



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CAMPUS DE MARABÁ

**O CIDADÃO EM BUSCA DA MORALIDADE
ADMINISTRATIVA POR MEIO DA AÇÃO POPULAR**

Amayanne Naara de Souza Lima

Orientadora: Prof^ª. Poliana Rocha Portela

MARABÁ/PA

2013

AMAYANNE NAARA DE SOUZA LIMA

**O CIDADÃO EM BUSCA DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA POR MEIO DA
AÇÃO POPULAR**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Universidade Federal do Pará – Campus
Marabá como requisito para obtenção de
graduação de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. Poliana Rocha Portela

**MARABÁ/PA
2013**

AMAYANNE NAARA DE SOUZA LIMA

**O CIDADÃO EM BUSCA DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA POR MEIO DA
AÇÃO POPULAR**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Universidade Federal do Pará – Campus
Marabá como requisito para obtenção de
graduação de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

_____ - Orientadora
Profª. Poliana Rocha Portela

_____ - 2º membro
Prof. Francisco Vilarins Pinto

AGRADECIMENTOS

Acima de tudo a Deus, pai misericordioso e providente que sempre está ao meu lado, sendo a luz do meu caminho.

Aos meus adorados pais, Aroldo e Avani, pela vida, educação, amor, compreensão, por sempre acreditarem na minha garra e determinação e pelo valoroso apoio transmitido em todos os momentos dessa longa caminhada.

A todos os professores que contribuíram para a minha formação, durante estes cinco anos. De forma especial a professora Poliana Rocha Portela que foi uma orientadora extraordinária, estando sempre presente, tendo muita paciência, competência e confiança de que juntas poderíamos trilhar esse longo caminho chamado TCC, e alcançar a vitória tão almejada.

Ao Professor Ms. Marco Alexandre da Costa Rosálio, que sempre foi muito mais do que um professor, foi um amigo e a solução em momentos complicados de nosso curso.

A todos os meus familiares e amigos, em especial aos amigos verdadeiros que conquistei na Turma de Direito 2008, pelas palavras de incentivo.

Por meio da Ação Popular, o cidadão tutela em juízo o direito que tem a coletividade a um governo probo e a uma administração honesta. (Teori Albino Zavascki).

RESUMO

No presente trabalho, procuramos analisar o instituto constitucional da Ação Popular, tendo como escopo primordial e ênfase sua utilização como meio processual destinado a anular atos lesivos a moralidade administrativa. Hodiernamente, prevalece em nosso ordenamento jurídico, o entendimento de que a Ação Popular é o instrumento adequado para anular atos lesivos/ilegais da Administração Pública, que ferem direta ou indiretamente o princípio da moralidade administrativa. É fato que em nosso País, por muito tempo a Ação Popular não possuía os contornos e cabimentos atuais, que somente foram alcançados com a promulgação da Carta Magna de 1988, considerada marco inovador e revolucionário desse remédio jurídico. Em um primeiro momento, a Ação Popular limitava-se em ser uma ação de índole penal e para que o cidadão pudesse ajuíza-la necessitava demonstrar que a lesão além de atingir a coletividade tinha atingido também seu interesse particular. Com a evolução histórica, a Ação Popular passou em nosso ordenamento a ter os contornos modernos, previsto em nossa Constituição e para que o cidadão possa ajuíza-la basta demonstrar a existência da lesão ou da ilegalidade. Assim, verifica-se que nossa Constituição concedeu ao cidadão legitimidade para pleitear em Juízo, um direito que individualmente não lhe pertence, mas a coletividade a uma administração proba/honesta. Por fim, ressalta-se que apesar de a doutrina e a jurisprudência reconhecerem a importância da Ação Popular, diversos fatores, tais como a ausência de informação, tem ocasionado à utilização diminuta desse remédio constitucional.

Palavras - Chave: Ação Popular, Moralidade Administrativa, Atos Administrativos, Ilegalidade e Lesividade.

ABSTRACT

In this study, we analyzed the institute's constitutional Popular Action, with the main goal and focus its use as a remedy intended to annul administrative acts injurious to morality. Today prevails in our legal system, the understanding that the Popular Action is the appropriate instrument to annul acts harmful / illegal public administration, which directly or indirectly injure the principle of administrative morality. It is a fact that in our country for a long time lacked the Popular Action outlines current and fit, which were reached only with the promulgation of the 1988 Constitution, considered innovative and revolutionary in March of this remedy. At first, the Popular Action was limited to being an act of criminal nature and that the citizen could do you judge it needed to demonstrate that the lesion in addition to achieving the collective had also reached their particular interest. With the evolution history, the Popular Action passed in our land to have the modern contours provided in our Constitution and the citizen can do you judge it sufficient to show the existence of injury or illegality. Thus, it appears that our Constitution gave the citizens standing to litigate in court, a right that does not belong to him but to the collective administration proba / honest. Finally, we emphasize that although the doctrine and jurisprudence recognize the importance of the Popular Action, many factors, such as lack of information has caused the use of diminished constitutional remedy.

Keywords: Popular Action, Morality Administrative, Administrative Acts, Illegality and Lesividade.

ABREVIATURAS/SIGLAS

CF - Constituição Federal

LAP - Lei da Ação Popular

LACP - Lei da Ação Civil Pública

ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente

CDC - Código de Defesa do Consumidor

CPC - Código de Processo Civil

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

MP - Ministério Público

Art - Artigo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPITULO I - ASPECTOS HISTÓRICOS E CONCEITUAIS	12
1.1 O Surgimento das Ações Coletivas	12
1.2 Espécies de Direitos Coletivos	14
1.3 Princípios da Tutela Coletiva	17
1.3.1 Princípio do Interesse Jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo ..	17
1.3.2 Princípio da máxima prioridade da tutela jurisdicional coletiva	18
1.3.3 Princípio da disponibilidade motivada da Ação Coletiva	18
1.3.4 Princípio da presunção da legitimidade ad causam ativa pela afirmação do direito	18
1.3.5 Princípio da não-taxatividade da Ação Coletiva	18
1.3.6 Princípio do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva	19
1.3.7 Princípio do ativismo judicial ou da máxima efetividade do processo coletivo	19
1.3.8 Princípio da máxima amplitude ou atipicidade da tutela jurisdicional coletiva	19
1.3.9 Princípio da obrigatoriedade da execução coletiva	20
1.3.10 Princípio da Subsidiariedade do microsistema do devido processo legal coletivo ou da aplicação residual do CPC	20
CAPITULO II - DIREITO PROCESSUAL COLETIVO	21
2.1 Noções Básicas e Conceituais	21
2.2 Microsistema Processual Coletivo.....	22
2.3 Da Legitimidade no Direito Processual Coletivo	24
2.4 Competência, Litispendência e Intervenção de Terceiros nas Ações Coletivas	26
CAPITULO III - DA AÇÃO POPULAR.....	28
3.1 Origem e Conceito da Ação Popular	28
3.2 Objeto e Hipóteses de Cabimento	30
3.3 Aspectos Processuais da Ação Popular.....	31
3.3.1 Legitimidade <i>Ad Causam</i>	31
3.3.2 Litisconsorte e Intervenção de Terceiros.....	34
3.3.3 Competência	36
3.3.4 Atuação do Ministério Público	38
3.3.5 Procedimento	39
3.3.5.1 Peculiaridades procedimentais da Ação Popular:.....	39
3.3.5.2 Demais peculiaridades:.....	42
3.3.6 Sentença, Meios de Impugnação e Coisa Julgada	42
CAPITULO IV - AÇÃO POPULAR E A LESÃO À MORALIDADE ADMINISTRATIVA.....	45
4.1 O Princípio da Moralidade Administrativa	45

4.2 A Ação Popular como Meio de Controle da Moralidade Administrativa	46
CONCLUSÃO	52
REFERÊNCIAS	54
ANEXO 01 – Pesquisa realizada do Foro da Subseção Judiciária de Marabá e no Fórum da Comarca de Marabá.....	57
APÊNDICE – Pré – Projeto	58

INTRODUÇÃO

É comum em nossos telejornais encontrarmos notícias de acusações de abusos de autoridade, desvio de verbas públicas, nepotismo e escândalos de toda a natureza envolvendo entes públicos e os recursos por eles administrados.

Assim, objetivando proteger o erário, a Carta Magna de 1988, previu em seu artigo 37, o princípio da Moralidade Administrativa e no seu artigo 5º, inciso LXXIII, a Ação Popular, que pode ser utilizada como meio de anular atos lesivos a moralidade administrativa.

Inicialmente, busca-se situar o leitor, e para isso discorreremos sobre os aspectos históricos dos direitos difusos, direitos coletivos e direitos individuais homogêneos, tendo em vista que tais modalidades de direito juntos formam o que a doutrina denomina de direitos coletivos.

No que tange a proteção desses direitos coletivos a legislação Pátria prever diversos institutos, tais como: o Mandado de Segurança Coletivo, a Ação Popular, a Ação de Improbidade Administrativa e a Ação Civil Pública, sendo que o presente trabalho restringe-se a estudar o instituto da Ação Popular, mais especificamente como meio processual para buscar a moralidade administrativa.

Nesse ponto cumpre ressaltar, que os direitos coletivos refletem numa conquista social, sendo que no Direito Brasileiro o exemplo emblemático dessa conquista foi a Ação Popular, uma das primeiras e principais conquistas da democracia participativa brasileira, que vem sendo Constitucionalmente prevista desde a Constituição de 1934, tendo sido a primeira ação dessa natureza a ganhar regramento específico, por meio da Lei nº 4.717/65.

Em seguida trazemos a baila considerações acerca do Processo Coletivo e suas principais peculiaridades e semelhanças com o Processo Civil clássico.

Assim, o Direito Processual Coletivo é hoje um novo ramo do direito processual, que não mais divide-se apenas em processo penal e processo civil, encontrando-se pois vencida a ideia bipartida.

Num segundo momento, adentramos ao tema central do presente trabalho, explicando sobre o instituto da Ação Popular e sua importância como meio processual adequado para anular atos lesivos à moralidade administrativa.

Nesse ínterim, cumpre mencionar que a Ação Popular encontra-se prevista no artigo 5º, inciso LXXIII da CF/88, bem como no artigo 1º da Lei nº 4.717/1965, e à luz dos textos constitucional e legal, podemos dizer que a Ação Popular é a ação constitucional cível contra ato lesivo ao patrimônio público coletivo da sociedade.

1 ASPECTOS HISTÓRICOS E CONCEITUAIS

1.1 O SURGIMENTO DAS AÇÕES COLETIVAS

O Direito Processual, até meados da década de 1970, seguia sob o signo da propriedade individual e da autonomia da vontade, típicas do Estado Liberal disseminado na Europa Continental após a Revolução Francesa.

O modelo jurídico que emergia do ideário revolucionário não dava espaço para tratar do direito coletivo: o foco era a defesa do direito individual, e somente ao titular do direito lesado cabia decidir se propunha ou não a demanda.

Nosso Código Civil de 1916 ecoou o pensamento individualista Europeu, o mesmo enfoque foi repetido no Código de Processo Civil vigente, também voltado à solução de conflitos interindividuais por meio de ações individuais, em que, via de regra, exigia que o autor da ação fosse titular do direito material controvertido.

Mas o modelo processual individualista, já em meados do século XX, começava a se revelar insuficiente para salvaguardar interesses coletivos que, por imposição de uma nova realidade social, vinham sendo progressivamente reconhecidos pelo direito material.

Tais direitos coletivos, foram sendo consagrados a partir da segunda e da terceira dimensão de direitos humanos, e podem ser denominados como transindividuais, supraindividuais e metaindividuais, por pertencerem a grupos, classes ou categorias mais ou menos extensas de pessoas, por vezes indetermináveis, e por não serem passíveis de apropriação e disposição individual.

Assim tínhamos o reconhecimento de novos direitos, de dimensão coletiva, mas não dispúnhamos de instrumentos eficazes para assegurá-los.

Numa sociedade cada vez mais complexa, em que as relações jurídicas foram massificadas, eventual falha em alguma de suas engrenagens tem potencial para lesar ou ameaçar de lesão interesses de centenas, milhares ou milhões de pessoas, quando não de toda a humanidade.

Para adequar-se a sociedade de massa, onde despontavam conflitos envolvendo coletividades mais ou menos extensas, desprovidas de personalidade definida, cuja vinda à juízo de todos os ofendidos era, senão impossível, extremamente difícil, sendo necessário desenvolver um processo de massa, ou seja, instrumentos processuais de defesa coletiva.

Pelo exposto podemos observar que os Direitos Coletivos tratam-se de uma conquista social, para fazer frente à massificação da economia neoliberal, Direitos Difusos,

coletivos e individuais homogêneos, surgem como norte a novos instrumentos processuais criados especialmente para os conflitos coletivos, permitindo-se acesso mais fácil à justiça.

A proteção jurídica dos direitos coletivos foi reconhecida de forma lenta, acelerando-se na medida em que os conflitos de massa intensificaram-se e exigiram uma resposta adequada do Poder Judiciário.

No plano processual, as Ações Populares do processo romano constituíram a primeira forma de tutela judicial de direitos metaindividuais, ou seja, direitos que extrapolam a órbita particular.

Esse entendimento resta demonstrado no seguinte trecho da obra do professor Gregório Assagra de Almeida (2003, p. 380), no que tange a origem remota do Direito Coletivo, que diz: “(...) O que se observa é que já existia, desde o Direito Romano, a Ação Popular para tutelar interesses comunitários, ou até mesmo direito exclusivamente privado próprio ou de terceiro.”

Aponta-se a experiência inglesa, no sistema da *commow law*, como origem dos instrumentos do processo coletivo e, mais especificamente, da tutela coletiva dos direitos.

Mas somente em 1842, com a primeira regulamentação das Ações Coletivas do direito norte-americano, é que se pode dizer que o Processo Coletivo começou a ganhar corpo.

No direito brasileiro, apenas após a Segunda Guerra Mundial tornou-se evidente a necessidade de inovações no direito processual, sob pena deste perder sua eficácia social. Nesse sentido alguns instrumentos processuais destinados à tutela de direitos coletivos despontaram no direito jurídico brasileiro.

O exemplo emblemático consiste na Ação Popular, que foi prevista primeiramente na Constituição de 1934, tendo sido suprimida na Constituição de 1937, sendo, posteriormente, restabelecida na Constituição de 1946. Por fim, a Ação Popular foi disciplinada na Lei Federal nº 4.717 de 29 de junho de 1965 (Lei da Ação Popular), a qual foi recepcionada pelas Constituições posteriores, inclusive a de 1988.

Sobre esse assunto podemos citar Hermes Zaneti Jr. e Leonardo Garcia (2011, p. 11), *in verbis*:

As ações coletivas iniciaram sua história moderna no sistema processual brasileiro com a promulgação da Lei da Ação Popular (Lei nº 4717/1965), que se tornou o primeiro instrumento sistemático voltado à tutela de alguns interesses coletivos em juízo, em especial o patrimônio público.

A Constituição Federal de 1988 refletiu os progressos legais e doutrinários na defesa

de direitos de matriz coletiva.

Posteriormente, outras leis trataram da tutela coletiva de direitos: a Lei nº 7.853/1989, que versou sobre os interesses de pessoas portadoras de deficiência; a Lei nº 7.913/1989, que cuidou dos danos causados aos inventores no mercado de valores mobiliários; a Lei nº 8.069/1990, que institui o Estatuto da Criança e do Adolescente; a Lei nº 8.884/1994, que versa sobre a Lei Antitruste; a Lei nº 10.257/2003, que cuidou do Estatuto das Cidades e a Lei nº 10.741/2003, que institui o Estatuto do Idoso.

Outro marco importante consiste na promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho de 1943, permitindo a solução pelo Judiciário de dissídios coletivos entre categorias de empregados e empregadores, representadas pelos respectivos sindicatos.

No decorrer da história outros diplomas legais versaram sobre Processo Coletivo, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor e da Lei da Ação Civil Pública.

Portanto, os interesses de dimensão coletiva foram sendo progressivamente amparados pelo ordenamento jurídico, ao longo dos últimos dois séculos.

Dessa forma, o reconhecimento e a normatização jurídica dos direitos de dimensão coletiva permitem identificar, a par dos já consagrados campos do Direito Público e do Direito Privado, uma terceira e nova seara, que se pode denominar de Direito Coletivo ou Metaindividual, composto pelas regras e princípios que se prestam a concretizar os interesses ou direitos subjetivos de natureza transindividual.

1.2 ESPÉCIES DE DIREITOS COLETIVOS

Para o constitucionalista José Afonso da Silva (2012, p. 50) , os direitos coletivos, dizem respeito às "liberdades de expressão coletiva, tais como a liberdade de reunião e de associação” .

Muitos desses Direitos Coletivos, ou de expressão coletiva, foram inseridos no capítulo “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, da CF/88, tais como o direito a informação (artigo 5º, incisos IV, XIV, XXXIII), o de representação coletiva (artigo 5º, inciso XXI), o do consumidor (artigo 5º, inciso XXXII), o de liberdade de reunião (artigo 5º, inciso XVI) e o de liberdade sindical (artigo 5º, incisos XVII a XXI) e outros, como os "direitos de organização sindical e de greve foram incluídos no capítulo dos direitos sociais"

A Constituição Federal de 1988, por mais que empregasse a expressão direitos difusos e coletivos, não os conceituou. A definição legal dessas categorias jurídicas e também dos direitos individuais homogêneos somente foi estabelecida posteriormente, no parágrafo

único do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor.

Apesar do *caput* do artigo 81 do CDC fazer menção, tão somente ao direito do consumidor e das vítimas, seus conceitos de interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos não se restringem às normas de natureza consumerista, mas de qualquer natureza.

Fredier Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2007, p. 75) lecionam que:

As categorias de direitos expostas (difuso, coletivo *stricto sensu* e individual homogêneo), foram conceituados com vista a possibilitar a efetividade da prestação jurisdicional. São, portanto, conceitos interativos de direito material e processual, voltados para a instrumentalidade, para a adequação ao direito material da realidade hodierna e, dessa forma, para a sua proteção pelo Poder Judiciário.

Para que possamos compreender realmente estes institutos, mister se faz definir o alcance do termo indivisibilidade, pois este termo é pedra de toque na diferenciação entre os interesses coletivos e os individuais homogêneos, sendo aqueles indivisíveis e estes divisíveis. Assim, se o direito puder ser pleiteado individualmente por qualquer integrante do grupo, estaremos diante de direitos divisíveis, caso contrário encontraremos direitos indivisíveis.

Direito Coletivo, é a designação genérica para as duas modalidades de direitos transindividuais: o difuso e o coletivo em *stricto sensu* (direitos essencialmente coletivos).

Sobre a definição de cada espécie de direito coletivo, dispõe o artigo 81, parágrafo único do CDC que:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I – **Interesses ou Direitos Difusos**, assim entendidos para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por uma circunstancia de fato;

II – **Interesses ou Direitos Coletivos**, assim entendidos, para efeitos desse código, os transindividuais, de natureza indivisíveis de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III – **interesses ou direitos individuais homogêneos**, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Para clarear o que foi dito, vejamos o quadro demonstrativo:

Tabela 1- Quadro explicativo dos conceitos de Direitos Coletivos:

Modalidade	Divisibilidade do bem jurídico	Determinação dos titulares	Existência de Relação Jurídica
D. Difusos	Indivisível	Indeterminados	NÃO – ligados por circunstancia de fato
D. Coletivos	Indivisível	Determináveis	SIM – ligados por uma relação jurídica-base
D. Individuais	Divisível	Determinados ou	IRRELEVANTE – o que importa é que

Homogêneos		Determináveis	sejam decorrentes de origem comum.
------------	--	---------------	------------------------------------

Dessa forma, podemos concluir que os interesses difusos diferenciam-se por ter seus titulares, indetermináveis, unidos por fatos decorrentes de eventos naturalísticos, impossíveis de se diferenciar na qualidade e separar na quantidade de cada titular (o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é exemplo clássico de direito difuso).

Os interesses coletivos, por sua vez, são interesses de um determinado grupo de pessoas que foram unidas por uma relação jurídica única (essa relação base deve ser preexistente – anterior à lesão).

O legislador foi além da definição de direitos difusos e coletivos *stricto sensu* e criou uma nova categoria de direitos coletivos, que denominou de direitos individuais homogêneos, que se caracterizam por ter um número determinado de interessados, com uma lesão divisível, oriunda da mesma relação fática, ou seja, cada um pode pleitear em juízo, mas como o grupo foi lesionado homogeneamente, estes podem recorrer ao litisconsórcio unitário ativo facultativo, principalmente, por que o CDC não apenas viabilizou, como também estimulou sua tutela por meio de ações coletivas, sendo que sem essa expressa previsão legal, a possibilidade de defesa coletiva de direitos individuais estaria vedada.

Nesse sentido são os ensinamentos do Ilustre doutrinador, Teori Albino Zavascki (2009, p. 78):

Da análise da estrutura do art. 81 do CDC, percebe-se que o denominador comum entre as três espécies de interesses ou direitos *lato sensu* é a possibilidade de sua tutela dar-se de forma coletiva, ou seja, um único provimento judicial poderá surtir efeitos em relação a todo um grupo, classe, categoria ou coletividade de titulares, sem que seja necessário que todos os titulares figurem no polo ativo da ação, em litisconsorte.

Interessante observar, porém, que o CDC, ao disciplinar a tutela coletiva dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, chama de transindividuais, apenas os difusos e os coletivos, não se referindo do mesmo modo aos individuais homogêneos.

Logo, verifica-se, que a lei embora inclua as três espécies dentro de um mesmo subsistema de processo coletivo, as definiu por um ponto de vista material, não considerando os interesses individuais homogêneos uma espécie de interesses transindividuais.

Os direitos transindividuais, conforme já mencionado, são indivisíveis e não possuem titulares certos, pois pertencem não aos indivíduos, mas a grupos, a categorias ou a classes de pessoas, enquanto os direitos individuais homogêneos são divisíveis e têm titulares individuais juridicamente certos.

As diferenças entre direitos difusos e direitos coletivos nem sempre são perceptíveis,

ambos são transindividuais e indivisíveis, o que, do ponto de vista processual, não tem maiores consequências, já que pertencendo ambos ao gênero dos direitos transindividuais, são tutelados juridicamente pelos mesmos instrumentos processuais. Pode-se, pois, sem comprometer a clareza, identificá-los em conjunto, pela sua denominação genérica de direitos coletivos ou de direitos transindividuais. No entanto, os direitos individuais, não obstante homogêneos são direitos subjetivos individuais.

Nesse sentido, Fredier Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2007, p. 75):

O elemento diferenciador entre o direito difuso e o direito coletivo, é portanto a determinabilidade e a decorrente coesão como grupo, categoria ou classe anterior à lesão, fenômeno que se verifica nos direitos coletivos *stricto sensu* e não ocorre nos direitos difusos.

A Ação Popular é uma das ações em que é possível proteger algumas espécies desses direitos. Nela o autor é um cidadão, que defende interesse do qual é um dos titulares, embora não o único. A ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, por seu turno, também são ações em que interesses coletivos em sentido lato podem ser tutelados.

Em face disso, não se pode negar que os direitos coletivos *stricto sensu* (organizados), e os difusos (desagregados) estão intimamente relacionados, pois convivem interagindo mutuamente.

1.3 PRINCÍPIOS DA TUTELA COLETIVA

Existem princípios expressos e implícitos no ordenamento jurídico, portanto cabe ao interprete e ao aplicador do direito, com base, principalmente, no direito democrático, extrair do texto constitucional e do texto 'infraconstitucional' essas diretrizes principiológicas, que podem ser concebidas como regra de efetivação do direito ou como normas interpretativas.

Com base nisso, torna-se necessário realizar uma breve análise de alguns princípios específicos da tutela coletiva, extraídos do sistema constitucional e infraconstitucional, utilizando como base os ensinamentos de Gregório Assagra de Almeida, Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr.

1.3.1 Princípio do Interesse Jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo

Por esse princípio o juiz deve buscar facilitar o acesso à Justiça, superando vícios

processuais, pois as ações coletivas são ações de natureza social. Sob a luz deste princípio, deve o judiciário flexibilizar os requisitos de admissibilidade processual, para enfrentar o mérito do processo coletivo e, assim legitimar sua função social, que é pacificar com justiça, na busca da efetivação dos valores democráticos.

1.3.2 Princípio da máxima prioridade da tutela jurisdicional coletiva

O princípio em foco determina a prioridade de tratamento de feitos destinados a tal efeito de tutela. Isso se justifica, inclusive, pela aplicação da regra principiológica de que o interesse social geralmente prepondera sobre o individual.

1.3.3 Princípio da disponibilidade motivada da Ação Coletiva

Havendo interesse em desistir da ação, os motivos deverão estar presentes e fundamentados. O princípio determina a análise dos motivos da desistência da ação pelos legitimados ativos.

1.3.4 Princípio da presunção da legitimidade ad causam ativa pela afirmação do direito

De acordo com esse princípio, basta a afirmação de direito coletivo para que se presuma a legitimidade *ad causam*. O Poder Judiciário, ao aferir a legitimidade ativa do legitimado coletivo, não deve analisar a titularidade do direito ou interesse coletivo. Com relação ao Ministério Público, a aplicação do princípio decorre da própria Constituição.

1.3.5 Princípio da não-taxatividade da Ação Coletiva

Através desse princípio observamos que a Ação Coletiva possui um rol meramente exemplificativo, haja vista as hipóteses insertas nos artigos 5º, inciso XXXV e 129, inciso III, da Constituição Federal de 1988, bem como no artigo 1º, inciso IV da Lei da Ação Civil Pública que prescrevem, respectivamente, o seguinte:

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

(...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça de direito

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. (grifo nosso)

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

(...)

IV – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

Assim, podemos observar a importância desse princípio, tendo em vista que qualquer interesse difuso ou coletivo, poderá ser objeto de uma Ação Coletiva, pois não existe em nosso ordenamento jurídico um rol taxativo de direitos que podem ser protegidos por meio de uma Ação Coletiva.

1.3.6 Princípio do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva

Por tal princípio, busca-se o aproveitamento máximo da prestação jurisdicional coletiva a fim de evitar novas demandas, principalmente as individuais que possuem a mesma causa de pedir.

1.3.7 Princípio do ativismo judicial ou da máxima efetividade do processo coletivo

O Poder Judiciário possui no direito processual coletivo poderes instrutórios amplos, e deve atuar independentemente da iniciativa das partes para a busca da verdade processual e a efetividade do processo coletivo.

1.3.8 Princípio da máxima amplitude ou atipicidade da tutela jurisdicional coletiva

Em decorrência desse princípio são cabíveis todos os tipos de tutela no direito processual coletivo: preventivas, repressivas, condenatórias, declaratórias, constitutivas, mandamentais, executivas *lato sensu*, cautelares etc. Da mesma forma, podem ser utilizados todos os ritos e medidas eficazes previstos no sistema processual, a fim de garantir a tutela efetiva dos direitos e interesses coletivos.

1.3.9 Princípio da obrigatoriedade da execução coletiva

Ajuizada a ação coletiva e julgada procedente, é dever do Estado (através do Ministério Público) efetivar o direito coletivo *lato sensu*. O autor é obrigado a executar a sentença proferida em Ação Coletiva no prazo de 60 (sessenta) dias, senão caberá ao Ministério Público.

Esse princípio encontra-se insculpido no artigo 16 da Lei nº 4.717/65, *in verbis*:

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

1.3.10 Princípio da Subsidiariedade do microssistema do devido processo legal coletivo ou da aplicação residual do CPC

O CPC, por seu caráter eminentemente individualista, terá aplicação meramente residual aos processos coletivos e desde que obedecidas as seguintes regras:

- a) No microssistema de tutela coletiva haja omissão;
- b) A regra processual do CPC seja compatível com o processo coletivo, na medida em que não pode comprometer a eficácia da proteção aos direitos coletivos *lato sensu*.

Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr. (2007, p. 56), apresentam tal princípio, como mais um dos princípios da tutela coletiva.

2. DIREITO PROCESSUAL COLETIVO

2.1 NOÇÕES BÁSICAS E CONCEITUAIS

Hodiernamente vislumbra-se que o modelo processual clássico não responde às necessidades do novo milênio, caracterizado pelo embate de grandes massas de interesse, no agressivo ambiente de um mundo globalizado, onde se comprimem sociedades cada vez mais numerosas, competitivas e conflitivas.

Destarte, novos caminhos precisaram ser criados, com o fito de proteger direitos que têm como titulares não um indivíduo particular ou mesmo o Estado, mas que transcendem a individualidade. É exatamente em função destes direitos que uma transformação teve que ser iniciada.

Para a adequada proteção desse novo gênero de direitos substantivos (ou seja, materiais), fez-se necessário o desenvolvimento de novos instrumentos de tutela processual, regidos por princípios, regras interpretativas e institutos processuais próprios, dando origem a um novo ramo do direito processual: o direito processual coletivo.

A tutela coletiva, não se pode olvidar, é reflexo da situação social contemporânea e vem sendo sistematizada e bastante utilizada, nos dias atuais, em razão da sociedade de massa hoje existente.

No que tange a conceituação do Processo Coletivo, Gregório Assagra de Almeida (2003, p. 15), leciona:

Quando tratam do fenômeno do direito processual coletivo, alguns autores usam a denominação tutela jurisdicional coletiva, outros simplesmente ação coletiva, ou demanda coletiva. Cumpre observar que aqueles que chegam a empregar a denominação processo coletivo não explicam o sentido da expressão nem o definem.

O Ilustre professor Fredie Didier Jr. (2007, 44) em sua obra conjunta com Hermes Zaneti Jr enfrenta a problemática e conceitua o Direito Processual Coletivo, *in verbis*:

Conceitua-se processo coletivo como aquele instaurado por ou em face de um legitimado autônomo, em que se postula um direito coletivo *lato sensu* ou se postula um direito em face de um titular de direito coletivo *lato sensu*, com o fito de obter um provimento jurisdicional que atingirá uma coletividade, um grupo de um determinado número de pessoas.

Para o jurista e membro do Ministério Público de Minas Gerais (ik 109), o Direito Processual Coletivo é um novo ramo do Direito Processual, com berço e natureza

constitucionais, o doutrinador ainda conceitua o Direito Processual Coletivo, nos seguintes termos:

O direito processual coletivo é o ramo do direito processual que possui natureza de direito processual constitucional-social, cujo conjunto de normas e princípios a ele pertinente visa disciplinar a ação coletiva, o processo coletivo, a jurisdição coletiva, a defesa no processo coletivo e a coisa julgada coletiva, de forma a tutelar no plano abstrato, a congruência do ordenamento jurídico em relação a Constituição e, no plano concreto, pretensões coletivas em sentido lato, decorrentes dos conflitos coletivos ocorridos no dia-a-dia da conflituosidade social”.

O direito processual coletivo é hoje um novo ramo do direito processual. Tem natureza, dignidade e berço constitucionais. Pertence ao que a doutrina denomina direito processual constitucional. Nele se aplicam como em todo o direito processual, os princípios e as garantias do Direito Constitucional Processual, em que está fundamentada a teoria geral do processo, como o devido processo legal, o acesso a Justiça, o contraditório e outras regras e princípios constitucionais, que devem inspirar e informar todo o direito processual, especialmente o coletivo, que tutela os direitos e interesses primaciais da sociedade.

Segundo a natureza da pretensão, divide-se o direito processual, portanto, não mais em dois grandes ramos (Direito Processual Penal e Direito Processual Civil), como apontava José Frederico Marques, mas agora, em três ramos: a) Direito Processual Penal; b) Direito Processual Civil e c) Direito Processual Coletivo.

Assim, a ideia bipartida de pretensão, em penal e civil ou em pretensão penal e não penal, agora se triparte em pretensão de natureza penal, civil e coletiva.

A ação, a jurisdição, o processo, a defesa e a coisa julgada assumem características específicas na tutela jurisdicional coletiva, que distinguem o direito processual coletivo do direito processual civil e direito processual penal clássicos.

O que faz nascer essa tricotomia do direito processual (penal, civil e agora coletivo), são justamente as características específicas e próprias existentes em cada um desses ramos do direito processual.

2.2 MICROSSISTEMA PROCESSUAL COLETIVO

O processo coletivo brasileiro até o ano de 1990 era regulado pela Lei de Ação Civil Pública e por leis esparsas, tratando de procedimentos especiais e a falta de ligação entre esses diplomas levava a equívoca conclusão de que o Código de Processo Civil, marcadamente individualista, deveria ser aplicado subsidiariamente ao processo coletivo.

Felizmente em 11 de setembro de 1990, foi promulgado o Código de Defesa do Consumidor, que trouxe normas inovadoras sobre processo coletivo.

Os sistemas processuais do CDC e da LACP foram interligados, estabelecendo-se, assim, um microsistema processual coletivo, sendo aplicáveis ao caso concreto, um ou outro, conforme dispõe os artigos 90 do CDC e 21 da LACP (este último introduzido pelo art. 17 do CDC).

Assim considerado um microsistema processual coletivo, o título III do CDC deve ser aplicado, no que for compatível, à ação popular, à ação de improbidade administrativa, à ação civil pública, e ao mandado de segurança coletivo.

Por essa razão, o CDC pode ser visto, atualmente como uma espécie de “Código de Processo Civil Coletivo”, visto que atua como agente unificador e harmonizador do microsistema descrito.

Nas lições de Rodrigo Mazzei (2010, 113):

(...) o microsistema coletivo tem sua formação marcada pela reunião intercomunicante de vários diplomas, diferenciando-se da maioria dos microsistemas que, em regra tem formação enraizada em apenas uma norma especial, recebendo por tal situação, razoável influência de normas gerais. (...) a concepção do microsistema coletivo deve ser ampla, a fim que o mesmo, seja composto não apenas do Código de Defesa do Consumidor e da Lei da Ação Civil Pública, mas de todos os corpos legislativos inerentes ao direito coletivo, razão pela qual diploma, que compõe o microsistema é apto a nutrir carência regulativa das demais normas, pois unidas, formam um sistema especialíssimo.

Com relação à aplicação do Código de Processo Civil às ações coletivas, Rodrigo Mazzei (2010, 115) doutrina que:

O CPC terá aplicação somente se não houver solução legal nas regulações que estão disponíveis dentro do microsistema coletivo, que frisa-se, é formado por um conjunto de diplomas especiais com o mesmo escopo (tutela de massa). (...) O CPC será residual e não imediatamente subsidiário, pois, verificada a omissão no diploma coletivo especial, o interprete, antes de angariar solução na codificação processual, ressalta-se, de índole individual, deverá buscar os ditames constantes dentro do microsistema coletivo.

Vislumbra-se do posicionamento exposto acima, que o CPC foi criado e desenvolvido para a tutela dos direitos individuais, ao passo que a utilização de regras processuais aos direitos coletivos dependem de princípios e regras próprias, que possuem a mesma *ratio*, ou seja, normas processuais inseridas em diplomas que também disciplinam direitos coletivos.

Por fim, cumpre ressaltar que se encontra em fase de elaboração o Código Brasileiro de Processos Coletivos, o qual acabará com toda a problemática quanto a aplicação de normas, representando um diploma harmonizador dos processos coletivos no Brasil.

2.3 DA LEGITIMIDADE NO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO

Um dos aspectos inovadores da legislação processual do Código do Consumidor em relação ao processo tradicional é o afastamento da tradicional perspectiva individualista do processo, permitindo a tutela simultânea de grupos ou mesmo de um número indeterminado de pessoas titulares de interesses em comum.

Em razão de tal fato a busca de um legitimado (passivo, ativo, pessoa física ou jurídica, de caráter público ou privado) que represente os interesses do grupo em juízo de uma forma adequada é um dos aspectos mais polêmicos na tutela jurisdicional coletiva.

A doutrina não é unânime no que tange a natureza jurídica da legitimidade *ad causam* nas ações coletivas e dividi-a em quatro correntes principais, a saber:

- a) Legitimidade *ordinária* para a defesa dos direitos transindividuais e *extraordinária* para a proteção dos direitos individuais homogêneos;
- b) Legitimidade *extraordinária* para a defesa de qualquer espécie de direito coletivo;
- c) Legitimidade *autônoma* para a condução do processo quanto a direitos transindividuais e *extraordinária* para a proteção dos direitos individuais homogêneos;
- d) Legitimidade *autônoma* para a condução do processo versando sobre qualquer espécie de direito coletivo.

Fala a doutrina, ainda, que a legitimação para as ações coletivas é disjuntiva, concorrente e exclusiva. É disjuntiva, porque qualquer dos legitimados do art. 5º da Lei nº 7.347/85 ou do art. 82 do CDC poderá propô-la, independentemente da presença dos outros legitimados ativos. É concorrente, tendo em vista que todos os legitimados podem propô-la conjunta ou separadamente, todos concorrem, portanto com a mesma legitimidade ativa. E por último é exclusiva, pois salvo as exceções (como a ação popular, a Lei de improbidade administrativa, o dissídio coletivo da Justiça do Trabalho e outras leis esparsas), somente os legitimados ativos do art. 5º da LACP e do art. 82 do CDC podem ajuíza-la.

Nesse sentido, cumpre mencionar os ensinamentos colhidos no artigo A LEGITIMIDADE, nas Ações Coletivas - autor não identificado (acesso em 01/03/2013) acerca da classificação da legitimidade ativa em estudo:

É exclusiva, pois o só o legitimado extraordinário está autorizado a propor a ação coletiva na defesa dos direitos coletivos *lato sensu*.

É concorrente, pois há mais de um legitimado extraordinário à propositura da ação coletiva e qualquer um deles, sem ordem de preferência, pode propor a ação coletiva.

É disjuntiva, pois, apesar de concorrente, cada um dos legitimados atua independentemente da vontade e da autorização dos demais co-legitimados.

O professor Rizzatto Nunes (2005, p. 708 – 709), classifica a legitimidade ativa em: concorrente, disjuntiva e autônoma, nos seguintes termos:

Diz-se *concorrente*, pois a norma quis dar maior proteção a tais direitos conferindo poderes a certos entes de maneira igualitária, de forma que um não anula o outro. Assim, segue-se a idéia de que os interesses difusos e coletivos sejam protegidos na medida em que o leque de legitimados seja amplo suficiente para atender a demanda da sociedade.

É *disjuntiva*, quando se diz que uma entidade legitimada não precisa da anuência da outra para ingressar com a ação coletiva. Caso desejem ajuizar ação em conjunto, o litisconsórcio será facultativo. Entendemos pela grande importância de tal característica haja vista que tais pretensões serão prontamente ajuizadas por quem tem maior interesse ou especialidade do assunto. Assim, poder-se-ia evitar que determinadas matérias fossem demandadas por pessoa não capacitada tecnicamente, intelectualmente, etc, o que geraria inúmeros prejuízos sociais.

Por fim, a legitimidade ativa nas ações coletivas é *autônoma*, pois pertence autonomamente a cada um dos entes que respondem por si mesmos na ação, não se tratando de substituição processual como já ventilado. Sendo assim, o objeto do direito em jogo não pertence à entidade – quer seja caso de direito difuso ou coletivo -, mas a ação sim: esta é exercida no âmbito de sua autonomia” (grifos do autor).

No ordenamento jurídico brasileiro, a legitimidade ativa para as causas coletivas é ampla, sendo atribuída a entidades e órgãos públicos e privados, bem como, no caso excepcional da Ação Popular, ao cidadão. Em alguns casos, a legitimidade é atribuída apenas para ações propostas segundo um rito específico, como é caso do cidadão eleitor, que somente está autorizado a propor Ação Popular em defesa de direitos difusos.

O rol de legitimados/substitutos processuais encontra-se insculpido nos artigos 5º da Lei da Ação Civil Pública e no artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

Art. 5º. Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I – o Ministério Público;

II – a Defensoria Pública;

III – a união, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV – a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V – a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

- I – o Ministério Público;
- II – a união, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;
- III – as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código;
- IV – as associações legalmente constituídas há pelo menos 1 (um) ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear.

Nesse sentido, Gregório Assagra de Almeida (2003, p. 503):

Os legitimados ativos para as ações coletivas ordinárias estão arrolados no artigo 5º da Lei nº 7.347/85, que institui e regulamenta a ACP, e no artigo 82 da lei nº 8.078/90, que institui o CDC. Portanto, de acordo com o artigo 5º da lei nº 7.347/85, são legitimados ativos para o ajuizamento das Ações Coletivas: o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios, bem como as Autarquias, Empresas Públicas, Fundações, Sociedades de Economia Mista ou Associações.

Cumprido ressaltar que o Ministério Público irá atuar em todas as ações, vez que quando não figurar no polo ativo da ação, irá atuar como fiscal da lei.

2.4 COMPETÊNCIA, LITISPENDÊNCIA E INTERVENÇÃO DE TERCEIROS NAS AÇÕES COLETIVAS

Nesse ponto cumpre mencionar a feliz expressão de Elton Venture (2007, 200):

A competência pode ser identificada como o ‘Calcanhar de Aquiles’ do processo coletivo brasileiro, “seja em função da pouca clareza do tratamento legislativo dos critérios de fixação da competência, alicerçados em conceitos fluidos ou indeterminados, seja em função da natural problematização política que desperta.

Para facilitar a compreensão, cumpre por bem transcrever os principais dispositivos do microsistema processual coletivo que versam a respeito da competência, a saber, artigo 2º da LACP, artigo 209 do ECA e artigo 93 do CDC, *in verbis*:

Art. 2º. As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa.

Art. 209. As ações previstas neste capítulo serão propostas no foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer a ação ou omissão, cujo juízo terá competência absoluta para processar a causa, ressalvadas a competência da Justiça Federal e a competência originária dos tribunais superiores.

Art. 93. Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local:

- I – no foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;

II – no foro da capital do Estado ou do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.

Os artigos acima transcritos estabelecem, em linhas gerais o regime da competência para as causas coletivas, aplicando-se residualmente o CPC.

Diante disso, poder-se afirmar que a competência para a tutela coletiva dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu* foi fixada com vistas à proteção do próprio direito e não em benefício das partes.

A determinação de que a ação deve ser proposta no foro da ocorrência do dano, tentar viabilizar uma instrução probatória adequada, com a facilitação da colheita de provas.

O Direito Processual Coletivo comporta ainda as hipóteses de litispendência previstas no art. 46 do CPC, assumindo caráter exclusivamente processual, tendo em vista o regime de substituição processual inerente às Ações Coletivas.

O litisconsórcio no processo coletivo é, antes de tudo, facultativo. Isso por que a lei deixa claro o caráter disjuntivo da legitimação para as causas coletivas, de maneira que os legitimados possam atuar em conjunto ou separadamente para proteger o direito de determinada coletividade.

No que tange a intervenção de terceiros, as modalidades assistência e denunciação a lide são admitidas no Direito Processual Coletivo, no entanto a modalidade do chamamento ao processo não é admitida principalmente diante da redação do art. 88 do CDC.

Cumprе ressaltar, que tanto a doutrina quanto a jurisprudência inclinam-se favoravelmente a intervenção de *Amicus Curiae* (que não é parte no processo, porém atua como interessado na causa, auxiliando o Judiciário em questões de direito manifestando-se nos autos sobre questão de direito, pertinente à controvérsia constitucional discutida) nas demandas coletivas, haja vista a relevância social que em regra acompanham as situações jurídicas coletivas controvertidas.

3 DA AÇÃO POPULAR

3.1 ORIGEM E CONCEITO DA AÇÃO POPULAR

A origem remota da Ação Popular vem do Direito Romano. Ainda que não existisse naquela época, o Estado em sua estrutura organizativa, já permitia que o cidadão comparecesse em juízo para defesa do interesse comum, *pro indiviso*, por intermédio da *actions popularis*.

Inicialmente só era admitida a Ação Popular quando, além do interesse comum, fosse também atingido o interesse particular do cidadão; todavia, posteriormente a Ação Popular passou a ser admitida com fundamento exclusivo no interesse comum.

A maioria das Ações Populares Romanas tinha natureza penal. Todavia, existiam outras *actions popularis* romanas de natureza não penal.

Alguns autores apontam a Carta Imperial de 1824, como o primeiro texto Constitucional Brasileiro a dispor sobre a Ação Popular, sendo esta de índole penal, não havendo qualquer proximidade com a compreensão atual desse remédio jurídico em nosso ordenamento.

A primeira Constituição Republicana de 1891, não dispunha sobre a Ação Popular, nem mesmo sobre a Ação Popular Penal, que foi prevista no artigo 157 da Carta Imperial de 1824.

A primeira Constituição que abrigou à Ação Popular como instituto de proteção ao patrimônio público foi a de 1934. O dispositivo não foi regulamentado nem tão pouco resistiu ao ímpeto autoritário da Carta de 1937.

A Constituição Democrática de 1946, felizmente restabeleceu a Ação Popular no Brasil.

Finalmente em 1965, foi publicada a Lei nº 4.717/65, que disciplinou a Ação Popular, traçando-lhe o procedimento e dando maior amplitude ao texto constitucional.

A Carta de 1967, inclusive após a Emenda Constitucional nº 01 de 1967, manteve em substância, o texto de 1946.

Após esse longo percurso chegamos a Constituição de 1988, que deu à ação popular o seu contorno atual, consoante redação inscrita no artigo 5º, inciso LXXIII, que dispõe:

Art. 5. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade

do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

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

De todos os textos constitucionais, o mais avançado e mais abrangente é o atual, posto que ampliou, subjetiva e objetivamente, a Ação Popular, tornando-a instrumento de tutela jurisdicional também da moralidade administrativa e do meio ambiente.

O conceito clássico de ação popular é dado pelo Prof. Hely Lopes Meirelles (2004, p. 135), nos seguintes termos:

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.

Conceituando o instituto da Ação Popular, ensina-nos Gregório Assagra de Almeida (2003, p. 389):

A ação popular nos termos em que está concebida no sistema constitucional brasileiro pode ser conceituada como espécie de ação coletiva da dignidade constitucional colocada à disposição do cidadão como decorrência do seu direito político de participação direta na fiscalização dos poderes públicos, para o controle jurisdicional dos atos ou omissões ilegais ou lesivos: ao erário, inclusive em relação ao patrimônio de entidade que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e cultural, sem exclusão da tutela de outros direitos com ela compatível.

Nesse mesmo sentido são as lições dos ilustres doutrinadores Adriano Andrade, Cleber Masson e Landolfo Andrade (2012, p. 400):

A ação popular é um instrumento de democracia participativa, uma ferramenta por meio da qual o cidadão pode participar do controle dos atos da Administração, fiscalizando sua idoneidade. Além disso, ela permite ao cidadão atuar juridicamente em defesa do meio ambiente, seja nos seus aspectos naturais, seja nos artificiais ou culturais (patrimônio histórico e cultural).

Elpídio Donizetti (2010, p. 259), ainda conceitua a Ação Popular nos seguintes termos, “É uma garantia constitucional colocada a disposição do cidadão para a tutela de direitos e interesses de relevância para toda a sociedade (moralidade administrativa, meio ambiente e patrimônio histórico e cultural).”

A professora Geisa de Assis Rodrigues (2007, p. 134), manifesta-se sobre a Ação Popular nos seguintes termos:

A ação popular é uma manifestação do direito político de participação na gestão da coisa pública, por que confere uma posição ativa ao cidadão que pode realizar o controle social, sem intermediários, sobre os atos da Administração Pública. Trata-se portanto, de “pura expressão da democracia.

Por fim, urge mencionar que a Ação Popular pode ser dividida em dois grandes grupos:

- a) de um lado, existem as ações populares penais, cuja finalidade é aplicação de uma pena em decorrência da prática de um crime;
- b) de outro, as ações populares não penais, que são concebidas como direito políticos de participação.

3.2 OBJETO E HIPÓTESES DE CABIMENTO

O objeto da Ação Popular antes da Constituição de 1988 consistia na proteção do patrimônio público, que era considerado legalmente como os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico.

Já na CF/88, o objeto da Ação Popular foi ampliado de forma significativa, agora a Ação Popular tem por objeto específico “anular ato lesivo” a um dos seguintes bens jurídicos: o patrimônio público, a moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico cultural.

A lesividade constitui, portanto, requisito indispensável para que o ato fique submetido a controle por essa especial via judicial.

Dessa forma, se o ato inválido não causou lesão, ele poderá, ou melhor, deverá (desde que preenchido os demais requisitos para tanto) ser convalidado, sendo descabida, consequentemente, a sua anulação, mesmo por Ação Popular.

A nulidade é uma sanção jurídica, e como tal decorre da ilegalidade do ato, logo é evidente que os atos legítimos não podem ser anulados nem por Ação Popular, nem por qualquer outra ação judicial.

Em suma podemos concluir que somente os atos ilegítimos e não suscetíveis de convalidação é que podem ser anulados; e somente podem ser anulados por Ação Popular os

atos que além de ilegítimos, sejam também lesivos aos bens, e valores enunciados no inciso LXIII, do artigo 5º da CF.

Nesse sentido são os ensinamentos do ilustre doutrinador, Elpidio Donizete (2010, p. 241):

Os atos lesivos passíveis de anulação pela via da ação popular constituem atos administrativos, os quais podem ser classificados em vinculados ou discricionários conforme a margem de liberdade conferida ao administrador quanto à sua prática.

As hipóteses de cabimento da Ação Popular encontram-se previstas no artigo 5º, inciso LXXIII da CF/88, qual seja, anular ato lesivo aos seguintes bens ou interesses:

- a) patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe;
- b) a moralidade administrativa;
- c) o meio ambiente e
- d) o patrimônio histórico e cultural.

Diante dos conhecimentos acima delineados, poderíamos ficar com a equivocada noção de que a Ação Popular pode ser manejada apenas em face de condutas omissivas, todavia, se de omissão da Administração Pública resulta lesão ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente ou ao patrimônio histórico e cultural, não há óbice alguma à impugnação de tal conduta por meio da Ação Popular.

Pode, ainda, ser admissível Ação Popular para tutelar relações de consumo, o que poderá ocorrer quando estiver em jogo prestação de serviços públicos essenciais e contínuos, a teor da conjugação do artigo 5º, inciso LXXIII, da CF/88, com os artigos 6º, inciso, X e 22 do CDC.

3.3 ASPECTOS PROCESSUAIS DA AÇÃO POPULAR

Do ponto de vista estritamente processual, a Ação Popular tem características do procedimento comum ordinário, com aplicação subsidiária das normas do Código de Processo Civil, salvo quanto às peculiaridades indicadas na Lei nº 4.717/1965.

3.3.1 Legitimidade *Ad Causam*

Polo Ativo – Tem legitimidade ativa para ajuizar uma Ação Popular qualquer cidadão, conforme disposto no artigo 1º da Lei nº 4.717/65, que esteja em pleno gozo dos

direitos políticos, ou seja, que tenha direito a voto, devendo comprovar tal condição para ingresso em júízo-mediante apresentação do título eleitoral.

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

(...)

§ 3º. A prova da cidadania, para ingresso em júízo, será feita com o título eleitoral, ou com documento que a ele corresponda.

Acerca da legitimidade ativa, preceitua o Mestre Gregório Assagra de Almeida (2003, p. 402) que “Somente poderá propor ação popular o cidadão. Mas que cidadão? Prevalece o entendimento que basta a cidadania mínima, consiste simplesmente na capacidade de votar.”

Basta, portanto, a cidadania ativa (direito de votar), sendo desnecessária a cidadania passiva (direito de concorrer a cargos eletivos). Estando com os direitos políticos suspensos, não terá legitimidade.

Outros cidadãos podem habilitar-se como litisconsortes ou assistentes do autor, ou assumir seu lugar em caso de desistência. O Ministério Público não está legitimado a promover a ação, mas, curiosamente, está legitimado a assumir a posição de sujeito ativo e dar seguimento ao processo em caso de desistência por parte do primitivo demandante (legitimidade superveniente).

Esse entendimento encontra-se previsto, no artigo 9º da Lei da Ação Civil Pública, *in verbis*:

Art. 9. Se o autor desistir da ação ou der motivo à absolvição da instância, serão publicados editais nos prazos e condições previstos nos artigos 7º, II, ficando assegurado a qualquer cidadão, bem como ao representante do Ministério Público, dentro do prazo de noventa dias da última publicação feita, promover o prosseguimento da ação.

Nesse sentido, são os ensinamentos do professor Elipio Donizete (2010, p. 244):

Conquanto a legitimidade ativa seja atribuída inicialmente apenas ao cidadão, pode vir o Ministério Público a figurar no polo ativo, no caso de desistência ou abandono da causa pelo autor. Trata-se de hipótese de legitimação superveniente do Ministério Público, disciplinada no art. 9º da LAP.

Não podem ajuizar Ação Popular os estrangeiro, as pessoas jurídicas e aqueles que, nos termos do artigo 15 da CF/88, tiverem seus direitos políticos suspensos ou declarados perdidos. Aliás sobre esse ponto o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula nº 365, destacando que “pessoa jurídica não tem legitimidade para propor ação popular”.

Considerando a possibilidade no direito lusitano, que reconhece aos brasileiros com residência permanente em Portugal o direito de aforar Ação Popular na Justiça Portuguesa, a nossa Carta de 1988, reconhece o mesmo direito aos cidadãos portugueses que aqui residam em caráter permanente, por força do artigo 12, § 1º.

A legitimidade ativa do cidadão é ampla, podendo ajuizar Ação Popular mesmo fora do seu domicílio eleitoral.

Nesse sentido, Luis Roberto Barroso (2009, p. 214):

A legitimidade do cidadão é ampla, tendo o direito de ajuizar a ação popular mesmo que o litígio se verifique em comarca onde ela não possua domicílio eleitoral. Dessa maneira, é irrelevante que o cidadão pertença, ou não, à comunidade a que diga respeito o ato lesivo.

É discutível a natureza jurídica com que atua o cidadão na Ação Popular. Alguns afirmam que o cidadão age como substituto processual como espécie de legitimado extraordinário. Outra corrente, todavia defende que se trata de legitimidade ordinária, já que o cidadão – autor estaria a defender direito difuso do qual também é titular.

Na realidade, os direitos tuteláveis pela Ação Popular pertencem não ao cidadão, mas sim à comunidade como um todo, daí porque são considerados difusos. Por consequência o que nos parece mais correto é dizer que o cidadão atua somente como substituto processual.

Não se dispensa, para o ajuizamento de uma Ação Popular, a capacidade postulatória. Logo se o legitimado não for advogado, deverá estar representado por um.

Polo Passivo – Na Ação Popular a legitimidade passiva é bem abrangente, referindo-se a autoridades, administradores e funcionários, pelo que extrai do artigo 6º da Lei nº 4717/65:

Art. 6. 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, tivessem dado oportunidades à lesão, e contra os benefícios diretos do mesmo.

§ 1º. Se não houver benefício direto do ato lesivo, ou se for ele indeterminado ou desconhecido, a ação será proposta somente contra as outras pessoas indicadas neste artigo.

§ 2º. No caso de que trata o inciso II, item “b”, do art. 4º, quando o valor real do bem for inferior ao da avaliação, citar-se-ão como réus, além das pessoas públicas ou privadas e entidades referidas no art. 1º, apenas os responsáveis pela avaliação inexata e os beneficiários da mesma”.

Para facilitar a compreensão do dispositivo transcrito, basta dividir os legitimados passivos para a Ação Popular em três grupos:

- a) pessoas jurídicas incumbidas da gestão de patrimônio público;
- b) agentes (autoridades, funcionários ou administradores) que houverem contribuído de alguma forma para a lesão;
- c) beneficiários diretos do ato lesivo.

Importa sublinhar, que a lei refere-se somente ao beneficiário direto do ato, mas nada diz sobre o beneficiário indireto, que, portanto, não comporá o polo passivo.

3.3.2 Litisconsorte e Intervenção de Terceiros

Na Ação Popular é possível que o litisconsórcio ocorra tanto no polo ativo, quanto no polo passivo, podendo o cidadão habilitar-se como litisconsorte ou assistente do autor, conforme se depreende do artigo 6º, parágrafo quinto, da Lei da Ação Popular, vejamos:

Art. 6º. (...)

(...)

§ 5º É facultado a qualquer cidadão habilitar-se como litisconsorte ou assistente do autor da ação popular.

Em toda Ação Popular sempre haverá um pedido de invalidação do ato, visando a um provimento de natureza desconstitutiva ou declaratória negativa. E nos casos em que houver necessidade, seja para reparar o dano, seja para afastar o risco de dano, haverá também pedido visando a um provimento de natureza condenatória.

Para que a ação seja viável em relação ao pedido de invalidação, será necessário incluir no polo passivo todos os que atuaram na formação do ato impugnado, até porque sua invalidação produzirá como efeito a recondução ao *statu quo ante* de todas as partes que nele figuraram. Assim, nesse ponto, haverá litisconsórcio necessário e unitário (essa espécie de

litisconsórcio ocorre quando indispensável à integração no polo passivo ou ativo por todos os sujeitos e a decisão de mérito deve ser uniforme, não se admitindo julgamentos diversos).

Com relação ao polo passivo da Ação Popular o litisconsorte será facultativo (o litisconsorte facultativo é aquele que pode ou não se formar; trata-se do litisconsórcio cuja formação fica a critério dos litigantes), tendo em vista que o autor da ação poderá escolher entre os responsáveis ou beneficiários com melhores condições econômicas para arcar com os custos da reparação dos danos, até para limitar o número de réus, facilitando o andamento processual.

Dessa forma podemos concluir que no polo ativo qualquer cidadão poderá habilitar-se como litisconsorte ou assistente do autor da Ação Popular, da mesma forma que o polo passivo poderá ser formado um litisconsorte entre os responsáveis e beneficiários do ato lesivo, que se pretende anular.

É importante ressaltar, porém que o litisconsorte passivo inicialmente formado poderá, eventualmente não pendurar até a decisão final da Ação Popular. É que a entidade de direito público ou privado, cujo ato seja objeto de impugnação, uma vez citada, poderá preferir atuar ao lado do autor, desde que isso afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente. Feita essa opção, a entidade deixa o polo passivo, e passará a ser assistente do autor. Conforme disposto no artigo 6º § 3º da LAP, *in verbis*:

Art. 6º. (...)

(...)

§ 3º A pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente.

Por fim o instituto da Ação Popular não esconde grandes mistérios, senão vejamos:

Primeiramente, vale observar que qualquer cidadão poder ser parte na Ação Popular, como assistente ou litisconsorte do autor. Com base no princípio da isonomia, admitir-se-á, que aquele que detenha interesse jurídico na vitória processual dos réus, também possa atuar como assistente, como por exemplo, os funcionários causadores do dano, que não foram citados para integrar o polo da relação processual, que poderão ser responsabilizados em ação regressiva.

Também se afigura possível, a interposição de recurso por intermédio de terceiro prejudicado, nos moldes do artigo 499 do CPC. Isso porque o terceiro prejudicado com a decisão, tal como o assistente, precisa demonstrar apenas o interesse jurídico na causa para

poder nela intervir, razão pela qual, em se admitindo o cabimento da assistência, não há óbice alguma à admissão do recurso de terceiro.

Quanto às demais modalidades de intervenção de terceiro previstas no CPC (nomeação a autoria, chamamento ao processo, denunciação da lide e oposição), não se vislumbra hipótese de cabimento em razão da peculiaridade dos direitos passíveis de tutela por meio da Ação Popular.

3.3.3 Competência

A competência para o julgamento da Ação Popular está regulamentada no artigo 5º da Lei nº 4716/65, *in verbis*:

Art. 5º. Conforme a origem do ato impugnado, é competente para conhecer da ação, processá-la e julgá-la, o juiz que, de acordo com a organização judiciária de cada Estado, o for para as causas que interessem a União, ao Distrito Federal, ao Estado ou ao Município.

Assim, a definição da competência para a Ação Popular deve seguir a mesma ordem de passos necessários à elucidação da competência nas ações em geral. Assim, deve-se verificar, inicialmente, se a competência não é de algum tribunal de sobreposição (STF ou STJ), e na sequência, descobrir qual a competência em razão da matéria, em razão de foro, do juízo, e a recursal.

Observa-se que a Ação Popular, apesar de possuir dignidade constitucional como garantia processual fundamental do cidadão, não se encontra no elenco das causas de competência originária do STF e do STJ.

Segundo o parágrafo primeiro do artigo 5º da LAP:

Art. 5º(...)
§ 1º. Para fins de competência, equiparam-se a atos da União, do distrito Federal, do Estado ou dos Municípios os atos, das pessoas criadas ou mantidas por essas pessoas jurídicas de direito público, bem como os atos das sociedades de que elas sejam acionistas e o das demais pessoas ou entidades por elas subvencionadas ou em relação às quais tenham interesse patrimonial.

No que diz respeito ao âmbito Estadual e Municipal, não há óbice algum à equiparação mencionada na norma transcrita. Dessa maneira as Ações Populares contra atos de pessoas jurídicas de direito privado, que recebem recursos públicos de um Estado ou Município, deverão ser processadas e julgadas pelos órgãos judiciários competentes para

juízo das causas contra a respectiva Fazenda Pública Estadual ou Municipal, segundo as leis de organização judiciária.

Segundo o parágrafo segundo do artigo 5º da LAP:

Art. 5. (...)

(...)

§ 2º. Quando o pleito interessar simultaneamente à União Federal e a qualquer outra pessoa ou entidade, prevalece a competência do juízo federal; quando interessar simultaneamente ao Estado e ao Município, será competente o juiz das causas do Estado, se houver.

Definida a Justiça competente, deve-se atentar para o disposto no artigo 93 do CDC e artigo 2º da LACP, abaixo colecionados, tendo em vista que ressalvada a competência da Justiça Federal para processar e julgar Ação Popular em face de ato praticado por autoridade federal é competente o foro do lugar do dano (quando de âmbito local) ou da capital de Estado-membro ou do Distrito Federal (quando de âmbito regional ou nacional), observando a organização judiciária de cada Estado para delimitar o juízo competente conforme a entidade da qual emanou o ato impugnado.

Art. 93. Ressalvada a competência da Justiça Federal é competente para a causa a justiça local:

I – no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o Dan, quando de âmbito local;

II – no foro da capital do Estado ou do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.

Art. 2º. As ações previstas nessa lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo tem competência funcional para processar e julgar a causa.

A Lei da Ação Popular confere às autarquias definição peculiar. Tradicionalmente, autarquias são pessoas jurídicas de direito público, criadas por lei, para prestação de serviços típicos da Administração Pública em regime descentralizado. Não obstante, a LAP, em seu artigo 20, possibilita a inserção no conceito de autarquias, de entidades não criadas por lei, bem como de entidades com personalidade jurídica de direito privado às quais a lei tenha atribuído competência para receber e aplicar contribuições parafiscais.

Dentro desse conceito entidades como o SEBRAE, que na prática é uma sociedade civil (portanto de personalidade jurídica de direito privado), poderiam ser consideradas para fins da Lei da Ação Popular como uma autarquia federal, pois utiliza recursos oriundos de contribuições parafiscais federais.

Ainda nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o artigo 20 da Lei da Ação Popular deve ter seu alcance reduzido, para não colidir com a Constituição Federal.

Por fim, cumpre ressaltar, que conforme o artigo 5º § 3º, da Lei da Ação Popular, a propositura da referida ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações que vierem a ser intentadas contra as mesmas partes, e sob os mesmos fundamentos, ou seja, para todos os casos de conexão. Por essa razão diz-se que “o juízo da Ação Popular é universal”.

3.3.4 Atuação do Ministério Público

A LAP proclama que o magistrado, ao despachar a inicial, determinará além da citação dos réus, a intimação do Ministério Público (artigo 7º, inciso I, alínea “a”). Essa intimação é obrigatória, sob pena de nulidade absoluta.

Art. 7º. A ação obedecerá o procedimento ordinário, previsto no Código de Processo Civil, observadas as seguintes modificações:
I – ao despachar a inicial o juiz ordenará: Além da citação dos réus, a intimação do representante do Ministério Público.

Apesar de o MP não deter legitimidade provocativa, exerce papel singular e fundamental apesar de ser difícil definir a natureza de sua participação na Ação Popular, pois atua como parte adesiva ativa – tanto que a ele incumbe, por determinação expressa do parágrafo quarto do artigo 6º da LAP, o acompanhamento da ação e o processamento da produção da prova.

É vedado ao Ministério Público, em qualquer hipótese, assumir a defesa do ato impugnado ou dos seus autores .

Dessa forma, não é o *Parquet* na Ação Popular mero *custos legis*, ao contrário, é parte assistencial atuando em nome do interesse da sociedade e na defesa da ordem jurídica.

Em caso de desistência, o artigo 9º da Lei da Ação Popular confere ao Ministério Público legitimidade ativa subsidiária incidental, ao assegurar-lhe a possibilidade de promoção do prosseguimento da ação, após cumpridos os prazos e as formalidades estabelecidas no dispositivo.

O artigo 16 da Lei da Ação Popular confere, ainda, ao MP legitimidade ativa subsidiária obrigatória para a execução, caso o autor da Ação Popular, ou qualquer terceiro legitimado, não promova a respectiva execução no prazo de 60 (sessenta) dias do trânsito em julgado da sentença condenatória. A execução deve ser promovida pelo *Parquet* no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena do órgão desidioso incorrer em falta grave.

Apesar de não deter legitimidade ativa para o ajuizamento da Ação Popular, o Ministério Público poderá ajuizar Ação Rescisória do julgado no prazo de 02 (dois) anos, valendo-se de todos os fundamentos admissíveis no artigo 485 do CPC.

É importante ressaltar, porém, que, embora o Ministério Público não possa ajuizar uma Ação Popular, nada obsta que qualquer Membro dessa Instituição, não na qualidade de seu representante, mas na de cidadão, proponha Ações Populares.

Os Ilustres doutrinadores Adriano Andrade, Cleber Masson e Landolfo Andrade (2012, p. 456), manifestam-se em sua obra, sobre a importância da participação do Ministério Público no processo da Ação Popular nos seguintes termos:

Considerando seu atual perfil constitucional, que lhe incumbe a defesa da ordem jurídica, de interesses sociais e difusos, entre outros, e a proximidade entre a função da ação popular e da ação civil pública é possível deduzir que ele, atualmente desempenha na ação popular um papel quase que equiparado ao do autor: se não pode ajuizar a ação popular, pode pelo menos praticar todos os atos processuais necessários ao seu êxito e até mesmo suceder o autor no caso de desistência ou abandono. Além disso, é-lhe possível, ao cabo do processo, manifestar-se pela procedência ou improcedência da ação.

3.3.5 Procedimento

Deve-se observar na Ação Popular o procedimento ordinário, consoante está expresso no artigo 7º da Lei da Ação Popular, com exceção das regras especiais estabelecidas nesse mesmo dispositivo e em outros.

3.3.5.1 Peculiaridades procedimentais da Ação Popular:

Liminares – a Lei de a Ação Popular prever expressamente a possibilidade de suspensão liminar do ato lesivo impugnado, para a proteção do patrimônio público em seu artigo 5º, § 4º, *in verbis*:

Art. 5º Conforme a origem do ato impugnado, é competente para conhecer da ação, processá-la e julgá-la, o juiz que, de acordo com a organização judiciária de cada Estado, o for para as causas que interessem a União, ao Distrito Federal, ao Estado ou ao Município.

(...)

§ 4º. Na defesa do patrimônio público caberá a suspensão liminar do ato lesivo impugnado.

Outros procedimentos liminares, a exemplo das ações cautelares e antecipatórias, podem ser aplicáveis à Ação Popular, desde que observado de forma subsidiária o regramento do CPC.

As decisões que deferem ou denegam as liminares são interlocutórias sendo passíveis de Agravo de Instrumento, conforme disposição do artigo 19 § 1º da Lei de Ação Popular.

As liminares podem ser requeridas pelo autor, pelo Ministério Público ou, até mesmo, pela entidade prejudicada pelo ato.

Requisição de Documentos e Certidões - Por força do artigo 283 do CPC, aplicável subsidiariamente às Ações Populares, a petição inicial deverá ser instituída pelos documentos indispensáveis à propositura da ação. Para tanto a Lei da Ação Popular autoriza o cidadão a, antes de ajuizar a ação, requerer às entidades do art. 1º as certidões e informações que julgar necessárias, bastando para isso indicar a finalidade das mesmas, tal determinação encontra-se insculpida em seu parágrafo quarto, do artigo referenciado, *in verbis*:

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

(...)

“§ 4º. Para instruir a inicial, o cidadão poderá requerer as entidades a que se revela esse artigo, as certidões e informações que julgar necessárias, bastando para isso indicar a finalidade das mesmas.”

Apesar de não citadas expressamente, o cidadão também poderá requerer fotocópias de documentos, caso necessário para a propositura da Ação Popular (artigo 8º, da Lei da Ação Popular).

As certidões, informações e fotocópias deverão ser prestadas no prazo de 15 (quinze) dias a partir da data em que forem recibos os respectivos requerimentos, e só poderão ser utilizadas para instruir a Ação Popular, conforme dispõe o artigo 1º, § 5º, da LAP.

Ao despachar a inicial, o juiz poderá requisitar as certidões, informações ou documentos requeridos pelo autor, e outros que julgar necessários, fixando prazo de 15 (quinze) a 30 (trinta) dias para atendimento, sendo prorrogável por prazo razoável, se for necessário. O artigo 7º, § 1º, da Lei da Ação Popular diz que, “O representante do Ministério

Público providenciará para que as requisições, a que se refere o inciso anterior, sejam atendidas dentro dos prazos fixados pelo juiz.”

Se a natureza das informações requisitadas o recomendarem, o processo correrá em segredo de justiça, que cessará no caso de trânsito em julgado de sentença condenatória (artigo 1º, § 7º, da LAP).

Citação dos beneficiários e responsáveis – Realmente peculiar à Ação Popular é o dispositivo que trata da citação editalícia dos beneficiários diretos do ato impugnado. Prescreve o inciso II do artigo 7º da Lei da Ação Popular:

Art. 7º. A ação obedecerá o procedimento ordinário, previsto no Código de Processo Civil, observadas as seguintes modificações:

(...)

II - Quando o autor o preferir, a citação dos beneficiários far-se-á por edital com o prazo de 30 dias, afixado na sede do juízo e publicado três vezes no jornal oficial do Distrito Federal, ou da Capital do Estado ou Território em que seja ajuizada a ação. A publicação será gratuita e deverá iniciar-se no máximo 30 dias após entrega, na repartição competente, sob protocolo, de uma via autenticada do mandado.

Nesse ponto devemos nos atentar porque, a querela em análise envolve apenas a citação dos beneficiários diretos. A forma de citação dos demais réus continua seguindo as regras do CPC, de modo que a citação editalícia somente se admite nas hipóteses de seu artigo 231.

Há de se mencionar que também é pitoresca a possibilidade de qualquer responsável ou beneficiário direto, cuja a existência ou identidade somente se torne conhecido no curso do processo, ser citado mesmo depois do saneamento do feito, desde que antes da prolação da sentença de primeira instância, conforme disposto no artigo 7º, inciso III, da Lei da Ação Popular.

Prazo para contestar – Aqui também reside outra peculiaridade da ação popular, conforme se vislumbra do art. 7º, inciso IV da LAP, *in verbis*:

Art. 7º (...)

(...)

IV - o prazo de contestação é de 20 (vinte) dias, prorrogáveis por mais 20 (vinte) a requerimento do interessado, se particularmente difícil a prova documental e será comum a todos os interessados, correndo da entrega em cartório do mandado cumprido, ou, quando for o caso, no decurso do prazo assinado em edital.

Apesar de ser maior que o prazo do CPC, o prazo para contestar no que atine as pessoas jurídicas de direito público não será contado em quádruplo, conforme previsão do artigo 188 do CPC, pois, além da regra do artigo 7º, inciso IV, da LAP ser específica,

certamente a norma considerou ser frequente nas Ações Populares a presença da Fazenda Pública no polo passivo, de modo que tal prazo já foi elaborado levando em conta tal característica.

3.3.5.2 Demais peculiaridades:

- a) Possibilidade de intervenção do *amicus curiae*;
- b) Prazo para prolação da sentença de 15 (quinze) dias (artigo 7º, inciso, VI da LAP), ao passo que no CPC, ele é de 10 (dez) dias (artigo 456 do CPC);
- c) Impossibilidade de reconvenção na Ação Popular;
- d) As decisões interlocutórias são recorríveis por meio de agravo de instrumento. Vale observar, que contra as sentenças e decisões proferidas em desfavor do autor, e suscetíveis de recursos, poderão ser questionadas através de recursos por poderá qualquer cidadão e ainda pelo Ministério Público.

3.3.6 Sentença, Meios de Impugnação e Coisa Julgada

Aplica-se a sentença da Ação Popular as regras do CPC naquilo que não contrariarem as regras da LAP e a natureza específica dessa ação.

A sentença que decidir a lide instaurada pela Ação Popular poderá ter conteúdo declaratório negativo, quando o pedido for julgado improcedente o pedido, poderá ser ainda constitutivo negativo e condenatório, na hipótese de procedência do pedido.

Assim, deixou explícito o artigo 11 da Lei da Ação Popular, *in verbis*:

Art. 11. A sentença que julgando procedente a ação popular, decretar a invalidade do ato impugnado, condenará ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua pratica e os beneficiários dele, ressalvada a ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando incorrerem em culpa.

No que tange ao princípio da congruência e a vedação do julgamento *extra petita*, a Lei da Ação Popular traz uma exceção, tendo em vista que a regra insculpida no artigo 11 impõe ao juiz em caso de condenação, a decretação do pagamento de perdas e danos pelos responsáveis e beneficiários da lesão moral, ainda que o autor explicitamente, somente tenha requerido a invalidação do ato.

A sentença que extinguir o processo sem julgamento do mérito, ou que julgar improcedente o pedido, estará, em regra, sujeita ao reexame necessário, somente produzindo

efeitos depois de confirmada pelo tribunal competente. Já da sentença que julgar procedente o pedido não estará possível reexame necessário, sendo cabível apelação com efeito suspensivo, conforme dispõe o artigo 19, *caput* da Lei da Ação Popular, a seguir transcrito:

Art. 19. A sentença que concluir pela carência ou pela improcedência da ação está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de conformada pelo tribunal; da que julgar a ação procedente, caberá apelação com efeito suspensivo.

Com relação à imutabilidade do conteúdo da sentença, e a possibilidade de ajuizamento de nova ação, tendo em vista os mesmos fatos, a LAP trouxe uma solução inteligente e pioneira, posteriormente seguida em outros estatutos e insculpida em seu artigo 18 que prescreve:

Art. 18. A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível *erga omnes*, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de provas; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

No caso da sentença da Ação Popular ser julgada improcedente, por insuficiência de fundamentos para anular o ato ou declará-lo nulo, será esta revestida da autoridade da coisa julgada, oponível contra todos.

Dessa forma, podemos concluir que em todos os casos a sentença haverá coisa julgada material e produzirá eficácia *erga omnes*, salvo uma única exceção, qual seja, nos casos em que a Ação Popular for julgada improcedente por deficiência de provas, onde não haverá coisa julgada material, tampouco eficácia *erga omnes*.

Nesse sentido, são os ensinamentos de Elpídio Donizetti (2010, p. 492):

Como o autor na ação popular atua em nome da coletividade, natural que os efeitos da decisão proferida nessa demanda estendam-se *erga omnes*. Entretanto, para evitar que uma má instrução da demanda resulte em prejuízos para todos os indivíduos integrantes dessa coletividade, a lei põe a salvo a hipótese de rejeição do pedido por insuficiência de provas, de modo que qualquer cidadão, em posse de nova prova, poderá intentar outra ação popular com a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. Trata-se da coisa julgada *secundum eventum probationis*.

Conforme se extrai da parte final do inciso LXXIII, do artigo 5º da CF/88, o autor popular, “*salvo comprovada má-fé, ficará isento de custas judiciais e dos ônus da sucumbência*”. Tal previsão visa a incentivar a cidadania ativa.

A sentença deverá indicar o valor da lesão acaso se faça necessária a avaliação ou pericia, tal valor será apurado antes da execução, conforme previsão do artigo 14, *caput* da Lei da Ação Popular.

Contra as decisões, sentenças e acórdãos proferidos na Ação Popular, são cabíveis os mesmos recursos previstos no CPC, conforme depreende-se do artigo 22 da Lei da Ação Popular, que prevê a aplicação subsidiária do CPC à Lei da Ação Popular.

O reexame necessário ou duplo grau de jurisdição obrigatório não é tratado como recurso, mas como condição para eficácia da sentença. No CPC, tal instituto é previsto em favor da Fazenda Pública (art. 475); diferentemente na Ação Popular o reexame necessário aplica-se em benefício do autor - cidadão, não incidindo as disposições do CPC nesse ponto. Daí porque se diz que na Ação Popular ocorre um reexame necessário invertido.

4. AÇÃO POPULAR E A LESÃO À MORALIDADE ADMINISTRATIVA

4.1 O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Vários Princípios Constitucionais terminaram positivados com o advento da Carta Magna de 1988, o que desencadeou uma maior preocupação com o erário, assim como a doação de meios eficientes destinados a protegê-lo.

A Carta Magna vigente inovou ao positivar o Princípio Constitucional da Moralidade Administrativa, bem como ao admiti-lo como fundamento justificável para o ajuizamento da Ação Popular.

Nesse sentido, Teori Albino Zavascki (2009, p. 82) leciona que, “A mais arrojada inovação constitucional foi a de conferir ao autor da Ação Popular a faculdade de pleitear anulação de atos lesivos à moralidade administrativa”.

A moralidade administrativa, princípio informador da Administração Pública, surge expressamente referenciado na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, *caput*, ao esclarecer que “A administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da Legalidade, Impessoalidade, **Moralidade**, Publicidade e Eficiência.” (grifo nosso).

Visualiza-se que por meio deste princípio o legislador constituinte impôs aos agentes públicos um modelo de conduta, uma regra de comportamento, um modo de proceder, que deve ser conforme a este princípio e cujo descumprimento acarreta sanções, nomeadamente a nulidade do ato.

Alexandrino e Paulo (2009, p. 197), lecionam acerca do princípio da moralidade administrativa, nos seguintes termos:

O princípio da moralidade administrativa torna jurídica a exigência de atuação ética dos agentes da Administração Pública. A denominada moral administrativa difere da moral comum, justamente por ser jurídica e pela possibilidade de invalidação dos atos administrativos que sejam praticados com inobservância deste princípio.

Nas palavras de Helly Lopes Meirelles (2008, p. 90), o princípio da moralidade “*consiste em um pressuposto de validade de todo Ato da Administração*”.

Já na visão de Freitas (2009, p. 87), o princípio da moralidade “Exige do administrador público conduta ética, portanto, encontram-se vedadas condutas eticamente transgressoras do senso moral médio superior da sociedade, a ponto de não comportarem condescendência ou leniência.”

Por sua vez, Celso Antônio Bandeira de Mello (1998, p. 72), ensina que de acordo com o princípio da moralidade administrativa:

A administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos, violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando ilicitude sujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica, na conformidade do art. 37 da Constituição.

Portanto, um ato administrativo moralmente viciado é um ato contaminado por uma forma especial de ilegalidade: a ilegalidade qualificada por elemento subjetivo da conduta do agente que o pratica.

A lesão ao princípio da moralidade administrativa é, rigorosamente, uma lesão a valores e princípios incorporados ao ordenamento jurídico, constituindo, portanto uma antijurildicidade, uma ilegalidade *lato sensu*. Trata-se, ademais, de uma ilegalidade qualificada pela gravidade do vício, o que é razão suficiente, segundo a Constituição, para ensejar sua anulação através do instrumento da Ação Popular, independentemente da perquirição, que é exigida para as demais hipóteses, a respeito da sua efetiva lesividade patrimonial.

4.2 A AÇÃO POPULAR COMO MEIO DE CONTROLE DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

A Ação Popular é um instituto secular no direito dos povos e importante para a relação entre governantes e governados, apesar de, atualmente, ainda não ter-se consolidado como a grande arma em defesa da coisa pública e dos direitos do cidadão.

A Ação Popular é garantia constitucional destinada à proteção do patrimônio público material e imaterial da moralidade administrativa e do meio ambiente. Referida ação não tem hoje somente a feição clássica de viabilizar sua promoção pelo povo para proteção da coisa pública, mas, possui ainda, a característica de ser instrumento democrático legítimo contra qualquer lesão a bem pertencente a coletividade, inclusive contra as condutas e práticas administrativas antiéticas.

A Ação Popular é instrumento democrático de participação do povo contra a má Administração Pública, contra os interesses políticos escusos, contra os desvios de verbas, contra os vícios dos contratos administrativos. Por meio dessa ação todo cidadão tem o direito/dever de ser um fiscal dos atos e contratos administrativos, para garantir a participação democrática do próprio cidadão na vida pública, baseando-se, para tanto, no princípio da

legalidade dos atos administrativos e também no conceito de que a coisa pública é patrimônio do povo.

Destarte, os atos administrativos corrosivos do patrimônio público, aqueles que não atendem aos fins legítimos e que ferem o preceito constitucional, quando impugnados, via Judiciário, sujeitam-se à declaração de invalidade, com a conseqüente condenação dos responsáveis ao ressarcimento dos prejuízos causados, se for o caso.

Assim como ocorre com a lesividade ao patrimônio público, a violação à lisura, por meio de atos administrativos imorais, dá ensejo à Ação Popular, pois todos têm direito a um governo sério e honesto, sendo a moralidade requisito autônomo dessa ação-garantia constitucional.

O Ministro Luiz Fux, leciona que a Constituição de 1988 evidencia a importância da cidadania no controle da Administração Pública, nos seguintes termos:

A Constituição de 1988 cria um microsistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a ação popular, a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas.

Nesse ponto, cumpre colacionar julgados do Supremo Tribunal Federal, acerca da aplicabilidade e importância da Ação Popular como meio eficaz de anular ato lesivo a moralidade administrativa, que diz:

TRIBUNAL DE CONTAS. NOMEAÇÃO DE SEUS MEMBROS EM ESTADO RECEM-CRIADO. NATUREZA DO ATO ADMINISTRATIVO. PARAMETROS A SEREM OBSERVADOS. AÇÃO POPULAR DESCONSTITUTIVA DO ATO. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE TOCANTINS. PROVIMENTO DOS CARGOS DE CONSELHEIROS. A nomeação dos membros do Tribunal de Contas do Estado recém-criado não é ato discricionário, mas vinculado a determinados critérios, não só estabelecidos pelo art. 235, III, das disposições gerais, mas também, naquilo que couber, pelo art. 73, par.1., da CF. NOTORIO SABER - Incisos III, art. 235 e III, par.1., art. 73, CF. Necessidade de um mínimo de pertinência entre as qualidades intelectuais dos nomeados e o ofício a desempenhar. Precedente histórico: parecer de Barbalho e a decisão do Senado. AÇÃO POPULAR. A não observância dos requisitos que vinculam a nomeação, enseja a qualquer do povo sujeita-la a correção judicial, com a finalidade de desconstituir o ato lesivo a moralidade administrativa. Recurso extraordinário conhecido e provido para julgar procedente a ação. (RE 167137 TO - Paulo Brossard, 17/10/1994 , Segunda Turma, DJ 25-11-1994 PP-32312 EMENT VOL-01768-04 PP-00840). (grifo nosso).

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão de inadmissibilidade de recurso extraordinário que impugna acórdão assim do:"ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. NULIDADE DE PROCESSO LICITATÓRIO DE CONCORRÊNCIA. EXPLORAÇÃO DOS SERVIÇOS DE CIRCULAÇÃO E ARMAZENAGEM DE MERCADORIAS NA ESTAÇÃO ADUANEIRA DE INTERIOR DE PARANAGUÁ. INÉPCIA DA INICIAL QUANTO A

ALGUNS RÉUS. CERCEAMENTO DE DEFESA. INTIMAÇÃO DA UNIÃO DA DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE PRODUÇÃO DE PROVAS. PRINCÍPIO DA MORALIDADE. POSSIBILIDADE DE USO DA AÇÃO POPULAR PARA ANULAR ATOS ATENTATÓRIOS À MORALIDADE PÚBLICA. POSSIBILIDADE DE ANULAÇÃO JUDICIAL DA LICITAÇÃO.

1. A sentença anulou o processo licitatório sob o fundamento de que a forma de julgamento das propostas não resultaria necessariamente na vitória da proposta mais vantajosa, já que foram levados em conta valores artificialmente baixos que jamais seriam cobrados, pois, na prática as tarifas expressas em percentuais sobre o valor do produto seriam mais utilizadas, caracterizando ofensa ao princípio da isonomia e da impossibilidade de vitória da melhor proposta. 2. A inexistência de pedido expresso contra os réus Clecy Maria Busato Lionço, Naury Fragozo Tanaka, Francisco Niesciur, Elpídio Alves Dias, Jorge Mattar Filho e Aline André, e tratando-se de um Edital Padrão, não produzido pelos requeridos e não estando individualizados os atos de responsabilidade de cada um, leva ao reconhecimento da inépcia da inicial em relação aos mesmos e o conseqüente prejuízo do recurso adesivo da parte autora. 3. No que respeita a argüição de nulidade da sentença por cerceamento de defesa, consubstanciado na ausência de intimação pessoal da União da decisão que indeferiu o pedido de produção de provas, tal não se mostra razoável em face das regras insculpidas nos arts. 244 e 249, § 1º do CPC, desde que não cause prejuízo à parte, como no presente caso, em que a solução do contraditório se resolve pelo atento exame documental do Edital e anexos. 4. Constituição Federal expressamente previu o cabimento da ação popular para anular atos lesivos à moralidade pública, devendo dar-se interpretação conforme à Constituição ao art. 1º da Lei nº 4.717/65. 5. Estando demonstrado que o procedimento licitatório impugnado efetivamente violou os princípios da isonomia e da moralidade administrativa, qualquer cidadão é parte legítima para impugnar o ato administrativo alegadamente viciado, nos termos do art. 5º, inc. LXXIII. 6. O fato de o Tribunal de Contas da União não ter vislumbrado nulidade em edital similar usado noutra concorrência, não elide o controle judicial de eventual lesão ou ameaça a direito relativamente ao edital ora examinado, de acordo com o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, até porque inexistente entre o Tribunal de Contas da União e a Justiça Federal relação de hierarquia ou decisão vinculante desta em relação àquele". No recurso extraordinário, interposto com fundamento no artigo 102, III, "a", da Constituição Federal, sustenta-se ofensa aos artigos 70 e 71, da Carta Magna. A recorrente alega, em síntese, a "absoluta exequibilidade do empreendimento e, ainda, que a questão dos preços não pode ser tomada isoladamente, pois a composição do faturamento do EADI engloba diversas tarifas, e a cada interessado incumbe equacionar seus custos nos diversos itens, estando vedado apenas o valor global simbólico ou irrisório". Afirma, por fim, que o Tribunal de Contas da União, concluiu pela legalidade, legitimidade e regularidade de processo licitatório análogo ao do presente caso feito pelo Ministério da Fazenda/Superintendência Regional da Receita Federal. Decido. Na espécie, o acórdão recorrido assentou que o procedimento licitatório impugnado efetivamente violou os princípios da isonomia e da moralidade administrativa, justificando sua anulação, in verbis: "Se o próprio edital da licitação permite a manipulação das propostas, valorando positivamente tarifas que jamais serão utilizadas pelas permissionárias, com único propósito de melhorar a condição de determinada participante na classificação final, sem que isto implique em qualquer vantagem para a Administração ou para os usuários do serviço, há manifesta violação ao princípio da moralidade, que, na lição do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, significa que o procedimento licitatório terá de se desenrolar na conformidade de padrões éticos prezáveis, o que impõe, para a Administração e licitantes, um comportamento escorreito, liso, honesto, de parte a parte". Para entender de forma diversa, faz-se imprescindível a revisão dos fatos e provas analisados, o que não é possível nos termos da jurisprudência desta Corte. Nesse sentido, entre outras, as seguintes decisões: RE 165.460, Rel. Min. Sydney Sanches, 1ª Turma, DJ 19.9.1997; RE 102.542, Rel. Min. Djaci Falcão, 2ª Turma, DJ 27.9.1985; RE-AgR 593.550, Rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, DJe 27.2.2009; e AI-AgR 767.152, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJe 5.2.2010. Incide, portanto, a Súmula 279 do STF. Ante o exposto, nego seguimento ao recurso (arts. 21, § 1º do RISTF, e 557 do

CPC). (AI 834685 PR - Min. GILMAR MENDES, 31/01/2011 - DJe-030 DIVULG 14/02/2011 PUBLIC 15/02/2011). (grifo nosso).

No mesmo sentido, vem decidindo reiteradamente o STJ, assim pedimos vênia para trazer a colação:

ADMINISTRATIVO .AÇÃO POPULAR. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. DESOBEDIÊNCIA AOS DITAMES LEGAIS. CONTRATO DE QUANTIA VULTOSA. DESIGNAÇÃO DA MODALIDADE "TOMADA DE PREÇOS" NO LUGAR DE "CONCORRÊNCIA PÚBLICA". INSERÇÃO NO EDITAL DE CLÁUSULAS RESTRITIVAS DO CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME E ESTABELECIMENTO DE CLÁUSULAS QUE PERMITIRAM PREFERÊNCIAS E DISTINÇÕES INJUSTIFICADAS. DESVIRTUAMENTO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE OS LICITANTES. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E MORALIDADE ADMINISTRATIVAS. LESÃO AO ERÁRIO PÚBLICO CONFIGURADA. NULIDADE. PRESERVAÇÃO DO POSICIONAMENTO DO JULGADO DE SEGUNDO GRAU.

1. O que deve inspirar o administrador público é a vontade de fazer justiça para os cidadãos sendo eficiente para com a própria administração, e não o de beneficiar-se. O cumprimento do princípio da moralidade, além de se constituir um dever do administrador, apresenta-se como um direito subjetivo de cada administrado. Não satisfaz às aspirações da Nação a atuação do Estado de modo compatível apenas com a mera ordem legal, exige-se muito mais: necessário se torna que a administração da coisa pública obedeça a determinados princípios que conduzam à valorização da dignidade humana, ao respeito à cidadania e à construção de uma sociedade justa e solidária.

2. A elevação da dignidade do princípio da moralidade administrativa ao nível constitucional, embora desnecessária, porque no fundo o Estado possui uma só personalidade, que é a moral, consubstancia uma conquista da Nação que, incessantemente, por todos os seus segmentos, estava a exigir uma providência mais eficaz contra a prática de atos administrativos violadores desse princípio.

3. A ação popular protege interesses não só de ordem patrimonial como, também, de ordem moral e cívica. O móvel, pois, da ação popular não é apenas restabelecer a legalidade, mas também punir ou reprimir a imoralidade administrativa. Nesse duplo fim vemos a virtude desse singular meio jurisdicional, de evidente valor educativo (Rafael Bielsa, "A Ação Popular e o Poder Discricionário da Administração", RDA 38/40). (REsp 579541 – Mim. José Delgado). (grifo nosso).

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO POPULAR. MORALIDADE. PROCEDÊNCIA

I – É de se homenagear decisão que, por reconhecer prática de negócio jurídico atentatório à moralidade pública, julga procedente pedido formulado, em sede de ação popular, para anular a transação com determinação por parte dos responsáveis para que reponham ao Estado as perdas e danos a serem apurados.

II – Transferência do controle acionário do Banco Agrimisa S.A., Estado de Minas Gerais, com negócio consumado provocando vantagem desmedida à pessoa jurídica privada e, em sentido contrário, significativos danos para a Administração Pública.

III – Legitimidade passiva do Governador da época da consumação da transação que se reconhece, por ter se portado omisso em repelir a lesividade ao patrimônio público, não obstante ser o Estado o maior acionista da instituição bancária.

IV – Impossibilidade de, em sede de embargos de declaração, afastar-se o demandado da relação jurídico-processual quando, por decisão de primeiro grau transitada em julgado, a sua legitimidade passiva para integrar a lide foi reconhecida.

V – Recursos especiais não conhecidos por ausência de prequestionamento e não demonstração das divergências jurisprudenciais apontadas.

VI – Sublimação ao princípio da moralidade administrativa assumida pelo acórdão de segundo grau que não deve ser abalada por questiúnculas de natureza processual.

VII – Recursos do Ministério Público e dos autores da ação popular providos para que o Chefe do Executivo do período em que ocorreu o negócio jurídico integre a lide como sujeito passivo.

VIII – Demais recursos improvidos e não conhecidos (REsp 295604/MG, Rel.: Min. José Delgado, 21.03.02, 1ª Turma). (grifo nosso).

Na mesma Seara persegue os Tribunais Pátrios:

ACÇÃO POPULAR. LICITAÇÃO. MORALIDADE ADMINISTRATIVA.

1 – O fato de decorrer da anulação do ato administrativo, por meio da ação popular, benefício para pessoa determinada não implica a ilegitimidade ativa do autor dela, pois o fim a que ela visa - a defesa da legalidade e da moralidade administrativas, por exemplo -, por dizer respeito a toda a coletividade, é maior do que eventual interesse particular. 2 – A alegação de ausência de prejuízo não tem fundamento jurídico para afastar a procedência do pedido, pois nos termos do art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição, a ação popular é também cabível para a anulação de ato lesivo à “moralidade administrativa”. Precedentes do STF. 3 – A licitação está sujeita ao princípio da moralidade dos atos da Administração Pública (Carta Magna, art. 37, “caput”, e XXI). Precedentes do STF. 4 – A sessão para o recebimento das propostas foi prorrogada e encerrada logo após uma empresa ter apresentado sua proposta, vindo a sagrar-se vencedora no certame, o que viola o princípio da moralidade administrativa, eis quos atos da Administração Pública devem não apenas ser lícitos, mas também ser honestos e estar acima de qualquer suspeita (Carta Magna, arts. 5º, LXXIII, e 37, “caput”, e XXI). 5 – Violação ao princípio da legalidade, eis que diante da ausência de propostas a licitação deveria ter sido declarada deserta (Decreto-Lei 2.300/86, art. 22, VI), e não prorrogada a sessão de apresentação de propostas (Lei 4.717/65, art. 2º, “c”, parágrafo único, “c” e Carta Magna, arts. 5º, LXXIII, e 37, “caput”, e XXI). 6 – Havendo sucumbência recíproca, impõe-se a aplicação do disposto no art. 21, “caput”, do CPC. O disposto no art. 23 da Lei 8.906/94 não revogou a compensação de honorários prevista no art. 21, “caput”, do CPC. Precedentes do STJ. 7 – Efetuada a distribuição recíproca e proporcional dos honorários advocatícios, pode resultar, como no caso, a existência de saldo em favor de uma das partes, o que impõe, em relação a ela, a fixação dos honorários advocatícios (CPC, art. 21, “caput”), e, sendo vencida a Fazenda Pública, há autorização legal para a fixação dos honorários advocatícios de forma equitativa (CPC, arts. 20, § 4º, e 126). Precedente do STF. 8 – Apelações, remessa, recurso adesivo e agravo retido não providos (TRF, Primeira Região, Ap. Cível 01000225312, Rel.: Leão Aparecido Alves (conv.), 08.05.02, Terceira Turma Suplementar). (grifo nosso).

Apesar de ser unânime na doutrina e na jurisprudência, a importância da Ação Popular, como meio legítimo e eficaz para a defesa da moralidade administrativa, visualiza-se que seu uso ainda é muito restrito quando comparado com outras espécies de ações cíveis.

Essa afirmação resta evidenciada através do resultado da pesquisa realizada no Foro da Subseção Judiciária de Marabá e no Fórum da Comarca de Marabá, cujos números das ações ajuizadas restam demonstrados no quadro abaixo:

Tabela 2 – Quadro quantitativo de Ações Populares no Judiciário Marabaense:

Órgão Judiciário	Intervalo Temporal	Quantidade de Ações
Subseção Judiciária de Marabá – JF	01/02/2000 – 12/12/2012	07
Fórum da Comarca de Marabá – JC	01/01/1980 – 07/02/2013	14

A quantidade diminuta de ações dessa natureza no judiciário não se restringe apenas ao nosso Município, mas ao Judiciário de todo nosso País, e tal fato se deve, na maioria dos casos, ao desconhecimento da população da previsão Constitucional, incerta no artigo 5º, inciso LXXIII, que garante ao cidadão a tutela da moralidade pública por intermédio da Ação Popular.

Desta forma, verifica-se a necessidade de se ampliar o rol das políticas públicas, objetivando a promoção da informação de cunho educativo e elucidativo aos cidadãos desta Nação, no sentido de desmistificar a falácia de que a fiscalização dos atos dos agentes públicos da Administração Pública compete, tão somente, à própria Administração ou ao Ministério Público, permitindo-lhes, assim, a efetiva possibilidade de se valer da Ação Popular para proteção da coisa pública e eventual punição daqueles que atentam contra a moralidade administrativa, o que de fato acarretaria inibição dos malfeitores.

Portanto, podemos concluir que os cidadãos, são detentores do patrimônio público, e por isso devemos privá-lo dos maus administradores públicos que agem em seu nome, tendo em vista que eles tem o dever de agir dentro dos parâmetros da moralidade, e não gera qualquer prejuízo ao patrimônio estatal. Assim todos os atos administrativos devem obedecer o princípio da moralidade administrativa, pois caso contrário serão considerados inválidos/ilegítimos e poderão ser anulados por meio da Ação Popular.

CONCLUSÃO

A motivação para a escolha do tema desse trabalho surgiu através da análise prática no Judiciário deste Município, onde se observou a existência de um número diminuto de Ações Populares, principalmente no que tange a anulação de atos lesivos a moralidade administrativa.

Foi com base nessa preocupação que o presente trabalho surgiu com o objetivo de apresentar/informar aos cidadãos, o instituto da Ação Popular e sua importância na luta da sociedade por uma administração proba e honesta.

Para tanto, antes de explicar sobre o instituto da Ação Popular como meio processual hábil a anular atos lesivos à moralidade administrativa, fez-se necessário apresentar ao leitor aspectos históricos, conceituais e processuais, dos temas que compõe a Ação Popular, bem como sobre a evolução histórica desse remédio jurídico, dentro e fora de nosso ordenamento.

Os atos administrativos, independente de ser vinculados ou discricionários, devem obedecer a padrões éticos, de probidade, decoro e boa-fé, sendo que a inobservância desses requisitos torna o ato ilegítimo ou ilegal, o que enseja a utilização da Ação Popular para anular a invalidade do ato e a conseqüentemente condenar os responsáveis.

O que possibilita a previsão retro mencionada é a proteção da coisa pública, tendo em vista a atuação de agentes públicos que desvirtuam o sentido de muitos atos e contratos administrativos buscando vantagens pessoais em detrimento da finalidade pública.

Assim, é que a doutrina e a melhor jurisprudência Pátria hodierna, de forma uníssona, defende que a imoralidade é pressuposto autônomo de constituição e desenvolvimento válido da Ação Popular.

No que tange a afirmação de que o número de Ações Populares é diminuto, restou comprovada após a realização de uma pesquisa no Foro da Subseção Judiciária de Marabá e no Fórum da Comarca de Marabá, cujo resultado encontra-se colacionado no presente trabalho.

Os motivos que levam a essa realidade, são das mais variadas naturezas, mas principalmente de índole educacional, sendo necessária a intensificação de políticas públicas que promovam atividades de cunho educacional e informativo, para que os cidadãos deste país possam compreender que também são responsáveis pela fiscalização da Administração da coisa Pública e que possuem o instituto da Ação Popular como meio adequado para promover essa fiscalização e punição dos infratores.

Portanto, conclui-se que a coletividade tem direitos e deveres para que possa usufruir de um governo sério, honesto, probo, incorruptível, digno e honrado. Ressaltando-se que cada cidadão deve primar por esse governo, para que este ainda que não chegue a perfeição, possa ser equilibrado onde a população possa ter administradores comprometidos com os interesses que envolvem a coletividade, a coisa pública e o próprio Estado.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 15. ed. São Paulo: Impetus, 2009.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo Brasileiro: Um novo ramo do Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVES JUNIOR, Luís Carlos Martins. **A ação popular**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9266/a-acao-popular#ixzz2MnM4tZJQ>> Acesso em 01/03/2013.

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. **Interesses Difusos e Coletivos Esquematizado**. 2. ed. São Paulo: Método, 2012.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28a%E7%E3o+popular%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/czz7quu>> acesso em: 01/03/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=A%C7%C3O%20POPULAR> acesso em 01/03/2013.

BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas**. 9.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. v.4. Salvador: Juspodivm, 2007.

DONIZETTI, Elpídio. **Ações Constitucionais**. 2. ed. Rev. Ampl. e Atual. São Paulo: Atlas, 2010.

DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. **Curso de Processo Coletivo**. São Paulo: Atlas, 2010.

FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GOMES, Márcia Patrícia Pereira. **Ação Popular enquanto controle dos atos lesivos ao patrimônio público**: o monitoramento da moralidade administrativa. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1783>> Acesso em: 14/02/2013.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos**: Conceito e Legitimação para agir. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 994.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada**: Teoria Geral das Ações Coletivas. 2. ed. Rev. Atual. e Ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MAZZEI, Rodrigo. **Ação Popular e o Microsistema da Tutela Coletiva**. In: DIDIER, Junior; MOUTA, José Henrique (coord.). **Tutela Jurisdicional Coletiva**. Salvador: Juspodivm, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança e Ação Popular**. São Paulo: Malheiros, 2004.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Manual de Direito Difuso**. São Paulo: Verbatim, 2009.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **A Legitimidade nas Ações Coletivas**. Disponível em: <<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=legitima%C3%A7%C3%A3o%20extraordin%C3%A1ria%20a%C3%A7%C3%B5es%20coletivas&source=web&cd=4&cad=rja&ved=0CEAQFjAD&url=http%3A%2F%2Fprofessor.ucg.br%2FsiteDocente%2Fadmin%2FarquivosUpload%2F10035%2Fmaterial%2FRoteiro%252004%2520%2520A%2520Legitimidade%2520nas%2520A%25C3%25A7%25C3%25B5es%2520Coletivas.docx&ei=my0xUdCzKYup0AG8ioHIBw&usg=AFQjCNF72nraSs5KVAuGLs1HRHSqBgnfkg&bvm=bv.43148975,d.eWU>> Acesso em: 01/03/2013.

OLIVEIRA, Vallisney de Souza. **Ação popular e moralidade administrativa**. Disponível em: <www.saraivajur.com.br/menuesquerdo/doutrinaArtigosDetalhe.aspx?Doutrina=1038> Acesso em 25/10/2012.

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação Popular**. In: DIDIER JR, Fredie. **Ações Constitucionais**. 2. ed. rev., atual. - Salvador: Juspodivm, 2007.

SILVA, Franciny Beatriz Abreu de Figueiredo e. **Da Moralidade Administrativa como pressuposto autônomo de constituição e desenvolvimento válido da Ação Popular**. Disponível em: <http://www.nacionaldedireito.com.br/doutrina/1156/da-moralidade-administrativa-como-pressuposto-aut-nomo-de-constitui-o-e-desenvolvimento-v-lido-da-a-o-popular> > Acesso em: 01/03/2013.

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo** – 35. ed. - São Paulo: Malheiros, 2012

VASCONCELOS NETO, Francisco das Chagas de. **A legitimação para agir nas ações coletivas e os novos desafios a serem superados**. Porto Alegre: Processos Coletivos, v. 2, n. 4, out. 2011. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.net/doutrina/26-volume-2-numero-4-trimestre-01-10-2011-a-31-12-2011/135-a-legitimacao-para-agir-nas-acoes-coletivas-e-os-novos-desafios-a-serem-superados>> Acesso em: 01/03/2013.

VENTURE, Elton. **Processo Civil Coletivo: A tutela jurisdicional dos Direitos Difusos e Individuais Homogêneos no Brasil, perspectivas de um Código Brasileiro de Processo Coletivo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

ZANETI JUNIOR, Hermes; GARCIA Leonardo. **Leis Especiais para Concurso V. 28: Direitos Difusos e Coletivos**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**. 4. ed. Rev. e Atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

**ANEXO 01 – Pesquisa realizada do Foro da Subseção Judiciária de Marabá e
no Fórum da Comarca de Marabá**

APÊNDICE – Pré-Projeto