), resta à execução, no capítulo condenatório:

- a) perdas e danos (divididas em pagamento do quantum devido; ressarcimento do prejuízo ao erário; e prestações positivas); e
- b) efeitos secundários da decisão: consistentes na ordem constante da sentença e dirigida em face da autoridade ou administrador a quem caiba aplicar a sanção penal ou a demissão, ou ainda, a rescisão de contrato de trabalho.

A execução da sentença em ação popular deve ser feita com observância das seguintes diretrizes específicas, tendo em vista a finalidade pública dessa ação e as peculiaridades procedimentais:

- a) sempre que possível, a sentença de procedência já deve indicar o valor do principal a ser ressarcido, de modo que em liquidação se chegue ao montante global, incluídos os juros, correção monetária, despesas processuais e honorários decorrentes da sucumbência (CPC, art. 604, red. Lei 8898/94);
- b) quando não seja possível a indicação do principal já na sentença, a liquidação far-se-á conforme o caso, por arbitramento ou por artigos;
- c) se o responsável pelo ressarcimento for servidor público, o *quantum* será objeto de desconto em folha, se assim mais se convier ao interesse público.

O Supremo Tribunal Federal (STF) consagrou a tese do não pagamento dos honorários advocatícios, pois a ação popular é uma ação na defesa de interesses difusos.

A LAP dispõe sobre a condenação do réu em honorários advocatícios na sentença que julgar procedente a ação (art. 12). Exclui a condenação na sentença que julgue improcedente. Com a adoção do princípio da sucumbência aplicar-se-ia à ação popular a condenação do vencido nos honorários advocatícios, fosse o autor ou o réu da ação, mesmo porque a referida lei adota o procedimento ordinário do Código de Processo Civil.

Somente a parte vencida devendo os honorários ao autor, haveria afronta ao princípio da isonomia. Constantemente a solução dada é a mesma ao mandado de segurança, sem pagamento de honorários para as partes. A resposta está na garantia da defesa de interesse coletivo, e não um interesse individual. Por isso o supremo consagrou dessa maneira.

### 8.1 Os Legitimados Ativos

São legitimados ativamente para a execução:

- a) o autor popular;
- b) outro cidadão (“terceiro”, como diz o art. 16 da LAP);
- c) o Ministério Público;
- d) as pessoas jurídicas, co-rés na ação (tenham contestado ou não), no que as possa beneficiar;
- e) os co-réus, solidariamente, quanto à execução do ônus da sucumbência do autor, se foi *improbis litigator*; e
- f) os próprios responsáveis pelo ato lesivo e, no que lhes aproveite, na hipótese de a sentença estabelecer desde logo a co-responsabilidade, via de regresso, de funcionários que tenham concorrido culposamente para o resultado danoso (art. 11 da LAP).

### 8.2 Os Legitimados Passivos

São eles:

- a) o próprio autor popular, se a lide, além de julgada improcedente, foi qualificada como “temerária” e ele, como *improbis litigator*, caso em que responde pelo ônus da sucumbência e, eventualmente, por perdas e danos;
- b) os beneficiários diretos;
- c) as autoridades, funcionários e administradores;
- d) avaliadores, quando for o caso; e
- e) a própria entidade pública sindicada, na hipótese de no curso da ação se constatar que a lesão foi causada por ela à outra entidade pública, caso em que aquela deve ressarcir esta, ficando com o direito regressivo contra seus agentes que procederam com culpa ou dolo.

Inicialmente, a LAP não previu a possibilidade de tutela liminar. Contudo, o CPC vigente na época de sua promulgação previa tais medidas preventivas<sup>51</sup>, bem como o art. 22 da própria lei da ação manda aplicar subsidiariamente as regras do CPC.<sup>52</sup>

A ação segue o rito ordinário com as seguintes modificações:

- a) no despacho inicial o juiz ordenará a citação de todos os responsáveis pelo ato impugnado e a intimação do Ministério Público, que é interveniente obrigatório;
- b) requisitará os documentos necessários, marcando o prazo de quinze a trinta dias para atendimento;
- c) ordenará a citação pessoal dos que praticaram o ato e a citação edital e nominal dos beneficiários, se o autor assim requerer; e
- d) decidirá sobre a suspensão liminar do ato impugnado, se for pedida.

<sup>51</sup> Arts. 675, II e 683, CPC de 1939.

<sup>52</sup> Art. 22: “(...) naquilo que não contrariem os dispositivos desta lei, nem a natureza específica da ação”, LAP.

## Conclusão

Tecnicamente, os mecanismos da ação popular – constitucionais e também aqueles advindos de legislação infraconstitucional – permitem que o cidadão participe mais ativamente da vida pública, fiscalizando seus representantes das Casas Legislativas. Além disso, a própria ação é um meio de invocar a atividade jurisdicional para prevenir e/ou corrigir ato lesivo.

Através da análise dos casos práticos, contudo, conclui-se que tal garantia coletiva tem seu objetivo desviado constantemente, sendo utilizada como instrumento de oposição política de uma administração à outra. Tal dificuldade exige do julgador mais atenção, a fim de impedir que se torne recurso para vingança entre partidos e garantir a continuidade na realização de obras e serviços públicos essenciais à comunidade.

Deve-se sempre lutar contra os ofensores da ética e contra os que prejudicam a concretização dos anseios sociais pátrios, uma vez que todo cidadão tem direito subjetivo ao governo honesto. A ação funda-se no direito político do cidadão, que tendo o poder de escolher os governantes, deve ter também a faculdade de fiscalizar os atos da administração.

Que os movimentos populares partam para uma grande mobilização a fim de que cada pessoa conscientize-se de seu poder e entenda ser sua vontade fator inestimável na inibição dos desmandos que denigrem as administrações públicas. Outrossim, que as verbas públicas sejam aplicadas por inteiro nas ações a que se destinam. Não há falta de verbas, há, sim, desvio delas, principalmente para bolsos individuais.

Falta probidade na administração, mas o cidadão também é ausente. O uso e o conhecimento desse instrumento tão importante não pode ficar restrito à realidade jurídica, devendo o homem alheio a esta, politizar-se e tomar conhecimento de seus direitos.

É percebido que essa política de conscientização não é do interesse do Estado, pois se fosso, a ação

popular, bem como os demais direitos correspondentes à cidadania, seriam mais difundidos popularmente. A inversão dessa situação demandaria na implantação de um ensino básico forte, calcado no estudo da Filosofia e da Política, de maneira crítica.

O Estado se legitima na passividade das massas, que passivas se tornaram por medo e por ignorância. Essa massa vê o Estado um poder superior e exterior a ela. Esses olhos acostumados à passividade precisam, em caráter de urgência, enxergar que os governantes são apenas representantes, e não comandantes. Afinal, a soberania é popular.

## Referências

- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988, art. 5 a 17. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2001. 2 v.
- BRASIL. Lei 4.717 de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. *Diário Oficial da [Republica Federativa do Brasil]*, Brasília, 5 jul., 1965.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- CLÉVE, Clemerson Merlin. *Temas de direito constitucional (e teoria do direito)*. São Paulo: Acadêmica, 1993.
- FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Controle jurisdicional dos atos do estado. In: \_\_\_\_\_. *Ação popular*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v.1.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data", ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade*. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- SILVA, José Afonso da. *Ação popular constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

