



**PROGRAMA DE MESTRADO MULTIDISCIPLINAR EM
DIREITO, RELAÇÕES INTERNACIONAIS E DESENVOLVIMENTO**

ADILSON RAMOS JÚNIOR

AÇÃO POPULAR: REQUISITO DA LESIVIDADE

**Orientador
Professor Dr. Nivaldo dos Santos**

**Goiânia
Abril, 2010.**

ADILSON RAMOS JÚNIOR

AÇÃO POPULAR: REQUISITO DA LESIVIDADE

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado Multidisciplinar em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento.

Orientador: Prof. Dr. Nivaldo dos Santos

Goiânia
Abril, 2010.



DISSERTAÇÃO DO MESTRADO MULTIDISCIPLINAR EM DIREITO, RELAÇÕES INTERNACIONAIS E DESENVOLVIMENTO

DEFENDIDA PELO MESTRANDO ADILSON RAMOS JUNIOR, EM 22 DE ABRIL DE 2010 E _____ COM A NOTA _____, PELA BANCA EXAMINADORA.

Professor Doutor Nivaldo dos Santos (PUC-GOIÁS – Presidente)

Professora Doutora Andrea Freire de Lucena (UFG – Membro)

Professor Doutor Marcelo de Barros Barreto (UFG – Membro)

*Para Livia, o meu amor;
Para meus filhos Pedro e João,
Meu desejo para que lutem por um mundo melhor e mais justo.*

Agradeço ao professor Dr. Nivaldo dos Santos pela orientação precisa, ao mesmo tempo em que o congratulo pela sua imprescindível participação na criação do Mestrado em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento da PUC-Goiás.

Agradeço ao Corpo Docente do Mestrado e o faço na pessoa da Dra. Andrea Lucena,

Agradeço aos funcionários da PUC e o faço na pessoa do Marcelo, Secretário do Mestrado,

Agradeço aos meus pais, Adilson e Marilda, pelo amor e carinho indispensáveis à minha formação,

Agradeço aos meus sogros, Ferola e Neide, pelo companheirismo de sempre,

E agradeço à Deus, pela saúde e disposição para enfrentar um segundo Mestrado em Direito.

RESUMO

A ação popular nasceu no Direito Romano e se sabe que ela apareceu primeiramente no Brasil na Constituição do Império. O seu objetivo sempre foi o de possibilitar aos cidadãos a defesa da res pública (coisa pública). Contudo, muito tempo já passou desde a vigência da Lei nº 4.717, de 1965, e ainda hoje existem divergências sobre a necessidade ou não de se preencher o requisito da lesividade para que seja possível o julgamento da ação popular. A dissertação busca justamente analisar esse aspecto. Para isso, foram elaborados três capítulos: o primeiro traz anotações sobre a origem do instituto, os conceitos da ação popular e da cidadania, estudando-se o instituto desde a sua origem até a Constituição Federal de 1988. O segundo capítulo aborda diversos tópicos importantes desse instituto, destacando-se o estudo da recente decisão da Suprema Corte brasileira que definiu uma nova competência para a ação popular, quando figurar como parte na ação membro daquela Casa. O terceiro capítulo trata do principal objeto da dissertação, qual seja o requisito da lesividade. A importância da escolha do tema pode ser verificada nas considerações finais, quando são oferecidas diversas soluções para as lacunas da Lei da Ação Popular, como por exemplo a inserção de um juízo de prelibação, nos moldes daquele já existente na Lei nº 4.829, de 1992, evitando-se a tramitação de ações populares onde não tenha sido preenchido o requisito da lesividade.

ABSTRACT

The popular action was born in the Roman Right and it is known that she appeared firstly in Brazil in the Constitution of the Empire. Your objective was always it of making possible the citizens the defense of the public cattles (public thing). However, a long time already passed from the validity of the Law no. 4.717, of 1965, and still divergences exist today about the need or not of filling out the requirement of the damage so that it is possible the judgement of the popular action. The dissertation looks for exactly to analyze that aspect. For that, three chapters were elaborated: the first brings annotations on the origin of the institute, the concepts of the popular action and of the citizenship, being studied the institute from your origin to the Federal Constitution of 1988. The second chapter approaches several important topics of that institute, standing out the study of the recent decision of the Supreme Brazilian Cut that defined a new competence for the popular action, when it represents as part in the action member of that House. The third chapter treats of the principal object of the dissertation, which is the requirement of the damage. The importance of the choice of the theme can be verified in the final considerations, when several solutions are offered for the gaps of the Law of the Popular Action, as for instance the insert a demonstration judgement, in the molds of that already existent in the Law no. 4.829, of 1992, being avoided the process of popular actions where the requirement of the damage has not been filled out.

RÉSUMÉ

L'action populaire est issue du Droit Romain et il est notoire qu'elle est apparue au Brésil, d'abord, dans la Constitution Impériale. Son objet fut, toujours, d'ouvrir aux citoyens un voie d'action leur permettant de défendre directement la *res publica* (chose publique). En dépit du fait que beaucoup de temps se soit écoulé depuis l'entrée en vigueur de la Loi n° 4.717 de 1965, aujourd'hui encore, il existe des divergences quant à la nécessité, ou non, que soit présent un comportement préjudiciable et/ou un préjudice, en tant que condition d'admissibilité d'une action populaire. La dissertation cherche à analyser cet aspect. Pour cela ont été élaborés trois chapitres : le premier chapitre apporte des éléments sur l'origine de l'institution, sur les concepts de l'action populaire et sur la notion de citoyens, en étudiant l'institution depuis son origine jusqu'à la Constitution Fédérale de 1988. Le second chapitre aborde divers éléments importants de cette institution, en donnant une emphase particulière à la récente décision de la Cour suprême brésilienne qui a défini une nouvelle compétence lorsqu'un des membres de cet organe judiciaire est Partie à l'action. Le troisième chapitre traite de l'objet principal de cette dissertation qui est la nécessité que soit présent, comme condition d'admissibilité de l'action, un préjudice et/ou un comportement préjudiciable. L'importance du sujet pourra être vérifiée dans les considérations finales où sont envisagées diverses solutions pour combler les lacunes de l'Action Populaire, comme l'introduction d'un Juge de l'Admissibilité selon le mode prévu par la loi n° 4.829 de 1992, évitant ainsi le déroulement d'actions populaires où ne serait pas relevée l'existence d'un préjudice et/ou d'un comportement préjudiciable.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1 - PROLEGÔMENOS: HISTÓRIA DA AÇÃO POPULAR NO DIREITO BRASILEIRO.....	11
1.1. Breves Anotações da Origem do Instituto.....	11
1.2. A Ação Popular nas Constituições Federais.....	14
1.3. Conceito de Ação Popular	20
1.4. A Lei da Ação Popular e o Cidadão.....	22
1.5. A Ação Popular e a Definição de Accountability	25
CAPÍTULO 2 – NOVAS QUESTÕES DA AÇÃO POPULAR	28
2.1. A impossibilidade da Pessoa Jurídica Ajuizar a Ação	28
2.2. O Ministério Público na Ação Popular.....	32
2.3. A possibilidade do Promotor de Justiça ser Réu da Ação Popular	36
2.4. A Competência do Supremo Tribunal Federal para Julgar Ação Popular Proposta Contra Seus Membros.....	41
2.5. O Instituto da Decadência e a Ação Popular	48
CAPÍTULO 3 – AÇÃO POPULAR - REQUISITO DA LESIVIDADE	53
3.1 Moralidade e Improbidade Administrativas.....	53
3.2 O Requisito da Lesividade na Ação Popular.....	56
3.3 O Requisito da Lesividade na Jurisprudência do STJ.....	62
3.4 STJ: Lesividade e Dano ao Erário	71
3.5 O Requisito da Lesividade na Jurisprudência do STF	74
3.6 A Ausência da Lesividade e o Julgamento Antecipado da Lide.....	76
CONSIDERAÇÕES FINAIS	79
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	83
ANEXO 1.....	92
LEI Nº. 4.717 DE 29 DE JUNHO DE 1965.....	92
ANEXO 2.....	103
LEI Nº 8.429, DE 2 DE JUNHO DE 1992.....	103

INTRODUÇÃO

A presente dissertação apresenta como tema central a discussão sobre o requisito da lesividade na Ação Popular, tanto sob o enfoque da análise da Constituição Federal, quanto da legislação específica.

A opção pelo estudo justifica-se, primeiramente, pelo posicionamento adotado por boa parte do Poder Judiciário brasileiro que entende desnecessária a prova do dano ao patrimônio público no julgamento da procedência da ação popular. Além disso, embora se verifique a existência de uma gama de trabalhos acerca do tema, constata-se ainda a carência de uma reflexão maior sobre o texto constitucional que prevê ação para anular não qualquer ato, mas apenas atos lesivos.

Uma vez que essa temática é de interesse para o cidadão, já que é o legitimado para o ingresso da ação popular, a relevância de seu estudo pode ser destacada pelos abusos existentes na sua propositura, fato que inclusive levou o Excelso Supremo Tribunal Federal (STF) a sumular seu posicionamento proibindo a sua utilização por partidos políticos.

Colocados esses problemas, esse estudo tem como objetivo geral a apreciação dos textos constitucional e infraconstitucional, perguntando-se como uma lei que trata especificamente sobre o tema, vigente desde 1965, é atualmente interpretada pelas Cortes Constitucionais brasileiras.

Busca-se com essa análise delinear o posicionamento atual da jurisprudência das Cortes Constitucionais, que vez ou outra aludem a possibilidade de se intentar a ação popular sem a prova da lesividade, ou do dano ao patrimônio.

Por sua vez, o objetivo específico busca adentrar no estudo da doutrina brasileira que trata sobre o requisito da lesividade na ação popular, traçando-se um paralelo com a ação civil e a de improbidade, também reguladas por leis específicas.

Logo, esta pesquisa baseia-se na doutrina brasileira, analisando-se a interpretação da Constituição Federal de 1934, a qual erigiu o cidadão “em parte

legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados e dos Municípios”. Faz-se também a revisão da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, que disciplinou o texto da Constituição de 1946 à Constituição de 1988.

Ademais, buscou-se para a construção deste estudo a doutrina e a jurisprudência brasileiras, principalmente os mais de um mil e quinhentos acórdãos do Colendo Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto. Também foram consultados os arquivos do Senado Federal, em Brasília e do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, em Goiânia. Outrossim, a dissertação combina ainda a pesquisa com a experiência profissional do autor, adquirida nas diversas ações populares, civis e de improbidade, nos últimos vinte anos.

Para atingir os fins propostos, a pesquisa traz no primeiro capítulo a evolução histórica da ação popular brasileira, mediante revisão bibliográfica, especificamente sob o enfoque dos textos das diversas Constituições Federais. No segundo capítulo, procede-se a uma análise da legislação infraconstitucional concomitantemente com a interpretação dos tribunais pátrios. O terceiro capítulo atinge o tema central da dissertação: o estudo do requisito da lesividade.

CAPÍTULO 1 - PROLEGÔMENOS: HISTÓRIA DA AÇÃO POPULAR NO DIREITO BRASILEIRO

1.1. Breves Anotações da Origem do Instituto

A origem da ação popular remonta ao Direito Romano¹, que permitia a qualquer cidadão sua promoção a fim de proteger um interesse público. Pacheco (1965, p. 285) aponta:

O Direito Romano é apontado como a fonte primitiva, ao mesmo tempo notavelmente fecunda, da ação popular [...] já existia na era republicana de Roma [...] tinha um contrato de ação considerável, pois podia ser movida, não só contra os que exerciam funções públicas, senão também *cargos públicos*; além disso, com essa modalidade de ação se defendia o patrimônio da entidade pública ou erário, e também o de pessoas privadas, como pupilos prejudicados por atos de seu tutor, em cujo caso se pode dizer que esse patrimônio estava em primeiro lugar, mas, ao defendê-lo, se restabelecida a ordem jurídica alterada pelo ato irregular.

CAMPOS FILHO (1968, p. 4) define a ação popular como aquela concedida a qualquer povo em defesa do interesse público “eam popularem actionem dicimus, quae suum jus populi tuetur²”.

Por meio delas, portanto, com bem se expressa Mattiolo (CAMPOS FILHO, 1968, p. 7), era arvorado o cidadão em “tutore e vindice della osservanza delle legi e dei provvedimenti Che mirassero direttamente Alla difesa dell’ordine e dell’interesse pubblico”³. Atos e fatos que dariam lugar, no Direito moderno, a medidas de polícia, à ação pública penal, a multas por infração de posturas e a providências administrativas ou judiciárias dos representantes dos poderes públicos, autorizavam, em Roma, ações civis a qualquer do povo, colimando a proteção do interesse público comprometido.

1 Alguns doutrinadores afirmam que não há registro de sua existência em períodos anteriores, como por exemplo Eurico FERRARESI, in *Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo: instrumentos processuais coletivos*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 170.

2 Trad. Chamamos ação popular aquela que é tutelada pelo direito do povo. Digesto, Livro 47, Tit. 23/1).

3 Trad. guardião e defensor do cumprimento da legislação e das medidas que foram destinados diretamente para a ordem pública e defesa.

Logo, surge a indagação: por que em Roma surgiu uma espécie de ação popular que garantia ao cidadão a defesa do interesse público? Mancuso (2003, p. 42) sintetiza essa resposta.

A quem não esteja mais familiarizado com as relações entre Roma e seus cidadãos, pode causar espécie o fato de que naquele tempo, em que a noção de Estado ainda não estava bem delineada, já houvesse um espírito cívico tão desenvolvido a ponto de um cidadão poder dirigir-se ao magistrado buscando a tutela de um bem, valor ou interesse que, diretamente, não lhe concernia, mas sim à coletividade, como as *rei sacrae*, as *rei publicae*. A perplexidade, porém se desvanece quando se considera que, justamente pelo fato de a noção de “Estado” não estar bem definida, o que havia era um *forte vínculo natural* entre o cidadão e a *gens*. Por outras palavras, a falta de um “Estado” bem definido e estruturado, era “compensada” com uma noção atávica e envolvendo do que fosse o “povo” e a “nação” romanos. Ou seja, a relação entre o cidadão e a *res publica* era calcada no sentimento de que esta última “pertencia” em algum modo a cada um dos cidadãos romanos; e só assim se compreende que cada qual se sentisse *legitimado* a pleitear em juízo em nome dessa *universitas pro indiviso*, constituída pela coletividade romana. E assim se explica que a própria sociedade gentílica da época fosse bastante receptiva à iniciativa dos cidadãos que se dispusessem a tutelar os interesses daquela *res communes omnium* (MANCUSO, 2003, p. 42).

Mas, em um primeiro momento do Direito Romano, como nos informa Silva (2007, p. 19), deveria sobressair do direito tutelado na ação popular tanto o interesse público como o próprio interesse particular do cidadão. Idéia que foi desenvolvida com o tempo para que mais tarde fosse possível a propositura de ação popular mesmo nas hipóteses em que o autor não tinha interesse pessoal.

Ainda conforme Silva (2007, p. 19), dentre as ações populares, configuravam-se como principais as de sepulchro violato, no caso de violação de sepulcro, coisa santa e religiosa; de dejectis et effusis, que competia contra aqueles que lançassem objetos na via pública; de positis et suspensis, que cabia contra aqueles que, mantendo objetos em suspenso em telhados ou coberturas não tomassem as precauções necessárias a lhes evitar a queda em lugar freqüentado⁴.

4 Quem já visitou as cidades italianas ou quem as conhece através de filmes, revistas etc. consegue visualizar essa situação – casas de dois andares espalhadas por ruas estreitas e as roupas e utensílios domésticos “pendurados” nas janelas, trazendo receio aos pedestres de que a qualquer momento algo pode cair sobre suas cabeças.

Soma-se a essas ainda de acordo com Silva (2007, p. 19), as ações populares de albo corrupto, a qual impunha multa a quem dolosamente alterasse o edito no qual o pretor, ao entrar em funções, dizia da maneira pela qual faria observar as leis e ministraria justiça; de bestiis, contra descuidados donos de animais, por qualquer prejuízo por eles causado; de termine moto, contra aqueles que mudassem os “marcos” das propriedades privadas; de homine libero exibendo, para a exibição do homem livre, dolosamente detido - esta assemelha-se ao habeas corpus brasileiro, conforme Mancuso (2003, p. 46); e por último a assertio in lusione detegend que permitia a todos denunciar a colusão entre escravos e antigos senhores para o efeito de serem os primeiros declarados ingênuos. Nesse caso, aquele que descobrisse a colusão recebia o próprio escravo como prêmio.

Constata-se que, a partir do Direito Romano, a ação popular alcançou a legislação de outros países ao longo dos séculos. Mancuso (2003, p. 49) e Pacheco (1965, p. 286 - 287), respectivamente, informam que há consenso doutrinário da aparição de um texto sobre ação popular na Bélgica, em 1836, em seguida na França⁵, em 1837 e na Itália⁶, em 1859. Já em Portugal, o primeiro autor reitera que a ação popular foi admitida desde as Ordenações, para defesa das coisas de uso comum do povo.

Atualmente, Silva (2007, p. 32) esclarece que a ação popular encontra-se “limitada a situações tributárias locais e à defesa de coisas públicas de uso do povo”. De acordo com o ensinamento de Silva (2007, p. 32), ela era admitida, no regime das Ordenações, na doutrina das ações, constituindo uma reminiscência do velho Direito Romano. Nesse sentido, Corrêa Teles, citado por Silva (2007, p. 32), promove seu conceito, onde destaca finalidade restrita

5 Na França, como lembra SEABRA FAGUNDES (SILVA, 2007, p. 33), apoiado na autoridade APLETON, o Conselho de Estado converteu o recurso por excesso de poder em verdadeira ação popular. É o que também assinala, mais recentemente, PIERRE MONTANÉ DE LA ROQUE, ao demonstrar que, no recurso por excesso de poder, a condição de que exista um interesse geral, ou satisfação anônima de interesses particulares, é interpretada com tanta largueza que o avizinha da ação popular.

6 No Estado fascista, elas sofreram natural eclipse; todavia com o retorno da grande nação peninsular às suas tradições democráticas, vamos encontrar o reaparecimento das ações populares, notadamente por força de novos dispositivos legais.

quando diz que ações populares são as que podem ser intentadas por qualquer pessoa do povo, para conservação ou defesa de coisas públicas. Além disso, acrescenta que nada obsta a qualquer pessoa do povo poder demandar contra a usurpação de coisas de uso público, ou embargar a obra nociva ao lugar público, como a rua, o mar, o rio público.

Colabora com essa opinião João Mendes Júnior, citado por Campos Filho (1968, p. 19), que, após repetir em parte a lição de Corrêa Teles, sustenta:

[...] não havendo lei pátria, revogando a lei 2, § 34, do Digesto, L. 43, Tít. 13, no *quid in loco publico*, nem a lei 1 do Digesto, L. 43, Tít. 13, de *operis novi nunciacione*, e outras que estabelecem regras para estes interditos, permanece a ação popular, ainda que o autor não tenha interesse singular, direto e imediato, contra quem usurpou ou turbou os logradouros e baldios públicos.

Nessa perspectiva, ainda sobre o conceito da ação popular na Constituição portuguesa, após conceituar o direito de petição, Canotilho e Vital Moreira (2007, p. 693) asseveram que:

[...] o direito de ação popular, revestindo igualmente a dupla natureza de *direito de participação política* e de *garantia* de outros direitos, constitui uma declinação do direito de ação judicial, só que para a defesa de certos bens constitucionalmente protegidos, de âmbito transindividual, não tendo o âmbito universal do direito de petição nem do direito de ação judicial comum. Embora seja um direito político, o direito de petição pode pertencer a estrangeiros para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos.

Nota-se que devido à colonização portuguesa e por força da vigência das Ordenações do Reino (conforme Mancuso, 2003, p. 59), a ação popular foi trazida ao Brasil no período imperial, sendo inserida na Constituição de 1934, no período republicano.

1.2. A Ação Popular nas Constituições Federais

A Constituição do Império, também chamada de Constituição Política do Império do Brasil, datada de 25 de março de 1824, assim previa a ação popular no seu artigo 157:

Art. 157. Por suborno, peita, peculato, e concussão haverá contra eles ação popular, que poderá ser intentada dentro de anno, e dia pelo próprio queixoso, ou por qualquer do Povo, guardada a ordem do Processo estabelecida na Lei.

Porém, para interpretar o conteúdo dessa lei, é necessário a leitura do artigo 156 (também da Constituição Imperial):

Art. 156. Todos os Juizes de Direito, e os Officiaes de Justiça são responsáveis pelos abusos de poder, e prevaricações, que cometerem no exercício de seus Empregos; esta responsabilidade se fará efetiva por Lei regulamentar (BRASIL, 1824).

Conforme Silva (2007, p. 33), essa Carta Magna reprimia os abusos de poder e prevaricação que juizes de direito e oficiais de justiça cometessem no exercício de seus cargos (art. 156) e talvez seja o único texto legislativo que nomeia dita ação como “popular”, antes da Lei nº 4.717, de 1965.

Por sua vez, Pacheco (1965, p. 287 - 288) faz a análise da legislação nesse período, quando assinala que a ação popular, no Direito brasileiro, não tem encontrado terreno fértil, pois o que se constata são parciais admissões esporádicas de uma iniciativa popular no terreno processual, sendo citado como exemplo, nestes termos, o Decreto nº 2.691 – de 14 de novembro de 1869, o qual admitia, nos casos de falências de bancos, companhias ou sociedades anônimas, a apreensão judicial por denúncia ou a requerimento de qualquer pessoa do povo, se tivesse havido emissão ou conservação na circulação de títulos ilegais por parte de banco.

Nesse sentido, esse autor cita ainda a Lei nº 173, de 10 de setembro de 1893, a qual facultava denúncia de qualquer pessoa do povo ou do Ministério Público para a dissolução de associações de fins religiosos, morais, científicos, artísticos, políticos ou de simples recreio, que estivessem promovendo fins ilícitos ou se servindo de meios ilícitos ou imorais. O que se salienta depois é a solução negativa, pela qual o Código Civil, em seu artigo 76, restringindo a

iniciativa da ação processual a quem tivesse legítimo interesse econômico ou moral, suprimia a admissibilidade da ação popular.

Observa-se que na primeira Constituição Republicana não foi inserido qualquer texto referente à ação popular, por isso se afirma que no direito brasileiro ela remonta à Constituição de 1934. Vários doutrinadores (SILVA, MANCUSO e CAMPOS FILHO) afirmam que anteriormente a esse marco vigia a legislação portuguesa sobre a matéria, especialmente o Manual de Processo Civil, suplemento do Digesto Português que reitera que a qualquer pessoa do povo é concedida ação popular contra os usurpadores dos bens públicos ou comuns, ou contra os que neles fazem obra prejudicial ao público, ou outro algum dano.

Assim, mediante texto constante do artigo 113, § 38, (BRASIL, 1999) foi suprida a lacuna até então existente na Constituição de 1934, quando se erigiu a qualquer cidadão em “parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou a anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados e dos Municípios”. Para que se possa fazer a comparação com outros textos referentes à ação popular, assim reza o referido artigo: “Artigo 113. § 38. Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios”.

Silva (2007, p. 37), ao analisar tal questão, Clóvis Beviláqua foi “um dos principais juristas que se mostraram contrários à ação popular” pois em Conferência pronunciada em Fortaleza, após o advento da Constituição de 1934, Beviláqua afirma:

Sem negar o caráter democrático dessa ressurreição, receio que nos venham dahi inconvenientes, que a boa organização do Ministério Público evita. Para funções dessa classe, a sociedade possui órgãos adequados, que melhor as desempenham do que qualquer do povo.

Mancuso (2003, p. 61), por sua vez, informa que ao tempo dos debates legislativos o constituinte Raul Fernandes teceu fortes considerações à medida,

“Dado que todos os atos da administração poderiam ser continuamente postos em xeque e, por vezes, maliciosamente, visto a constatação da existência, nos próprios anais judiciais brasileiros, de precedentes de questões intentadas em juízo, tendenciosamente, por homens de palha, visando a uma decisão judiciária que favoreça a situação aparentemente atacada”.

Em função de tais discussões, abole-se a ação popular pela Carta Constitucional de 10 de novembro de 1937.

Campos Filho (1968, p. 24) explicita que a supressão da ação popular na Constituição de 1937 foi consequência de sua recepção não entusiasta no meio jurídico “e tivera o seu sucesso dependente, até certo ponto, de uma complementação por lei ordinária”. Já Silva (2007, p. 38) mostra que a exclusão da ação popular do texto constitucional foi em decorrência do regime autoritário reinante na época, que não tolerava tal garantia, destinada exatamente a impedir desmandos dos gestores das coisas públicas, mediante a participação fiscalizadora do cidadão no poder administrativo. Segundo esse autor, nesta não havia lugar para um instituto que reentrou na ordem jurídica nacional com manifestação do espírito democrático e como garantia do cidadão.

Não causa espanto que isto tenha acontecido. No longo hiato político autoritário a que nossa República foi submetida, as *acciones populares* constituíam um corpo estranho, algo de incompatível com o desprezo pelos direitos individuais, que é inerente aos governos reacionários. Também o fascismo italiano fez desaparecer quase que totalmente a ação popular. *L'ordinamento fascista*, como disse Lentini, eliminou de regra o mencionado instituto. E isto porque, como dizia Allorio (ao tempo do governo de Mussolini), a ação popular é instituto em consonância a *uma mentalità liberale ora superata*. (Arturo Lentini, *La Giustizia Amministrativa*, 1948, pág. 92, nota 16; Enrico Allorio, *Diritto Processuale Tributario*, 1942, págs. 171 e 172). As ações populares, como bem acentuou Nelson Carneiro, são flores exóticas nos regimes absolutos e sua eficácia só se compreende nos sistemas políticos em que cada cidadão se preocupa pelas coisas públicas como por seus próprios negócios (MARQUES, 1957).

Nota-se, todavia, que a beleza dessa transcrição reside justamente na menção ao texto de Carneiro (2007), quando assinala que as ações populares são flores exóticas nos regimes absolutos, proclamando o seu verdadeiro espírito democrático.

Nesse contexto, a ação popular é reintroduzida pela Carta Política de 1946, no texto do artigo 141, § 38, que inclui, no âmbito de controle da ação popular, também os atos lesivos ao patrimônio das autarquias e das sociedades de economia mista, o que não ocorria no regime da Constituição de 1934 (SILVA, 2007, p. 38).

Artigo 141. § 38. Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista (BRASIL, 1999, p. 107).

Em relação a esse texto, Pacheco (1965, p. 288 - 289) adverte que neste dispositivo se nota a omissão referente ao patrimônio do Distrito Federal e dos Territórios, o que pode ser considerado como simples lapso, visto que o preceito passou além, abarcando até mesmo as entidades descentralizadas e as de economia mista. Como se trata de uma franquia liberal, nada impede que a lei ordinária possa ampliar essa abrangência, não somente sanando a falta quanto ao patrimônio do Distrito Federal e dos Territórios, como também explicitando os das empresas incorporadas, das entidades paraestatais, das empresas públicas, das fundações, das instituições filantrópicas, das sociedades mútuas e de outras corporações cujo patrimônio, não se podendo considerar direta ou indiretamente como público, ao menos envolva interesses coletivos.

É de bom alvitre recordar a anotação que Mancuso (2003, p. 62) faz sobre o advento do Código de Processo Civil de 1939, principalmente sobre a disposição contida no artigo 670, quando diz: “A sociedade civil, com personalidade jurídica, que promover atividade ilícita ou imoral, será dissolvida por ação direta, mediante denúncia de qualquer do povo, ou do órgão do Ministério Público”. O autor também menciona duas relevantes questões suscitadas com o advento da ação popular na Carta de 1946:

- a) saber se o dispositivo que a reintroduzira era *auto-aplicável* ou, ao contrário, se dependia de regulamentação para o exercício do direito de ação;
- b) saber se o objeto dessa ação poderia abranger atos ocorridos antes da sua inserção na Constituição de 1946.

A resposta a tais indagações veio enfrentada na sentença que foi proferida pelo processualista José Frederico Marques (1957, p. 836)⁷, cujo teor apontou que o dispositivo constitucional não dependia de regulamentação ulterior e que não cabia excepcionar as malhas da ação popular os atos praticados anteriormente ao advento da Constituição de 1946, porque ligar o direito de agir ao direito subjetivo substancial revivescência do conceito romanístico da *actio*, de há muito banido pela ciência processual.

A respeito da projeção do dispositivo constitucional sobre a ação popular, Pacheco (1965, p. 288 - 289) ressalta:

O dispositivo constitucional sobre a ação popular projeta-se mais diretamente no sentido de romper os estreitos limites do nosso tradicional conceito legal sobre o direito de acionar, expresso no art. 76 do Código Civil e repetido no artigo 2º do Código de Processo Civil, nos termos de que, para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral. Agora, diretamente contra esta estreiteza, o dispositivo constitucional expande a iniciativa da ação, assegurando a legitimidade de parte a qualquer cidadão para pleitear contra atos lesivos do patrimônio público.

Logo, ao despojar assim a velha regra processual da necessidade de legítimo interesse econômico ou moral, pelo menos em determinado sentido, da sua força de constrição, libertando a iniciativa processual para a defesa dos patrimônios públicos, o § 38 da Constituição, passando além de uma simples preceituação judiciária, chega a instalar um manejo tipicamente político, para restabelecer toda a larga envergadura de um verdadeiro poder, coletivo ou popular, de inspeção, conferido ao corpo cívico dos cidadãos, proposto a defender a integridade daquele patrimônio. Assim, para resolução da questão colocada à época, regulamentou-se a ação popular pela Lei nº 4.717, em 1965.

7 Revista dos Tribunais, volume 181, página 836

A Constituição de 1967 trouxe, no artigo 150 parágrafo 31, dispositivo específico relacionado à ação popular, quando delimita que a qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas⁸. Nesse sentido, a Constituição de 1969, promulgada como Emenda Constitucional àquela, reposicionou-a no artigo 153, § 31, com o seguinte texto: “Qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas”.

Chega-se, então, à Constituição Federal de 1988, que inseriu a ação popular no artigo 5º, LXXIII, com o seguinte texto:

Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência (BRASIL, 1988).

1.3. Conceito de Ação Popular

A respeito do conceito da ação popular na Carta Política de 1988, Moraes (2000, p. 180) afirma que ele compreende 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.

Ainda explica o autor que a ação popular, juntamente com o direito de sufrágio, direito de voto em eleições, plebiscitos e referendos, e ainda a iniciativa popular de lei e o direito de organização e participação de partidos políticos, constituem forma de exercício da soberania popular (Constituição Federal, artigos 1º e 14), pela qual, na presente hipótese, permite-se ao povo, diretamente, exercer a função fiscalizatória do Poder Público, com base no

8 Ob. cit., pág. 181

princípio da legalidade dos atos administrativos e no conceito de que a res publica (República) é patrimônio do povo (MORAES, 2000, p. 180).

José Afonso Silva (2007, p. 172), em sua obra, define ação popular constitucional brasileira como:

[...] instituto processual outorgado a qualquer cidadão como garantia político-constitucional (ou remédio constitucional), para a defesa do interesse da coletividade, mediante a provocação do controle jurisdicional corretivo de atos lesivos ao patrimônio público, da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio público.

De acordo com Ferreira Filho (2007, p. 326), “a ação popular é um remédio constitucional nascido da necessidade de se melhorar a defesa do interesse público e da moral administrativa [...] inspira-se na intenção de fazer de todo cidadão um fiscal do bem comum”. Consiste no poder de reclamar o cidadão um provimento judiciário – uma sentença – que declare nulos ou torne nulos atos do poder público lesivos ao patrimônio público, seja do patrimônio das entidades estatais, seja das entidades autárquicas ou sociedades de economia mista.

De igual modo, o conceito de ação popular é anotado por Bulos (2005, p. 388) como a legitimidade conferida a qualquer cidadão, no pleno gozo de seus direitos políticos, para invocar a tutela do Poder Judiciário em defesa do interesse ut universis. Segundo ele, o que a notabiliza é a impessoalidade, qualificada como popular, precisamente porque nutre liame com a coisa pública, a coisa do povo, não podendo ser pleiteada em nome do interesse ut singuli, inerente ao cidadão particularmente considerado.

Logo, ressalta-se que a importância do estudo dos conceitos doutrinários da ação popular reside no fato de que a Lei da Ação Popular, como norma regulamentadora do texto constitucional, não pode dela se distanciar.

Todavia, a análise proposta na dissertação é acerca da legislação infraconstitucional, qual seja a Lei nº 4.717, de 1965, que será tratada ainda neste estudo. Sob este mesmo ângulo, encontra-se também a importância do

conceito de cidadão, como parte legitimada para a propositura da ação popular.

1.4. A Lei da Ação Popular e o Cidadão

Verifica-se que o conceito da cidadania tem sido muito debatido e seu estudo para a presente dissertação se deve ao fato de que a ação popular é um direito do cidadão.

A legitimação do cidadão-popular deriva da teoria do “private attorney general” (Ministério Público privado), que o eleva a uma posição de quasi prosecutor, conforme ensina Benjamin (1991, p. 78):

Não custa relembrar que a doutrina do *private attorney general* (“Ministério Público privado”) afirma que o Congresso pode, em legislação de proteção a certos interesses meta-individuais, permitir ao cidadão tutelar *public rights* em posição de *quasi prosecutor*, vale dizer, como se Ministério Público fosse.

Não obstante, para se entender a existência dessa doutrina acerca do “cidadão-promotor de justiça” é importante que se alcance primeiro o conceito de cidadania, que segundo Bulos (2006, p. 82) compreende o status imanente às pessoas físicas que são titulares dos direitos políticos, gozando as prerrogativas que defluem do Estado Democrático de Direito.

Contudo, existe uma preocupação pela redefinição da cidadania e ela é relativamente recente, como nos explica Lopes (2006, p. 21), que afirma ser a cidadania:

No seu livro *Citizenship and Social Class*, publicado em 1950, Marshall, definiu a cidadania como o *status* que se concede aos membros de pleno direito de uma comunidade, sendo seus beneficiários iguais em direitos e obrigações. O sucesso desse conceito moderno de cidadania é inquestionável. O principal motivo do êxito dessa definição foi ter enfatizado a noção do cidadão como detentor de direitos, superando-se, assim, a concepção, que tinha imperado desde os gregos, de conceber o cidadão como um sujeito titular, não apenas de direitos, mas também de deveres [...] A atual realidade mundial, sem dúvida, demanda um conceito mais amplo de cidadania. Oldfield, por exemplo, afirma a necessidade de superar a noção de cidadania como *status*, para adotar uma concepção mais

prática e ativa, na qual o incumprimento dos deveres do cidadão para com a sua comunidade tornam o sujeito um ser radicalmente incompleto e mal desenvolvido.

A tônica, portanto, da evolução ou da redefinição do conceito de cidadania parte do pressuposto de que muito mais do que um direito ela é pressuposto que serve de informação ao cidadão, a fim de que possa ter a exata noção dos seus deveres, já que não existem direitos sem suas correlatas obrigações (LOPES, 2006, p. 25).

Dessa redefinição exsurge a legitimidade do cidadão para a propositura da ação popular, não sem preocupação, conforme apregoa Canotilho (2003, p. 510) quando diz que “pela inflação dos processos de controlo que a acção popular universal poderia originar, a regra é a da restrição da legitimidade, qualquer que seja o tipo de controlo”. Todavia, esse autor a reitera:

Nas sociedades contemporâneas o indivíduo isolado está desarmado” (M.Cappelletti). Através do direito de acção popular consagrado no artigo 52º/3 (na redacção da Lei nº 1/89), a Constituição deu guarida a um reforço das acções populares tradicionais (*actio popularis*, *public interest action*) e à introdução de acções populares ou colectivas destinadas à defesa de *interesses difusos* (*class actions*, *Verbandsklagen*, *actions collectives*). Nas acções, *qualquer um do povo*, invocando o interesse público, pode substituir-se aos órgãos competentes para reagir contra a usurpação ou lesão de bens ou direitos das autarquias locais ou contra deliberações ilegais dos órgãos destas (que podem lesar também os direitos do particular: usurpação, por exemplo, de um caminho público).

Nesse ponto, surge no cenário jurídico nacional a Lei da Ação Popular nº 4.717, de 29 de junho de 1965, para regulamentar o artigo 141 § 38 da Carta Política de 1946, e mais uma vez o mote é o cidadão na defesa do interesse público. Em seu artigo 1º é repetido o texto do artigo 141, § 38, da Constituição de 1946 com alguns acréscimos:

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 (BRASIL, 1965).

Nessa perspectiva, identifica-se a importância de conceituar o cidadão para os efeitos da Lei da Ação Popular. Para Silva (2007, p. 157), no exercício

da ação popular, cidadão é “aquela pessoa que se encontra no gozo dos direitos políticos, em sentido estrito, o direito de votar e ser votado”. Aliás, é a própria lei que impõe ao cidadão, autor-popular, a obrigação de fazer a juntada do título de eleitor, ou documento que a ele corresponda, na oportunidade da propositura da ação popular, conforme consta do § 3º, do artigo 1º.

Amorim (2001, p.1) defende que a legitimidade para propor ação popular não deve ser restrita a quem vota ou é votado, pois não se trata de direito político, mas direito fundamental do cidadão que, mesmo condenado criminalmente ou analfabeto, contribui para a formação da riqueza nacional. Repita-se que não se pode partir de uma lei ordinária, que de longa data necessita de reformulação para contrariar a Constituição da República que, como já se dito, produziu um Estado comprometido, fundamentalmente, com o exercício da cidadania.

Conforme esse autor, o § 3º do artigo 1º da Lei n.º 4.717/65 não foi recepcionado pela atual Constituição. Pensar de outra forma implica o não reconhecimento da condição de cidadão ao analfabeto que não fez o alistamento eleitoral ou ao condenado criminalmente. Dessa maneira, a legitimidade para ajuizar ação popular deve ser franqueada a todos os cidadãos, exigindo-se, apenas, os requisitos ordinários compatíveis com o ajuizamento de qualquer outra ação; solução esta que se coaduna com a interpretação teleológica e sistemática da Constituição da República e afirma a condição de cidadão do analfabeto e do condenado criminalmente (AMORIM, 2001, p. 1).

Ressalta-se, todavia, que o Superior Tribunal de Justiça pacificou o seu entendimento sobre a impossibilidade de ser proposta a ação popular desacompanhada do título de eleitor. Nesse sentido, existe outra discussão que é justamente a possibilidade de ser reaberto o prazo quando o autor-popular não faz a juntada desse documento na oportunidade do ajuizamento da ação.

Na ocasião em que se julgou o Recurso Especial nº 538.240⁹, a Ministra Eliana Calmon deu provimento ao recurso para que o tribunal de origem pudesse julgar, novamente, a possibilidade do autor-popular ser chamado a regularizar o feito, após a devida intimação, com a juntada do título de eleitor. No entanto, ao julgar os Embargos Declaratórios que foram opostos contra o mencionado Recurso Especial, a mesma Ministra os acolheu, com efeito modificativo para esclarecer, de forma definitiva, que:

Tratando-se a legitimidade ativa de condição da ação e não representação processual, afasta-se a aplicação dos arts. 13 e 284 do CPC, não sendo possível permitir que a parte traga aos autos cópia do título eleitoral ou documento que a ele corresponda. Correta extinção do feito sem julgamento do mérito (REsp 538.240/MG).

A Ministra esclareceu que a comprovação da condição de eleitor constitui-se condição da ação (legitimidade ativa ad causam) e não representação processual, não cabendo assim a possibilidade de ser reaberto o prazo, na ação popular, para que o autor-popular faça a juntada do título de eleitor em data posterior ao do ajuizamento.

Em 20 de novembro de 2009, outro Ministro do Superior Tribunal de Justiça rejeitou a possibilidade de ser juntado, a posteriori, o título de eleitor. O Ministro Hamilton Carvalhido¹⁰, em decisão monocrática, afirmou, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 1.237.962, que a juntada do título de eleitor não pode ser feita sequer através de emenda à petição inicial.

Portanto, para exercer o seu direito o cidadão deve comprovar que está no uso e gozo dos seus direitos políticos – em dia com suas obrigações eleitorais.

1.5. A Ação Popular e a Definição de *Accountability*

⁹ EDcl no REsp 538.240/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 17/04/2007, DJ 30/04/2007 p. 300.

¹⁰ <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6614993/ag-1237962-stj>.

Mota (2006, p. 152), em sua tese de doutorado na Universidade de São Paulo, observa que no Brasil, a ação popular encontra-se prevista constitucionalmente desde 1934, o que possibilita a qualquer cidadão o pleito à declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos ao patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios. Para ela, esta garantia constitucional é claramente um mecanismo de controle dos atos praticados por agentes públicos e reúne todos os elementos presentes no conceito de *accountability*, embora não tenha a mesma denominação. Também deve ser entendido como um controle que pode ser exercido por qualquer cidadão, possibilitando a transparência da gestão pública, a motivação e justificação dos atos praticados e cominando uma sanção para os atos lesivos ao patrimônio público.

Afirma-se nesse estudo que o tema da *accountability* é um dos mais debatidos atualmente na agenda política mundial. Contudo, nessa discussão há autores que não conceituam *accountability*, apenas fazem referência a ela ou se contentam em classificá-la. Em análise a alguns autores que propõem um conceito, nota-se que não há consenso entre eles.

Nesse processo, Mota (2006, p. 217) sintetiza o conceito de *accountability* como um mecanismo de controle do poder, com a natureza jurídica de uma relação obrigacional objetiva extracontratual legal, que coage os agentes encarregados da administração de interesses públicos (basta que o agente tenha *múnus público*) a explicar seus atos discricionários, tornando públicas as suas motivações, quando provocados institucionalmente, sob pena de punição legal (previsão de punição = sanção em estado potencial).

A *accountability* é um mecanismo que conduz à implementação da representação, pois força os representantes a agirem no melhor interesse público. Além disso, possibilita que os cidadãos questionem os atos de seus representantes, punindo-os a qualquer tempo e não somente na ocasião das eleições [...] é um mecanismo institucional colocado à disposição de um cidadão qualquer, integrante ou não da engrenagem estatal, a serviços de seus interesses e dos interesses da comunidade (MOTA, 2006).

Porém, ressalta-se que a percepção de um mecanismo que decorre de uma expressão anglo-saxão não pode ser facilmente apropriado pela cultura brasileira. Em razão disso, Mota (2006, p. 221), elabora sua conclusão com

base na análise da literatura compulsada e na pesquisa empírica empreendida, a fim de verificar a possibilidade de reafirmar a hipótese inicial de que há pelo menos um mecanismo de controle institucional, efetivamente utilizado pelos cidadãos no Brasil, que reúne as dimensões essenciais do conceito denominado *accountability*: as ações populares.

A lógica do mecanismo de controle no direito brasileiro se deve a um argumento lógico, defendido por Pacheco (1965, p. 52):

[...] assim como cada cidadão tem, pelo voto, o direito de interferir na formação dos mandatos dos governantes, terá também um direito, menos poderoso, mas bem eficiente porque é de ação efetiva e direta, de velar pelo patrimônio público, num verdadeiro caráter de inspeção individual em prol do interesse geral. Assim, sempre que houver lesão a esse patrimônio, cada cidadão terá então o direito, por uma via desimpedida de legitimidade de parte, de mover a ação popular.

Verifica-se, assim, que o dispositivo constitucional sobre a ação popular, da Carta Política de 1988, pode ser tido como um dos mais modernos do mundo, conforme Mota (2006, p. 221), não obstante a lei regulamentadora datar de 1965 e ter a necessidade de sofrer alterações e reformas, como assinalado anteriormente.

Outrossim, se o tema da *accountability* é um dos mais debatidos atualmente na agenda política mundial, pode-se dizer que nele é cabível a discussão sobre o requisito da lesividade, que é justamente objeto dessa dissertação.

CAPÍTULO 2 – NOVAS QUESTÕES DA AÇÃO POPULAR

2.1. A impossibilidade da Pessoa Jurídica Ajuizar a Ação

Silva (2007, p. 158) estabeleceu um questionamento sobre a equiparação de cidadão e eleitor para concluir que isso somente foi feito para excluir os estrangeiros e as pessoas jurídicas da legitimidade para propor a demanda popular. Para ele, após citar Pontes de Miranda, cidadão é qualquer brasileiro.

O mais importante, contudo, para o presente tópico, é a exclusão da possibilidade da pessoa jurídica ser autora de ação popular. Essa questão já foi dirimida pelo Supremo Tribunal Federal que inclusive consolidou o seu entendimento na Súmula 365, que diz: “Pessoa jurídica não tem legitimidade para propor ação popular”.

Ao ser consultado o verbete da Súmula 365, no site do Supremo Tribunal Federal na internet, encontra-se a citação de apenas um precedente na ocasião da sua aprovação pelo Plenário, datada de 13 de dezembro de 1963. O precedente citado é o do Recurso Extraordinário 52.328 onde foi discutida a possibilidade da ação popular ser ajuizada por uma pessoa jurídica de direito privado.

Todavia, o Supremo Tribunal já havia julgado outro Recurso Extraordinário, nº 18.741, em 1954, onde expressamente repudiou a possibilidade de ser ajuizada a ação popular por um partido político. Nesse contexto, o Ministro Hahnemann Guimarães, relator do recurso, ao divulgar o seu voto, explicita:

A ação prevista no art. 141, § 38, da Constituição é a em que alguém *quasi unus ex populi agit*. Tem legitimidade para pedir em juízo a anulação ou a declaração de nulidade de ato lesivo do patrimônio público, quem gozar da cidadania, ou, por outras palavras, só as pessoas enumeradas no art.129 da Constituição tem essa legitimidade. O partido político, pessoa jurídica de direito público interno (Cód. Eleit., art. 132), não pode, assim, propor a ação, que pertence apenas ao cidadão.

Não obstante, a existência de um óbice legal à propositura de uma ação popular por partido político, alguns doutrinadores têm advertido sobre a sorrateira utilização do mesmo por políticos, com finalidades político-partidárias.

A esse respeito, o professor de Direito Constitucional Vicente Paulo, afirma que infelizmente a finalidade constitucional da ação popular tem sido sorrateira e inescrupulosamente, desvirtuada pelos políticos de plantão, envergonhando-nos, mais uma vez, com suas condutas desonrosas. Segundo o professor, pode-se notar que a reiterada utilização da ação popular, como meio de oposição política entre governos, tem enfraquecido esse importante e democrático instituto de fiscalização da coisa pública. Verifica-se comum, embora lamentavelmente, o uso da ação popular como arma político-partidária, especialmente em período pré-eleitorais.

Pode-se notar como, exemplo dessa síntese, o pleito eleitoral quando o candidato do partido político “A”, mediante seus correligionários, propõe uma infinidade de ações populares contra a administração do candidato do partido “B”, com vistas, tão somente, a denegrir a imagem política deste. Como as ações dificilmente chegam ao seu termo antes da realização das eleições, o objetivo almejado - que é colocar em dúvida o eleitor sobre a moralidade da administração do concorrente - termina por ser alcançado.

Ademais, em período de campanha eleitoral, é comum determinado candidato utilizar-se de chavões falaciosos contra seu concorrente, tendo como pano de fundo a quantidade de ações populares propostas contra a administração de seu opositor. Por outro lado, tais alegações incitam ao candidato “B” a procurar seus correligionários para acionar o órgão do Poder Judiciário mais próximo, abrindo várias ações populares contra o candidato “A”; contextualiza-se assim a guerra de ações populares que, quase sempre não têm o resultado esperado, mas colaboram para o enfraquecimento do instituto, afogamento do Poder Judiciário e prejuízo da Justiça e do próprio país.

Em casos específicos como esse, cabe ao Poder Judiciário fazer valer sua independência institucional, coibindo o abuso de direito, especialmente por meio da caracterização da chamada litigância de má-fé, que resultará na imposição de sucumbência ao autor mal intencionado, bem assim na aplicação das demais sanções processuais cabíveis.

Carneiro (1949, p.1)¹¹ já dissertava sobre a impossibilidade da ação popular ser proposta por políticos ou pelos seus partidos: “pode um partido político, devidamente registrado no Tribunal Superior Eleitoral, propor uma ação popular?” A resposta, encontrada após longa digressão, é negativa já que um partido político, embora constituído por solicitação de milhares de eleitores, não se caracteriza titular dos direitos subjetivos, pertencentes apenas aos cidadãos.

Em relação a esse fato, Carneiro (1949, p. 489) ainda cita alguns problemas que poderiam surgir, e de fato surgiram, a exemplo da possibilidade de um cidadão brasileiro, domiciliado em Santa Catarina, constituir procurador e propor uma ação popular em Manaus, mesmo que movido por interesses políticos, apenas.

Nesse aspecto, Barroso (1993, p. 233) analisa o uso abusivo da ação popular:

É bem de ver que a ação popular, embora tenha se prestado – e bem – a inúmeras causas de interesse público, ela não deixa de ser, aqui e ali, manipulada como um instrumento político, no sentido menor do termo. Não é incomum que a ação popular seja desvirtuada para perseguir e espezinhar adversários políticos. Mas, naturalmente, não tem ela culpa desta má utilização [...] A verdade, todavia, é que nesta nossa infelicitada República o interesse público só é realmente consultado e discutido quando, por trás dele, existe algum interesse particular muito poderoso.

Entende-se que uma possível solução para esse problema possa ser a inclusão, na Lei nº 4.717/65, de dispositivos semelhantes àqueles que foram

11 Dissertação intitulada “DAS AÇÕES POPULARES CIVIS NO DIREITO BRASILEIRO”, entregue à Faculdade de Direito da Bahia, para inscrição no concurso de docente livre de Direito Judiciário Civil, em 31 de janeiro de 1949.

incluídos na Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992 (a chamada Lei de Improbidade), pelas Medidas Provisórias nºs. 2.180-35 e 2.225-45, de 2001.

Assim, por meio de normas que possam ser traduzidas como um “juízo de prelibação”¹² poder-se-ia evitar as chamadas “ações políticas ou com finalidade político-partidária”, manuseadas com vistas ao incitamento de uma “caça as bruxas”.

A verdade é que o autor-popular que propõe uma ação popular de forma ilícita e por motivos pessoais ou político-partidário pratica um crime hediondo, conforme ensinamento de Dimoulis (2003, p. 47) quando enfatiza que denunciar um homem por não gostar dele, objetivando sua punição, é um crime hediondo. No sentido originário da palavra, que provém do latim foetibundus e significa “fedorento”, denunciar por inveja é um crime fedorento que merece a mais severa punição.

Sócrates, filósofo grego, defende essa idéia quando afirma:

[...] a todos os mais deve ser defesa a mentira. Diremos mesmo que o cidadão que ilude os magistrados é mais culpado que o enfermo que ilude o médico; que o aluno de ginástica que oculta ao que o exercita os defeitos de seu corpo; que o marinheiro que dissimula ao piloto o estado do navio e da tripulação, o que ele mesmo faz e o que fazem seus camaradas (apud PLATÃO, 1994, p. 95).

A mentira, mediante a ação popular, deve ser tratada no mínimo como o mesmo rigor previsto na Lei de Improbidade, para o autor de denúncia contra inocente, que reza:

Art. 19. Constitui crime a representação por ato de improbidade contra agente público ou terceiro beneficiário, quando o autor da denúncia o sabe inocente. Pena: detenção de seis a dez meses e multa. Parágrafo único. Além da sanção penal, o denunciante está sujeito a indenizar o denunciado pelos danos materiais, morais ou à imagem que houver provocado.

12 O juízo de prelibação é uma fase processual anterior ao recebimento da ação (prevista na Lei de Improbidade), na qual há uma defesa do réu e uma análise do Poder Judiciário antes do próprio recebimento da ação e antes da própria ordem do juiz para a citação. O réu é notificado para se manifestar sobre a petição inicial e documentos, com vistas ao convencimento do juiz da inexistência de ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita (Lei nº 8.429/92, art. 17, § 8º). O rito comum, tanto no processo civil como no penal, não contempla essa fase: o autor entra com ação, o juiz analisa alguns pontos e recebe ou não a ação. No juízo de prelibação, como dito, há uma defesa (manifestação por escrito) anterior ao recebimento da ação pelo juiz.

A inserção na Lei de Ação Popular de um dispositivo semelhante ao acima transcrito pode resolver o problema das ações ajuizadas como fruto de perseguição pessoal, vindita ou motivadas por interesse político-partidário.

2.2. O Ministério Público na Ação Popular

Considera-se que não apenas o cidadão, mas também o Ministério Público¹³ tem um papel ativo na ação popular, mesmo porque a Carta Magna de 1988 afirma, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça¹⁴, que a ação popular faz parte de um microsistema em defesa do interesse público.

A Lei da Ação Popular prevê que o juiz, ao despachar a petição inicial deve, além de determinar a citação dos réus, ordenar a intimação do representante do Ministério Público. Essa situação somente não deve ocorrer se o magistrado, ao receber a petição inicial entender que ela não está na devida forma, não preenchendo os requisitos legais para o seu recebimento.

Na verdade, se fosse o caso de se aplicar o disposto na Lei de Improbidade também na ação popular, o juiz, ao receber a petição inicial,

13 O novel art. 129, III, da Constituição Federal habilitou o Ministério Público à promoção de qualquer espécie de ação na defesa do patrimônio público social não se limitando à ação de reparação de danos. Hodiernamente, após a constatação da importância e dos inconvenientes da legitimação isolada do cidadão, não há mais lugar para o veto da legitimatio ad causam do MP para a Ação Popular, a Ação Civil Pública ou o Mandado de Segurança coletivo. Em consequência, legitima-se o Parquet a toda e qualquer demanda que vise à defesa do patrimônio público (neste inserido o histórico, cultural, urbanístico, ambiental, etc), sob o ângulo material (perdas e danos) ou imaterial (lesão à moralidade). Deveras, o Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos (EDcl no REsp 586307, DJ 28.03.2005, p. 191)

14 A Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37, da CF como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou 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 (REsp nº 586.307, DJ 30.09.2004, p. 223)

deveria verificar se não seria caso de rejeição da ação, se convencido da inexistência de lesividade e/ou da inadequação da via eleita.

Ultrapassados esses obstáculos, compete ao Ministério Público, de acordo com o artigo 6º, § 4º, da Lei da Ação Popular, acompanhar a ação e apressar a produção da prova, além de promover a responsabilidade, civil ou criminal, dos que nela incidirem. A lei veda, todavia, a possibilidade de o Ministério Público assumir a defesa do ato impugnado ou dos seus autores.

Em análise a esse artigo, Garcia (2005, p. 332), reitera que o preceito dispõe sobre a atuação do Ministério Público como órgão interveniente, realçando sua posição de dominus litis da ação penal e consagra a sua legitimidade concorrente, juntamente com as pessoas jurídicas lesadas, para promover a responsabilidade civil dos autores do dano, o que terminou por merecer previsão autônoma na Lei nº 7.347/1985 e na Lei nº 8.625/1993.

Nesse sentido, conforme esse autor, a segunda parte do art. 6º, § 4º veda ao Ministério Público a assunção da “defesa do ato impugnado ou dos seus autores”, o que em nada compromete a livre atuação da Instituição, que sempre será regida pelo princípio da independência funcional, sendo admissível a emissão de parecer que reconheça a legalidade do ato impugnado. Assim, buscou-se a assunção do procuratório judicial, a efetiva apresentação de uma peça de defesa, tarefa própria de advogados (GARCIA, 2005, p. 332).

Outra situação que prevê o comparecimento do Ministério Público na ação popular está prevista no artigo 9º, que traz a possibilidade da ocorrência do abandono da causa ou da sua desistência pelo autor-popular. Nesse caso, o Ministério Público tem noventa dias para promover o prosseguimento da ação.

Ainda em relação a esta questão, verifica-se a existência de um caso no Poder Judiciário goiano que retrata bem essa situação. Um candidato a Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de Goiás, escolhido para compor o Tribunal de Contas do Estado de Goiás (TCE), teve sua nomeação

questionada por um autor-popular - obviamente na respectiva ação popular. Após comparecer nos autos e provar o preenchimento dos requisitos legais, que anteriormente haviam sido apreciados pela Assembléia Legislativa do Estado de Goiás, o autor-popular simplesmente desistiu da ação, situação que fez com que o juiz ordenasse a intimação do Ministério Público para a sua manifestação.

Nesse processo, a Promotora representante do Ministério Público se manifestou nos autos e concordou com a extinção do feito, com análise do preenchimento, pelo réu, dos requisitos necessários à escolha do seu nome para compor o TCE, na qualidade de conselheiro. Porém, passados alguns anos, outro Promotor do Ministério Público goiano instaurou inquérito civil e questionou o preenchimento dos requisitos constitucionais para a escolha do mencionado Conselheiro do TCE, esquecendo-se de verificar a posição da Promotora na mencionada ação popular. Entretanto, depois de informado da extinção da ação, rapidamente, providenciou-se o arquivamento desse inquérito.

Em consideração ao exposto, Garcia (2005, p. 122) afirma que a assunção do pólo ativo, no entanto, somente ocorrerá se o órgão de execução entender presente algum fundamento concreto que identifique a correção da pretensão formulada pelo cidadão.

Por sua vez, ao mencionar que o Ministério Público não está obrigado a recorrer da sentença proferida na ação popular, (SILVA, 2007, p. 192) salienta que isso ocorre porque o Ministério Público funciona como substituto do autor popular tomado o termo não em sentido técnico processual, mas em sentido mais vulgar, como alguém que supre a omissão de outrem.

Sobre esse aspecto, Mancuso (2003, p. 234) tece uma pertinente colocação quando afirma:

Se é reconhecida, pois, essa *independência funcional* (CF, art. 127, § 1º) do MP na ação civil pública, e se em muito aspectos essa ação se aproximada da demanda popular (v.g., o art. 1º da Lei 7.347/85, invocando, subsidiariamente, a ação popular), não se compreenderia um tratamento restritivo e diferenciado para com a instituição, em

uma e outra daquelas ações, ambas assimiladas por análoga finalidade pública. É dizer: somente por uma interpretação literal e empobrecida do disposto na cláusula final do §4º do art. 6º da LAP é que se poderia negar ao *Parquet* a liberdade de convicção ante a prova dos autos, assim *constrangendo-o* a dar supedâneo irrestrito à pretensão do autor popular, numa inversão da lógica do processo, onde o mérito – a ilegalidade-lesividade do ato sindicado – viria desde logo admitido, pelo só fato de a conduta administrativa restar *sub judice*.

A possibilidade do Ministério Público, portanto, não encampar o autor-popular, ou abrir mão da sua convicção para corroborar ações populares absurdas, deve ser aceita. Nessa perspectiva o Procurador de Justiça em São Paulo, Jorge Luiz de Almeida (1972, vol. 436, p. 279), assevera:

O que se faz em benefício público, por via reflexa, se faz em benefício pessoal; não se pode deixar de reconhecer que razões privadas também servem de estímulo à ação popular. Nem sempre se pode identificar solidariedade entre o interesse coletivo e o do autor popular. Aquele pode vir a ser interpretado por influência palpitar deste. Assim, nem sempre o autor popular é, no dizer de Bielsa, “o cavaleiro cruzado” da legalidade. É a lei que exige a anulação do ato, sob o prisma do interesse coletivo, mas a visualização da lesividade patrimonial, estimulada por considerações particulares, pode apresentar na lide, como tutelar da moralidade administrativa, um autor popular meramente formal. O Ministério Público é sócio solidário obrigatório do autor popular só, evidentemente, ante o exercício de defesa da legalidade. Está vinculado à ação, como direito abstrato de agir, não ao que nela se contém.

Nesse ponto, é pertinente salientar o artigo de Rogério Lauria Tucci (2007), professor aposentado da Faculdade de Direito da USP. No artigo, o autor destaca que as figuras do Promotor e do Procurador de Justiça devem ressurgir, na perspectiva de um novo Estado, de um Estado social e democrático de Direito, inspirados na visão material do homem e do mundo, na compreensão do ser e da sua circunstância e fortalecidos no seu campo de atividade, também difuso em certa perspectiva diante de novos textos legais e infra-estrutura de ação.

Assim, tais figuras não aparecem mais como agentes reprodutores de acontecimentos distanciados no tempo; já não constituem mais a segunda via para a investigação dos fatos, que estão a merecer o seu imediato

conhecimento e pronta intervenção. Essa dimensão abrangente e tutelar do Ministério Público legitima e dignifica não somente a Instituição e seus agentes missionários, mas também o exercício de um mandato coletivo, aberto e permanente, a saber, o mandato para defender os interesses do homem e da comunidade (WALD, 2007, p. 355).

Portanto, a posição defendida é justamente no sentido de que o Ministério Público tem a obrigação de assumir a defesa do autor-popular somente no caso de preenchimento do requisito da lesividade.

2.3. A possibilidade do Promotor de Justiça ser Réu da Ação Popular

Já se afirmou a possibilidade de uma perseguição pessoal ou política por parte do autor da ação popular. Deve-se informar agora a possibilidade do membro do Ministério Público (MP) também, descaracterizado da sua real função, usar desse instrumento para práticas ilícitas.

Na merecida posição alcançada na Carta Política de 1988, o Ministério Público trouxe consigo, também, uma maior responsabilidade. Porém, sabendo-se que sempre é possível a presença de uma “fruta podre” em uma caixa de “frutas sadias”, não é possível se dispensar a propositura de ações populares contra membros desse órgão.

O rol dos possíveis réus na ação popular é elencado o artigo 6º, da Lei nº 4.717/65:

Art. 6º A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo (BRASIL, 1965).

O Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar o mencionado dispositivo, na oportunidade do julgamento do Recurso Especial¹⁵ nº 703.118, entendeu ser possível que um Promotor de Justiça possa figurar como réu em ação popular. A ementa desse julgamento assinala que o Promotor de Justiça pode, em tese, ser demandado em sede de ação popular (art. 6º da Lei 4.717/65), caso lhe seja imputada a prática de atos lesivos ao patrimônio das entidades públicas.

O relator do recurso, Ministro Teori Albino Zavascki, ao justificar seu voto enfatizou que o membro do Ministério Público é autoridade pública, devido a isso, está sujeito, em tese, a ser demandado por ação popular, caso lhe seja imputada a prática de atos lesivos ao patrimônio das entidades elencadas no art. 1º da Lei 4.717/65. De igual modo, o parecer do Ministério Público Federal considera não haver irregularidade na decisão do Tribunal a quo que considerou a legitimidade do membro do parquet para figurar no pólo passivo da demanda à luz do art. 6º da Lei da ação popular.

Em artigo, cujo título é “A responsabilidade civil do Membro do Ministério Público” advogou-se a tese de que existe uma razão muito clara para que os membros do Ministério Público sejam responsabilizados pessoalmente pelos seus atos, uma vez que a Constituição Federal não lhes dá carta branca para agirem de forma ilícita ou com abuso de poder. O sistema jurídico brasileiro não consagra qualquer imunidade ao servidor público, por força do seu cargo (RAMOS JÚNIOR, 2007, p. 13-29).

Nesse sentido, uma indagação se manifesta: estariam os membros do Ministério Público agindo, em 100% dos casos, de forma lícita? Estariam eles, em algumas situações excepcionais, agindo de forma irresponsável, motivados por questões políticas e até mesmo por interesses pessoais?

Pode se buscar nas mais recentes decisões do Conselho Nacional do MP a resposta a essa questão. Como exemplificação, cita-se um dos casos mais emblemáticos: o dos procuradores Luiz Francisco de Souza e Guilherme

¹⁵ Publicado no Diário da Justiça de 17 de abril de 2006, p. 173.

Shelb. Em seu editorial intitulado “Meia Correção do MP”, um conceituado jornal de São Paulo noticia que os mencionados membros do MP receberam penas brandas em razão de práticas ilícitas, que compreende suspensão de 45 dias sem remuneração para um e censura ao outro. As penas seriam brandas, segundo o jornal, porque os referidos procuradores “são pessoas que impuseram imagem nada edificante à instituição incumbida de zelar pelo cumprimento da lei e pela defesa dos interesses difusos da sociedade” (conforme RAMOS JÚNIOR, 2007, p. 13-29).

Nesse ponto pode-se afirmar que todos os membros do Ministério Público, em absoluto, devem zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição Federal, art. 129, III, promovendo as medidas necessárias à sua garantia. Para tanto, a Carta Magna concede ao Ministério Público uma gama de instrumentos, através dos quais ele pode promover a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos (inquérito civil e a ação civil pública), por exemplo. (BRASIL, 1988)

Assim sendo, como admitir que algum membro do Ministério Público que possui em suas mãos o poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (CF, art. 129, VIII) ou também o de expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência e requisitar informações e documentos para instruí-los, possa agir ilicitamente apenas na forma culposa?

Por esta razão, não se pode olvidar a possibilidade que os membros do MP têm de esgotar procedimentos administrativos ou diligências investigatórias antes de instaurarem inquéritos civis ou requisitarem a instauração de inquéritos policiais. Nesse sentido, não se pode conceber a isenção do MP quando o mesmo atacar cidadãos inocentes, que segundo a Constituição Federal, art. 5º, LVII, compreende aquele indivíduo que não deve ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Ora, são inúmeros os casos que podem ser citados como exemplos de que membros do MP agredem verbalmente cidadãos inocentes. Não se pode, aqui, dizer que eles agem sem intenção de atingir a honra, a moral, a imagem, a carreira, as vidas pessoais etc.

Aristóteles, em sua obra *Ética a Nicômaco*, afirma:

A lei prescreve certa conduta; a conduta de um homem corajoso, por exemplo, é não desertar de seu posto, nem fugir, nem jogar as armas no chão; a de um homem comedido, por exemplo, é não cometer adultério nem ultraje; a de um homem gentil, por exemplo, é não bater, nem falar mal de alguém; e assim com ações que exemplificam o restante das virtudes e dos vícios, impondo esses e proibindo aquelas -, corretamente se a lei foi promulgada com justiça, nem tão bem se foi feita de forma aleatória (ARISTÓTELES, s/d, p. 6)

Logo, a agressão, gratuita ou não, do membro do Ministério Público deve ser imediatamente rechaçada e corrigida. Os promotores não são pitt-bulls ou inquisidores e não podem sê-los. Suas agressividades pessoais ou suas distorções psíquicas não podem ser transferidas para seus cargos.

Por este motivo, é vedado a membros do MP agirem de acordo com manuais nazistas, conforme análise feita pelo Ministro do STF e ex-Advogado Geral da União Gilmar Mendes, publicado no jornal O Estado de São Paulo, em 16 de agosto de 2000, que ressalta:

[...] a presunção de inocência deve ser preservada e o Ministério Público tem de fazer uma profunda autocrítica, com vistas a tornar-se uma instituição democrática. Para ele, os procuradores adotam posições totalitárias, como o vazamento de informações para sustentar futuras investigações, afirma ainda [...] obviamente, esse tipo de dado é crível e quem olhar os “manuais nazistas”, vai encontrar esse tipo de indicação.

Nessa perspectiva, com maior rigor deve ser impedida a publicação desmoralizante praticada por membros do MP que criam uma situação de terrorismo ou simplesmente arrastam para a lama, irresponsavelmente, as reputações de homens públicos e de outros profissionais (conforme RAMOS JÚNIOR, 2007, P. 13-29).

Em sua edição, datada de 29 de Outubro de 2007, o jornal goiano O Sucesso traz uma nota intitulada “Denúncia de promotor vira pó e desmoraliza o Ministério Público”. Em determinado trecho, o jornalista qualifica esse caso como decorrente da sofreguidão de um promotor em aparecer na mídia, ser superior à obrigação de cumprir com desvelo a sua missão de defensor dos interesses da sociedade. Logo, salienta-se que não apenas esse tipo de conduta deve ser banida, visto que não se pode aceitar que os princípios constitucionais da inocência, do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e outros sejam expurgados da conduta do membro do MP.

Em relação a esse ponto, Wald (2007, p. 355 - 392), assevera em Ação Civil Pública:

[...] abusiva utilização pelo Ministério Público e distorção pelo Poder Judiciário, preleciona que o membro do MP ao propor ação civil pública, quando a par do suporte legal, seja oportuna e conveniente a sua propositura, que deverá concretizar-se objetivamente, sem qualquer conotação personalística, e, obviamente, sem um mínimo de paixão; vale dizer, com absoluta exação [...] A atitude do promotor reclama senso de equilíbrio, ponderação, acuidade e subserviência à legislação em vigor. Isso porque, do contrário, haverá de sua parte, inescandível afronta à igualdade substancial, necessariamente encartada na concepção do *due process of law*, com o comprometimento total, desde logo, da regularidade de sua atuação, e, por via de conseqüência, do processo cuja formação origina.

Considerando o exposto, é interessante observar que diversas vezes o apego pela mídia é esquecido, principalmente diante das derrotas. A exemplo, cita-se um famoso caso envolvendo as lombadas eletrônicas e os medidores de velocidade, o qual foi legado ao esquecimento, sem que o Ministério Público, ao menos, interpusesse recurso após a ação de improbidade; não divulgada publicamente por ter sido julgada improcedente. Ademais, importa também citar o caso que envolveu a Cachoeira Dourada, em que o processo foi arquivado porque o Ministério Público “perdeu prazo”, sem que também fosse interposto qualquer recurso (conforme RAMOS JÚNIOR, 2007, p. 13-29).

Assim, essas situações tornam necessária a interpretação de que todo ato do membro do Ministério Público reveste-se de responsabilidade pessoal

e deve ser analisado, sempre, sob o prisma do dolo, como elemento intrínseco da sua conduta (conforme RAMOS JÚNIOR, 2007, p. 13-29).

2.4. A Competência do Supremo Tribunal Federal para Julgar Ação Popular Proposta Contra Seus Membros

Da mesma forma que a possibilidade do membro do Ministério Público poder figurar como réu, em ação popular, caracteriza-se como uma matéria pouco explorada na doutrina brasileira, também assim se configura a discussão sobre a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar ação popular proposta contra seus membros.

O artigo 5º, da Lei nº 4.717/65, estabelece a competência para o processamento das ações populares:

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

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

§ 2º Quando o pleito interessar simultaneamente à União e a qualquer outra pessoas ou entidade será competente o juiz das causas da União, se houver; quando interessar simultaneamente ao Estado e ao Município, será competente o juiz das causas do Estado, se houver.

§ 3º A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações, que forem posteriormente intentadas contra as mesmas partes e sob os mesmos fundamentos.

§ 4º Na defesa do patrimônio público caberá a suspensão liminar do ato lesivo impugnado (BRASIL, 1965).

Nota-se que o entendimento sedimentado nas Cortes Constitucionais Brasileiras, até 2008, era de que o autor-popular poderia ajuizar a ação popular no juízo correspondente ao do seu domicílio, sob o argumento de que o exercício do direito de propor ação popular não deveria sofrer qualquer restrição:

Segundo a doutrina, o direito do cidadão de promover a ação popular constitui um direito político fundamental, da mesma natureza de outros direitos políticos previstos na Constituição Federal. Caracteriza, a ação popular, um instrumento que garante à coletividade a oportunidade de fiscalizar os atos praticados pelos governantes, de modo a poder impugnar qualquer medida tomada que cause danos à sociedade como um todo, ou seja, visa a proteger direitos transindividuais. Não pode, por conseguinte, o exercício desse direito sofrer restrições, isto é, não se pode admitir a criação de entraves que venham a inibir a atuação do cidadão na proteção de interesses que dizem respeito a toda a coletividade (STJ, 2007, p. 252).

Esse entendimento, que parecia sedimentado, pode vir a ser modificado por força de novas interpretações acerca da competência. Cita-se como exemplo, o julgamento da Questão de Ordem em Petição nº 3.211-0, feita pelo Supremo Tribunal Federal, no qual foram relatores os Ministros Marco Aurélio e Menezes Direito (esse para o acórdão) e em cuja decisão foi votado que compete ao STF julgar ação de improbidade proposta contra seus membros. Ainda nas discussões, o Ministro Menezes Direito, resumidamente, afirmou que atribuir competência para um Juiz de 1º grau para um julgamento de Ministro da Suprema Corte quebraria, pelo menos na compreensão dele, o sistema judiciário como um todo (STJ, 2007, p. 252).

Da mesma forma, importa ressaltar o discurso do Ministro Carlos Britto, que colabora com a ementa:

Entendo [...] que a Constituição Brasileira tratou os membros do Poder Judiciário sem hierarquia, nenhuma hierarquia. Um juiz de Vara, um juiz substituto não conhece hierarquia no plano funcional, detém uma competência técnica para julgar como bem entender, segundo o tribunal de sua própria consciência [...] Ora, isso me parece, ainda para dar razão ao Ministro Carlos Alberto Direito, pedindo vênua ao Ministro Marco Aurélio, que submeter um Ministro do Supremo à jurisdição de um juiz de Vara efetivamente subverte essa lógica de jurisdições sub-superpostas. Parece-me que sim, até porque o próprio juiz substituto – que nem titular de juízo é, nem titular de Vara – só pode perder o cargo por decisão do tribunal (STJ, 2007, p. 252).

Dessa forma, enfatiza-se que a decisão do STF caracteriza uma novidade em termo de definição de competência para o ajuizamento de uma ação contra um Ministro da Suprema Corte. Por esta razão, essa decisão trouxe a confirmação da existência de competências implícitas complementares na Constituição. O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, já

julgou nesse sentido, como prova o resultado do julgamento do Agravo Regimental na Reclamação nº 2115.

1. Por decisão de 13 de março de 2008, a Suprema Corte, com apenas um voto contrário, declarou que "compete ao Supremo Tribunal Federal julgar ação de improbidade contra seus membros" (QO na Pet. 3.211-0, Min. Menezes Direito, DJ 27.06.2008). Considerou, para tanto, que a prerrogativa de foro, em casos tais, decorre diretamente do sistema de competências estabelecido na Constituição, que não se compatibiliza com a viabilidade de conferir a juiz de primeira instância competência para processar e julgar causa promovida contra ministro do Supremo Tribunal Federal, cuja procedência pode acarretar a sanção de perda do cargo. Esse precedente afirma a tese da existência, na Constituição, de competências implícitas complementares, deixando claro que, inobstante a declaração de inconstitucionalidade do art. 84 e parágrafos do CPP, na redação dada pela Lei 10.628, de 2002 (ADI 2.860-0, Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19.12.2006), a prerrogativa de foro, em ações de improbidade, tem base para ser sustentada, implicitamente, na própria Carta Constitucional.

2. À luz dessa orientação, impõe-se a revisão da jurisprudência do STJ sobre o tema. Com efeito, as mesmas razões que levaram o STF a negar a competência de juiz de grau inferior para a ação de improbidade contra seus membros, autorizam a concluir, desde logo, que também não há competência de primeiro grau para julgar ação semelhante, com possível aplicação da pena de perda do cargo, contra membros de outros tribunais superiores ou de tribunais de segundo grau, como no caso. (STJ, 2007, p. 252).

Além disso, é importante efetuar a transcrição do voto do Relator Ministro Teori Albino Zavascki para se verificar o alcance da decisão, considerado um *leading case* sobre a matéria:

À luz dessa nova orientação do STF impõe-se que também esta Corte Especial reexamine sua posição. Com efeito, as mesmas razões que levaram o STF a negar a competência de juiz de grau inferior para a ação de improbidade contra seus membros, autorizam a concluir, desde logo, que também não há competência de primeiro grau para julgar ação semelhante, com possível aplicação da pena de perda do cargo, contra membros de tribunais de segundo grau e de outros tribunais superiores. E, por imposição lógica de coerência na interpretação do sistema e dos princípios constitucionais, não há como sustentar também a viabilidade de submeter à primeira instância do Judiciário ação de improbidade, com sanção de perda do cargo, contra um senador da República, ou um deputado federal ou um governador de Estado. Essa conclusão tem, ademais, substanciais fundamentos de natureza constitucional (STF, 2007).

Nesse sentido, o Ministro continua:

A Constituição assegura a certas autoridades a garantia de responderem por crimes comuns e de responsabilidade perante foro

especial. O Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, os Ministros do STF e o Procurador-Geral da República respondem, em casos de crimes comuns, perante o Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I, b). Também perante esse Tribunal respondem, por crimes comuns e de responsabilidade, os Ministros de Estado, os Comandantes das Forças Armadas, os membros dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União (CF, art. 102, I, c). O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, é o foro competente para as ações por crimes comuns propostas contra Governadores de Estado e do Distrito Federal, e por crimes comuns e de responsabilidade contra os membros dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais do Trabalho e Eleitorais, de Tribunais de Contas Estaduais e Municipais e membros do Ministério Público da União que oficiam perante tribunais (CF, art. 105, I, a). Perante os Tribunais de Justiça respondem, por crimes comuns, os prefeitos municipais (CF, art. 29, X). Por princípio de simetria, são os Tribunais de Justiça que processam e julgam, nos crimes comuns, os membros das assembleias legislativas. E, embora não haja previsão constitucional específica nesse sentido, os Tribunais Regionais Federais são considerados o foro competente para o julgamento de prefeitos e deputados estaduais acusados de infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesses da União ou de suas autarquias ou empresas públicas, previstas no art. 109, IV, da Constituição (STF, 2007).

Nesse acórdão observou-se que estes e outros casos de prerrogativa de foro constituem uma garantia constitucional do acusado, estabelecida em função da relevância do seu cargo. Contudo, o Ministro Victor Nunes Leal afirma que a jurisdição especial, como prerrogativa de certas funções públicas, é instituída em função do interesse público, do seu exercício com o alto grau de independência que resulta da certeza de que seus atos venham a ser julgados com plenas garantias e completa imparcialidade. Esse legislador presume que os tribunais de maior categoria tenham mais isenção para julgar os ocupantes de determinadas funções públicas, por sua capacidade de resistir à eventual influência do próprio acusado. Essa presumida independência do tribunal de superior hierarquia configura garantia bilateral, contra e a favor do acusado. (Recl. 473, rel. Min. Victor Nunes, j. 31.01.1962, DJ 06.06.1962).

Afirmou-se que, se a Constituição tem por importante essa prerrogativa, qualquer que seja a gravidade da infração ou a natureza da pena aplicável em caso de condenação penal, não há como deixar de considerá-la ínsita ao sistema punitivo da ação de improbidade, cujas conseqüências, relativamente ao acusado e ao cargo, são ontologicamente semelhantes e eventualmente

até mais gravosas. Se há prerrogativa de foro para infrações penais que acarretam simples pena de multa pecuniária, não teria sentido retirar tal garantia para as ações de improbidade que importam, além da multa pecuniária, também a perda da própria função pública e a suspensão dos direitos políticos.

Contra esse entendimento tem sido invocada e preconizada a interpretação gramatical e literal das normas constitucionais a respeito de competência. Todavia, tal método interpretativo não é o mais adequado nesse domínio. Há situações em que a interpretação ampliativa das regras de competência é uma imposição incontornável do sistema.

Ademais refletiu-se que, conforme reconhecido em boa doutrina, é admissível uma complementação de competências constitucionais através do manejo de instrumentos metódicos de interpretação (sobretudo de interpretação sistemática ou teleológica), cuja adoção pode revelar duas hipóteses de competências implícitas complementares: as enquadráveis no programa normativo-constitucional de uma competência explícita, e justificáveis- porque não se trata tanto de alargar competências mas de aprofundar competências-e as necessárias para preencher lacunas constitucionais patentes através da leitura sistemática e analógica dos preceitos constitucionais (CANOTILHO, 1992, p. 695).

No mesmo sentido, citando-se inúmeras hipóteses que o STF adotou, para definir competências interpretação extensiva ou compreensiva do texto constitucional, MENDES et al (2007, p. 906) reafirmam que esse é o caminho que tem sido seguido pela jurisprudência constitucional brasileira. Nota-se que já se fez alusão às hipóteses de ação penal por crimes federais praticados por parlamentares estaduais e por prefeitos, em que foram considerados competentes os Tribunais Regionais Federais, ampliando-se, conseqüentemente, os limites de competência estabelecidos no art. 108, I, a, da CF. Há outras situações que tornam inevitável a interpretação ampliativa, inclusive no que diz respeito à competência civil.

Embora nada disso esteja expresso na Constituição, considera-se que os Tribunais Regionais Federais são competentes para processar e julgar os mandados de segurança impetrados por ente federal contra ato de juiz de direito¹⁶ e atribui-se ao STJ a competência para dirimir conflitos entre turmas recursais e Tribunal de Justiça¹⁷.

Na vigência da Constituição anterior, mas à base de princípios aplicáveis no atual regime constitucional, considerou-se o Tribunal Federal de Recursos competente para processar e julgar ação rescisória proposta por ente federal, muito embora o acórdão rescindendo fosse de Tribunal de Justiça¹⁸.

Portanto, verifica-se que, mesmo em relação às regras sobre competências jurisdicionais, os dispositivos da Constituição comportam interpretação ampliativa, para preencher vazios e abarcar certas competências implícitas, mas inegáveis, por força do sistema. Sob o ponto de vista constitucional, justifica-se, assim, com sobradas razões, a preservação de prerrogativa de foro também para a ação de improbidade administrativa, entendimento que, além de fundado em boa doutrina, conforme Wald e Mendes (*Revista de Informações Legislativas*, Vol. 35, n. 138, p. 215) e Tojal e Caetano (s/d, p. 399), recebeu o aval do STF, no precedente citado¹⁹.

Pode-se defender, assim, uma nova competência para o ajuizamento de ações populares, partindo-se da premissa de que elas fazem parte de um mesmo microsistema de tutela de interesses difusos, referentes à probidade da administração pública²⁰, na qual estão incluídas, também, a ação civil

¹⁶ STF, Pleno, RE 176.881-9, rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* 06.03.1998; STJ, 1.ª T., RMS 18.300, rel. Min. Teori Albino Zavascki, *DJ* 04.10.2004.

¹⁷ STF, Pleno, CC 7106-1, rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* 08.11.2002; STF, Pleno, CC 7090-1, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 11.09.2002; STF, Pleno, CC 7081-6, rel. Min. Sydney Sanches, *DJ* 27.09.2002 (<<http://www.stf.gov.br>>, 30 set. 2005); STJ, 3.ª S., CC 44124, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *DJ* 24.11.2004; STJ, 2.ª S., CC 41744, rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJ* 06.04.2005 (<<http://www.stj.gov.br>>, 30 set. 2005).

¹⁸ STF, 1.ª T., RE 106819-1, rel. Min. Sydney Sanches, *DJ* 10.04.1987; STF, Pleno, CJ 6278-8, rel. Min. Décio Miranda, *DJ* 13.03.1981.

¹⁹ QO na Pet. 3.211-0, rel. p/acórdão Min. Menezes Direito, *DJ* 27.06.2008.

²⁰ Conforme o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 851.174 (Diário de Justiça de 20.11.2006, página 290).

pública e o mandado de segurança coletivo, quanto os instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas. Mas como preservar a competência assumida pelas Cortes Constitucionais nos dois julgados acima transcritos e, simultaneamente, preservar a facilidade para que o cidadão possa propor ação popular?

Uma das soluções pode ser a inclusão de um dispositivo na Lei da Ação Popular, o qual deve prever que o juiz de 1º grau, ao receber uma ação que não seja de sua competência, primeiramente, deva apreciar se a inicial está em devida forma ou se é caso de indeferimento. Concomitantemente, com o recebimento, e somente nesse caso, o juiz deverá remeter a ação para o juízo competente, conforme precedente do Superior Tribunal de Justiça, que estabelece ser de sua competência ação que contemple: Governadores de Estado e do Distrito Federal, membros de Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais do Trabalho e Eleitorais, de Tribunais de Contas Estaduais e Municipais e membros do Ministério Público da União que oficiam perante tribunais; ser da competência do STF ações que envolvam: Presidente da República, Vice-Presidente, membros do Congresso Nacional, Ministros do STF, Ministros de Estado, Comandantes das Forças Armadas, membros dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União e Procurador-Geral da República; ser da competência dos Tribunais Estaduais ações que contemplem Prefeitos municipais e membros das assembleias legislativas.

Logicamente, para que o autor-popular tenha facilidade para juntar aos autos da ação as suas peças (manifestações, recursos etc.), pode-se pensar em um dispositivo na Lei para que ele as leve ao juiz mais próximo de seu domicílio que se desincumbirá de remetê-las ao juízo competente.

2.5. O Instituto da Decadência e a Ação Popular

Observa-se que na Lei da Ação Popular, outro assunto que merece reflexão é o da decadência. Nesse sentido, a Lei nº 4.717/65 prevê em seu artigo 21 a prescrição quinquenal da ação popular. No entanto, nesta perspectiva, na presente dissertação se defende que o prazo da ação popular não é prescricional, mas decadencial.

Alguns doutrinadores já se debruçaram sobre tal matéria. Nesse contexto, Campos Filho (1968, p. 179) explica que em um primeiro momento poderia se pensar realmente que se trata de um prazo prescricional, inclusive, com duração coincidente com outros prazos prescricionais previstos contra a Fazenda Pública. Contudo, afirma que o prazo da ação popular é realmente decadencial.

Em precedente recente, o Colendo STJ²¹ decidiu:

O pronunciamento jurisdicional proferido na ação popular se reveste de eficácia constitucional negativa e condenatória, mas aquele aspecto precede a este, na medida em que a condenação se apresenta como efeito subsequente e dependente de desconstitutividade.

Dessa forma, para o STJ, não obstante a Lei nº. 4.717/65 estabelecer que o prazo seja prescricional, ela na realidade estabelece prazo decadencial. Esse paradigma consubstancia-se no REsp nº 258.122/RJ, tendo como relator o Ministro João Otávio de Noronha (DJ 5.6.2007, p. 302), que assim se manifestou no seu voto:

[...] Todavia, há de se mensurar que a ação popular tem por fim o combate ao ato ilegal ou imoral e lesivo ao patrimônio público [...] busca-se invalidar atos ou contratos administrativos, que sejam ilegais e lesivos ao patrimônio público. Então, a sentença que acolhe o pedido é constitutiva e condenatória, visto que desconstitui o ato tido por ilegal; e, em razão da lesividade desse, que é um dos

²¹ REsp 258.122, DJ 5.6.2007, p. 302.

requisitos da ação popular, há a condenação à reparação do patrimônio público atingido pelo ato impugnado.

Para fundamentar seu voto, o ministro busca amparo na doutrina de Mancuso (2003, p. 203), que assevera:

[...] não há dúvida, pois, que a natureza da sentença de procedência total ou parcial da ação popular é (des)constitutiva e condenatória; por outro lado, dado que a desconstituição incide sobre um ato nulo (e não meramente anulável), os efeitos retroagem ex tunc, ... Em síntese, a sentença que acolhe a ação popular, total ou parcialmente deve prever em seu dispositivo, nos termos dos arts. 11 e 12 da Lei 4.717/65: 1º) o decreto de desconstituição impugnado; 2º) a condenação (solidária) de seus ordenadores e beneficiários diretos na reparação do patrimônio público lesado pelos danos dali defluentes.

Assim, tratando-se de sentença de natureza constitutiva, a conclusão possível é de que o prazo previsto no art. 21 da Lei n. 4.717/65 é decadencial, não obstante a referência ao dispositivo que diz que ela prescreve em cinco anos. Isso porque a hipótese versada cuida de alterar uma situação jurídica criada por sujeitos passivos à coletividade, situação em que se busca uma desconstituição e que gera, em consequência, uma sentença constitutiva.

O Ministro João Otávio de Noronha busca amparo, também, na doutrina de Theodoro Júnior que ao comentar o novo Código Civil (no volume III, tomo II, pág. 349) afirma que, quando se estipula, na lei ou no contrato, um prazo determinado para que a parte exerça um direito, a própria aquisição deste direito resta condicionada ao lapso temporal, de forma que a decadência se insere na estrutura formativa do próprio direito.

Já se acentuou que a prescrição se instala numa relação entre credor e devedor, quando aquele não reage contra a violação por este praticada. Na prescrição, há, destarte, um direito e uma obrigação em confronto. Na decadência apenas um sujeito se apresenta como titular de uma faculdade. Não há obrigação descumprida. Daí por que é no terreno dos direitos potestativos (ou facultativos) que opera a decadência. Cotejando o direito subjetivo do titular de um direito potestativo com o sistema processual, ver-se-á que, na classificação das ações pela eficácia da sentença, a prescrição é aplicável às ações condenatórias, e a decadência, às ações constitutivas. É que nas ações condenatórias o que se obtém em juízo é um comando judicial tendente a impor a realização, pelo demandado, de uma prestação em favor do demandante. As pretensões, que se

extinguem pela prescrição, são justamente as exigências de prestações não cumpridas a seu tempo pelo obrigado. Daí a conclusão de que são as ações condenatórias as que ensejam a prescrição, quando não exercitadas no prazo da lei. Já nas ações constitutivas, o que se busca é a atuação de faculdades do demandante capazes de operar alteração na situação jurídica existente entre ele e o demandado. São ações que versam sobre direitos sem pretensão, porque não se correspondem a prestações sonegadas pelo réu. A decadência, desta maneira, é fenômeno próprio das ações constitutivas (g.n.) (DJ 5.6.2007, p. 302).

Logo, ao finalizar seu voto, o Ministro Noronha concluiu que o fato da ação popular impor uma condenação - a de ressarcimento ao erário público, não pode ser motivo para concluir que se trata de prazo prescricional porque a condenação é dependente e subsequente à decisão desconstitutiva do ato lesivo:

Poder-se-ia objetar que houve o descumprimento de um direito pelo Poder Público ante a inobservância, na realização de seus atos e contratos, dos princípios informadores da atividade administrativa. Mas isso, de forma alguma, pode ser traduzido como prestação inadimplida, porque inexistente uma relação de direito material entre as partes. Também, a alegação de que a ação popular impõe uma condenação, a de ressarcimento ao erário público, para se pretender seja o prazo questionado prescricional, não é válida porquanto a condenação é dependente e subsequente à decisão desconstitutiva do ato impugnado (DJ 5.6.2007, p. 302).

Por outro lado, deve ser citado o ensinamento de Amorim Filho²², quando o mesmo afirma que as ações constitutivas que têm prazo especial de exercício fixado em lei estão sujeitas à decadência, mesmo que indiretamente, em virtude da decadência do direito a que correspondem. Desse modo, o argumento desse autor é conclusivo:

Ora, uma prescrição que não comporte causas suspensivas nem interruptivas, mas deva correr, necessariamente contra todos, e que também não possa interromper-se em favor de uns sem que se interrompa em favor dos outros, deixa, evidentemente, de o ser, para erigir-se em decadência, na realidade uma forma particular de prescrição, caracterizada, entre outros traços distintivos, pela fluência inexorável dos prazos contra todos, só não acarretando a extinção do direito se tempestivamente praticado o ato em vista do qual fora o prazo estabelecido (AMORIM FILHO, In: RT. 1960, p. 37).

22 Amorim Filho, *in* Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações prescricíveis, RT Ano 49, Outubro de 1960, Volume 300, pág. 37.

Em importante parecer assinado pelo jurista Mesquita (1983, p. 176), tendo como consulente o Professor Fábio Konder Comparato, defende-se o prazo da ação popular como sendo decadencial, conforme consta:

Conceituando a prescrição e a decadência, definiu-se o direito positivo brasileiro, a final, mercê do disposto nos arts. 296, IV, e 811, IV, do C. Pr. Civ., pela doutrina que se filia à que, na Alemanha, inspirou a redação do § 194 do BGB – “O direito de exigir de outro uma ação ou uma omissão (pretensão) está sujeito à prescrição” - no original: “Das Rechet, von einem anderen ein Tun oder ein Unterlassen zuverlangen (Anspruch), unterliegt der Verjährung”.

Nota-se que ao mesmo tempo em que o autor-popular perde um direito por tal omissão (*supressio – Verwirkung*), surge um direito a favor do réu por meio da *surrectio (Erwirkung)*. Nesse sentido, Mesquita (1983, p. 176) continua:

Refere-se à prescrição aos direitos a uma *prestação* e tem como consequência a criação, a favor do obrigado, de um contradireito que, no dizer de KARL LARENZ, se caracteriza como “um derecho a negar la prestación debida o el cumplimiento de la obligación o la satisfacción del acreedor” (“Derecho Civil, Parte General”, (EDERSA, 1968, p. 321). É pressuposto desse contradireito que o direito ao qual se opõe continue a existir e possa ser satisfeito como após o decurso do prazo legal mediante algum ato ou abstenção do titular desse contradireito. A exceção de prescrição, *se exercida*, encobre o direito à prestação. Não exercida, o mero decurso do prazo não impedirá o julgamento de procedência da ação. Diz respeito ao direito em que a ação se funda e, como tal, a sentença que a pronuncia é de mérito.

Ainda conforme Mesquita (1983, p. 176) há direitos, todavia, que mesmo antes do prazo estipulado pela lei, não podem ser satisfeitos por ato do titular do interesse a eles submetido, porque têm por objeto apenas a produção de um efeito jurídico, que só se realiza por força da manifestação de vontade do titular desse direito - a revogação do mandato, o exercício do direito de preferência - ou mediante sentença judicial - anulação de casamento, rescisão de sentença.

Falta a esses direitos uma prestação que possa ser satisfeita pelo titular do interesse submetido, ou dele exigida. Não se lhe abre a opção de mediante ato próprio, possibilitar a produção dos mencionados efeitos jurídicos, nem durante nem após o decurso do prazo legal. Por isso, a inação do titular do direito além do prazo legal implica a impossibilidade absoluta de virem aqueles efeitos a ser validamente produzidos. Dá-se a extinção do direito. O prazo, aí, é de decadência. Decorrido o prazo, o direito se extingue (MESQUITA, 1987).

Assim, ao contrário de outros entendimentos, o prazo da ação popular é apresentado como decadencial e deve ser contado da prática do ato ou omissão tido como lesivos.

Pacheco (1965, p. 224) relata que o Senador Josaphat Marinho, em análise e votação do projeto da Lei da Ação Popular no Senado, afirmou, mediante entendimento com outros colegas, a inconveniência, em princípio, de admitir-se que ficasse expresso o uso da ação popular por tempo indeterminado, já que tal circunstância poderia propiciar abuso, por parte de determinadas pessoas que desejassem exercer a perseguição ou vingança contra aqueles que, tendo ocupado determinadas funções públicas, pudessem vir a ser chamadas a juízo, mediante ação popular.

Assim, pode-se afirmar que a aplicação do instituto da decadência na ação popular é justamente para resguardar o possível réu da propositura de ações simplesmente por perseguições político-partidária, pessoais ou vinditas.

CAPÍTULO 3 – AÇÃO POPULAR – REQUISITO DA LESIVIDADE

3.1 Moralidade e Improbidade Administrativas

Pelo estudo das diversas Constituições brasileiras observa-se que nem sempre a lesão à moralidade administrativa foi incluída no texto constitucional. Contudo, a Constituição Federal de 1988 traz em seu texto do artigo 5º, inciso LXXIII, a inclusão da lesão à moralidade administrativa como um dos possíveis objetos de uma ação popular.

Ao se analisar a história do direito, pode-se observar de acordo com Ripert (2000, p. 19) que o caminho tomado pelos juristas foi o de asseverar, cada vez mais, a regra moral sobre a relação de direito. Na verdade, tais considerações se baseiam naquilo que já foi dito por Comparato (2006, p. 287), a partir, primeiramente, do ensinamento de Kant (s/d), sob a denominação de dedução transcendental, na *Crítica da Razão Pura*:

Os juristas, diz Kant, quando tratam de autorizações de agir (*Gefugnisse*), ou de usurpações (*Anmassungen*), sabem distinguir, em cada caso, entre a questão propriamente jurídica (*quid iuris*) e a questão de fato (*quid facti*), e, denominam dedução a demonstração da primeira (*quaestio iuris*). Assim, enquanto em questões de fato as normas processuais exigem que as partes exibam provas, em matéria de direito admite-se que cada parte apresente as razões justificativas de suas alegações, as quais tendem a demonstrar a legitimidade – *Rechsmässigkeit*.

Nota-se que no sistema filosófico kantiano, enquanto a “dedução transcendental” diz respeito, em matéria de razão sensível pura, à possibilidade de um conhecimento a priori de objetos, em matéria de razão prática, de decisões a tomar na vida propriamente humana e não meramente biológica, ela visa a encontrar a justificação (*Rechtfertigung*) da validade objetiva e geral de um fundamento determinante (*Bestimmungsgrund*) da vontade. Em outras palavras, uma razão justificativa para a lei moral, semelhante à causalidade no campo da natureza. E esse fundamento último de moralidade, segundo Kant só pode ser a liberdade.

A moralidade administrativa veio justamente da amplitude alcançada pela regra moral sobre a relação de direito. Não se poderia pensar que essa regra ficaria restrita as relações decorrentes do direito civil ou do direito penal, por este motivo, ela repercutiu também no direito administrativo (BRANDÃO, s/d).

Esse autor informa que Hauriou foi quem falou, primeiramente, sobre moralidade administrativa ao desenvolver a tese que considera ser a legalidade dos atos jurídicos administrativos fiscalizada pelo recurso baseado na violação da lei. Porém, a conformidade desses atos aos princípios basilares da boa administração, determinante necessária de qualquer decisão administrativa, é fiscalizada por outro recurso, fundado no desvio de poder, cuja zona de policiamento é a zona da moralidade administrativa.

Ainda segundo Brandão (s/d), o conceito de moralidade administrativa enquanto um conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração, também pertence a Hauriou. Segundo ele:

Qualquer sêr capaz de atuar é forçosamente levado a distinguir o Bem do Mal. Sêr atuante, Administração pública não foge a esta regra. Para atuar, tem de tomar decisões; mas, para decidir, tem de escolher; e não só entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, mas também entre o honesto e o desonesto. O seu comportamento deve, sem dúvida, conformar-se à lei jurídica. Mas não basta. O ato conforme a lei jurídica nem sempre é um ato irrepreensível do ponto de vista moral: *non omne quod licet honestum est*, dizia já Paulo. Se os particulares podem cometer vilanias respeitando formalmente a lei, o mesmo acontece aos administradores. No entanto, assim como há uma Moral positiva, que, para os primeiros, se acrescenta à lei vigente, também para os segundos há uma moral institucional, que se sobrepõe à lei das suas atribuições e competência. Esta é-lhes imposta de fora, pelo Poder Legislativo, e apenas traça o âmbito da sua atividade e fixa os meios a utilizar. Quanto aos preceitos da moralidade administrativa, são-lhe impostos de dentro, vigoram no próprio ambiente institucional e condicionam a utilização de qualquer poder jurídico, mesmo o

discricionário. A noção de moralidade administrativa é, assim, mais ampla do que a noção de legalidade jurídica. E, por isso, as exigências da moralidade administrativa são mais fortes que as exigências da legalidade jurídica.

Assim, pode-se afirmar que o conceito de moralidade administrativa ecoou tanto para a Lei da Ação Popular quanto para a Lei de Improbidade. Contudo, na presente dissertação discute-se justamente que não se pode abrir mão da comprovação da lesividade ou do dano ao erário, porque o Estado não pode empobrecer ilicitamente em nenhum caso, nem mesmo no caso de lesão à moralidade administrativa.

É recente uma decisão do Supremo Tribunal Federal onde ficou clara a posição adotada pelo Poder Judiciário no sentido de que o erário não pode enriquecer sem causa.

Ação Popular. Requisitos. Lesividade ao patrimônio público. No caso dos autos, a devolução dos pagamentos realizados pela Municipalidade a título de remuneração por serviços efetivamente prestados implicaria em locupletamento indevido da Administração. Princípio da vedação do enriquecimento sem causa²³.

Assim, embora nesse caso específico pudesse ter ocorrido condenação pela lesão à moralidade administrativa, o Supremo Tribunal entende que não existe a possibilidade de ressarcimento de qualquer valor ao erário, simplesmente porque não houve qualquer lesão nesse sentido e, desta forma, aplica-se o princípio da vedação do enriquecimento sem causa.

²³ Ag.Rg no REExt. 594.354-2, DJe nº 171, 10.09.2009.

3.2 O Requisito da Lesividade na Ação Popular

O histórico da previsão da ação popular nas diversas constituições brasileiras, feito no Capítulo 1, foi importante para se verificar que:

- a) a Constituição de 1934 refere-se à declaração de nulidade ou de anulação dos atos lesivos;
- b) a Constituição de 1946 garante que qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos;
- c) a Constituição de 1967 estabelece que a ação visa a anular atos lesivos;
- d) a Emenda Constitucional nº 1/69 prevê que a ação popular visa a anular atos lesivos.

O artigo 1º, da Lei nº 4.717/65, a seu turno, estabelece expressamente que a ação popular visa à anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos.

Primeiramente, deve-se esclarecer que a lesão que deve ser apurada na ação popular é aquela sofrida pela Fazenda Pública. As supostas lesões que o autor-popular tiver também sofrido não são cabíveis de serem pleiteadas nessa mesma ação. É necessário que ele as pleiteie em ação autônoma²⁴.

O ponto nodal, porém, a ser discutido é se a ação popular se presta para a anulação ou declaração de nulidade de atos consubstanciados em lesão moral, sem repercussão material. Verifica-se que a divergência doutrinária existe, visto que a matéria não é simples, considerando-se

24 Superior Tribunal de Justiça: Recurso Especial nº 866.634, Diário de Justiça Eletrônico de 29.06.2009.

também a afirmativa que a lesividade é o nó górdio da questão (PRADE, 1986, p. 259). De acordo com esse autor, “essa é uma dúvida que inferniza os doutrinadores, os juristas, os advogados, o Ministério Público, os juízes monocráticos e os magistrados dos Tribunais”.

Nesse cenário, Pacheco (1965, p. 295 - 296), esclarece que o cabimento da ação popular está em compasso com o objetivo de anular ou declarar a nulidade de ato lesivo do patrimônio público ou coletivo. Logo, discute-se se, com isto, se a Constituição quis configurar a lesão como causa de anulação ou nulidade, não se definindo sobre se o conceito cabível é o de anulação ou o de nulidade, ou se quis cumular, como condição do cabimento da ação popular, de um lado a lesão patrimonial, e de outro, a anulabilidade ou a nulidade. Nesse aspecto, a jurisprudência tem vacilado e, assim, notam-se as posições contraditórias dos acórdãos.

Ademais, a divergência sobre o tema é estabelecida em alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça, onde o relator, ao interpretar a lei, abre o campo de abrangência da ação popular para anular, não só os atos lesivos ao patrimônio econômico do Estado, mas também ao patrimônio histórico, cultural, ambiental e moral.

Logo, defende-se que a melhor interpretação do artigo não é essa, já que inúmeros doutrinadores que investigaram em profundo a matéria foram fiéis à conclusão de que para a propositura da ação popular é imprescindível o preenchimento do requisito da lesividade, entendendo-se essa como sendo de ordem patrimonial.

Mello (1996, p. 59 - 66) preleciona que a partir da Constituição Federal de 1988, como resultado do já citado e transcrito art. 5º, LXXIII, “a lesão ao patrimônio público, para fins de ação popular, passou a ser uma dentre diversas espécies de lesão censuráveis por ação popular. É lesão econômica”.

Por sua vez, Grau (s/d, p. 338) ao narrar conversa com Geraldo Ataliba sobre certas patologias forenses, conclui que as mesmas encontram-se na freqüente proposição de ações populares, com esteio em lesividade presumida. A corroborar tal entendimento, o artigo 2º, da Lei nº 4.717/65, define as hipóteses nas quais atos lesivos anuláveis:

- a) incompetência;
- b) vício de forma;
- c) ilegalidade do objeto;
- d) inexistência dos motivos;
- e) desvio de finalidade.

O parágrafo único traz a conceituação para os casos de nulidade quando afirma: a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou; o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato; a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo; a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido; e, o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

Já para a especificação dos atos anuláveis deve ser observado o disposto no artigo 3º da Lei nº 4.717/65 (Anexo 1). O artigo 4º enumera outros casos de nulidade, quais sejam:

Art. 4º - A admissão ao serviço público remunerado, com desobediência, quanto às condições de habilitação, das normas legais, regulamentares ou constantes de instruções gerais; a operação bancária ou de crédito real, quando: a) for realizada com desobediência a normas legais, regulamentares, estatutárias, regimentais ou internas; b) o valor real do bem dado em hipoteca ou penhor for inferior ao constante de escritura, contrato ou avaliação; a

empreitada, a tarefa e a concessão do serviço público, quando: a) o respectivo contrato houver sido celebrado sem prévia concorrência pública ou administrativa, sem que essa condição seja estabelecida em lei, regulamento ou norma geral; b) no edital de concorrência forem incluídas cláusulas ou condições, que comprometam o seu caráter competitivo; c) a concorrência administrativa for processada em condições que impliquem na limitação das possibilidades normais de competição; as modificações ou vantagens, inclusive prorrogações que forem admitidas, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos de empreitada, tarefa e concessão de serviço público, sem que estejam previstas em lei ou nos respectivos instrumentos; a compra e venda de bens móveis ou imóveis, nos casos em que não cabível concorrência pública ou administrativa, quando: a) for realizada com desobediência a normas legais, regulamentares, ou constantes de instruções gerais; b) o preço de compra dos bens for superior ao corrente no mercado, na época da operação; c) o preço de venda dos bens for inferior ao corrente no mercado, na época da operação; a concessão de licença de exportação ou importação, qualquer que seja a sua modalidade, quando: a) houver sido praticada com violação das normas legais e regulamentares ou de instruções e ordens de serviço; b) resultar em exceção ou privilégio, em favor de exportador ou importador; a operação de redesconto quando sob qualquer aspecto, inclusive o limite de valor, desobedecer a normas legais, regulamentares ou constantes de instruções gerais; o empréstimo concedido pelo Banco Central da República, quando: a) concedido com desobediência de quaisquer normas legais, regulamentares,, regimentais ou constantes de instruções gerias; b) o valor dos bens dados em garantia, na época da operação, for inferior ao da avaliação; e, a emissão, quando efetuada sem observância das normas constitucionais, legais e regulamentadoras que regem a espécie (BRASIL, 1965).

De acordo com Grau (s/d, p. 341) para os casos especificados no artigo 4º, o mesmo afirma que deve ser provada a ocorrência de qualquer um deles, dispensando-se a prova da lesividade.

Prade (1986, p. 259), em seu artigo lesividade e ilegalidade como pressupostos da ação popular constitucional, esclarece que o ponto nuclear da ação popular, quanto aos atos a serem atacados, é que eles devem ser lesivos ao patrimônio público. Segundo ele, a lesividade dos atos, corresponde a um pressuposto impostergável e sem o qual a pretensão do autor popular se esfarela, caso não seja comprovado. Logo, sem a ocorrência da lesividade dos atos a *actio popularis* não pode prosperar, ou melhor, atos que não sejam lesivos recusam o controle jurisdicional por via da ação popular. Assim, a lesividade deve minar 'com sua eiva' os atos impugnados, alcançando o patrimônio público, visto que a propositura da ação é pro

populo. Assim, a lesão se converte em baliza fático-jurídica para delimitar a pretensão do autor substituto da coletividade.

Ainda no referido artigo, Prade (1986, p. 259) faz um profundo estudo doutrinário para afirmar que “[...] a fórmula anulação ou declaração de nulidade é redundante, porque o objetivo é a ineficácia do ato lesivo [...] opta, assim, pela lesividade como pressuposto necessário e eficiente”. Nessa corrente, cita Alcino Pinto Falcão, que sobre a Lei nº 4.717/65, leciona:

Discute-se pelo parágrafo basta que o ato seja lesivo ao patrimônio ou se concomitantemente deve incidir em vício que o torne nulo ou anulável, o que de muito restringe o âmbito da ação. Em fundamentado estudo, o Professor Paulo Barbosa de Campos Filho, da Faculdade de Direito de São Paulo, elogia o acórdão paulista que confirma a decisão do professor e magistrado José Frederico Marques (publicado na RT vol. 181, págs. 826 e SS.), em que o mesmo afirmou a tese de que... se a invalidade decorresse apenas da lesão que dá origem à nulidade, como graduá-la para dizer qual a lesão que dá origem à nulidade, e qual a que dá causa a simples anulabilidade? Não pensamos que por uma dificuldade se possa acrescentar um requisito, não expresso no parágrafo para restringir o direito de ação que ele ergueu à altura de garantia individual. O parágrafo elevou o vício da lesão enorme a fundamento da ação, apesar de repellido ele pelo Código Civil; não deu o parágrafo, na verdade, o critério para se apurar quando a lesão é de gravidade suficiente para autorizar a procedência da ação (Cf. *Constituição Anotada*, José Konfino Editor, v. 2, p. 244).

Outrossim, Prade (1986, p. 259 - 270) reitera que interpretando a fórmula “que vise a anular os atos lesivos ao patrimônio”, Amaral Viera (s/d), após discorrer a partir dos doutrinadores optantes de posição contrária, exprime que não vê como, “com base nesse texto ou mesmo no anterior, inferir a existência de vínculo entre a lesividade e o vício formal, em prejuízo do objetivo da ação, que é a lesividade. Segundo ele, o vício é a própria lesividade do ato. Basta, portanto, que seja lesivo ao patrimônio público, para que se torne viciado e assim anulável através de ação popular. O ato poderá ser formalmente perfeito (ato jurídico perfeito); poderá, todavia, ser anulável, desde que implique em lesividade ao patrimônio; basta a existência de

lesividade, pois “ela, por si só, implica em vício, uma vez que um ato lesivo é um ato eivado de vício”.²⁵

Mediante os requisitos abordados, Prade (1986, p. 259 - 270) continua reafirmando que Mário Bento Martins²⁶, segue com raciocínio próprio e questionador, cujo entendimento admite não mais exigir a Constituição vigente a legitimidade do ato. Quanto à expressão “vise a anular os atos lesivos”, afirma que, “eliminando os termos anulação e declaração de nulidade, literalmente sugere, a dispensa de outras causas de nulidade além da própria lesividade do ato”.

Portanto, não há como afastar o preenchimento do requisito da lesividade para o ajuizamento da ação popular. Tal confirmação é feita por Capez (2010, p. 313), em sua tese de Doutorado na PUC-SP. Segundo ele, nota-se que em relação à Lei de Ação Popular, ao contrário da Lei de Improbidade Administrativa, exige-se a demonstração da ocorrência real de lesão ao patrimônio, sendo, portanto, elemento causal da ação a ilegalidade do ato e a sua lesividade patrimonial.

Assim, já se decidiu que, na hipótese de contratação de obra pública sem concorrência, a lesividade à moralidade administrativa não faz presumir a lesão ao patrimônio público. Da mesma forma, decidiu-se que o fato de a Constituição Federal de 1988 ter alargado as hipóteses de cabimento da ação popular não tem o efeito de eximir o autor de comprovar a lesividade do ato, mesmo em se tratando de lesão à moralidade administrativa, ao meio ambiente ou ao patrimônio histórico e cultural, de modo que não há porque cogitar de dano à moralidade administrativa que justifique a condenação do administrador público a restituir os recursos auferidos por meio de crédito aberto irregularmente de forma extraordinária, quando incontroverso nos

²⁵ Cf. Ação Popular, RDP 89/458.

²⁶ Cf. “Ação Popular. Singularidades e Controvérsias do Instituto”, RDP 53/54, p. 182.

autos que os valores em questão foram utilizados em benefício da comunidade (CAPEZ, 2010).

Ressalta-se que o preenchimento do requisito da lesividade, para a propositura da ação popular, é imprescindível para que o Estado não se enriqueça ilícitamente, já que nada se pode acrescentar ao patrimônio do Estado sem justificativa. O Estado, em hipótese alguma, pode ser beneficiado com o locupletamento indevido decorrente de um benefício auferido em uma ação judicial.

Conforme Grau²⁷, o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, colhido no seio do Direito Civil, penetra no direito administrativo a ponto de se afirmar a maior relevância dele na contratação administrativa em detrimento da contratação civil.

3.3 O Requisito da Lesividade na Jurisprudência do STJ

A análise do requisito da lesividade na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se deve ao fato de que, por força constitucional, compete a essa corte a análise e julgamento da legislação infraconstitucional. Por conseguinte, é no STJ que existe o campo para o julgamento das questões que envolvem a apreciação das normas constantes da Lei da Ação Popular, onde os posicionamentos se alternam para em cada julgado se assentar ou não. Nessa corte firma-se o entendimento da necessidade do preenchimento do requisito da lesividade para a propositura da ação popular.

²⁷ RE 594.354, DJe 10.09.2009.

Na sua existência, posterior à Constituição de 1988, o STJ apreciou mais de 1.500 acórdãos e 3.304 decisões monocráticas com o verbete ação popular. Em 2005, afirmou-se²⁸:

O pedido de natureza desconstitutiva independe de prova da lesão. Constatada a ilegalidade do ato impugnado, impõe-se, salvo situações excepcionais que autorizam a sua convalidação, o decreto de nulidade por vício de forma, incompetência do agente, ilegalidade do objeto, inexistência dos motivos ou desvio de finalidade. O pedido condenatório, entretanto, demanda a comprovação do prejuízo, ainda que imaterial, experimentado pelo Poder Público. Se o autor da demanda pretende condenar o réu a ressarcir o erário, deverá fazer prova concreta da lesão. Como se sabe, o pressuposto da indenização é o desfalque patrimonial causado por ação ou omissão dolosa ou culposa. A condenação em perdas e danos não é mera decorrência lógica da anulação do contrato, mas se exige a prova do dano causado ao erário.

Nesse caso específico de uma ação popular, proposta com o fim de anular ato de concessão de uso de bem público realizado sem a observância do procedimento licitatório, o STJ decidiu que não podia ser julgada procedente porque não havia qualquer elemento de prova que demonstrasse lesão ou prejuízo ao erário. Também foi decidido pelo STJ que a prova da lesividade compete ao autor da demanda. Todavia, no caso de alegação da lesividade presumida, o STJ decidiu que por força da presunção legal e da inversão do ônus da prova, competia ao réu demonstrar a ausência da lesão e somente com referência ao pedido desconstitutivo.

Ainda em 2005, em julgamento da Primeira Seção do STJ, afirmou-se que não obstante o fato de a Constituição Federal de 1988 ter alargado as hipóteses de cabimento da ação popular, subsistia ainda a obrigação do autor de comprovar a lesividade do ato, mesmo em se tratando de lesão à moralidade administrativa, ao meio ambiente ou ao patrimônio histórico e cultural²⁹:

1. O fato de a Constituição Federal de 1988 ter alargado as hipóteses de cabimento da ação popular não tem o efeito de eximir o autor de comprovar a lesividade do ato, mesmo em

²⁸ Recurso Especial nº 663.889/DF, DJ 01.02.2006, p. 484.

²⁹ STJ. EREsp 260.821/SP. DJ 13.02.2006, p. 654.

se tratando de lesão à moralidade administrativa, ao meio ambiente ou ao patrimônio histórico e cultural.

2. Não há por que cogitar de dano à moralidade administrativa que justifique a condenação do administrador público a restituir os recursos auferidos por meio de crédito aberto irregularmente de forma extraordinária, quando incontroverso nos autos que os valores em questão foram utilizados em benefício da comunidade.

A importância desse julgado se deve ao fato de que o relator, Ministro Luiz Fux, defendeu, sem sucesso, a possibilidade de ser estendido o âmbito da ação popular para abranger os atos lesivos à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, com a dispensa da demonstração do prejuízo material.

O voto-vencedor, porém, da lavra do Ministro João Otávio de Noronha, abriu a divergência para afirmar que não se deve questionar o fato de a ação popular visar a proteção não somente do patrimônio público material, mas também dos valores de ordem moral ou cívica, que custam caro ao cidadão, passíveis de serem lesados por ato ilegal do administrador público.

Ainda assim, apesar da Constituição de 1988 ter alargado as hipóteses de cabimento da ação popular não promoveu o efeito de eximir o autor de comprovar a lesividade do ato, mesmo em se tratando de lesão à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

O Ministro Castro Meira, que acompanhou a divergência aberta pelo Ministro João Otávio de Noronha, fez questão de proferir seu voto-vista para afirmar que a ação popular é uma ação desconstitutiva, ou constitutiva-negativa - em que se objetiva a anulação de ato supostamente lesivo ao patrimônio público e condenatório, em que se pleiteia a responsabilização do agente público. O comando condenatório, para ele, não se reveste de caráter

exclusivamente pecuniário - situação em que o responsável pela malversação do dinheiro público deve recompor o erário - mas são possíveis condenações de outra categoria, compreensivas de prestações positivas e negativas, concernentes a valores não materiais, como a proteção de certa paisagem ou de um bem do domínio cultural. Na ação popular distinguem-se, portanto, dois efeitos: o desconstitutivo, relacionado à anulação do ato lesivo, e o condenatório, referente à responsabilização dos réus pelo ressarcimento ao erário.

É importante destacar que no voto, a partir desse ponto, cita-se o Ministro do Supremo Tribunal Eros Grau que passa a explicar a distinção dos dois efeitos da ação popular, mas principalmente a importância de se verificar o preenchimento do requisito da lesividade:

O pedido de natureza desconstitutiva independe de prova da lesão. Constatada a ilegalidade do ato impugnado, impõe-se, salvo situações excepcionais que autorizam a sua convalidação, o decreto de nulidade por vício de forma, incompetência do agente, ilegalidade do objeto, inexistência dos motivos ou desvio de finalidade. O pedido condenatório, entretanto, demanda a comprovação do prejuízo, ainda que imaterial, experimentado pelo Poder Público. Se o autor da demanda pretende condenar o réu a ressarcir o erário, deverá fazer prova concreta da lesão (GRAU).

Sabe-se que o pressuposto da indenização é o desfalque patrimonial, causado por ação ou omissão dolosa ou culposa. Nesse sentido, o Ministro Eros Grau, analisando a questão da lesividade como requisito da ação popular, sintetiza:

Podemos agora distinguir, nitidamente, dois efeitos na ação popular: (1) a anulação ou declaração da nulidade do ato lesivo (lesividade provada ou lesividade presumida) e (2) a condenação dos réus ao pagamento de perdas e danos decorrentes da prática do ato. Ao primeiro efeito respeitam os arts. 2º e 4º da Lei 4.717/65; ao segundo, o art. 11 da mesma Lei 4.717/65. Admite-se, nos casos do art. 4º, a declaração de nulidade independentemente da comprovação da lesividade do ato. Não se pode admitir, contudo, a condenação dos réus ao pagamento de perdas e danos decorrentes de lesão apenas presumida. Essa condenação reclama a efetiva comprovação da lesividade do ato. Sem dano comprovado inexistente responsabilidade civil, ainda que possa haver a declaração da nulidade do ato, nos casos do art. 4º (MELLO, 1996, p. 341).

É certo que a Lei n.º 8.429/92 prevê a responsabilização do agente público quando da prática de atos que importem: a) enriquecimento ilícito do gestor (art. 9º); b) prejuízo ao erário (art. 10) e c) lesão aos princípios da administração pública (art. 11). Em seu art. 12, a Lei em destaque estabelece quais são as penalidades aplicáveis a cada uma dessas hipóteses nos seguintes termos:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:
I - na hipótese do art. 9º [atos que importem enriquecimento ilícito], perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio [...];
II - na hipótese do art. 10 [atos que importem prejuízo ao erário], ressarcimento integral do dano [...];
III - na hipótese do art. 11 [atos que violem os princípios da administração pública], ressarcimento integral do dano, *se houver* (grifos nossos) (BRASIL, 1992).

Por isso, conforme o Ministro Eros Grau, na hipótese de enriquecimento ilícito (art. 9º), a ação de improbidade não será procedente se não houver prova da lesão (locupletamento sem causa do gestor público). Condenado o réu, perderá os "bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio".

Tratando-se de ação fundada no art. 10 (prejuízo ao erário), igualmente deverá o autor fazer prova da lesividade do ato, ou seja, do desfalque patrimonial experimentado pelo Poder Público. Assim, será o réu condenado ao "ressarcimento integral do dano". Já no art. 11 (violação a princípios administrativos), a Lei fala em "ressarcimento integral do dano, se houver", o que deixa claro que o pedido condenatório somente será julgado procedente caso o autor faça prova do prejuízo (MELLO, 1996).

Até esse ponto, Eros Grau entende importante a análise dos dispositivos legais da Lei de Improbidade principalmente para caracterizar a exigência da comprovação do dano ao erário, para poder concluir:

Assim, ainda que a responsabilização do gestor público decorra de violação a princípios administrativos (como o da moralidade, por exemplo), não poderá ser condenado a ressarcir o erário se não houver prova concreta da lesão ao patrimônio público (MELLO, 1996).

Sobre a questão, é citado Mancuso (2003, p. 106) que salienta que a emissão de empenho na qual tenha sido violada a regra da antiguidade, pois os débitos anteriores devem ser empenhados em primeiro lugar que os posteriores. Ainda que seja imoral, sob o ponto de vista administrativo, a emissão do empenho em primeiro lugar em favor dos débitos posteriores, não gera qualquer prejuízo.

Nesse sentido, Mancuso (2003, p. 107) questiona se mediante esta hipótese é justificável o acolhimento do pedido em sede de Ação Popular, ainda que violado o princípio da moralidade administrativa. Em resposta, ele considera que a resposta só pode ser negativa, até pela evidente inutilidade da demanda.

Assim, para que se possa acolher o pedido em Ação Popular, fundamentado na violação ao princípio da moralidade administrativa, deve haver o desatendimento de alguma regra escrita, e, ainda, a demonstração do prejuízo efetivo ou potencial, ainda que presumido, sendo este último de forma clara e precisa, pois a utilização de frase de efeito - o prejuízo estaria na violação ao princípio da Moralidade Administrativa - apenas denota a incapacidade de descrevê-lo e a inutilidade da via eleita do ponto de vista prático - falta de interesse de agir até mesmo violando o "Princípio da Obrigatoriedade da Motivação das Decisões Judiciais" (MANCUSO, 2003, p. 118).

Ainda no voto mencionado, pode-se verificar que o autor formulou pedido desconstitutivo e condenatório (responsabilização do réu ao ressarcimento das perdas e danos experimentados pela municipalidade). Da postulação inicial, destaca-se o fragmento que segue:

Pleiteia seja a ação julgada procedente para o fim de serem declarados inválidos e de nenhum efeito os decretos acima referidos, bem como os atos deles decorrentes, precipuamente os empenhos e os pagamentos que tinham sido feitos por força do crédito extraordinário aqui guerreado, condenando-se o Sr. Prefeito Municipal, que baixou tais Decretos, a restituir aos cofres públicos os

referidos pagamentos, bem como a pagar as perdas e danos decorrentes (art. 11 e 14 da Lei 4.717/65), tudo devidamente corrigido, além de custas, honorários de advogado incidentes sobre o montante final e total da condenação que se venha a impor, e demais cominações legais" (fl. 12).

Interessante dizer que o conteúdo desconstitutivo da lide não está em debate. Os decretos impugnados na ação datam de 1992, tendo irradiado todos os seus efeitos. Ademais, nesse caso, o crédito extraordinário, aberto pelo réu, destinou-se ao pagamento dos servidores públicos municipais, cujos vencimentos, à época, estavam em atraso.

O que se discutiu acima foi somente a postulação condenatória. Quanto à espécie, no acórdão analisado, não há qualquer elemento de prova que demonstre prejuízo ou lesão experimentados pelo Município. Tal fato, inclusive, foi reconhecido na sentença, quando registra Mello (1996) "o laudo pericial realizado pela polícia técnica nada concluiu quanto à existência ou não da lesão ao erário público e nem poderia, posto que a análise deve ser feita conjugando-se vários conceitos" (fl. 487). Esse é o ponto crucial da análise da jurisprudência, tanto na demanda popular quanto na ação civil é indispensável a comprovação da lesão ao erário; do locupletamento indevido do beneficiário do ato lesivo.

A Lei de Ação Popular (Lei n.º 4.717/65) traz implícita a noção de lesividade do ato objeto de impugnação. Regra geral, a lesão precisa ser demonstrada pelo autor popular (lesividade provada). Como exceção, situam-se as hipóteses constantes do art. 4º da referida Lei, em que a lesividade é presumida. Nesse caso, a presunção é apenas relativa, já que admite prova em contrário a cargo do réu.

Por isso que, em ambas as espécies, não se afasta o requisito da lesividade. Na primeira, a prova competirá ao autor; na segunda, por força da presunção legal e da inversão do ônus da prova, caberá ao réu, que deverá demonstrar a ausência de lesão. Nesse sentido, são lapidares os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles:

Na conceituação atual, lesivo é todo ato ou omissão administrativa que desfalca o erário ou prejudica a Administração, assim como o que ofende bens ou valores artísticos, cívicos, culturais, ambientais ou históricos da comunidade. E essa lesão tanto pode ser *efetiva* quanto *legalmente presumida*, visto que a lei regulamentar estabelece casos de *presunção de lesividade* (art. 4º), para os quais basta a prova da prática do ato naquelas circunstâncias, para considerar-se lesivo e nulo de pleno direito (STF, RTJ 103683). Nos demais casos impõe-se a dupla demonstração da *ilegalidade* e da *lesão efetiva* ao patrimônio protegível pela ação popular. Sem estes três requisitos - *condição de eleitor, ilegalidade e lesividade* -, que constituem os pressupostos da demanda, não se viabiliza a ação popular³⁰.

Enfocando ainda o caso do STJ, observa-se que nele o ato impugnado na ação popular não se enquadra em nenhuma das hipóteses do art. 4º da Lei n.º 4.717/65, razão porque não lhe pode ser aplicada a lesividade presumida. A prova da lesão competia ao autor, mediante documentos juntados à exordial ou de prova técnica realizada em juízo. Na hipótese analisada, como afirmado, o demandante nada alegou a respeito da lesão, não juntou um único documento comprobatório da lesividade e a prova técnica "nada concluiu quanto à existência ou não da lesão ao erário público" (MELLO, 1996).

Deve ser dito que a lesividade presumida do art. 4º refere-se apenas à anulação do ato e não à responsabilização do réu pelo ressarcimento ao erário. São estas as lições apresentadas por Mancuso (2003):

Ainda a propósito dos casos de *lesividade presumida*, elencados no art. 4º da Lei 4.717/65, José Ignácio Botelho de Mesquita esclarece que eles 'não se referem em momento algum à responsabilidade pelo ressarcimento de danos; limitam-se, exclusivamente, a dispor sobre os vícios que autorizam a anulação do ato mediante a ação popular'. E, na seqüência: 'Assim, o tema da lesividade presumida, a que estaria preso o art. 4º da lei, também nada tem a ver com responsabilidade dos réus pela reparação das perdas e danos. A discriminação, aliás, entre lesividade provada e lesividade presumida não está na lei. É criação doutrinária destinada a harmonizar o texto da lei com a Constituição. Como, na Constituição, a ação popular é

³⁰ Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data, Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade, e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. 23ª ed. Atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2001.

ação para anular o ato *lesivo*, a única forma de conciliar o disposto no art. 4º da lei com o preceito constitucional é dar como presumida a lesividade nas hipóteses de nulidade por ele elencadas. O art. 4º simplesmente dispensou a prova da lesão como requisito autônomo para a anulação do ato. Vale dizer, a lesividade só se presume para os efeitos da Constituição e esta, por sua vez, só se refere à anulação, ou declaração da nulidade do ato. Em outras palavras: apenas para a declaração da nulidade do ato, nos casos do art. 4º, ficou dispensada a prova da lesividade. Não para a condenação" (*Ação Popular*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pp. 105-106).

Considerando-se esse aspecto, é incorreto falar, portanto, em lesividade presumida quanto ao conteúdo condenatório da ação.

No final desse julgamento analisado, afirmou-se que não se deve aderir de forma categórica e imperativa a qualquer das teses consagradas nos arestos em confronto, exige-se temperamento. A solução adequada demanda análise caso a caso. Logo, para o STJ, a controvérsia deve ser apreciada à luz de cada um dos pedidos formulados pelo autor popular, para se concluir se é exigível ou não a prova da lesividade.

A título de exemplificação, ocorreu um julgamento pertinente ao tema no STJ³¹, em 2007. Foi proposta uma ação popular contra um município pela contratação de empresa para a execução de serviço de transporte coletivo urbano de passageiros, sem observância do procedimento licitatório, circunstância que atenta contra os princípios da Administração Pública, por não se tratar de situação subsumível à regra constante do art. 24, IV da Lei 8.666/93, que versa acerca de contrato emergencial.

Nesse caso, o STJ decidiu que não houve lesão ao erário, já que o serviço foi efetivamente prestado e se a empresa prestadora dos serviços de transporte coletivo urbano de passageiros fosse condenada a devolver o valor que recebeu, haveria o enriquecimento ilícito do erário. O voto do relator, o Ministro Luiz Fux elucidou a questão³²:

31 REsp 802.378/SP. DJ 04.06.2007, pág. 312.

33 Resp nº 557551/SP - Relatoria originária Ministra Denise Arruda, Rel. para acórdão Ministro José Delgado, julgado em 06.02.2007, noticiado no Informativo nº 309/STJ).

Concordemente é cediço que, em sede de ação popular, a lesividade legal deve ser acompanhada de um prejuízo em determinadas situações e, a despeito da irregular contratação de servidores públicos, houve a prestação dos serviços, motivo pelo qual não poderia o Poder Público perceber de volta a quantia referente aos vencimentos pagos sob pena de locupletamento ilícito. Assim, ante a inocorrência de dano ao erário e de enriquecimento ilícito, uma vez que os serviços foram efetivamente prestados pelos contratados, a reversão ao estado anterior manifesta-se impossível (*ad impossibilia nemo tenetur*). *Last but not least*, assentado o aresto recorrido que não houve dano e que impor o ressarcimento por força de ilegalidade de contratação conduziria ao enriquecimento sem causa, tendo em vista não ter se comprovado que outras empresas do ramo poderiam prestar o mesmo serviço por preço menor, mormente quando se tem notícia nos autos de que a tarifa prevista no contrato tido por ilegal é inferior àquela praticada pela empresa antecessora, o que não foi negado pelo autor, resta insindicável a este STJ apreciar a alegação do recorrente no que pertine a boa ou má-fé do contratado (Súmula 07).

A lógica dessa resolução encontra-se no fato de que na ação popular se busca retornar o erário ao estado anterior em que se encontrava antes da prática do ato lesivo. Todavia, não existe qualquer possibilidade de se utilizar a demanda popular para essa finalidade se não houve o preenchimento do requisito da lesividade, obviamente, porque a reversão ao estado anterior se mostra impossível se ele é igual ao atual. Não obstante essa obviedade, vários casos em que se buscou o ressarcimento do Estado, por meio de ação popular, sem que se tivesse sofrido qualquer dano patrimonial, foram analisados para a elaboração dessa dissertação.

Nesse aspecto, a distinção que se faz é quanto à exigência da manifestação do binômio ilegalidade-lesividade frente ao requisito da lesividade. Anota-se que neste estudo se defende o cabimento da ação popular somente diante da manifestação da lesividade.

3.4 STJ: Lesividade e Dano ao Erário

Atualmente, no Superior Tribunal de Justiça, tanto nos julgados referentes às ações populares, quanto naqueles em que se discute ação civil pública da Lei nº 8.429/92, combate-se a condenação ao pagamento de ressarcimento ao erário, se o dano não for configurado.

Em 2009, no Recurso Especial nº 1.090.707³³, o Ministro Herman Benjamin, ao analisar uma ação popular que discutia a nomeação e posse de servidores, a apenas 180 dias do término de mandato de prefeito municipal, em violação ao disposto no artigo 21, parágrafo único, da Lei de Responsabilidade Fiscal, manteve a anulação (da nomeação e da posse), que fora determinado pelo Tribunal estadual e não condenou os envolvidos à devolução dos valores recebidos, em razão da não configuração do dano.

Para o Ministro, poderia haver uma possibilidade de condenação de devolução de valores ao erário, se tivesse sido comprovado que os servidores não apresentavam qualificação compatível com os cargos ocupados ou tivessem deixado de prestar de forma adequada os serviços.

No caso da Lei de Improbidade, o STJ também já firmou o seu entendimento acerca da indispensabilidade da prova de existência de dano ao patrimônio público para que se tenha configurado o ato de improbidade, inadmitindo o dano presumido.

No Recurso Especial nº 621.415 é delineada a decisão da corte³⁴:

1. Esta Corte, em precedente da Primeira Seção, considerou ser indispensável a prova de existência de dano ao patrimônio público para que se tenha configurado o fato de improbidade, inadmitindo o dano presumido. Ressalvado entendimento da relatora.
2. Após divergências, também firmou a Corte que é imprescindível, na avaliação do ato de improbidade, a prova do elemento subjetivo.

Nesse julgamento, nota-se que o Ministro Castro Meira, ao concluir sobre a impossibilidade da propositura da ação civil pública por ato de

33 DJe 31.08.2009

35 DJ 30.05.2006

improbidade administrativa sem a comprovação do dano ao erário, utilizou argumentos do Ministro João Otávio de Noronha em julgamentos de ações populares, notadamente os pertinentes à impossibilidade da propositura dessas demandas sem a prova da lesividade.

O Ministro Castro Meira, rememorando voto que havia proferido, acompanhando o entendimento do Ministro João Otávio (no RESp 260.821 – Embargos de Divergência), afirma que, apesar de não se tratar de ação popular, mas de ação civil pública (ou ação de reparação civil por ato de improbidade administrativa), o entendimento ajusta-se à controvérsia de que tratam os autos, logo, ressarcimento pecuniário e a multa civil são inaplicáveis ante a inexistência de lesão ao erário.

A premissa, de todos esses julgados, é aquela a que se referia o Ministro Garcia Vieira em 1999, quando julgou o Recurso Especial nº 213.994³⁵, onde afirma que não havendo enriquecimento ilícito e nem prejuízo ao erário municipal, mas inabilidade do administrador, não cabem as punições previstas na Lei nº 8.429/92. A lei alcança o administrador desonesto, não o inábil. Importa ressaltar que esse é o posicionamento defendido nesta pesquisa: o de ser apenado apenas o réu desonesto.

Ademais, não se pode esquecer a vigência do princípio que veda o enriquecimento ilícito do Estado.

35 DJ 27.09.1999

3.5 O Requisito da Lesividade na Jurisprudência do STF

O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de julgar a questão do preenchimento do requisito da lesividade para a propositura da ação popular. Ressalta-se que na sua jurisprudência tanto podem ser encontrados julgados que exigem o dano patrimonial quanto aqueles que entendem suficientes a lesão à moralidade administrativa.

O Ministro Eros Grau, recentemente, foi relator de um Recurso Extraordinário (RE nº 594.354, DJe 171, 10.09.2009), onde se entendeu pela improcedência da ação popular porque a condenação à devolução de qualquer valor para o erário implicaria em seu enriquecimento ilícito:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO POPULAR. REQUISITOS. LESIVIDADE AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DEVOLUÇÃO DOS PAGAMENTOS REALIZADOS. SERVIÇOS EFETIVAMENTE PRESTADOS. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. 1. Reexame de fatos e provas. Inviabilidade do recurso extraordinário. Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal. 2. No caso dos autos, a devolução dos pagamentos realizados pela Municipalidade a título de remuneração por serviços efetivamente prestados implicaria em locupletamento indevido da Administração. Princípio da vedação do enriquecimento sem causa. Agravo regimental a que se nega provimento.

Nesse acórdão acima transcrito, o Ministro Eros Grau prelecionou que é vedado à Administração locupletar-se indevidamente em detrimento de terceiros. Para ele, injusto é condenar alguém à devolução de numerário ao erário quando ocorreu, efetivamente, a prestação de um serviço à população, que atendeu ao fim colimado.

Contudo, em outro julgado o STF entendeu de maneira diametralmente imposta. Por exemplo, no RE 170.768 (DJ 13.08.1999, p. 16), bastou para que fosse julgada procedente uma ação popular a comprovação da ilegalidade do ato, com a dispensa de prejuízo material aos cofres públicos:

EMENTA: AÇÃO POPULAR. ABERTURA DE CONTA EM NOME DE PARTICULAR PARA MOVIMENTAR RECURSOS PÚBLICOS. PATRIMÔNIO MATERIAL DO PODER PÚBLICO. MORALIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 5º, INC. LXXIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O entendimento sufragado pelo acórdão recorrido no sentido de que, para o cabimento da ação popular, basta a ilegalidade do ato administrativo a invalidar, por contrariar normas específicas que regem a sua prática ou por se desviar dos princípios que norteiam a Administração Pública, dispensável a demonstração de prejuízo material aos cofres públicos, não é ofensivo ao inc. LXXIII do art. 5º da Constituição Federal, norma esta que abarca não só o patrimônio material do Poder Público, como também o patrimônio moral, o cultural e o histórico. As premissas fáticas assentadas pelo acórdão recorrido não cabem ser apreciadas nesta instância extraordinária à vista dos limites do apelo, que não admite o exame de fatos e provas e nem, tampouco, o de legislação infraconstitucional. Recurso não conhecido.

A resposta estaria no fato de que para alguns ministros do STF, como por exemplo o Ministro Marco Aurélio, a lesividade ao erário público decorre da própria ilegalidade do ato praticado (RE 160381, DJ 12-08-1994, p.52):

AÇÃO POPULAR - PROCEDENCIA - PRESSUPOSTOS. Na maioria das vezes, a lesividade ao erário público decorre da própria ilegalidade do ato praticado. Assim o e quando dá-se a contratação, por município, de serviços que poderiam ser prestados por servidores, sem a feitura de licitação e sem que o ato administrativo tenha sido precedido da necessária justificativa.

Em algumas situações, o STF entende que a ausência do preenchimento do requisito da lesividade não pode ser substituída pela análise da lesão à moralidade, principalmente sob a análise da discricionariedade do ato praticado pela autoridade:

AÇÃO POPULAR JULGADA IMPROCEDENTE A MINGUA DE COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS - ILEGALIDADE E LESIVIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. Se, em princípio, o fundamento consiste na existência de ato administrativo discricionário, poderia ensejar apreciação, o envolvente da inocorrência de

lesividade, no caso, acha-se entrelaçado com o exame de elementos de prova, a começar pelos termos do contrato firmado entre a prefeitura e a firma recorrida. dissídio jurisprudencial não comprovado (Súmula 291). Recurso não conhecido. (RE nº 77.679, DJ 13.09.1974)

É certo que em determinada quadra da sua história, o STF julgou que para a ação popular ser julgada procedente não bastava a lesividade do ato impugnado, referido ao patrimônio da entidade de direito público, senão também a nulidade ou anulabilidade. Somente com o preenchimento desse duplo requisito seria autorizada a hostilidade do ato pela actio popularis (RE 22.900, DJ 03.06.1954, p. 6289).

3.6 A Ausência da Lesividade e o Julgamento Antecipado da Lide

Nos tópicos precedentes foi possível se confirmar que a ausência da lesividade importa na própria impossibilidade da tramitação de uma ação popular.

De igual modo, também se mostraram importantes, na visão deste estudo, a introdução de mecanismos que possibilitam ao juiz da ação popular a sua rejeição inicial, visto que ele pode identificar a ausência do preenchimento do requisito e impedir a utilização indevida desse importante instrumento de accountability.

Nota-se que a preocupação sobre essa questão não é recente. Em 1998, o Superior Tribunal de Justiça julgou o Recurso Especial nº 97.308³⁶ e o relator (Ministro Garcia Vieira) redigiu, na assentada do julgamento, a ementa que facilita o julgamento antecipado da ação popular, desde que obedecidas às condições exigidas pelo art. 330, inc. I do CPC.

36 DJ 20.04.1998, pág. 21.

Nesse cenário, o Ministro relator transcreveu o parecer do membro do Ministério Público Federal que se assim manifestou-se:

Ainda que exista um procedimento especial que norteie o andamento da presente Ação Popular, este não descarta a utilização subsidiária das normas reguladoras do procedimento comum ordinário previsto no CPC, como dispõe o supracitado art. 7º, da Lei 4.717/65.

Por oportuno transcrevemos o entendimento deste E. STJ, proferido pela 4ª. Turma, no REsp 2.832/RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, “in verbis”:

Presentes as condições que ensejam o julgamento antecipado da causa, é dever do Juiz, e não mera faculdade, assim proceder”.

Para não restar dúvida quanto à matéria enfocada, não subsistindo, por conseguinte, o argumento pelos Recorrentes de cerceamento de defesa, colacionamos o entendimento proferido por esta E. Corte Especial, 2ª. Turma, AG 137.180-4-MA, rel. Min. Maurício Correa, “in verbis”:

“O julgamento antecipado da lide, quando a questão proposta é exclusivamente de direito, não viola o princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório.”

Ademais, o julgamento antecipado da lide decorre da própria previsão contida na Lei da Ação Popular, de aplicação das regras do Código de Processo Civil, conforme constante do seu artigo 22.

Art. 22. Aplicam-se à ação popular as regras do Código de Processo Civil, naquilo em que não contrariem os dispositivos desta lei, nem a natureza específica da ação.

Desta forma, não há como se dizer que essa modalidade de julgamento representa cerceamento de defesa simplesmente porque a legislação específica criou uma regra de tramitação, conforme se pode ler nos seus artigos 7º ao 19.

Nessa linha de pensamento, o Superior Tribunal de Justiça também decidiu pela inocorrência do cerceamento de defesa e pela possibilidade de julgamento antecipado da lide nos seguintes feitos:

O art. 131, do CPC consagra o princípio da persuasão racional, habilitando-se o magistrado a valer-se do seu convencimento, à luz dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso concreto constantes dos autos, rejeitando diligências que delongam desnecessariamente o **julgamento**, atuando em consonância com o princípio da celeridade processual.³⁷

No mesmo sentido:

Deveras, é cediço nesta Corte que inoocorre cerceamento de defesa quando desnecessária a produção da prova pretendida (REsp 226064/CE, Rel. Ministro Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 24.06.2003, DJ 29.09.2003), impondo-se o julgamento antecipado da lide em que se controverte apenas sobre matéria de direito, em obediência aos princípios da economia e da celeridade processuais (REsp 324.098/RJ, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 21.03.2002, DJ 29.04.2002; e REsp 337.785/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 04.12.2001, DJ 25.03.2002).³⁸

E também:

O julgamento antecipado da lide não importa em cerceamento de defesa quando o magistrado entende que o processo versa exclusivamente sobre matéria de direito, sendo desnecessária a produção de prova³⁹.

Outro acórdão do Superior Tribunal de Justiça, especificamente sobre a possibilidade de ser julgada antecipadamente a ação popular, foi relatado pelo Ministro João Otávio de Noronha, assim ementado: “O juiz tem o poder-dever de julgar a lide antecipadamente, ao constatar que o acervo documental é suficiente para manter seu entendimento”.⁴⁰

Para pacificar a jurisprudência, fica a sugestão para que a Lei 4.717/65 seja alterada para incluir, também, um dispositivo que expressamente preveja o julgamento antecipado da lide, quando ausente a lesividade, evitando-se a tramitação desnecessária de ação popular.

38 REsp 797.184/DF, DJ 09.04.2008

39 REsp 834.482/RN, DJ 22.10.2007

40 REsp 556.368/SP, DJ 23.11.2007

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ação popular possui uma fundamentação constitucional e infraconstitucional que lhe garantem uma presença firme e forte no cenário jurídico nacional. Todavia, não se pode deixar de pensar que o instituto necessita de uma reformulação em sua legislação.

Ora, as recentes interpretações do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, acerca da tramitação da ação civil pública, têm por conseqüência direta uma necessidade de se repensar a competência da ação popular.

Da mesma forma, o conceito de autoridade, para fins da demanda popular, precisa levar em consideração que ninguém, em absoluto, encontra-se livre da possibilidade de ser réu nesse tipo de ação, nem mesmo membros do Ministério Público.

Nesse aspecto, indaga-se o que falar mediante a alteração da legislação para vedar a utilização indevida e abusiva da ação popular para perseguições pessoais ou político-partidária, visto que essa preocupação existe há quase um século?

O instituto da decadência, por sua vez, é inerente à ação popular e, contudo, o que se lê na lei é que o prazo é prescricional.

Da análise da questão moralidade e improbidade administrativas, presente tanto na esfera da ação popular quanto na ação civil, exsurge a lógica do preenchimento do requisito lesividade, ou dano ao erário, sob pena de se prestigiar o absurdo enriquecimento ilícito do Estado.

Por outro lado, o tema accountability, presente na agenda política mundial, insere o Brasil entre os países que possui um dos melhores mecanismos de controle de descaminhos da gestão da res pública ou dos atos que importem desvio de poder.

Não obstante essa “qualidade” do mecanismo, a legislação da ação popular, deve ter uma previsão de imediato julgamento ou de julgamento antecipado, pelos motivos acima expostos.

Diante dessas constatações, conclui-se que:

a) deve-se fazer a inclusão, na Lei nº 4.717/65, de dispositivos semelhantes àqueles que foram incluídos pelas Medidas Provisórias nºs. 2.180-35 e 2.225-45, de 2001, na Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992 (a chamada Lei de Improbidade), acerca do juízo de prelibação, introduzindo-se uma fase processual anterior ao recebimento da ação (prevista na Lei de Improbidade), na qual há uma defesa do réu e uma análise do Poder Judiciário antes do próprio recebimento da ação e antes da própria ordem do juiz para a citação. O réu, da ação popular, deverá ser notificado para se manifestar sobre a petição inicial e documentos, com vistas ao convencimento do juiz da inexistência do preenchimento do requisito da lesividade, de ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita (cf. Lei nº 8.429/92, art. 17, § 8º). No juízo de prelibação haverá uma defesa (manifestação por escrito) anterior ao recebimento da ação pelo juiz;

b) mediante o juízo de prelibação poderão ser evitadas as chamadas “ações políticas ou com finalidade político-partidária”, manuseadas com vistas ao incitamento de “caça às bruxas”;

c) a mentira, quando na ação popular, deve ser tratada no mínimo como o mesmo rigor previsto na Lei de Improbidade para o autor de denúncia contra inocente. Logo, ressalta-se o texto da Lei de Improbidade, que deverá ser incluído na Lei da Ação Popular.

Art. 19. Constitui crime a representação por ato de improbidade contra agente público ou terceiro beneficiário, quando o autor da denúncia o sabe inocente.

Pena: detenção de seis a dez meses e multa.

Parágrafo único. Além da sanção penal, o denunciante está sujeito a indenizar o denunciado pelos danos materiais, morais ou à imagem que houver provocado.

d) deve ser incluído um dispositivo na lei, bastante rigoroso, contra a má-fé processual, inclusive aplicável contra o membro do Ministério Público, cujas atitudes devem ser consideradas revestidas de responsabilidade pessoal. Tais atitudes devem ser analisadas, sempre, sob o prisma do dolo, como elemento intrínseco da sua conduta;

e) em relação à competência, uma das soluções pode ser a inclusão de um dispositivo na Lei da Ação Popular prevendo que o Juiz de 1º grau ao receber uma ação que não seja de sua competência deva primeiramente apreciar se a inicial está em devida forma (ou se é caso de indeferimento). Concomitantemente com o recebimento, e somente nesse caso, o Juiz deverá remeter a ação para o juízo competente, conforme precedente do Superior Tribunal de Justiça, que consta nessa dissertação;

f) para que o autor-popular continue a ter facilidade para o exercício do direito constitucional, poderá ajuizar e juntar aos autos da ação as suas peças (manifestações, recursos etc.) no juiz mais próximo de seu domicílio que se desincumbirá de remetê-las ao juízo competente;

g) o instituto da decadência é de inevitável aplicação na ação popular, justamente para resguardar o possível réu da propositura de ações, simplesmente por perseguições político-partidária, pessoais ou vinditas em prazo superior ao fixado em lei. Para isso, o texto legal deve ser retificado para que se possa ler “decadência” onde hoje se lê “prescrição”;

h) não obstante o conceito de moralidade administrativa ter ecoado tanto para a Lei da Ação Popular quanto para a Lei de Improbidade, não se pode abrir mão da comprovação da lesividade ou do dano ao erário, tendo em vista que o Estado não pode enriquecer ilícitamente em nenhum caso, nem mesmo no caso de lesão à moralidade administrativa.

9º) Para pacificar a jurisprudência, fica também a sugestão para que a Lei 4.717/65 seja alterada para incluir, também, um dispositivo que expressamente preveja o julgamento antecipado da lide, quando ausente a lesividade, evitando-se a tramitação desnecessária de ação popular.

Finalmente, é possível se concluir que a ação popular continua a ser um remédio constitucional importantíssimo para a democracia para resguardar a coisa e o interesse públicos, muito embora vários autores advoguem que ocorreu o seu declínio após o advento da ação civil pública. Não se pode deixar de afirmar, contudo, que o mesmo mecanismo que se utiliza na luta pela probidade administrativa está sendo utilizado, muitas das vezes, simplesmente por motivações políticas, razão porque não se pode deixar de refletir sobre as alterações e reformulações legais ofertadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Jorge Luiz. “A ação popular e o Ministério Público”, in Revista dos Tribunais. – vol. 436, ano 61. – Jorge Luiz Almeida. – Revista dos Tribunais: Fevereiro, 1972.

ALVES, Léo da Silva Alves. Os crimes contra administração pública e a relação com o processo disciplinar. Leon Frejda Szklarowsky e Alsom Pereira da Silva. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. Cidadania e ação popular. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: com.br/doutrina/texto.asp?id=2348>. Acesso em: 10 abr. 2010. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2348>

ANJOS NETO, Francisco Chaves dos. Princípio da probidade administrativa: regime igualitário no julgamento dos agentes políticos. Francisco Claves dos Anjos Neto. – Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BARBI, Celso Agrícola. “Ação popular – Julgamento antecipado – Prova de lesão”, in Revista do Direito Público. – n. 100, ano 25, ps. 80 – 82. – Celso Agrícola Barbi. – Outubro – Dezembro, 1991.

BARRETO, Plínio, (fundador). “Agravos de Petição: Ação popular, Pedido, Honorários de Advogado.”, in Revista dos Tribunais. – vol. 181, ano 38, fasc. 592, ps. 826 – 845. – Fundador Plínio Barreto. – Revista dos tribunais: Setembro, 1949.

BARROSO, Luís Roberto. “Ação Popular e Ação Civil Pública: Aspectos Comuns e Distintivos”, in Revista dos Tribunais. Luís Roberto Barroso. – Ano1, n. 4, ps. 233 – 240. – Revista dos Tribunais: Julho-Setembro, 1993.

BATISTA, Roberto Carlos. Coisa julgada nas ações civis públicas: direitos humanos e garantismo. Roberto Carlos Batista. – Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

BIELSA, Rafael. “A ação popular e o poder discricionário da administração”, in Revista Forense. – vol. 157, ano 52, fasc. 619 e 620, ps. 34 – 49. – Rafael Bielsa. – Rio de Janeiro: Revista Forense, Janeiro – Fevereiro, 1955.

BITENCOURT NETO, Eurico. Improbidade Administrativa e violação dos princípios. Eurico Bitencourt Neto. – Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BOULOS, Daniel M. Abuso do direito no novo Código Civil. Daniel M. Boulos. – Coleção Professor Arruda Alvim. – São Paulo: Editora Método, 2006.

BRANDÃO, Antônio José. “Moralidade Administrativa”, in Revista de Direito Administrativo. – ps. 454 – 495. – José Antônio Brandão. – Rio de Janeiro / São Paulo: Fundação Getúlio Vargas.

BRASIL. Constituição. Constituições que marcaram o Século XX: edição comemorativa: 1934, texto original: 1946, texto original: 1967, texto original: 1988, atualizada até março de 1999. – Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1999.

BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal anotada. Uadi Lammêgo Bulos. – 6. ed. rev., atual. e ampl. até a Emenda Constitucional n. 45/2004. – São Paulo: Saraiva, 2005.

CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. “A ação Popular Constitucional”, in Revista do Direito Administrativo. – vol. 38, ps. 1 – 19. – Paulo Barbosa de Campos Filho. – São Paulo: Outubro – Dezembro, 1954.

_____. Ação Popular Constitucional. Paulo Barbosa de Campos Filho. – São Paulo: Saraiva, 1968.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Constituição Constitucional e Teoria da Constituição. José Joaquim Gomes Canotilho. – 7. ed. – São Paulo: Editora Almedina, 2000.

_____. Constituição da República Portuguesa anotada. Volume 1. J. J. Gomes Canotilho, Vital Moreira. – 1. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra, PT: Coimbra Editora, 2007.

CAPEZ, Fernando. Limites constitucionais à lei de improbidade. – São Paulo: Saraiva, 2010.

CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. O Ministério Público e suas investigações independentes: reflexões sobre e inexistência de monopólio na busca da verdade real. José Reinaldo Guimarães Carneiro. – São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Ação civil pública. José dos Santos Carvalho Filho. – 3. ed. rev., ampl. e atual. Comentários por artigo Lei 7.347, de 24.7.85. – Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

_____. Manual de Direito Administrativo. José dos Santos Carvalho Filho. – 4. ed. rev., ampl. e atual. com a EC nº 19/98 (Reforma Administrativa) e EC nº 20/98 (Reforma da Previdência) – Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

CIANCI, Mirna. (coordenadora). Prescrição no Código Civil: uma análise interdisciplinar. Mirna Cianci (coordenadora). – 2. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2006.

CITADINI, Antonio Roque. Comentários e Jurisprudência sobre a lei de licitações públicas. Antonio Roque Citadini. – 3. ed. rev. atual. – São Paulo: Max Limonad, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. “Ação popular – Legitimação ativa – Prazo – legitimação passiva, in Revista Forense. – vol. 299, ano 83, ps. 175 – 181. – Fábio Konder Comparato. – Julho – Agosto – Setembro, 1987.

_____. Ética: direito, moral e religião no mundo moderno. Fábio Konder Comparato. – São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

COSTA, Antônio Tito. “Ação popular e condenação do autor em honorários”, in Revista dos Tribunais. – vol. 404, ano 58, ps. 440, 441. – Antônio Tito Costa. São Paulo: Revista dos Tribunais, Junho, 1969.

COSTA, Epaminondas da. Manual do patrimônio público: responsabilidade dos agentes políticos e administrativos na gestão do dinheiro público – teoria e prática. Epaminondas da Costa. – Belo Horizonte: Inédita, 1999.

COSTA, José Armando da. Contorno jurídico da improbidade administrativa. - Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

CRETILLA JÚNIOR, José, 1920-. Dos contratos administrativos. José Cretilla Júnior. – Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de direito constitucional: conforme EC 53/2006. Dirley da Cunha Júnior. – Salvador, BA: Podivm, 2008.

DECOMAIN, Pedro Roberto. Improbidade administrativa. Pedro Roberto Decomain. – São Paulo: Dialética, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 20. ed. – 2. reimpr. – São Paulo: Atlas, 2007.

_____. Discricionariedade administrativa na constituição de 1988. Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2001.

DIMOULIS, Dimitri. O caso dos denunciadores invejosos: introdução prática às relações entre direito, moral e justiça. Dimitri Dimoulis. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. “Sobre a justificação política da ação popular”, in Fundamentos do processo civil moderno. – vol. 1, v. 2, 2.ed., p. 424 – São Paulo: Malheiros Editores, 2002. Site Mundo Jurídico, www.mundojuridico.adv.br.

FAGUNDES, M. Seabra. “A posição do autor nas ações populares”, in Revista Forense. - vol. 164, ano 53, fasc. 633 e 634, ps. 2 – 19. – M. Seabra Fagundes. – Rio de Janeiro: Revista Forense.

_____. “Da ação popular”, in Revista do Direito Administrativo. M. Seabra Fagundes. – ps. 1 a 19. – Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas.

_____. Revogação e anulamento do ato administrativo. In Revista do Direito Administrativo. M. Seabra Fagundes. – vol.III ps. 1 - 22. – Rio de Janeiro: Janeiro, 1946.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência. Waldo Fazzio Júnior. – São Paulo: Atlas, 2007.

_____. Improbidade administrativa e crimes de prefeitos. Waldo Fazzio Júnior. – São Paulo: Atlas, 2000.

FERRACINI, Luiz Alberto. Improbidade administrativa: teoria, prática e jurisprudência. Luiz Alberto Ferracini. – Julex Edições, 1997.

FERRARESI, Eurico, 1968-. Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo: instrumentos processuais coletivos. Eurico Ferraresi – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, 1934-. Curso de direito constitucional. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. – 33 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de direito administrativo. Lúcia Valle Figueiredo. – 2. ed. rev., atual.e ampl. – São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

FIGUEIREDO, Marcelo. Probidade administrativa: comentários à lei 8.429/92 e legislação complementar. Marcelo Figueiredo. – 5. ed. atual. e ampl. – São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

FURTADO, Lucas Rocha. Curso de direito administrativo. Lucas Rocha Furtado. – Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GARCIA, Emerson. Improbidade Administrativa. Emerson Garcia, Rogério Pacheco Alves. - Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

_____. Ministério Público – Organização, atribuições e regime jurídico. Emerson Garcia. – 2. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com a EC 47, de 5/7/2005. – Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

GASPARINI, Diógenes, 1934-. Direito administrativo. Diógenes Gasparini. – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2004.

GIDI, Antônio. A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. Antonio Gidi. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GRAU, Eros Roberto. “Requisito da lesividade na ação popular”, in Direito Administrativo e Constitucional: estudos em homenagem a Geraldo Ataliba. – ps. 339 – 342. – Eros Roberto Grau, organizador Celso Antônio Bandeira de Mello. – São Paulo: Malheiros Editores.

GUIMARÃES, Carlos da Rocha. Prescrição e Decadência. Carlos da Rocha Guimarães. – 2ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 1984.

JORGE, André Guilherme Lemos. Inquérito civil: contraditório e ampla defesa – sobre a efetividade dos princípios constitucionais. André Guilherme Lemos Jorge. Curitiba: Juruá, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. Marçal Justen Filho. - - 8. ed. - - São Paulo: Dialética, 2000.

_____. Curso de direito administrativo. Marçal Justen Filho. – São Paulo: Saraiva, 2005.

LENZA, Pedro. Teoria geral da ação civil pública. Pedro Lenza. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LIMBERGER, Têmis. Atos da administração lesivos ao patrimônio público: os princípios constitucionais da legalidade e moralidade. Têmis Limberger. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

MACHADO, Bruno Amaral. Ministério Público – Organização, representações e trajetórias. Bruno Amaral Machado. / Curitiba: Juruá, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação popular. Rodolfo de Camargo Mancuso. – 5. ed. rev., atual. e ampl. – (controle jurisdicional dos atos do estado; v. 1 / coordenação Eduardo Arruda Alvim... [et al.]). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MARQUES, José Frederico. “As ações populares no direito brasileiro”, in Revista dos Tribunais. – vol. 266, ano 46, ps. 5 – 13. – José Frederico Marques. – São Paulo, Paraná, Mato Grosso: Revista dos Tribunais / Tribunal de Justiça, Dezembro – 1957.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Proibição administrativa. Wallace Paiva Martins Júnior. – São Paulo: Saraiva, 2001.

MARTINS, Alan. Prescrição e decadência no direito civil. Alan Martins, Antonio Borges Figueiredo. – São Paulo: IOB Thomson, 3. ed., 2005.

MARTINS, Fernando Rodrigues. Controle de patrimônio público. Fernando Rodrigues Martins. – 2. ed. – São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de, 1962- O limite da improbidade administrativa: o direito dos administrados dentro da Lei 8.429/92. Mauro Roberto Gomes de Mattos, - 4. ed. rev. e atual. - Niterói, RJ: Impetus, 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Introdução ao Ministério Público. Hugo Nigro Mazzalli. – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. O inquérito civil: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas. Hugo Nigro Mazzalli. – 3. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Regime jurídico do Ministério Público: análise do Ministério Público na Constituição, na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, na lei Orgânica do Ministério Público da União e na Lei Orgânica do Ministério Público paulista. Hugo Nigro Mazzalli. – 6. ed. rev., ampl. atual. – São Paulo: Saraiva, 2007.

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno: de acordo com a EC 19/98. Odete Medauar. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. – (RT didáticos).

MEDINA OSÓRIO, Fábio. Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência. Fábio Medina Osório; prefácio Eduardo García de Enterría. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. “Ação Popular”, in Mandado de Segurança. Hely Lopes Meirelles. – ps. 123 – 147, 30. ed. atual. por Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes, colaboração de Rodrigo Garcia da Fonseca. – São Paulo: Malheiros Editores.

_____. Licitação e contrato administrativo. Hely Lopes Meirelles. – 13. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo e Maria Lúcia Mazzei de Alencar. – São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “Considerações sobre a ação popular”, in Revista Trimestral de Direito Público. – ps. 59 – 66. – Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros Editores, 16/1996.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional, SP: Saraiva, 2007, p. 906.

MESQUITA, Luiz José. “O Ministério Público na ação popular”, in Revista dos Tribunais. – vol. 574, ano 72, ps. 24 – 35. – Luiz José Mesquita. – Tribunal de Justiça: Agosto, 1983.

MIRANDA, Gustavo Senna. Princípio do juiz natural e sua aplicação na lei de improbidade administrativa. Gustavo Senna Miranda. – (Coleção temas fundamentais de direito; vol. 5). – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional administrativo. Alexandre de Moraes. – 4. ed.– São Paulo: Atlas, 2007.

_____. Direito constitucional. Alexandre de Moraes. – 7. ed. revista, ampliada e atualizada com a EC nº 24/99.– São Paulo: Atlas, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. (coordenador). Abuso dos direitos processuais. coordenador, José Carlos Barbosa Moreira; Francisco Ramos Médez... [et al.]. – Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. Ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos, in Temas de direito processual. José Carlos Barbosa Moreira. – ps. 110 – 123. – São Paulo: Saraiva, 1977.

MOTA, Ana Carolina Yoshida Hirano de Andre. Accountability no Brasil: os cidadãos e seus meios inconstitucionais de controle dos representantes. – Tese de Doutorado para obtenção do título de Doutor em Ciência Política. – USP: 2006 – <http://www.teses.usp.br/>

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Eficácia nas licitações e contratos: estudos e comentários sobre as Leis 8.666/93 e 8.987/95, com a redação dada pela Lei 9.648 de 27/5/98. Carlos Pinto Coelho Motta. – 8. ed. rev. atual. – Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

MUKAI, Toshio. (coordenador). Curso avançado de licitações e contratos públicos. Coordenador Toshio Mukai – 1. ed. – São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

_____. Licitações e contratos públicos: comentários à lei n. 8.666/93, com as alterações da lei n. 9.648/98 e análise das licitações e contratos na E. C. n. 19/98 (reforma administrativa). Toshio Mukai. - 5. ed. atual., ver. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 1999.

NAVES, Rubens, 1942-. Advocacia em Defesa do Estado. Rubens Naves – São Paulo: Método, 2008.

OLIVEIRA, Sílvio A. G. de. Inquérito civil e peças de informação. Sílvio A. G. de Oliveira. Curitiba: Juruá, 2000.

PACHECO, Cláudio. Tratado das Constituições Brasileiras. Cláudio Pacheco. Rio de Janeiro: Edigraf, 1965.

PAULO, Antonio de. (editor). Licitações e contratos da administração pública: Lei 8.666/93, Lei 8.883/94, Lei 9.648/98. Editor Antônio de Paulo. – 3. ed. – Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público. Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa, Waldo Fazzio Júnior. – 4. ed. – São Paulo: Atlas, 1999.

_____. Lei da improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas. Marino Pazzaglini Filho. – 3. ed. – 2. reimpr. – São Paulo: Atlas, 2007.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública. Jessé Torres Pereira Junior. – 5. ed. rev. atual. ampl., de acordo com as E.C. de nº 06/95 e 19/98, com a L.C. nº 101/2000, com as Leis de nº 9.648/98 e 9.854/99, e com a M.P. nº 2.108/2001 e seus regulamentos. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PISTILLI, Ana de Lourdes Coutinho Silva. Mandado de segurança e a coisa julgada. Ana de Lourdes Coutinho Silva Pistilli. - (Coleção Atlas de Processo Civil / coordenação Carlos Alberto Carmona). São Paulo: Atlas, 2006.

PLATÃO. A República. Platão; supervisão editorial Jair Lot Vieira. Série Clássicos. – Bauru, SP: EDIPRO, 1994.

PRADE, Péricles. “Lesividade e ilegalidade como pressupostos da ação popular constitucional”, in Revista de Processo. – n. 42, ano 11, ps. 259 – 270. – Péricles Prade. – Abril – Junho, 1986.

PRADO, Francisco Octavio de Almeida. Improbidade administrativa. Francisco Octavio de Almeida Prado. – São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

REBELO, Nuno Miguel Branco de Sá Viana. Constituição da República Federativa do Brasil. [Organizado por] Nuno Miguel Branco de Sá Viana Rebelo, Marcelo José Ferreira. – Edição atualizada [até a] emenda constitucional no. 53, de 19 de dezembro de 2006. – Belo Horizonte: Leidithathi, 2007.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. MORAES, Filomeno. (organizadores). Direito Constitucional contemporâneo: homenagem ao Professor Paulo Bonavides. Fernando Luiz Ximenes Rocha e Filomeno Moraes, organizadores. – Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SALLES, Carlos Alberto de. (organizador). Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SANCHES, Eduardo Walmory. A ilegalidade da prova obtida no inquérito civil desrespeito ao princípio do contraditório: a responsabilidade do representante do Ministério Público. Eduardo Walmory Sanches. – Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SANTANA, Edilson. Dicionário do Ministério Público. Edilson Santana; Edilson Santana Filho. – Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

SILVA, Afonso José da. Ação popular constitucional: doutrina e processo. José Afonso da Silva. – 2.ed. rev., ampl. e aumentada. – São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

_____. Comentário Contextual à Constituição. José Afonso da Silva. – 4.ed., de acordo com a Emenda Constitucional 53, de 19.12.2006. – São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SILVA, Alcides Diniz da, (diretoria-geral). “Da Ação Popular”, in A Constituição e o Supremo. Alcides Diniz da Silva (diretoria-geral). – 2. ed., ps. 308 - 310. – Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2009.

SOUZA, Motauri Ciocchetti de. Ação civil pública e inquérito civil. Motauri Ciocchetti de Souza. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2005.

SPITZCOVSKY, Celso. Improbidade administrativa. Celso Spitzcovsky. – Rio de Janeiro: Forense; SÃO PAULO: MÉTODO, 2009.

STARLING, Marco Paulo Cardoso. Ação civil pública: doutrina e jurisprudência; o direito e o processo na interpretação dos tribunais superiores. Marco Paulo Cardoso Starling e Junia Barroso de Oliveira. – Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

STOCO, Rui. Abuso do direito e má-fé processual. Rui Stoco. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. As leis de processo administrativo: Lei federal 9.784/99 e Lei paulista 10.177/98. Carlos Ari Sundfeld, Guillermo Andrés Muñoz coordenadores. – São Paulo – Malheiros Editores, 2000.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros; CAETANO, Flávio Croce. Competência e prerrogativa de foro em ação civil de improbidade administrativa. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coord.). Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais.

VERRI JÚNIOR, Armando. Licitações e contratos administrativos: temas atuais e controvertidos. Coordenador Armando Verri Jr., Luiz Antonio Tavoraro,

Teresa Arruda Alvim Wambier. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

VICENTE, Paulo. “Ação popular e fins político-partidários”, in Direito Constitucional. – ps. 76 – 79. - Vicente Paulo. – VemConcursos.

VIEIRA, R. A. Amaral. “Ação popular”, in Revista de Direito Administrativo. – ps. 443 – 461. – Fundação Getúlio Vargas.

WALD, Arnoldo. (coordenador). Aspectos polêmicos da ação civil pública. Arnoldo Wald coordenador. – 2. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Ação popular para anulação de contrato: princípios legais aplicáveis, in Revista dos Tribunais. – vol. 521, ano 68, ps. 53 – 70. – Arnoldo Wald. – Revista dos Tribunais: Março, 1979.

WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. Competência para julgar ação de improbidade administrativa. Revista de Informação Legislativa, v. 35, n. 138, p. 215.

ZANCANER, Weida. Da consolidação e da invalidação dos atos administrativos. / Weida Zancaner. – 2.ed. – (Coleção temas de direito administrativo 1). – São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

ANEXO 1

LEI nº. 4.717 de 29 de junho de 1965.

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

§ 1º - Consideram-se patrimônio público para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico. (Redação dada pela Lei nº 6.513, de 1977)

§ 2º Em se tratando de instituições ou fundações, para cuja criação ou custeio o tesouro público concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, bem como de pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas, as consequências patrimoniais da invalidez dos atos lesivos terão por limite a repercussão deles sobre a contribuição dos cofres públicos.

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

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

§ 5º As certidões e informações, a que se refere o parágrafo anterior, deverão ser fornecidas dentro de 15 (quinze) dias da entrega, sob recibo, dos respectivos requerimentos, e só poderão ser utilizadas para a instrução de ação popular.

§ 6º Somente nos casos em que o interesse público, devidamente justificado, impuser sigilo, poderá ser negada certidão ou informação.

§ 7º Ocorrendo a hipótese do parágrafo anterior, a ação poderá ser proposta desacompanhada das certidões ou informações negadas, cabendo ao juiz, após apreciar os motivos do indeferimento, e salvo em se tratando de razão de segurança nacional, requisitar umas e outras; feita a requisição, o processo correrá em segredo de justiça, que cessará com o trânsito em julgado de sentença condenatória.

Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

- a) incompetência;
- b) vício de forma;
- c) ilegalidade do objeto;
- d) inexistência dos motivos;
- e) desvio de finalidade.

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou;

b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;

c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;

d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;

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

Art. 3º Os atos lesivos ao patrimônio das pessoas de direito público ou privado, ou das entidades mencionadas no art. 1º, cujos vícios não se compreendam nas especificações do artigo anterior, serão anuláveis, segundo as prescrições legais, enquanto compatíveis com a natureza deles.

Art. 4º São também nulos os seguintes atos ou contratos, praticados ou celebrados por quaisquer das pessoas ou entidades referidas no art. 1º.

I - A admissão ao serviço público remunerado, com desobediência, quanto às condições de habilitação, das normas legais, regulamentares ou constantes de instruções gerais.

II - A operação bancária ou de crédito real, quando:

a) for realizada com desobediência a normas legais, regulamentares, estatutárias, regimentais ou internas;

b) o valor real do bem dado em hipoteca ou penhor for inferior ao constante de escritura, contrato ou avaliação.

III - A empreitada, a tarefa e a concessão do serviço público, quando:

a) o respectivo contrato houver sido celebrado sem prévia concorrência pública ou administrativa, sem que essa condição seja estabelecida em lei, regulamento ou norma geral;

b) no edital de concorrência forem incluídas cláusulas ou condições, que comprometam o seu caráter competitivo;

c) a concorrência administrativa for processada em condições que impliquem na limitação das possibilidades normais de competição.

IV - As modificações ou vantagens, inclusive prorrogações que forem admitidas, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos de empreitada, tarefa e concessão de serviço público, sem que estejam previstas em lei ou nos respectivos instrumentos.,

V - A compra e venda de bens móveis ou imóveis, nos casos em que não cabível concorrência pública ou administrativa, quando:

a) for realizada com desobediência a normas legais, regulamentares, ou constantes de instruções gerais;

b) o preço de compra dos bens for superior ao corrente no mercado, na época da operação;

c) o preço de venda dos bens for inferior ao corrente no mercado, na época da operação.

VI - A concessão de licença de exportação ou importação, qualquer que seja a sua modalidade, quando:

a) houver sido praticada com violação das normas legais e regulamentares ou de instruções e ordens de serviço;

b) resultar em exceção ou privilégio, em favor de exportador ou importador.

VII - A operação de redesconto quando sob qualquer aspecto, inclusive o limite de valor, desobedecer a normas legais, regulamentares ou constantes de instruções gerais.

VIII - O empréstimo concedido pelo Banco Central da República, quando:

a) concedido com desobediência de quaisquer normas legais, regulamentares,, regimentais ou constantes de instruções gerias:

b) o valor dos bens dados em garantia, na época da operação, for inferior ao da avaliação.

IX - A emissão, quando efetuada sem observância das normas constitucionais, legais e regulamentadoras que regem a espécie.

DA COMPETÊNCIA

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

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

§ 2º Quando o pleito interessar simultaneamente à União e a qualquer outra pessoas ou entidade, será competente o juiz das causas da União, se houver; quando interessar simultaneamente ao Estado e ao Município, será competente o juiz das causas do Estado, se houver.

§ 3º A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações, que forem posteriormente intentadas contra as mesmas partes e sob os mesmos fundamentos.

§ 4º Na defesa do patrimônio público caberá a suspensão liminar do ato lesivo impugnado. (Incluído pela Lei nº 6.513, de 1977)

DOS SUJEITOS PASSIVOS DA AÇÃO E DOS ASSISTENTES

Art. 6º A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o

ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo.

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

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

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

§ 4º O Ministério Público acompanhará a ação, cabendo-lhe apressar a produção da prova e promover a responsabilidade, civil ou criminal, dos que nela incidirem, sendo-lhe vedado, em qualquer hipótese, assumir a defesa do ato impugnado ou dos seus autores.

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

DO PROCESSO

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

I - Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

a) além da citação dos réus, a intimação do representante do Ministério Público;

b) a requisição, às entidades indicadas na petição inicial, dos documentos que tiverem sido referidos pelo autor (art. 1º, § 6º), bem como a

de outros que se lhe afigurem necessários ao esclarecimento dos fatos, ficando prazos de 15 (quinze) a 30 (trinta) dias para o atendimento.

§ 1º O representante do Ministério Público providenciará para que as requisições, a que se refere o inciso anterior, sejam atendidas dentro dos prazos fixados pelo juiz.

§ 2º Se os documentos e informações não puderem ser oferecidos nos prazos assinalados, o juiz poderá autorizar prorrogação dos mesmos, por prazo razoável.

II - Quando o autor o preferir, a citação dos beneficiários far-se-á por edital com o prazo de 30 (trinta) dias, afixado na sede do juízo e publicado três vezes no jornal oficial do Distrito Federal, ou da Capital do Estado ou Território em que seja ajuizada a ação. A publicação será gratuita e deverá iniciar-se no máximo 3 (três) dias após a entrega, na repartição competente, sob protocolo, de uma via autenticada do mandado.

III - Qualquer pessoa, beneficiada ou responsável pelo ato impugnado, cuja existência ou identidade se torne conhecida no curso do processo e antes de proferida a sentença final de primeira instância, deverá ser citada para a integração do contraditório, sendo-lhe restituído o prazo para contestação e produção de provas, Salvo, quanto a beneficiário, se a citação se houver feito na forma do inciso anterior.

IV - O prazo de contestação é de 20 (vinte) dias, prorrogáveis por mais 20 (vinte), a requerimento do interessado, se particularmente difícil a produção de prova documental, e será comum a todos os interessados, correndo da entrega em cartório do mandado cumprido, ou, quando for o caso, do decurso do prazo assinado em edital.

V - Caso não requerida, até o despacho saneador, a produção de prova testemunhal ou pericial, o juiz ordenará vista às partes por 10 (dez) dias, para alegações, sendo-lhe os autos conclusos, para sentença, 48 (quarenta e oito) horas após a expiração desse prazo; havendo requerimento de prova, o processo tomará o rito ordinário.

VI - A sentença, quando não prolatada em audiência de instrução e julgamento, deverá ser proferida dentro de 15 (quinze) dias do recebimento dos autos pelo juiz.

Parágrafo único. O proferimento da sentença além do prazo estabelecido privará o juiz da inclusão em lista de merecimento para promoção, durante 2 (dois) anos, e acarretará a perda, para efeito de promoção por antigüidade, de tantos dias quantos forem os do retardamento, salvo motivo justo, declinado nos autos e comprovado perante o órgão disciplinar competente.

Art. 8º Ficará sujeita à pena de desobediência, salvo motivo justo devidamente comprovado, a autoridade, o administrador ou o dirigente, que deixar de fornecer, no prazo fixado no art. 1º, § 5º, ou naquele que tiver sido estipulado pelo juiz (art. 7º, n. I, letra "b"), informações e certidão ou fotocópia de documento necessários à instrução da causa.

Parágrafo único. O prazo contar-se-á do dia em que entregue, sob recibo, o requerimento do interessado ou o ofício de requisição (art. 1º, § 5º, e art. 7º, n. I, letra "b").

Art. 9º Se o autor desistir da ação ou der motiva à absolvição da instância, serão publicados editais nos prazos e condições previstos no art. 7º, inciso II, ficando assegurado a qualquer cidadão, bem como ao representante do Ministério Público, dentro do prazo de 90 (noventa) dias da última publicação feita, promover o prosseguimento da ação.

Art. 10. As partes só pagarão custas e preparo a final.

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

Art. 12. A sentença incluirá sempre, na condenação dos réus, o pagamento, ao autor, das custas e demais despesas, judiciais e extrajudiciais, diretamente relacionadas com a ação e comprovadas, bem como o dos honorários de advogado.

Art. 13. A sentença que, apreciando o fundamento de direito do pedido, julgar a lide manifestamente temerária, condenará o autor ao pagamento do décuplo das custas.

Art. 14. Se o valor da lesão ficar provado no curso da causa, será indicado na sentença; se depender de avaliação ou perícia, será apurado na execução.

§ 1º Quando a lesão resultar da falta ou isenção de qualquer pagamento, a condenação imporá o pagamento devido, com acréscimo de juros de mora e multa legal ou contratual, se houver.

§ 2º Quando a lesão resultar da execução fraudulenta, simulada ou irreal de contratos, a condenação versará sobre a reposição do débito, com juros de mora.

§ 3º Quando o réu condenado perceber dos cofres públicos, a execução far-se-á por desconto em folha até o integral ressarcimento do dano causado, se assim mais convier ao interesse público.

§ 4º A parte condenada a restituir bens ou valores ficará sujeita a seqüestro e penhora, desde a prolação da sentença condenatória.

Art. 15. Se, no curso da ação, ficar provada a infringência da lei penal ou a prática de falta disciplinar a que a lei comine a pena de demissão ou a de rescisão de contrato de trabalho, o juiz, "ex-officio", determinará a remessa de cópia autenticada das peças necessárias às autoridades ou aos administradores a quem competir aplicar a sanção.

Art. 16. Caso decorridos 60 (sessenta) dias da publicação da sentença condenatória de segunda instância, sem que o autor ou terceiro promova a respectiva execução. o representante do Ministério Público a promoverá nos 30 (trinta) dias seguintes, sob pena de falta grave.

Art. 17. É sempre permitida às pessoas ou entidades referidas no art. 1º, ainda que hajam contestado a ação, promover, em qualquer tempo, e no que as beneficiar a execução da sentença contra os demais réus.

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

Art. 19. Da sentença que concluir pela improcedência ou pela carência da ação, recorrerá o juiz, ex officio, mediante simples declaração no seu texto, da sentença que julgar procedente o pedido caberá apelação voluntária, com efeito suspensivo.

§ 1º Das decisões interlocutórias poderão ser interpostos os recursos previstos no Código de Processo Civil.

§ 2º Das decisões proferidas contra o autor popular e suscetíveis de recurso, poderão recorrer qualquer cidadão e o representante do Ministério Público.

Art. 19. A sentença que concluir pela carência ou pela improcedência da ação está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal; da que julgar a ação procedente caberá apelação, com efeito suspensivo. (Redação dada pela Lei nº 6.014, de 1973)

§ 1º Das decisões interlocutórias cabe agravo de instrumento. (Redação dada pela Lei nº 6.014, de 1973)

§ 2º Das sentenças e decisões proferidas contra o autor da ação e suscetíveis de recurso, poderá recorrer qualquer cidadão e também o Ministério Público. (Redação dada pela Lei nº 6.014, de 1973)

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 20. Para os fins desta lei, consideram-se entidades autárquicas:

a) o serviço estatal descentralizado com personalidade jurídica, custeado mediante orçamento próprio, independente do orçamento geral;

b) as pessoas jurídicas especialmente instituídas por lei, para a execução de serviços de interesse público ou social, custeados por tributos de qualquer natureza ou por outros recursos oriundos do Tesouro Público;

c) as entidades de direito público ou privado a que a lei tiver atribuído competência para receber e aplicar contribuições parafiscais.

Art. 21. A ação prevista nesta lei prescreve em 5 (cinco) anos.

Art. 22. Aplicam-se à ação popular as regras do Código de Processo Civil, naquilo em que não contrariem os dispositivos desta lei, nem a natureza específica da ação.

Brasília, 29 de junho de 1965; 144º da Independência e 77º da República.

H. Castello Branco

Milton Soares Campos

ANEXO 2

LEI Nº 8.429, DE 2 DE JUNHO DE 1992.

CAPÍTULO I

Das Disposições Gerais

Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

Art. 4º Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos.

Art. 5º Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano.

Art. 6º No caso de enriquecimento ilícito, perderá o agente público ou terceiro beneficiário os bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio.

Art. 7º Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado.

Parágrafo único. A indisponibilidade a que se refere o caput deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.

Art. 8º O sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente está sujeito às cominações desta lei até o limite do valor da herança.

CAPÍTULO II

Dos Atos de Improbidade Administrativa

Seção I

Dos Atos de Improbidade Administrativa que Importam Enriquecimento Ilícito

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado;

III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado;

IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;

V - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem;

VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;

VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;

IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;

X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;

XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei.

Seção II

Dos Atos de Improbidade Administrativa que Causam Prejuízo ao Erário

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;

IV - permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;

V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;

VI - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;

VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;

IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;

XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.

XIV – celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei; (Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005)

XV – celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei. (Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005)

Seção III

Dos Atos de Improbidade Administrativa que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

V - frustrar a licitude de concurso público;

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

CAPÍTULO III

Das Penas

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009).

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

CAPÍTULO IV

Da Declaração de Bens

Art. 13. A posse e o exercício de agente público ficam condicionados à apresentação de declaração dos bens e valores que compõem o seu

patrimônio privado, a fim de ser arquivada no serviço de pessoal competente. (Regulamento)

§ 1º A declaração compreenderá imóveis, móveis, semoventes, dinheiro, títulos, ações, e qualquer outra espécie de bens e valores patrimoniais, localizado no País ou no exterior, e, quando for o caso, abrangerá os bens e valores patrimoniais do cônjuge ou companheiro, dos filhos e de outras pessoas que vivam sob a dependência econômica do declarante, excluídos apenas os objetos e utensílios de uso doméstico.

§ 2º A declaração de bens será anualmente atualizada e na data em que o agente público deixar o exercício do mandato, cargo, emprego ou função.

§ 3º Será punido com a pena de demissão, a bem do serviço público, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, o agente público que se recusar a prestar declaração dos bens, dentro do prazo determinado, ou que a prestar falsa.

§ 4º O declarante, a seu critério, poderá entregar cópia da declaração anual de bens apresentada à Delegacia da Receita Federal na conformidade da legislação do Imposto sobre a Renda e proventos de qualquer natureza, com as necessárias atualizações, para suprir a exigência contida no caput e no § 2º deste artigo .

CAPÍTULO V

Do Procedimento Administrativo e do Processo Judicial

Art. 14. Qualquer pessoa poderá representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade.

§ 1º A representação, que será escrita ou reduzida a termo e assinada, conterá a qualificação do representante, as informações sobre o fato e sua autoria e a indicação das provas de que tenha conhecimento.

§ 2º A autoridade administrativa rejeitará a representação, em despacho fundamentado, se esta não contiver as formalidades estabelecidas no § 1º deste artigo. A rejeição não impede a representação ao Ministério Público, nos termos do art. 22 desta lei.

§ 3º Atendidos os requisitos da representação, a autoridade determinará a imediata apuração dos fatos que, em se tratando de servidores federais, será processada na forma prevista nos arts. 148 a 182 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 e, em se tratando de servidor militar, de acordo com os respectivos regulamentos disciplinares.

Art. 15. A comissão processante dará conhecimento ao Ministério Público e ao Tribunal ou Conselho de Contas da existência de procedimento administrativo para apurar a prática de ato de improbidade.

Parágrafo único. O Ministério Público ou Tribunal ou Conselho de Contas poderá, a requerimento, designar representante para acompanhar o procedimento administrativo.

Art. 16. Havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão representará ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação do seqüestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilícitamente ou causado dano ao patrimônio público.

§ 1º O pedido de seqüestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil.

§ 2º Quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais.

Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

§ 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput.

§ 2º A Fazenda Pública, quando for o caso, promoverá as ações necessárias à complementação do ressarcimento do patrimônio público.

§ 3º No caso da ação principal ter sido proposta pelo Ministério Público, a pessoa jurídica interessada integrará a lide na qualidade de litisconsorte, devendo suprir as omissões e falhas da inicial e apresentar ou indicar os meios de prova de que disponha.

§ 3o No caso de a ação principal ter sido proposta pelo Ministério Público, aplica-se, no que couber, o disposto no § 3o do art. 6o da Lei no 4.717, de 29 de junho de 1965. (Redação dada pela Lei nº 9.366, de 1996)

§ 4º O Ministério Público, se não intervir no processo como parte, atuará obrigatoriamente, como fiscal da lei, sob pena de nulidade.

§ 5o A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)

§ 6o A ação será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições inscritas nos arts. 16 a 18 do Código de Processo Civil. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001)

§ 7o Estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001)

§ 8o Recebida a manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001)

§ 9o Recebida a petição inicial, será o réu citado para apresentar contestação. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001)

§ 10. Da decisão que receber a petição inicial, caberá agravo de instrumento. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001)

§ 11. Em qualquer fase do processo, reconhecida a inadequação da ação de improbidade, o juiz extinguirá o processo sem julgamento do mérito. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001)

§ 12. Aplica-se aos depoimentos ou inquirições realizadas nos processos regidos por esta Lei o disposto no art. 221, caput e § 1º, do Código de Processo Penal. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001)

Art. 18. A sentença que julgar procedente ação civil de reparação de dano ou decretar a perda dos bens havidos ilicitamente determinará o pagamento ou a reversão dos bens, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito.

CAPÍTULO VI

Das Disposições Penais

Art. 19. Constitui crime a representação por ato de improbidade contra agente público ou terceiro beneficiário, quando o autor da denúncia o sabe inocente.

Pena: detenção de seis a dez meses e multa.

Parágrafo único. Além da sanção penal, o denunciante está sujeito a indenizar o denunciado pelos danos materiais, morais ou à imagem que houver provocado.

Art. 20. A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Parágrafo único. A autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual.

Art. 21. A aplicação das sanções previstas nesta lei independe:

I - da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público;

I - da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento; (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009).

II - da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas.

Art. 22. Para apurar qualquer ilícito previsto nesta lei, o Ministério Público, de ofício, a requerimento de autoridade administrativa ou mediante representação formulada de acordo com o disposto no art. 14, poderá requisitar a instauração de inquérito policial ou procedimento administrativo.

CAPÍTULO VII

Da Prescrição

Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:

I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;

II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.

CAPÍTULO VIII

Das Disposições Finais

Art. 24. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 25. Ficam revogadas as Leis nºs 3.164, de 1º de junho de 1957, e 3.502, de 21 de dezembro de 1958 e demais disposições em contrário.

Rio de Janeiro, 2 de junho de 1992; 171º da Independência e 104º da República.

FERNANDO COLLOR

Célio Borja