

AÇÃO POPULAR

Lúcio Tadeu da Silva¹

1. Introdução. 2. Objeto e Origem da Ação Popular; 3. A Ação Popular Como Instrumento de Acesso à Justiça; 4. Legitimação Ativa; 5. O Papel do Ministério Público; 6. Questões Processuais; 7. Considerações Finais. Referências das Fontes Citadas.

1 - INTRODUÇÃO:

O Estado Brasileiro, em seus três níveis, União, Estados e Municípios, historicamente, luta com dificuldades. Não só dificuldades financeiras, mas também administrativas, o que em última análise, resultam em administrações que não gastam adequadamente o dinheiro público, no campo social, na saúde, na segurança, no meio ambiente, na cultura, etc... A fim de garantir ao cidadão os direitos fundamentais e aqueles de prestação, valem-se, os governantes, na mais das vezes, na única solução que preferem tentar, o aumento da carga tributária .

O déficit social é atribuído, não raro, ao déficit econômico, causado pela desproporção entre receita/despesa. Com isso, temos visto que única saída apontada pelo governantes, nas três esferas, é valer-se do aporte de recursos, aumentando a carga fiscal. Não é por demais lembrar que a carga fiscal que no

¹Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUC/RS (1984) Pós-graduado em Nível de Especialização na Modalidade "Formação para o Magistério Superior" em Direito e Organizações Públicas e Privadas pela Universidade do Vale do Itajai - UNIVALI (2005) Pós-graduado em Nível de Especialização na Modalidade "Mercado de Trabalho" em Direito do Trabalho e Preparação à Magistratura do Trabalho pela Universidade do Vale do Itajai - UNIVALI em Convênio com a Associação dos Magistrados do Trabalho da 12ª Região - AMATRA 12 (2005) Aluno Especial do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajai - UNIVALI 2007

primeiro trimestre de 2003 representava 36,9% do PIB, no mesmo período de 2004 passou para 38,11%.²

Não são encontradas soluções outras, apenas e tão somente lança-se mão das competências tributárias para criar-se novos tributos ou aumentar as alíquotas dos já existentes, ou até mesmo, congelar as faixas de tributação, que nada mais é do que um meio arbiloso de aumento da carga.

Não usa-se o manejo da fiscalização pública, da administração moral e enxuta. Não cortam-se gorduras, não utiliza-se de políticas públicas eficientes. Estamos diante daquela situação suposta por Rousseau³, em que o cidadão se vê à frente de obstáculos prejudiciais à conservação do estado na natureza, em um sentido mais amplo possível, onde para ele só resta a força de sua resistência para manter-se nesse estado. Não sendo permitido o estado das coisas persistirem, deve lançar mão de medidas para que o cidadão não pereça junto com a Sociedade, em vista da ação nefasta do poder. É chegada uma hora em que o cidadão não pode mais engendrar-se em forças, mas unir-se a outros e orientar as já existentes, para num esforço de agregação, numa superação de forças, possa sobrepujar a atuação ineficaz e perdulária do poder.

Ao cidadão, isoladamente, ou com a união de forças, em concurso, usando a liberdade assegurada em prerrogativa constitucional do indivíduo, a fim de defender o bem comum, é assegurada a Ação Popular.

Estudá-la, ou discorrer acerca desta ação, demanda, obrigatoriamente, a busca de seu objeto e depois, sua origem. Entendo, que melhor entendimento acerca da razão de sua origem, tem-se, a partir do seu objeto.

Tratar-se-a, também e, porque fundamental, da legitimação ativa e passiva, deixando-se de lado a questão meramente formal processual, fazendo-se uma análise singela. Cuidar-se-á, mais dos Princípios Processuais Constitucionais a ela atinentes, e do papel do Ministério Público, ponto daqueles que mais chamou-me

² Brossard, Paulo - Jornal Zero Hora, de Porto Alegre, 06 de dezembro de 2004, página 13.

³ Rousseau, Jean-Jacques – Do Contrato Social, Os Pensadores – Victor Civita Editor, 1978, pág 31.

a atenção, nos estudos, até em face da comparação com sua atuação nas ações civis públicas, por ele intentadas. Tratarei de abordar não a questão da atuação do *Parquet* nas fronteiras processuais, mas, todavia, como órgão encarregado da defesa de interesses do Estado e da Sociedade, além do Estado de Direito Democrático.

Para o desiderato deste trabalho, foi-me de grande valia o gosto pela pesquisa jurídica, a que fui levado pelo Professor Doutor Moacyr Motta da Silva, quando em aula levou-me discernir o quanto é importante a pesquisa jurídica pura, sem o atrelamento cego com as questões práticas do dia-a-dia. O estudo dos Princípios do Constitucionalismo, a que fui dirigido, remete-me a uma visão mais ampla da ciência jurídica aos fins que eles nos encaminham.

Adotando essa forma de encarar a ciência jurídica, foi que levou-me a buscar uma visão crítica do instituto da Ação Popular e a da função e atuação do Ministério Público, com o fim de garantia dos Princípios Processuais Constitucionais assegurados ao cidadão.

2 - O OBJETO E A ORIGEM DA AÇÃO POPULAR

A Ação Popular, cujo objeto, em suma, é o bem público, da forma mais ampla possível, e como consequência mediata e mais importante decorre dos princípios “que só a vontade geral pode dirigir as forças do Estado, de acordo com a finalidade de sua instituição, que é o bem comum, porque, se a oposição de interesses particulares tornou necessário o estabelecimento das sociedades, foi o acordo desses mesmos interesses que o possibilitou”.⁴ A par disso, resulta que o ato de defesa do interesse comum da sociedade é um ato inalienável de soberania do cidadão, pois a sua vontade de defesa do interesse dela, só esta restringido pelo direito da coletividade.

⁴ Rousseau, Jean-Jacques, ob. citada, pág 44

Assim sendo, é que Paulo de Tarso Brandão, adota a lição de Rodolfo de Camargo Mancuso, quando menciona que o objeto da ação popular “é o interesse difuso à preservação: da possibilidade, eficiência e moralidade na gestão da coisa pública e bem assim à tutela do meio ambiente e do patrimônio público em sentido amplo”⁵. Em outras palavras, quanto a administração pública é um meio eficaz do controle externo, a ser exercido na sua mais ampla plenitude pelo cidadão do povo, que possui entre seus direitos fundamentais, além do direito a uma administração pobra, eficiente, moral e justa. Certamente, pois não basta à administração ser pobra e eficiente. Deve ela estar norteada pela moral e pela justeza de sua conduta.

Não fosse isso, o cidadão têm direitos garantidos, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a manutenção e preservação do patrimônio cultural e histórico de seu povo e da sua nação. Ou seja, têm ele esses direitos oriundos de sua natureza. São os direitos naturais, do homem, que estão garantidos por outros princípios também denominados fundamentais em uma primeira dimensão, qual sejam, aqueles oriundos das liberdades públicas e direitos políticos assegurados. São direitos, pois, inerentes a condição de ente dotado de condição civil e política na sociedade. São os direitos da cidadania, que trata Paulo de Tarso Brandão⁶. O Autor acentua que os direitos da cidadania emergiram de uma realidade de Direito de Estado que surgira no século XX e, por isso estão inseridos no que chama de “novos” direitos”. Segundo ele, não há que se confundir com outros momentos históricos que se encerraram no final do século XIX. Não se poderia confundir a cidadania com meros direitos fundamentais genericamente assegurados ao cidadão. Esses “novos” direitos emergem de uma visão que decorre da relação de participação efetiva do cidadão que se estabelece entre o Estado e o cidadão como parte integrante e ativa da sociedade civil, do qual ele é um instrumento de efetiva fiscalização externa do Estado, quer na perspectiva individual, quer coletiva.

A Ação Popular, portanto, é um pesado instrumento de cunho constitucional que, uma vez colocado a disposição do cidadão, e não mais aquele

⁵ Brandão, Paulo de Tarso – Ações Constitucionais: Novos Direitos e Acesso à Justiça, Habitus Editora, Florianópolis, 2001, pág. 250.

⁶ Brandão, Paulo de Tarso – Obra Citada, página 9.

instrumento muito estreito ao Direito Processual Civil, possuindo hoje, efeitos muito mas significativos na Sociedade, à luz dos princípios constitucionais de sua defesa, egressos da mudança do Estado Moderno para o Estado Contemporâneo, onde em uma concepção moderna de Constituição, pode-se enunciar que ficaram os objetivos do Estado fundados no seu limite de poder político e na supremacia dos direitos e das liberdades do indivíduo ⁷, que a usa não só na busca do interesse privado, mas na busca da proteção do interesse coletivo.

Enquanto que o Estado possui eficazes instrumentos de controle social, o cidadão, no constitucionalismo contemporâneo passou a contar com meios de fazer valer seus direitos públicos subjetivos⁸, que muitos chamam de direitos metaindividuais, a fim de limitar o abuso do poder, por exemplo, na possibilidade de fiscalização e aplicação do dinheiro público, no interesse da coletividade e, de forma mais ampla, a moralidade pública.

Essa visão de direitos subjetivos públicos, é sem dúvida uma visão mais processualista. É a adoção de Pontes de Miranda, quando trata do instituto em questão em seus comentários à Carta de 1946, como também é de Roberto Mancuso. Mas em enfoque sob princípios constitucionais diria que é um dos direitos do homem, um direito natural.

Para outros, como Paulo de Tarso Brandão, esse instrumento de defesa dos interesses de outra esfera que não meramente os individuais ou interindividuais não podem ser tratado meramente sob o prisma de conceitos de Direito Processual Civil e sim, em uma órbita maior, qual seja, a Ação Popular deve ser analisada e estuda sob o prisma de um instrumento colocado à disposição do cidadão, por uma Teoria Política, até porque egressa de princípios e garantias fundamentais alcançadas pelo constitucionalismo contemporâneo.

Com a clareza de idéias que lhe é peculiar, aquele Promotor de Justiça, acentua que Ação Popular não pode ser vista como mero instrumento de processo

⁷ Motta, Moacyr Parra – Interpretação Constitucional Sob Princípios – Editora Mandamentos, Belo Horizonte, 2003, página 25.

⁸ Dantas, Ivo – Instituições de Direito Constitucional Brasileiro, Editora Juruá, 2ª Edição, Curitiba, 2004, pág 402.

civil colocado à disposição do cidadão, até porque poderia ela ser exercitada com pequenas alterações de conduta e postura, sem a necessidade de *modificação de ritos processuais ou criação de novos instrumentos*.⁹ Portanto, é aqui que se estabelece uma notável diferença de enfoque, derivante, exatamente da origem e dos fins da ação popular. A Ação Popular, sem dúvida deve ser analisada sob o prisma de sua origem como ação constitucional, assecratória dos direitos e garantias constitucionais postos à disposição do cidadão. O acesso à justiça, deste modo, não pode ser cerceado de qualquer maneira por meros instrumentos processuais que venham a reger aquela ação.

Em artigo publicado, Teori Albino Zavascki¹⁰, entende muito mais restrita a sua aplicação, exatamente porque a limita aos aspectos formais contidos na Lei 4717. Em vista disso, essa interpretação não só limita a possibilidade de todo e qualquer cidadão, além do eleitor, de exercitá-la, como também, no seu desenvolvimento, provas, ônus da prova, acesso a documentos da administração, etc...

Nessa esteira, há que destacar que para se tenha aplicável a Ação Popular, meramente em seus aspectos processuais, ou de forma mais ampla, como uma ação típica constitucional¹¹ para a efetivação dos direitos e garantias, deve-se lançar mão de análise, o mais superficial que seja, dos conceitos e evolução dos direitos fundamentais. Aí, em vista disso, pode-se concluir acerca da sua natureza. Se meio processual ou ação constitucional posta à disposição do cidadão.

⁹ Brandão, Paulo de Tarso – Obra citada página 13.

¹⁰ Zavascki, Teori Albino em artigo “A defesa dos direitos coletivos e defesa coletiva de direitos – Revista Jurídica, nº 212 - JUN/1995, pág. 16

¹¹ Nessa mesma esteira, o Professor Tucci -Rogério Lauria, (Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil nº 18 - JUL-AGO/2002, pág. 5) quando leciona a Ação Popular tem sim o cunho constitucional, e não há como confundi-la com ação em que aplica-se meramente os princípios processuais, pois em generalizado consenso, tem por finalidade precípua o controle de atos ilegais e prejudiciais ao patrimônio da União, dos Estados e dos Municípios, bem como de suas organizações autárquicas ou paraestatais, e de pessoas jurídicas subvencionadas com verba pública; da moralidade administrativa e do patrimônio histórico e cultural, a saber: "... a ação popular consiste num instituto de índole constitucional e natureza processual, outorgado ao membro da comunhão social como garantia política, tendo em vista a defesa do interesse coletivo, 'mediante a provocação do controle jurisdicional corretivo da ilegalidade dos atos lesivos do patrimônio público'"

Alguns constitucionalistas conceituam e classificam os Direitos Fundamentais em grupos ou geração, além de outras forma de classificação.

Para Moacyr Parra Motta, os Direitos Fundamentais são divididos em quatro grupos, dotando o mesmo critério de José Luiz de Quadros¹². Outra classificação encontrada é aquela que se fala de gerações de direitos fundamentais, ou humanos. Aqui não se pode descuidar-se que direitos fundamentais também podem ser denominados de direitos do homem. Pedro Lenza, adotando a classificação de Norberto Bobbio, classifica, portando, em direitos de gerações¹³.

De nada valem, esses direitos e garantias fundamentais, pois, se não assegurado à Sociedade e ao cidadão, instrumentos, também a nível constitucional, para o efetivo exercício daqueles direitos e garantias. De nada valeriam, portanto, se não assegurado o livre acesso à justiça, como forma de ingressar-se no Estado, de fiscalizá-lo, enfim, de exigir-se o compromisso assumido na Constituição, qual seja, de que o fundamento maior da Constituição é a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, além da soberania e da própria cidadania, como bem enfatiza Paulo de Tarso Brandão.

Entendo de que nada valeriam os direitos e garantias fundamentais se não alcançados aos cidadão o direito de efetiva representação, o que não vale dizer que esse direito estaria materializado no direito político do voto. Não se pode mais

¹² Motta, Moacyr Parra – Obra citada, páginas 87 e 88: Para o Autor, os Direitos Fundamentais, quanto ao seu conceito, formação e evolução, são divididos em quatro grupos: “A) Grupo I: Direitos Individuais – referentes à vida, à liberdade, à propriedade, à segurança e à igualdade. B) Grupo II: Direitos Sociais – são os direitos à saúde, à educação, à previdência e à assistência social, ao lazer, ao trabalho, à segurança ao transporte. Esses direitos exigem uma prestação positiva do Estado, que deve ofecerê-la, protegendo assim os interesses da sociedade; C) Grupo III: Direitos Econômicos – são aqueles direitos contidos em normas de conteúdo econômico para viabilizar uma política econômica. Entre esses, estão o direito de transporte integrado à produção, o direito ao pleno emprego, e os direitos do consumidor e ao ambiental. Esses direitos protegem interesses individuais, coletivos e difusos. D) Grupo IV: Direitos Políticos – os direitos políticos são aqueles relativos à participação popular no Poder do Estado, representados normalmente por meio da manifestação do voto. São os direitos de votar e ser votado, do referendo, do plebiscito e da iniciativa popular das leis. O exercício desses direitos é subordinado às exigências constitucionais de requisitos que o indivíduo deve preencher, como idade e nacionalidade.

¹³ Mancuso, Rodolfo de Camargo Mancuso, obra citada página 21, fazendo referência a classificação adotada por Pedro Lenza: De primeira geração são os direitos que “dizem respeito às liberdades públicas e aos direitos políticos, ou seja, direitos civis e políticos a traduzirem o valor de liberdade....os de Segunda geração, seriam aqueles “sociais, culturais e econômicos” que, numa síntese, portanto, correspondem aos “diretos de igualdade”. De terceira geração, são os direitos à preservação ambiental e de proteção do consumidor, para o autor, são os direitos de “solidariedade” e para terminar, classifica de Quarta geração os direitos humanos relativamente a proteção do patrimônio genético.

coabitar-se com a mera democracia representativa. Os direitos e garantias fundamentais evidenciam outro tipo de participação. Evidenciam a democracia participativa, dotando o cidadão de meios efetivos e instrumental adequados para o efetivo exercício dos direitos políticos, numa acepção ampla para o exercício da soberania popular.

Hely Lopes Meireles¹⁴ também conceitua a Ação Popular, tendo antes, enfatizado que é “*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, municipal, ou de suas autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas subvencionadas com dinheiros públicos.*”

Veja-se que aqui se inicia um ponto interessante e polêmico que enfrentarei mais adiante, por amor e sede ao debate. Em sendo um meio constitucional, como ensina o mestre do Direito Administrativo, aplicar-se-á à Ação Popular as limitações impostas por lei processual que a regulamenta, no direito Pátrio, ou aplica-se o Garantia Constitucional dos Princípios Processuais, no que tange ao seu processamento e legitimação ativa e passiva?

No entanto, como estamos diante da retórica quanto ao seu objeto, temos que Hely Meirelles conceituava de forma bastante limitada a Ação Popular, pois a moralidade administrativa, e os atos lesivos quer ao patrimônio público em sentido amplo, como ambiental, cultural e histórico podem ser objeto de Ação Popular.

Partindo-se disso, é mister que se tenha em vista que Ação Popular vem a ser ação pelo qual o cidadão faz realizar a máxima de que “*os depositários do poder executivo não são absolutamente os senhores do povo, mas seus funcionários*”¹⁵. Entendo, todavia, que não as autoridades do poder executivo, mas toda e qualquer autoridade, de qualquer poder, seja de qual for a natureza da sua vinculação com o poder. O patrimônio público e sua conservação, portanto,

¹⁴ Meirelles, Hely Lopes – Mandado de Segurança, Malheiros Editores, 27ª Edição, 2004, pág 125

¹⁵ Rousseau, Jean-Jacques, ob. cit. pág. 113.

passou a ser preceito elevado à esfera de garantia constitucional assegurada ao cidadão.

Não é por outra razão que a Ação Popular é até mesmo a precursora da defesa dos interesses difusos, pela Ação Civil Pública, no direito brasileiro, como ensina Paulo Brandão¹⁶. Muitas vezes a Ação Civil Pública, de iniciativa do próprio Ministério Público é precedida de alguma Ação Popular, tendo, inclusive, na sua lei de organização, previsão expressa a esse respeito.

Certo é que, como afirma Canotilho¹⁷, em sendo que nas sociedades contemporâneas o indivíduo está isolado, desarmado, as constituições modernas, trouxeram este mecanismo processual, como garantia constitucional, destinada à defesa de interesses difusos, ao cidadão, que ao invocar o interesse público, pode avocar-se de representação assegurada pela constituição a fim de reagir contra a usurpação ou lesão de bens e direitos, ou até mesmo contra deliberações que o cidadão entenda prejudicial à ordem social, econômica, ao meio ambiente, etc....

Ainda no rol de objetos passíveis de ação popular, é possível destacar a atuação do cidadão de forma preventiva. Esse procedimento do cidadão, valendo-se deste remédio constitucional pode, por exemplo, defender direitos fundamentais contra a ação nefasta dos administradores ou agentes públicos, em obras ou qualquer ação, ou omissão, que ponha em risco a saúde pública, o meio ambiente, a qualidade de vida, consumo de bens e serviços, o patrimônio cultural, e o domínio público e porque não dizer até mesmo na própria participação do cidadão na administração pública, pois pode valer-se da Ação Popular em procedimentos administrativos, de forma até mesmo preventivamente, a fim de evitar lesão ou gastos ao erário, de forma fraudulenta, ou graves lesões ao patrimônio público, abstratamente. Não é forçoso concluir que poderia usar o cidadão esta modalidade para tanto, em procedimentos administrativos, tais como planos de desenvolvimento, planos de urbanismo e planos diretores de municípios, influenciando em localização

¹⁶ Brandão, Paulo de Tarso, ob. cit. pág. 250

¹⁷ Canotilho, J.J. Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 6ª Edição, Editora Almedina, 2002, pág. 505.

de obras públicas, onde o impacto ambiental ou cultural seja relevante, ou que venha a causar prejuízos econômicos e sociais à população.

Daí resulta, sem dúvida o caráter de ação preventiva, condenatória e inibitória que alude Canotilho¹⁸.

No Brasil, como bem é acentuado por Rodolfo Mancuso¹⁹, esta ação cidadã restou revigorada com a Carta de 1988, pois não há dúvida que é sensível a preocupação do Constituinte na discussão e no controle dos atos do poder público, o que aliás, é uma característica do constitucionalismo moderno e contemporâneo, uma vez que a preocupação com o Estado dá lugar à preocupação de ordenar, fundar e limitar o poder político. Passou-se a reconhecer e garantir, por assim dizer, os direitos e as liberdades do cidadão. Passa-se, então, desde o século XVIII, a cuidar-se muito mais da conformação do Estado e seus limites, com o Estado como entidade detentora de poderes ilimitados. Se para alguns, ainda, há a idéia de que os direitos e garantias fundamentais, servem muito mais para a garantia desse Estado Liberal, para outros e, sem dúvida, o cidadão é parte fundamental para o fim almejado de um Estado Social e de Direito Democrático e não só a um Estado de Direito. Estamos diante, sem dúvida alguma de um instituto que assegura a democracia participativa, que o Constitucionalismo Contemporâneo requer e almeja.

Assim, a Ação Popular é meio constitucional e não meramente processual, colocado à disposição do cidadão para a defesa dos seus direitos e dos direitos subjetivos coletivos, onde pratica, na verdade a defesa da Sociedade, como um todo. Assim, não pode qualquer ordenamento processual, infraconstitucional limitar a atuação do cidadão. Talvez deriva daí, que alguns autores entendem a elasticidade do poder do juiz na Ação Popular e a elasticidade do direito de prova, além da extensão da palavra “cidadão” como titular do direito de ação.

Nasce com esse direito, assegurado no constitucionalismo contemporâneo, o que para muitos é a ação típica de um Direito Processual Constitucional, pois tal ação está inserida nos Direitos Individuais, como assim, um

¹⁸ Canotilho, J.J. Gomes, ob. cit, página 506

¹⁹ Mancuso, Rodolfo de Camargo – Ação Popular, Editora Revista dos Tribunais, 5ª Edição, 2003, página 9

direito natural do homem. Não é por outra razão que estamos diante de uma Garantia Constitucional de Princípios Processuais, pois ao cidadão, só mesmo com a essa ação sendo elevada à essa qualidade, pode ele exercitar os direitos de que é objeto a Ação Popular.

3. A AÇÃO POPULAR COMO INSTRUMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA

O chamado movimento universal de "acesso à Justiça" pode ser objeto de pesquisa nos diversos compartimentos das ciências sociais, mas é na ciência do direito e no direito positivo de muitos países que ele assume um novo enfoque teórico, com o qual se repudia o formalismo jurídico - enquanto sistema que identifica o direito sob a perspectiva exclusivamente normativa - e se preconiza a inserção de outros componentes reais, como os sujeitos, as instituições e os processos, tudo em sintonia com a realidade e o contexto social.

Esse novo enfoque teórico do acesso à Justiça espelha, portanto, a transmutação de uma concepção unidimensional, calcada no formalismo jurídico, para uma concepção tridimensional do direito, que leva em consideração não apenas a norma jurídica em si, mas também os princípios e os valores que a permeiam. O problema do acesso à Justiça também pode ser compreendido nos sentidos geral, restrito e integral.

No sentido geral, o termo "acesso à Justiça" é concebido como sinônimo de justiça social, isto é, corresponde à própria concretização do ideal universal de Justiça, atrelado ao direito natural do homem, em busca da justiça social. Há uma clara e forte relação entre o objeto da justiça social e a questão social.

No sentido restrito, a expressão é utilizada no aspecto dogmático de acesso à tutela jurisdicional, isto é, uma garantia para que todos tenham direito de ajuizar ação perante o Poder Judiciário. Sob esse prisma, o acesso à Justiça insere-se no universo formalístico e específico do processo, como instrumento de composição de litígios pela via judicial. Finalmente, no sentido integral, acesso à

Justiça assume caráter mais consentâneo, não apenas com a teoria dos direitos fundamentais, mas, também, com os escopos jurídicos, políticos e sociais das Garantias e dos Direitos Fundamentais do Homem.

Vale dizer, assim, que sob esse enfoque, acesso à Justiça é, em última análise o próprio acesso ao Direito, vale dizer, a uma ordem jurídica justa, impondo-se, assim, a quebra de desequilíbrios da Sociedade, buscando-se uma igualdade que deve ser perseguida e implementável, segundo aqueles princípios fundamentais e da democracia participativa. O acesso à Justiça, como antes referido, implica, sem dúvida, também, a superação de certas barreiras objetivas e subjetivas, para o exercício e o acesso, pelo cidadão. O problema do acesso à Justiça, não só em relação a assegurar a assistência judiciária aos pobres, deve ser encarada como a aquela em que deve alcançar ao cidadão e a Sociedade uma adequada representação dos interesses coletivos *lato sensu*, que abrangem os interesses difusos, coletivos (*stricto sensu*) e individuais homogêneos. O acesso à justiça não pode ser visto, assim, meramente no aspecto processual e seu objeto num contexto político, social e econômico, o que exige do jurista e do operador do direito o recurso constante a outras ciências. Deve ser analisada como a efetiva aplicação do princípio das liberdades públicas. No sentido integral, acesso à Justiça significa também acesso a todos os meios que possibilitem o pleno exercício da cidadania. Trata-se da participação de todos na gestão do bem comum através dos meios processuais constitucionais colocados a disposição do cidadão, para a defesa dos direitos coletivos e difusos.

O problema do acesso coletivo à Justiça tem sido objeto de estudos em diversos países, sendo possível identificar três sistemas que apresentam diferentes soluções: a) o publicista, no qual a legitimação para defender os interesses metaindividuais é confiada a órgãos públicos, tais como o Ministério Público Francês o *Ombudsman* dos países escandinavos, a *Prokouratura* soviética e o *Attorney General* norte-americano; b) o privatista, que confere a legitimação para defender tais interesses à iniciativa dos particulares, é dizer, dos próprios indivíduos. É o sistema adotado nas relator *actions* e nas *class actions* dos países de *common law*; c) o associacionista, que é fundado no reconhecimento da capacidade dos grupos

sociais ou associações privadas para representar, em juízo, os interesses públicos ou metaindividuais. Tal sistema é o que conta com um número crescente de adeptos e tem sido adotado na maioria dos países do continente europeu e em alguns países latino-americanos. No início, restrito a matérias decorrentes de conflitos de trabalho; atualmente, ampliado para matérias concernentes à proteção do meio ambiente, consumidor, patrimônio social e cultural.

Em nosso país, adotou-se solução eclética, na medida em que harmonizou os três sistemas já mencionados. E isto porque, no nosso ordenamento, a legitimação *ad causam* em tema de interesses metaindividuais é conferida:

a) aos órgãos públicos (com destaque para o Ministério Público), nas ações civis públicas ou coletivas destinadas à defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos;

b) às associações civis, nas mesmas condições conferidas ao Ministério Público para a promoção das ações coletivas;

c) ao cidadão, na Ação Popular que tenha por escopo, principalmente, a defesa do patrimônio público, em sentido amplo, e da moralidade administrativa.

A bem da verdade, o problema do acesso à Justiça ganhou nova dimensão a partir da Constituição da República, de 1988, inovando substancialmente em relação à Carta que lhe antecedeu, catalogou os princípios da inafastabilidade do controle jurisdicional e do devido processo legal no rol dos direitos e garantias fundamentais, especificamente, no capítulo concernente aos direitos e deveres individuais e coletivos, o que nos interessa, no presente trabalho, inclusive quando de trata da tutela jurisdicional na de ameaça a direito.

Portanto, afirma-se que esses dois princípios constitucionais - indeclinabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV) e devido processo legal (CF, art. 5º, LIV e LV) - servem de aporte à temática do efetivo acesso, tanto individual quanto coletivo, ao Poder Judiciário brasileiro, inclusive para as pretensões do cidadão, nas ações populares. Deste modo, considerando a existência de diversas normas constitucionais e infraconstitucionais criadoras de direitos e garantias

metaindividuais, bem como a atual tendência legislativa em ampliar e regular a proteção desses "novos direitos", resulta que alguns preceitos do Código de Processo Civil, para o caso das ações constitucionais, como a Ação Popular mostra-se inválido, insuficiente, inadequado e ineficaz para solucionar os novos conflitos coletivos e difusos.

Nesse aspecto, é que o Código de Processo Civil não pode impedir o acesso efetivo à justiça e fere, em todos os sentidos, o direito processual do devido processo legal. Isto porque, falar-se em devido processo legal, em sede de direitos coletivos *lato sensu*, é, inexoravelmente, fazer menção ao sistema integrado de tutela processual trazido pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90); Lei da Ação Civil Pública (Lei. 7.347/85) e ao instituto que se cuida no presente trabalho. Não vingaria, sem dúvida alguma os direitos sociais e fundamentais criados pela Constituição Federal de 1988, acaso se mantenha o sistema ortodoxo de acesso à justiça que se vislumbra no ordenamento processual em vigor e defendido por alguns até mesmo para a Ação Popular. Encontramos, ainda, muitos juristas que entendem que mesmo com este sistema em vigor, o abuso não encontra guarida. Notadamente quanto aos remédios processuais constitucionais, pois a ordem jurídica brasileira está preparada para este desafio. É a posição de Ênio Santarelli Zuliani, por exemplo.²⁰

Com efeito, a atual Constituição Federal que, na verdade, encerra a passagem do Estado liberal para o Estado social, rompe definitivamente com a clássica idéia de que apenas os direitos individuais mereceriam proteção estatal. Vê-se, pois, que o novo texto constitucional substituiu propositadamente a expressão "qualquer lesão a direito individual", por outra que permitisse o alargamento do acesso ao Poder Judiciário aos novos direitos e interesses coletivos e difusos. Para tanto, o art. 5º, XXXV, da Carta Constitucional de 1988, em harmonia com o enunciado no seu Título II, Capítulo I ("Dos Direitos e Deveres Individuais e

²⁰ Zuliani, Ênio Santarelli - Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil nº 16 - MAR-ABR/2002, pág. 96, - REFLEXÕES SOBRE O NOVO CÓDIGO CIVIL "A ordem jurídica brasileira, todavia, encontra-se preparada para superar desafios e os remédios constitucionais, como o HC (art. 5º, LXVIII, da CF), o MS (art. 5º, LXIX, da CF e Lei nº 1.533/51), a ação popular (Lei nº 4.717/65), a ACP (Lei nº 7.347/85) e as próprias ações individuais (art. 5º, XXXV, da CF) provam que o abuso do poder esbarra no controle judicial, o que, de certa forma, nos tranqüiliza e conforta". (Publicada na)

Coletivos"), prescreve que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Está aí consagrado o novo princípio da inafastabilidade jurisdicional que é destinado tanto para a proteção dos direitos ou interesses individuais quanto para a dos direitos ou interesses coletivos e difusos.

Por óbvio que a implementação da jurisdição para os direitos coletivos e difusos, os direitos da Sociedade, requer uma nova postura de todos os que lidam com a questão dos direitos do homem, os direitos naturais, na sua mais larga acepção. É preciso que se tenha como norte a efetivação do acesso - individual e coletivo - do cidadão, fracos e vulneráveis, como consumidores, trabalhadores, crianças, adolescentes, idosos, os excluídos em geral, não apenas ao aparelho judiciário e à democratização das suas decisões, mas, sobretudo, a uma ordem jurídica justa.

Para tanto, é condição necessária a formação de uma nova mentalidade, que culmine com uma autêntica transformação cultural não apenas dos juristas, juízes e membros do Ministério Público e demais operadores jurídicos, mas, também dos governantes, dos empresários, dos ambientalistas, etc...

A efetivação do acesso do cidadão e da coletividade à Justiça exige, sobretudo, um "pensar coletivo", que seja consentâneo com a nova ordem política, econômica e social implantada em nosso ordenamento jurídico a partir da Constituição Federal de 1988.

Quanto ao Ministério Público, como será objeto de análise, a seguir, o artigo 127 da Constituição de 1988, deixa evidente o seu novo papel político no seio da sociedade brasileira, pois a ele foi cometida a nobre missão de promover a defesa não apenas do ordenamento jurídico e dos direitos sociais e individuais indisponíveis, mas também do regime democrático.

Deixa, pois, o Ministério Público a função de mero *custos legis*, para se transformar em agente político, cuja função institucional é zelar pela soberania e representatividade popular; pelos direitos políticos; pela dignidade da pessoa

humana; pela ordem social e econômica; pelos princípios e objetivos fundamentais da Estado Brasileiro; pela independência e harmonia dos Poderes constituídos; pelos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência relativos à Administração Pública; pelo patrimônio público e social; pelo meio ambiente em todas as suas formas, inclusive o do trabalho, etc.

É preciso substituir a velha e ultrapassada expressão *custos legis* pela de *custos iuris*, pois esta abrange não apenas a lei em sentido estrito, mas, também, os princípios, os valores e os objetivos fundamentais que se encontram no vértice do nosso ordenamento jurídico.

4 – LEGITIMAÇÃO ATIVA

Para Rodolfo Mancuso, é parte legítima o cidadão eleitor, tal e qual enumera a Lei 4.717/65, que regula este instituto em nosso meio. Muito embora o tenha com reservas, pois sua visão do instituto em questão é restritamente processualista²¹. Traçarei aqui uma abordagem, no que tange, também, a legitimação, sob os Princípios Constitucionais, pois nos interessa, sem dúvida alguma, este instituto como uma ação constitucional, que assegura o direito de acesso à justiça e controle do poder, como modo de invocar e proteger direitos e garantias individuais e coletivos. Não há dúvida de que se usada com um certo rigor e sentimento de cidadania, sem rancores e colorações partidárias ou ideológicas, nossa Sociedade seria outra e, sem dúvida alguma, a conduta do Estado e seus agentes seria bem diferente. Estaríamos noutra esfera. Estaríamos, certamente, em verdadeiro Estado Social de Direito. Para tanto, é aqui que discuto isso, na legitimação, quer ativa, quer passiva.

Entendo, que, como abaixo será referido, que razão assistia a Pontes de Miranda. Embora ampla a legitimação ativa a todo e qualquer cidadão brasileiro, há que se excluir aqueles que não gozam de seus direitos políticos, por tê-los perdido, na forma da lei.

²¹ ob. citada, página 10.

Poderia então, quem não os tem exercer o direito da Ação Popular? No entendimento de Paulo de Tarso Brandão, sim. No entendimento daquele Promotor de Justiça catarinense, não deixa de ser cidadão aquele que não pode exercer o direito do voto²². Sustentando sua posição nas lições de Pontes de Miranda, agregase ao fato de que até mesmo o estrangeiro, ou seja, aqueles naturalizados, os analfabetos, os maiores de setenta anos, os menores de 16 anos, não deixam, por exemplo, de serem cidadãos.

Para Pontes de Miranda apenas ao cidadão no gozo de seus direitos políticos, é que é assegurado o direito subjetivo em questão. Pontes de Miranda é categórico ao tecer comentários ao parágrafo 38 do artigo 141 da Constituição Federal de 1946²³, artigo esse, que em verdade é que dá origem à Lei 4717/65, que ainda hoje regula não no todo, mas em parte o instituto em estudo.

Razão tem essa linha de pensamento, quando mais de visto a Ação Popular como meio constitucional de salvaguarda de direitos e garantias do homem. Visto pelo aspecto meramente processual, esbarraria na Lei 4717/65. Mas, como visto, é uma ação de cunho constitucional e seu exercício, está assegurado pelo “caput” do artigo 5º da Constituição Federal. Veja-se que alí está garantido aos brasileiros e estrangeiros, salvo expressa vedação, o exercício dos direitos e

²² Ob. citada página 253.

²³ Miranda, Pontes de – Comentários à Constituição de 1946, Volume III, página 380/1, Henrique Cahen Editor, Rio de Janeiro – “Assim estava redigido o § 38, do artigo 141 da CF de 1946 – ‘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’. Pontes de Miranda dizia que: “...2) tratava-se de direito público subjetivo dos Brasileiros natos ou naturalizados. Qualquer cidadão. Direito público, ou direito político, que é espécie daquele? A questão é de importância, porque há Brasileiros a que se estão suspensos ou que perderam os direitos políticos. No artigo 135, § 2º, estatui-se que os direitos políticos se perdem...No artigo 135, § 1º, diz-se que os direitos políticos se suspendem...Resta Saber se o Brasileiro, a que se suspenderam, ou que perdeu os direitos políticos, deixa de ser “cidadão”, para o efeito do artigo 38. Ora, se bem que não de trate de eleição, ou de ato para a instrumentação dos Poderes, o direito público subjetivo do § 38, é *direito político*. Dele não gozam, portanto, os Brasileiros que se achem nas condições do artigo 135, §§ 1º e 2º. O art. 136 reforça a nossa conclusão: o cargo público não é ligado a direito político e no entanto a perda dos direitos políticos acarreta a perda dele; fora de estranhar-se que o mesmo indivíduo, que perdeu os direitos políticos e o cargo, pudesse exercer a ação fiscalizadora do § 38, ou que de tal direito gozassem os absolutamente incapazes e os condenados criminalmente.

...
4) A ação intentada pelo que, depois, perdeu os direitos políticos, ou a que foram suspensos, pode ser continuada por outro Brasileiro que deles não esteja privado ou que não se suspenderam.”

garantias fundamentais que são exaustivamente arrolados em seus incisos. Não há, então, qualquer vedação ou restrição para a Ação Popular.

Desse modo, a legislação infraconstitucional, que diga-se, é anterior à própria Constituição em vigor, deve ser analisada de forma que não venha a restringir direito assegurado pela norma maior. É aliás, a lição José Afonso da Silva. Segundo esse prestigiado constitucionalista qualquer regra processual não pode ser derogar a direito constitucionalmente assegurado ao cidadão. Não cabe a restrição processual, quando a constituição não faz tal vedação.

Essa interpretação, pode ser analisada, também, a luz de lições de constitucionalistas de outros países, cujo peso de suas posições são universais. Enquanto que na atual Constituição Brasileira, apenas ao cidadão pode exercer o direito da ação popular, em Portugal, foi assegurado esse direito a “*qualquer um do povo*”,²⁴ abrangendo pessoas coletivas, pois não só ao cidadão, de forma isolada, mas em coletividade foi assegurado o direito a essa garantia constitucional e, ao que mais surpreende é que mesmo não invocando o interesse público, pode intentar a ação em defesa de um interesse do público em geral, ou de entidades ou classes, que contem com um certo número elevado de pessoas, ou seja, interesses difusos.

Quanto a legitimação, o cidadão age como substituto processual, pois defende interesses coletivos e não direito individual próprio. Neste caso temos uma legitimidade própria, ordinária, que deriva da própria fonte maior do direito positivo da nação, a Constituição Federal. Tem aqui o cidadão uma titularidade única que é o direito subjetivo ao governo pobro, ou seja, que não dilapide o bem comum, e respeite as leis e os princípios da administração pública, bem como os direitos e garantias fundamentais do homem.

No tocante a legitimação passiva a tratarei no momento oportuno em que será dada certa ênfase aos aspectos do processamento da Ação Popular, vez que entendo ser até mesmo do arbítrio do Juiz e do próprio Ministério Público a busca de todos os envolvidos para o deslinde, pois o objeto da Ação Popular é muito mais

²⁴ Canotilho, J.J. Gomes, ob. cit, página 506

transcendente àquele, muitas vezes, posto pelo Autor da demanda, quando mais se este é um cidadão comum.

5 - O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Na Ação Popular a atuação do Ministério Público é estudada com certo interesse pela doutrina. A preocupação de vários autores, todavia afigura-se no aspecto processual, tão somente. A exemplo disso, Rodolfo de Camargo Mancuso; Hely Lopes Meirelles e José Afonso da Silva. No entanto, a atuação do Ministério Público das demandas fincadas no permissivo constitucional (artigo 5º, LXXIII), tem um destaque de muito mais relevo do que a questão meramente de *custus legis*.

A natureza jurídica da própria instituição é que norteia sua atuação. A natureza jurídica de sua atuação na Ação Popular é a mesma. O Ministério Público é uma Instituição necessária para a organização democrática.

Desde o Decreto que o instituiu no alvorecer da República (Decreto 1.030 de 14 de novembro de 1890), sua natureza jurídica é esta. Instituição necessária para a organização democrática.

No Brasil, após o Regime Imperial, além de fiscal da lei, tornou-se o procurador dos interesses gerais, além de outros fins, ainda o de “*o que for a bem da justiça e dos deveres de humanidade*”.²⁵

Daí em diante o Ministério Público passou a buscar, também, a sua independência em relação aos demais poderes da república, chegando até mesmo a ser considerado, muito antes da Constituição de 1988, como o Quarto Poder. Somente no período ditatorial de Vargas suas atividades estiveram muito estreitadas com aquelas do governo.

²⁵ Sauwen Filho, João Francisco – Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de Direito – Editora Renovar, Rio de Janeiro, 1999 – página 189.

Após aquele período de estreitamento demasiado em relação ao governo, com a Carta de 1946 ganhou autonomia e independência, que perdura até os dias de hoje, tendo, no entanto, também no período do regime militar, atuado ao lado do Estado, como órgão meramente auxiliar do Poder Judiciário e, com a Emenda de 1969, migrou ao Poder Executivo. Para alguns de seus membros, todavia, aquele período serviu para suas posições fossem aprofundadas no sentido de que sua atuação, como de resto nos países com regime de Estado de Direito Democrático, não pode ser vinculada a qualquer outro poder.

Desde as discussões da Comissão dos Notáveis, que serviria de texto básico para a Carta almejada pela nação, após o regime militar, a sua natureza jurídica era discutida, tendo-o como um verdadeiro Quarto Poder. Não foi, todavia a posição adotada, segundo alguns, a exemplo de João Francisco Sauwen Filho.

É notória a preocupação dos constituintes em relação à desvinculação do Ministério Público com os demais poderes e com a defesa do Estado de Direito Democrático e com a cidadania e a realização do cidadão na sociedade. De outra banda, o Ministério Público possui no *caput* do artigo 127 da CF, sua natureza jurídica, sendo inarredável que a ele incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Como bem acentua João Francisco Sauwen Filho, exerce o Ministério Público uma função de colocar limites no exercício do Poder pelo Estado e, “com os mecanismos necessários à funcionalidade do seu controle, em busca de um razoável sistema de freios e contrapesos essenciais à prática democrática”.²⁶

Aqui, portanto, vislumbra-se sua mais importante função, que lhe dá a natureza. Essa, aliás, tenho que foi a maior preocupação do constituinte, até pelo momento histórico nacional em que iniciaram-se as discussões da nova Carta Política para a Nação.

²⁶ Obra Citada, página 192.

Mesmo em um regime que não poderia-se denominar-se de democrático, o Ministério Público detinha como uma de suas funções o zelo pelas liberdades individuais. Marcelo Caetano, em seu exílio no Brasil, assim pronunciou-se acerca das funções do *Parquet* : “ o Ministério Público tem que zelar ... para evitar desmandos das autoridades e ofensas à liberdadee, de maneira geral, ser o fiscal da observância da Constituição, das leis de ordem pública.”²⁷

Na atual Constituição, há que se destacar, o aspecto estrutural já dá a dimensão da natureza jurídica do *Parquet*. Veja-se que estão inseridos como direitos e garantias fundamentais os individuais e coletivos; os direitos sociais; os que são relativos à cidadania, tais como a nacionalidade e os direitos políticos. Logo no início do texto, no Título II, precedendo, portanto, à organização política do Estado. Com isso verifica-se a prevalência dos direitos e garantia fundamentais e a preocupação com a cidadania e a prevalência do cidadão, seus direitos e garantias em relação ao Estado, dando-nos, portanto, uma idéia do quanto o constituinte manteve o controle do Poder com a Sociedade, pois só além foi tratar da organização política.

Deste modo, como é povo que outorga poderes ao governante, é ao povo que a Constituição firmou o poder, na mais absoluta representação do Estado de Direito Democrático. Assim, repetindo as lições de Pontes de Miranda²⁸, “*tão essencial ao ofício do Ministério Público é promover e esse promover tão essencial à vida das sociedades contemporâneas e cada vez o será mais intimamente, que constitui atividade obrigatória.*”

Com efeito, compete ao Ministério Público, por ter como sua natureza jurídica, como órgão autônomo, a guardião do Estado Democrático de Direito, essencial para o pleno exercício dos Direitos e Garantias Fundamentais. Impõe-se a ele, portanto, o dever jurídico de assegurar ao todo cidadão a defesa dos direitos subjetivos buscados na Ação Popular, sendo essencial sua atuação, como órgão autônomo do Poder, para o pleno exercício, pelo cidadão do direito de pleito, por meio daquela ação constitucional, a defesa da Sociedade, pois em toda Ação

²⁷ Caetano, Marcelo – Direito Constitucional – Editora Forense, Rio de Janeiro, 1978, Volume II, página 344.

²⁸ Obra citada, Volume II, página 350.

Popular, se está diante de interesse do bem geral, como interesses sociais indisponíveis, ou difusos. No dizer de Hugo Nigro Mazzilli, sempre que se estiver diante de interesse público, é inequívoca a obrigatoriedade da atuação do Ministério Público.²⁹

Deste modo, na defesa dos interesses da Sociedade, é que o *Parquet* atua na Ação Popular. Mancuso refere que sua atuação deriva do inegável interesse público subjacente, a par das posições jurídicas indisponíveis nela debatidos.

Segundo os termos da Lei 4717/65, é proibido à instituição assumir a defesa do ato impugnado ou dos seus autores, isso porque o Ministério Público, como acima referido, não é representante de quaisquer dos três poderes. Para tanto, as autoridades colocadas no polo passivo, ou entes de direito público, deverão valer-se de seus próprios órgãos de representação.

Temos autores que pregam que o Ministério Público deveria ser considerado como parte ou co-autor, o que é inconcebível ante a sua independência e a total ausência de permissibilidade da Constituição para tanto. Tanto quanto já se disse, sua função é autônoma, agindo como um defensor da lei e da ordem jurídica e democrática, entendido aí sempre o interesse público, à defesa do erário e da sociedade e a preservação do patrimônio público e da moralidade administrativa. Saliente-se aqui o fato de que o Ministério Público possui independência administrativa e funcional servindo daí como um ponto importante na relação, como verdadeiro assistente do autor da Ação Popular, podendo impulsionar o feito, requerendo provas, documentos, etc..., tudo para aqueles fins de completa elucidação da lide e a eficácia da decisão que venha a ser proferida. Por aí se vê que a lição de José Afonso da Silva³⁰ de que na “lide [...] ora age como defensor da lei, ora como assistente, como autor ou parte, como exequente, recorrente, litisconsorte ativo, pelo que se torna difícil estabelecer a sua natureza

²⁹ Mazzilli, Hugo Nigro – A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo – Editora Saraiva, 11ª Edição, 1999, página 37. O Autor usa a expressão *interesse público* para denominar o bem geral, ou seja, o interesse da coletividade ou o interesse da coletividade como um todo. Usa, também a expressão, para os chamados interesses sociais, os interesses indisponíveis do indivíduo e da coletividade, os interesses coletivos, os interesses difusos, etc...

³⁰ *apud* Mancuso, Rodolfo de Camargo, obra citada página 227.

dessa intervenção”, não tem razão de ser. O Ministério Público não pode ser confundido, em hipótese alguma com o autor da demanda, pois ele age com uma missão mais nobre, pois o faz “[...] como requer o interesse público [...]”, como acentua Ruy Armando Gessinger³¹. A atuação, no caso, não pode estar vinculada ao mero interesse do Autor, sempre, porém, com o interesse público, não lhe sendo permitido, então, agir por conta e risco apenas da vontade do autor, nos termos postos na demanda, pois acima de tudo, o interesse almejado é o público, agindo, assim, sempre como guardião da lei e da sociedade, que pode carecer, no caso em concreto, na demanda proposta, da defesa não do autor, mas da defesa da ordem pública e dos interesses indisponíveis de toda uma coletividade.

Por tudo isso se vê que sem qualquer amparo a lição de José Afonso da Silva, no sentido de que o Ministério Público se confunde, na Ação Popular como “parte principal” e “titular da ação popular, também”³².

Função impar da Instituição, ainda, é aquela em que agindo como fiscal da lei e da Sociedade, pode usar de denúncia contra autoridades que não cumprem determinações judiciais acerca da exibição de documentos, produção de provas outras, ou que a conduta, em juízo, ou fora dele, estejam a dificultar o andamento regular da Ação Popular. Nesse caso, além da promoção funcional que deve ser feita nos próprios autos, o representante da Instituição verificará a possibilidade de representação contra essa autoridade, quer na esfera civil, administrativa ou penal, se for o caso, enquadrando a atitude para os fins de apuração da responsabilidade, sempre, agindo, no entanto, com escopo do interesse da Sociedade e não no interesse particular do autor, repete-se.

A atividade e sua função, que a primeira vista pode ficar apenas nesse campo, ganha dimensão, quando se conjectura que o Ministério Público deve atentar-se até os casos em que a demanda é proposta com fins outros que não a defesa dos interesses da sociedade. Veja-se, por exemplo, quando estes interesses são colocados de lado, pelo autor e sujeitos postados no lado passivo, com verdadeiro conluio, a fim de que sejam beneficiários de algum ato, ou até mesmo

³¹ *Apud* Mancuso, Rodolfo de Camargo, obra citada, página 229.

³² *Apud* Mancuso, Rodolfo de Camargo, obra citada, página 231.

revanchismos políticos. Não é, portanto, de todo impossível que o Ministério Público venha a apresentar promoção no sentido da improcedência da demanda, ou que, ainda, apresente, pedido no sentido de decretação da má-fé dos demandantes, tudo isso chancelado pelo interesse maior, o interesse público.

Função outra, também de suma importância é naquelas hipóteses de que julgada a demanda, o autor não dá impulso, quer deixando de recorrer, quer fazendo-se inerte ante a execução, Nesse caso, o Ministério Público tem o dever institucional de promover o apelo, se o interesse da sociedade assim exigir, e, na execução promovê-la.

O Superior Tribunal de Justiça recentemente pronunciou-se, acerca da obrigatoriedade do Ministério Público em promover a execução em Ação Popular, sendo dever constitucional, sob pena inclusive de responsabilização da instituição e de seu membro.³³

Portanto, a atuação do Ministério Público, na Ação Popular é de suma importância, uma vez que na defesa dos interesse público, e do Estado de Direito Democrático, tem o dever constitucional de zelar por tais princípios. Além do mais, sempre que o seu representante verificar que o autor, por exemplo, é carecedor de ação, pois na parte passiva não encontra-se entes públicos, ou a este ligados, deverá aquele usar da ação civil pública, uma vez que o cidadão não poderá fazê-lo, pois não possui esta legitimação. Assim, e só assim, ao ser integrante, e não como autor, ou co-autor, da demanda popular, mesmo não sendo parte, portanto, pode usar dos meios que a Constituição lhe entregou, bem como a própria Lei Nacional do Ministério Público, a fim de defesa dos interesses difusos e coletivos.

³³ PROCESSO CIVIL - AÇÃO POPULAR – LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA –LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO – ART. 16 DA LEI 4.717/65. 1. Segundo o art. 16 da Lei 4.717/65, o Ministério Público, sob pena de falta grave, deve promover a execução de sentença condenatória se o autor ou terceiro não o fizer. 2. Aplicam-se à ação popular as regras do CPC no que for compatível. 3. Tendo o CPC tratado a liquidação de sentença no livro próprio das execuções, não há guarida para entender que tal procedimento integra o processo de conhecimento. 4. Recurso especial improvido. RESP 450258 / SP ; RECURSO ESPECIAL 2002/0090485-6, Relatora Ministra ELIANA CALMON, Segunda Turma, julgamento em 08/06/2004, publicado no DJU em 20.09.2004 p. 231 – Pesquisa no Site do STJ.

Não se poderia aqui deixar de traçar alguns comentários às posições de alguns juristas que entendem que o Ministério Público deveria preocupar-se em melhor assistir e promover a Ação Popular, ao invés da propositura, muitas vezes temerária, de Ação Civil Pública. Em artigo publicado na Revista Síntese de Direito e Processo Civil, o Professor Rogério Lauria Tucci, tece pesadas críticas ao desproporcional volume de ações civis públicas, em detrimento das ações populares. Talvez isto deva-se a pouca participação do cidadão e incipiente utilização deste instrumento.³⁴

Na prática forense verifica-se, muitas vezes o descaso do órgão e de seus representantes, com o andamento das ações populares. Uma atuação menos desidiosa poderia fazer com que o êxito das demandas fosse maior e, até mesmo o seu uso mais difundido. Não basta ao representante do *Parquet* apenas e tão somente requerer a produção de provas. A análise de documentos juntados pelas partes, presença em audiências, e a efetiva participação em todas as fases do feito são imprescindíveis para o desiderato da função institucional. Condutas assim colocam em risco o próprio objeto da ação proposta pelo cidadão, muitas vezes em situação de desigualdade no feito. Veja-se, a exemplo disso, a decisão prolatada no Superior Tribunal de Justiça, onde se verifica uma certa desídia no andamento do feito, pelo *Parquet*.³⁵

³⁴ Tucci -Rogério Lauria, - Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil nº 18 - JUL-AGO/2002, pág. 5 - AÇÃO CIVIL PÚBLICA: ABUSIVA UTILIZAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E DISTORÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO “Este estudo, em reiteração, resulta da verificação, em nossa lida forense diuturna, da multiplicação de proposituras de ACP, pelo MP, que vem transformando o importante instituto jurídico processual em referência numa autêntica "panacéia geral para a toda e qualquer situação", nas palavras candentes (empregadas alhures, para o mandado de segurança), e bem apropriadas, de KAZUO WATANABE. 1

Realmente, as diversificadas atuações dos membros do Parquet, tanto no plano federal, como no estadual, chegando a formular pedidos juridicamente impossíveis, a substituir, sem legitimidade, entidades de classe, e a agir sem o imprescindível interesse processual, têm, segundo entendemos, extravasado, consideravelmente, os lindes estabelecidos na legislação em vigor, de sorte a tornar a ação em estudo inadequada ao escopo perseguido pelo demandante.

Consignando esse declarado propósito inicialmente, vale complementar, na esteira de acórdão da 4ª C.Cív. do TJSP, publicado na RJTJESP, 117/42, que a faculdade em lei atribuída, ao MP, e a outras entidades, quanto à defesa do patrimônio público, do patrimônio social, do meio ambiente, do consumidor, e dos bens, direitos e interesses em preceitos específicos elencados, "precisa ser entendida e compreendida nos seus justos limites".

E, outrossim, acrescentar que, igualmente contribuindo para mais acentuada impropriedade em sua utilização, órgãos fracionários de nossos tribunais de segundo e superior grau, contemplam-na com uma visualização distorcida, generalizando-a ao ponto de confundi-la com a ação popular e a de responsabilização por ato de improbidade administrativa.”

³⁵ PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO POPULAR. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. INTIMAÇÃO DA SENTENÇA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO.

Em outras ocasiões a entidade pública colocada no polo passivo constata a ilegalidade ou abusividade do ato praticado. Como não pode integrar-se ao polo ativo para a busca de responsabilidades, a atuação do Ministério Público, no caso, haveria de ser imprescindível. No entanto, a atuação precária, muitas vezes não permite uma melhor solução no feito, como na situação em concreto, cuja decisão também é aqui trazida.³⁶

6 - QUESTÕES PROCESSUAIS

Embora aqui não se queira tratar da Ação Popular, meramente na sua acepção processual, não há como furtar-se de tecer algumas referências quanto do seu processamento, até porque há nela um rito facilitado. É um rito facilitado aquele previsto na Lei 4717 de 29 de junho de 1965 que regulou o parágrafo 38 do artigo 141 da Constituição Federal de 1946, aplicando-se no que couber, de forma

1. "Inexiste nulidade se, antes da apreciação da apelação, o Ministério Público manifestou-se sobre o feito, ainda que não tenha sido intimado da prolação da sentença. Ausência de prejuízo". (Resp nº 167.304/SP, Relator Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, DJ de 25/02/2003). II - Há que se mitigar a obrigatoriedade de acompanhamento do Ministério Público em todos os atos do processo quando o membro do Parquet efetivamente interveio na primeira instância, requerendo diligências que foram deferidas pelo julgador.

III - Acresça-se que, até a segunda manifestação do Ministério Público, vasta documentação foi carreada ao feito, não tendo o membro do Parquet nada requerido de modo a agregar no conjunto fático-probatório dos autos. Nesse panorama, tenho que o possível vício alegado pelo representante do Parquet e ratificado no acórdão

recorrido não tem o condão de nulificar os atos processuais produzidos na primeira instância, uma vez que indemonstrado qualquer prejuízo e sendo-lhe facultado suprir eventual falta no juízo de primeira instância.

IV - Recurso especial provido.

(RESP 431623/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27.04.2004, DJ 07.06.2004 p. 160)

³⁶ PROCESSO CIVIL - AÇÃO POPULAR – LEGITIMIDADE - DESISTÊNCIA DA AÇÃO - PÓLO ATIVO ASSUMIDO POR ENTE PÚBLICO – POSSIBILIDADE - SÚMULA 7/STJ.

1. Qualquer cidadão está legitimado para propor ação popular, nos Termos e para os fins do art. 1º da Lei 4.717/65. 2. A pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente (art. 6º, § 3º da Lei 4.717/65). 3. Filio-me à corrente que defende a tese da retratabilidade da posição da pessoa jurídica na ação popular, quando esta, tendo atuado no feito no pólo passivo, se convence da ilegalidade e lesividade do ato de seu preposto, lembrando, inclusive, que o ente pode promover a execução da sentença condenatória (art. 17). 4. Tendo sido homologado (indevidamente) o pedido de desistência da ação pelo autor popular, cumpridas os preceitos do art. 9º da Lei 4.717/65, não tendo assumido a demanda o Ministério Público ou outro popular, inexistente óbice em que o ente público assumira o pólo passivo da demanda, em nome do interesse público. Interpretação sistemática da Lei 4.717/65. 5. Manutenção do decisum que aplicou a Súmula 7/STJ, diante da necessidade de reavaliação do contexto fático-probatório. 6. Agravo regimental improvido. AgRg no RESP 439854 / MS ; AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2002/0059992-2 Ministra ELIANA CALMON; T2 - SEGUNDA TURMA, julgado em 08.04.2003, DJ 18.08.2003 p. 194.

subsidiária o CPC, sempre visando a facilitação do acesso à Justiça, do cidadão, pois há que se ter em vista, sempre, o escopo da Ação Popular.

A lei referida, como salientamos anteriormente, como refere Rodolfo Mancuso, expandiu o objeto da ação, em relação a própria redação do dispositivo da Carta de 1946.

É um verdadeiro processo de conhecimento e segue o rito ordinário, sendo que difere do rito ordinário do CPC. Proposta a ação pelo cidadão, o juiz profere um despacho inicial, onde ordenará a citação de todos os responsáveis pelo ato que o cidadão propõe a nulidade, por lesividade ao erário, ou ao patrimônio ambiental, cultural, histórico, etc...e a intimação do Ministério Público. Frise-se que mesmo que o cidadão não apresente este requerimento, quer por esquecimento, quer defeito da inicial, deve o juiz em seu despacho inicial determinar que o autor emende a inicial, fazendo constar o requerimento de intimação do Ministério Público, ou, se assim o quiser, poderá de ofício determinar a intimação do *Parquet*. O que não poderá o juiz fazer, é deixar de proceder uma das duas, sob pena de viciar o processo já na sua fase nascente. Não se pode deixar de lembrar que uma vez proposta a Ação Popular pelo cidadão, sedento da justiça almejada, o juiz passa a agir como um elemento fundamental para o fim desejado. O juiz nesse caso, como bem é acentuado por Vicente Miranda³⁷ deve agir plenamente como elemento para a concretização da finalidade de realização do direito perseguido, a fim de garantir ou, a manutenção ou, o restabelecimento da paz social. Nessa ação ele é a própria personalização do Poder Judiciário, ao dirigir o processo. Deve ele, assim, agir de forma que bem diferente aquela de outros processos colocados à sua frente. Aqui, deve ele desfazer-se daquela concepção de mero juiz-espectador. Na Ação Popular sua ação deve ser ativa, impulsionando, muitas vezes o feito, quando a parte ou o Ministério Público não o fizerem, pois em face do objeto da Ação Popular, sua ação deve ser muito mais controladora e fiscalizadora na direção do processo. A atuação do Ministério Público, como se verá, é de suma importância, pois extrapola a sua mera presença como fiscal da lei. Ambos operadores, no caso, estão diante de direitos indisponíveis da Sociedade.

³⁷ Miranda, Vicente – Poderes do Juiz no Processo Civil Brasileiro. Editora Saraiva – 1993 – página 147.

Exemplo da atuação do juiz nesta ação é que poderá ele, no despacho preliminar, requisitar os documentos que ele entenda necessários para a demanda, marcando prazo para tanto e citando por edital ou pessoalmente os beneficiários do ato, que ele mesmo entenda, mesmo que o autor não os tenha arrolado no polo passivo. Como se observa a atuação do juiz aqui, é muito mais do que aquela de mero espectador. Tem ele poderes de direção e de governo do processo, como ensina Miranda.³⁸ Não se trata aqui de mero poderes de polícia, mas amplos poderes jurisdicionais, como bem acentuado por Celso Agrícola Barbi, fazendo referência a divisão dos poderes do juiz no processo, traçados por M. Amaral Santos³⁹, em *jurisdicionais* e de *polícia*. Quando o juiz, exatamente como preceituado no artigo 7º da Lei 4717/65, tem aquelas as prerrogativas e deveres, está-se diante do poder jurisdicional em sua mais ampla acepção.

Devem ser citados, obrigatoriamente, todos as pessoas jurídicas, públicas e privadas em nome dos quais foi praticado o ato a ser anulado e mais as autoridades, funcionários e administradores que aprovaram, autorizaram, ratificaram ou que tenham praticado, pessoalmente, ou não, o ato ou o contrato, tido como lesivo, bem como aqueles que o cidadão entender que são os beneficiários diretos do ato, ou contrato. Veja-se aqui, que o juiz, ainda, pode determinar a citação de outros, como referido antes, após a análise da demanda proposta, pelo despacho inicial, entenda que deve integrar-se à lide.. Se, no caso, tratar-se de avaliação, o avaliador igualmente será chamado a integrar a lide, no polo passivo.

Interessante questão, ainda, é que qualquer beneficiário do ato atacado na ação, cuja identidade venha a ser conhecida ou que venha a ser descoberto, no curso da demanda, antes da prolação da sentença, no primeiro grau de jurisdição, o qual deverá ser citado para a integração do contraditório, concedendo-se, assim, o prazo de defesa. Verifica-se, aqui também o notável alcance dessa ação

³⁸ Miranda, Vicente – ob. citada, página 148 : “Tais poderes de direção e de governo do processo se exercem sobre os sujeitos da relação processual, porque ao juiz compete dizer quais pessoas podem ou devem integrá-la e determinar que ajam na forma imposta ou permitida em lei, e se exercem sobre atos por aqueles praticados, porque também cabe ao juiz determinar quais atos devem ser praticados e velar para que sejam cumpridos na forma, tempo e lugar prescritos em lei”.

³⁹ Barbi, Celso Agrícola – Comentários ao Código de Processo Civil, Volume I, página 514, Editora Forense, Rio de Janeiro 1986, 4ª Edição.

constitucional, a fim da busca da satisfação das garantias constitucionais. São pois estes os sujeitos passivos da relação processual instaurada.

A pessoa jurídica de direito público poderá contestar ou não a ação. Isto é extremamente relevante pois permite que ela ajude no esclarecimento da questão, em prol da moralidade pública, ou seja, em defesa do patrimônio público.

Esta conduta é muito utilizada quando a lesividade é descoberta pela administração pública posterior aquela em que o ato deu-se.

Os litisconsortes e assistentes são expressamente admitidos na lei – artigo 6º parágrafo quinto. Como se vê aqui, o que se vislumbra é a garantia da ampla defesa e da ampla discussão acerca dos direitos e garantias fundamentais da Sociedade.

Meireles entendia que não era admitido o litisconsorte passivo, mas curvou-se ao entendimento de que se a lei prevê o ativo, também poderiam integrar o polo passivo aqueles que a sentença poderia atingir, ou que tinham interesse na solução da lide.

O Ministério Público é parte autônoma, como antes referido, não podendo ser parte ativa, mas sim, está incumbido de zelar pela regularidade do processo, como fiscal da lei, podendo, assim, requerer provas, diligências, e promover, ao final a responsabilidade civil e criminal dos responsáveis. A lei veda que o Ministério Público assuma a defesa do ato impugnado – artigo 6º § 4º.

A doutrina não é pacífica quanto a verdadeira posição do Ministério Público. O certo é que a própria lei no seu artigo 9º dá ao *Parquet* a incumbência de prosseguir na ação, quando o autor desistir ou for omissor. Nesse caso, entendo que o Ministério Público tem, por dever constitucional, em zelando pelo interesse público o dever de prosseguir na ação, se estiverem presentes aquelas hipóteses de ilegalidade e lesividade ao patrimônio público. Sobre isso, todavia, já foram traçados argumentos, anteriormente.

Caso o cidadão, com litisconsorte ativo de pessoa jurídica ou assistência, desista da ação, neste caso, somente se o Ministério Público fosse parte ativa poderia ser intentado recurso, no caso da desistência posterior à sentença e anterior ao recurso. Por essa razão é que se deve atentar que o Ministério Público possui uma função diferenciada de litisconsorte ativo.

No que se refere a competência para o processamento da Ação Popular, está vinculada pela origem do ato que se quer anular.

Se foi praticado por funcionário da União, entidade autárquica ou paraestatal da União ou por ela subvencionada, a competência é da Justiça Federal da seção judiciária em que o ato se consumou. Se do estado e do município pelo juiz da vara das causas de interesses da fazenda, se assim dispuser a lei de organização judiciária do respectivo estado.

Saliente-se que a Ação Popular ajuizada contra o Presidente da República, o Presidente do Senado, da Câmara dos Deputados, contra o Governador, Prefeitos, será processada e julgada perante a justiça de primeiro grau, federal ou estadual. Deve-se isto porque a ação visa o acesso do cidadão ao judiciário e se fosse diferente isto serviria apenas e tão somente para impossibilitar ou dificultar a ação e o acesso à justiça.

A propositura da ação torna o juiz prevento, para causas com as mesmas partes e mesmos fundamentos. O prazo de defesa é de vinte dias, podendo ser prorrogado a pedido dos interessados. O prazo é comum, aplica-se, no entanto o disposto no artigo 191 do CPC, prazo em dobro, quando mais de um procurador, até no caso de recurso. Não se aplica o prazo estabelecido no CPC para os entes públicos.

Não é admitida a reconvenção, isso porque o autor não pleiteia direito próprio.

Se não houver pedido de perícias e provas, até o despacho saneador, o juiz abrirá prazo ao autor para manifestação.

Não há custas e ônus de sucumbência, salvo na hipótese de litigância de má-fé. Vale a pena referir que descabe, falar-se em quaisquer ônus do cidadão que age com boa-fé, por ser um exercício de cidadania, próprio do regime democrático. A este respeito, podemos citar a decisão proferida pelo Egrégio Tribunal Federal da 2ª Região.⁴⁰

Não corre nas férias forenses e há a possibilidade de liminar, naqueles casos em que se fizer necessário para a salvaguarda do interesse coletivo e de difícil reparação, por exemplo. Enfim, nos casos previstos para os feitos cautelares em geral.

⁴⁰ PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO POPULAR – DEFESA DO INTERESSE PÚBLICO, DO PATRIMÔNIO PÚBLICO OU DO MEIO AMBIENTE – ATO LESIVO – ILEGITIMIDADE DA UNIÃO – AUTORIDADE OU ATO NÃO APONTADO – INTERESSES DE UMA PARCELA RESTRITA DA POPULAÇÃO E NÃO DA COLETIVIDADE – HIPÓTESE EM QUE NÃO CABE AÇÃO POPULAR – I - Ao fazer menção a "anulação", o inciso LXXIII, do art. 5º, da Constituição, pretende abranger os atos administrativos. É possível, em tese, a propositura de ação popular também contra ato omissivo da Administração Pública, entretanto, no presente caso, além de a petição inicial ser imprecisa quanto à extensão dos atos inquinados de lesivos, estes não podem ser imputados à UNIÃO, pois não compete a ela o poder de polícia quanto aos fatos narrados pelos autores, constituindo-se, à toda evidência, em atos passíveis de serem inspecionados pelas autoridades municipais e estaduais. II - A UNIÃO não praticou qualquer ato lesivo, pois estes são imputados a particulares, e nem sequer faltou com o seu dever de vigilância, visto que os fatos descritos na peça inicial incluem-se na competência de outros órgãos. III - Os autores nem sequer apontam a autoridade administrativa responsável pelo ato lesivo e em que consiste tal ato. IV - A única justificativa encontrada pelos autores para a presença da UNIÃO no presente feito foi o aforamento da área aos proprietários do BAR E RESTAURANTE ILHA DOS PESCADORES Ltda. A discussão acerca da posse direta de terreno de Marinha entre particulares não enseja a intervenção da UNIÃO no feito, pois isto não afeta, de qualquer modo, o domínio dela. V - Os fatos descritos pelos autores não se mostram condizentes com as hipóteses de cabimento da ação popular, pois, o que eles pretendem, na verdade, é defender interesses particulares, sob a aparência de defenderem o interesse de toda a coletividade, de modo que não é legítimo o uso da ação popular. Carência de ação. VI - Os pedidos formulados na inicial têm todas as características de interditos possessórios, pois o que os autores pretendem, realmente, é garantir a permanência do uso de servidão de área que se encontra sob posse dos proprietários do 1º réu e embargo de obras que, se acaso consumadas, impedirão a utilização que eles têm até então, o que define tal demanda como de interesse restrito àqueles nela envolvidos e não de interesse da coletividade. Improriedade da via eleita. VII - Não há que se falar em prescrição, pois os autores não se insurgem contra a concessão de uso da área (ocorrida em 03/12/1989), mas das obras que teriam sido realizadas sem observância a posturas municipais e à preservação do meio ambiente, bem como em violação a uso comum (servidão) dos moradores das ilhas. VIII - Inexiste previsão legal para condenação dos autores em "perdas e danos", visto que a ação popular é um instrumento legítimo de participação democrática, não podendo este remédio constitucional sofrer tal sorte de limitação. Ademais, esta ação não tem natureza dúplice como ocorre com as possessórias, não havendo que se falar em tal sorte de pedido em sede de contestação, mesmo porque, o réu nem sequer especifica em que consistiram tais "perdas e danos". IX - Apelações e remessa necessária improvidas. (TRF 2ª R. – AC-RN 1999.51.01.056881-0 – 2ª T. – Rel. Des. Fed. Antônio Cruz Netto – DJU 19.01.2004 – p. 133)

Sendo procedente a ação, o Juiz deverá decretar, necessariamente a invalidade do ato, pois este é, em síntese, o objeto da ação, que tem natureza preponderantemente constitutiva negativa, no dizer de Pontes de Miranda⁴¹ e determinará as restituições devidas, pois também tem efeito condenatório, como já referido.

Mancuso não admite que a ação popular tenha apenas conteúdo declaratório. Estaria sendo disvirtuado o seu objeto. Aliás basta uma breve leitura do artigo 11 da lei, para ver-se que não pode ser a ação popular com efeitos meramente declaratórios.

Estamos diante de uma declaratória constitutiva ou desconstitutiva, com comando mandamental e executivo *lato sensu*, pois se busca uma declaração de nulidade do ato, com cominações e a reparação do ato lesivo. A doutrina e a jurisprudência são unânimes no sentido de que não é possível na Ação Popular condenação que não seja de natureza pecuniária. Daí surge um dos pontos da significativa presença do Ministério Público no feito, como antes foi referido, inclusive quanto a conduta quando não assume a execução do julgado. Outra condenação cabível, criminal, perda de cargo, etc.... devem ser obtidas pelo Ministério Público em ação própria a ser proposta.

À administração pública resta que essa sentença servirá para a devida ação regressiva, naquelas hipótese em que não tenham sido sujeitos passivos todos os funcionários ou pessoas culpadas pelo ato declarado nulo.

Característica da ação é que deve ser provado que os agentes praticaram o ato lesivo com dolo ou culpa, pois aqueles que praticaram o ato cumprindo ordens superiores ou atuaram no regular desempenho de suas atribuições funcionais não podem ser sujeitos da reparação, pelos princípios da administração pública.

⁴¹ Miranda, Pontes de – Obra citada, página 381.

No entanto, para o juiz, entendo que é indiferente quando é impossível identificar o, ou, os agentes, causadores do prejuízo, pois cabe a ela – a administração – , se for o caso, buscar por ação regressiva o ressarcimento. O importante é que o prejuízo seja identificado e que o agente, ou os agentes estejam de qualquer forma vinculados à administração. Não estando, descabe a ação popular.

Importantes questões acerca da natureza da sentença proferida na Ação Popular é que ela possui natureza civil, não poderá, então, o juiz impor condenações políticas, administrativas (perda de cargo, advertência, suspensão, demissão, etc..... ao servidor) ou criminais. Para tanto, deverá valer-se de comunicação ao Ministério Público, ou comunicação à autoridade da administração, em face da sua competência jurisdicional, que no caso é da esfera cível.

Diz a lei, que a sentença deve ser proferida no prazo de até 15 dias da conclusão. Caso o juiz não a profira, fica impedido de constar da lista de promoção pelo prazo de dois anos e na lista de antigüidade. Terá, então, os dias em que ficou com os autos descontados, para os efeitos da contagem do tempo. Claro que ao magistrado será dado o direito de justificar seus atos, podendo alegar, em sua defesa, excesso de processos, etc.....isto também se aplica nas instâncias superiores.

O duplo grau de jurisdição, por ato de ofício do juiz, no entendimento de Arnold Wald e Gilmar Mendes, só se aplica no caso de improcedência ou carência de ação, baseado, certamente no artigo 19 da Lei 4717, cuja redação atual foi dada pela Lei 6014/73. No entanto, em meu entendimento este posicionamento está equivocado, até em decorrência do artigo 16 e quando a administração for de qualquer forma responsável, quer direta, quer indiretamente, na sentença, sempre teremos o duplo grau de jurisdição, pois tal posicionamento fere ao caput do artigo 5º da CF , além do inciso LV, que assegura a ampla defesa, o que não entende também .

Os que sustentam o contrário, dizem que tal posição é em decorrência da preservação do interesse público. No entanto, entendo que, interesse público carece, igualmente, do duplo grau de jurisdição, ainda mais quando a prática de atos administrativos está sendo questionada, até levando-se em conta que várias vezes a ação popular pode ser usada para fins de revanchismo ou eleitoreiros.

Qualquer cidadão, ademais, e o Ministério Público podem apresentar recurso, caso o autor não ingresse com recurso. Isto se justifica porque o titular da ação, em outras palavras é o povo.

Quando a ação é procedente, não é admitido recurso do Ministério Público e de terceiros que não integraram a lide. Aqui, deve-se entender, no tocante do Ministério Público, que se a decisão for procedente em parte, terá o *Parquet* interesse processual para intentar recurso para dar maior extensão à sentença.

A sentença definitiva produzirá coisa julgada *erga omnes*, exceto quando da improcedência resultar de deficiência de prova, quando poderá ser intentada nova ação, com novas provas, como é expresso no artigo 18 da referida Lei.

Ou seja, se a decisão de improcedência for julgada no mérito, e se intentada nova ação, com o mesmo fundamento, mas com outro sujeito ativo, poderá ser apresentada exceção de coisa julgada.

No entendimento de Hely Lopes Meirelles é impossível a decretação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, usando-se como meio a Ação Popular, pois fere a competência exclusiva do STF – artigo 102, I, “a”, da Constituição Federal. Esse mesmo entendimento também tenho, quando se fala da Ação Civil Pública. Não se pode usar desses remédios processuais, tão valiosos ao cidadão e à Sociedade para desfigurar-se a Constituição, no tocante ao controle da constitucionalidade, pois como os efeitos da sentença são *erga omnes* estaríamos subtraindo do STF o controle abstrato. Esta é a posição de Hely Lopes Meireles, que vem sendo, inclusive sufragada pelo Supremo Tribunal Federal. No entanto, é

possível declarar a inconstitucionalidade incidental de lei como meio e modo de anular o ato administrativo praticado com base em seus preceitos, como bem é acentuado por Theotônio Negrão⁴². Aqui, por óbvio estamos diante do controle difuso da constitucionalidade, no caso concreto. Por outro lado, tal como no mandado de segurança, descabe a Ação Popular contra a lei em tese, a menos que esta já produza, por si só, efeitos concretos lesivos ao patrimônio público.

Entendo que para a garantia dos Princípios Processuais Constitucionais, esse posicionamento do STF é de grande importância, pois a conduta contrária fere até mesmo a própria Constituição Federal, quando prevê um rito especial e com identificação das entidades e pessoas que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

Mancuso cita até mesmo o entendimento do Ministério Público Gaúcho, no sentido é possível intentar ação civil pública e popular com base em lei ou ato inconstitucional. Todavia, não recomenda a seus membros que as use com fins de substituto da ADIN.

Veja-se bem, não se está aqui dizendo que não se pode intentar ação popular contra ato que viole a Constituição Federal.

O Presidente do Tribunal que apreciará a o recurso (sim, porque teremos, forçosamente o duplo grau de jurisdição (expressos nos artigos 19 e 16 e no CPC,) poderá suspender a eficácia da sentença enquanto não transitar em julgado a decisão (Lei 8437/92, artigo 4º) , no caso de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e a economia, atendido a requerimento do Ministério Público ou da entidade pública interessada.

Pondo-se termo a essa digressão aos aspectos formais processuais, há que se dizer que transitada em julgado a decisão, proferida na Ação Popular, dar-se-á início à fase de execução, que é muitas vezes o ressarcimento de bens, numerário, restabelecimento do ambiente natural, cultural e histórico, etc....

⁴² Negrão, Theotônio – Código de Processo Civil Anotado – 35ª Edição – Editora Saraiva, 2003, página 1024.

Qualquer pessoa pode promover a execução, inclusive as entidades que atuaram no polo passivo.

7 . CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Ação Popular, sem dúvida alguma é a Ação Cidadã, na sua melhor acepção. Muitos, na esfera forense chamam o Mandado de Segurança de “remédio heróico”. Na verdade o “remédio heróico” é a Ação Popular, alcançada ao cidadão para a defesa dos interesses coletivos e difusos de toda a Sociedade.

O cidadão, que, em pleno gozo de suas liberdades consagradas nos Princípios do Homem, deve usá-la em toda a sua amplitude e potencialidade para fazer valer aqueles princípios e garantias contidos na Constituição, e a defesa do Estado Democrático de Direito.

Na prática não se verifica seu uso tão difundido, pelo cidadão, talvez pelo receio de algum revanche; talvez pelo desconhecimento; pelo difícil acesso à justiça; quiçá pela idéia que sua cidadania encerra-se no voto. Meio de efetivo exercício da democracia participativa, deveria a Ação Popular ser popularizada, ser potencializada, para que o país experimentasse meios eficazes de fiscalização do poder, do uso adequado da máquina pública, do dinheiro público, dos recursos naturais, enfim. Certamente com seu uso adequado, não teríamos tão altos índices de corrupção, que envergonham a nação. Não estaríamos diante de Comissões Parlamentares de Inquérito que fazem tábua rasa de remessas astronômicas de divisas para paraísos fiscais, ainda mais quando aquelas são divisas advindas de dinheiro de toda a Sociedade, ficando a mercê disso, no país, crianças famintas, escolas sem luz, água e professores. Estradas inacabadas e esburacadas ceifando vítimas, amontoados de pessoas em hospitais a espera de remédios e atendimento, enquanto que uma nata da Sociedade locupleta-se com o dinheiro público, a custa de licitações marcadas e preços escorchantes, por exemplo.

Com o uso alargado desta ação constitucional o poder seria exercido pelo povo e para o povo e, certamente, seria mais responsável, quer pelos que são eleitos representantes da Sociedade, quer por quem os elegeram, pois acima de tudo seria assegurado o exercício do poder de forma soberana e democrática em favor do povo, na busca de um Estado Social e Democrático de Direito e uma Sociedade mais justa e moralidade administrativa. Casos como o do Banco Agrimisa S.A, que mesmo falido, foi adquirido pelo Governo de Minas Gerais, sem qualquer consulta ao poder legislativo, ou ao povo, transferindo-se dinheiro público para particulares⁴³. Casos como o, recente, Banco Santos, onde fundos públicos colocaram lá pesados depósitos, quando o mercado era sabedor da inevitável quebra a curto prazo, poderá, também ter outro desfecho, acaso usada a ação cidadão, com o devido acompanhamento do *Parquet*.

A ênfase endereçada ao Ministério Público, no presente trabalho, de outra banda, justifica-se pelo fato de que aquela Instituição está muito aquém da sua função constitucional. O cidadão comum, aquele que poderia ser o titular dessas demandas não encontra respaldo na instituição, bem como a devida proteção. Se por um lado verifica-se a atuação da Instituição em Ações Civis Públicas, não se verifica, na prática forense a devida atuação do órgão ao lado do cidadão na Ação Popular.

⁴³ ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO POPULAR. MORALIDADE.PROCEDÊNCIA. I. É de se homenagear decisão que, por reconhecer prática de negócio jurídico atentatório à moralidade pública, julga procedente pedido formulado, em sede de ação popular, para anular a transação com determinação por parte dos responsáveis para que reponham ao Estado as perdas e danos a serem apurados. II –Transferência do controle acionário do Banco Agrimisa S/A, Estado de Minas Gerais, com negócio consumado provocando vantagem desmedida à pessoa jurídica privada e, em sentido contrário, Significativos danos para a Administração Pública. III – Legitimidade passiva do Governador da época da consumação da transação que se reconhece, por ter se portado omisso em repelir a lesividade ao patrimônio público, não obstante ser o Estado o maior acionista da instituição bancária. IV – Impossibilidade de, em sede de embargos de declaração,

Afastar-se o demandado da relação jurídico-processual quando, por decisão de primeiro grau transitada em julgado, a sua legitimidade passiva para integrar a lide foi reconhecida. V – Recursos especiais não conhecidos por ausência de Prequestionamento e não demonstração das divergências Jurisprudenciais apontadas. VI – Sublimação ao princípio da moralidade administrativa assumida Pelo acórdão de segundo grau que não deve ser abalada por questões de natureza processual. VII – Recursos do Ministério Público e dos autores da ação popular Providos para que o Chefe do Executivo do período em que ocorreu o negócio jurídico integre a lide como sujeito passivo. VIII – Demais recursos improvidos e não conhecidos. RESP 295604/MG – Recurso Especial, Relator Ministro José Delgado, 1ª Turma do STJ, julgado em 21/03/2002, publicado no DJU em 22.04.2002, pág 163.

Assim, esse novo perfil institucional traçado pela Constituição Federal de 1988 e as novas funções na tutela dos interesses sociais de natureza transindividual firmaram o novo perfil do Ministério Público enquanto órgão agente, tornando cada vez mais evidente o anacronismo de certas formas de intervenção como *custos legis* em processos de natureza eminentemente individual e privada. Deve ser fortalecida a identidade do Ministério Público enquanto instituição voltada para a tutela dos interesses sociais, uma espécie de *Ombudsman*.

As transformações e a complexidade das relações sociais, o aumento da pobreza e do desemprego, a banalização da violência, a generalização do descumprimento da legislação, a flexibilização do Direito, a corrupção, a má gestão do dinheiro público, a degradação do ambiente natural, cultural e artístico e a criação de novos institutos jurídicos e a massificação dos conflitos estão a exigir um aperfeiçoamento técnico multidisciplinar e permanente dos membros do Ministério Público. Já no que concerne aos juízes, decididamente, a Constituição cidadã, como foi batizada por ULISSES GUIMARÃES, também lhes atribui o papel político de agente de transformação social. A crescente complexidade das relações sociais; as transformações sociais rápidas e profundas; a criação assistemática de leis que privilegiam mais a eficácia de planos econômicos do que a equidade e a justiça das relações jurídicas; a crescente administrativização do direito que é utilizado como instrumento de governo, economia de massa a gerar intensa conflituosidade; a configuração coletiva dos conflitos de interesses relativos a relevantes valores da comunidade, como o meio ambiente e outros interesses difusos exigem do magistrado uma postura multidisciplinar, que abrange não apenas o direito, como também a sociologia, a economia, a psicologia, a política, enfim, uma conduta de visão global do momento histórico e do contexto sócio-econômico-cultural da nação. Somente assim, salienta Kazuo Watanabe⁴⁴ "teremos uma Justiça mais rente à realidade social e a necessária mudança de mentalidade pelos operadores do Direito, que torne factível o acesso à ordem jurídica mais justa".

⁴⁴ *Apud* Leite, Carlos Henrique Bezerra - "O SISTEMA INTEGRADO DE ACESSO COLETIVO À JUSTIÇA E A NOVA "JURISDIÇÃO METAINDIVIDUAL" , artigo publicado na Revista Síntese Trabalhista nº 158 - AGO/2002, pág. 19

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BARBI, Celso Agrícola – Comentários ao Código de Processo Civil, Volume I, Editora Forense, Rio de Janeiro 1986, 4ª Edição.

BRANDÃO, Paulo de Tarso – Ações Constitucionais: Novos Direitos e Acesso à Justiça, Habitus Editora, Florianópolis, 2001,

CAETANO, Marcelo – Direito Constitucional – Editora Forense, Rio de Janeiro, 1978

CANOTILHO, J.J. Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 6ª Edição, Editora Almedina, 2002,

DANTAS, Ivo – Instituições de Direito Constitucional Brasileiro, Editora Juruá, 2ª Edição, Curitiba, 2004.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra - Revista Síntese Trabalhista nº 158 - AGO/2002.

MAZZILLI, Hugo Nigro – A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo – Editora Saraiva, 11ª Edição, 1999

MIRANDA, Pontes de – Comentários à Constituição de 1946, Volume III, página 380/1, Henrique Cahen Editor, Rio de Janeiro

MIRANDA, Vicente – Poderes do Juiz no Processo Civil Brasileiro. Editora Saraiva – 1993.

MOTTA, Moacyr Parra – Interpretação Constitucional Sob Princípios – Editora Mandamentos, Belo Horizonte, 2003.

NEGRÃO, Theotônio – Código de Processo Civil Anotado – 35ª Edição – Editora Saraiva, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques – Do Contrato Social, Os Pensadores – Victor Civita Editor, 1978.

SAUWEN FILHO, João Francisco – Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de Direito – Editora Renovar, Rio de Janeiro, 1999

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – Para as jurisprudências citadas no trabalho, a pesquisa foi feita no sítio da internet.

TUCCI -Rogério Lauria, - Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil nº 18 - JUL-AGO/2002

ZAVASCKI, Teori Albino – Revista Jurídica, nº 212 - JUN/1995.

ZULIANI, Ênio Santarelli - Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil nº 16 - MAR-ABR/2002